

**Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa:
consequenties voor Nederland**

Caroline Cauffman

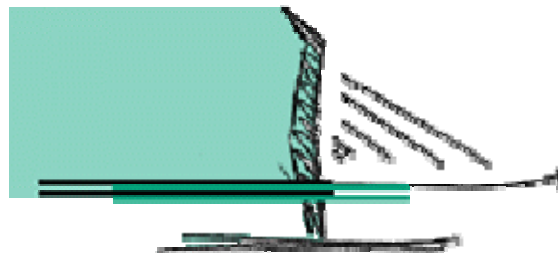
Michael Faure

Ton Hartlief

METRO
University of Maastricht
PO Box 616
6200 MD Maastricht
The Netherlands
Tel: 00 31 43 3883060
Fax: 00 31 43 388 3203
Email: Michael.Faure@FACBURFDR.unimaas.nl



And
Rotterdam Institute of Law & Economics
Erasmus University Rotterdam
Faculty of Law
Department of Law and Economics
Burgemeester Oudlaan 50
P.O. Box 1738
3000 DR Rotterdam
The Netherlands
Tel: 00 31 10 4081616



Eindrapport

26 maart 2009

In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en
Documentatie Centrum Ministerie van Justitie

© 2009 WODC, Ministerie van Justitie. Auteursrechten voorbehouden.

Inhoudsopgave

Afkortingen	11
1. Inleiding	13
1.1 Aanleiding en doelstelling van het onderzoek	13
1.2 Voorwerp en opzet van het onderzoek	15
1.2.1 In kaart brengen van het consumentenacquis	15
1.2.2 In kaart brengen van het DCFR	15
1.2.3 Richtlijnvoorstel	16
1.2.4 Consequenties voor het BW van het richtlijnvoorstel en het DCFR	17
1.2.5 Noodzaak van verdergaande harmonisatie vanuit de interne markt?	17
1.2.6 Begeleidingscommissie	19
1.3 Onderzoeksteam	19
1.4 Onderzoekskader	19
1.5 Structuur van dit rapport	20
1.6 Dankwoord	20
2. In kaart brengen van het consumentenacquis	22
2.1 Wat is het consumentenacquis?	22
2.1.1 Gebruikelijke omschrijving	22
2.1.2 De thans aan herziening onderworpen onderdelen van het Consumentenacquis	24
2.2 Gemeenschappelijke kenmerken	25
2.2.1 Minimumharmonisatie	25
2.2.2 Dwingend karakter van de toegekende rechten	25
2.2.3 Bekendmaking	26
2.3 Specifieke bepalingen	27
2.3.1 Colportagerichtlijn	27
2.3.1.1 Toepassingsgebied	27
2.3.1.2 Definities	29
2.3.1.2.1 Consument	29
2.3.1.2.2 Handelaar	29
2.3.1.2.3 Bedenktermijn	29
2.3.1.3 Informatieverplichtingen	30
2.3.2 Richtlijn Oneerlijke bedingen	30
2.3.2.1 Toepassingsgebied	30
2.3.2.2 Definities	30
2.3.2.2.1 Consument	30
2.3.2.2.2 Verkoper	31
2.3.2.2.3 Oneerlijke bedingen	31
2.3.2.3 Transparantieplicht	34
2.3.2.4 Handhaving	35
2.3.3 Richtlijn Verkoop op afstand	35
2.3.3.1 Toepassingsgebied	35
2.3.3.2 Definities	36
2.3.3.2.1 Overeenkomst op afstand	36
2.3.3.2.2 Consument	37
2.3.3.2.3 Leverancier	37
2.3.3.2.4 Techniek voor communicatie op afstand	37
2.3.3.2.5 Communicatietechniekexploitant	38
2.3.3.2.6 Informatieplichten	38
2.3.3.3 Herroepingsrecht	40

2.3.3.4	Uitvoering.....	41
2.3.3.5	Betaling per kaart	42
2.3.3.6	Niet-gevraagde leveringen	42
2.3.3.7	Beperkingen van het gebruik van bepaalde technieken voor communicatie op afstand	42
2.3.3.8	Handhaving	43
2.3.4	Richtlijn consumentenkoop.....	44
2.3.4.1	Toepassingsgebied	44
2.3.4.2	Definities	44
2.3.4.3	Verplichting tot aflevering van conforme goederen	45
2.3.4.4	Rechten van de consument.....	46
2.3.4.5	Recht van verhaal.....	47
2.3.4.6	Termijnen	48
2.3.4.7	Garanties.....	48
2.3.4.8	Handhaving	49
3.	De implementatie van de vier aan herziening onderhevige richtlijnen in het Nederlandse recht.....	50
3.1	Colportagerichtlijn	50
3.2	Richtlijn Oneerlijke bedingen	50
3.3	Richtlijn Verkoop op afstand	51
3.4	Richtlijn Consumentenkoop.....	51
4.	Het richtlijnvoorstel en zijn voorgeschiedenis.....	53
4.1	Het Groenboek met betrekking tot de herziening van het consumentenacquis	53
4.2	De reacties op het Groenboek	55
4.3	Nadere bespreking van de Nederlandse kabinetsreactie op het Groenboek.....	56
4.4	Impactanalyse.....	58
4.5	Het richtlijnvoorstel.....	59
4.5.1	Inleiding	59
4.5.2	Mate van harmonisatie	60
4.5.3	Dwingend karakter	60
4.5.4	Definities	60
4.5.4.1	Algemeen	60
4.5.4.2	Consument.....	60
4.5.4.3	Handelaar	61
4.5.5	Regels die gelden voor alle consumentenovereenkomsten.....	61
4.5.5.1	Rol en betekenis van het begrip goede trouw	61
4.5.5.2	Informatieverplichtingen.....	63
4.5.5.2.1	Inhoud van de informatieplichten	63
a.	Basisinformatie.....	63
b.	Bijzonder informatievoorschrift indien een handelaar optreedt als tussenpersoon van een consument.....	64
4.5.5.2.2	Gevolgen van het niet-verstrekken van informatie	65
4.5.5.3	Oneerlijke bedingen	65
4.5.5.3.1	Toepassingsgebied	65
4.5.5.3.2	Transparantie.....	66
4.5.5.3.3	Inhoudscontrole.....	67
a.	Systematiek	67
b.	De zwarte lijst.....	67
c.	De grijze lijst.....	67
d.	Algemene norm.....	69

e.	Bewijslast	70
f.	Interpretatie	70
g.	Rechtsgevolg van oneerlijke bedingen.....	70
h.	Handhaving	71
4.5.5.3.4	(Niet-)nakoming	71
4.5.5.4	Regels die gelden voor bepaalde consumentenovereenkomsten.....	72
4.5.5.4.1	Verkoop op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten.....	72
a.	Informatieplichten	72
b.	Formele vereisten	73
i.	Voor buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten.....	73
ii.	Voor overeenkomsten op afstand.....	73
c.	Herroepingsrecht	74
i.	Duur.....	74
i.1	Principe	74
i.2	Uitzondering.....	75
ii.	Aanvangsmoment.....	75
iii.	Invloed van het herroepingsrecht op de verplichting tot nakoming van de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien	76
iv.	Uitoefening van het herroepingsrecht	76
v.	Gevolgen van herroeping	76
vi.	Verplichtingen van de handelaar bij herroeping	76
vii.	Verplichtingen van de consument bij herroeping	77
viii.	Gevolgen van de uitoefening van het herroepingsrecht op aanvullende overeenkomsten	77
ix.	Uitzonderingen op het herroepingsrecht	78
ix.1	Overeenkomsten op afstand	78
ix.2	Buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten	78
4.5.5.4.2	Consumentenkoop.....	79
a.	Toepassingsgebied	79
b.	De zgn. “wettelijke garantie”: de verplichting tot conforme levering	79
i.	Principe.....	79
ii.	Vermoeden van conformiteit.....	79
iii.	Tijdstip waarop de conformiteit dient te worden beoordeeld - Bewijslast.....	81
iii.1	Tijdstip van beoordeling	81
iii.2	Bewijslast.....	81
iv.	Gevallen die niet leiden tot een gebrek aan conformiteit.....	82
v.	Gelijkstelling met een gebrek aan conformiteit	82
vi.	Aansprakelijkheidstermijn	83
vii.	Rechtsmiddelen bij gebrek aan overeenstemming.....	83
vii.1	Getrapt stelsel.....	83
vii.2	Primaire remedies	84
vii.3	Secundaire remedies	84
vii.4	Schadevergoeding	86
vii.5	Opschortingsrecht – Recht op terugbetaling	86
viii.	Klachtplicht.....	86
c.	Handelsgaranties	87
5.	Het Draft Common Frame of Reference (DCFR).....	89
5.1	Inleiding	89

5.1.1	Totstandkoming.....	89
5.1.2	Doelstellingen.....	91
5.1.3	Beginselen	92
5.1.4	Toekomst.....	94
5.2	Kritiek: algemeen	95
5.3	Inhoudelijke bepalingen consumentenrecht.....	98
5.3.1	Consument en handelaar	98
5.3.2	Good faith and fair dealing.....	99
5.3.3	Informatieverplichtingen.....	99
5.3.3.1	Algemeen	99
5.3.3.2	Tegenover een consument.....	100
5.3.3.3	Bijzondere informatieverplichtingen.....	101
5.3.3.4	Remedies bij schending van informatieplichten	102
5.3.4	Herroepingsrecht	103
5.3.5	Oneerlijke bedingen	104
5.3.6	De eis van conformiteit en garanties	106
5.3.6.1	Conformiteit	106
5.3.6.2	Garanties.....	107
5.4	Kritische evaluatie.....	108
5.4.1	Informatieverplichtingen.....	108
5.4.2	Vage begrippen en herroepingsrecht.....	109
5.4.3	Definities van handelaar en consument.....	111
5.4.4	Fairness van oneerlijke bedingen	112
6.	Consequenties voor het BW van de Europese wijzigingsvoorstellen en het DCFR.....	114
6.1	Wijzigingen in Boek 6 BW	114
6.1.1	De begrippen “consument” en “handelaar”	114
6.1.2	De rol en betekenis van het begrip “goede trouw”.....	116
6.1.2.1	Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel	116
6.1.2.1.1	Drie functies van de redelijkheid en billijkheid in het huidige Nederlandse verbintenissenrecht.....	116
6.1.2.1.2	De goede trouw in het richtlijnvoorstel.....	118
6.1.2.1.3	De functies van de redelijkheid en billijkheid na de eventuele omzetting van het richtlijnvoorstel.....	119
a.	De interpretatieve functie van de redelijkheid en billijkheid	119
b.	De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.....	119
c.	De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.....	120
6.1.2.2	Vergelijking met het DCFR	122
6.1.3	Informatieverplichtingen.....	124
6.1.3.1	Inhoud.....	124
6.1.3.1.1	De huidige stand van het BW.....	124
6.1.3.1.2	Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel	126
6.1.3.1.3	Vergelijking met het DCFR	127
6.1.3.2	Dwingend recht?	130
6.1.3.3	Remedies bij schending van informatieplichten	130
6.1.3.3.1	Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel	130
6.1.3.3.2	Vergelijking met het DCFR	132
6.1.4	Oneerlijke bedingen	133
6.1.4.1	Toepassingsgebied	133
6.1.4.1.1	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel.....	133
6.1.4.1.2	Vergelijking met het DCFR	135

6.1.4.2	Transparantie.....	135
6.1.4.2.1	De transparantieplicht onder het richtlijnvoorstel.....	135
6.1.4.2.2	De gevolgen van implementatie.....	136
a.	De transparantieplicht in enge zin.....	136
b.	De informatieplicht van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 BW.....	136
c.	Noodzaak van uitdrukkelijke instemming van de consument met aanvullende betalingen.....	139
6.1.4.2.3	Vergelijking met het DCFR.....	139
6.1.4.3	Algemene inhoudelijke norm.....	139
6.1.4.3.1	Principe.....	139
a.	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel.....	139
b.	Vergelijking met het DCFR.....	141
6.1.4.3.2	Uitgesloten bedingen.....	141
6.1.4.4	Grijze en zwarte lijsten.....	142
6.1.4.4.1	Wijzigingen in het BW bij implementatie van het richtlijnvoorstel	142
a.	Schrapping of aanpassing van de huidige zwarte en grijze lijst?.....	142
b.	Mogelijk te handhaven op de zwarte lijst.....	143
c.	Toe te voegen aan de huidige zwarte lijst.....	145
d.	Te schrappen van de huidige zwarte lijst.....	145
e.	Thans op de zwarte lijst, onder het richtlijnvoorstel op de grijze lijst.....	146
f.	Overeenkomsten tussen de grijze lijst van het BW en het richtlijnvoorstel.....	146
g.	Bedingen voorkomend op de grijze lijst van het BW, die lijken te moeten worden geschrapt.....	148
6.1.4.4.2	Vergelijking van het richtlijnvoorstel met het DCFR.....	149
a.	Vergelijking van de zwarte lijst van het DCFR met die van het richtlijnvoorstel.....	149
b.	Overeenkomsten tussen de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel en de grijze lijst van het DCFR.....	150
c.	Overeenkomsten tussen de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en die van het DCFR.....	150
d.	Vermeldingen op de grijze lijst van het richtlijnvoorstel die ontbreken op de grijze lijst van het DCFR.....	153
e.	Vermeldingen op de grijze lijst van het DCFR die niet voorkomen op de grijze lijst van het richtlijnvoorstel.....	153
f.	Sancties op oneerlijke bedingen.....	154
i.	Toetsing in concreto.....	154
ii.	Toetsing in abstracto.....	157
6.2	Wijzigingen in Boek 7 BW.....	157
6.2.1	Verkoop op afstand.....	157
6.2.1.1	Toepassingsgebied.....	157
6.2.1.2	Informatieverplichtingen.....	160
6.2.1.2.1	Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel.....	160
6.2.1.2.2	Vergelijking met het DCFR.....	164
6.2.1.3	Herroepingsrecht.....	165
6.2.1.3.1	Overzicht.....	165
6.2.1.3.2	Duur en aanvangspunt.....	166
a.	Normale termijn.....	166
i.	Duur.....	166
ii.	Aanvangspunt.....	166
b.	Verlengde termijn in geval van schending van de informatieplicht.....	167

c.	Kan de herroeping reeds voor aanvang van of alleen binnen de termijn geschieden?	168
6.2.1.3.3	Uitoefening van het herroepingsrecht	168
6.2.1.3.4	Gevolgen van het herroepingsrecht	170
a.	Beëindiging van de herroepen overeenkomst	170
b.	Kosten en vergoedingen	172
c.	Gevolgen voor verbonden overeenkomsten	173
6.2.1.3.5	Uitzonderingen op het herroepingsrecht	175
6.2.2	Consumentenkoop	176
6.2.2.1	De wettelijke garantie	177
6.2.2.1.1	De omschrijving van de conformiteitseis	177
a.	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel	177
b.	Vergelijking met het DCFR	180
6.2.2.1.2	Levering en risico-overdracht	183
a.	Levering	183
b.	Overdracht van het risico	184
6.2.2.1.3	Aansprakelijkheidstermijn	186
a.	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel	186
b.	Vergelijking met het DCFR	188
6.2.2.1.4	Klachtplicht	189
a.	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel	189
b.	Vergelijking met het DCFR	189
6.2.2.1.5	Remedies	190
a.	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel	190
i.	Primaire remedies	190
ii.	Secundaire remedies	191
iii.	(Aanvullende) schadevergoeding	192
b.	Vergelijking met het DCFR	192
i.	Algemeenheden	192
ii.	Getrapt stelsel?	193
iii.	Specific performance, herstel en vervanging	194
iv.	Opschorting	195
v.	Ontbinding	196
v.1	Algemeenheden	196
v.2	Anticipatieve ontbinding	197
v.3	Gehele en gedeeltelijke ontbinding	197
v.4	Wijze van ontbinding	198
v.5	Termijn voor het uitoefenen van het ontbindingsrecht	198
v.6	Gevolgen van de ontbinding	199
-	Beëindiging voor de toekomst	199
-	Restitutieverbintenissen	200
-	Restitutie bij gedeeltelijke ontbinding	202
-	Afgifte van vruchten	202
-	Vergoeding van kosten	203
-	Vergoeding voor gebruik	204
vi.	Prijsvermindering	204
vii.	Schadevergoeding	205
viii.	Interesten	207
6.2.2.2	Handelsgaranties	207
6.2.2.2.1	Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel	207

6.2.2.2.2	Vergelijking met het DCFR	208
6.2.3	Niet gevraagde leveringen.....	211
6.3	Specifieke kwesties voor de Colportagewet.....	212
6.3.1	Toepassingsgebied	212
6.3.2	Informatieverplichtingen.....	214
6.3.3	Vormvereisten	214
6.3.4	Herroepingsrecht	215
6.3.4.1	Principe.....	215
6.3.4.2	Uitzonderingen	218
7.	Noodzaak van verdergaande harmonisatie vanuit de interne markt?.....	220
7.1	Inleiding	220
7.2	Rechtseconomische uitgangspunten voor harmonisatie van Europees privaatrecht.....	221
7.2.1	Uitgangspunt: decentralisatie	221
7.2.2	Argumenten voor centralisatie	223
7.2.2.1	Grensoverschrijdende externaliteiten	224
7.2.2.2	Race for the bottom?	225
7.2.2.3	Ongelijke marktvoorwaarden	226
7.2.2.4	Kostenreductie.....	226
7.2.2.5	Minimumbeschermingsniveau	227
7.2.3	Samenvatting.....	229
7.3	Harmonisatie in het consumentenrecht	230
7.3.1	Sterke argumenten pro diversiteit	231
7.3.2	Zwakke argumenten voor harmonisatie	232
7.4	Argumenten van de Europese Commissie	233
7.5	Kritische rechtseconomische analyse.....	235
7.5.1	Marktintegratie	236
7.5.2	Transactiekosten.....	238
7.5.3	Hoog niveau van consumentenbescherming	240
7.5.4	Literatuur	241
7.5.5	Samenvatting.....	243
7.6	DCFR	246
7.7	Bevoegdheidsgrondslag?.....	247
8.	Conclusies en aanbevelingen	250
8.1	Inleiding en opzet	250
8.2	Globale consequenties van implementatie van het richtlijnvoorstel.....	253
8.3	Argumentatie van de Commissie. Maximumharmonisatie	255
8.4	Bevoegdheidsgrondslag	257
8.5	Boek 6 en 7 BW overstijgende opmerkingen.....	259
8.5.1	“Consument” en “handelaar”	259
8.5.2	Regeling van de remedies in geval van niet-nakoming?.....	260
8.6	Specifieke consequenties voor Boek 6.....	260
8.7	De rol van redelijkheid en billijkheid teruggedrongen.....	261
8.8	Invoering van een regeling van de informatieverplichtingen.....	262
8.9	Aanpassing van de regeling van de algemene voorwaarden	264
8.9.1	Inleiding	264
8.9.2	Toepassingsbereik	265
8.9.3	Informatieplicht.....	266
8.9.4	Inhoudstoetsing. Systematiek.....	267
8.9.5	Open norm.....	267

8.9.6	Zwarte en grijze lijst.....	268
8.9.7	Uitstraling.....	269
8.9.8	Rechtsgevolgen.....	269
8.9.9	Tweetal scenario's.....	270
8.10	Aanpassing van de regeling van de consumentenkoop.....	271
8.10.1	Inleiding.....	271
8.10.2	De omschrijving van de conformiteitseis.....	272
8.10.3	Levering en risico-overdracht.....	275
8.10.4	Aansprakelijkheidstermijn.....	277
8.10.5	Uitstraling.....	278
8.10.6	Klachtplicht.....	279
8.10.7	Remedies ter zake van niet-nakoming door de verkoper.....	280
8.10.7.1	Primaire remedies.....	281
8.10.7.2	Secundaire remedies.....	282
8.10.7.3	(Aanvullende) schadevergoeding.....	282
8.10.7.4	Opschorting.....	283
8.10.7.5	Handelsgaranties.....	283
8.11	Overige consequenties voor Boek 7.....	285
8.12	Verkoop op afstand.....	285
8.12.1	Toepassingsbereik.....	285
8.12.2	Informatieverplichtingen.....	286
8.12.2.1	Herroepingsrecht.....	290
8.12.2.2	Verlengde termijn in geval van schending van de informatieplicht.....	290
8.12.2.3	Ontvangst- of verzendtheorie?.....	291
8.12.2.4	Uitoefening van het herroepingsrecht.....	291
8.12.2.5	Beeindiging van de herroepen overeenkomst.....	293
8.12.2.6	Kosten en vergoedingen.....	294
8.12.2.7	Gevolgen voor verbonden overeenkomsten.....	295
8.12.2.8	Uitzonderingen op het herroepingsrecht.....	295
8.13	Wijzigingen in de Colportagewet.....	296
8.13.1	Informatieverplichtingen.....	297
8.13.2	Vormvereisten.....	297
8.13.3	Herroepingsrecht.....	297
8.13.4	Uitzonderingen.....	300
8.14	Slotsom.....	301
9.	Samenvattingen.....	304
9.1	Nederlands.....	304
9.1.1	Aanleiding en doel van het onderzoek.....	304
9.1.2	Structuur van het onderzoek en de rapportage.....	304
9.1.3	Consequenties voor het Nederlands recht.....	305
9.1.3.1	Maximum harmonisatie, maximum bescherming?.....	305
9.1.3.2	Typen aanbevelingen en implementatiestrategieën.....	306
9.1.3.3	Verlies van bescherming?.....	306
9.1.3.4	Reparatie via beginselen?.....	307
9.1.4	Richtlijnvoorstel op wankel basis.....	308
9.2	Engels.....	309
9.2.1	Reasons and goal of this research.....	309
9.2.2	Structure of the research and of the report.....	309
9.2.3	Consequences for Dutch law.....	310
9.2.3.1	Maximum harmonisation, maximum protection?.....	310

9.2.3.2	Kinds of recommendations and implementation strategies.....	310
9.2.3.3	Reduce protection?	311
9.2.3.4	Reparation via principles?.....	312
9.2.4	Proposal for a directive on weak foundations	313
Literatuurlijst	314
Bijlagen	326
Bijlage 1.	Richtlijnvoorstel	326
Bijlage 2.	Colportagewet.....	378
Bijlage 3.	Afdeling 6.5.3. BW Algemene voorwaarden	381
Bijlage 4.	Afdeling 7.1.1. - 7.1.9. BW Koop en ruil	386
Bijlage 5.	Afdeling 7.1.9A BW Verkoop op afstand	395

Afkortingen

AA	Ars Aequi
ACQP	Acquis Principles
afl.	aflevering
art.	artikel
bijv.	bijvoorbeeld
blz.	bladzijde
BW	Burgerlijk wetboek
AV&S	Aansprakelijkheid Verzekering & Schade
CMLR	Common Market Law Review
CLR	Consumer Law Review
(D)CFR	(Draft) Common Frame of Reference
e.a.	en andere(n)
EC	European Community
ed.	editor
eds.	editors
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
Eur J Law Econ	European Journal of Law and Economics
ELJ	European Law Journal
ELRev.	European Law Review
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
e.v.	en volgende
Ga.J.Int'l& Comp.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
Harv.Envtl.L.Rev.	Harvard Environmental Law Review
HR	Hoge Raad
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Int Rev Law & Econ	International Review of Law and Economics
JCL	Journal of Comparative Law
J Consum Policy	Journal of Consumer Policy
JLE	Journal of Law and Economics
JPE	Journal of Political Economy
JT	Journal des Tribunaux
Jurispr.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg
JZ	Juristenzeitung
Ktg	Kortgeding
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
OXJLS	Oxford Journal of Legal Studies
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
N.Y.L.Rev.	New York University Law Review
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
MvT	Memorie van Toelichting

o.c.	opus citatus
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Parl. Gesch. Inv.Aanp. BW	Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Aanpassing BW
Pb L	Publicatieblad van de Europese Unie, Serie wetgeving
Pb C	Publicatieblad van de Europese Unie, Serie mededelingen en bekendmakingen
PECI	Principles of European Contract Law
PESL	Principles of European Sales Law
REDC	Revue Européen de droit comparé
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de week
Stb.	Staatsblad
Vgl.	vergelijk
TK	Tweede Kamer
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
vol.	volume
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

1. Inleiding

1.1 Aanleiding en doelstelling van het onderzoek

In dit onderzoek staan de consequenties voor Nederland centraal van de harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europees verband. Daarbij gaat het eerst en vooral om het richtlijnvoorstel tot herziening van het consumentenacquis, maar ook het Gemeenschappelijk Referentiekader voor het EU Contractenrecht komt in dit onderzoek aan de orde. Dit laatste wordt ook wel het (Draft) Common Frame of Reference genoemd en is hierna afgekort als (D)CFR.

Dit onderzoek beoogt in de eerste plaats materiaal aan te dragen voor de Nederlandse standpuntbepaling naar aanleiding van (onderhandelingen over) de horizontale richtlijn Consumentenrechten¹ en het Gemeenschappelijke Referentiekader voor het EU Contractenrecht.² Daarbij gaat het in eerste instantie om positiefrechtelijk onderzoek waarin aan de orde is wat de consequenties zijn van de voorstellen op Europees niveau voor het Nederlandse consumentenrecht. Beperking tot die vraag en die benadering is echter niet verstandig. Het heeft nadrukkelijke meerwaarde om de Europese ontwikkelingen ook normatief te duiden. Naast de vraag wat de gevolgen voor het Nederlandse positief recht zijn, is daarom ook de vraag aan de orde of en in hoeverre de geschetste ontwikkelingen met betrekking tot het Nederlandse consumentenrecht wenselijk zijn. Op dit punt kan niet met een zuiver positiefrechtelijke aanpak worden volstaan. Wanneer de vraag is of (verdergaande) harmonisatie van consumenten- of contractenrecht vanuit het perspectief van het Nederlandse consumentenrecht als zodanig wenselijk is, dient een kader geboden te worden dat de mogelijkheid biedt om na te gaan wat dan, gegeven zekere maatschappelijke doelstellingen, voor- en nadelen van verdergaande harmonisatie van het consumentenrecht zouden zijn.

Dat kader is in dit onderzoek gevonden in de rechtseconomie. Juist in de rechtseconomie is uitgebreid aandacht besteed aan doelstellingen die met harmonisatie (in casu) van het consumentenrecht kunnen worden nagestreefd evenals aan de mogelijke voor- en nadelen ervan. Het voordeel van dit bredere perspectief is dat daarmee eventuele bezwaren van Nederland tegen verdergaande harmonisatie of een eventueel pleidooi voor behoud van (de

¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, 8.10.2008 COM(2008) 614 definitief.

² Von Bar, Chr., Clive, E. & Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, München, Sellier: European Law Publishers, 2009, 643 p.

mogelijkheid tot) differentiatie in het nationaal recht een stevige theoretische inbedding kunnen krijgen.

De ontwikkelingen op het Europese niveau zetten zich in snel tempo door. Op 8 februari 2007 publiceerde de Europese Commissie een Europees Groenboek inzake de herziening van het consumentenacquis.³ Oogmerk van dat Groenboek was de modernisering van een achttal richtlijnen: colportage, consumentenkoop, koop of afstand, oneerlijke bedingen, pakketreizen, prijsaanduiding, staken van inbreuken en timeshare. Dit Europees Groenboek heeft zeer veel reacties uitgelokt. Het heeft ook aanleiding gegeven tot een officiële Nederlandse reactie waarin uitgebreid wordt ingegaan op “algemene systeemvragen” onder meer met betrekking tot het bereik van het harmonisatie-instrument en de mate van harmonisatie. Vervolgens is op 8 oktober 2008 een officieel richtlijnvoorstel gepubliceerd dat zich echter slechts op vier van de eerder genoemde richtlijnen richt (colportage, consumentenkoop, koop op afstand en oneerlijke bedingen).⁴ Het is deze versie die in de beschouwingen hierna steeds als uitgangspunt wordt genomen. In dit rapport wordt het (zoveel mogelijk) aangeduid als richtlijnvoorstel, behalve dan wanneer het in combinatie met een artikelnummer uit dat richtlijnvoorstel wordt genoemd. In dat geval wordt de aanduiding Richtlijnvoorstel na het artikelnummer gehanteerd.

Beoogd is niet alleen de consequenties van het richtlijnvoorstel voor het Nederlandse recht aan te duiden, maar ook aandacht te besteden aan de wenselijkheid van verdergaande harmonisatie. Daarbij is bijvoorbeeld de vraag welke ruimte Nederland eventueel zou moeten behouden om een afwijkende en/of ruimere regeling in het BW op te nemen alsmede de vraag of Nederland de mogelijkheid heeft om bepaalde verworvenheden en uitgangspunten van het nationale contractenrecht te behouden.

Hoewel de nadruk op het richtlijnvoorstel ligt, wordt ook de nodige aandacht gevraagd voor het (D)CFR. De consequenties hiervan zijn op dit ogenblik nog niet duidelijk. Benadrukt moet bovendien worden dat het DCFR, zo merken de ontwerpers zelf ook steeds op⁵, een academische exercitie is. Of het DCFR op Europees niveau tot regelgeving leidt en in welke

³ COM(2006) 744final, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_nl.pdf.

⁴ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, 8.10.2008 COM(2008) 614 definitief.

⁵ Zie bijvoorbeeld Von Bar, Chr., “Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, 350-361.

vorm dan (optioneel of verplicht bijvoorbeeld⁶), is op dit ogenblik onzeker. Niettemin wordt in de hoofdstukken 5 en 6 van dit rapport, zoals hierna ook nog kort zal worden toegelicht, wel degelijk aandacht besteed aan (de inhoud van) het DCFR. Het zwaartepunt ligt echter bij (de consequenties van) het richtlijnvoorstel. Dat geldt nadrukkelijk voor hoofdstuk 8 dat beoogt conclusies en aanbevelingen te formuleren.

1.2 Voorwerp en opzet van het onderzoek

1.2.1 In kaart brengen van het consumentenacquis

Het onderzoek vangt aan met een korte schets van het bestaande consumentenacquis in Europa en de wijze waarop dat in het huidige Nederlands recht is geïncorporeerd. Een dergelijke schets vergemakkelijkt de vergelijking tussen het huidige recht en het richtlijnvoorstel.

Het voorstel voor een kaderrichtlijn consumentenrecht omvat als gezegd de herziening van een viertal richtlijnen:

- richtlijn 85/577/EEG (colportage);
- richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen);
- richtlijn 97/7/EG (verkoop op afstand);
- richtlijn 99/44/EG (garantie).

In eerste instantie zal kort worden aangegeven op welke wijze deze richtlijnen in het Nederlandse consumentenrecht zijn omgezet. Aldus wordt duidelijk waar het zogenoemde acquis op dit ogenblik in het Nederlandse recht kan worden teruggevonden. Deze basisinformatie maakt het mogelijk de wijzigingsvoorstellen op waarde te schatten. In dit verband kan overigens geprofiteerd worden van een recente studie van de Amsterdamse hoogleraar Marco Loos over het Europese “Consumer Acquis”.⁷

1.2.2 In kaart brengen van het DCFR

Hoewel het DCFR als gesteld niet het belangrijkste voorwerp van onderzoek is, staat dit document wel in de belangstelling op Europees niveau, niet alleen op academisch vlak, maar

⁶ Dat eerste wordt bepleit door Smits, J.M., “Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid”, *Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging*, 2006, 57-104.

⁷ Loos, M.B.M., *Review of the European Consumer Acquis*, Munchen, Sellier, 2008, 97 p.

ook in de politiek. Het zou daarom onverstandig zijn in dit rapport het DCFR volledig te negeren. Er zijn aanwijzingen dat het DCFR, althans de versie die eind december 2007 bij de Commissie is ingeleverd⁸, de Commissie tot inspiratie heeft gediend bij het formuleren van het richtlijnvoorstel.⁹ Zowel het DCFR als het richtlijnvoorstel bevatten bijvoorbeeld algemene regels met betrekking tot precontractuele informatieplichten en herroepingsrechten die weliswaar in detail verschillen, maar op dezelfde principes zijn gebaseerd. De wijze van redactie en de terminologie van het richtlijnvoorstel verschilt echter van het DCFR.¹⁰ Het is bovendien niet uitgesloten dat de Commissie het Common Frame of Reference tot een soort wetboek van Europees contractenrecht opwaardeert, al dan niet in een optionele vorm. Vandaar dat, op basis van de literatuur¹¹ en de inhoud van het DCFR in de eerste plaats wordt nagegaan wat het belang van dit document is en wat de mogelijke draagwijdte kan zijn: optionele code of document gericht op algehele harmonisatie? Verder wordt, wederom op basis van literatuur¹², op hoofdlijnen ingegaan op de betekenis van bepalingen uit het DCFR voor het Nederlandse consumentenrecht. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de kritiek die op het DCFR is geformuleerd.¹³ Zo zijn er vanuit rechtseconomisch perspectief kanttekeningen geplaatst bij het DCFR en het onderliggende harmonisatiestreven. Bestudering hiervan kan in verband met de Nederlandse standpuntbepaling waardevolle inzichten opleveren.¹⁴

1.2.3 Richtlijnvoorstel

Centraal staat echter het richtlijnvoorstel van 8 oktober 2008 tot herziening van het consumentenacquis. Daarbij wordt ook kort aandacht besteed aan zijn voorgeschiedenis. Zo wordt stilgestaan bij het Groenboek en bij het Nederlandse kabinetsstandpunt hieromtrent. De nadruk ligt uiteraard op een inventarisatie van de consequenties van invoering van het

⁸ Von Bar, Chr., Clive, E. & Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim outline edition*, München, Sellier: European Law Publishers, 2008, VI+396 p.

⁹ Zie in dit verband ook Van Erp, J.H.M., "Komt er dan toch een Europees BW", *WPNR* (6784) 2009, 101-104.

¹⁰ DCFR, nr. 62, 37.

¹¹ Zie bijvoorbeeld Beale, H., "The Future of the Common Frame of Reference", *ERCL* 2007, 257-276 en Schulte-Nölke, H., "EC Law on the Formation of Contract – From the Common Frame of Reference to the "Blue Button"", *ERCL* 2007, 332-349.

¹² Zie bijvoorbeeld Luth, H. en Cseres, K., "Specificity of Consumer Law vis-à-vis Contract Law: An Economic Assessment of European Consumer Law", Working Paper, 2008.

¹³ Zie bijvoorbeeld de felle kritiek van de Duitse hoogleraren Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.-Chr., Jansen, N., Wagner, G. en Zimmermann, R., "Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht/Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme", *JZ* 2008, 529-550.

¹⁴ Zie Van den Bergh, R., "Der Gemeinsame Referenzrahmen: Abschied von der Harmonisierung des Vertragsrechts?", in: Eger, Th. en Schäfer, H.B. (eds.), *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung. Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Ziebeck, 2007, 111-126.

richtlijnvoorstel voor het Nederlandse recht. Daarbij wordt in het bijzonder gekeken naar de volgende thema's:

1. de definitie van consument en handelaar;
2. de rol en betekenis van het begrip "goede trouw";
3. de informatieverplichtingen;
4. de eis van conformiteit;
5. de regeling van oneerlijke bedingen;
6. de gevolgen van de overeenkomst (herroepingsrecht, schadevergoeding, consequenties van het niet-naleven van EU regels voor de geldigheid van de overeenkomst).

1.2.4 Consequenties voor het BW van het richtlijnvoorstel en het DCFR

Dit onderdeel is van groot belang voor de Nederlandse standpuntbepaling. De centrale vraag is of herziening van het consumentenacquis (en het DCFR) gevolgen heeft voor het niveau van consumentenbescherming in het Nederlandse recht en dan in het bijzonder het BW. Het antwoord is niet alleen afhankelijk van de vraag of er verschillen bestaan tussen het richtlijnvoorstel en het DCFR aan de ene kant en het huidige Nederlands recht aan de andere kant, maar vooral van de mate van harmonisatie.

Voor de zes specifieke hiervoor genoemde kernthema's zal worden nagegaan wat de consequenties van invoering van het richtlijnvoorstel (en het DCFR) voor het Nederlandse recht zijn. Het is daarbij niet de bedoeling om dit op een alomvattende en zeer gedetailleerde wijze te doen; het gaat veeleer om een probleemgeoriënteerde benadering.

In hoofdstuk 7 wordt vervolgens minder positiefrechtelijk, maar meer fundamenteel aandacht besteed aan wenselijkheid van een (verdergaande) Europese harmonisatie van het consumentenrecht.

1.2.5 Noodzaak van verdergaande harmonisatie vanuit de interne markt?

Harmonisatie van consumentenrecht is vaak verdedigd vanuit de idee dat verschillen in niveau van consumentenbescherming tot ongelijke marktvoorwaarden zouden kunnen leiden. Rechtseconomen hebben daartegen ingebracht dat dit op zichzelf geen sterk argument is voor harmonisatie, omdat noch voor verhoging van de maatschappelijke welvaart, noch voor

marktintegratie algehele harmonisatie van rechtsregels noodzakelijk is, nog daargelaten of zij ook daadwerkelijk mogelijk zou zijn. Vanuit de rechtseconomie zijn wel andere argumenten ten voordele van harmonisatie naar voren geschoven. Die leiden dan echter bijvoorbeeld tot harmonisatie op het vlak van de informatieverschaffing.

De vraag is derhalve of het vanuit Europees perspectief mogelijk is een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden terwijl tegelijkertijd (enige mate van) differentiatie tussen de lidstaten zou blijven bestaan die de uiteenlopende voorkeuren van de lidstaten respecteert.

Op dit vlak zijn er in de doctrine kritische geluiden te horen ten aanzien van de noodzaak om op het terrein van het privaatrecht tot verdergaande harmonisatie te komen.¹⁵ Dat neemt niet weg dat het Europese privaatrecht de wind in de zeilen heeft. Het DCFR en het richtlijnvoorstel vormen hiervan duidelijke bewijzen. Toch is er kritische rechtseconomische literatuur die ook op het terrein van het contracten- en het consumentenrecht de vraag heeft gesteld of harmonisatie werkelijk tot verhoging van de maatschappelijke welvaart leidt.¹⁶ Niet voor niets wordt op het terrein van het contractenrecht en ook van het consumentenrecht gepleit voor keuzevrijheid van contractspartijen en lidstaten en daarmee tegen een opgelegde harmonisatie.¹⁷

In dit verband is het interessant om na te gaan in welke mate in het richtlijnvoorstel (en het DCFR) nog ruimte wordt gelaten voor differentiatie zoals die vanuit de rechtseconomie wordt voorgesteld. Deze vraag is van belang, omdat één van de kernvragen is of en, zo ja, hoe de door Nederland wezenlijk geachte regels van consumentenrecht kunnen worden behouden.

¹⁵ Faure, M. en Hartlief, T., “Harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa. Iets over de overlevingskansen van de romantische rechtschool van Maastricht”, in: Cornelis, L. e.a. (eds.), *Liber Amicorum Marcel Storme Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, 297-322 en Faure, M. en Hartlief, T., “Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa? Een kritisch rechtseconomisch perspectief”, *NJB* 2003, 170-177. Zie in dit verband ook Hartlief, T., “Harmonisation of European Tort Law. Some Critical Remarks”, in: Faure, M. Smits, J. en Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 225-230.

¹⁶ Zie vooral Van den Bergh, R., “The Uneasy Case for Harmonising Consumer Law”, in: Heine, G. en Kerper (eds.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa*, 2007 en Wagner, G., “The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law”, *CMLR* 2002, 995 e.v.

¹⁷ Zie het reeds aangehaalde NJV-preadvies van Smits en ook Smits, J., “The Future of European Contract Law: On Diversity and the Temptation of Elegance”, in: Faure, M., Smits, J. en Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 239-256. Zie ook Faure, M., “Legal Harmonisation from the Perspective of the Economic Analysis of Law”, in: Faure, M., Koziol, H. en Puntischer-Riekmann, S. (eds.), *Vereintes Europa – Vereinheitlichtes Recht? Die Rechtsvereinheitlichung aus Rechtsökonomischer, Privatrechtlicher und Politikwissenschaftlicher Sicht*, Wenen, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2008, 11-46.

In het laatste hoofdstuk wordt een aantal conclusies en beleidsaanbevelingen geformuleerd die ondersteunend kunnen zijn bij het bepalen van het Nederlandse standpunt. Tevens worden aanbevelingen gedaan met het oog op het scenario dat het richtlijnvoorstel ongewijzigd blijft en dus als zodanig moet worden geïmplementeerd.

1.2.6 Begeleidingscommissie

De onderzoekers hebben tweemaal, op 12 november 2008 en op 26 januari 2009 steeds te Utrecht, tussentijds overleg gehad met een begeleidingscommissie bestaande uit prof.mr. Mark Wissink (Rijksuniversiteit Groningen), mr.drs. Jeanette Kok (Directie wetgeving, sector privaatrecht, Ministerie van Justitie), mr.dr. Bernardine Trompenaars (Ministerie van Economische Zaken) en mr. Corinne van Ginkel (WODC, Ministerie van Justitie).

1.3 Onderzoeksteam

Het onderzoek is uitgevoerd door onderzoekers van de Universiteit Maastricht. De coördinatie en projectleiding was in handen van prof.dr. M.G. Faure LL.M. en prof.mr. T. Hartlief. Zij hebben het onderzoek uitgevoerd in samenwerking met dr. C. Cauffman.

Caroline Cauffman is universitair docent bij de Capaciteitsgroep Privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht, docent aan de Universiteit Antwerpen en gastprofessor aan de Universiteit Hasselt. Ton Hartlief is hoogleraar privaatrecht bij de capaciteitsgroep Privaatrecht van de Universiteit Maastricht. Michael Faure is wetenschappelijk directeur van METRO en van de Ius Commune Onderzoekschool en hoogleraar vergelijkend en internationaal milieurecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Maastricht. Hij is tevens hoogleraar Comparative Private Law and Economics aan het Rotterdam Institute of Law and Economics, Erasmus Universiteit Rotterdam.

1.4 Onderzoekskader

Dit onderzoek is gefinancierd door het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie (WODC) en werd uitgevoerd in het kader van het programma Aansprakelijkheid en Verzekering van de Ius Commune Onderzoekschool waarin Faure en Hartlief participeren. Kern van deze Onderzoekschool (een samenwerkingsverband tussen de Katholieke Universiteit Leuven, Universiteit van Amsterdam, Universiteit Utrecht en Universiteit Maastricht) is dat onderzoek wordt gedaan

naar de rol van het recht bij integratieprocessen in Europa. Harmonisatievragen nemen daarbij een centrale plaats in.

Het institutionele kader voor de uitvoering van het onderzoek werd geboden door het Maastrichtse Europees Instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek (METRO Graduate School of Law) dat als contractspartner fungeerde.

1.5 Structuur van dit rapport

Na deze inleiding (hoofdstuk 1) wordt hierna in hoofdstuk 2 een aanvang gemaakt met het in kaart brengen van het consumentenacquis. In hoofdstuk 3 wordt aangegeven op welke wijze de vier aan herziening onderworpen richtlijnen op dit moment in het Nederlandse recht zijn geïncorporeerd. In hoofdstuk 4 worden de belangrijke wijzigingsvoorstellen van Europa en meer in het bijzonder de ontwikkelingen met betrekking tot het Groenboek tot herziening van het consumentenacquis evenals het richtlijnvoorstel besproken. Daarna wordt in hoofdstuk 5 het DCFR op hoofdlijnen besproken. Daarop volgt een analyse van de consequenties voor het Nederlandse recht van het richtlijnvoorstel en het DCFR in hoofdstuk 6. Vervolgens vindt in hoofdstuk 7 een kritische bespreking plaats van de vraag of verdergaande harmonisatie inderdaad noodzakelijk is vanuit het perspectief van de interne markt zoals onder meer door de Europese Commissie wordt beweerd in de toelichting bij het richtlijnvoorstel. Het rapport wordt afgesloten met hoofdstuk 8 waarin een aantal conclusies en beleidsaanbevelingen worden geformuleerd.

Uiteraard is een overzicht van gebruikte literatuur opgenomen. Tevens is in bijlagen relevante wetgeving opgenomen om lezing van het rapport te vergemakkelijken.

1.6 Dankwoord

De onderzoekers zijn dank verschuldigd aan de leden van de begeleidingscommissie voor een aangename samenwerking en voor nuttige opmerkingen naar aanleiding van eerdere concepten. Ten slotte gaat onze dank uit naar mevrouw S. Workum van METRO voor redactioneel werk aan dit rapport.

Maastricht, 20 februari 2009

Caroline Cauffman

Michael Faure

Ton Hartlief

2. In kaart brengen van het consumentenacquis

2.1 Wat is het consumentenacquis?

2.1.1 Gebruikelijke omschrijving

De term “consumentenacquis” wordt over het algemeen gebruikt ter aanduiding van de volgende *acht* richtlijnen:

- Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (hierna: Colportagerichtlijn).¹⁸

- Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn Oneerlijke bedingen).¹⁹

- 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 - Verklaring van de Raad en van het Parlement ad artikel 6, lid 1 - Verklaring van de Commissie ad artikel 3, lid 1, eerste streepje (hierna: Richtlijn Verkoop op afstand).²⁰

- Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (hierna: Richtlijn betreffende de procedure tot het doen staken van inbreuken).²¹

- Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna: Richtlijn Consumentenkoop).²²

- Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreis pakketten.²³

¹⁸ *Pb L* 31 december 1985, afl. 372, 31, overgenomen door Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte - Bijlage XIX - Consumentenbescherming - Lijst bedoeld in artikel 72, *Pb L* 1 3 januari 1994, afl. 1, 492.

¹⁹ *Pb L* 21 april 1993, afl. 95, 29.

²⁰ *Pb L* 4 juni 1997, afl. 144, 19, gewijzigd bij Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *Pb L* 9 oktober 2002, afl. 271, 16.

²¹ *Pb L* 11 juni 1998, afl. 166, 51.

²² *Pb L* 7 juli 1999, afl. 171, 12.

- Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen.²⁴

- Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten.²⁵

Het aldus omschreven consumentenacquis omvat echter niet alle consumentenbeschermingswetgeving van de EU. Daartoe behoren onder meer ook de volgende richtlijnen:

- Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken²⁶;

- 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”)²⁷;

- Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame²⁸; en verscheidene richtlijnen inzake verzekeringen²⁹, e-handel³⁰ en financiële dienstverlening.³¹

²³ *Pb L* 23 juni 1990, afl. 158, 59.

²⁴ *Pb L* 29 oktober 1994, afl. 280, 83.

²⁵ *Pb L* 18 maart 1998, afl. 80, 27.

²⁶ *Pb L* 7 augustus 1985, afl. 210, 29, overgenomen door de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte - Bijlage II - Technische voorschriften, normen, keuring en certificatie - Lijst bedoeld in artikel 23, *Pb L* 1 3 januari 1994, afl. 263, overgenomen door Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte - Bijlage III - Produktaansprakelijkheid - Lijst bedoeld in artikel 23, onder c), *Pb L* 3 januari 1994, afl. 1, 321, Richtlijn 1999/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 1999 tot wijziging van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *Pb L* 4 juni 1999, afl. 141, 20.

²⁷ *Pb L* 11 juni 2005, afl. 149, 22.

²⁸ *Pb L* 27 december 2006, afl. 376, 21.

²⁹ Zie bijv. Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *Pb L* 19 december 2002, afl. 345, 1; Richtlijn 72/166/EEG van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid, *Pb L* 2 mei 1972, afl. 103, 1; Tweede Richtlijn 84/5/EEG van de Raad van 30 december 1983 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven, *Pb L* 11 januari 1984, afl. 8, 17.

³⁰ Zie bijv. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“Richtlijn inzake elektronische handel”), *Pb L* 17 juli 2000, afl. 178, 1.

Tot bescherming van de consument werden verder onder meer de volgende verordeningen aangenomen

- Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91 - Verklaring van de Commissie³²;
- Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (“verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming”)³³;
- evenals tal van verordeningen inzake biologische productiemethoden en etikettering.³⁴

2.1.2 De thans aan herziening onderworpen onderdelen van het Consumentenacquis

De herziening van het consumentenacquis die de Commissie in de mededeling van 2004 getiteld “Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen”³⁵ in het vooruitzicht stelde, betrof aanvankelijk de acht richtlijnen die gewoonlijk tot het consumentenacquis worden gerekend.

Het Voorstel van Richtlijn Consumentenrechten (hierna: het richtlijnvoorstel) dat op 8 oktober 2008 door de Commissie is aangenomen en waarvan de impact op het Nederlandse recht in hoofdstuk 4 en 6 zal worden besproken, beoogt echter slechts de herziening van vier richtlijnen:

- de Colportagerichtlijn;
- de Richtlijn Oneerlijke bedingen;

³¹ Zie Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, *Pb L* 27 juni 2002, afl. 168, 43; Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG, *Pb L* 5 december 2007, afl. 319, 1; Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *Pb L* 22 mei 2008, afl. 133, 66.

³² *Pb L* 17 februari 2004, afl. 46, 1.

³³ *Pb L* 9 december 2004, afl. 364, 1, gewijzigd bij 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* 11 juni 2005, afl. 149, 22 en bij Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, *Pb L* 18 december 2007, afl. 332, 27.

³⁴ Zie bijv. Richtlijn 2000/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame, *Pb L* 6 mei 2000, afl. 109, 29.

³⁵ COM(2004) 651 definitief, *Pb C* 20 januari 2005, afl. 14, 6.

- de Richtlijn Verkoop op afstand;
- de Richtlijn Consumentenkoop.

Deze vier richtlijnen worden samengevoegd tot één enkel horizontaal wetgevend instrument teneinde de gemeenschappelijke elementen op een systematische wijze te regelen, de bestaande regels te vereenvoudigen en bij de tijd te brengen, inconsistenties weg te werken en leemten in te vullen.³⁶

2.2 Gemeenschappelijke kenmerken

2.2.1 Minimumharmonisatie

De vier aan herziening onderhevige richtlijnen gaan uit van het principe van minimumharmonisatie. Zij leggen een minimaal beschermingsniveau op dat de lidstaten de consument dienen te verschaffen, zij beletten echter niet dat de lidstaten – binnen de door het EG-verdrag bepaalde grenzen - bepalingen vaststellen of handhaven die de consument een verdergaande bescherming bieden (art. 8 Colportagerichtlijn, art. 8 Richtlijn Oneerlijke bedingen; art. 14 Richtlijn Verkoop op afstand; art. 8 lid 2 Richtlijn Consumentenkoop). De Richtlijn Consumentenkoop bepaalt bovendien dat de uit de richtlijn voortvloeiende rechten kunnen worden uitgeoefend onverminderd andere rechten die de consument krachtens nationale voorschriften inzake contractuele of niet-contractuele aansprakelijkheid kan doen gelden (art. 8).

2.2.2 Dwingend karakter van de toegekende rechten

De door de richtlijnen aan de consument toegekende rechten zijn van dwingende aard, er kan door partijen niet van worden afgeweken, althans niet voordat het recht van de consument opeisbaar is geworden. De wijze waarop dit dwingend karakter in de Richtlijnen tot uiting is gebracht, is echter niet in alle richtlijnen identiek.

De Colportagerichtlijn en de Richtlijn Verkoop op afstand bepalen dat de consument geen afstand kan doen van de rechten die hem krachtens de betreffende richtlijnen zijn verleend (art. 6 Colportagerichtlijn, art. 12 lid 1 Richtlijn Verkoop op afstand).

³⁶ Richtlijnvoorstel, 3.

Volgens de Richtlijn Oneerlijke bedingen kunnen de lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan (art. 6 lid 1).

De Richtlijnen Oneerlijke bedingen (art. 6 lid 2), Consumentenkoop (art. 7 lid 2) en Verkoop op afstand (art. 12 lid 2) bepalen verder dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de consument de door deze richtlijn geboden bescherming niet wordt ontzegd door de keuze van het recht van een derde land als recht dat op de overeenkomst van toepassing is, wanneer er een nauwe band bestaat tussen de overeenkomst en het grondgebied van een lidstaat.

De Richtlijn Consumentenkoop bepaalt:

“Contractuele bedingen of afspraken die zijn overeengekomen met de verkoper voordat het gebrek aan overeenstemming ter kennis van de verkoper is gebracht en die direct of indirect voorzien in afstand of beperking van uit deze richtlijn voortvloeiende rechten, binden, onder de in het nationale recht geldende voorwaarden, de consument niet”.

Deze Richtlijn biedt de lidstaten wel de mogelijkheid te bepalen dat de verkoper en de consument voor tweedehandsgoederen in de overeenkomst voorwaarden of afspraken kunnen overeenkomen omtrent een kortere aansprakelijkheidstermijn voor de verkoper dan die van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn. Deze termijn mag evenwel niet korter zijn dan één jaar (art. 7).

2.2.3 Bekendmaking

De Richtlijnen Verkoop op afstand (art. 16) en Consumentenkoop (art. 9) verplichten de lidstaten passende maatregelen te nemen om de consument in kennis te stellen van het nationaal recht waarin deze richtlijn is omgezet en moedigen waar nodig (Richtlijn verkoop op afstand) of passend (Richtlijn Consumentenkoop) beroepsorganisaties aan om de consumenten in te lichten over hun gedragscodes (Richtlijn Verkoop op afstand) respectievelijk rechten (Richtlijn Consumentenkoop).

2.3 Specifieke bepalingen

2.3.1 Colportagerichtlijn

2.3.1.1 Toepassingsgebied

De Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (hierna: Colportagerichtlijn) is van toepassing

- op overeenkomsten die worden gesloten tussen een handelaar die goederen levert of diensten verricht, en een consument:

ofwel tijdens een door de handelaar buiten zijn verkoopruimten georganiseerde excursie,
ofwel tijdens een bezoek van de handelaar

i) ten huize van deze consument of van een andere consument;

ii) ter plaatse waar de consument werkzaam is,

indien het bezoek niet op uitdrukkelijk verzoek van de consument plaatsvindt.

- op overeenkomsten betreffende de leverantie van een ander goed of de verrichting van een andere dienst dan het goed of de dienst in verband waarmee de consument om een bezoek van de handelaar heeft verzocht, op voorwaarde dat de consument toen hij om het bezoek verzocht, niet wist of redelijkerwijze niet kon weten, dat de leverantie van dat andere goed of de verrichting van die andere dienst tot de commerciële of beroepsactiviteiten van de handelaar behoort.

- op overeenkomsten waarvoor door de consument onder soortgelijke omstandigheden als hierboven omschreven een aanbieding is gedaan waardoor de consument echter niet is gebonden vóór de aanvaarding daarvan door de handelaar.

- op contractuele aanbiedingen die zijn gedaan door de consument onder soortgelijke omstandigheden als omschreven in lid 1 of in lid 2, wanneer de consument door zijn aanbieding is gebonden (art. 1).

Deze richtlijn is *niet* van toepassing op:

- overeenkomsten betreffende de bouw, de verkoop en de verhuur van onroerend goed, alsmede overeenkomsten betreffende andere rechten op onroerend goed. Overeenkomsten inzake de levering van goederen en inzake de verwerking daarvan in onroerende goederen, of overeenkomsten inzake de herstelling van onroerende goederen, vallen binnen de werkingssfeer van deze richtlijn.

- overeenkomsten betreffende de levering van levensmiddelen of dranken of van andere goederen voor courant huishoudelijk gebruik door frequent en op gezette tijden langskomende bezorgers.
- overeenkomsten voor de levering van goederen of het verrichten van diensten, op voorwaarde dat aan de volgende drie criteria wordt voldaan:
 - de overeenkomst wordt gesloten op de grondslag van een catalogus van de handelaar waarvan de consument inzage heeft gehad zonder dat de vertegenwoordiger van de handelaar daarbij aanwezig is,
 - er is voorzien in voortzetting van het contact tussen de vertegenwoordiger van de handelaar en de consument met betrekking tot de desbetreffende transactie of latere transacties,
 - in de catalogus en in de overeenkomst wordt ten behoeve van de consument duidelijk vermeld dat hij het recht heeft, de goederen binnen een termijn van minstens 7 dagen na ontvangst aan de leverancier terug te zenden, dan wel de overeenkomst binnen die termijn op te zeggen zonder enige verplichting, behalve dat de goederen met zorg moeten worden behandeld.
- verzekeringsovereenkomsten.
- overeenkomsten betreffende effecten (art. 3 lid 2).

De lidstaten kunnen bepalen dat de richtlijn alleen zal worden toegepast op overeenkomsten waarbij de tegenwaarde van de door de consument te betalen prijs hoger is dan een bepaald bedrag, dat niet hoger mag zijn dan 60 euro.³⁷ De Raad toetst dit bedrag op voorstel van de Commissie om de twee jaar en voor het eerst uiterlijk vier jaar na de kennisgeving van deze richtlijn en herziet het, in voorkomend geval, naargelang van de economische en monetaire ontwikkelingen in de Gemeenschap (art. 3 lid 1).

De lidstaten hoeven de richtlijn ook niet toe te passen op overeenkomsten betreffende de leverantie van een goed of de verrichting van een dienst dat/die rechtstreeks verband houdt met het goed of de dienst in verband waarmee de consument om een bezoek van de handelaar heeft verzocht (art. 3 lid 3).

³⁷ De richtlijn spreekt van Ecu, dit moet evenwel gelezen worden als euro, zie Verordening (EG) nr. 1103/97 van de Raad van 17 juni 1997 over enkele bepalingen betreffende de invoering van de euro, Pb L 19 juni 1997, afl. 162, 1.

2.3.1.2 Definities

2.3.1.2.1 *Consument*

De richtlijn verstaat onder consument

“een natuurlijk persoon die ten aanzien van de onder deze richtlijn vallende transacties handelt voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd” (art. 2).

2.3.1.2.2 *Handelaar*

Het begrip “handelaar” wordt gedefinieerd als

“een natuurlijk of rechtspersoon die de betrokken transactie sluit in het kader van zijn commerciële of beroepsactiviteit alsmede een persoon die namens of voor rekening van een handelaar optreedt” (art. 2).

2.3.1.2.3 *Bedenktermijn*

De essentie van de Colportagerichtlijn is erin gelegen dat zij de lidstaten verplicht om de consument, ingeval hij een overeenkomst sluit of een aanbod doet dat binnen het toepassingsgebied van de richtlijn valt, een bedenktijd toe te kennen. Meer bepaald dienen zij de consument in dergelijke gevallen het recht toe te kennen om, door middel van een kennisgeving binnen een termijn van tenminste zeven dagen na het tijdstip waarop de consument de in artikel 4 bedoelde informatie³⁸ heeft ontvangen, op de door de nationale wetgeving voorgeschreven wijze en voorwaarden, afstand te doen van de gevolgen van zijn verbintenis. Voor het in acht nemen van de termijn is verzending van de kennisgeving vóór het einde van de termijn voldoende (art. 5 lid 1).

De kennisgeving heeft tot gevolg dat de consument van alle verplichtingen uit de opgezegde overeenkomst is ontslagen (art. 5 lid 2).

Indien de consument zijn recht van afstand uitoefent, worden de juridische gevolgen van de afstand volgens het nationale recht geregeld, met name voor wat betreft de terugbetaling van

³⁸ Cf. *infra* 2.3.1.3.

betalingen voor goederen of dienstverrichtingen en de restitutie van ontvangen goederen (art. 7).

2.3.1.3 Informatieverplichtingen

De handelaar is verplicht de consument schriftelijk mededeling te doen van het feit dat hij het recht heeft de overeenkomst binnen hierboven vermelde bedenktijd op te zeggen, alsmede van de naam en het adres van degene tegen wie dit recht kan worden uitgeoefend. Deze mededeling moet gedateerd zijn en de gegevens ter identificatie van de overeenkomst bevatten. Deze mededeling moet aan de consument worden gedaan: uiterlijk op het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten of de consument zijn aanbieding doet (art. 4).

2.3.2 Richtlijn Oneerlijke bedingen

2.3.2.1 Toepassingsgebied

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn Oneerlijke bedingen) strekt tot de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument (art. 1 lid 1).

Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen, zijn niet aan de richtlijn onderworpen (art. 1 lid 2).

2.3.2.2 Definities

2.3.2.2.1 *Consument*

In deze richtlijn wordt verstaan onder consument

“iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen” (art. 2, b).

2.3.2.2.2 *Verkoper*

Het begrip “verkoper” wordt gedefinieerd als

“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit” (art. 2, c).

2.3.2.2.3 *Oneerlijke bedingen*

Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1).

Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben.

Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van artikel 3 op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst.

Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen (art. 3 lid 2).

De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3). Het betreft bedingen die tot doel of tot gevolg hebben:

- a) de wettelijke aansprakelijkheid van de verkoper uit te sluiten of te beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een doen of nalaten van deze verkoper;
- b) de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de verkoper of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de

verkoper van een van diens contractuele verplichtingen, met inbegrip van de mogelijkheid om een schuld jegens de verkoper te compenseren met een schuldvordering jegens deze, op ongepaste wijze uit te sluiten of te beperken;

c) te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de consument terwijl de uitvoering van de prestaties van de verkoper onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van zijn wil;

d) de verkoper toe te staan door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of het uitvoeren van de overeenkomst, zonder erin te voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag verlangen van de verkoper wanneer deze zich terugtrekt;

e) de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen;

f) de verkoper toe te staan de overeenkomst op te zeggen indien zulks niet aan de consument wordt toegestaan, alsmede de verkoper toe te staan de door de consument betaalde voorschotten te behouden ingeval de verkoper zelf de overeenkomst opzegt;

g) de verkoper toe te staan een overeenkomst van onbeperkte duur zonder redelijke opzeggingstermijn eenzijdig op te zeggen, behalve in geval van gewichtige redenen; dit staat echter niet in de weg aan bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt eenzijdig een eind te maken aan een overeenkomst van onbepaalde duur, en dit zonder opzegtermijn in geval van geldige reden, mits de verkoper verplicht wordt hiervan onmiddellijk de andere contracterende partij(en) op de hoogte te stellen;

h) een overeenkomst van bepaalde duur automatisch te verlengen bij ontbreken van tegengestelde kennisgeving van de consument, terwijl een al te ver van het einde van de overeenkomst verwijderde datum is vastgesteld als uiterste datum voor de kennisgeving van de wil van de consument om de overeenkomst niet te verlengen;

i) op onweerlegbare wijze de instemming vast te stellen van de consument met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst;

j) de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen; dit punt staat echter niet in de weg aan bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet of het bedrag van alle andere op de financiële diensten betrekking hebbende lasten bij geldige reden zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de verkoper verplicht wordt dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere

contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen; het staat evenmin in de weg aan bedingen waarbij de verkoper zich het recht voorbehoudt de voorwaarden van een overeenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te wijzigen, mits hij verplicht is de consument daarvan redelijke tijd vooraf in kennis te stellen en het de laatste vrijstaat de overeenkomst te ontbinden;

k) de verkoper te machtigen zonder geldige reden eenzijdig de kenmerken van het te leveren produkt of de te verrichten dienst te wijzigen;

l) te bepalen dat de prijs van de goederen wordt vastgesteld op het ogenblik van levering, dan wel de verkoper van de goederen of de dienstverrichter het recht te verlenen zijn prijs te verhogen, zonder dat de consument in beide gevallen het overeenkomstige recht heeft om de overeenkomst op te zeggen, indien de eindprijs te hoog is ten opzichte van de bij het sluiten van de overeenkomst bedongen prijs; dit punt staat echter niet in de weg aan bedingen van prijsindexering, voor zover deze wettig zijn en de wijze waarop de prijs wordt aangepast hierin expliciet beschreven is;

m) de verkoper het recht te geven te bepalen of de geleverde goederen of de dienst aan de bepalingen van de overeenkomst beantwoorden of hem het exclusieve recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;

n) de verplichting van de verkoper te beperken om de verbintenissen na te komen die door zijn gevolmachtigden zijn aangegaan, of diens verbintenissen te laten afhangen van het naleven van een bijzondere formaliteit;

o) de consument te verplichten al zijn verbintenissen na te komen, zelfs wanneer de verkoper zijn verbintenissen niet uitvoert;

p) te voorzien in de mogelijkheid van overdracht van de overeenkomst door de verkoper, wanneer hierdoor de garanties voor de consument zonder diens instemming geringer kunnen worden;

q) het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust.

De punten g), j) en l) zijn niet van toepassing op:

- transacties met betrekking tot effecten, financiële instrumenten en andere producten of diensten waarvan de prijs verband houdt met de fluctuaties van een beurskoers of een beursindex dan wel financiële marktcoersen waar de verkoper geen invloed op heeft;
- overeenkomsten voor de aankoop of verkoop van vreemde valuta, reischeques of internationale in deviezen opgestelde postmandaten.

Voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst moeten alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van die overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Voor de beoordeling moet men zich plaatsen op het moment van de contractsluiting (art. 4 lid 1).

De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op zogenaamde kernbedingen (dit zijn bedingen betreffende de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst), noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (art. 4 lid 2).

2.3.2.3 Transparantieplicht

In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de “algemene vorderingen” van artikel 7 lid 2 Richtlijn waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of op de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en om de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen (art. 5).

2.3.2.4 Handhaving

De lidstaten dienen erop toe te zien dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers (art. 7 lid 1). Deze middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen (art. 7 lid 2). Met inachtneming van de nationale wetgeving kunnen deze beroepen, afzonderlijk of gezamenlijk, worden ingesteld tegen verschillende verkopers in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene contractuele bedingen (art. 7 lid 3).

2.3.3 Richtlijn Verkoop op afstand

2.3.3.1 Toepassingsgebied

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 - Verklaring van de Raad en van het Parlement ad artikel 6, lid 1 - Verklaring van de Commissie ad artikel 3, lid 1, eerste streepje (hierna: Richtlijn Verkoop op afstand) heeft tot doel wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake overeenkomsten op afstand tussen consument en leverancier nader tot elkaar te brengen (art. 1).

De Richtlijn is niet van toepassing op overeenkomsten:

- betreffende de financiële diensten waarvan een niet-uitputtende lijst in bijlage II van de richtlijn staat³⁹;

³⁹ De bijlage vermeldt volgende diensten: beleggingsdiensten, verzekerings- en herverzekeringstransacties, bankdiensten, transacties betreffende pensioenfondsen, diensten met betrekking tot termijntransacties of opties.

Deze diensten omvatten met name:

- beleggingsdiensten, bedoeld in de bijlage van Richtlijn 93/22/EEG (1), diensten van instellingen voor collectieve belegging;

- diensten in het kader van de werkzaamheden die onder de wederzijdse erkenning vallen, genoemd in de bijlage van Richtlijn 89/646/EEG (2),

- transacties die vallen onder verzekerings- en herverzekeringdiensten, genoemd in:

- artikel 1 van Richtlijn 73/239/EEG (3),

- de bijlage van Richtlijn 79/267/EEG (4),

- Richtlijn 64/225/EEG (5),

- die worden gesloten door middel van distributieautomaten of geautomatiseerde handelsruimten;
- die worden gesloten met telecommunicatie-exploitanten door het gebruik van publieke telefoon;
- die worden gesloten voor de bouw en de verkoop van onroerende goederen, alsmede overeenkomsten betreffende andere rechten op onroerende goederen, met uitzondering van verhuur;
- die worden gesloten bij een verkoop bij opbod (art. 3 lid 1).

De richtlijn is van toepassing voor zover er in het kader van communautaire regelgeving geen bijzondere bepalingen bestaan die een regeling voor bepaalde soorten overeenkomsten op afstand in hun algemeenheid inhouden (art. 13 lid 1).

Wanneer specifieke communautaire regelgeving bepalingen bevat waarin slechts bepaalde aspecten van de verkoop van goederen of het verrichten van diensten zijn geregeld, zijn die bepalingen, in plaats van de bepalingen van onderhavige richtlijn, van toepassing op die specifieke aspecten van de overeenkomst op afstand (art. 13 lid 2).

De artikelen 4, 5 en 6 en artikel 7, lid 1 van de Richtlijn zijn niet van toepassing:

- op overeenkomsten betreffende de levering op de woon- of verblijfplaats of de werkplek van de consument van levensmiddelen of dranken of van andere goederen voor courant huishoudelijk gebruik door frequent en op gezette tijden langskomende bezorgers;
- op overeenkomsten betreffende het verrichten van diensten voor logies, vervoer, het restaurantbedrijf en vrijetijdsbesteding, indien de leverancier zich er bij de sluiting van de overeenkomst toe verplicht, deze diensten op een bepaalde datum of tijdens een nader genoemde periode te verrichten; bij wijze van uitzondering kan de leverancier in geval van vrijetijdsevenementen in de open lucht zich het recht voorbehouden artikel 7, lid 2, in speciale omstandigheden niet toe te passen (art. 3 lid 2).

2.3.3.2 Definities

2.3.3.2.1 *Overeenkomst op afstand*

Als overeenkomst op afstand geldt

- de Richtlijnen 92/49/EEG (6) en 92/96/EEG (7).

“elke overeenkomst tussen een leverancier en een consument inzake goederen of diensten die wordt gesloten in het kader van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruik gemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf” (art. 2, 1°).

2.3.3.2.2 *Consument*

“Consument” wordt gedefinieerd als

“iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen”.

2.3.3.2.3 *Leverancier*

“Leverancier” wordt gedefinieerd als

“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit”.

2.3.3.2.4 *Techniek voor communicatie op afstand*

Onder “techniek voor communicatie op afstand” verstaat de Richtlijn

“ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van leverancier en consument kan worden gebruikt voor de sluiting van de overeenkomst tussen deze partijen”.

Bijlage I bevat een indicatieve lijst van technieken waarop deze richtlijn van toepassing is.

Het betreft

- niet geadresseerd drukwerk;
- geadresseerd drukwerk;
- standaardbrief;
- reclame in de pers met bestelbon;
- catalogus;

- telefoon met menselijke tussenkomst;
- telefoon zonder menselijke tussenkomst (oproepautomaat, audiotekst);
- radio;
- beeldtelefoon;
- videotekst (microcomputer, televisiescherm), met toetsenbord of aanraakbeeldscherm;
- elektronische post;
- telefax;
- televisie (telewinkelen, televerkoop).

2.3.3.2.5 *Communicatietechniekexploitant*

Een “communicatietechniekexploitant” is volgens de Richtlijn

“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon, publiekrechtelijk of privaatrechtelijk, wiens beroepsactiviteit erin bestaat één of meer technieken voor communicatie op afstand aan de leveranciers ter beschikking te stellen” (art. 2, 5°).

2.3.3.2.6 *Informatieplichten*

Voordat een overeenkomst op afstand wordt gesloten, moet de consument tijdig beschikken over de volgende informatie:

- a) identiteit van de leverancier en, in geval van overeenkomsten waarbij vooruitbetaling verlangd wordt, diens adres;
- b) belangrijkste kenmerken van het goed of de dienst;
- c) prijs van het goed of de dienst, alle belastingen inbegrepen;
- d) leveringskosten, in voorkomend geval;
- e) wijze van betaling, levering of uitvoering van de overeenkomst;
- f) het bestaan van een herroepingsrecht, behalve voor de in artikel 6, lid 3, bedoelde gevallen;
- g) kosten voor het gebruik van de techniek voor communicatie op afstand, wanneer die op een andere grondslag dan het basistarief worden berekend;
- h) geldigheidsduur van het aanbod of van de prijs;
- i) waar passend, de minimumduur van de overeenkomst in geval van overeenkomsten voor duurzame of periodieke dienstverlening of productlevering (art. 4 lid 1).

De hierboven bedoelde informatie waarvan het commerciële oogmerk ondubbelzinnig moet blijken, dient met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen, op duidelijke en begrijpelijke wijze te worden verstrekt, met inachtneming van met name de beginselen van eerlijkheid bij commerciële transacties alsmede de beginselen betreffende de bescherming van hen die volgens de nationale wetgeving van de diverse lidstaten handelingsonbekwaam zijn, zoals minderjarigen (art. 4 lid 2).

Bovendien moet in geval van telefonische communicatie de identiteit van de leverancier en het commerciële oogmerk van de oproep aan het begin van elk gesprek met de consument expliciet duidelijk worden gemaakt (art. 4 lid 3).

Bij de uitvoering van de overeenkomst ontvangt de consument tijdig en, voor zover het niet aan derden te leveren goederen betreft, uiterlijk bij de levering, schriftelijk of op een te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke drager een bevestiging van de in hierboven sub a) tot en met f), genoemde informatie, tenzij deze informatie hem reeds vóór de sluiting van de overeenkomst schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame drager werd verstrekt.

De volgende informatie dient in ieder geval te worden verstrekt:

- schriftelijke informatie over de voorwaarden waaronder en de wijze waarop van het herroepingsrecht in de zin van artikel 6 gebruik kan worden gemaakt;
- het geografische adres van de vestiging van de leverancier waar de consument met zijn klachten terecht kan;
- de informatie over bestaande after sales service en commerciële garantie;
- de voorwaarden voor ontbinding van de overeenkomst, indien deze van onbepaalde duur is of een duur van meer dan één jaar heeft (art. 5 lid 1).

Het bovenstaande is niet van toepassing op diensten die zelf met behulp van een techniek voor communicatie op afstand worden uitgevoerd wanneer deze diensten in één keer worden verleend en door de communicatietechniekexploitant worden gefactureerd. Niettemin moet de consument in ieder geval kennis kunnen dragen van het geografische adres van de vestiging van de leverancier waar de consument zijn klachten kan indienen (art. 5 lid 2).

2.3.3.3 Herroepingsrecht

Bij elke overeenkomst op afstand beschikt de consument over een termijn van ten minste zeven werkdagen waarbinnen hij de overeenkomst kan herroepen zonder betaling van een boete en zonder opgave van redenen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend.

Voor de uitoefening van dit recht gaat de termijn in:

- voor goederen, op de dag waarop de consument deze ontvangt, wanneer aan de hiervoor genoemde informatieverplichtingen is voldaan;
- voor diensten, op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, of op de dag waarop aan de hiervoor genoemde informatieverplichtingen is voldaan, wanneer daaraan wordt voldaan na de sluiting van de overeenkomst, mits de termijn de onderstaande termijn van drie maanden niet overschrijdt.

Wanneer de leverancier niet heeft voldaan aan de hiervoor genoemde informatieverplichtingen, is de termijn drie maanden. Deze termijn gaat in:

- voor goederen, op de dag waarop de consument deze ontvangt;
- voor diensten, op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.

Indien de gegevens waaromtrent er een informatieplicht bestaat, binnen deze termijn van drie maanden zijn verstrekt, beschikt de consument vanaf dat ogenblik over de in de eerste alinea bedoelde termijn van ten minste zeven werkdagen.

Wanneer het herroepingsrecht overeenkomstig dit artikel door de consument is uitgeoefend, is de leverancier verplicht de door de consument gestorte bedragen kosteloos terug te betalen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend. Deze terugbetaling moet zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen dertig dagen plaatsvinden (art. 6 lid 2).

Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, kan de consument het in lid 1 bedoelde herroepingsrecht niet uitoefenen voor overeenkomsten:

- betreffende de levering van diensten waarvan de uitvoering met instemming van de consument begonnen is vóór het einde van de in lid 1 bedoelde termijn van zeven werkdagen;
- betreffende de levering van goederen of diensten waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de leverancier geen vat heeft;
- betreffende de levering van goederen die volgens de specificaties van de consument zijn vervaardigd of die een duidelijk persoonlijk karakter hebben of die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden of snel kunnen bederven of verouderen;
- betreffende de levering van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument is verbroken;
- betreffende de levering van kranten en tijdschriften;
- voor diensten van weddenschappen en loterijen (art. 6 lid 3).

De lidstaten bepalen in hun wetgeving dat:

- indien de prijs van een goed of een dienst geheel of gedeeltelijk gedekt is door een door de leverancier verstrekte lening, of
- indien de prijs geheel of gedeeltelijk gedekt is door een lening die aan de consument verstrekt is door een derde partij op grond van een overeenkomst tussen de derde en de leverancier,

de leningsovereenkomst zonder boete wordt ontbonden, ingeval de consument overeenkomstig lid 1 gebruik maakt van zijn recht om de overeenkomst te herroepen.

De lidstaten bepalen op welke wijze de leningsovereenkomst wordt ontbonden (art. 6, lid 4).

2.3.3.4 Uitvoering

Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, moet de leverancier de bestelling uiterlijk binnen dertig dagen te rekenen vanaf de dag volgend op die waarop de consument zijn bestelling aan de leverancier heeft toegezonden, uitvoeren (art. 7 lid 1).

Indien de overeenkomst door een leverancier niet wordt uitgevoerd omdat het bestelde goed of de bestelde dienst niet beschikbaar is, moet de consument daarvan in kennis worden gesteld en moet hij de mogelijkheid hebben zich de bedragen die hij eventueel ter betaling heeft overgemaakt zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen dertig dagen te laten terugbetalen (art. 7 lid 2).

De lidstaten kunnen evenwel bepalen dat de leverancier aan de consument een goed of een dienst van gelijke kwaliteit en prijs kan leveren, indien in de mogelijkheid hiertoe is voorzien vóór de sluiting van de overeenkomst dan wel in de overeenkomst. De consument dient op een duidelijke en begrijpelijke wijze van die mogelijkheid in kennis te worden gesteld. De kosten van terugzending voortvloeiend uit de uitoefening van het herroepingsrecht komen in dat geval ten laste van de leverancier; de consument moet daarvan in kennis worden gesteld. In dergelijke gevallen kan de levering van een goed of een dienst niet worden gelijkgesteld aan een niet-gevraagde levering in de zin van artikel 9 (art. 7 lid 3).

2.3.3.5 Betaling per kaart

De lidstaten zien erop toe dat er passende maatregelen bestaan opdat de consument:

- om annulering van een betaling kan vragen in geval van frauduleus gebruik van zijn betaalkaart in het kader van onder deze richtlijn vallende overeenkomsten op afstand;
- in geval van frauduleus gebruik de ter betaling overgemaakte bedragen teruggestort of terugbetaald krijgt (art. 8).

2.3.3.6 Niet-gevraagde leveringen

De lidstaten nemen de nodige maatregelen om:

- de levering met betalingsverzoek van goederen of diensten aan een consument te verbieden wanneer de consument geen voorafgaande bestelling heeft gedaan;
- de consument vrij te stellen van elke tegenprestatie in geval van niet-gevraagde levering, waarbij het feit dat de consument niet reageert niet betekent dat hij met de levering instemt (art. 9).

2.3.3.7 Beperkingen van het gebruik van bepaalde technieken voor communicatie op afstand

Voor het gebruik door een leverancier van een geautomatiseerd oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst (oproepautomaten) of een fax is de voorafgaande instemming van de consument vereist. De lidstaten dienen erop toe te zien dat andere technieken voor communicatie op afstand, indien zij een individuele communicatie mogelijk maken, slechts mogen worden gebruikt indien de consument hiertegen kennelijk geen bezwaar heeft (art. 10).

2.3.3.8 Handhaving

De lidstaten zorgen ervoor dat passende en doeltreffende middelen beschikbaar zijn om de bepalingen van deze richtlijn in het belang van de consumenten te doen naleven (art. 11 lid 1). Deze middelen omvatten bepalingen volgens welke één of meer van onderstaande, naar nationaal recht bepaalde instanties, zich overeenkomstig het nationale recht tot de bevoegde rechterlijke of administratieve instanties kunnen wenden om de nationale bepalingen ter uitvoering van deze richtlijn te doen toepassen:

- a) overheidsinstanties of hun vertegenwoordigers,
- b) consumentenorganisaties die krachtens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument,
- c) beroepsorganisaties die een legitiem belang hebben bij een optreden in rechte (art. 11 lid 2).

De lidstaten kunnen voorzien in de mogelijkheid dat de bewijslast met betrekking tot het bestaan van voorafgaande informatie, een schriftelijke bevestiging of met betrekking tot de naleving van de termijnen en de instemming van de consument, op de leverancier kan rusten (art. 11 lid 3, a).

De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de leveranciers en de communicatietechniekexploitanten, indien zij daartoe in staat zijn, een einde maken aan praktijken die niet stroken met de ter toepassing van deze richtlijn vastgestelde bepalingen (art. 11 lid 3, b)

De lidstaten kunnen bepalen dat het aan onafhankelijke instanties toevertrouwde vrijwillige toezicht op de naleving van de bepalingen van deze richtlijn en het beroep op dergelijke instanties voor de oplossing van geschillen worden toegevoegd aan de middelen waarin de lidstaten dienen te voorzien om de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven (art. 11 lid 4).

2.3.4 Richtlijn consumentenkoop

2.3.4.1 Toepassingsgebied

Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna: Richtlijn Consumentenkoop) beoogt de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, teneinde in het kader van de interne markt een eenvormig minimumniveau van consumentenbescherming te verzekeren (art. 1 lid 1).

De lidstaten kunnen bepalen, dat tweedehandsgoederen die worden verkocht op een openbare veiling, waarop de consument in eigen persoon aanwezig kan zijn, niet als "consumptiegoederen" worden beschouwd (art. 1 lid 3).

Overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen vallen eveneens onder deze richtlijn (art. 1 lid 4).

2.3.4.2 Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) consument: iedere natuurlijke persoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroep of bedrijf;
- b) consumptiegoederen: alle roerende lichamelijke zaken, behalve:
 - goederen die executoriaal of anderszins gerechtelijk worden verkocht;
 - water en gas die niet marktklaar zijn gemaakt in een bepaald volume of in een bepaalde hoeveelheid;
 - elektriciteit;
- c) verkoper: iedere natuurlijke of rechtspersoon die uit hoofde van een overeenkomst in het kader van zijn bedrijf of beroep consumptiegoederen verkoopt;
- d) producent: de fabrikant van consumptiegoederen, de importeur van consumptiegoederen op het grondgebied van de Europese Gemeenschap of elke andere persoon die zich als producent voordoet door zijn naam, handelsmerk of enig ander onderscheidend teken op de consumptiegoederen aan te brengen;

e) garantie: elke door een verkoper of producent tegenover de consument zonder bijkomende kosten aangegane verbintenis om de betaalde prijs terug te betalen, of om de consumptiegoederen te vervangen of te herstellen, of om zich er op enigerlei wijze om te bekommeren, indien de goederen niet overeenstemmen met de beschrijving in het garantiebewijs of in de desbetreffende reclame;

f) herstelling: de consumptiegoederen in geval van gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst in overeenstemming brengen (art. 1 lid 2).

2.3.4.3 Verplichting tot aflevering van conforme goederen

De verkoper is verplicht aan de consument goederen af te leveren die met de koopovereenkomst in overeenstemming zijn (art. 2 lid 1).

Overeenstemming met de overeenkomst wordt vermoed, wanneer de consumptiegoederen:

a) in overeenstemming zijn met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan, en de eigenschappen bezitten van de goederen die de verkoper aan de consument als monster of als model heeft getoond;

b) geschikt zijn voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en welke de verkoper heeft aanvaard;

c) geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;

d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en op de eventuele door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering - publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan (art. 2 lid 2).

In de zin van dit artikel kan er geen sprake zijn van gebrek aan overeenstemming wanneer het gebrek op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst de consument bekend was of redelijkerwijs niet onbekend kon zijn, of wanneer het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen (art. 2 lid 3).

De verkoper is niet gebonden door de in lid 2, sub d), bedoelde publiekelijk afgelegde mededelingen indien hij aantoont:

- dat de mededeling in kwestie hem niet bekend was en hem redelijkerwijs niet bekend kon zijn;
- dat deze mededeling op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst was rechtgezet;
- dat de beslissing tot aankoop van de consumptiegoederen niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn (art. 2 lid 4).

Gebrek aan overeenstemming ten gevolge van een verkeerde installatie van de consumptiegoederen wordt gelijkgesteld met gebrek aan overeenstemming van de goederen met de overeenkomst, wanneer de installatie deel uitmaakt van de koopovereenkomst betreffende de goederen en door de verkoper of onder diens verantwoordelijkheid is uitgevoerd. Hetzelfde geldt als voor montage door de consument bestemde goederen door de consument zijn geïnstalleerd en de verkeerde installatie een gevolg is van een gebrek in de montagehandleiding (art. 2 lid 5).

2.3.4.4 Rechten van de consument

De verkoper is jegens de consument aansprakelijk voor elk gebrek aan overeenstemming dat bestaat bij de aflevering van de goederen (art. 3 lid 1).

In geval van gebrek aan overeenstemming, heeft de consument het recht dat de goederen kosteloos door herstelling of vervanging in overeenstemming worden gebracht, of dat de prijs op passende wijze wordt verminderd of dat de koopovereenkomst met betrekking tot deze goederen wordt ontbonden (art. 3 lid 2).

Deze verschillende remedies staan echter niet op een gelijk niveau. De Richtlijn stelt een getrappt systeem van remedies in.

In eerste instantie heeft de consument het recht om van de verkoper het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging van de goederen te verlangen behalve als dat onmogelijk of buiten verhouding zou zijn.

Een vorm van genoegdoening wordt geacht buiten verhouding te zijn indien zij voor de verkoper kosten meebrengt die, vergeleken met de alternatieve vorm van genoegdoening onredelijk zijn, gelet op:

- de waarde die de goederen zonder het gebrek aan overeenstemming zouden hebben;
- de ernst van het gebrek aan overeenstemming en
- de vraag, of de alternatieve vorm van genoegdoening concreet mogelijk is zonder ernstig overlast voor de consument.

Herstelling of vervanging moet, rekening houdend met de aard van de goederen en het gebruik van de goederen dat de consument wenste, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument plaatsvinden (art. 3 lid 3).

De term "kosteloos" heeft betrekking op de kosten die gemaakt moeten worden om de goederen in overeenstemming te brengen, met name de kosten van verzending, loon en materiaal (art. 3 lid 4).

Een passende prijsvermindering of de ontbinding van de koopovereenkomst kan de koper slechts verlangen:

- indien hij geen aanspraak kan maken op herstelling of vervanging, of
- indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn tot genoegdoening is overgegaan, of
- indien de verkoper niet zonder ernstige overlast voor de consument tot genoegdoening is overgegaan.

Ontbinding van de overeenkomst kan niet worden verlangd indien het gebrek aan overeenstemming van geringe betekenis is (art. 3 lid 5).

2.3.4.5 Recht van verhaal

Wanneer de eindverkoper jegens de consument aansprakelijk is uit hoofde van een gebrek aan overeenstemming dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van de producent, van een eerdere verkoper in dezelfde contractuele keten of van enige andere tussenpersoon, kan de eindverkoper verhaal nemen op de aansprakelijke persoon of personen in de contractuele keten. De persoon of personen op wie de eindverkoper verhaal kan nemen alsmede de rechtsvorderingen en de wijze van procederen worden bepaald door het nationale recht (art. 4).

2.3.4.6 Termijnen

De verkoper is aansprakelijk krachtens artikel 3 wanneer het gebrek aan overeenstemming zich manifesteert binnen een termijn van twee jaar vanaf de aflevering van de goederen. Indien voor de uitoefening van de in artikel 3, lid 2, vermelde rechten in de nationale wetgeving een verjaringstermijn geldt, kan die niet verstrijken binnen een periode van twee jaar vanaf de aflevering (art. 5 lid 1).

De lidstaten kunnen bepalen dat de consument zijn rechten niet kan uitoefenen dan wanneer hij de verkoper binnen een termijn van twee maanden na de datum waarop hij het gebrek aan overeenstemming heeft vastgesteld, hiervan op de hoogte heeft gebracht (art. 5 lid 2).

Manifesteert zich een gebrek aan overeenstemming binnen een termijn van zes maanden vanaf de aflevering van de goederen, dan geldt tot bewijs van het tegendeel het vermoeden dat dit gebrek bestond op het tijdstip van aflevering tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van de goederen of met de aard van het gebrek aan overeenstemming (art. 5 lid 3).

2.3.4.7 Garanties

Elke garantie is juridisch bindend voor degene die haar biedt, volgens de in het garantiebewijs en in de daarmee samenhangende reclame vastgestelde voorwaarden (art. 6 lid 1).

In de garantie:

- moet vermeld staan dat de consument krachtens de toepasselijke nationale wetgeving betreffende de verkoop van consumptiegoederen wettelijke rechten heeft en moet duidelijk worden gesteld dat de garantie die rechten onverlet laat;
- moeten in duidelijke en begrijpelijke taal de inhoud van de garantie en de essentiële gegevens vermeld staan die noodzakelijk zijn om van de garantie gebruik te kunnen maken, met name de duur en het geografische toepassingsgebied van de garantie, alsmede de naam en het adres van de garant (art. 6 lid 2).

Op verzoek van de consument moet de garantie schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame drager beschikbaar worden gesteld (art. 6 lid 3).

De lidstaat waar de consumptiegoederen op de markt worden gebracht, kan, met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag, bepalen dat op zijn grondgebied de garantie moet worden gesteld in één of meer talen die hij uit de officiële talen van de Gemeenschap kiest (art. 6 lid 4).

Indien een garantie inbreuk maakt op de hiervoor vermelde voorschriften doet dat op generlei wijze afbreuk aan de geldigheid ervan en kan de consument zich er toch op beroepen en verlangen dat die wordt gehonoreerd (art. 6 lid 5).

2.3.4.8 Handhaving

Tot handhaving van deze Richtlijn dienen de lidstaten te voorzien in een (intracommunautaire) vordering tot het doen staken van inbreuken (art. 10).

3. De implementatie van de vier aan herziening onderhevige richtlijnen in het Nederlandse recht

3.1 Colportagerichtlijn

In Nederland bestond reeds voorafgaand aan de verplichting tot omzetting van de Colportagerichtlijn en zelfs reeds voorafgaand aan de totstandkoming van deze richtlijn een wet ter bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, namelijk de Wet van 7 september 1973, houdende regelen tot het tegengaan van misbruiken bij colportage⁴⁰, Colportagewet genoemd.

De Colportagerichtlijn leidde wel tot een wijziging van deze wet, maar niet tot haar vervanging door een ander wetgevend instrument.

De wet heeft sindsdien overigens nog verschillende wijzigingen ondergaan; de laatste wijziging dateert van 30 oktober 2007⁴¹ en trad in werking op 1 november 2007.

Voor de tekst van deze wet, zie bijlage 2.

3.2 Richtlijn Oneerlijke bedingen

Het voorwerp van de Richtlijn Oneerlijke bedingen wordt in Nederland beheerst door afdeling 6.5.3 BW. De basis van deze regeling was vanaf het moment van inwerkingtreding, op 1 januari 1992, in het BW aanwezig en dateert dus van vóór de Richtlijn Oneerlijke bedingen.

De Nederlandse regeling inzake algemene voorwaarden ziet, anders dan de Richtlijn Oneerlijke bedingen, in principe ook op relaties tussen professionelen, zij het dat “grote wederpartijen” in de zin van artikel 6:235 BW uitgesloten zijn van de mogelijkheid om de vernietiging van de algemene voorwaarden te verkrijgen wegens schending van de informatieverplichting of het onredelijk bezwarend karakter van de bedingen (art. 6:233 en 6:234 BW) en dat de zgn. grijze en zwarte lijsten van bedingen (art. 6:236 resp. 6:237 BW) enkel gelden in rechtsverhoudingen tussen een verkoper en een consument.

⁴⁰ *Stb.* 1973, 438.

⁴¹ *Stb.* 2007, 406.

Nadat het Hof van Justitie de Nederlandse regeling bekritiseerde omdat zij het principe van de transparantie niet uitdrukkelijk verwoordde⁴², paste de wetgever de artikelen 6:231 en 6:238 aan. Tevens voegde de wetgever in artikel 6:238 lid 2 BW een regel toe die bepaalt dat, in geval van twijfel over de betekenis van een beding in een consumentenovereenkomst, de voor de consument meest gunstige uitleg prevaleert.⁴³

Aanvankelijk was de Nederlandse regeling inzake algemene voorwaarden, anders dan deze van de Richtlijn Oneerlijke bedingen, beperkt tot geschreven contracten. Deze beperking werd in 2004 door de wetgever opgeheven.

Voor de tekst van afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek, zie bijlage 3.

3.3 Richtlijn Verkoop op afstand

De Richtlijn Verkoop op afstand werd in het Nederlandse recht geïmplementeerd door de Wet van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997.⁴⁴ Deze wet verving artikel 7:7 lid 2 BW door een nieuw artikel met drie leden en voegde een nieuwe afdeling 9A overeenkomsten betreffende de verkoop op afstand in Titel 1 van Boek 6 BW in. De nieuwe wetsbepalingen traden in werking op 1 februari 2001.

Bij Wet van 15 december 2005⁴⁵ werden aan deze regeling enkele kleine wijzigingen aangebracht met ingang van 1 januari 2006.

Voor de tekst van deze wetgeving, zie bijlage 5.

3.4 Richtlijn Consumentenkoop

De Richtlijn Consumentenkoop werd in het Nederlandse recht omgezet bij Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.⁴⁶ De nieuwe

⁴² HvJ EG 10 mei 2001, Commissie/Koninkrijk der Nederlanden, C-144/99, *Jurispr.* 2001, I-3541.

⁴³ Zie Ebers, M., "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", in: *Consumer Law Compendium*, http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2c_en.pdf, 368.

⁴⁴ *Stb.* 2000, 617.

⁴⁵ *Stb.* 2005, 339.

⁴⁶ *Stb.* 2003, 110.

regeling trad in werking op 1 mei 2003. Er werd niet geopteerd voor een afzonderlijke titel met betrekking tot de consumentenkoop. De regels inzake de consumentenkoop werden geïntegreerd in de regels met betrekking tot de gemeenrechtelijke koop.

Voor de regels van het BW in verband met consumentenkoop, zie bijlage 4.

4. Het richtlijnvoorstel en zijn voorgeschiedenis

4.1 Het Groenboek met betrekking tot de herziening van het consumentenacquis

In 2004 heeft de Europese Commissie een aanvang genomen met de herziening van het consumentenacquis.⁴⁷

De herziening had aanvankelijk betrekking op acht richtlijnen: de Colportagerichtlijn, de Richtlijn Verkoop op afstand, de Richtlijn Oneerlijke bedingen, de Richtlijn betreffende de procedure tot het doen staken van inbreuken, de Richtlijn Consumentenkoop, de Richtlijn Pakkettreizen, de Richtlijn Timesharing en de Richtlijn Prijsaanduiding.

De Commissie geeft drie redenen voor de herziening:

1. De meeste van deze richtlijnen voldoen niet meer volledig aan de eisen van de huidige, snel evoluerende markten, gelet op onder meer de groeiende betekenis van digitale technologieën en diensten.
2. De bestaande regelgeving is op twee manieren versnipperd. In de eerste plaats heeft het feit dat de richtlijnen gestoeld zijn op het principe van minimumharmonisatie ertoe geleid dat veel lidstaten een hoger beschermingsniveau bieden. In de tweede plaats zijn veel aspecten in de richtlijnen niet consequent geregeld of zelfs helemaal buiten beschouwing gelaten.
3. Consumenten zijn huiverig om in het buitenland te kopen. Dit is volgens de Commissie onder meer te wijten aan het feit dat de regels ter bescherming van de consument als gevolg van de minimumharmonisatie uiteenlopen.⁴⁸

De herziening strekt ertoe de bestaande wetgeving te vereenvoudigen, aan te vullen en te verbeteren. Aldus wenst de Commissie tot een echte interne markt voor de consument te komen en daarbij, onder strikte eerbiediging van het subsidiariteitsbeginsel, het juiste evenwicht te vinden tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.⁴⁹

⁴⁷ Groenboek, Herziening van het consumentenacquis, COM(2004) 651 definitief, *Pb C* 20 januari 2005, afl. 14, 6.

⁴⁸ Groenboek, 6-8.

⁴⁹ Groenboek, 6.

In het eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het consumentenacquis stelde de Commissie twee alternatieven voor:

- een verticale benadering, waarbij de bestaande richtlijnen afzonderlijk worden herzien, of
- een meer horizontale benadering, waarbij één of meer kaderinstrumenten worden vastgesteld om de gemeenschappelijke kenmerken van het acquis te regelen, zo nodig onderbouwd met sectorale voorschriften.⁵⁰

In het Groenboek over de herziening van het consumentenacquis nodigde de Commissie vervolgens alle belangstellenden uit om hun mening kenbaar te maken over deze opties alsmede over een derde optie die erin bestaat geen nieuwe wetgeving aan te nemen.

Als gekozen zou worden voor een horizontaal instrument, dan moest de werkingssfeer daarvan worden bepaald. De Commissie stelde drie alternatieven voor:

- het toepasselijk verklaren van het instrument op alle consumentenovereenkomsten, zowel voor binnenlandse als voor grensoverschrijdende transacties;
- beperking van het toepassingsgebied tot grensoverschrijdende overeenkomsten;
- beperking van het toepassingsgebied tot op afstand gesloten overeenkomsten, ongeacht of die grensoverschrijdend of binnenlands tot stand komen.

Bovendien moest er duidelijkheid komen over de gewenste methode van harmonisatie. De tot op heden gehanteerde methode van minimumharmonisatie leidde volgens de Commissie tot dispariteit tussen de rechtsstelsels van de verscheidene lidstaten en zou geen rechtszekerheid bieden aan de consument die in het buitenland aankopen doet. Om dit probleem te verhelpen zou men het consumentenacquis kunnen herzien, zodat volledige harmonisatie zou kunnen worden bereikt. Omdat het moeilijk kan zijn om op alle punten tot volledige harmonisatie te komen en om nieuwe belemmeringen voor de interne markt te voorkomen, zou de harmonisatie aangevuld kunnen worden met bepalingen inzake wederzijdse erkenning voor bepaalde door de voorgestelde wetgeving bestreken, maar niet volledig geharmoniseerde aspecten. Een andere mogelijkheid is het handhaven van een politiek van minimale harmonisatie, maar dan gecombineerd met een bepaling inzake wederzijdse erkenning of met het land-van-oorsprongbeginsel.

⁵⁰ COM(2005)456 definitief, Verslag van de Commissie, Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0456:FIN:NL:PDF>.

Verder legde de Commissie twee categorieën van vragen ter raadpleging voor. De eerste categorie betreft vragen die betrekking hebben op het hele acquis (bijv. de definitie van “consument” en “handelaar”, de introductie van verplichting om te goeder trouw te handelen, informatieverplichtingen, oneerlijke bedingen, de invoering van algemene contractuele rechtsmogelijkheden) of op meer dan één richtlijn (bijv. het herroepingsrecht). De tweede categorie betreft vragen die specifiek betrekking hebben op de koopovereenkomst (bijv. de uitbreiding van de werkingssfeer tot andere soorten overeenkomsten, het lot van op openbare veilingen verkochte tweedehandsgoederen, de definitie van het begrip “levering”).

4.2 De reacties op het Groenboek

Het Groenboek lokte veel reacties uit van ondernemingen, consumenten(organisaties), het Europees parlement, de lidstaten, academici en praktijkjuristen.

De Commissie maakte een grondige analyse van al de reacties.⁵¹

De meerderheid van de respondenten sprak zich uit voor de redactie van een horizontaal wetgevend instrument dat van toepassing is op binnenlandse en grensoverschrijdende transacties en het principe van volledige harmonisatie hanteert. Dit horizontale instrument dient, volgens de meerderheid der respondenten, gecombineerd te worden met een verticale herziening van de sectorspecifieke richtlijnen. Er was veel steun voor onder meer een systematisering van het consumentenacquis door het invoeren van uniforme definities van de begrippen “consument”, “handelaar” en “levering”, voor geharmoniseerde regels inzake informatieplichten en herroepingsrechten en de invoering van een zwarte en een grijze lijst van oneerlijke contractsbedingen.⁵²

⁵¹ DG HEALTH AND CONSUMER PROTECTION, Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis, Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf.

⁵² DG HEALTH AND CONSUMER PROTECTION, Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis, Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf, 30.

4.3 Nadere bespreking van de Nederlandse kabinetsreactie op het Groenboek

In zijn reactie op het Groenboek erkende het Nederlandse kabinet dat volledige harmonisatie zowel voor de consument als voor de handelaar bepaalde voordelen biedt. Voor de consument biedt volledige harmonisatie het voordeel dat hij bij een grensoverschrijdende aankoop profiteert van eenzelfde niveau van wettelijke bescherming als bij een nationale aankoop. Voor de handelaar heeft volledige harmonisatie als voordeel dat hij, voor zover het de geharmoniseerde normen betreft, ervan uit kan gaan dat deze gelijk zijn in elke nieuwe exportmarkt die hij binnen de Europese Unie wil betreden. Zo kan de kenbaarheid van het Europese consumentenrecht worden vergroot en kan, door meer transparantie en lagere nalevingskosten, het vertrouwen toenemen om grensoverschrijdende overeenkomsten te sluiten. Door meer handel en betere integratie van de markten en als gevolg daarvan meer concurrentie kunnen lagere prijzen en een breder aanbod van producten tot stand komen. Daarnaast kan harmonisatie een “level playing field” voor ondernemers creëren: alle ondernemers die actief zijn op de interne markt moeten immers aan dezelfde regels voldoen.

Het kabinet merkte echter tegelijkertijd op dat het principe van volledige harmonisatie voor de lidstaten ook nadelen heeft. Volledige harmonisatie impliceert immers een gebrek aan flexibiliteit om nationale regelgeving te maken die aansluit bij de voorkeuren of specifieke situaties in elke lidstaat. Het is ook de vraag of bij volledige harmonisatie voldoende snel op nieuwe ontwikkelingen kan worden ingespeeld. Bovendien wees het kabinet op de politieke en praktische bezwaren van een uit Europese regelgeving voortvloeiende verplichting tot bijstelling naar beneden van een bestaand hoog niveau van consumentenbescherming.

Het kabinet nam daarom het standpunt in dat bij de herziening van het consumentenacquis per deelterrein of specifieke bepaling een afweging moest worden gemaakt tussen het belang van volledige harmonisatie voor de werking van de interne markt en de behoefte om nationaal beleidsruimte te behouden om nationale voorschriften te kunnen vaststellen. Hiertussen zal een juist evenwicht moeten worden gevonden en zal steeds moeten worden bekeken of volledige harmonisatie wel de meest gewenste mate van harmonisatie is. Juist een mix van verschillende vormen van harmonisatie kan volgens het kabinet een uitgebalanceerd stelsel van consumentenbescherming doen ontstaan dat enerzijds recht doet aan het belang van een gelijk speelveld en rechtszekerheid voor de consument en de handelaar en dat anderzijds voldoende flexibiliteit bevat voor de lidstaten om recht te doen aan de specifieke nationale omstandigheden.

Ter zake van de Richtlijn Colportage betwijfelde het kabinet of bij volledige harmonisatie een extra (positief) effect op grensoverschrijdende handel kan worden bereikt. Bij de Richtlijn Verkoop op afstand achtte het kabinet het effect van volledige harmonisatie op de grensoverschrijdende handel daarentegen ongetwijfeld sterker. Door moderne communicatietechnieken, zoals het internet, is het voor de consument steeds eenvoudiger om grensoverschrijdende aankopen te doen. Het kabinet meende daarom dat consumenten en bedrijven erbij gebaat zijn dat een aantal bepalingen uit deze richtlijn, zoals de bepalingen betreffende de bedenkttermijnen en informatieverplichtingen, volledig wordt geharmoniseerd en dus over de gehele interne markt hetzelfde is.

De vragen die overblijven bij minimumharmonisatie of bij volledige harmonisatie zijn te beantwoorden aan de hand van de regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht.⁵³

Gelet op het bovenstaande beschouwt het Nederlandse kabinet zich niet als principieel tegenstander van volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht onder de volgende randvoorwaarden:

- per deelterrein of specifieke bepaling wordt een afweging gemaakt tussen het belang van volledige harmonisatie voor de werking van de interne markt en anderzijds het belang van de lidstaten om door middel van nationale regels recht te doen aan de specifieke nationale belangen. Per herzieningsvoorstel moeten nut en noodzaak van volledige harmonisatie worden aangetoond door middel van een gedegen impactanalyse;
- bij ieder voorstel moet het gewenste niveau van bescherming worden bepaald voor de consument. Het kabinet streeft naar behoud van het door Nederland gekozen niveau van bescherming. Nieuwe of gewijzigde regelgeving moet conform de principes van better regulation worden beoordeeld. Volledige harmonisatie mag niet leiden tot een lager niveau van bescherming;
- de overblijvende vragen moeten worden beantwoord aan de hand van de regels van internationaal privaatrecht.

Waar relevant zullen de standpunten die het kabinet innam ten aanzien van bepaalde specifieke vragen, worden verwerkt in de bespreking van het richtlijnvoorstel.

⁵³ Nederlandse reactie op het Groenboek inzake de herziening van het consumentenacquis, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/ms_netherlands.pdf, 12-15.

4.4 Impactanalyse

De Europese Commissie liet vervolgens een impactanalyse uitvoeren met betrekking tot zes opties.

De eerste optie betreft het behoud van de *status quo*, kort gezegd van minimumharmonisatie. De economische impact van deze optie werd negatief bevonden. Het kernprobleem, zijnde de fragmentering van het regelgevend kader, zou immers blijven voortbestaan.

De tweede optie betreft een niet-legislatieve optie inhoudende dat de Gemeenschap in fondsen zou voorzien om bewustmakingscampagnes en zelfregulering mee te financieren. Op zichzelf zou dit geen positieve impact hebben omdat het kernprobleem van de fragmentering van het regelgevend kader zou blijven voortbestaan, tenzij de gedragscodes gebaseerd zouden zijn op de hoogste gemeenschappelijke standaarden en de hele Gemeenschap zouden omvatten.

De derde optie omvat een geheel van vier legislatieve voorstellen, gebaseerd op minimumharmonisatie, dat in een horizontaal instrument zou kunnen worden ondergebracht. Het concentreert zich op een beperkt aantal inconsistenties in de Gemeenschapswetgeving. Meer heldere en actuele definities verbeteren de wetgeving, maar hebben slechts een zeer beperkte impact op de verbetering van het functioneren van de interne markt door het verminderen van de lasten op ondernemingen en het vergroten van het consumentenvertrouwen.

De vierde optie omvat zestien wetgevende aanpassingen gebaseerd op volledige harmonisatie, gecombineerd met de vier wetgevende aanpassingen bedoeld in de derde optie. Zij behandelt alle relevante onderwerpen van consumentenbescherming waarmee handelaren rekening moeten houden bij het ontwerpen van hun reclamemateriaal, het opstellen van hun standaardvoorwaarden en bij contacten met consumenten. De volledige harmonisering van deze punten zou de administratieve kosten voor grensoverschrijdende verkopen aanzienlijk doen verminderen, zou een positieve impact hebben op het functioneren van de interne markt en zou het consumentenvertrouwen bevorderen. Deze optie houdt ook een aanpassing in van de wetgeving aan nieuwe marktontwikkelingen en een verbetering van de kwaliteit van de wetgeving.

De vijfde optie omvat in aanvulling op de voorstellen opgenomen in de vierde optie, drie wetgevende voorstellen gebaseerd op volledige harmonisatie en de invoering van nieuwe

rechten voor de consument. De negatieve impact van deze optie op onder meer de kosten voor de ondernemingen weegt volgens de Commissie niet op tegen de voordelen die zij inhoudt voor de consument.

De zesde optie omvat de voorstellen van de opties drie en vier alsmede een interne marktclausule van toepassing op de niet volledig geharmoniseerde aspecten. Deze clausule zou de contracterende partijen toestaan om voor de aspecten die onder de clausule vallen, het recht van enige lidstaat te kiezen, zelfs wanneer deze wet een lager niveau van consumentenbescherming biedt dan de wet van de gewone verblijfplaats van de consument. Deze optie vereist een aanpassing van de Rome I-verordening⁵⁴, die van toepassing zal zijn op overeenkomsten die vanaf 17 december 2009 worden gesloten en zou daarmee een belangrijke beleidswijziging inhouden, slechts enige maanden na het aannemen van de Rome I-verordening. Deze optie wordt wenselijk bevonden door ondernemingen, maar stuitte op verzet van de meerderheid van de lidstaten en van alle consumentenorganisaties die reageerden op het Groenboek. Deze optie zou bepaalde barrières in de regelgeving van de interne markt wegnemen en de lasten voor het bedrijfsleven verlichten, maar zou het probleem van de rechtsonzekerheid afwentelen op de consumenten, wat het vertrouwen van de consumenten negatief zou beïnvloeden; dit zou ook problemen opleveren voor nationale rechtbanken en met het toezicht op de naleving belaste instanties, die het recht van een andere lidstaat zouden moeten toepassen.⁵⁵

4.5 Het richtlijnvoorstel

4.5.1 Inleiding

Het richtlijnvoorstel beoogt de herziening van de Colportagerichtlijn, de Richtlijn Verkoop op afstand, de Richtlijn Oneerlijke bedingen en de Richtlijn Consumentenkoop. Deze vier richtlijnen worden samengebracht in één enkel horizontaal instrument. Bij de redactie van het richtlijnvoorstel werd ervoor gezorgd dat de regels die hierin werden opgenomen met betrekking tot informatieplichten in overeenstemming zijn met de desbetreffende regels in Richtlijn 2005/29/EG met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken. Het richtlijnvoorstel is tevens in overeenstemming met de fundamentele rechten, in het bijzonder met artikel 38 van het Charter van Fundamentele Rechten van de Europese Unie.

⁵⁴ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb L* 4 juli 2008, afl. 177, 6.

⁵⁵ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, 6-7.

4.5.2 Mate van harmonisatie

De belangrijkste vernieuwing bestaat erin dat afgestapt is van het idee van minimumharmonisatie en dat in plaats daarvan het principe van volledige harmonisatie wordt gehanteerd. Dit impliceert dat het de lidstaten niet toegelaten is om van de richtlijn afwijkende bepalingen in stand te houden of aan te nemen, zelfs niet indien deze erop gericht zijn de consument een verdergaande bescherming te bieden dan voorzien is door de richtlijn (art. 4).

4.5.3 Dwingend karakter

De bepalingen van het richtlijnvoorstel zijn van dwingend recht: wanneer het recht dat op de overeenkomst van toepassing is het recht van een lidstaat is, kunnen consumenten geen afstand doen van de rechten die zij uit hoofde van deze richtlijn genieten (art. 43).

4.5.4 Definities

4.5.4.1 Algemeen

Het richtlijnvoorstel bevat in artikel 2 definities van de begrippen consument, handelaar, verkoopovereenkomst, goederen, dienstenovereenkomst, overeenkomst op afstand, techniek voor communicatie op afstand, buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten, verkooppunten, duurzame drager, bestelformulier, product, financiële dienst, professionele toewijding, verkoop bij opbod, publieke verkoop bij opbod, producent, handelsgarantie, tussenpersoon en aanvullende overeenkomst.

4.5.4.2 Consument

Het richtlijnvoorstel definieert “consument” in artikel 2 (1) als

“iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen”.

Deze definitie is inhoudelijk gelijk aan de definitie van “consument” in de Richtlijnen die ze beoogt te vervangen. Er is niet geopteerd voor een verruiming van het begrip consument tot natuurlijke personen die hoofdzakelijk handelen voor doeleinden die buiten hun bedrijfs- of beroepsuitoefening vallen. Een dergelijke verruiming werd overigens onwenselijk geacht door

Nederland in zijn reactie op het Groenboek, omdat zij juist zou leiden tot onduidelijkheid en afbakeningsproblemen.⁵⁶

4.5.4.3 Handelaar

“Handelaar” wordt door het richtlijnvoorstel gedefinieerd als

“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die in onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van een handelaar optreedt” (art. 2 (2)).

De term “handelaar” werd reeds gehanteerd in de Colportagerichtlijn. De Richtlijnen Consumentenkoop en Oneerlijke bedingen hanteerden de term “verkoper”, de Richtlijn Verkoop op afstand de term “leverancier”.

De uniformering van de terminologie is lovenswaardig. Bovendien werd ervan afgezien om het begrip “handelaar” uit te breiden tot het handelen voor doeleinden die hoofdzakelijk buiten het beroep of bedrijf van de betrokkene vallen. Een dergelijke uitbreiding werd ook onwenselijk geacht door Nederland in zijn reactie op het Groenboek, omdat zij – opnieuw – zou leiden tot onduidelijkheid en afbakeningsproblemen.⁵⁷

Dat ook degene die handelt in naam of voor rekening van een handelaar als handelaar wordt beschouwd, was reeds bepaald in de Colportagerichtlijn. Een dergelijke bepaling kwam niet voor in de overige richtlijnen die het richtlijnvoorstel beoogt te herzien. Het betreft een precisering waar veel voor te zeggen valt.

4.5.5 Regels die gelden voor alle consumentenovereenkomsten

4.5.5.1 Rol en betekenis van het begrip goede trouw

In het Groenboek wierp de Commissie de vraag op of een horizontaal instrument met betrekking tot consumentenrechten voor handelaren en eventueel zelfs voor consumenten de algemene verplichting om te goeder trouw te handelen zou dienen te bevatten.

⁵⁶ 16.

⁵⁷ 16.

Met het invoeren van een algemene verplichting voor handelaren om te handelen volgens de beginselen van goede trouw en billijke behandeling zou volgens de Commissie een instrument worden gecreëerd dat de rechter zou kunnen gebruiken bij de interpretatie van specifieke consumentenregels. Daarnaast zou de algemene regel de rechter de mogelijkheid bieden leemtes in het consumentenrecht op te vullen.

De reacties op deze vraag waren verdeeld. Tien lidstaten waren voor de invoering van een dergelijk beginsel, twaalf waren tegen. Ook het Europees Parlement was tegen het invoeren van een algemene verplichting om te goeder trouw te handelen. De tegenstanders van de invoering van een dergelijke verplichting in een horizontaal instrument met betrekking tot consumentenrechten geven als reden op dat dit een kwestie is die behoort tot het algemene contractenrecht en niet geschikt is voor een bijzondere regeling binnen het consumentenrecht. Bovendien zijn zij van mening dat het vanwege de verschillende nationale tradities niet zou lukken om hierover overeenstemming te bereiken terwijl uiteenlopende interpretaties van het beginsel tussen de verschillende lidstaten tot rechtsonzekerheid zou leiden.⁵⁸

Voor de invoering van een algemeen beginsel van goede trouw is in het richtlijnvoorstel niet gekozen. Op specifieke punten refereert het richtlijnvoorstel echter wel aan de goede trouw.

In de eerste plaats refereert het richtlijnvoorstel aan het algemene beginsel van goede trouw bij het definiëren van het begrip “professionele toewijding” (art. 2 (14)). Hieronder verstaat het richtlijnvoorstel namelijk

“het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar”.

In navolging van de Richtlijn Oneerlijke bedingen maakt het richtlijnvoorstel verder gebruik van de goede trouw bij de formulering van de algemene toetsingsnorm inzake oneerlijke bedingen. Artikel 32 lid 1 Richtlijnvoorstel legt de lidstaten immers de verplichting op om ervoor te zorgen dat een beding, wanneer het niet voorkomt op de grijze en zwarte lijst die als bijlage bij het richtlijnvoorstel zijn gevoegd, als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument.

⁵⁸ Review of the consumer acquis document, 6; Loos, M., “Herziening van het Europese consumentenrecht, deel I”, *NTER* 2008, 33.

Bij de beoordeling van de goede trouw dient, volgens de inleidende overwegingen van het richtlijnvoorstel, in het bijzonder te worden gelet op de meer of minder sterke wederzijdse onderhandelingsposities en op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. De handelaar voldoet aan het vereiste van goede trouw als hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij.⁵⁹

Nu het richtlijnvoorstel echter gericht is op volledige harmonisatie, rijst de vraag of het de lidstaten nog wel vrijstaat om buiten de gevallen waarin het richtlijnvoorstel uitdrukkelijk aan de goede trouw refereert, een beroep te doen op het beginsel van de goede trouw (*cf. infra* 6.1.2).

4.5.5.2 Informatieverplichtingen

Het richtlijnvoorstel bevat in Hoofdstuk 2 een aantal informatieverplichtingen die gelden bij iedere⁶⁰ verkoop- of dienstenovereenkomst. Voor de verkoop op afstand en buiten verkooppunten worden in Hoofdstuk 3 nog een aantal bijkomende informatieverplichtingen opgelegd; deze worden hierna besproken sub 4.5.5.4. Hier worden enkel de informatieverplichtingen die gelden voor iedere verkoop- of dienstenovereenkomst besproken.

4.5.5.2.1 *Inhoud van de informatieplichten*

a. Basisinformatie

Voorafgaand aan de sluiting van enige verkoop- of dienstenovereenkomst verstrekt de handelaar de consument de volgende informatie, voor zover die niet al duidelijk is uit de context:

- a) de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het medium en het product passend is;
- b) het geografische adres en de identiteit van de handelaar, in het bijzonder zijn handelsnaam, en, in voorkomend geval, het geografische adres en de identiteit van de handelaar namens wie

⁵⁹ Overweging 48 van de preambule.

⁶⁰ Art. 5 lid 2 en 7 lid 3 Richtlijnvoorstel maken een beperkte uitzondering voor de openbare verkoop bij opbod.

hij optreedt. Artikel 5 lid 2 Richtlijnvoorstel maakt hierop een uitzondering voor de openbare verkoop bij opbod. In dit geval kan de vermelding van het geografische adres en de identiteit van de handelaar, in het bijzonder zijn handelsnaam, en, in voorkomend geval, het geografische adres en de identiteit van de handelaar namens wie hij optreedt, vervangen worden door het geografische adres en de identiteit van de veilingmeester (art. 5 lid 2).

c) de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een soort product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend, en, in voorkomend geval, alle extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, in ieder geval het feit dat er eventueel dergelijke extra kosten moeten worden betaald;

d) de wijze van betaling, levering, uitvoering en het beleid inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding;

e) het bestaan van een recht van herroeping, indien van toepassing;

f) het bestaan en de voorwaarden van klantenservice en handelsgaranties, voor zover van toepassing;

g) de duur van de overeenkomst, indien van toepassing, of, wanneer de overeenkomst van onbepaalde duur is, de voorwaarden voor het beëindigen van de overeenkomst;

h) de minimumduur van de verplichtingen van de consument uit hoofde van de overeenkomst, voor zover van toepassing;

i) het bestaan en de voorwaarden van aanbetalingen of andere financiële waarborgen die de consument op verzoek van de handelaar moet betalen of bieden (art. 5 lid 1).

Deze informatie is onderdeel van de verkoop- of dienstenovereenkomst (art. 5 lid 3).

Overweging 17 van de preambule preciseert wel dat de informatieverplichtingen met redelijkheid moeten worden begrepen en dat handelaren niet verplicht zijn om informatie te verstrekken die al duidelijk is uit de context. Bij een transactie in een verkooppriimte bijvoorbeeld kunnen de voornaamste kenmerken van een product, de identiteit van de handelaar en de wijze van levering al duidelijk zijn uit de context.

b. Bijzonder informatievoorschrift indien een handelaar optreedt als tussenpersoon van een consument

Indien een handelaar, bij een andere transactie dan een openbare verkoop bij opbod,⁶¹ als tussenpersoon optreedt namens een andere consument, dan dient hij dat voorafgaand aan de

⁶¹ Art 7 lid 3 Richtlijnvoorstel.

sluiting van de overeenkomst aan de consument-wederpartij mee te delen. Hij dient de consument-wederpartij er tevens op te wijzen dat de te sluiten overeenkomst niet beschouwd dient te worden als een overeenkomst tussen een consument en een handelaar, maar als een overeenkomst tussen twee consumenten, zodat zij buiten de werkingssfeer van het richtlijnvoorstel valt (art. 7 lid 1).

4.5.5.2.2 *Gevolgen van het niet-verstrekken van informatie*

Wanneer de handelaar niet voldaan heeft aan de informatievoorschriften betreffende extra kosten, is de consument niet verplicht deze extra kosten te betalen (art. 6, lid 1).

Indien een handelaar die optreedt als tussenpersoon voor een consument de op hem rustende informatieplicht niet nakomt, wordt hij geacht de overeenkomst op eigen naam te hebben gesloten (art. 7 lid 1 en 2).

Voor het overige worden de gevolgen van schending van de informatieverplichtingen vastgesteld overeenkomstig het toepasselijke nationale recht. De lidstaten zorgen ervoor dat hun nationale wettelijke bepalingen inzake verbintenissenrecht voorzien in effectieve rechtsmiddelen (art. 6).

4.5.5.3 Oneerlijke bedingen

4.5.5.3.1 *Toepassingsgebied*

De regeling inzake oneerlijke bedingen blijft onder het richtlijnvoorstel beperkt tot niet-onderhandelde bedingen. In zijn reactie op het Groenboek drukte Nederland zijn wens uit tot het behoud van de *status quo* op dit punt.⁶²

Net als onder de Richtlijn Oneerlijke bedingen bepaalt het richtlijnvoorstel dat het feit dat de consument de mogelijkheid had om de inhoud van bepaalde aspecten van één van de voorwaarden van de overeenkomst, of een specifieke voorwaarde, te beïnvloeden, de andere contractuele bedingen niet onttrekt aan het toepassingsgebied van de regeling inzake oneerlijke bedingen (art. 30 lid 2 Richtlijnvoorstel en art. 3 lid 2 Richtlijn Oneerlijke bedingen).

⁶² Nederlandse reactie op het Groenboek, 18-19.

Net zoals de Richtlijn Oneerlijke bedingen voorziet het richtlijnvoorstel dat het Hoofdstuk inzake Oneerlijke bedingen niet van toepassing is op contractuele bedingen die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en met bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn (art. 30 lid 3).

4.5.5.3.2 *Transparantie*

De transparantieplicht omvat in het richtlijnvoorstel drie elementen.

In de eerste plaats omvat zij de verplichting dat contractuele bedingen moeten zijn uitgedrukt in een duidelijke en begrijpelijke taal, en dat zij goed leesbaar moeten zijn (art. 31 lid 1 Richtlijnvoorstel).

De verplichting dat de contractuele bedingen goed leesbaar moeten zijn, impliceert overigens niet dat zij in een voldoende groot en leesbaar lettertype moeten worden gedrukt. Overweging 47 van de preambule stelt uitdrukkelijk dat handelaren vrij zijn om zelf lettertype en lettergrootte van de bedingen te bepalen.

In de tweede plaats omvat zij een informatieplicht, vergelijkbaar met die uit artikel 6:233 sub b *juncto* 6:234 BW: contractuele bedingen moeten ter beschikking worden gesteld van de consument op een zodanige wijze dat hij, rekening houdend met het gebruikte communicatiemiddel, daadwerkelijk in staat is om er kennis van te nemen vóór de contractsluiting (art. 31 lid 2). Verdergaande vereisten met betrekking tot de wijze waarop de bedingen gepresenteerd, geformuleerd of ter beschikking van de consument moeten worden gesteld, mogen niet worden opgelegd (art. 31 lid 4).

In de derde plaats omvat zij de regel dat de handelaar, voor eventuele aanvullende betalingen naast de overeengekomen betaling voor het onderwerp van de eigenlijke contractuele verplichting van de handelaar, de uitdrukkelijke toestemming van de consument dient te vragen. Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar ervan uitgaat dat de consument die heeft gegeven, omdat deze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaalde default-opties, en daarmee de aanvullende betalingen, af te wijzen, heeft de consument recht op vergoeding van deze betalingen (art. 31 lid 3).

4.5.5.3.3 *Inhoudscontrole*

a. Systematiek

Het richtlijnvoorstel voorziet naast een algemene norm (art. 32), in een zwarte (art. 34 en bijlage 2) en een grijze lijst (art. 35 en bijlage 3) van oneerlijke bedingen.

Praktisch gezien moet eerst worden nagegaan of het beding voorkomt op de zwarte of grijze lijst, en slechts wanneer dat niet het geval is, is een toetsing aan de algemene norm aan de orde.

b. De zwarte lijst

De zwarte lijst bevat bedingen die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

Het betreft bedingen die één of meer van de volgende bedoelingen of feitelijke gevolgen hebben:

- “a) het uitsluiten of beperken van de wettelijke aansprakelijkheid van de handelaar bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument door het toedoen of nalaten van die handelaar;
- b) het beperken van de verplichting van de handelaar om de verbintenissen na te komen die door zijn gevolmachtigden zijn aangegaan, of het laten afhangen van diens verbintenissen van het voldoen aan een bijzondere voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend van de wil van de handelaar afhangt;
- c) het uitsluiten of beperken van het recht van de consument om juridische stappen te nemen of van enig ander rechtsmiddel gebruik te maken, met name door de consument te verplichten om eventuele geschillen uitsluitend voor te leggen aan een niet onder een wettelijke regeling vallend scheidsgerecht;
- d) het beperken van de bewijsmiddelen waarover de consument kan beschikken, of het opleggen aan de consument van een bewijslast die volgens het geldende recht op de handelaar zou moeten rusten;
- e) het toekennen aan de handelaar van het recht te bepalen of de geleverde goederen of de dienst in overeenstemming zijn met de overeenkomst, of van het exclusieve recht om de bedingen van de overeenkomst te interpreteren”.

c. De grijze lijst

De grijze lijst bevat bedingen die verondersteld worden oneerlijk te zijn, dat wil zeggen dat ze op weerlegbare wijze worden vermoed oneerlijk te zijn. De handelaar beschikt over de bevoegdheid te bewijzen dat het beding in de concrete omstandigheden van het geval niet oneerlijk is in de zin van de algemene norm van artikel 32.

De grijze lijst bevat bedingen in overeenkomsten die één of meer van de volgende bedoelingen of feitelijke gevolgen hebben:

- “a) uitsluiting of beperking van de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de handelaar of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de handelaar van een van diens contractuele verplichtingen, met inbegrip van de mogelijkheid voor de consument om een schuld jegens de handelaar te compenseren met een schuldvordering jegens deze;
- b) de mogelijkheid voor de handelaar om door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of uitvoeren van de overeenkomst, zonder dat erin is voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag verlangen van de handelaar wanneer die zich terugtrekt;
- c) het opleggen van schadevergoedingen aan een consument die zijn verbintenissen niet nakomt die buiten verhouding staan tot de door de handelaar geleden schade;
- d) de mogelijkheid voor de handelaar om de overeenkomst naar believen op te zeggen, terwijl de consument niet dat recht heeft;
- e) de mogelijkheid voor de handelaar om een overeenkomst van onbepaalde duur zonder redelijke opzeggingstermijn eenzijdig op te zeggen, zonder dat de consument ernstig in gebreke is gebleven;
- f) automatische verlenging van een overeenkomst van bepaalde duur bij ontbreken van tegengestelde kennisgeving van de consument, waarbij de consument verplicht wordt om lang voor het einde van de overeenkomst te kennen te geven dat hij geen verlenging wenst;
- g) de mogelijkheid voor de handelaar om de met de consument bij de sluiting van de overeenkomst overeengekomen prijs te verhogen, zonder dat de consument het recht heeft de overeenkomst op te zeggen;
- h) de verplichting voor de consument om al zijn verbintenissen na te komen, ook wanneer de handelaar dat niet heeft gedaan;
- i) de mogelijkheid voor de handelaar om zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst aan derden over te dragen zonder instemming van de consument;
- j) beperking van het recht van de consument om de goederen door te verkopen, door de overdraagbaarheid van door de handelaar verstrekte handelsgaranties te beperken;
- k) de mogelijkheid voor de handelaar om eenzijdig de bedingen van de overeenkomst te wijzigen, met inbegrip van de kenmerken van het product of de dienst;
- l) de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de bedingen van de overeenkomst die op een duurzame drager aan de consument zijn medegedeeld, door middel van online-bedingen waarmee de consument niet heeft ingestemd”.

De punten e⁶³, g⁶⁴ en k⁶⁵ zijn niet van toepassing op bepaalde, voornamelijk in de financiële sector gebruikte bedingen.

⁶³ Punt e), is niet van toepassing op bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt om eenzijdig en zonder opzegtermijn een eind te maken aan een overeenkomst van onbepaalde

Voor de herziening van de zwarte en grijze lijst wordt voorzien in de oprichting van een “committee on unfair terms in consumer contracts” (art. 39 en 40 Richtlijnvoorstel). Dit comité zal driemaal⁶⁶ jaarlijks bijeenkomen om te oordelen over de vraag of de lijsten moeten worden aangevuld met bedingen die in de lidstaten als oneerlijk zijn beoordeeld. De lidstaten dienen dergelijke beslissingen van rechters of toezichthouders te melden aan de Europese Commissie.⁶⁷

d. Algemene norm

Wanneer een beding in een overeenkomst niet is opgenomen op de zwarte of grijze lijst, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat het als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument (art. 32 lid 1).

Voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst worden alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdende met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bij de beoordeling

duur, mits de leverancier verplicht is de andere contracterende partij(en) hiervan onmiddellijk op de hoogte te stellen

⁶⁴ Punt g), is niet van toepassing op:

- a) transacties met betrekking tot effecten, financiële instrumenten en andere producten of diensten waarvan de prijs verband houdt met de fluctuaties van een beurskoers of een beursindex dan wel financiële marktkoersen waar de handelaar geen invloed op heeft;
- b) overeenkomsten voor de aankoop of verkoop van vreemde valuta, reischeques of internationale in deviezen opgestelde postmandaten;
- c) bedingen van prijsindexering, voor zover deze wettig zijn en de wijze waarop de prijs wordt aangepast hierin expliciet beschreven is.

⁶⁵ Punt k), is niet van toepassing op:

- a) bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet of het bedrag van alle andere op de financiële diensten betrekking hebbende lasten bij geldige reden zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de leverancier verplicht is dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen;
- b) transacties met betrekking tot effecten, financiële instrumenten en andere producten of diensten waarvan de prijs verband houdt met de fluctuaties van een beurskoers of een beursindex dan wel financiële marktkoersen waar de handelaar geen invloed op heeft;
- c) overeenkomsten voor de aankoop of verkoop van vreemde valuta, reischeques of internationale in deviezen opgestelde postmandaten;
- d) bedingen waarbij de handelaar zich het recht voorbehoudt om eenzijdig de voorwaarden van een overeenkomst van onbepaalde duur te wijzigen, mits hij verplicht is dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de consument en deze vrij is de overeenkomst op te zeggen.

⁶⁶ Toelichting, 8.

⁶⁷ Loos, M., “Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel”, *TvC* 2008, (173) 177.

van het (on)eerlijke karakter van een voorwaarde in een overeenkomst dient de bevoegde nationale autoriteit ook rekening te houden met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft medegedeeld, in het licht van artikel 31 (art. 32 lid 2).

De bedingen vermeld op de zwarte lijst worden echter onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd (art. 32 lid 2 *juncto* art. 34).

Bovendien dienen de lidstaten te voorzien in de mogelijkheid voor rechtbanken of administratieve instanties om te oordelen of bepaalde contractuele bedingen die zijn opgesteld voor algemeen gebruik op zich – los van gebruik in een specifieke situatie – oneerlijk zijn (art. 32 lid 2 *juncto* art. 38).

Bedingen betreffende het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst en de redelijkheid van de aangegeven betaling voor de vervulling van de centrale contractuele verplichting van de handelaar zijn uitgesloten van toetsing aan de algemene norm, op voorwaarde dat de handelaar volledig voldaan heeft aan de transparantieplicht van artikel 31 Richtlijnvoorstel (art. 32 lid 3).

e. Bewijslast

Wanneer de handelaar beweert dat een beding in een overeenkomst het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, is het aan hem om dit te bewijzen (art. 33).

f. Interpretatie

In geval van twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze regel is niet van toepassing in het kader van “algemene vorderingen” in de zin van artikel 38 lid 2 Richtlijnvoorstel, namelijk vorderingen ingesteld bij rechtbanken of administratieve instanties door personen of organisaties die krachtens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij het beschermen van consumenten tot beoordeling van het al dan niet eerlijk karakter van bepaalde contractuele bedingen die zijn opgesteld voor algemeen gebruik (art. 36).

g. Rechtsgevolg van oneerlijke bedingen

Oneerlijke bedingen in overeenkomsten zijn niet bindend voor de consument. Een overeenkomst blijft echter bindend voor de partijen wanneer die van kracht kan blijven zonder de oneerlijke bedingen (art. 37).

h. Handhaving

Artikel 38 verplicht de lidstaten erop toe te zien dat er, in het belang van de consumenten en van de concurrerende handelaren, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en handelaren (lid 1).

Met name moet het mogelijk zijn dat personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij het beschermen van consumenten, een beroep kunnen doen op rechtbanken of administratieve instanties om te oordelen of bepaalde contractuele bedingen die zijn opgesteld voor algemeen gebruik oneerlijk zijn (lid 2).

De lidstaten dienen eveneens te voorzien in een procedure tot het doen staken van inbreuken. Meer bepaald dienen zij ervoor te zorgen dat de rechtbanken of bevoegde administratieve instanties beschikken over passende en doeltreffende middelen om te verhinderen dat handelaren verder gebruik maken van bedingen die als oneerlijk zijn beoordeeld (lid 3).

De lidstaten dienen er voor te zorgen dat de hierboven bedoelde gerechtelijke stappen afzonderlijk of gezamenlijk kunnen worden ondernomen, afhankelijk van de nationale procedures, tegen verschillende handelaren in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene bedingen (lid 4).

4.5.5.3.4 (Niet-)nakoming

In het Groenboek stelde de Commissie uitdrukkelijk de vraag of een algemene regeling voor contractuele remedies tot stand zou moeten worden gebracht.⁶⁸ Vooral consumentenorganisaties en academici zijn voorstander van zo een algemene regeling. Zij stellen dat verschillen op dit vlak leiden tot verschillen in consumentenbescherming, hetgeen op zichzelf als een reden voor harmonisatie wordt genoemd. Vooral de vertegenwoordigers van het bedrijfsleven zijn tegen een dergelijke algemene regeling gekant. Zij zijn van oordeel dat de aard van de onderscheiden overeenkomsten tot onderscheiden remedies noopt. Bovendien zou een dergelijke regeling behoren tot het algemene contractenrecht dat juist niet

⁶⁸ Groenboek, 24-25.

zou moeten worden geharmoniseerd. Dat zou in het bijzonder gelden voor het recht op schadevergoeding dat aan de lidstaten zou moeten worden overgelaten.⁶⁹

Gelet op deze reacties is het begrijpelijk dat de Commissie ervan heeft afgezien om een algemene regeling van contractuele remedies in het richtlijnvoorstel op te nemen. Opmerking verdient dat de Commissie nu in het geheel niet heeft voorzien in remedies voor de gebrekkige uitvoering van een dienstenovereenkomst. De interne markt betreft immers de levering van goederen en diensten. Een regeling van de remedies inzake de gebrekkige uitvoering van de dienstenovereenkomst had eenvoudig gerealiseerd kunnen worden door de regeling van de remedies inzake consumentenkoop (de levering van roerende goederen aan de consument) ook van toepassing te verklaren op overeenkomsten betreffende de levering van diensten aan de consument. De Commissie heeft dat niet gedaan. Het toepassingsgebied van de materiële regels uit het consumentenkooprecht blijft blijkens artikel 21 Richtlijnvoorstel beperkt tot de levering van zaken, de levering van nog te produceren zaken en tot de bijzondere regels over gebrekkige installatie van de zaak door de verkoper of door de consument zelf op basis van een gebrekkig montagevoorschrift. Artikel 21 lid 1 Richtlijnvoorstel bepaalt zelfs expliciet dat voor zover de overeenkomst een gemengd karakter van koopovereenkomst en dienstenovereenkomst heeft, de bepalingen van de desbetreffende titel alleen toepassing vinden op de geleverde of te leveren zaken. Lid 3 voegt daaraan toe dat indien de verkoper in een geval van niet-conformiteit een zaak heeft hersteld, de koopregels niet van toepassing zijn ten aanzien van de tijdens de reparatie vervangen onderdelen. Van eventuele harmonisatie van de regelgeving van dienstenovereenkomsten is dan ook geen sprake.⁷⁰

4.5.5.4 Regels die gelden voor bepaalde consumentenovereenkomsten

4.5.5.4.1 *Verkoop op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten*

a. Informatieplichten

Bij op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten dient de handelaar krachtens artikel 9 Richtlijnvoorstel de volgende informatie te verstrekken, die als zodanig onderdeel vormt van de overeenkomst:

a) de in de artikelen 5 en 7 bedoelde informatie, en in afwijking van artikel 5, lid 1, sub d), in alle gevallen de wijze van betaling, levering en uitvoering (art. 9 sub a). Overweging 17 van

⁶⁹ Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 176.

⁷⁰ Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 176.

de preambule voegt hieraan toe dat ook over de klachtenprocedure in alle gevallen informatie moet worden verschaft;

b) wanneer een recht van herroeping bestaat, de voorwaarden en procedures voor de uitoefening van dat recht, overeenkomstig bijlage I van het richtlijnvoorstel;

c) wanneer dat verschilt van zijn persoonlijke geografische adres, het geografische adres van de bedrijfsruimten van de handelaar (en indien van toepassing dat van de handelaar namens wie hij optreedt), waaraan de consument eventuele klachten kan richten;

d) het eventuele bestaan van gedragscodes, en hoe die geraadpleegd kunnen worden;

e) het bestaan van een regeling voor minnelijke schikking van eventuele geschillen, voor zover van toepassing;

f) dat de overeenkomst wordt gesloten met een handelaar en dat de consument derhalve de door deze richtlijn geboden bescherming geniet (art. 9 Richtlijnvoorstel).

b. Formele vereisten

i. Voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten

Bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten moet de verplicht mee te delen informatie (*cf. supra* 4.5.5.4.1) op het bestelformulier worden verstrekt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in goed leesbare vorm. Het bestelformulier moet verder ook het standaardformulier voor herroeping conform bijlage I, deel B Richtlijnvoorstel bevatten (art. 10 lid 1).

Een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst is alleen geldig wanneer de consument een bestelformulier ondertekent en wanneer hij, wanneer het geen formulier op papier betreft, een kopie van het formulier op een andere duurzame drager ontvangt (art. 10 lid 2).

De lidstaten mogen geen andere formele vereisten opleggen (art. 10 lid 3).

ii. Voor overeenkomsten op afstand

Bij overeenkomsten op afstand moet de volgens de algemene informatieplicht verplicht mee te delen informatie (*cf. supra* 4.5.5.4.1), inclusief in alle gevallen de wijze van betaling, levering en uitvoering, vóór het sluiten van de overeenkomst aan de consument worden verstrekt of beschikbaar gemaakt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in leesbare vorm, op een wijze die passend is voor de gebruikte techniek voor communicatie op afstand (art. 11 lid 1 Richtlijnvoorstel).

Wanneer de handelaar de consument opbelt met het oogmerk een overeenkomst op afstand te sluiten, moet hij aan het begin van het telefoongesprek met de consument zijn identiteit en het commerciële doel van het gesprek aangeven (art. 11 lid 2 Richtlijnvoorstel).

Wanneer de overeenkomst gesloten wordt door middel van een medium dat maar weinig ruimte of tijd biedt voor het tonen van de informatie⁷¹, moet de handelaar ten minste de informatie betreffende de voornaamste kenmerken van het product en de totale prijs via dat medium verstrekken voordat de overeenkomst gesloten wordt. De overige verplicht mee te delen informatie wordt door de handelaar op passende wijze aan de consument verstrekt (art. 11 lid 3 Richtlijnvoorstel). Volgens overweging 21 van de preambule kan dit bijvoorbeeld geschieden door een gratis telefoonnummer aan te geven of een link naar een webpagina van de handelaar waar de relevante informatie rechtstreeks beschikbaar en gemakkelijk te raadplegen is.

De consument dient een bevestiging te ontvangen van alle, voor de betreffende overeenkomst verplicht mee te delen informatie, op een duurzame drager, binnen een redelijke periode na het sluiten van een overeenkomst op afstand, en uiterlijk bij de levering van de goederen of wanneer de verrichting van de dienst begint, tenzij die informatie al vóór de sluiting van de overeenkomst op afstand op een duurzame drager aan de consument is verstrekt (art. 11 lid 4 Richtlijnvoorstel).

Ook hier mogen de lidstaten leggen geen andere formele vereisten opleggen dan die hiervoor zijn vermeld (art. 11 lid 5 Richtlijnvoorstel).

c. Herroepingsrecht

i. Duur

i.1 Principe

Bij op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten beschikt de consument over een termijn van veertien dagen om de overeenkomst zonder opgave van redenen te herroepen (art. 12 lid 1). Het volstaat dat de consument de mededeling betreffende de uitoefening van het herroepingsrecht *verzendt* voordat die termijn is verlopen (art. 12 lid 3).

⁷¹ Volgens overweging 21 van de preambule wordt bijvoorbeeld gedacht aan het mogelijke aantal karakters op het scherm van mobiele telefoons of de maximale duur van reclamespots op televisie.

Het is niet vereist dat de handelaar de herroeping ook vóór het verstrijken van de termijn *ontvangt*.

i.2 Uitzondering

Wanneer de handelaar de consument niet de ingevolge artikel 9, sub b, artikel 10, lid 1, en artikel 11, lid 4, verplichte informatie over het herroepingsrecht heeft verstrekt, loopt de herroepingstermijn pas af drie maanden nadat de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan (art. 13). Overweging 27 van de preambule preciseert dat de handelaar moet geacht worden volledig aan zijn verplichtingen te hebben voldaan wanneer hij de door de consument bestelde goederen heeft geleverd of de bestelde diensten heeft verleend.

ii. Aanvangsmoment

Het aanvangsmoment van de termijn verschilt naargelang de overeenkomst buiten verkooppunten of op afstand is gesloten.

Bij een *buiten verkooppunten gesloten overeenkomst* begint de herroepingstermijn op de dag waarop de consument het bestelformulier ondertekent, of, wanneer het bestelformulier niet van papier is, wanneer de consument een kopie van het bestelformulier op een andere duurzame drager ontvangt.

Bij een *overeenkomst op afstand betreffende de verkoop van goederen* begint de herroepingstermijn op de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in ontvangst neemt.

Bij een *overeenkomst op afstand voor de verlening van diensten* begint de herroepingstermijn op de dag van de sluiting van de overeenkomst (art. 12 lid 2).

Overweging 21 van de preambule preciseert dat, wanneer een consument meer dan één artikel bestelt bij dezelfde handelaar, hij voor elk artikel afzonderlijk van zijn herroepingsrecht gebruik moet kunnen maken. Wanneer deze goederen separaat geleverd worden, dient de herroepingstermijn voor ieder afzonderlijk artikel in te gaan op het moment dat de consument het daadwerkelijk in ontvangst neemt. Wanneer een goed in verschillende partijen of

onderdelen geleverd wordt, dient de herroepingstermijn in te gaan op het moment dat de consument of een door de consument aangewezen derde de laatste partij of het laatste onderdeel daadwerkelijk in bezit krijgt.

iii. Invloed van het herroepingsrecht op de verplichting tot nakoming van de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien

De lidstaten mogen de partijen niet verbieden hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen gedurende de herroepingstermijn (art. 12 lid 4).

iv. Uitoefening van het herroepingsrecht

De consument stelt de handelaar op een duurzame drager op de hoogte van zijn beslissing de overeenkomst te herroepen, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van het standaardformulier voor herroeping zoals aangegeven in bijlage I, deel B Richtlijnvoorstel. De lidstaten mogen geen andere formele vereisten opleggen met betrekking tot dit standaardformulier voor herroeping (art. 14 lid 1).

Bij overeenkomsten op afstand die op internet worden gesloten, kan de handelaar, de consument bijkomend de mogelijkheid bieden het standaardformulier voor herroeping in te vullen en toe te zenden via de website van de handelaar. In dat geval stuurt de handelaar de consument onverwijld per e-mail een bevestiging van de ontvangst van de herroeping (art. 14 lid 2).

v. Gevolgen van herroeping

Door de uitoefening van het herroepingsrecht zijn de partijen niet langer verplicht:

- a) de op afstand of buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst uit te voeren, of
- b) een overeenkomst buiten verkoopruimten te sluiten, in het geval de consument een aanbod heeft gedaan (art. 15).

vi. Verplichtingen van de handelaar bij herroeping

De handelaar dient alle van de consument ontvangen betalingen terug te betalen binnen dertig dagen na ontvangst van het bericht van herroeping (art. 16 lid 1). Overweging 30 van de preambule preciseert dat ook de kosten van levering van de goederen aan de consument behoren tot de “ontvangen betalingen” die de handelaar dient terug te betalen.

Bij verkoopovereenkomsten kan de handelaar wel wachten met terugbetaling totdat hij alle goederen heeft teruggekregen of teruggehaald, of totdat de consument heeft aangetoond dat hij de goederen heeft teruggezonden, al naar gelang welk tijdstip eerder valt (art. 16 lid 2).

vii. Verplichtingen van de consument bij herroeping

Bij verkoopovereenkomsten waar de consument de goederen daadwerkelijk in ontvangst heeft genomen, of wanneer die op zijn verzoek aan een derde partij zijn overgedragen, vóór het einde van de herroepingstermijn, dient de consument de goederen terug te sturen of dient hij deze te overhandigen aan de handelaar of aan een persoon die door de handelaar gemachtigd is om de goederen in ontvangst te nemen, binnen veertien dagen na de dag waarop hij de herroeping aan de handelaar heeft medegedeeld, tenzij de handelaar aangeboden heeft de goederen zelf af te halen.

De consument draagt alleen de directe kosten van het retourneren van de goederen, tenzij de handelaar ermee heeft ingestemd deze kosten voor zijn rekening te nemen (art. 17 lid 1).

De consument is alleen aansprakelijk voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren. Hij is niet aansprakelijk voor waardevermindering wanneer de handelaar heeft nagelaten om informatie over het herroepingsrecht te verstrekken.

Voor dienstenovereenkomsten waarvoor een herroepingsrecht geldt, draagt de consument geen kosten voor diensten die geheel of ten dele tijdens de herroepingstermijn zijn verleend (art. 17 lid 2).

viii. Gevolgen van de uitoefening van het herroepingsrecht op aanvullende overeenkomsten

Onverminderd artikel 15 van Richtlijn 2008/48/EG worden, wanneer de consument gebruik maakt van zijn recht van herroeping van een op afstand of buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst, alle eventuele aanvullende overeenkomsten automatisch eveneens beëindigd, zonder kosten voor de consument. De lidstaten dienen uitvoeringsbepalingen vast te stellen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten (art. 18).

ix. Uitzonderingen op het herroepingsrecht

ix.1 Overeenkomsten op afstand

Met betrekking tot overeenkomsten op afstand is het herroepingsrecht, behoudens andersluidende overeenkomst (art. 19 lid 3), niet van toepassing op:

- a) diensten waarvan de uitvoering is begonnen, met uitdrukkelijke voorafgaande instemming van de consument, vóór het einde van de in artikel 12 bedoelde periode van veertien dagen;
- b) de levering van goederen of diensten waarvan de prijs gebonden is aan schommelingen op de financiële markt waarop de handelaar geen invloed heeft;
- c) de levering van goederen die zijn vervaardigd volgens specificaties van de consument, of die duidelijk voor een specifieke persoon bestemd zijn, of die snel bederven of aflopen;
- d) de levering van wijn waarvan de prijs is overeengekomen bij de sluiting van de verkoopovereenkomst, maar waarvan de levering alleen kan plaatsvinden na de in artikel 22, lid 1, bedoelde termijn, en waarvan de feitelijke waarde afhankelijk is van schommelingen van de markt waarop de handelaar geen invloed heeft;
- e) de levering van verzegelde audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument is verbroken;
- f) de levering van kranten en tijdschriften;
- g) diensten van kansspelen en loterijen;
- h) overeenkomsten die zijn gesloten bij een verkoop bij opbod (art. 19 lid 1).

ix.2 Buiten verkoopruidten gesloten overeenkomsten

Wat buiten verkoopruidten gesloten overeenkomsten betreft, is het herroepingsrecht, behoudens andersluidende overeenkomst (art. 19 lid 3 Richtlijnvoorstel), niet van toepassing op:

- a) overeenkomsten betreffende de levering van levensmiddelen, dranken of andere goederen die bestemd zijn voor dagelijkse huishoudelijke consumptie, die door de consument van tevoren worden geselecteerd door middel van communicatie op afstand, en die fysiek bij de woning of arbeidsplaats van de consument worden afgeleverd door een handelaar die dergelijke goederen gewoonlijk in zijn eigen bedrijfsruimten verkoopt;
- b) overeenkomsten waarbij de consument, met het oog op onmiddellijke reactie op een noodgeval, de handelaar verzocht heeft om de overeenkomst onmiddellijk uit te voeren; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent of goederen

verkoopt die niet strikt noodzakelijk zijn om het hoofd te bieden aan het noodgeval van de consument, is het herroepingsrecht van toepassing op deze aanvullende diensten of goederen; c) overeenkomsten waarbij de consument de handelaar door middel van communicatie op afstand expliciet verzocht heeft hem thuis te bezoeken om daar reparaties of onderhoud te verrichten; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent waarom de consument niet expliciet heeft gevraagd, of goederen levert die niet strikt noodzakelijk zijn voor het verrichten van de reparaties of het onderhoud, is het herroepingsrecht van toepassing op die aanvullende diensten of goederen (art. 19 lid 2).

4.5.5.4.2 *Consumentenkoop*

a. Toepassingsgebied

Het hoofdstuk inzake consumentenkoop is van toepassing op verkoopovereenkomsten, met inbegrip van overeenkomsten voor de levering van goederen die nog vervaardigd of geproduceerd moeten worden en goederen die nog door de verkoper of onder diens verantwoordelijkheid of door de consument geïnstalleerd moeten worden (art. 21 lid 1 en 2 Richtlijnvoorstel).

Het hoofdstuk is niet van toepassing op overeenkomsten die alleen diensten betreffen, noch op de reserveonderdelen die een handelaar monteert bij het verhelpen van een gebrek aan overeenstemming door reparatie (art. 21 lid 1 en lid 3).

De lidstaten kunnen besluiten het hoofdstuk niet toe te passen op de verkoop van tweedehands goederen bij openbare verkopen bij opbod (art. 21 lid 4).

b. De zgn. “wettelijke garantie”: de verplichting tot conforme levering

i. Principe

Artikel 24 lid 2 Richtlijnvoorstel verplicht de handelaar goederen te leveren die in overeenstemming zijn met de overeenkomst.

ii. Vermoeden van conformiteit

Net zoals de Richtlijn Consumentenkoop (art. 2 lid 2) bepaalt het richtlijnvoorstel dat goederen die voldoen aan een aantal criteria geacht worden in overeenstemming te zijn met de

overeenkomst. De vier criteria die genoemd worden door het richtlijnvoorstel zijn inhoudelijk identiek aan die van de Richtlijn Consumentenkoop. Het vermoeden geldt indien de goederen

- a) in overeenstemming zijn met de door de handelaar gegeven beschrijving ervan, en de eigenschappen bezitten van de goederen die de handelaar aan de consument als monster of als model heeft getoond;
- b) geschikt zijn voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de handelaar bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en dat de handelaar heeft aanvaard;
- c) geschikt zijn voor het gebruik waarvoor goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen,
- d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en op de eventuele door de handelaar, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering - publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan (art. 24 lid 2). Overweging 39 van de preambule bij het richtlijnvoorstel licht toe dat bij het beantwoorden van de vraag welke kwaliteit en prestaties de consumenten redelijkerwijs kunnen verwachten onder andere rekening is te houden met de vraag of de goederen nieuw of tweedehands zijn en met de te verwachten levensduur van de goederen.

Volgens overweging 8 van de preambule bij de Richtlijn Consumentenkoop dienen deze criteria cumulatief vervuld te zijn. Dit impliceert dat de consument om de niet-conforme levering te bewijzen, slechts hoeft aan te tonen dat één van de voorwaarden niet vervuld is.⁷² Het richtlijnvoorstel lijkt in ieder geval de criteria c en d als alternatieve voorwaarden te beschouwen. Criterium c wordt in het richtlijnvoorstel immers gevolgd door het woordje “of”. De vraag rijst of het hier niet om een verschrijving gaat. Indien het werkelijk de bedoeling zou zijn om de criteria c en d, of zelfs de criteria van a tot en met d als alternatief te beschouwen, dan moet men zich realiseren dat dit tot gevolg heeft dat de bescherming van de koper tegen niet-conforme goederen van een lager gehalte zal zijn dan thans in de meerderheid der EU-lidstaten het geval is. Thans lijken de criteria van het bewijsvermoeden inzake conformiteit enkel in Duitsland niet als cumulatief te worden opgevat. In Duitsland worden de criteria overigens wel nog geacht naar prioriteit te zijn gerangschikt⁷³, een gedachte die niet tot uiting komt in de formulering van het richtlijnvoorstel.

⁷² Tenreiro, M. en Gómez, S., “La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation”, *REDC* 2000, 14; Van Oevelen, A., “Het nieuwe begrip “conformiteit”, in: Stijns, S. en Stuyck, J. (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 11, 37.

⁷³ Mededeling van de Commissie en de Raad aan het Europees Parlement betreffende de uitvoering van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de

iii. Tijdstip waarop de conformiteit dient te worden beoordeeld - Bewijslast

iii.1 Tijdstip van beoordeling

Volgens de Richtlijn Consumentenkoop dient de conformiteit beoordeeld te worden op het tijdstip van de levering, in die zin dat de verkoper jegens de consument aansprakelijk is voor elk gebrek aan overeenstemming dat bestaat bij de aflevering van de goederen (art. 3 lid 1). De veertiende overweging van de preambule van de Richtlijn Consumentenkoop geeft aan dat de verwijzingen naar het tijdstip van aflevering niet met zich brengen dat lidstaten hun voorschriften over de overgang van het risico moeten wijzigen.

Volgens het richtlijnvoorstel is de handelaar daarentegen jegens de consument aansprakelijk voor elk gebrek aan overeenstemming dat bestaat op het moment dat het risico overgaat op de consument (art. 25). Artikel 23 Richtlijnvoorstel bepaalt dat het risico van verlies of beschadiging van de goederen overgaat op de consument zodra hij of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in bezit heeft gekregen (lid 1). Wanneer de consument of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, nagelaten heeft redelijke stappen te nemen om de goederen daadwerkelijk in bezit te krijgen, gaat het risico over op de consument op het door de partijen overeengekomen tijdstip van levering (lid 2).

iii.2 Bewijslast

Aangezien de consument de eisende partij is, zal het in principe de consument zijn die moet bewijzen dat het gebrek aan conformiteit reeds bestond ten tijde van de overgang van het risico. Indien het gebrek zich echter manifesteert binnen een termijn van zes maanden vanaf het tijdstip waarop het risico is overgegaan op de consument, dan profiteert de consument op grond van artikel 28 lid 5 Richtlijnvoorstel van een vermoeden dat dit gebrek op dat tijdstip al bestond, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van de goederen of met de aard van het gebrek aan overeenstemming. Het vermoeden geldt tot het bewijs van het tegendeel. Dit betekent dat de handelaar het recht heeft om te bewijzen dat het gebrek niet reeds bestond op het moment van de overgang van het risico. Een gelijkaardig vermoeden bestond ook reeds onder de Richtlijn Consumentenkoop, zij het dat het tijdstip van beoordeling en de aanvang

verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, inclusief analyse van de mogelijkheid om producenten rechtstreeks aansprakelijk te stellen, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/garantees/CSD_2007_NL_final.pdf, 7.

van geldingstermijn van het vermoeden aldaar werden gesitueerd op het moment van de levering (art. 5 lid 3 Richtlijn Consumentenkoop).

iv. Gevallen die niet leiden tot een gebrek aan conformiteit

De gevallen die volgens het richtlijnvoorstel niet leiden tot een gebrek aan conformiteit zijn dezelfde als onder de Richtlijn Consumentenkoop.

Het betreft de gevallen:

- waarin het gebrek op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst aan de consument bekend was of redelijkerwijs bekend had moeten zijn, of
- waarin het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen (art. 24 lid 3).

Bovendien kan bij de beoordeling van de conformiteit geen rekening worden gehouden met publiekelijk gedane mededelingen

- indien de verkoper kan aantonen dat de mededeling in kwestie hem niet bekend was en hem redelijkerwijs niet bekend kon zijn,
- indien de mededeling op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst was rechtgezet of
- indien de beslissing tot aankoop van de goederen niet door deze mededeling beïnvloed kon zijn (art. 24 lid 4).

v. Gelijkstelling met een gebrek aan conformiteit

Elk gebrek aan overeenstemming dat het gevolg is van een niet-correcte installatie van de geleverde goederen wordt beschouwd als niet-conformiteit van de goederen zelf, indien de installatie deel uitmaakt van de verkoopovereenkomst en de goederen door de handelaar of onder diens verantwoordelijkheid werden geïnstalleerd. Hetzelfde geldt als voor montage door de consument bestemde goederen door de consument zijn geïnstalleerd en de verkeerde installatie een gevolg is van fouten of onduidelijkheden in de montagehandleiding (art. 24 lid 5). Deze bepaling is inhoudelijk in overeenstemming met de Richtlijn Consumentenkoop, zij het dat deze handelt over “een gebrek” in de montagehandleiding.

vi. Aansprakelijkheidstermijn

De handelaar is aansprakelijk wegens een gebrek aan overeenstemming indien het gebrek zich manifesteert binnen een termijn van twee jaar nadat het risico is overgegaan op de consument (art. 28 lid 1 Richtlijnvoorstel).

Wanneer de handelaar het gebrek aan overeenstemming heeft verholpen door de goederen te vervangen is hij aansprakelijk wegens een gebrek aan overeenstemming van het vervangende product indien het gebrek aan overeenstemming zich manifesteert binnen een termijn van twee jaar nadat de consument of een door de consument aangewezen derde partij de vervangende goederen daadwerkelijk in bezit heeft gekregen (art. 28 lid 2 Richtlijnvoorstel). De Richtlijn Consumentenkoop kende een gelijkaardige bepaling, zij het dat de termijn een aanvang nam vanaf de levering (art. 5 lid 1).

Het richtlijnvoorstel kent geen gelijkaardige bepaling voor het geval het gebrek aan overeenstemming is verholpen door reparatie. Het ziet er derhalve naar uit dat reparatie de tweejarige termijn niet stuit en dat die termijn zelfs niet wordt geschorst gedurende de tijd die de handelaar nodig heeft om het goed te herstellen.⁷⁴

Bij tweedehandsgoederen kunnen de handelaar en de consument een kortere aansprakelijkheidstermijn overeenkomen, die echter niet korter dan één jaar mag zijn (art. 28 lid 3 Richtlijnvoorstel). De Richtlijn Consumentenkoop bevat een facultatieve bepaling van gelijke strekking (art. 7 lid 1).

vii. Rechtsmiddelen bij gebrek aan overeenstemming

vii.1 Getrapt stelsel

Artikel 3 Richtlijn Consumentenkoop voorziet duidelijk in een getrapt sanctiestelsel. In eerste instantie heeft de consument recht op kosteloos herstel of vervanging, behalve als dat onmogelijk of buiten verhouding zou zijn. Slechts indien de consument geen aanspraak kan maken op herstel of vervanging, indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn tot genoegdoening is overgegaan of indien de verkoper niet zonder ernstige overlast voor de consument tot genoegdoening is overgegaan, kan de consument prijsvermindering of

⁷⁴ In deze zin: Loos, M., *o.c.*, TvC 2008, 176.

ontbinding verlangen. Voor ontbinding is bovendien vereist dat het gebrek niet van geringe betekenis is.

Het richtlijnvoorstel brengt een vergelijkbaar systeem tot stand, maar voorziet ook in een mogelijkheid voor de consument om schadevergoeding te vorderen voor verlies of schade dat/die niet door de andere door het richtlijnvoorstel ter beschikking gestelde remedies is gecompenseerd.

vii.2 Primaire remedies

Het richtlijnvoorstel verleent de handelaar in eerste instantie de mogelijkheid om het gebrek te verhelpen, hetzij door reparatie, hetzij door vervanging, naar zijn keuze (art. 26 lid 2). De Richtlijn Consumentenkoop sprak zich niet expliciet uit over de vraag of het keuzerecht tussen herstel of vervanging aan de handelaar dan wel de consument toekwam. In bepaalde lidstaten werd de omzettingwetgeving echter zodanig verwoord, of althans geïnterpreteerd dat het keuzerecht aan de consument toekwam.⁷⁵ Het richtlijnvoorstel houdt in die lidstaten dus een beperking in van de rechten van de consument.

vii.3 Secundaire remedies

Wanneer de handelaar heeft aangetoond dat het verhelpen van het gebrek aan overeenstemming door reparatie of vervanging onwettig of onmogelijk is, of van de handelaar buitensporige inspanningen zou verlangen, kan de consument kiezen tussen een korting op de prijs of ontbinding van de overeenkomst. De van de handelaar verlangde inspanning is buitensporig wanneer hij daarbij kosten zou maken die veel hoger zijn dan die van korting van de prijs of ontbinding van de overeenkomst, rekening houdende met de waarde van de goederen als er geen gebrek aan overeenstemming zou zijn en met het belang van het gebrek aan overeenstemming. Overweging 40 van de preambule preciseert dat het ontbreken van reserveonderdelen niet moet worden beschouwd als een geldige reden voor de handelaar om het gebrek aan overeenstemming niet – binnen een redelijke termijn en zonder bovenmatige inspanning – te verhelpen.

⁷⁵ Voor Nederland: Klik, P., *Koop en consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2004, 72. Zie voor België: Cauffman, C., “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, T.P.R. 2005, nr. 69, p. 825; Stijns, S., “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in: Stijns, S. en Stuyck, J. (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 10, p. 57.

De consument kan de overeenkomst, aldus het richtlijnvoorstel, alleen “opzeggen” als het gebrek aan overeenstemming van meer dan geringe aard is (art. 26 lid 3). Het gebruik van de term “opzeggen” is in dit verband minder wenselijk. Deze term wordt traditioneel voorbehouden aan de beëindiging van duurovereenkomsten op een andere grond dan wegens niet of niet behoorlijke nakoming. De opzegging werkt slechts voor de toekomst en leidt niet tot ongedaanmakingsverbintenissen. Ter aanduiding van een beëindiging wegens niet-conformiteit zou beter de term “ontbinding” kunnen worden gebruikt.

Wanneer de handelaar impliciet of expliciet geweigerd heeft het gebrek aan overeenstemming te verhelpen, wanneer de handelaar het gebrek aan overeenstemming niet binnen een redelijke termijn heeft verholpen, wanneer de handelaar heeft geprobeerd het gebrek aan overeenstemming te verhelpen, maar daarbij de consument aanzienlijke overlast⁷⁶ heeft bezorgd of wanneer hetzelfde gebrek zich binnen een korte periode meerdere malen heeft voorgedaan, heeft de consument volgens artikel 26 lid 4 Richtlijnvoorstel recht op reparatie of vervanging, “verlaging van de prijs” (de in het Nederlandstalige juridische taalgebruik ingeburgerde term is hier “prijsvermindering”), of ontbinding van de overeenkomst. Overweging 42 van de preambule licht toe dat het niet reageren of het niet ingaan door de handelaar op het verzoek van de consument om het gebrek aan overeenstemming te verhelpen, wordt beschouwd als een impliciete weigering.

Artikel 27 lid 1 Richtlijnvoorstel schrijft verder voor dat de consument er recht op heeft dat de goederen in overeenstemming worden gebracht zonder dat dat voor hem kosten met zich brengt. De Richtlijn Consumentenkoop voorzag dat het herstel en de vervanging kosteloos dienden te geschieden en preciseerde dat de term “kosteloos” betrekking heeft op de kosten die gemaakt moeten worden om de goederen in overeenstemming te brengen, met name de kosten van verzending, loon en materiaal. Deze laatste precisering is in het richtlijnvoorstel enkel opgenomen in de inleidende overwegingen, en meer bepaald in overweging 41 van de preambule. Deze overweging maakt ook duidelijk dat de consument de handelaar geen compensatie dient te betalen voor het gebruik van de goederen met gebreken.

⁷⁶ Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van aanzienlijke overlast voor de consument en hoeveel tijd de handelaar redelijkerwijs nodig zou hebben om de goederen in overeenstemming te brengen, wordt rekening gehouden met de aard van de goederen en het doel waarvoor de consument de goederen heeft aangeschaft (art. 26 lid 5 Richtlijnvoorstel).

vii.4 Schadevergoeding

Het richtlijnvoorstel verleent de consument verder een recht op schadevergoeding voor verlies of schade dat/die niet door de andere door het richtlijnvoorstel voorziene remedies is gecompenseerd (art. 27 lid 2). Op grond van de toelichting bij het richtlijnvoorstel, die bepaalt dat het richtlijnvoorstel niet raakt “aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding”⁷⁷, is in de doctrine echter de vraag gesteld of deze bepaling wel meebrengt dat het recht op schadevergoeding *alleen* bestaat ten aanzien van schade die niet door een andere remedie wordt weggenomen, of dat de voorwaarden voor toekenning van het recht op schadevergoeding nadrukkelijk is overgelaten aan de lidstaten.⁷⁸

vii.5 Opschortingsrecht – Recht op terugbetaling

Het richtlijnvoorstel voorziet niet uitdrukkelijk in een opschortingsrecht voor de consument, ingeval de handelaar niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot conforme levering. Het richtlijnvoorstel voorziet wel dat de consument, wanneer de handelaar niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen inzake levering, recht heeft op vergoeding van alle betaalde bedragen binnen zeven dagen na de uiterlijke datum van levering (art. 22 lid 2 Richtlijnvoorstel). Een redelijke uitleg van deze bepaling lijkt in te houden dat de consument, voor zover hij op het moment van de levering nog niet heeft betaald, de betaling ook mag opschorten tot op het moment van de conforme levering.

viii. Klachtplicht

Om zijn rechten op reparatie, vervanging of ontbinding te kunnen uitoefenen, dient de consument de handelaar op de hoogte te stellen van het gebrek aan overeenstemming binnen twee maanden na de datum waarop hij het gebrek aan overeenstemming heeft geconstateerd (art. 28 Richtlijnvoorstel). Onder de Richtlijn Consumentenkoop was dit een facultatieve bepaling in die zin dat de lidstaten deze bepaling mochten, maar niet moesten opnemen (art. 5 lid 2). De uiteenlopende omzetting van deze bepaling heeft, volgens de Commissie, handelsbelemmeringen gecreëerd. Om deze reden werd de optiemogelijkheid geschrapt en

⁷⁷ 9.

⁷⁸ Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 177.

moet de klachtplicht ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, in het nationale recht worden omgezet.⁷⁹

Merk op dat het richtlijnvoorstel van het vervullen van de klachtplicht geen voorwaarde maakt voor het vorderen van schadevergoeding. Het is de vraag of dit een vergissing betreft, dan wel een bewuste keuze van de Commissie.

c. Handelsgaranties

Het richtlijnvoorstel definieert een handelsgarantie als

“iedere toezegging van de handelaar of producent (de “garant”) aan de consument de betaalde prijs te zullen vergoeden, of de goederen op enigerlei wijze te zullen vervangen, repareren of onderhouden, wanneer die niet voldoen aan specificaties in de garantieverklaring of in de desbetreffende reclameboodschappen ten tijde van of vóór de sluiting van de overeenkomst” (art. 2 (18)).

Artikel 29 lid 1 Richtlijnvoorstel bepaalt dat een handelsgarantie bindend is voor de garant, onder de in het garantiebewijs aangegeven voorwaarden. Als er geen garantiebewijs is verstrekt, is de handelsgarantie bindend onder de voorwaarden als aangegeven in de reclame betreffende de handelsgarantie.

Het garantiebewijs moet volgens artikel 29 lid 2 Richtlijnvoorstel in duidelijke en begrijpelijke taal zijn opgesteld en het moet goed leesbaar zijn. Het dient melding te maken van

- de wettelijke rechten van de consument en een duidelijke verklaring dat de handelsgarantie die rechten onverlet laat;
- de inhoud van de handelsgarantie en de voorwaarden voor het indienen van claims, met name de duur en het geografische toepassingsgebied van de garantie en de naam en het adres van de garant;
- een vermelding dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop.

Wanneer de consument daarom verzoekt, moet de handelaar de garantie op een duurzame drager ter beschikking stellen (art. 29 lid 3 Richtlijnvoorstel).

Niet-naleving van de verplichtingen vermeld in de twee voorgaande alinea's is niet van invloed op de geldigheid van de garantie (art. 29 lid 4 Richtlijnvoorstel).

⁷⁹ Overweging 43 van de preambule; art. 28 lid 4 Richtlijnvoorstel.

De regeling van de handelsgarantie is in belangrijke mate overgenomen uit de Richtlijn Consumentenkoop. Nieuw is de verplichte vermelding dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop. Anders dan de Richtlijn Consumentenkoop (art. 6 lid 4) voorziet het richtlijnvoorstel ook niet in de mogelijkheid voor de lidstaat waar de consumptiegoederen op de markt worden gebracht, om – met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag - te bepalen dat op zijn grondgebied de garantie wordt gesteld in één of meer talen die hij uit de officiële talen van de Gemeenschap kiest.

5. Het Draft Common Frame of Reference (DCFR)

5.1 Inleiding

5.1.1 Totstandkoming

De laatste jaren is er veel te doen geweest over de pogingen van de Europese Commissie tot (verdere) harmonisatie van het Europees contractenrecht. Na verschillende eerste oriënterende mededelingen (2001) en een actieplan voor een coherenter Europees verbintenissenrecht (2003) kwam de Europese Commissie op 11 oktober 2004 met een mededeling “Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen”.⁸⁰ In dit laatste document maakt de Commissie duidelijk dat zij aan de slag wil gaan met een zogenaamd Common Frame of Reference (CFR) op het gebied van het contractenrecht. Het wordt voorgesteld als een relatief “licht” en tamelijk onschuldig initiatief, omdat dit CFR een niet-bindend instrument zou moeten worden om de kwaliteit en consistentie van het acquis op het gebied van het verbintenissenrecht te verbeteren. Het is de bedoeling van de Commissie dat een algemeen referentiekader voor het contractenrecht tot stand komt, dat zou moeten bestaan uit drie onderdelen:

- a. algemene principes als contractvrijheid, goede trouw;
- b. definities zoals die van de overeenkomst of van schadevergoeding; en
- c. modelbepalingen over bijvoorbeeld het sluiten van een overeenkomst.

Het ontwikkelen van een dergelijk CFR werd de taak van een groep wetenschappers die, conform de afspraak met de Commissie, eind 2007 een interimverslag heeft gepresenteerd dat de titel “Draft Common Frame of Reference” draagt. Dit interimverslag werd in 2008 gepubliceerd bij Sellier.⁸¹ Eind 2008 leverden de wetenschappers een herziening van het interimverslag af. Deze is in 2009 gepubliceerd.⁸² De verschillen tussen de herziening en het interimverslag kunnen in drie categorieën worden ingedeeld. In de eerste plaats bevat de herziening een aanzienlijk aantal nieuwe regels. Het interimverslag bevatte in boek IV geen regels over de lening, en ook de boeken VIII tot X over de verkrijging en het verlies van

⁸⁰ Zie in dit verband onder meer Hesselink, M.W., “Naar een coherenter Europees contractenrecht”, *NJB* 2003, 2068-2094.

⁸¹ Von Bar, Chr., Clive, E. & Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim outline edition*, München, Sellier: European Law Publishers, 2008, VI +396 p.

⁸² Von Bar, Chr., Clive, E. & Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, München, Sellier: European Law Publishers, 2009, 643 p.

eigendom, zakelijke zekerheden op roerende goederen en de trust waren nog niet opgenomen in het interimverslag. Zij maken thans wel deel uit van het DCFR. In de tweede plaats heeft er na de publicatie van het interimverslag een publieke discussie plaatsgevonden over de hierin opgenomen regels. Op basis hiervan en op basis van hun eigen verdere reflecties en discussies, hebben de opstellers van het DCFR een aantal wijzigingen doorgevoerd in de teksten. In de derde plaats bevat de herziene editie een nieuwe afdeling waarin de aan het DCFR ten grondslag liggende principes worden uiteengezet. Wanneer hierna de eerste en de tweede editie van het DCFR worden vergeleken, wordt de eerste editie aangeduid als DCFR2008 en de tweede als DCFR2009. Indien geen jaartal wordt vermeld, wordt in principe verwezen naar de tweede editie.

Hoewel de Commissie benadrukt dat dit (Draft) Common Frame of Reference “slechts” een niet-bindend optioneel instrument is en zeker niet bedoeld is als een Europees Burgerlijk Wetboek waarin het verbintenissenrecht van de lidstaten zou worden geharmoniseerd, hebben diverse auteurs de vrees uitgesproken dat dit optionele instrument niets minder zou zijn dan de opmaat voor een European Civil Code.⁸³

Zelfs voordat de inhoud van dit DCFR bekend werd, voorspelden Nederlandse auteurs reeds dat het (D)CFR ondanks zijn niet-bindende karakter onvermijdelijk grote invloed zal uitoefenen op de inhoud en de formulering van nieuwe Commissievoorstellen en van voorstellen tot wijziging van het acquis. Het lijkt niet verstandig het belang van het CFR te onderschatten. Zijn invloed zal groter zijn dan het niet-bindende karakter en het ontbreken van democratische legitimatie wellicht doen veronderstellen.⁸⁴ Inmiddels is het DCFR2008 door de zogenaamde Study Group on a European Civil Code in combinatie met de Research Group on EC Private Law (de zogenaamde Acquis groep) gepubliceerd onder de titel “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law”.⁸⁵ Over dit DCFR en zijn voorgeschiedenis zijn inmiddels de nodige publicaties verschenen.⁸⁶

⁸³ Zie onder meer Bouwes, M., “Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur. Een Common Frame of Reference”, *NJB* 2005, 944-948 en Hesselink, M.W., “The Politics of a European Civil Code”, *ELJ* 2004, 689.

⁸⁴ Bouwes, M., *NJB* 2005, 948.

⁸⁵ Van Bar, Chr., Clive, E. en Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim outline edition*, Munchen, Sellier, European Law Publishers, 2008, VI+396 p.

⁸⁶ Zie onder meer over het DCFR2008 Hartkamp, A.S., *Mr. C. Assers Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 3-I*, *Vermogensrecht algemeen. Europees en Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, nr. 262, p. 200 e.v.; Von Bar, Chr. “Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, 350-361; Beale, H., “The Future of the Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, 257-276; Schulte-Nölke, H., “EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the “Blue button””, *ERCL* 2007, 332-349; Lando, O., “The Structure and the Legal Values of the

Hoewel in de inleiding (hoofdstuk 1) duidelijk is gesteld dat het richtlijnvoorstel in dit rapport centraal staat, is daar tegelijkertijd ook gewezen op het belang van het DCFR. Vanuit het perspectief van dit onderzoek is in ieder geval van belang dat het DCFR en het richtlijnvoorstel elkaar (zullen gaan) beïnvloeden. Het DCFR geeft zelf aan mede gebaseerd te zijn op het *acquis communautaire*, terwijl er onder meer in de doctrine op wordt gewezen, en eigenlijk ook al enigszins uit de inhoud van het richtlijnvoorstel blijkt, dat het toekomstige *acquis* op zijn beurt weer door het DCFR beïnvloed zal worden. Bestudering van de inhoud en strekking van dit DCFR althans wat het consumentencontractenrecht betreft, lijkt dan ook zinvol ter voorbereiding van een Nederlandse standpuntbepaling omtrent het richtlijnvoorstel.

5.1.2 Doelstellingen

De opstellers van het DCFR geven duidelijk aan dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het Draft Common Frame of Reference en het Common Frame of Reference dat nog door de Commissie tot stand moet worden gebracht. Anders dan het CFR is het DCFR een academische en geen politieke tekst.⁸⁷ Tegelijkertijd is duidelijk dat de bedoeling van de opstellers van het DCFR wel degelijk het maken van een ontwerp voor het CFR was.⁸⁸ Dat een ontwerp (draft) niet hetzelfde is als een definitieve tekst is duidelijk, doch nu het DCFR duidelijk als ontwerp voor een CFR is bedoeld, is het verschil op dit ogenblik veeleer formeel dan inhoudelijk. Wat de uiteindelijke waarde van dit DCFR zal zijn, zal pas blijken wanneer de Commissie de finale tekst van het CFR vaststelt.

De schrijvers van het DCFR maken duidelijk dat het eerst en vooral een document is met academische ambities dat wil bijdragen aan (de verdere) totstandkoming van het Europees privaatrecht.⁸⁹ Verder hopen zij dat het niet alleen academici zal inspireren, maar tevens Europese rechters en officiële instanties die in de nationale lidstaten belast zijn met de modernisering van het privaatrecht.⁹⁰ Dat is echter meer een nevendoelstelling. Belangrijker is dat het DCFR een model oplevert voor het uiteindelijke politiek relevante CFR.⁹¹ Het

Common Frame of Reference (CFR)”, *ERCL* 2007, 245-256. Deze bijdragen zijn alle hetzij van betrokkenen bij het huidige DCFR (Von Bar, Beale en Schulte-Nölke) danwel bij zijn voorganger “The Principles of European Contract Law” (Lando), zodat zij veeleer presentatie van en reclame voor het DCFR vormen dan een kritische analyse daarvan. Voor een (deels) kritische analyse van het DCFR zie de bijdragen in Schulze, R., von Bar, Chr. en Schulte-Nölke, H. (eds), *Der Akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenz Rahmen. Kontroversen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, VII+262 p.

⁸⁷ DCFR, nr. 4, 6.

⁸⁸ DCFR, nr. 1, 4.

⁸⁹ DCFR, nr. 7, 7.

⁹⁰ DCFR, nr. 8, 7-8.

⁹¹ DCFR, nr. 6, 7. Over de doelstellingen en functies van het DCFR, zie ook Schulte-Nölke, H., “Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR” in: Schmidt-Kessel, M.

verbaast dan ook niet dat de Europese Commissie een belangrijke sponsor van het DCFR-project is.

5.1.3 Beginselen

Het DCFR onderscheidt “principles, definitions and model rules”. Met “principles” wordt onder meer verwezen naar regels met een meer algemeen karakter, zoals goede trouw en contractvrijheid. De bedoeling van de definities is om bij te dragen aan één uniforme Europese rechtstaal. Inspiratie voor deze definities is gevonden in het bestaande acquis communautaire, maar de definities komen vooral voort uit de model rules van het DCFR.⁹² De “model rules” vormen eigenlijk het corpus van het DCFR. Door deze regels als “model” voor te stellen geven de ontwerpers aan dat deze regels geen normatieve kracht hebben, maar veeleer beschouwd moeten worden als “soft law” zoals de Principles of European Contract Law.

De inleiding bij het DCFR gaat uitgebreid in op verschillende doelstellingen van het Europees privaatrecht waarbij doelstellingen en waarden worden onderscheiden zoals:

- rechtvaardigheid (“justice”);
- vrijheid;
- bescherming van mensenrechten;
- economische welvaart;
- solidariteit en maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Voor zover de betreffende normen van het privaatrecht in het kader van de Europese Unie tot stand komen, worden ook enkele specifieke Europese doelstellingen benadrukt zoals het bevorderen van de interne markt en het behoud van culturele en linguïstieke diversiteit.⁹³

Uiteraard zijn de ontwerpers zich ervan bewust dat deze waarden en doelstellingen kunnen conflicteren en dat in dat geval een zeker evenwicht dient te worden gevonden.

(ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 9-22; Von Bar, C., “Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des Wissenschaftlichen Entwurfs”, in: Schmidt-Kessel, M. (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 23-33.

⁹² DCFR, nr. 23, 17-18.

⁹³ DCFR, nr. 19, 15-16.

Bijzondere aandacht wordt besteed aan de contractvrijheid die nog steeds als de basis van het DCFR wordt beschouwd. Belangrijk vanuit het consumentenperspectief is dat ongelijkheid wat betreft informatie en ook “lack of bargaining power” beperkingen op de contractvrijheid kunnen rechtvaardigen. Het DCFR stelt in dat verband:⁹⁴

“Such problems are most common when a consumer is dealing with a business, but can also occur in contracts between businesses, particularly when one party is a small business that lacks bargaining power”.

Het uitgangspunt is dat zelfs wanneer ingrijpen nodig zou zijn op één van de genoemde gronden het beginsel van “minimum intervention” leidend zou zijn:

“Is the problem one that can be solved adequately by requiring one party to provide the other with information before the contract is made, with perhaps a right in the other party to withdraw from the contract if the information was not given? In general terms we are concerned, as explained above, to ensure that when parties conclude contracts they should be adequately informed. This suggests that if they were provided with the relevant information, they should be bound by the contract to which they agreed. But in some cases problems will persist even if consumers (for example) are ‘informed’, possibly because they will not be able to make effective use of the information. In such a case a mandatory rule giving the consumer certain minimum rights (for example, to withdraw from a timeshare contract, as such contracts are typically concluded without sufficient reflection) may be justified”.

...

“Similarly with contract terms: it must be asked whether it is necessary to make a particular term mandatory or whether a flexible test such as ‘fairness’ would suffice to protect the weaker party. A fairness test may allow certain terms to be used providing these are clearly brought home to the consumer or other party before the contract is made”.⁹⁵

Opvallend is dat de inleiding bij het DCFR ook aandacht besteedt aan welvaart (welfare) en aan efficiëntie. Marktfalen wordt genoemd als één van de redenen voor ingrijpen in markten waar (bijvoorbeeld door gebrekkige informatie) geen efficiënte contracten tot stand zouden komen:

“Consumer protection rules, for example, can be seen not only as protective for the benefit of typically weaker parties but also as favourable to general welfare because they may lead to more competition and thus to a better functioning of markets. This holds true in particular for information duties, where consumers’

⁹⁴ DCFR, nr. 10, p. 68.

⁹⁵ DCFR, nr. 11, p. 68.

lack of information about either the characteristics of the goods sold or the terms being offered leads to forms of market failure”.⁹⁶

Het DCFR bestaat uit tien boeken⁹⁷ en gaat uitgebreid in op de vraag hoe het zich verhoudt tot andere harmonisatie-initiatieven, zoals de Principles of European Contract Law (PECL)⁹⁸ en de Acquis Principles (ACQP)⁹⁹.¹⁰⁰

5.1.4 Toekomst

Het DCFR geeft niet alleen in detail aan hoe het gebruikt zou kunnen worden als instrument ter voorbereiding van de CFR¹⁰¹, maar gaat ook uitgebreid in op de aangekondigde herziening van het Europees Consumentenrecht die centraal staat in dit onderzoek. Door het aanbieden van “model rules” zou het DCFR een bijdrage kunnen leveren aan de verbetering van het bestaande acquis op het terrein van het privaatrecht. Omdat gepoogd is in het DCFR de principes bloot te leggen die aan het bestaande acquis ten grondslag liggen, zou het DCFR, aldus de ontwerpers, gebruikt kunnen worden om het huidige acquis te verbeteren bijvoorbeeld door de consistentie tussen de verschillende teksten te bevorderen.¹⁰² Dit sluit goed aan bij hetgeen eerder werd gesteld omtrent het verband tussen het DCFR en het richtlijnvoorstel. Het DCFR geeft ook aan dat het toekomstige CFR in ieder geval de terreinen van de richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht die thans worden herzien dient te bestrijken.¹⁰³ Dat geeft dan echter wel aan dat, zeker wat het consumentenrecht betreft, de ontwerpers van het DCFR het CFR beschouwen als een instrument dat op dwingende wijze het contractenrecht zal harmoniseren.¹⁰⁴ Dat neemt niet weg dat aan het slot van de inleiding

⁹⁶ DCFR, nr. 59, p. 96-97.

⁹⁷ I (General Provisions), II (Contracts and other Juridical Acts), III (Obligations and Corresponding Rights), IV (Specific Contracts and the Rights and Obligations arising from them), V (Benevolent Intervention in another's Affairs), VI (Non-Contractual Liability arising out of Damage caused to Another), VII (Unjustified Enrichment), VIII (Acquisition and Loss of Ownership of Goods), IX (Proprietary Security Rights in Movable Assets) and X (Trusts).

⁹⁸ Commission on European Contract Law, *Part I and II: combined and revised*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, XLVIII+561 p; Commission on European Contract Law, *Part III*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, XXXV+291 p.

⁹⁹ Acquis Group. Research group on the existing EC private law, Contract I: pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms, München, Sellier European Law Publishers, 2007, XL+311 p.

¹⁰⁰ DCFR, nr. 49 e.v., 30 e.v.

¹⁰¹ DCFR, nr. 59 e.v., 36 e.v.

¹⁰² DCFR, nr. 63, 38-39.

¹⁰³ DCFR, nr. 67, 41.

¹⁰⁴ Zie in dit verband ook de uitdrukkelijke verwijzing naar de “revision of the acquis and further harmonization measures”, DCFR, nr. 68, 41.

bij het DCFR de mogelijkheid wordt opgehouden het CFR als optioneel instrument te zien. De verwijzing naar die mogelijkheid¹⁰⁵ wordt daarbij tamelijk voorzichtig geformuleerd:

“It is still unclear whether or not the CFR, or parts of it, might at a later stage be used as the basis for one or more optional instruments”... “A more detailed discussion of this issue, however, seems premature at this stage”.¹⁰⁶

Het DCFR is het resultaat van meer dan 25 jaar samenwerking tussen vele juristen uit verschillende lidstaten van de EU. Een groot aantal rechtsgeleerden uit diverse lidstaten¹⁰⁷ heeft aan de totstandkoming van deze tekst meegewerkt door participatie in working teams, advisory councils etc. Een kleinere groep heeft uiteindelijk zorg gedragen voor de redactie van de tekst. Finale redactie van het DCFR vond plaats onder verantwoordelijkheid van Christian von Bar, Hugh Beale, Eric Clive en Hans Schulte-Nölke.

5.2 *Kritiek: algemeen*

Diverse auteurs hebben kritiek uitgeoefend, niet alleen op concrete voorstellen (waarover straks meer), maar ook op het algemene uitgangspunt van harmonisatie van het contractenrecht en het gebruik van het DCFR in dit verband. Onder meer vanuit rechtseconomisch perspectief is sterke kritiek geuit op harmonisatie van het contractenrecht in het algemeen¹⁰⁸ en op het DCFR als instrument in het bijzonder.¹⁰⁹ De kern van deze kritiek is dat er vanuit rechtseconomisch perspectief weinig argumenten zijn die werkelijk pleiten voor harmonisatie van het contractenrecht. Deze kritiek staat centraal in hoofdstuk 7.

Bijzondere aandacht verdient de forse kritiek op het DCFR van een groep vooraanstaande Duitse hoogleraren¹¹⁰ in de bekende *Juristenzeitung*.¹¹¹ Zij richten hun pijlen onder meer op

¹⁰⁵ Zoals herhaaldelijk in de literatuur gesuggereerd. Zie bijvoorbeeld Smits, J., “A European Private Law as a Mixed Legal System. Towards a *Ius Commune* through the Free Movement of Legal Rules”, *MJ* 1998, 328-340 en Smits, J., “How to take the Road Untravelled?, European Private Law in the Making: A Review Essay”, *MJ* 1999, 25-46.

¹⁰⁶ DCFR, nr. 80, 46.

¹⁰⁷ Een lange lijst is opgesomd in DCFR, 48 e.v.

¹⁰⁸ Zie onder meer Van den Bergh, R., “Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued”, in: Grundmann, S. en Stuyck, J. (eds.), *An academic Green paper on European contract law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 249-268 en Wagner, G., “The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law”, *CMLR* 2002, 959-1023.

¹⁰⁹ Zie Van den Bergh, R., “Der gemeinsame Referenzrahmen: Abschied von der Harmonisierung des Vertragsrechts?”, in: Eger, Th. en Schäfer, H.-B. (eds.), *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung. Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 111-126.

¹¹⁰ Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans-Christof Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner en Reinhard Zimmermann.

het feit dat het DCFR als “principles” wordt gepresenteerd, terwijl het in feite om regelgeving in de vorm van een codificatie gaat die zo door een wetgever in geldend recht zou kunnen worden omgezet. Dit wordt alleen door het gebruik van het begrip “Common Frame of Reference” versluierd.¹¹² Ook is er kritiek op het feit dat de inleiding bij het DCFR de mond vol heeft van de hiervoor vermelde grondslagen en waarden die als basis gediend zouden hebben voor het DCFR, terwijl daar in de tekst zelf weinig van te merken is. Zo zouden ook efficiëntie en economische welvaart als centrale doelstellingen van het DCFR naar voren zijn geschoven, terwijl in de tekst zelf efficiëntie nagenoeg geen rol speelt. Het efficiëntieconcept lijkt slechts tweemaal in het DCFR zelf enige rol te hebben gespeeld, maar zou op andere punten (waar het ook van toepassing zou kunnen zijn) geheel uit het oog zijn verloren.¹¹³ Op het vlak van het consumentenrecht hekelen de Duitse hoogleraren de door het DCFR voorgeschreven “informatievloed” waarvan de marginale opbrengst gering is en zelfs negatief zou kunnen zijn.¹¹⁴

Verder is er kritiek op het veelvuldige gebruik van vage concepten. De auteurs stellen vast dat in het interimverslag “circumstances” meer dan 90 keer, “(un)fair” meer dan 70 keer en “normal” meer dan 10 keer worden genoemd.¹¹⁵ Hun stelling is dat de grote onzekerheid die door deze vage concepten in het DCFR schuilt, het DCFR als (optionele) European Civil Code ongeschikt is. Het gevaar is immers groot dat, gelet op de verschillende tradities in de onderscheiden lidstaten, de nationale rechters de genoemde vage concepten anders zullen interpreteren.¹¹⁶

Een ander punt van kritiek betreft het feit dat in de inleiding de contractvrijheid formeel hoog in het vaandel wordt gedragen, terwijl *de facto* naar de mening van de criticasters sprake is van een zeer sterke inperking van de autonomie van de contractsluitende partijen.¹¹⁷

¹¹¹ Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.-Chr., Jansen, N., Wagner, G. en Zimmermann, R., “Der gemeinsamer Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsproblemen”, *JZ* 2008, 529-550. Dezelfde bijdrage werd ook in de Engelse taal gepubliceerd in de *Oxford Journal of Legal Studies*. Zie Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.-Chr., Jansen, N., Wagner, G. en Zimmermann, R., “The common frame of reference for European private law – policy choices and codification problems”, *OJLS* 2008, 659-708.

¹¹² Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 533: “Im Wahrheit handelt es sich um Kodifikationsförmige Regelwerke, die von einem dazu legitimierten Gesetzgeber ohne weiteres in Geltung gesetzt werden könnten”.

¹¹³ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 536.

¹¹⁴ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 535.

¹¹⁵ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 536.

¹¹⁶ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 537.

¹¹⁷ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 537-539.

Belangrijk voor het consumentenrecht is dat er ook kritiek is op het feit dat een revisie van het consumentenacquis in het DCFR nauwelijks heeft plaatsgevonden. Verder betogen de Duitse academici dat daar waar het DCFR afwijkt van de eerder tot stand gebrachte Principles of European Contract Law dit bepaald niet steeds een vooruitgang is. Tegelijkertijd zien zij als voordeel van het bestaan van verschillende teksten een mogelijke onderlinge concurrentie waardoor voor- en nadelen van verschillende oplossingen (acquisbeginselen, PECL, DCFR) tegen elkaar kunnen worden afgewogen om op basis daarvan tot een verantwoorde keuze te komen.¹¹⁸

Er is inmiddels ook heel wat kritische literatuur verschenen over de totstandkoming van het Europees privaatrecht en van het common frame of reference in het bijzonder. Zo heeft Bastiaan van Zelst in zijn proefschrift kritiek op het feit dat Europees privaatrecht vaak op een intransparante wijze tot stand komt waarbij belangen van lobbygroepen een grote invloed lijken te hebben.¹¹⁹ Gelijkaardige kritiek werd ook verwoord door Alain Verbeke. In een recente bijdrage in de Maastricht Journal heeft hij gesteld dat de hervorming van het consumentenacquis en het opstellen van een common frame of reference eerst een open, transparante politieke dialoog vereist met betrekking tot de waarden die ten grondslag liggen aan het Europees contractenrecht. Een dergelijk open proces, waarbij lering kan worden getrokken uit onderhandelingstheoriën, zou nuttig kunnen zijn om een breder draagvlak te creëren voor het Europees privaatrecht in het algemeen en het CFR in het bijzonder.¹²⁰ Toch zijn andere auteurs veel relativerender. Jan Smits heeft bijvoorbeeld recent betoogd dat het enkele feit dat een DCFR via een professoren groep tot stand komt zonder openbaar debat niet noodzakelijk tot een democratisch deficiet aanleiding hoeft te geven in de mate dat hier sprake is van een niet bindend instrument.¹²¹ Tenslotte is er ook in de Nederlandse doctrine kritische aandacht gevraagd voor het Common Frame of Reference. Eerder werd al gewezen op de waarschuwing van Menno Bouwes¹²² dat het Common Frame of Reference een opmaat zou kunnen zijn voor een Europese Civil Code.¹²³ Hij toont zich kritisch ten aanzien van een harmonisatie die verder zou gaan dan voor de interne markt nodig is, mede omdat harmonisatie van privaatrecht onvermijdelijk raakt aan door traditie en historie bepaalde

¹¹⁸ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 549-550.

¹¹⁹ Zie Van Zelst, B., *“The politics of European sales law”*, Den Haag, Kluwer Law International, 2008, 169-231.

¹²⁰ Verbeke, A., *“Negotiating (in the shadow of a) European private law”*, *MJ* 2008, 395-413.

¹²¹ Zie Smits, J., *“European private law and democracy: a misunderstood relationship”*, in: Faure, M. & Stephen, F. (eds), *Essays in the law and economics of regulation in honour of Anthony Ogus*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 49-55.

¹²² Destijds (ten tijde van het schrijven van zijn bijdrage): Hoofd sector Privaatrecht van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.

¹²³ Bouwes, M.T.J., *o.c.*, *NJB* 2005, 944-948.

verschillen in rechtscultuur en rechtsopvattingen. Hij wijst er daarbij op dat het niet ongebruikelijk is in richtlijnen vage begrippen te gebruiken om lidstaten in staat te stellen daarin conformiteit met het eigen rechtstelsel te lezen.¹²⁴ Vraagtekens plaatst Bouwes ook bij de juridische en democratische legitimatie van het CFR. Hoewel Commissie en Raad de indruk proberen te wekken het CFR als niet meer dan de weerslag van het acquis op het terrein van het contractenrecht te zien, voorspelde Bouwes reeds in 2005 dat opstellers van het DCFR er uiteindelijk vanuit zouden gaan dat de uiteindelijke bestemming van het DCFR een Europees Burgerlijk Wetboek zou zijn.¹²⁵

5.3 Inhoudelijke bepalingen consumentenrecht

Het DCFR bevat uiteindelijk tien hoofdstukken. De gedrukte versie uit 2008 kent reeds zo'n 400 pagina's met vele artikelen op diverse terreinen. Enkele daarvan hebben specifiek betrekking op de relatie tussen consumenten en handelaren, maar ook algemene bepalingen, zoals die met betrekking tot de totstandkoming van het contract, zijn van belang voor het consumentencontractenrecht. Het lijkt van belang kort stil te staan bij de voornaamste bepalingen uit het DCFR met betrekking tot de contractuele relatie tussen een handelaar en consument. Hierbij zal voornamelijk aandacht worden besteed aan de zes in dit onderzoeksproject aangeduide kernthema's (*cf. supra* 1.2.3).

5.3.1 Consument en handelaar

In de eerste plaats is het interessant stil te staan bij de definities van consument en handelaar. Bijlage I bij het DCFR geeft op bijna 20 pagina's definities van de vele daarin gebruikte begrippen. "Consumer" is gedefinieerd als:

"any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession".¹²⁶

"Business" is gedefinieerd als:

"any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person's self-employed trade, work or

¹²⁴ Bouwes, M.T.J., *o.c.*, *NJB* 2005, 947.

¹²⁵ Bouwes, M.T.J., *o.c.*, *NJB* 2005, 948.

¹²⁶ DCFR, 549.

profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity”.¹²⁷

5.3.2 Good faith and fair dealing

Een andere interessante definitie is die van het regelmatig gebruikte vage concept “reasonable”. Ten aanzien van dit concept meldt de definitie dat dit:

“is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices”.¹²⁸

Daarmee lijkt niet onmiddellijk de inherente vaagheid in het concept “reasonable” weggenomen.

Het concept “good faith and fair dealing” is in bijlage I omschreven als

“a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question”¹²⁹.

Deze definitie is veel nauwkeuriger dan de eerdere, opgenomen in de in 2008 gepubliceerde versie van het DCFR die “good faith and fair dealing” louter definieerde als “an objective standard of conduct”.¹³⁰

5.3.3 Informatieverplichtingen

5.3.3.1 Algemeen

Het DCFR bevat gedetailleerde voorschriften over informatieverplichtingen. Zij zijn onder meer te vinden in hoofdstuk 3 getiteld “Marketing and Pre-contractual Duties”. Section 1 heeft betrekking op information duties. Artikel II.-3:101 bevat een algemene “duty to disclose information about goods, other assets and services”. Deze verplichting is algemeen en heeft dus niet slechts betrekking op contracten die door een handelaar met een consument worden gesloten. In het algemeen wordt gesteld dat voordat een contract met betrekking tot de levering van goederen, andere vermogensbestanddelen of diensten wordt afgesloten

¹²⁷ DCFR, 457.

¹²⁸ DCFR, 555.

¹²⁹ DCFR, 555.

¹³⁰ DCFR2008, 334.

“the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”.

Er rust derhalve een ruime informatieplicht op leveranciers van goederen, andere vermogensbestanddelen of diensten, ook wanneer de ontvanger een handelaar zou zijn. Wat het criterium betreft “what information the other party can reasonably expect to be disclosed” bepaalt het tweede lid van artikel II.-3:101 echter dat, wanneer de ontvanger ook een “business” is, gekeken moet worden “whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice”.

5.3.3.2 Tegenover een consument

Meer gedetailleerde bepalingen zijn van toepassing krachtens artikel II.-3:102 wanneer een business goederen of diensten aanbiedt aan “consumers”.

Het eerste lid van artikel II.-3:102 bepaalt dat het de handelaar verboden is misleidende informatie te geven. Informatie is misleidend indien

“it misrepresents or omits material facts which the average consumer could expect to be given for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract. In assessing what an average consumer could expect to be given, account is to be taken of all the circumstances and of the limitations of the communication medium employed”.

Hoewel dit bijzonder vaag blijft, wordt hier wel degelijk een vergaande informatieplicht op de handelaar gelegd. Het tweede lid van artikel II.-3:102 vervolgt dat wanneer een “commercial communication” wordt gebruikt die aan de consumenten de indruk geeft dat deze alle relevante informatie bevat om een beslissing te kunnen maken in verband met het sluiten van het contract deze communication ook alle relevante informatie moet bevatten. Dit betreft onder meer:

“(a) the main characteristics of the goods, other assets or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price, and any available right of withdrawal;
(b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence; and
(c) the language to be used for communications between the parties after the conclusion of the contract, if this differs from the language of the commercial communication”.

Alle informatie die verstrekt moet worden, moet bovendien in dezelfde taal worden verstrekt.

Artikel II.-3:103 gaat nog verder door aanvullende informatieplichten op de handelaar te leggen wanneer deze een contract sluit met een consument “who is at a particular disadvantage”. Van dat laatste kan sprake zijn

“because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of transaction”.

In dat geval is de handelaar daarenboven verplicht

“as appropriate in the circumstances, to provide clear information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available right of withdrawal or redress procedures”.

Deze informatie moet aan de consument ter beschikking te worden gesteld “a reasonable time before the conclusion of the contract”.

5.3.3.3 Bijzondere informatieverplichtingen

Twee bepalingen zien specifiek op vormen van communicatie die ook het voorwerp uitmaken van verschillende Europese richtlijnen. Artikel II.-3:104 heeft betrekking op “information duties in direct and immediate distance communication”. In dat geval dient de handelaar onmiddellijk “explicit information on its identity and the commercial purpose of the contract” te verschaffen. Het tweede lid maakt duidelijk dat met “direct and immediate distance communication” ook wordt bedoeld “telephone and electronic means such as voice over internet protocol and internet related chat”. Ingevolge het derde lid draagt de handelaar de bewijslast dat de consument de vereiste informatie daadwerkelijk heeft ontvangen.

Artikel II.-3:105 heeft betrekking op de totstandkoming van een contract “by electronic means” waarbij deze bepaling wederom niet alleen van toepassing is op contracten tussen een handelaar en een consument, maar duidelijk een ruimere draagwijdte heeft. Wanneer een contract langs elektronische weg en zonder individuele communicatie tot stand komt, dient de handelaar voordat de ander een aanbod krijgt of aanvaardt informatie te verschaffen over:

- “(a) the technical steps to be taken in order to conclude the contract;
- (b) whether or not a contract document will be filed by the business and whether it will be accessible;
- (c) the technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer;
- (d) the languages offered for the conclusion of the contract;
- (e) any contract terms used”.

Ook de laatste twee bepalingen van sectie I van hoofdstuk 3 van boek II hebben een algemene draagwijdte en zijn dus niet alleen van toepassing op contracten tussen een handelaar en een consument. Artikel II.-3:106 handelt over de “clarity and form of information” en bepaalt dat de informatie “clear and precise” moet zijn en “expressed in plain and intelligible language”. Wat de contracten tussen een handelaar en een consument betreft, bepaalt het vierde lid dan weer dat, wanneer deze contracten “at a distance” worden gesloten

“information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract”.

De artikelen II.-3:107 en II.-3:108 preciseren verder welke informatie precies moet worden verstrekt wanneer informatie moet worden verstrekt over de prijs respectievelijk het adres en de identiteit van de handelaar.

5.3.3.4 Remedies bij schending van informatieplichten

Artikel II.-3:109 bepaalt wat de remedies zijn bij schending van de informatieplichten. Het eerste lid bepaalt dat wanneer een bijzondere informatieverplichting bestaat ten aanzien van een consument “who is at a particular disadvantage” in de zin van artikel II.-3:103 en het een contract betreft waarbij de consument een “right to withdraw” heeft, de termijn daarvoor pas begint “until all this information has been provided” zij het dat “the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract”. Artikel II.-3:109 bepaalt in het vijfde lid bovendien dat in relaties tussen een handelaar en een consument

“the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects”.

In de verhouding tot de consument zijn de consequenties van de informatieplichten derhalve van dwingend recht.

Van meer algemene strekking zijn onder meer het tweede en derde lid van artikel II.-3:109.

Het tweede lid bepaalt:

“If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations”.

Het derde lid bepaalt dat of een contract gesloten is of niet

“a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph”.

Het vierde lid bepaalt dat de remedies voorzien door artikel II.-3:109 geen afbreuk doen aan enige remedie die beschikbaar is op grond van artikel II.-7:201 (Mistake).

De leden 2 tot en met 4 gelden ook in de verhouding tussen handelaren.

5.3.4 Herroepingsrecht

Hoofdstuk 5 van boek II heeft betrekking op het “right of withdrawal”. Verschillende bepalingen uit dit hoofdstuk hebben specifiek betrekking op de bijzondere positie van de consument. Zo is er in artikel II.-5:106 lid 1 een bepaling opgenomen aangaande “linked contracts”, stellende dat wanneer de consument zijn “right of withdrawal” uitoefent tegenover een handelaar de gevolgen daarvan zich ook uitstrekken tot een “linked contract”. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat er sprake is van “linked contracts” als een contract geheel of gedeeltelijk gefinancierd is via een kredietcontract en in het bijzonder:

- “a. if the business supplying goods, other assets or services finances the consumer’s performance;
- b. if a third party which finances the consumer’s performance uses the services of the business for preparing or concluding the credit contract;
- c. if the credit contract refers to specific goods, assets or services to be financed with this credit, and if this link between both contracts was suggested by the supplier of goods, other assets or services, or by the supplier of credit; or
- d. if there is a similar economic link.”

Het uitvoerige artikel II.-5:201 betreft contracten die op afstand met een consument gesloten zijn.¹³¹ Hier geeft artikel II.-5:201 eerste lid een “right of withdrawal” aan de consument tegenover de handelaar “if the consumer’s offer or acceptance was expressed away from the business premises”. Het tweede lid bevat echter een groot aantal uitzonderingen waaronder een contract dat gesloten werd via een “automatic vending machine” (a) en een contract dat gesloten werd op een veiling (g). Het tweede lid bevat nog meer uitzonderingen, die hier echter verder onbesproken blijven.

Artikel II.-5:202 heeft betrekking op zogenaamde “timeshare contracts”, een onderwerp dat ook reeds voorwerp vormde van een Europese richtlijn. Ook hier bepaalt het eerste lid dat de consument die een recht op het gebruik van een onroerend goed via een timeshare contract heeft gesloten in beginsel een “right of withdrawal” heeft. Het tweede lid geeft aan dat wanneer de consument van dit recht gebruik zou maken, het contract wel mag stipuleren dat redelijke kosten die uitdrukkelijk in het contract worden genoemd en ontstonden ten gevolge van het sluiten of verbreken van het contract door de consument vergoed dienen te worden. Bij schending van informatieplichten door de handelaar vervalt de plicht van de consument tot vergoeding van kosten. Tijdens de periode dat de consument het herroepingsrecht mag uitoefenen, mag de handelaar van hem geen betaling vragen of aanvaarden. Indien de handelaar zo een betaling ontvangt, dan dient hij deze terug te betalen.

5.3.5 Oneerlijke bedingen

Sectie 4 van hoofdstuk 9 van boek II over “contents and effects of contracts” heeft betrekking op de thematiek van de “unfair terms”. De basisregel in artikel II.-9:401 is dat partijen van de toepassing van sectie 4 niet mogen afwijken. Het gaat derhalve om dwingend recht.

Vervolgens bepaalt artikel II.-9:402 ten aanzien van bepalingen van het contract die “not individually negotiated” zijn dat deze dienen te worden geredigeerd en medegedeeld in “plain, intelligible language”. Het tweede lid van artikel II.-9:402 bepaalt dat in een contract tussen een handelaar en een consument een bepaling die door de handelaar aan de consument is opgelegd in strijd met deze zogenaamde transparantieplicht alleen al om die reden als “unfair” zal worden beschouwd. Wat bedoeld wordt met “not individually negotiated” wordt uitgelegd in artikel II.-1:110. Een bepaling die door een partij wordt verstrekt, is niet individueel

¹³¹ Omschreven als “contracts negotiated away from business premises”.

onderhandeld indien de wederpartij de inhoud ervan niet heeft kunnen beïnvloeden, in het bijzonder omdat die bepaling op voorhand is geredigeerd, al dan niet als onderdeel van standaardvoorwaarden (lid 1). Indien een partij een selectie van bepalingen voorlegt aan de wederpartij, dan zal een bepaling niet als individueel onderhandeld worden beschouwd louter omdat de wederpartij die bepaling uit de selectie heeft gekozen (lid 2). Indien het betwist is of een bepaling die door een partij als onderdeel van standaardvoorwaarden werd verstrekt, sedertdien individueel onderhandeld werd, draagt die partij de bewijslast van deze individuele onderhandeling (lid 3). In een contract tussen een handelaar en een consument rust de bewijslast op de handelaar dat een bepaling die hij heeft aangedragen op individuele wijze werd onderhandeld (lid 4). Bepalingen die door een derde aan het contract werden toegevoegd, worden geacht te zijn geleverd door de handelaar tenzij de consument deze bepaling aan het contract toevoegde (lid 5).

Artikel II.-9:403 bepaalt vervolgens wanneer een niet-individueel onderhandelde bepaling in een contract tussen een handelaar en consument als “unfair” dient te worden beschouwd. Dat is het geval wanneer de betreffende contractbepaling door de handelaar werd aangedragen “significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing”.¹³²

Er kan op verschillende wijzen sprake zijn van “unfairness”. In het algemeen (dus ook in contracten tussen niet-handelaren) bepaalt artikel II.-9:407 wat de factoren zijn waarmee rekening dient te worden gehouden om te bepalen of sprake is van “unfairness”. Dit zijn onder meer

“the nature of what is to be provided under the contract, to the circumstances prevailing during the conclusion of the contract, to the other terms of the contract and to the terms of any other contract on which the contract depends”.

Wat contracten tussen een handelaar en een consument betreft, wordt in het tweede lid in het bijzonder verwezen naar

“the extent to which the consumer was given a real opportunity to become acquainted with the term before the conclusion of the contract”.

Belangrijker voor de contracten tussen een handelaar en consument is ongetwijfeld artikel II.-9:410 dat in het eerste lid zestien contractsbepalingen opsomt waarvan vermoed wordt dat

¹³² Andere definities van “unfair” worden gegeven voor contracten tussen niet-handelaren (art. II.-9:404) en contracten tussen handelaren (art. II.-9:405).

deze unfair zijn wanneer zij door de handelaar werden voorgesteld. Het betreft onder meer de bepaling waarbij de aansprakelijkheid van de handelaar voor letselschade van de consument ten gevolge van een handelen of nalaten van de handelaar uitgesloten of beperkt zou worden (a), maar ook de bepaling krachtens welke een contract van bepaalde duur automatisch verlengd zou worden behoudens opzegging door de consument wanneer de aangegeven deadline voor opzegging onredelijk vroeg valt (h).

Artikel II.-9:408 bepaalt wat het gevolg is van “unfairness”. Volgens het eerste lid is een als “unfair” gekwalificeerde bepaling niet bindend ten aanzien van “the party who did not supply it”. Het tweede lid vervolgt dat wanneer het contract redelijkerwijs gehandhaafd kan worden zonder de onredelijke voorwaarden, de overige bepalingen van het contract van kracht blijven.

5.3.6 De eis van conformiteit en garanties

5.3.6.1 Conformiteit

De bijzondere positie van de consument komt ook uitgebreid aan bod in boek IV dat betrekking heeft op bijzondere overeenkomsten en de rechten en verbintenissen die daaruit voortvloeien. Onderdeel A van boek IV heeft betrekking op het koopcontract. Artikel IV.A-1:204 definieert het “consumer contract for sale” als een koopcontract waarbij de verkoper een handelaar en de koper een consument is. Diverse bepalingen van dit boek IV.A voorzien inderdaad in bijzondere regelingen voor het consumentenkoopcontract. Met betrekking tot de conformiteit van de geleverde zaak wordt ten aanzien van het consumentkoopcontract onder meer in artikel IV.A-2:309 bepaald dat

“any contractual term or agreement concluded with the seller before a lack of conformity is brought to the seller’s attention which directly or indirectly waives or restricts the rights resulting from the seller’s obligation to ensure that the goods conform to the contract is not binding on the consumer”.

In geval van gebrek aan conformiteit in een consumentenkoopcontract mag de koper ingevolge artikel IV.A.-4:201 de contractuele relatie beëindigen wegens wanprestatie “unless the lack of conformity is minor”.

5.3.6.2 Garanties

Van belang is vooral het uitgebreide hoofdstuk 6 van boek IV.A dat betrekking heeft op zogenaamde “consumer goods guarantees”. In artikel IV.A.-6:101 wordt een uitgebreide omschrijving van een garantiebepaling gegeven. Daarvan kan onder meer sprake zijn wanneer de verkoper garandeert dat goederen zullen beantwoorden aan bepaalde kwaliteitseisen zoals die onder meer in reclame-uitingen naar voren zijn gebracht of wanneer in een garantie wordt verklaard dat goederen gerepareerd of vervangen zullen worden dan wel dat de betaalde prijs geheel of gedeeltelijk zal worden vergoed.

De algemene regel in artikel IV.A.-6:102 is dat een dergelijke garantie een bindend karakter heeft ten aanzien van de “first buyer”. Hier geldt wederom dat dit een bepaling van dwingend recht is aangezien dit bindend karakter van de garantiebepaling geldt “notwithstanding any provision to the contrary in the guarantee document of the associated advertising”. Tenzij anders is bepaald in het “guarantee document” is de garantie bovendien ook bindend ten aanzien van elke eigenaar van de goederen binnen de termijn van de garantie. Bepalingen die de garantie afhankelijk zouden maken van een formeel vereiste zoals een registratie of kennisgeving van de koop zijn niet bindend ten aanzien van de consument.

Artikel IV.A.-6:103 bepaalt dat elke persoon (dus niet slechts een handelaar) die aan een consument een garantie geeft, aan de koper een garantiedocument moet bezorgen dat een groot aantal verplichte bepalingen bevat, waarbij onder meer dient te worden aangegeven wat het voordeel is van de garantie in vergelijking met de gebruikelijk toepasselijke rechtsregels. De garantie blijft geldig ook wanneer formele voorwaarden niet vervuld zouden zijn. Ook deze bepaling is, gelet op het vijfde lid, van dwingend recht.

Artikel IV.A.-6:104 bepaalt als aanvullend recht wat de draagwijdte is van de garantie wanneer het garantiedocument ter zake niets anders zou bepalen. In dat geval bedraagt de garantieperiode vijf jaar dan wel de verwachte (kortere) levensduur van het geleverde goed. De verkoper die de garantie verleende is verplicht, wanneer de voorwaarden van de garantie vervuld zijn, het geleverde goed te repareren of te vervangen en de daarbij gerezen kosten te dragen.

Bovendien is in geval van een garantie sprake van een zekere omkering van de bewijslast. Artikel IV.A.-6:107 bepaalt namelijk dat wanneer een consument een beroep doet op een garantie binnen de door garantie gedekte periode, de verkoper dient te bewijzen dat de

goederen overeenkwamen met alle eisen zoals deze in het garantiedocument en gerelateerde advertenties naar voren kwamen en dat het slecht functioneren of de schade aan het product te wijten is aan een oorzaak (zoals misbruik of gebrekkig onderhoud) waarvoor de verkoper niet verantwoordelijk is. Ook van deze bepaling kan, gelet op het tweede lid van artikel IV.A-6:107, niet ten nadele van de consument worden afgeweken.

5.4 Kritische evaluatie

In hoofdstuk 6 zal in het kader van de bespreking van de gevolgen van het richtlijnvoorstel voor het Nederlandse recht nader worden ingegaan op de relevante bepalingen uit het DCFR. In deze paragraaf wordt kort aandacht besteed aan kritiek in de doctrine op enkele in het kader van dit onderzoek relevante bepalingen uit het DCFR.

5.4.1 Informatieverplichtingen

In het reeds aangehaalde artikel in de *Juristenzeitung* wordt onder meer kritiek uitgeoefend op hetgeen de auteurs kwalificeren als een “Informationsflut”. De informatieplichten in het DCFR zijn inderdaad nogal ruim omschreven. De kritiek bestaat erin dat een dergelijk overaanbod aan informatie, gelet op inzichten uit de cognitieve psychologie, weinig zinvol is: het individu is gewoon niet in staat om deze overvloed aan informatie te bevatten. De marginale opbrengst van aanvullende informatie daalt en kan zelfs negatief worden.¹³³ De Duitse hoogleraren wijzen erop dat het DCFR informatieplichten die weliswaar bestonden op basis van het *acquis communautaire* inzake het consumentenrecht nu in sterke mate heeft veralgemeend. Waar de informatieplichten in het *communautaire acquis* beperkt waren tot consumenten en tot bepaalde typen contracten, hebben zij in het DCFR een veel ruimer bereik gekregen. In dit verband is er bijvoorbeeld kritiek op de eerder aangehaalde in artikel II.-3:101 gebruikte formulering dat ook een handelaar in contracten met andere handelaren een voorafgaande plicht heeft tot onthulling van informatie “concerning the goods, other assets or services to be supplied” in de mate dat de ander dit redelijkerwijze kan verwachten. Tegenover consumenten gaat de informatieplicht nog verder omdat al die informatie moet worden verschaft die “the average consumer could expect to be given for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract” (art. II.-3:102 lid 1) en

¹³³ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 535.

wanneer deze consument zich “at a particular disadvantage” bevindt, wordt er wat de informatieplicht zelfs nog een schepje bovenop gedaan (art. II.-3:103).¹³⁴

Aldus heeft het DCFR informatieplichten tot algemene regel verheven met als gevolg dat onderzoeksplichten en eigen verantwoordelijkheid van de wederpartij eerder uitzondering geworden lijken te zijn. Dat geldt bovendien niet slechts in contracten tussen handelaren en consumenten, maar ook tussen handelaren onderling. Dit laatste staat haaks op de uitgangspunten van de meeste Europese lidstaten die immers in de regel uitgaan van een vrije private rechtsorde.¹³⁵ Het probleem met het bestaande consumentenacquis, zo geven de auteurs aan, bestond er juist in dat sprake was van een veelheid aan verschillende informatieplichten ten aanzien van uiteenlopende contracten en situaties. Wat hen betreft zou de meerwaarde van het DCFR juist moeten zijn dat deze wildgroei aan informatieplichten uit de bestaande richtlijnen zou worden teruggebracht tot een overtuigende kern. Hetgeen nu echter in de artikelen II.-3:101 en volgende gebeurt, zal de bestaande onzekerheden eerder versterken. De Duitse kritiek richt zich verder op het feit dat niet is nagedacht over de vraag in hoeverre deze informatieplichten tot aanvullende kosten leiden, of het verkrijgen van deze informatie zinvol is en wat de gevolgen zijn voor de prikkels van de bij het contract betrokken partijen om zelf actief informatie in te winnen.¹³⁶

Dezelfde kritiek geldt ook artikel II.-3:109 dat betrekking heeft op de rechtsgevolgen van schending van de informatieplicht. Hier wordt geen onderscheid gemaakt al naar gelang de aard van de normschending. Daarmee wordt de indruk gewekt dat alle in artikel II.-3:109 opgesomde sancties steeds bij iedere schending van een informatieplicht ingezet zouden kunnen worden en dit terwijl informatieplichten in het bestaande acquis uiteenlopende functies vervullen zodat schending ook tot uiteenlopende sancties aanleiding geeft.¹³⁷

5.4.2 Vage begrippen en herroepingsrecht

Ferme kritiek is er, het werd reeds aangestipt, ook op het veelvuldig gebruik van vage begrippen. Ook de hiervoor besproken bepalingen met betrekking tot het consumentenrecht verwijzen regelmatig naar vage noties als “which would be normal under the circumstances”,

¹³⁴ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 544.

¹³⁵ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 545.

¹³⁶ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 545.

¹³⁷ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 545.

“good commercial practice” (art. II.-3:101) en uiteraard “unfair” zoals dit wordt gebruikt in artikel II.-9:401 en volgende.

De Duitse academici richten hun pijlen nadrukkelijk ook op het “right of withdrawal” zoals dat is geregeld in artikel II.-5:201 en volgende. Opgemerkt wordt dat verschillende specifieke situaties uit Europese richtlijnen met betrekking tot het consumentenrecht in het DCFR worden samengevat tot “contracts negotiated away from business premises”. Dit begrip komt letterlijk uit de richtlijn van 20 december 1985 (85/577/EEC) die zelfs als titel heeft “Contracts Negotiated Away from Business Premises”.¹³⁸ In die richtlijn worden de specifieke situaties echter beschreven waaronder het afsluiten van een contract “away from business premises” onder omstandigheden tot een situatie van “overrompeling” van de consument door de handelaar aanleiding kan geven. Een “right of withdrawal” is volgens deze richtlijn uitgesloten wanneer het contact op initiatief van de consument tot stand kwam. Deze nuance is in het DCFR echter achterwege gebleven, omdat een definitie is gekozen waarin een relatie tot het “overrompelingsgevaar” ontbreekt.¹³⁹

Kritiek richt zich ook op het feit dat door uitsluitend de nadruk te leggen op het aspect “away from business premises” de specifieke situatie waarin een contract tot stand komt door gebruik van lange afstandscommunicatiemiddelen geen bijzondere aandacht krijgt. En dat terwijl er juist dan ook aanleiding is voor bescherming van de consument omdat de wilsovereenstemming ten gevolge van het gebrek aan een persoonlijk contact negatief kan zijn beïnvloed.¹⁴⁰ Wanneer bijvoorbeeld een handelaar in zijn eigen bedrijf computers zou gebruiken voor het afsluiten van contracten met de cliënt bestaat er wel een probleem van de “onpersoonlijkheid” van het afsluiten van de overeenkomst, maar er is geen sprake van een overeenkomst “negotiated away from business premises”. Het benadrukken van het aspect van de afstand (negotiated away from business premises) doet de vraag rijzen of er wel een rechtvaardiging voor een “right of withdrawal” bestaat. Wanneer dit “right of withdrawal” niet gekoppeld wordt aan overrompeling of de onpersoonlijkheid van het afsluiten van het contract, rijst de vraag waarom een “right of withdrawal” zou moeten bestaan. Bovendien kan men de vraag stellen waarom het DCFR het herroepingsrecht dan niet op alle overeenkomsten die met consumenten gesloten worden, toepasselijk heeft gemaakt.¹⁴¹ In het DCFR is dus onvoldoende aandacht besteed aan de grondslag voor een specifieke regeling wanneer het

¹³⁸ *Pb L* 31 december 1985, afl. 372.

¹³⁹ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 545.

¹⁴⁰ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 545.

¹⁴¹ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 546.

contract op afstand gesloten werd. Dit idee wordt versterkt door het feit dat in het DCFR op ongenueanceerde wijze bijna alle uitzonderingen die ergens in richtlijnen voorkwamen ook in de uitzonderingen van artikel II.-5:201 tweede lid zijn overgenomen.¹⁴²

Het kernprobleem is daarmee volgens de Duitse hoogleraren dat aan de regeling van het “right of withdrawal” voor de consument geen duidelijk idee ten grondslag ligt over de functie, legitimatie en het daaruit volgend toepassingsgebied van het “right of withdrawal”. Dit blijkt wat hen betreft ook uit de wijze waarop het timeshare contract in artikel 5:202 DCFR is behandeld. Dit is klaarblijkelijk het enige contract waar een algemeen “right of withdrawal” geldt (ongeacht of het op afstand werd afgesloten of niet). Bovendien zullen de nadelen van een timeshare contract doorgaans slechts duidelijk worden na verloop van zekere tijd zodat ook de vraag kan worden gesteld of een “right of withdrawal” bij een dergelijk contract bijzonder zinvol is. In het algemeen was het dan zinvoller geweest om geen bijzondere regelingen in het DCFR op te nemen, maar veeleer in het algemeen aandacht te besteden aan de vraag wat nu precies voor de consument “gevaarlijke” contracten zijn (bijvoorbeeld wat betreft de inhoud, complexiteit, financiële omvang of looptijd) om dan in die gevallen in een “right of withdrawal” te voorzien.¹⁴³

5.4.3 Definities van handelaar en consument

Tenslotte hebben de Duitse hoogleraren bezwaren tegen de definities van handelaar en consument. Zoals aangegeven is een handelaar “any natural or legal person ... who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession” terwijl een consument een natuurlijk persoon is “who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession”. Een probleem bij de consumentdefinitie is dat vereist wordt dat een persoon “primarily” handelt voor private doelen, terwijl bij de handelaar volstaat dat hij in het algemeen handelt voor doelen die betrekking hebben op zijn “self-employed trade, work or profession”. Wanneer dus een advocaat een computer koopt waarmee hij in de eerste plaats computerspelletjes wil spelen, maar daarmee ook conclusies schrijft voor zijn werk, lijkt hij tegelijk als consument en handelaar te handelen. Onduidelijk is bijvoorbeeld ook de situatie van een leraar die ter voorbereiding van zijn onderwijs een computer koopt. Deze lijkt noch consument noch handelaar te zijn. Hij koopt de computer weliswaar beroepsmatig, maar niet “for purposes relating to the person’s self-employed

¹⁴² Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 546.

¹⁴³ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 546.

trade”. Een handelaar is hij volgens de Duitse hoogleraren dan ook niet.¹⁴⁴ De definitie van handelaar in het DCFR lijkt zich immers tot de zelfstandige ondernemer te beperken. De Duitse hoogleraren houden het erop dat de ontwerpers van het DCFR er vermoedelijk vanuit wilden gaan dat iemand hetzij handelaar hetzij consument is en niet, zoals het voorbeeld duidelijk maakt, aan geen van beide omschrijvingen zouden voldoen en daarmee tussen wal en schip zouden vallen. Ze houden het er daarom op dat het hier om een “Formulierungsfehler” zou gaan.¹⁴⁵

5.4.4 Fairness van oneerlijke bedingen

Afgezien van de kritiek uit de Duitse academische wereld, kan in verband met dit onderzoek ook worden gewezen op een kritische evaluatie van het DCFR vanuit rechtseconomisch perspectief door Luth en Cseres.¹⁴⁶ Zij richten zich op de fairness test die wordt ingevoerd om de geldigheid van specifieke bepalingen in het consumentencontractenrecht te beoordelen. Hun stelling is dat deze fairness test is:

“too vague to form a solid benchmark for legislators and regulators on how to decide whether mandatory rules are necessary to cure a certain market failure and furthermore whether mandatory rules of substance or mere information disclosure suffices”.

Vervolgens betogen zij dat:

“good faith and fairness do not form general requirements of contract law in all E.U. jurisdictions (...) such a general standard can have significant disadvantages in the implementation phase as compared to specific legislation”.¹⁴⁷

Verder plaatsen zij kanttekeningen bij de kritiek op de aan het DCFR ten grondslag liggende eis om een meer inhoudelijke controle uit te oefenen op bepalingen in consumentencontracten die als “unfair” worden beschouwd. Zij betogen dat:

¹⁴⁴ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 548. Uiteraard zou men wel kunnen overwegen of de leraar in dat geval toch niet als handelaar beschouwd moet worden, omdat hij de computer aanschaft “for purposes relating to the persons ... work or profession”. In ieder geval maakt het voorbeeld duidelijk dat de formulering dubbelzinnig en dus voor meerdere interpretaties vatbaar is. *Cf. infra* 6.1.1.

¹⁴⁵ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 549.

¹⁴⁶ Luth, H. en Cseres, K., “Specificity of Consumer Law vis-à-vis Contract Law: An Economic Assessment of European Consumer Law”, paper drafted for the COPECL Group, unpublished.

¹⁴⁷ Luth, H. en Cseres, K., *o.c.*, 5.

“economic theory defends the freedom of contracts principle, only to be corrected in case of clear market failures and only then when intervention would be efficient”.¹⁴⁸

Tenslotte stellen zij dat deze te vergaande bescherming in het DCFR tot een zogenaamd moreel risico aan de zijde van consumenten zou kunnen leiden. Dit sluit aan bij de meer algemene rechtseconomische kritiek dat naarmate een bepaalde persoon meer bescherming wordt geboden, het gevaar bestaat dat hij zelf steeds minder eigen verantwoordelijkheid zal nemen.

¹⁴⁸ Luth, H. en Cseres, K., *o.c.*, 22.

6. Consequenties voor het BW van de Europese wijzigingsvoorstellen en het DCFR

6.1 Wijzigingen in Boek 6 BW

6.1.1 De begrippen “consument” en “handelaar”

Artikel 6:193a lid 1 sub a BW (oneerlijke handelspraktijken) definieert “consument” als een

“natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”.

Een aantal andere artikelen, zoals de artikelen 6:236 en 6:237 BW (algemene voorwaarden), artikel 7:46a sub c BW (overeenkomsten op afstand) en artikel 7:5 lid 1 BW (consumentenkoop) hanteren dezelfde omschrijving zonder evenwel uitdrukkelijk het woord consument te gebruiken.

Het richtlijnvoorstel definieert “consument” in artikel 2 (1) als

“iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen”.

Deze definities lopen gelijk. De definitie die het DCFR geeft van “consument”, namelijk

“any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession”

wijkt hiervan echter af.¹⁴⁹ Wie hoofdzakelijk maar niet uitsluitend handelt voor privédoeleinden is een consument volgens de definitie van het DCFR, maar niet volgens het BW, noch volgens het richtlijnvoorstel.¹⁵⁰ In navolging van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Johann Gruber/Bay Wa AG in verband met het begrip “consument” in het EEX-Verdrag kan hierop ook na implementatie van het richtlijnvoorstel wellicht wel een uitzondering worden gemaakt voor het geval waarin de consument bewijst dat de beroeps- of bedrijfsmatige activiteit bij de overeenkomst slechts een onbetekenende rol speelt¹⁵¹, anders zou bijvoorbeeld de advocaat die af en toe zijn professionele emails raadpleegt op de PC, die hij hoofdzakelijk kocht als spelcomputer voor de kinderen, niet als consument kunnen worden beschouwd.

¹⁴⁹ DCFR, 549.

¹⁵⁰ In deze zin m.b.t. de richtlijn: Hardy, R.R.R. en Hesens, G.G., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *WPNR* 2009, 71.; Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 174. Vgl. m.b.t. de artt. 6:236-238 oor het BW, zie Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 367, 391-392; Parl. Gesch. Inv. Aanp. BW, 1669 en 1651.

¹⁵¹ HvJ EG 20 januari 2005, Johann Gruber tegen Bay Wa AG., C-464/01, *Jurispr.* 2005, I-439.

Onduidelijk is ook of enkel als zelfstandige uitgeoefende beroeps- of bedrijfsactiviteiten leiden tot een uitsluiting van het concept consument, dan wel of ook als werknemer uitgeoefende beroeps- of bedrijfsactiviteiten daartoe kunnen leiden¹⁵².

Artikel 6:193a lid 1 sub b definieert “handelaar” als een

“natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt”¹⁵³.

Het richtlijnvoorstel definieert “handelaar” in artikel 2 lid 2 als

“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die in onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van een handelaar optreedt”.

Ook deze definities lopen gelijk.

Het met het begrip “handelaar” corresponderende begrip uit het DCFR is “business”. Dit wordt gedefinieerd als

“any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity”¹⁵⁴.

Deze definitie wijkt af van de definities gehanteerd in het BW en het richtlijnvoorstel. De definitie van het DCFR preciseert dat ook overheden als handelaar kunnen worden aangemerkt. Deze precisering ontbreekt in het richtlijnvoorstel. Dit laatste laat de vraag of overheden al dan niet als handelaar kunnen worden aangemerkt onbeantwoord. Het DCFR ontbeert van zijn kant de verduidelijking dat personen die ten behoeve van een handelaar handelen ook als handelaar moet worden aangemerkt. Op grond van de regels van het DCFR inzake vertegenwoordiging lijkt echter ook onder het DCFR een persoon die ten behoeve van een handelaar handelt als handelaar te moeten worden aangemerkt. Het DCFR maakt wel

¹⁵² Wendehorst, C.C., “The CFR and the Review of the Acquis Communautaire”, in Schmidt-Kessel, M. (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 332-333.

¹⁵³ De regeling inzake de verkoop op afstand hanteert de begrippen “verkoper” en “dienstverlener”.

¹⁵⁴ DCFR, 547.

duidelijk dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen als handelaar kunnen gelden. Deze precisering ontbreekt in het richtlijnvoorstel.

6.1.2 De rol en betekenis van het begrip “goede trouw”

6.1.2.1 Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel

6.1.2.1.1 *Drie functies van de redelijkheid en billijkheid in het huidige Nederlandse verbintenissenrecht*

Het beginsel van de goede trouw, in de terminologie van het BW: de redelijkheid en billijkheid heeft in het Nederlandse verbintenissenrecht een algemeen bereik.

Artikel 6:2 BW bepaalt

- “1. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.

Dit geldt zowel in de fase van de totstandkoming van verbintenissen als in de fase van de uitvoering van verbintenissen¹⁵⁵.

Voor overeenkomsten wordt het beginsel van de goede trouw herhaald en gepreciseerd in artikel 6:248 BW:

- “1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.

Aan de goede trouw wordt een aantal functies toegeschreven. In de eerste plaats heeft de goede trouw een interpretatieve werking in die zin dat zij richting geeft bij de interpretatie en uitleg van contracten. In de tweede plaats heeft zij een aanvullende werking in die zin dat zij bijkomende verbintenissen oplegt aan de partijen die niet uitdrukkelijk in hun contract zijn

¹⁵⁵ De gelding van het beginsel van de goede trouw in de fase van de totstandkoming van verbintenissen is in het Nederlandse recht aanvaard sedert het arrest Baris-Riezenkamp, HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, met noot LEHR.

vermeld. In de derde plaats heeft de goede trouw naar gangbare inzichten een beperkende of derogerende werking, in die zin dat zij een wettelijke of contractuele bepaling buiten werking kan stellen indien het beroep erop in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.¹⁵⁶

De interpretatieve functie van de redelijkheid en billijkheid is niet in een uitdrukkelijke bepaling van het BW vastgelegd, maar is in rechtspraak van de Hoge Raad alsmede in de doctrine reeds geruime tijd erkend.¹⁵⁷

Het eerste lid van artikel 6:248 lid 1 BW staat in het teken van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij obligatoire overeenkomsten:

“Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien”.

Ook buiten het terrein van de obligatoire overeenkomsten kan de redelijkheid en billijkheid, zo pleegt in het kader van de toepassing van artikel 6:1 BW te worden aangenomen, bron van verbintenissen zijn.¹⁵⁸

De beperkende of derogerende werking van de goede trouw wordt in artikel 6:2 lid 2 BW met betrekking tot het verbintenissenrecht in het algemeen als volgt verwoord:

“Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Artikel 6:248 lid 2 BW herhaalt dit in wezen specifiek voor de obligatoire overeenkomsten:

“Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.

¹⁵⁶ Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-I*, nr. 55 e.v., 46 e.v.; Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 279 e.v., 279 e.v., nr. 300 e.v., 304 e.v.

¹⁵⁷ HR 20 mei 1949, *NJ* 1950, 72, met noot ANH, Ph.; HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, met noot CJHB, AA 1981, 355, met noot P. van Schilfgaarde; Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 279 e.v., 279 e.v.

¹⁵⁸ Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-I*, nr. 52 en voor een voorbeeld in de sfeer van de precontractuele fase Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 166, 162-163.

Daarnaast kunnen tal van specifieke bepalingen uit het verbintenissenrecht als uitwerking van het beginsel van de goede trouw worden beschouwd. In verband met het onderhavige onderzoek kan bijvoorbeeld worden gewezen op artikel 6:233 sub a BW met betrekking tot de toetsing van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden.

Voor het onderhavige onderzoek is van belang of deze functies onder het regime van het richtlijnvoorstel behouden kunnen blijven.

6.1.2.1.2 De goede trouw in het richtlijnvoorstel

Het richtlijnvoorstel kent slechts een beperkte rol toe aan de goede trouw. Het refereert aan het algemene beginsel van goede trouw bij het definiëren van het begrip “professionele toewijding” (art. 2 (14)) als

“het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar”.

In navolging van de Richtlijn Oneerlijke bedingen, maakt het richtlijnvoorstel verder gebruik van de goede trouw bij de formulering van de algemene toetsingsnorm inzake oneerlijke bedingen.

Bij de beoordeling van de goede trouw dient, volgens de inleidende overwegingen van het richtlijnvoorstel, in het bijzonder te worden gelet op de meer of minder sterke wederzijdse onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. De handelaar voldoet aan het vereiste van goede trouw als hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij.¹⁵⁹

Omdat het richtlijnvoorstel volledige harmonisatie beoogt en slechts een zeer beperkte rol toekent aan de goede trouw, is het niet zeker dat op het door het richtlijnvoorstel bestreken terrein nog plaats is voor een beroep op de aanvullende en/of beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw.

¹⁵⁹ Overweging 48 van de preambule.

6.1.2.1.3 *De functies van de redelijkheid en billijkheid na de eventuele omzetting van het richtlijnvoorstel*

a. De interpretatieve functie van de redelijkheid en billijkheid

Het richtlijnvoorstel bevat slechts één bepaling inzake interpretatie, namelijk artikel 36 lid 1 dat als volgt luidt:

“In geval van twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie”.

In artikel 6:238 lid 2 BW is op dit moment reeds de contra proferentem-uitleg opgenomen. Het belang hiervan moet echter niet worden overschat. De gangbare visie ten onzent is dat eerst al ‘haviltexend’¹⁶⁰, waarbij de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) ook al een rol speelt, moet worden bepaald of er wel twijfel bestaat over de uitleg van het beding.¹⁶¹ Ervan uitgaande dat deze werking van de goede trouw in het kader van artikel 6:238 lid 2 door de beugel kan, geldt hetzelfde onder vigeur van artikel 36 lid 1 van het richtlijnvoorstel. Daarbij dient bedacht te worden dat in het kader van het richtlijnvoorstel in overweging 48 van de preambule nog de volgende opmerking is gemaakt:

“Bij beoordeling van de goede trouw dient in het bijzonder te worden gelet op de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. De handelaar voldoet aan het vereiste van goede trouw als hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij”.

b. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

Wanneer een leemte bestaat in een overeenkomst waarop de bepalingen tot omzetting van het richtlijnvoorstel van toepassing zijn, zal deze moeten worden aangevuld op basis van artikel

¹⁶⁰ Het Haviltex-arrest is het basisarrest inzake de uitleg van overeenkomsten. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad: “De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht. Een en ander brengt mee dat het Hof bij het bepalen van zijn oordeel dat de in zijn zesde r.o. bedoelde bepaling van het contract geen leemte laat in de regeling van de rechtsverhouding van pp., een onjuiste maatstaf heeft aangelegd”. Het toepassen van deze regel wordt in de praktijk wel “haviltexen” genoemd.

¹⁶¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld Hijma, Jac., “Uitleg contra proferentem”, in: Hartlief, T. en Stolker, C.J.J.M. (eds.), *Contractvrijheid*, Kluwer, Deventer 1999, 461-474.

6:248 lid 1 BW dat meebrengt dat leemten in een overeenkomst moeten worden aangevuld door de wet, de gewoonte, de redelijkheid en billijkheid. Het richtlijnvoorstel bevat ter zake immers geen afwijkende bepaling. De toelichting bij het richtlijnvoorstel bepaalt overigens dat het voorstel alleen de voornaamste aspecten regelt van het recht dat van toepassing is op consumentenovereenkomsten, en niet raakt aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding. Daartoe kunnen ook de regels inzake de aanvulling van overeenkomsten worden gerekend. Ook hier zal bij de aanvulling van de overeenkomst op grond van artikel 6:248 lid 1 BW echter rekening moeten worden gehouden met het doel en de strekking van het richtlijnvoorstel en met de betekenis die dit geeft aan de goede trouw. In het bijzonder zal bij de aanvulling op grond van de wet, in de eerste plaats toepassing moeten worden gemaakt van de bepalingen tot implementatie van het richtlijnvoorstel, bovendien zal de toepassing van artikel 6:248 lid 1 BW er niet toe mogen leiden dat aan de consument in strijd met het beginsel van volledige harmonisatie een verdergaande bescherming wordt toegekend dan voorzien door het richtlijnvoorstel. Ingeval de tekst van het richtlijnvoorstel zelf onduidelijk is, kan de nationale rechter het Hof van Justitie uiteraard middels een prejudiciële vraag om opheldering verzoeken.

c. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Wat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw betreft dient te worden bedacht dat het Hof van Justitie een beginsel van “verbod van misbruik”¹⁶² of “verbod van bedrog”¹⁶³ heeft erkend, dat inhoudt dat “de justitiabelen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht kunnen doen”. Dit verbod is verbonden met, of vormt een uiting van het evenredigheidsbeginsel¹⁶⁴ en de matigende werking van de goede trouw.¹⁶⁵ Het verbod van misbruik geldt niet alleen in zaken waarin burgers tegenover de

¹⁶² HvJ EG 21 februari 2006, Halifax, C-255/02, *Jurispr.* 2006, I-1609, r.o. 70. Zie hierover nader: Devroe, W., “Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 164 e.v., nr. 58 e.v.

¹⁶³ HvJ EG 12 mei 1998, Kefalas e.a., C-367/96, *Jurispr.* 1998, I-1843, r.o. 20.

¹⁶⁴ Van Gerven, W., “Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux”, *JT* 1992, 307.

¹⁶⁵ Devroe, W., o.c. in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 166, nr. 60. Over de verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel, het verbod van misbruik van recht en de matigende werking van de goede trouw, zie Van Gerven, W. en Covemaeker, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 103-105.

overheid staan, maar ook in zaken waarin particulieren met elkaar de degens kruisen.¹⁶⁶ Om in geval van misbruik of bedrog te voorkomen dat beroep op een gemeenschapsregel wordt gedaan, mag de nationale rechter een beroep doen op een bepaling van nationaal recht, zoals artikel 6:248 lid 2 BW. In de zaak Kefalas overwoog het Hof immers dat:

“het niet in strijd met de communautaire rechtsorde (kan) worden geacht dat de nationale rechterlijke instanties een nationale regel toepassen zoals art. 281 van het Grieks burgerlijk wetboek om te beoordelen of van een uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt”.¹⁶⁷

Bij de toepassing van zo'n regel van nationaal recht moet het effectiviteitsbeginsel worden nageleefd: de toepassing van de nationale regels mag er niet toe leiden dat de strekking van het gemeenschapsrecht wordt gewijzigd of de erdoor nagestreefde doelstellingen in gevaar worden gebracht.¹⁶⁸

In de rechtspraak van het Hof van Justitie komt bovendien naar voren dat de beperking op grond van misbruik en/of bedrog slechts in extreme gevallen toepassing kan vinden.¹⁶⁹

Een “billijkheidsbeginsel” als zodanig kent het Gemeenschapsrecht niet, al treft men in de rechtspraak van het Hof van Justitie verwijzingen naar de billijkheid aan. In dit verband onderscheidt Devroe drie categorieën van zaken.¹⁷⁰ In de eerste plaats heeft het Hof, bij de interpretatie van regelgeving, wel eens geoordeeld dat “logischerwijs zowel als om redenen van billijkheid moet worden aangenomen dat (...)”.¹⁷¹ In de tweede plaats heeft het Hof in ambtenarenzaken bij de beoordeling van het al dan niet tijdig instellen van een beroep, in tijden van overgangsregelingen of gewijzigde regelgeving, wel eens geoordeeld dat “het onbillijk zou zijn verzoeker voor te werpen” dat hij een verkeerde regeling heeft toegepast. In

¹⁶⁶ Devroe, W., o.c. in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 165, nr. 58. Zie bijv. HvJ EG 23 maart 2000, Diamantis, C-373/97, *Jurispr.* 2000, I-1705, r.o. 33.

¹⁶⁷ HvJ EG 12 mei 1998, Kefalas, C-367/96, *Jurispr.* 1998, I-2843, r.o. 21; Snijders, W., “Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid: de Europese dimensie”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 456.

¹⁶⁸ Devroe, W., o.c. in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 165, nr. 59. Zie HvJ EG 12 maart 1996, Panagis Pafitis e.a./Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e.a., C-441/93, *Jurispr.* 1996, I-1347, r.o. 68; HvJ EG 12 mei 1998, Kefalas, C-367/96, *Jurispr.* 1998, I-2843, r.o. 22.

¹⁶⁹ Snijders, W., o.c., in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, (451) 456. Zie HvJ EG 12 mei 1998, Kefalas, C-367/96, *Jurispr.* 1998, I-2843, r.o. 28.

¹⁷⁰ Devroe, W., o.c., in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 182-183, nr. 91.

¹⁷¹ HvJ EG 5 februari 1976, Süddeutsche Zucker, C-94/75, *Jurispr.* 1976, 153, r.o. 5

de derde plaats heeft het Hof in de zaak Peter geoordeeld dat het Gemeenschapsrecht er zich niet tegen verzet dat op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid een billijkheidsbeginsel van nationaal recht toepassing zou vinden, op voorwaarde dat de toepassing ervan niet zou leiden tot discriminatie ten opzichte van de behandeling van vergelijkbare belastingschulden naar nationaal recht, of afbreuk zou doen aan de doelstellingen van de communautaire regeling, hetgeen *in casu* het geval was zodat het beginsel niet kon worden toegepast.¹⁷² In andere, meer recente zaken, zo benadrukt Devroe,¹⁷³ lijkt het Hof het bestaan van een billijkheidsbeginsel echter te ontkennen. Zo sprak het Hof in een 2006 in een landbouwzaak van een “vermeend billijkheidsbeginsel”¹⁷⁴ en oordeelde het dat het gemeenschapsrecht “volgens vaste rechtspraak” geen rechtsgrondslag kent die vrijstelling van door het gemeenschapsrecht ingevoerde heffingen om redenen van billijkheid mogelijk maakt.¹⁷⁵ En evenmin

“een algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een geldende gemeenschapsbepaling door een nationale instantie niet mag worden toegepast wanneer die bepaling voor de betrokkene een hardheid meebrengt die de gemeenschapswetgever zeker zou hebben trachten te vermijden, indien hij bij de vaststelling van de bepaling aan dat geval had gedacht”.¹⁷⁶

Het lijkt er kortom op dat het Hof van Justitie geen beginsel van goede trouw als zodanig erkent dat toestaat gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten vanwege de serieuze consequenties daarvan voor een betrokkene. Tegelijkertijd lijkt het wel mogelijk indien en voor zover van een uit een richtlijn voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt, hieraan paal en perk te stellen door een nationaalrechtelijk leerstuk als dat van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw.

6.1.2.2 Vergelijking met het DCFR

Het DCFR doet meer met de goede trouw dan het richtlijnvoorstel. Zo voert het een algemene verplichting in om te goeder trouw te handelen bij het onderhandelen over overeenkomsten en

¹⁷² HvJ EG 27 mei 1993, Peter, C-290/91, *Jurispr.* 1993, I-2981, r.o. 11.

¹⁷³ Devroe, W., o.c. in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 183, nr. 92.

¹⁷⁴ HvJ EG 26 oktober 2006, Cosun/Commissie, C-68/05 P, r.o. 79.

¹⁷⁵ HvJ EG 26 oktober 2006, Cosun/Commissie, C-68/05 P, r.o. 63 met verwijzing naar HvJ EG 28 juni 1977, Balkan-Import-Export, C-118/76, *Jurispr.* 1977, r.o. 7, 8 en 10; HvJ EG 14 november 1985, Neumann, C-299/84, *Jurispr.* 1985, 3663, r.o. 24; HvJ EG 28 juni 1990, Hoche, C-174/89, *Jurispr.* 1990, I-2681, r.o. 31.

¹⁷⁶ HvJ EG 26 oktober 2006, Cosun/Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, C-248/04, *Jurispr.* 2006, I-10211, r.o. 63 met verwijzing naar arrest Neumann, r.o. 33 en Hoche, r.o. 31. Uitzonderingen zijn slechts mogelijk in door de gemeenschapswetgever uitdrukkelijk voorziene bijzondere gevallen (*ibid.*, met verwijzing naar HvJ EG 26 november 1996, T. Port. (bananen), C-68/95, *Jurispr.* 1996, I-6065, r.o. 42-43).

een verbod om onderhandelingen in strijd met de goede trouw af te breken. Deze verplichting mag contractueel niet worden uitgesloten of beperkt. Wie te kwader trouw heeft onderhandeld, of onderhandelingen te kwader trouw heeft afgebroken, is gehouden de hierdoor veroorzaakte schade te vergoeden. Het is in het bijzonder in strijd met de goede trouw om onderhandelingen te beginnen of voort te zetten zonder de werkelijke bedoeling om een overeenkomst te sluiten met de andere partij (art. II.-3:301).

Het DCFR voert in artikel III.-1:103 (1) verder een algemene verplichting in om te goeder trouw “in accordance with good faith and fair dealing”, te handelen bij de uitvoering van overeenkomsten:

“in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship”.

Deze verplichting mag niet worden uitgesloten of beperkt door contractuele clausules. Schending van de verplichting om te goeder trouw te handelen geeft de wederpartij geen recht om een beroep te doen op de remedies wegens niet-uitvoering, maar kan de persoon die zich schuldig heeft gemaakt aan schending van de goede trouw de bevoegdheid ontnemen om een recht, een remedie of een verweermiddel dat hem anders ter beschikking zou staan, uit te oefenen of zich erop te beroepen (art. III.-1:103). “Good faith and fair dealing” verwijst volgens artikel I.-1:103 DCFR

“to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (...) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment”.

Daarnaast maakt het DCFR op verscheidene plaatsen gebruik van termen als “reasonable”, hetgeen op objectieve wijze wordt bepaald, rekening houdende met de aard en het doel van wat moet worden gedaan, de omstandigheden van het geval en enige relevante gewoonten en gebruiken¹⁷⁷ en “good faith” dat volgens het DCFR op zichzelf kan verwijzen naar

“a mental attitude characterised by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Art. I.-1:104 DCFR.

¹⁷⁸ DCFR, 555.

Opmerkelijk is dat de inleiding tot het DCFR aangeeft dat de Europese wetgever er, gezien de uiteenlopende betekenis van het beginsel van de goede trouw in de lidstaten, bij de opstelling van richtlijnen niet van mag uitgaan dat de daarin opgenomen regels zullen worden aangevuld door de goede trouw en dat de Europese wetgever, indien hij wenst dat een algemeen beginsel van goede trouw geldt op een bepaald terrein, hij dit in de richtlijn zelf zal moeten opnemen.¹⁷⁹

6.1.3 Informatieverplichtingen

6.1.3.1 Inhoud

6.1.3.1.1 De huidige stand van het BW

Reeds onder het huidige recht rusten op de onderhandelende partijen bepaalde informatieplichten.¹⁸⁰

Deze vloeien in de eerste plaats voort uit de artikelen 3:44 BW en 6:228 BW. Voor bepaalde overeenkomsten zijn in Boek 7 BW bijzondere informatieplichten opgenomen (bijvoorbeeld voor de verkoop op afstand en de verzekeringsovereenkomst).

Door de Wet van 25 september 2008 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten¹⁸¹ werd bovendien een afdeling 3A “Oneerlijke handelspraktijken” ingevoegd in Boek 6 BW, die een reeks informatieplichten invoert.

Ingevolge het nieuw ingevoegde artikel 6:193d lid 1 BW vormt een misleidende omissie een misleidende handelspraktijk. Een misleidende omissie is iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, door de handelaar wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (art. 6:193d lid 2 BW). Van een misleidende omissie is eveneens sprake indien essentiële informatie als bedoeld in lid 2 verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt, of indien het commerciële

¹⁷⁹ DCFR2008, nr. 72, 35-36.

¹⁸⁰ Zie hierover De Boeck, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, XIX, 572 p.; Vranken, J.B.M., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, XIX+226 p.

¹⁸¹ *Stb.* 2008, 397.

oogmerk, voor zover dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (art. 6:193d lid 3 BW). Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen (art. 6:193d lid 4 BW).

In het geval van een uitnodiging tot aankoop is de volgende informatie, voor zover deze niet reeds uit de context blijkt krachtens artikel 6:193e essentieel als bedoeld in artikel 6:193d lid 2 BW:

- “a. de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin dit gezien het medium en het product passend is;
- b. de identiteit en het geografisch adres van de handelaar, zijn handelsnaam en, in voorkomend geval, de identiteit en het geografisch adres van de handelaar namens wie hij optreedt;
- c. de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend en, in voorkomend geval, de extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat deze extra kosten moeten worden betaald;
- d. de wijze van betaling, levering, uitvoering en het beleid inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding; en
- e. indien er een recht op herroeping of annulering is, het bestaan van dit recht”.

Artikel 6:193a sub g BW definieert een “uitnodiging tot aankoop” als elke

“commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen”.

Volgens artikel 6:193a sub g BW omvat een “product” een “goed, elektriciteit daaronder begrepen, of dienst”.

Indien er sprake is van commerciële communicatie, reclame of marketing daaronder begrepen, is krachtens artikel 6:193f BW, de informatie genoemd bij of krachtens de volgende artikelen in ieder geval essentieel als bedoeld in artikel 6:193d lid 2:

- “a. artikel 15d leden 1 en 2 en artikel 15e lid 1 van Boek 3;

- b. artikel 46c lid 1 van Boek 7;
- c. artikel 48f leden 1 en 2 van Boek 7;
- d. artikel 501 lid 1 van Boek 7;
- e. artikelen 73 tot en met 75 van de Geneesmiddelenwet;
- f. artikelen 4:20, 4:73 en 5:13 van de Wet op het financieel toezicht;
- g. artikel 2b van de Prijzenwet”.

De elementen waaromtrent op grond van artikel 6:193e BW informatie moet worden verschaft zijn dezelfde als vermeld in artikel 5 lid 1 sub a tot en met e Richtlijnvoorstel. Op grond van artikel 6:193e BW dient deze informatie verschaft te worden “(i)n het geval van een uitnodiging tot aankoop”. Op grond van artikel 5 lid 1 Richtlijnvoorstel dient deze informatie verstrekt te worden “(v)oorafgaande aan de sluiting van enige verkoop- of dienstenovereenkomst”. Onder beide regelingen geldt de informatieplicht enkel voor zover de betreffende informatie niet reeds uit de context blijkt. Uit dit verschil in formulering lijkt voort te vloeien dat de informatieplichten onder het richtlijnvoorstel een iets ruimer toepassingsgebied hebben, aangezien ook de handelaar die geen uitnodiging tot aankoop heeft gedaan voorafgaand aan de contractsluiting tot de genoemde informatieplichten gehouden zijn.¹⁸² In de praktijk lijkt het echter eerder zelden voor te komen dat een overeenkomst met een handelaar wordt gesloten zonder dat hij een uitnodiging tot aankoop in de zin van artikel 6:193 a BW heeft gedaan.

6.1.3.1.2 *Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel*

Indien het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, zal in Boek 6 BW, bijvoorbeeld na artikel 227c BW, een regeling moeten worden ingevoegd, met betrekking tot de overige informatieplichten die op grond van het richtlijnvoorstel moeten gelden voor alle overeenkomsten met betrekking tot de levering van goederen en diensten aan de consument. Hierin zullen de bepalingen van de artikelen 5, 6 en 7 Richtlijnvoorstel moeten worden overgenomen.

Voor de elementen waaromtrent op grond van artikel 5 lid 1 a tot en met e informatie moet worden verstrekt, zie *supra* 6.1.3.1.1.

¹⁸² Rott, P. en Terryn, E., o.c., in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

Op grond van artikel 5 lid 1 f tot i Richtlijnvoorstel dient de handelaar voorafgaand aan de sluiting van enige verkoop- of dienstenovereenkomst informatie te verstrekken, voor zover die niet al duidelijk is uit de context:

- het bestaan en de voorwaarden van klantenservice en handelsgaranties, voor zover van toepassing;
- de duur van de overeenkomst, indien van toepassing, of, wanneer de overeenkomst van onbepaalde duur is, de voorwaarden voor het beëindigen van de overeenkomst;
- de minimumduur van de verplichtingen van de consument uit hoofde van de overeenkomst, voor zover van toepassing;
- het bestaan en de voorwaarden van aanbatalingen of andere financiële waarborgen die de consument op verzoek van de handelaar moet betalen of bieden.

Op grond van artikel 5 lid 2 Richtlijnvoorstel kan bij een openbare verkoop bij opbod de informatie over het geografische adres en de identiteit van de handelaar, in het bijzonder zijn handelsnaam, en, in voorkomend geval, het geografische adres en de identiteit van de handelaar namens wie hij optreedt, vervangen worden door het geografische adres en de identiteit van de veilingmeester. Op grond van artikel 5 lid 3 Richtlijnvoorstel vormt de op grond van het eerste lid van het artikel verplicht te verstrekken informatie een integrerend onderdeel van de verkoops- of dienstenovereenkomst. De schending van een informatieplicht kan dan ook gesanctioneerd worden op grond van artikel 6:74 BW.

6.1.3.1.3 Vergelijking met het DCFR

Het DCFR voorziet in een meer complex systeem van informatieverplichtingen, die inhoudelijk echter vaak minder scherp zijn geformuleerd. Artikel II.-3:101 lid 1 DCFR bevat een algemene “duty to disclose information about goods and services”:

“Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”.

Deze verplichting geldt ongeacht of de wederpartij een handelaar is of een consument. Welke informatie de wederpartij redelijkerwijze kan verwachten, verschilt wel naargelang de wederpartij een handelaar of een consument is. Wanneer de wederpartij een handelaar is,

dient die informatie te worden verstrekt, waarvan het verzwijgen zou indruisen tegen de eerlijke handelspraktijken (art. II.-3:101 lid 2 DCFR).

Wanneer de wederpartij een consument is, heeft de handelaar krachtens artikel II.-3:102 lid 1 DCFR

“a duty not to give misleading information. Information is misleading if it misrepresents or omits material facts which the average consumer could expect to be given for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract. In assessing what an average consumer could expect to be given, account is to be taken of all the circumstances and of the limitations of the communication medium employed”.

Voor tal van specifieke gevallen legt het DCFR verdergaande informatieverplichtingen op. Dit is het geval als een “commercial communication” wordt gebruikt die bij de consumenten de indruk wekt dat ze alle relevante informatie bevat om een beslissing te nemen in verband met de contractsluiting (art. II.-3:102 lid 2 DCFR), voor een handelaar die handelt met een consument “who is at a particular disadvantage” (art. II.-3:103 DCFR). De informatie die in deze gevallen moet worden verstrekt omvat volgens artikel II.-3:102 lid 2 DCFR resp. artikel II.-3:103 DCFR, onder meer een aantal elementen waaromtrent ook volgens het richtlijnvoorstel informatie moet worden verschaft, zoals de belangrijkste kenmerken van het goed of de dienst en de identiteit en het adres van de handelaar waarmee de consument zaken doet, de prijs, etc.¹⁸³

Bijzondere informatieverplichtingen gelden ook ingeval bijzondere communicatietechnieken worden gebruikt.

Artikel II.-3:104 heeft betrekking op “Information duties in real time distance communication”. In dat geval dient de handelaar van in het begin “explicit information on its name and the commercial purpose of the contact” te verschaffen. Het tweede lid maakt duidelijk dat met “real time distance communication” wordt bedoeld

“direct and immediate communication of such a type that one party can interrupt the other in the course of the communication. It includes telephone and electronic means such as voice over internet protocol and internet related chat, but does not include communication by electronic mail”.

¹⁸³ Cf. *supra* 6.1.3.1.2.

Het derde lid bepaalt dat de handelaar de bewijslast draagt dat de consument de vereiste informatie daadwerkelijk heeft ontvangen.

Artikel II.-3:105 heeft betrekking op de totstandkoming van een contract “by electronic means” waarbij deze bepaling wederom niet alleen van toepassing is op contracten tussen een handelaar en een consument, maar duidelijk een ruimere draagwijdte heeft. Wanneer een contract langs elektronische weg en zonder individuele communicatie tot stand komt, dient de handelaar voordat de ander een aanbod krijgt of aanvaardt, informatie te verschaffen over de technische stappen die gevolgd moeten worden om het contract te sluiten, over de vraag of een contractueel document zal worden opgeslagen door de onderneming en of het toegankelijk zal zijn, de technische middelen om inputfouten te identificeren en te verbeteren vooraleer de andere partij een aanbod doet of aanvaardt, de talen waarin het contract kan worden gesloten en alle gebruikte contractuele bepalingen.

Artikel II.-3:106 DCFR heeft betrekking op de “clarity and form of information” en bepaalt dat “(t)he information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language”. Wat de contracten tussen een handelaar en consument betreft bepaalt het derde lid dan weer dat, wanneer deze contracten “at a distance” worden gesloten

“information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract”.

De artikelen II.-3:107 resp. II.-3:108 preciseren wat precies moet worden verstaan onder informatie over de prijs en de bijkomende kosten resp. over het adres en de identiteit van de handelaar.

Wanneer informatie moet worden verschaft over de prijs, dan is aan die verplichting slechts voldaan indien de verstrekte informatie

“(a) includes information about any deposits payable, delivery charges and any additional taxes and duties where these may be indicated separately;
(b) if an exact price cannot be indicated, gives such information on the basis for the calculation as will enable the consumer to verify the price; and
(c) if the price is not payable in one sum, includes information about the payment schedule”.

Aan de verplichting tot het verstrekken van informatie over het adres en de identiteit van de handelaar is slechts voldaan indien de verstrekte informatie de volgende elementen omvat:

- “(a) the name of the business;
- (b) any trading names relevant to the contract in question;
- (c) the registration number in any official register, and the name of that register;
- (d) the geographical address of the business;
- (e) contact details;
- (f) where the business has a representative in the consumer’s [Member] state of residence, the address and identity of that representative;
- (g) where the activity of the business is subject to an authorisation scheme, the particulars of the relevant supervisory authority; and
- (h) where the business exercises an activity which is subject to VAT, the relevant VAT identification number”.

6.1.3.2 Dwingend recht?

Onder het richtlijnvoorstel en het DCFR zijn de informatieverplichtingen van de handelaar jegens de consument van dwingend recht. De partijen mogen deze verplichtingen niet contractueel uitsluiten of beperken.¹⁸⁴ De informatieverplichtingen die het DCFR oplegt voor relaties tussen handelaren zijn niet van dwingend recht. In het huidige Nederlandse recht zijn de informatieverplichtingen opgenomen tot implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken, de Colportagerichtlijn en de Richtlijn Verkoop op afstand van dwingend recht.

6.1.3.3 Remedies bij schending van informatieplichten

6.1.3.3.1 *Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel*

De niet-naleving van de informatieverplichtingen die worden vermeld in artikel 6:193e BW vormt een overtreding van artikel 6:193b BW en verplicht de handelaar tot vergoeding van de dientengevolge ontstane schade, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op andere grond voor zijn rekening komt (art. 6:193j lid 2 BW). De sanctionering van de overige informatieplichten lijkt voornamelijk via artikel 6:162 BW te moeten geschieden. Bovendien is het in geval van schending van een in artikel 6:193e BW vermelde informatieplicht denkbaar dat hieruit onder omstandigheden een vernietigbaarheid op grond van artikel 3:44 of 6:228 BW voortvloeit.

¹⁸⁴ Art. 23 Richtlijnvoorstel; art. II.-3:109 lid 5 DCFR.

Volgens het richtlijnvoorstel dienen de gevolgen van een inbreuk op de informatieverplichtingen in de regel¹⁸⁵ te worden bepaald door het toepasselijke nationale recht. Het richtlijnvoorstel verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat hun nationale wettelijke bepalingen inzake verbintenissenrecht voorzien in effectieve rechtsmiddelen (art. 6 lid 2 Richtlijnvoorstel). Ook hier is dus in de eerste plaats te denken aan een sanctionering op grond van artikel 6:162 of de artikelen 3:44 en 6:228 BW. Aangezien de op grond van artikel 5 lid 1 Richtlijnvoorstel verplicht te verstrekken informatie op grond van het derde lid van dat artikel een integrerend onderdeel vormt van de verkoops- of dienstenovereenkomst, kan een schending van die informatieplichten ook gesanctioneerd worden op grond van artikel 6:74 BW. Een bijzondere remedie is bovendien opgenomen in artikel 6 lid 1 Richtlijnvoorstel dat bepaalt dat, wanneer de handelaar niet heeft voldaan aan de informatievoorschriften betreffende extra kosten, de consument niet verplicht is deze extra kosten te betalen.

Meer problematisch is de vraag of een op volledige harmonisatie gerichte regeling van de informatieplichten nog ruimte laat voor het aannemen van niet door het richtlijnvoorstel geformuleerde informatieplichten op grond van de artikelen 6:162, 3:44 en 6:228 BW. Het aannemen van niet-vermelde informatieplichten op grond van artikel 6:162 BW lijkt ons moeilijk, omdat dat neer zou komen op de invoering van bijkomende informatieplichten op grond van een wel heel open norm. Dat er geen plaats meer zou zijn voor uit de toepassing van de artikelen 3:44 en 6:228 BW voortvloeiende informatieplichten lijkt ons minder waarschijnlijk en tevens minder aanvaardbaar omdat deze artikelen betrekking hebben op specifieke leerstukken in verband met de totstandkoming van de overeenkomst (dwaling en andere wilsgebreken) die door het richtlijnvoorstel niet worden geregeld. Dat uit de toepassing van deze artikelen indirect informatieplichten voortvloeien lijkt onvoldoende om de toepasselijkheid van deze bepalingen op de door het richtlijnvoorstel behandelde overeenkomsten in te perken.

Overigens, niet alleen de verhouding tussen de informatieplichten van het richtlijnvoorstel en die van het nationale recht is problematisch, ook de verhouding tot informatieplichten uit andere richtlijnen is niet steeds duidelijk. Wat betreft de verhouding tot de informatieplichten van de Richtlijnen timeshare en pakketreizen zijn de zaken nog helder. Artikel 3 Richtlijnvoorstel bepaalt immers dat de informatieplichten van het richtlijnvoorstel niet gelden voor timeshare- en pakketreiscontracten. Het richtlijnvoorstel bepaalt ook dat het de toepassing van de Richtlijn elektronische handel en de Dienstenrichtlijn onverlet laat. Artikel

¹⁸⁵ Dit geldt onverminderd art. 6 lid 1, art. 7, lid 2, en de art. 13 en 42 (art. 6 Richtlijnvoorstel).

22 lid 5 van de Dienstenrichtlijn bepaalt echter dat de informatieplichten ingesteld door hoofdstuk 5 Dienstenrichtlijn gelden

“in aanvulling op de eisen die al in het Gemeenschapsrecht zijn vervat en (...) de lidstaten niet (beletten) op hun grondgebied gevestigde dienstverrichters aanvullende informatie-eisen op te leggen”.

Op dit punt lijkt het beginsel van maximumharmonisatie dat door het richtlijnvoorstel wordt vooropgesteld dus buiten werking te worden gesteld. Het is niet zeker of dat ook de bedoeling is van de Commissie. Over de verhouding tot de informatieplichten die voortvloeien uit andere Gemeenschapswetgeving bewaart het richtlijnvoorstel het stilzwijgen.¹⁸⁶

6.1.3.3.2 *Vergelijking met het DCFR*

Ook op grond van artikel II.-3:109 lid 3 DCFR is

“a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section (...) liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure”.

Deze bepaling geldt echter niet indien er een remedie beschikbaar is wegens niet-nakoming van een contractuele verbintenis op grond van artikel II.-3:109 lid 2. Volgens deze bepaling heeft een handelaar, wanneer er een schending van de informatieplicht heeft plaats gevonden en een contract tot stand kwam

“such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations”.

De regels van artikel II.-3:109 lid 2 en 3 gelden ook in relaties tussen handelaren.

Een bijzondere sanctieregel is neergelegd in artikel II.-3:109 lid 1 DCFR dat bepaalt dat, wanneer een bijzondere informatieverplichting bestond ten aanzien van een consument “who is at a particular disadvantage” in de zin van artikel II.-3:103 DCFR en het een contract betreft waarbij de consument een “right to withdraw” heeft, de termijn voor herroeping niet begint te

¹⁸⁶ Rott, P. en Terry, E., *o.c.*, *ZEUP* 2009, ter perse.

lopen vooraleer al de vereiste informatie is verstrekt, zij het dat “the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract”.

6.1.4 Oneerlijke bedingen

6.1.4.1 Toepassingsgebied

6.1.4.1.1 Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel

De regeling van het richtlijnvoorstel inzake oneerlijke bedingen betreft niet-onderhandelde bedingen. De regeling van Boek 6 inzake oneerlijke bedingen betreft algemene voorwaarden, dit zijn bedingen die zijn opgesteld om in “een aantal” overeenkomsten te worden opgenomen (art. 6:231 BW). Dit zijn veelal ook niet-onderhandelde bedingen. Maar, naar geldend Nederlands recht ontnemt het feit dat over een beding is onderhandeld dat beding niet het karakter van een algemene voorwaarde. Het feit dat over het beding onderhandeld is, wordt dan wel als één van de omstandigheden van het geval meegewogen bij de vraag of het beding als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt, tenzij uiteraard, wanneer het beding op de zwarte lijst staat en het dus onweerlegbaar vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn. In de doctrine is opgemerkt dat de definitie van het richtlijnvoorstel ertoe zou leiden dat zelfs bedingen waarover weliswaar is onderhandeld, maar zonder dat die onderhandelingen tot een wijziging van het beding zouden hebben geleid niet vatbaar zijn voor toetsing aan de regels betreffende oneerlijke bedingen, zelfs niet wanneer zij op de Europese zwarte of grijze lijst zouden voorkomen.¹⁸⁷ Het onttrekken van onderhandelde bedingen aan de toetsing zou dan de weg openen voor chicanes door zogenaamd te onderhandelen, maar geen enkele toegeving te doen.¹⁸⁸ In deze interpretatie leidt het richtlijnvoorstel tot onaanvaardbare gevolgen. De formulering van het richtlijnvoorstel zou moeten worden aangepast om een dergelijke interpretatie uit te sluiten.

De Nederlandse definitie van algemene voorwaarden wijkt bovendien af van het Richtlijnvoorstel waar zij beperkt blijft tot bedingen zijn opgesteld “om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen”. Niet alle niet-onderhandelde bedingen zijn immers bedoeld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Indien het richtlijnvoorstel

¹⁸⁷ Loos, M.B.M., “Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten”, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

¹⁸⁸ Loos, M.B.M., o.c., in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse, met verwijzing naar Hijma, Jac., *Algemene voorwaarden*, in *Monografie Nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2003, 19.

ongewijzigd zou worden aangenomen, dient dit vereiste uit de Nederlandse definitie van algemene voorwaarden te worden geschrapt.

Van het toepassingsgebied van de regeling inzake oneerlijke bedingen, zijn op grond van artikel 30 lid 3 Richtlijnvoorstel bovendien uitgesloten de bedingen in overeenkomsten

“die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en met de bepalingen of beginselen van internationale verdragen waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn”.

Een soortgelijke bepaling kwam reeds voor in de richtlijn oneerlijke bedingen. In de doctrine is evenwel opgemerkt dat deze beperking problematisch is. Men geeft hiervoor twee redenen. In de eerste plaats is het onduidelijk of alleen bedingen die overeenstemmen met regels opgesteld door nationale overheden zijn uitgesloten van toetsing dan wel ook bedingen die overeenstemmen met regels opgesteld door lagere overheden, waarbij men denkt aan de algemene voorwaarden van drinkwaterbedrijven die in handen van de overheid zijn. Dergelijke bedingen worden naar geldend Nederlands recht weliswaar niet beschouwd als wettelijke voorschriften, maar de vraag rijst of dit ook nog het geval zal zijn in de autonome Europese interpretatie van “dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen” die ingeval van implementatie van het richtlijnvoorstel niet enkel als minimum- maar ook als maximumdrempel voor de bescherming van de consument zal fungeren. Men wijst er bovendien op dat de bepaling misleidend is. Volgens de preambule bij de Richtlijn Oneerlijke bedingen gold de uitzondering ook voor bepalingen van aanvullend recht. Bepalingen van aanvullend recht zouden dus moeten worden beschouwd als bepalingen die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen. Indien de uitzondering in de Richtlijn consumentenrechten gehandhaafd zou worden, zouden deze twee problematische punten alleszins moeten worden uitgeklaard. De schrapping van artikel 30 lid 3 Richtlijnvoorstel wordt echter nog beter bevonden. Ook indien de hiervoor vermelde problemen zouden worden uitgeklaard, zou de bepaling immers nog leiden tot onduidelijkheden en interpretatiegeschillen omtrent de vraag wanneer een beding een wettelijke regel weerspiegelt en wanneer het daar op een ondergeschikt punt van afwijkt en dus niet onder de uitzondering zou vallen.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Loos, M.B.M., o.c., in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgever, 2009, ter perse.

6.1.4.1.2 *Vergelijking met het DCFR*

Ook de regeling van het DCFR inzake oneerlijke bedingen (“unfair terms”) betreft niet-individueel onderhandelde bedingen die al dan niet deel uitmaken van standaardvoorwaarden (art. II.-9:103 lid 1). Artikel II.-1:110 DCFR geeft een uitvoerige omschrijving van wat onder niet-individueel onderhandelde bedingen moet worden begrepen:

“(1) A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of standard terms.

(2) If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection.

(3) If it is disputed whether a term supplied by one party as part of standard terms has since been individually negotiated, that party bears the burden of proving that it has been.

(4) In a contract between a business and a consumer, the business bears the burden of proving that a term supplied by the business has been individually negotiated.

(5) In contracts between a business and a consumer, terms drafted by a third person are considered to have been supplied by the business, unless the consumer introduced them to the contract”.

De regeling van het DCFR verwoordt dus hetzelfde principe als het richtlijnvoorstel, maar zij is meer gedetailleerd dan het richtlijnvoorstel en kan worden gebruikt ter interpretatie ervan.

6.1.4.2 Transparantie

6.1.4.2.1 *De transparantieplicht onder het richtlijnvoorstel*

Het richtlijnvoorstel behandelt onder het kopje “Voorschriften betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten” verschillende elementen:

1. een regel die bepaalt dat bedingen in overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke taal moeten zijn opgesteld en goed leesbaar moeten zijn (art. 31 lid 1). Deze regel kan worden aangeduid als de transparantieplicht in enge zin.

2. een regel die bepaalt dat bedingen van overeenkomsten aan de consument ter beschikking moeten worden gesteld op een zodanige wijze dat hij daadwerkelijk in staat is zich daarvan op de hoogte te stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt, met inachtneming van het gebruikte communicatiemiddel (artikel 31 lid 2). Het gaat hier om een informatieplicht in de zin van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 BW.

3. een regel die bepaalt dat de handelaar de uitdrukkelijke instemming van de consument moet vragen met eventuele aanvullende betalingen naast de overeengekomen betaling voor het

onderwerp van de eigenlijke contractuele verplichting van de handelaar. Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar ervan uitgaat dat de consument die heeft gegeven omdat deze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaalde default-opties, en daarmee de aanvullende betalingen, af te wijzen, heeft de consument recht op vergoeding van deze betalingen (artikel 31 lid 3). Overweging 47 van de preambule preciseert dat opt-out systemen, bijvoorbeeld in de vorm van al aangevinkte vakjes bij online-verkoop verboden moeten worden. Heeft de consument als gevolg van een vooraf aangevinkt vakje een bijkomend product of een bijkomende dienst besteld, bijv. een service-contract, dan heeft hij recht op terugbetaling van de prijs die hij daarvoor heeft betaald.¹⁹⁰

Het richtlijnvoorstel bepaalt tevens dat de lidstaten geen aanvullende eisen mogen opleggen met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten gepresenteerd, geformuleerd of ter beschikking van de consument gesteld worden (art. 31 lid 4).

6.1.4.2.2 De gevolgen van implementatie

a. De transparantieplicht in enge zin

Een transparantieplicht in enge zin is reeds ingeschreven in het Nederlandse BW. Artikel 6:238 lid 2 BW bepaalt namelijk dat algemene voorwaarden in een consumentenovereenkomst duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld. Dit artikel bepaalt thans niet expliciet dat de bedingen goed leesbaar moeten zijn, maar dit kan geacht worden besloten te liggen in het vereiste dat zij duidelijk moeten zijn.

b. De informatieplicht van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 BW

Het Nederlandse recht kent ook reeds een informatieplicht met betrekking tot algemene voorwaarden. De essentie van deze informatieplicht is uitgedrukt in artikel 6:233 sub b BW dat bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is

“indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen”.

¹⁹⁰ In deze zin Loos, M.B.M., o.c. in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

De regel van artikel 6:233 sub b wordt in het BW echter nader uitgewerkt in artikel 6:234 BW dat een in principe gesloten systeem bevat met betrekking tot de wijze waarop de informatieplicht van artikel 6:233 sub b BW moet worden vervuld.¹⁹¹

Uit artikel 6:234 lid 1 a BW volgt dat de gebruiker de wederpartij de algemene voorwaarden *in de regel* vóór of bij het sluiten van de overeenkomst *ter hand moet stellen*. Slechts indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, kan de gebruiker ermee volstaan aan de wederpartij vóór de totstandkoming van de overeenkomst bekend te maken dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponneerd en dat zij op verzoek zullen worden toegezonden (art. 6:234 lid 1 sub b BW). Indien de wederpartij om toezending verzoekt, zal de gebruiker de voorwaarden onverwijld en op eigen kosten moeten toezenden. Doet hij dat niet dan zijn de algemene voorwaarden alsnog vernietigbaar (art. 6:234 lid 2 BW). De verplichting tot toezending geldt echter niet indien de toezending redelijkerwijs niet van de gebruiker kan worden geveerd (art. 6:234 lid 3 BW).

Een bijzondere regeling geldt voor overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand komen (art. 6:234 lid 1 sub c BW). In dit geval moeten de algemene voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking worden gesteld op een zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, dan moet vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij bekend worden gemaakt waar van de algemene voorwaarden langs elektronische weg kennis kan worden genomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.

In Geurtzen/Kampstaal heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de tekst van artikel 6:234 lid 1 BW wijst op een gesloten stelsel. Uit de parlementaire geschiedenis moet volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat de wetgever heeft beoogd een stelsel tot stand te brengen dat het voor de gebruiker slechts binnen enge grenzen mogelijk maakt zich tegenover zijn wederpartij (niet zijnde een onderneming als bedoeld in artikel 6:235 BW) ter afwering van een door deze gedaan beroep op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden erop te beroepen dat hij aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden van die algemene voorwaarden kennis te nemen.

¹⁹¹ Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 353a, 374-376.

De Hoge Raad heeft echter twee correcties aanvaard op de geslotenheid van het systeem. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW brengt volgens de Hoge Raad namelijk mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Daarbij valt volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende exoneratieclausule die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan de klanten wordt gepresenteerd.

Ook kunnen zich, zo oordeelde de Hoge Raad, omstandigheden voordoen waarin een beroep op de artikelen 6:233 sub b en artikel 6:234 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁹²

De huidige Nederlandse regeling in verband met de zgn. informatieplicht vereist in het licht van het richtlijnvoorstel op het ene punt onvoldoende en op het andere punt te veel.

De huidige Nederlandse regeling vereist te weinig, omdat artikel 6:233 sub b BW niet bepaalt dat de mogelijkheid tot kennisname vooraf dient te gaan aan de contractsluiting. Dit vloeit wel voort uit de combinatie van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 BW. Maar, artikel 6:234 BW vereist, althans in zijn huidige interpretatie, meer dan toegelaten door het richtlijnvoorstel. Artikel 6:234 BW houdt in zijn actuele interpretatie immers een limitatieve opsomming in van de wijzen waarop aan de eis van artikel 6:233 sub b BW kan worden voldaan en dat laat artikel 31 lid 4 Richtlijnvoorstel niet toe. Om overeenstemming met het richtlijnvoorstel te bereiken is de schrapping van artikel 6:234 BW een optie. Een minder ingrijpende optie bestaat erin om te bepalen dat aan de eis van artikel 6:233 sub b BW in ieder geval is voldaan indien de regels van artikel 6:234 BW zijn gevolgd, zonder evenwel de mogelijkheid uit te sluiten dat op een andere wijze aan de eisen van artikel 6:233 sub b wordt voldaan.¹⁹³

¹⁹² HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207, met noot JH.

¹⁹³ In deze zin Wissink, M.W., “Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) richtlijn consumentenrechten”, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse, nr. 25. Zie ook Loos, M.B.M. in dezelfde bundel. De laatst genoemde

Artikel 6:233 sub b BW moet van zijn kant zodanig worden gepreciseerd dat de mogelijkheid tot kennisname van de algemene voorwaarden vooraf dient te gaan aan de contractsluiting.

c. Noodzaak van uitdrukkelijke instemming van de consument met aanvullende betalingen

Een expliciete regel inhoudende dat de handelaar de uitdrukkelijke instemming van de consument dient te vragen met eventuele aanvullende betalingen naast de overeengekomen betaling voor het onderwerp van de eigenlijke contractuele verplichting van de handelaar kent het Nederlandse recht niet. Deze regel moet worden ingevoegd in het B.W.

6.1.4.2.3 Vergelijking met het DCFR

Ook onder het DCFR staat de transparantieplicht centraal. Het DCFR doelt met dit begrip echter enkel op de verplichting om niet individueel onderhandelde bedingen op te stellen en mee te delen “in plain, intelligible language” (art. II.-9:402 lid 1 DCFR).

In een contract tussen een handelaar en een consument kan een beding louter op grond van de schending van de transparantieplicht als oneerlijk worden aangemerkt (art. II.-9:402 lid 2 DCFR).

Een “informatieplicht” in de zin van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 BW is te vinden in artikel II.-9:103 DCFR dat bepaalt dat de gebruiker zich slechts jegens de wederpartij kan beroepen op bedingen die door hem werden voorzien en die niet individueel werden onderhandeld, indien de wederpartij op de hoogte was van die bedingen of indien de gebruiker redelijke stappen heeft gezet om de aandacht van de wederpartij erop te vestigen vóór of ten tijde van de contractsluiting.

6.1.4.3 Algemene inhoudelijke norm

6.1.4.3.1 Principe

a. Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel

De algemene norm inzake oneerlijke bedingen is in het huidige Nederlandse recht te vinden in artikel 6:233 sub a BW:

auteur verdedigde deze interpretatie van art.6:234 overigens reeds onder het geldende recht, zie Loos, M., *Algemene voorwaarden*, Den Haag, Boom, 2001, nr. 59-63 met nadere verwijzingen.

“Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar
a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij”.

Op grond van artikel 32 lid 1 Richtlijnvoorstel is een beding in een overeenkomst dat niet is opgenomen op de zwarte of grijze lijst oneerlijk

“indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument”.

Voor de beoordeling van het oneerlijk karakter van het beding worden

“alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdende met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een voorwaarde in een overeenkomst houdt de bevoegde nationale autoriteit ook rekening met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft medegedeeld, in het licht van (de transparantieplicht van) artikel 31”.

Dit geldt onverminderd hetgeen bepaald is omtrent de zwarte lijst, namelijk dat de hierop voorkomende bedingen steeds oneerlijk zijn en onverminderd het bepaalde in artikel 38 Richtlijnvoorstel inzake handhaving. Hiermee lijkt bedoeld te worden op het feit dat in het kader van een algemene vordering tot beoordeling van de toelaatbaarheid van verder gebruik van bepaalde bedingen (per definitie) geen rekening gehouden kan worden met de elementen eigen aan een concrete overeenkomst.

De actuele tekst van artikel 6:233 sub a BW lijkt geen aanpassing te behoeven om in overeenstemming te worden gebracht met de relevante bepalingen uit het richtlijnvoorstel. Wel dient het inleidende zinsdeel van artikel 6:233 BW te worden geherformuleerd. Dit bepaalt thans:

“Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar”

Bij de bespreking van het toepassingsgebied van de regeling inzake oneerlijke bedingen bleek reeds dat deze na implementatie van het richtlijnvoorstel niet beperkt mag blijven tot algemene voorwaarden, maar dient te gelden voor niet-onderhandelde bedingen.

Over de vraag of vernietiging als sanctie behouden kan blijven, zie *infra* 6.1.4.4.2.f.i.

b. Vergelijking met het DCFR

Het DCFR zit op hetzelfde spoor. Volgens artikel II.-9:403 is een niet individueel onderhandeld beding in een contract tussen een handelaar en een consument oneerlijk (“unfair”)

“if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing”.

Artikel II.-9:407 DCFR omschrijft de factoren waarmee rekening is te houden bij de beoordeling van de oneerlijkheid (“unfairness”) van een beding als volgt:

“(1) When assessing the unfairness of a contractual term for the purposes of this Section, regard is to be had to the duty of transparency under II.-9:402 (Duty of transparency in terms not individually negotiated), to the nature of what is to be provided under the contract, to the circumstances prevailing during the conclusion of the contract, to the other terms of the contract and to the terms of any other contract on which the contract depends.

(2) For the purposes of II. – 9:403 (Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer) the circumstances prevailing during the conclusion of the contract include the extent to which the consumer was given a real opportunity to become acquainted with the term before the conclusion of the contract”.

6.1.4.3.2 *Uitgesloten bedingen*

Op grond van artikel 6:231, a zijn uitgesloten van de regeling inzake algemene voorwaarden:

“bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.

Deze uitsluiting geldt zowel ten aanzien van de inhoudstoetsing als ten aanzien van de informatieplicht.

Ook het richtlijnvoorstel bevat een uitsluiting van kernbedingen, maar enkel ten aanzien van de inhoudstoetsing. Op grond van het derde lid van artikel 32 Richtlijnvoorstel is de inhoudstoetsing namelijk niet van toepassing op

“de beoordeling van het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst of op de redelijkheid van de aangegeven betaling voor de vervulling van de centrale contractuele verplichtingen van de handelaar, op voorwaarde dat de handelaar volledig voldaan heeft aan (de transparantieplicht, geformuleerd in) artikel 31”.

Overweging 49 van de preambule geeft evenwel aan dat de prijs/kwaliteit-verhouding wel een rol kan spelen bij de beoordeling van de oneerlijkheid van andere bedingen in overeenkomsten.

Ook het DCFR sluit kernbedingen die duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd uit van de inhoudstoetsing.¹⁹⁴ Het DCFR sluit ook van de unfairness toets uit contractuele bedingen die gebaseerd zijn op:

“(a) provisions of the applicable law;
(b) international conventions to which the Member States are parties, or to which the European Union is a party; or
(c) these rules”.

Artikel 30 lid 3 Richtlijnvoorstel bepaalt verder dat het hoofdstuk met betrekking tot (oneerlijke) bedingen in overeenkomsten niet van toepassing is

“op bedingen in overeenkomsten die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en met de bepalingen of beginselen van internationale verdragen waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn”.

6.1.4.4 Grijs en zwarte lijsten

6.1.4.4.1 *Wijzigingen in het BW bij implementatie van het richtlijnvoorstel*

a. Schraping of aanpassing van de huidige zwarte en grijze lijst?

Indien het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, lijkt het verstandig de huidige zwarte en grijze lijsten opgenomen in de artikel 6:236 en 6:237 BW te vervangen door de lijsten die als bijlage

¹⁹⁴ Art. II.-9:406, lid 2 DCFR: “For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

bij het richtlijnvoorstel zijn gevoegd.¹⁹⁵ Het is immers niet eenvoudig om af te wegen in welke mate bepaalde thans gehanteerde formuleringen dezelfde lading dekken als de door het richtlijnvoorstel gehanteerde vermeldingen. Hierna wordt niettemin getracht aan te geven of de thans gehanteerde formuleringen houdbaar blijven en of bepaalde feitelijke situaties die thans onder een bepaalde formule kunnen worden gebracht ook onder de door het richtlijnvoorstel gehanteerde formuleringen kunnen worden gevat. Van belang is ook dat het loutere feit dat een bepaald beding niet meer voorkomt op de zwarte of grijze lijst, niet tot gevolg heeft dat het gebruik ervan geoorloofd is. Een beding dat niet voorkomt op de zwarte of grijze lijst kan immers nog steeds oneerlijk zijn op grond van de algemene norm opgenomen in artikel 32 lid 1 Richtlijnvoorstel

“indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument”.¹⁹⁶

b. Mogelijk te handhaven op de zwarte lijst

* Artikel 6:236 sub d verklaart onredelijk bezwarend het beding

“dat de beoordeling van de vraag of de gebruiker in de nakoming van een of meer van zijn verbintenissen is te kort geschoten aan hem zelf overlaat, of dat de uitoefening van de rechten die de wederpartij ter zake van een zodanige tekortkoming volgens de wet toekomen, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat deze eerst een derde in rechte heeft aangesproken”.

Het eerste deel van deze bepaling kan behouden blijven, omdat Bijlage II, sub e als oneerlijk beschouwt:

“het toekennen aan de handelaar van het recht te bepalen of de geleverde goederen of de dienst in overeenstemming zijn met de overeenkomst, of van het exclusieve recht om de bedingen van de overeenkomst te interpreteren”.

Het tweede deel van artikel 6:236 sub d kan behouden blijven, omdat Bijlage II, sub c als oneerlijk beschouwt:

“het uitsluiten of beperken van het recht van de consument om juridische stappen te nemen of van enig ander rechtsmiddel gebruik te maken, met name door de

¹⁹⁵ In deze zin ook Hardy, R.R.R., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *WPNR* 2009, 71; Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 177.

¹⁹⁶ *Cf. supra*, 6.1.4.3.

consument te verplichten om eventuele geschillen uitsluitend voor te leggen aan een niet onder een wettelijke regeling vallend scheidsgerecht”.

* Op grond van de bepaling van Bijlage II, sub c kan ook behouden blijven, de bepaling van artikel 6:236 sub g BW: het beding dat

“een wettelijke verjarings- of vervaltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht moet geldend maken, tot een verjarings- onderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan een jaar verkort”.

Mogelijk kunnen op deze grond ook behouden blijven:

- artikel 6:236 sub m dat handelt over bedingen waarbij een wederpartij die bij het aangaan van de overeenkomst werkelijke woonplaats in een gemeente in Nederland heeft, woonplaats kiest anders dan voor het geval zij te eniger tijd geen bekende werkelijke woonplaats in die gemeente zal hebben, tenzij de overeenkomst betrekking heeft op een registergoed en woonplaats ten kantore van een notaris wordt gekozen;
- artikel 6:236 sub n betreffende bedingen die voorzien in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.¹⁹⁷

* Artikel 6:236 sub k BW kan wellicht behouden blijven, omdat Bijlage II, sub d de lading ervan dekt. Artikel 6:236 sub k BW betreft het beding

“dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend.

¹⁹⁷ In de doctrine is opgemerkt dat het forumbeding niet voorkomt op de zwarte lijst, hetgeen merkwaardig wordt bevonden nu het Hof van Justitie zelf oordeelde dat dit altijd als oneerlijk moest worden beschouwd. Tijdens een symposium over het richtlijnvoorstel in Manchester op 12 en 13 januari 2009 zei Eric Stibton, medewerker van de Europese Commissie desgevraagd dat plaatsing van het forumbeding op de zwarte lijst niet nodig was omdat een dergelijk beding volgens de Rome-I verordening niet is toegestaan. Dit is echter slechts het geval voor de internationale forumkeuze, terwijl het arrest Océano Grupo juist betrekking had op een nationale forumkeuze. Zie Loos, M.B.M., *o.c.*, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse. Uit de uitspraak van Stibton lijkt voort te vloeien dat de Commissie het forumbeding niet begrepen achtte in Bijlage II, sub c.

Bijlage II sub d beschouwt als oneerlijk

“het beperken van de bewijsmiddelen waarover de consument kan beschikken, of het opleggen aan de consument van een bewijslast die volgens het geldende recht op de handelaar zou moeten rusten”.

c. Toe te voegen aan de huidige zwarte lijst

Nieuw op de zwarte lijst zullen zijn, bedingen die strekken tot:

- het uitsluiten of beperken van de wettelijke aansprakelijkheid van de handelaar bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument door het toedoen of nalaten van die handelaar (Bijlage II, sub a Richtlijnvoorstel);
- het beperken van de verplichting van de handelaar om de verbintenissen na te komen die door zijn gevolmachtigden zijn aangegaan, of het laten afhangen van diens verbintenissen van het voldoen aan een bijzondere voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend van de wil van de handelaar afhangt (Bijlage II, sub b Richtlijnvoorstel).

d. Te schrappen van de huidige zwarte lijst

Niet langer op de zwarte lijst kunnen staan, bedingen

- krachtens welke de wederpartij aan de gebruiker bij voorbaat toestemming verleent zijn uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen op een der in afdeling 3 van titel 2 bedoelde wijzen op een derde te doen overgaan, tenzij de wederpartij te allen tijde de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden, of de gebruiker jegens de wederpartij aansprakelijk is voor de nakoming door de derde, of de overgang plaatsvindt in verband met de overdracht van een onderneming waartoe zowel die verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren (thans art. 6:236 sub e BW);
- die voor het geval bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan een derde wordt toegebracht door de gebruiker of door een persoon of zaak waarvoor deze aansprakelijk is, de wederpartij verplicht deze schade hetzij aan de derde te vergoeden, hetzij in haar verhouding tot de gebruiker voor een groter deel te dragen dan waartoe zij volgens de wet verplicht zou zijn (art. 6:236 sub h BW);
- die de gebruiker de bevoegdheid geven de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden (art. 6:236 sub i BW);
- die in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken, elektriciteit daaronder begrepen, of tot het geregeld doen van verrichtingen, leiden tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing van meer dan een jaar (art. 6:236 sub j BW);

- die ten nadele van de wederpartij afwijken van artikel 37 van Boek 3, tenzij ze betrekking hebben op de vorm van door de wederpartij af te leggen verklaringen of bepalen dat de gebruiker het hem door de wederpartij opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is meegedeeld (art. 6:236 sub l BW).

e. Thans op de zwarte lijst, onder het richtlijnvoorstel op de grijze lijst

Bedingen die thans op de zwarte lijst staan, maar na implementatie op de grijze lijst lijken te moeten komen, zijn deze bedoeld in:

- artikel 6:236 sub a BW dat betrekking heeft op bedingen die de wederpartij geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemen de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen;
- artikel 6:236 sub b BW betreffende bedingen die de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluiten of beperken;
- artikel 6:236 sub c BW betreffende bedingen die een de wederpartij volgens de wet toekomende bevoegdheid tot opschorting van de nakoming uitsluiten of beperken of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot opschorting verlenen dan hem volgens de wet toekomt;
- en ten dele ook artikel 6:236 sub f BW dat handelt over bedingen die voor het geval uit de overeenkomst voor de gebruiker voortvloeiende rechten op een derde overgaan, ertoe strekken bevoegdheden of verweermiddelen die de wederpartij volgens de wet jegens die derde zou kunnen doen gelden, uit te sluiten of te beperken;

Het betreft hier immers bedingen die strekken tot

“uitsluiting of beperking van de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de handelaar of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de handelaar van een van diens contractuele verplichtingen, met inbegrip van de mogelijkheid voor de consument om een schuld jegens de handelaar te compenseren met een schuldvordering jegens deze”.

Deze zijn in het richtlijnvoorstel opgenomen op de *grijze lijst*, opgenomen in Bijlage III, sub a.

f. Overeenkomsten tussen de grijze lijst van het BW en het richtlijnvoorstel

Bij vergelijking van de grijze lijst van het BW met die van het richtlijnvoorstel ziet men gelijkenissen:

- tussen artikel 6:237 sub c dat handelt over bedingen die de gebruiker de bevoegdheid verlenen een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden, en
bijlage III sub k dat handelt over bedingen die de handelaar de mogelijkheid verlenen om eenzijdig de bedingen van de overeenkomst te wijzigen, met inbegrip van de kenmerken van het product of de dienst;
- tussen artikel 6:237 BW sub i dat handelt over bedingen die voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de wederpartij in de nakoming van haar verbintenis is tekort geschoten, de wederpartij verplichten een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst, en
bijlage III sub g dat betrekking heeft op bedingen die de handelaar voorzien van de mogelijkheid om door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of uitvoeren van de overeenkomst, zonder dat erin is voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag verlangen van de handelaar wanneer die zich terugtrekt.
- tussen artikel 6:237 sub l BW dat handelt over bedingen die de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden binden aan een opzegtermijn die langer is dan drie maanden of langer dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen, en
bijlage III sub d over de mogelijkheid voor de handelaar om de overeenkomst naar believen op te zeggen, terwijl de consument niet dat recht heeft.

Een aantal gevallen die onder de regeling van het BW kunnen worden ondergebracht onder de clausule vermeld in artikel 6:237 sub b, met betrekking tot bedingen die de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperken ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten, worden onder het richtlijnvoorstel in verschillende categorieën ondergebracht, de volgende, vermeld in Bijlage III

- sub b: de mogelijkheid voor de handelaar om door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of uitvoeren van de overeenkomst, zonder dat erin is voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag verlangen van de handelaar wanneer die zich terugtrekt;

- sub i: de mogelijkheid voor de handelaar om zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst aan derden over te dragen zonder instemming van de consument; en de reeds vermelde bedingen sub d, g, k en l van Bijlage III.

De bedingen die thans kunnen worden aangepakt op grond van artikel 6:237 sub h BW, namelijk bedingen die als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stellen van haar toekomstige rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen, kunnen wellicht deels worden bestreden als in Bijlage III sub a vermelde bedingen, namelijk bedingen tot uitsluiting of beperking van de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de handelaar of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de handelaar van één van diens contractuele verplichtingen, met inbegrip van de mogelijkheid voor de consument om een schuld jegens de handelaar te compenseren met een schuldvordering jegens deze.

g. Bedingen voorkomend op de grijze lijst van het BW, die lijken te moeten worden geschrapt

Voor de volgende door de grijze lijst van het BW vermelde bedingen is in de lijsten van het richtlijnvoorstel echter niet meteen een substituuat te vinden, bedingen die:

- de gebruiker een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geven om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren (sub a);
- dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden gevegd (sub d);
- dat de gebruiker een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft (sub e);
- dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of met een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevegd (sub j);
- dat voor een overeenkomst als bedoeld in artikel 6:236 sub j BW een duur bepaalt van meer dan een jaar, tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen (sub k);
- dat voor de geldigheid van een door de wederpartij te verrichten verklaring een strengere vorm dan het vereiste van een onderhandse akte stelt (sub m);

- dat bepaalt dat een door de wederpartij verleende volmacht onherroepelijk is of niet eindigt door haar dood of ondercuratelestelling, tenzij de volmacht strekt tot levering van een registergoed (sub n).

6.1.4.4.2 Vergelijking van het richtlijnvoorstel met het DCFR

a. Vergelijking van de zwarte lijst van het DCFR met die van het richtlijnvoorstel

De zwarte lijst van het DCFR bevat op het eerste gezicht slechts één categorie van bedingen, namelijk de door een handelaar verstrekte exclusieve bevoegdheidsclausules, waarbij de rechtbanken van de vestigingsplaats van de handelaar exclusief bevoegd worden geacht voor alle geschillen die voortvloeien uit het contract, tenzij de gekozen rechtbanken ook die van de woonplaats (“domicile”) van de consument zijn (art. II.-9:409 DCFR). Deze bepaling vertoont een zekere gelijkenis met bedingen vermeld op de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel sub c, namelijk bedingen tot uitsluiting of beperking van het recht van de consument om juridische stappen te nemen of van enig ander rechtsmiddel gebruik te maken, met name door de consument te verplichten om eventuele geschillen uitsluitend voor te leggen aan een niet onder een wettelijke regeling vallend scheidsgerecht.

Echter, ook buiten de afdeling betreffende “unfair terms” kan men in het DCFR een aantal “zwarte” bedingen vinden. Het betreft bedingen tot beperking van het herroepingsrecht (art. II.5:101), bedingen houdende afstand of beperking van de rechten van de consument-koper wegens schending van de conformiteitsplicht door de verkoper (art. IV.A.-2:309 en IV.A.4:101) en bedingen houdende afstand of beperking van de rechten van de consument-huurder wegens schending van de conformiteitsplicht door de verhuurder (art. IV.B.-1:103). Deze bedingen worden weliswaar niet als “unfair” aangemerkt maar zij worden *per se*, zonder dat een verdere toetsing is vereist, niet-bindend geacht jegens de partij die afstand doet van haar rechten.

Het richtlijnvoorstel bevat, zoals hiervoor aangegeven, een meer uitvoerige zwarte lijst, *cf. supra* 4.5.5.3.3.b.

Wel is een zeer uitvoerige grijze lijst opgenomen in artikel II.-9:410 DCFR. Er bestaan belangrijke parallellen tussen de zwarte en grijze lijsten van het richtlijnvoorstel en de grijze lijst van het DCFR. Om deze reden beperken wij ons hier tot een vergelijking van deze beide teksten.

b. Overeenkomsten tussen de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel en de grijze lijst van het DCFR

Vrijwel al de bedingen die voorkomen op de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel, vinden een equivalent op de grijze lijst van het DCFR. Het betreft:

- bedingen tot uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid van de handelaar bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument door het doen of nalaten van de handelaar (beding vermeld sub a op de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel en de grijze lijst van het DCFR);

- bedingen tot beperking van de verplichting van de handelaar om verbintenissen na te komen die door zijn gevolmachtigden zijn aangegaan (beding sub b, eerste alternatief op de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel en sub m, eerste alternatief van de grijze lijst van het DCFR).

- bedingen tot uitsluiting of beperking van het recht van de consument om juridische stappen te zetten of van enig ander rechtsmiddel gebruik te maken, met name door de consument te verplichten om eventuele geschillen uitsluitend voor te leggen aan een niet onder een wettelijke regeling vallend scheidsgerecht of het beperken van de bewijsmiddelen van de consument of de omkering van de bewijslast ten laste van de consument (bedingen sub c en d van de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel en sub p van de grijze lijst van het DCFR);

- bedingen die de handelaar het recht toekennen om te bepalen of de geleverde goederen of de dienst in overeenstemming zijn met de overeenkomst, of van het exclusieve recht om de bedingen van de overeenkomst te interpreteren (beding sub d van de zwarte lijst van het richtlijnvoorstel en sub l van de grijze lijst van het DCFR).

c. Overeenkomsten tussen de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en die van het DCFR

Ook tussen de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en die van het DCFR bestaan er belangrijke parallellen, meer bepaald met betrekking tot:

- bedingen die de remedies van de consument, met inbegrip van schuldvergelijking, beperken in geval van niet of niet behoorlijke nakoming door de handelaar van zijn contractuele verbintenissen (beding sub a van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub b van deze van het DCFR). Het DCFR is wel minder consumentvriendelijk dan het richtlijnvoorstel in die zin dat het slechts veronderstelt dat deze bedingen oneerlijk zijn indien ze de rechten van de

consument op ongepaste wijze beperken, terwijl het richtlijnvoorstel deze kwalificatie niet nodig acht;

- bedingen die de handelaar de mogelijkheid bieden om de door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of uitvoeren van de overeenkomst, zonder dat erin is voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag verlangen van de handelaar wanneer die zich terugtrekt (beding sub b van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub d van deze van het DCFR);

- bedingen die de consument ingeval hij zijn verbintenissen niet nakomt schadevergoedingen opleggen die buiten verhouding staan tot de door de handelaar geleden schade (beding sub c van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub e van de grijze lijst van het DCFR);

- bedingen tot automatische verlenging van een contract van bepaalde duur tenzij de consument aangeeft dit niet te wensen, waarbij de consument verplicht wordt om lang voor het einde van de overeenkomst te kennen te geven dat hij geen verlenging wenst (beding sub f van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub h van de grijze lijst van het DCFR);

- bedingen die de consument verplichten zijn verbintenissen uit de overeenkomst na te komen wanneer de handelaar dat niet heeft gedaan (beding sub h van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub n van de grijze lijst van het DCFR);

- bedingen die een handelaar de mogelijkheid verlenen om zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst aan derden over te dragen zonder instemming van de consument (beding vermeld sub i van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub o van de grijze lijst van het DCFR). Het DCFR stelt wel als bijkomende vereiste voor de gelding van het vermoeden dat de bedoelde handelswijze de garanties die de consument ter beschikking staan, zou kunnen beperken;

- bedingen die de handelaar de mogelijkheid bieden om eenzijdig de bedingen van de overeenkomst te wijzigen, met inbegrip van de kenmerken van het product of de dienst (vermeld sub k op de grijze lijst van het richtlijnvoorstel¹⁹⁸) en de bedingen vermeld sub j van

¹⁹⁸ Deze regel geldt niet voor bepaalde bedingen in financiële overeenkomsten, noch voor bedingen waarbij de handelaar zich het recht voorbehoudt om eenzijdig de voorwaarden van een overeenkomst van onbepaalde duur te wijzigen, mits hij verplicht is dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de consument en deze vrij is de overeenkomst op te zeggen (art. 4 Bijlage III Richtlijnvoorstel).

de grijze lijst van het DCFR dat weliswaar enkel handelt over bedingen met betrekking tot de kenmerken van het product of de dienst en deze bedingen slechts aantast voor zover zij de handelaar de mogelijkheid geven deze kenmerken zonder geldige reden te wijzigen.

- bedingen die de handelaar de mogelijkheid geven om de met de consument bij de sluiting van de overeenkomst overeengekomen prijs te verhogen, zonder dat de consument het recht heeft de overeenkomst op te zeggen (beding sub g van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en sub k van de grijze lijst van het DCFR);

- bedingen die de handelaar de mogelijkheid bieden om de overeenkomst naar believen op te zeggen terwijl de consument dat recht niet heeft (beding sub d van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en beding sub f, eerste alternatief van de grijze lijst van het DCFR).

Gelijkenis bestaat ook tussen de bedingen vermeld sub e van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel, namelijk bedingen die de handelaar de mogelijkheid bieden om een contract van onbepaalde duur zonder redelijke opzeggingstermijn te beëindigen zonder dat de consument ernstig in gebreke is gebleven en het beding vermeld sub g van de grijze lijst van het DCFR dat handelt over bedingen die de handelaar een dergelijke mogelijkheid bieden zonder dat ernstige gronden zijn om zo te handelen. Beide bepalingen voorzien in uitzonderingen voor overeenkomsten in verband met financiële dienstverlening (art. 2 van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel en art. 2 van de grijze lijst van het DCFR).

Gelijkenis bestaat verder tussen

- enerzijds de bedingen vermeld sub g van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel die de handelaar de mogelijkheid bieden om de met de consument bij de sluiting van de overeenkomst overeengekomen prijs te verhogen, zonder dat de consument het recht heeft de overeenkomst op te zeggen tenzij zij voorkomen in bepaalde financiële overeenkomsten of het gaat om wettige bedingen van prijsindexering waarin de wijze waarop de prijs wordt aangepast expliciet wordt beschreven¹⁹⁹ en anderzijds

de bedingen vermeld sub i van de grijze lijst van het DCFR die de handelaar de mogelijkheid geven om de contractvoorwaarden eenzijdig en zonder geldige, in het contract omschreven reden te wijzigen, behoudens voor zover het gaat om bepaalde bedingen in bepaalde financiële overeenkomsten of om bedingen waarbij een handelaar

¹⁹⁹ Art. 3 Bijlage III Richtlijnvoorstel.

zich het recht voorbehoudt om de contractvoorwaarden van een contract van onbepaalde duur eenzijdig te wijzigen op voorwaarde dat de handelaar verplicht is de consument hiervan op de hoogte te stellen met inachtneming van een redelijke opzegtermijn en dat de consument vrij is om de overeenkomst te beëindigen en de bedingen vermeld sub k van de grijze lijst van het DCFR die bepalen dat de prijs van de goederen op het moment van de levering te bepalen is of de handelaar het recht geeft de prijs te verhogen zonder de consument het recht te geven om de overeenkomst te herroepen indien de verhoogde prijs te hoog is in verhouding tot de prijs die bij de contractsluiting was overeengekomen, met uitzondering van wettige indexatieclausules waarin de methode voor de prijsherziening expliciet is omschreven anderszinds. De bedingen sub i en k van de grijze lijst van het DCFR gelden niet voor bepaalde financiële overeenkomsten (art. II.-9:411 lid 2 DCFR).

- De bedingen vermeld sub q van de grijze lijst van het DCFR die de handelaar het recht geven om, indien hetgeen besteld is niet geleverd kan worden, een equivalent te leveren zonder de consument uitdrukkelijk te hebben geïnformeerd van deze mogelijkheid en van het feit dat de handelaar de kosten dient te dragen van de terugzending van hetgeen de consument heeft ontvangen onder het koopcontract indien hij zijn herroepingsrecht uitoefent en de bedingen vermeld sub k van de grijze lijst van het richtlijnvoorstel die de handelaar de mogelijkheid bieden om eenzijdig de bedingen van de overeenkomst te wijzigen, met inbegrip van de kenmerken van het product of de dienst.

d. Vermeldingen op de grijze lijst van het richtlijnvoorstel die ontbreken op de grijze lijst van het DCFR

De grijze lijst van het richtlijnvoorstel vermeldt verder bedingen die

- het recht van de consument beperken om de goederen door te verkopen, door de overdraagbaarheid van door de handelaar verstrekte handelsgaranties te beperken (sub j);
- voorzien in de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de bedingen van de overeenkomst die op een duurzame drager aan de consument zijn meegedeeld, door middel van online-bedingen waarmee de consument niet heeft ingestemd (sub l).

e. Vermeldingen op de grijze lijst van het DCFR die niet voorkomen op de grijze lijst van het richtlijnvoorstel

De grijze lijst van het DCFR vermeldt verder het beding dat

- de consument verbindt tot een overeenkomst die afhankelijk is van een voorwaarde waarvan de vervulling uitsluitend afhangt van de wil van de handelaar (beding sub c);
- het beding dat een handelaar toestaat het geld ontvangen voor nog niet verleende diensten te behouden wanneer de handelaar een overeenkomst herroept of beëindigt (beding sub f).
- de gehoudenheid van de handelaar onderwerpt aan een bijzondere vormvereiste (beding sub m, tweede alternatief).

f. Sancties op oneerlijke bedingen

i. Toetsing in concreto

Volgens artikel 37 Richtlijnvoorstel zijn

“(o)neerlijke bedingen in overeenkomsten (...) niet bindend voor de consument. Een overeenkomst blijft echter bindend voor de partijen wanneer die van kracht kan blijven zonder de oneerlijke bedingen”.

Volgens artikel 6:233 BW zijn bedingen die de inhoudscontrole of de toetsing aan de informatieplicht niet doorstaan vernietigbaar. Krachtens artikel 3:53 lid 1 BW werkt de vernietiging terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Dit heeft tot gevolg dat partijen voor zover zij nog niet tot naleving van de vernietigde bepaling zijn overgegaan, niet tot naleving ervan zijn verplicht. Voorzover de vernietigde bepaling wel reeds gevolgen heeft gehad, moeten deze worden ongedaan gemaakt. Op grond van artikel 3:41 BW geldt dat wanneer een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling betreft, de rechtshandeling voor het overige in stand blijft, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat.

De sanctie van de vernietigbaarheid lijkt de sanctie van artikel 37 Richtlijnvoorstel dus zeer dicht te benaderen. Dat een bepaling die niet-bindend is dat van meet af aan is, terwijl een bepaling die vernietigbaar is wel geldig is tot op het moment waarop zij met retro-actieve werking wordt nietig verklaard, lijkt een eerder theoretisch verschil. Overweging 54 van de preambule bij het richtlijnvoorstel bepaalt dat lidstaten gebruik kunnen maken van ieder gewenst concept van het nationale verbintenissenrecht dat beantwoordt aan de doelstelling dat oneerlijke bedingen niet bindend moeten zijn voor de consument. Is de vernietigbaarheid dan een adequate vertaling naar het Nederlandse recht van het Europese begrip “niet-bindend”?

Het pijnpunt is dat het Hof van Justitie in verband met het gebruik van de term “niet bindend” in de Richtlijn Oneerlijke bedingen in de arresten Océano Grupo²⁰⁰, Cofidis²⁰¹, Mostaza Claro²⁰² heeft gepreciseerd dat de bedoelde “niet-bindendheid” ambtshalve door de rechter moet kunnen worden opgeworpen. Dat is in de regel niet het geval voor de vernietigbaarheid. Er is evenwel betoogd dat de vernietigbaarheid van artikel 6:233 BW onderworpen is aan de algemene regels in verband met de vernietigbaarheid (artikel 3:39 e.v. BW)²⁰³ en dat de slotzinsnede van artikel 3:40 lid 2 BW ruimte laat voor de mogelijkheid om een vernietigbaarheid ambtshalve op te werpen²⁰⁴. Artikel 3:40 lid 2 BW bepaalt:

“Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit”.

De bedoelde slotzinsnede is “een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit”.

Ook wordt betoogd dat de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing via artikel 6:248 lid 2 BW kan worden gerealiseerd. Dat is ongetwijfeld het geval indien aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 6:248 lid 2 BW is voldaan.

Aldus tracht men met de regels van het actuele Nederlandse recht aan de op Europees niveau gestelde eisen te voldoen. Toch kunnen hierbij een aantal bedenkingen worden gemaakt.

De interpretatie die men geeft aan de laatste zinsnede van artikel 3:40 BW lijkt immers wat geforceerd. Is hetgeen kan voortvloeien uit de strekking van een dwingende wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling immers niet veeleer dat strijd daarmee tot nietigheid kan leiden in afwijking van de algemene

²⁰⁰ HvJ EG 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial e.a./Roció Murciano Quintero e.a, Gevoegde zaken C-240/98 tot C-244/98, *Jurispr.* 2000, I-04941 en *NJ* 2000, 730.

²⁰¹ HvJ EG 21 november 2002, Cofidis SA/Jean-Louis Fredout, C-473/00, *Jurispr.* 2002, I-10875 en *NJ* 2003, 703, met noot MRM.

²⁰² HvJ EG 26 oktober 2006, Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL, C-168/05, *Jurispr.* 2002, I-10875, *NJ* 2007, 201 en *TvC* 2007, 56, met noot van Boom, W.H.

²⁰³ Frenk, N., “Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek”, *WPNR* 2001, 73-75, die zich hiervoor baseert op MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1582.

²⁰⁴ Frenk, N., “Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek”, *WPNR* 2001, 73-75; Hartkamp, A.S. 4-II, nr. 250, p. 248-249; MvT op wetsontwerp 27 809 (aanpassing van Boek 7 BW aan richtlijn 99/44/EG), 12. Zie ook Hartkamp, A.S., *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2007, nr. 12, 22.

regel van vernietigbaarheid? De nietigheid is echter veel ingrijpender dan het “niet-bindend zijn” en heeft tot gevolg heeft dat een beding in het geheel geen uitwerking heeft, ook niet ten opzichte van de wederpartij van de consument.

Is het bovendien vanuit wetstechnisch en dogmatisch standpunt wel wenselijk dat het begrip vernietigbaarheid de ene keer wordt gebruikt ter aanduiding van een sanctie die de rechter niet ambtshalve kan opwerpen en de andere keer ter aanduiding van een sanctie die hij wel ambtshalve kan opwerpen?

In het arrest Cofidis oordeelde het Hof van Justitie bovendien:

“Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, verzet zich tegen een nationale regelgeving die, in het kader van een vordering die door een verkoper is ingediend tegen een consument en is gebaseerd op een tussen hen gesloten overeenkomst, de nationale rechter na het verstrijken van een vervalt termijn verbiedt, ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is”.

Ook in het licht van dit oordeel is de vernietigbaarheid als sanctie op oneerlijke bedingen problematisch. De rechtsvordering tot vernietiging verjaart immers door verloop van een termijn van drie jaren vanaf de dag volgend op de dag waarop een beroep op het beding is gedaan (art. 3:52 lid 1, d juncto art. 6:235 lid 4 BW). Na de verjaring is ook geen buitengerechtelijke vernietiging meer mogelijk (art. 3:52 lid 2). Bij wijze van exceptief verweer kan echter ook na verloop van deze termijnen een beroep op de vernietigingsgrond worden gedaan.²⁰⁵

De mogelijkheid van een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW lijkt niet te volstaan om te voldoen aan de Europese vereisten omdat dit artikel slechts met grote terughoudendheid wordt toegepast en derhalve geen equivalent is van de niet-bindendheid die volgens het richtlijnvoorstel als algemene regel oneerlijke bedingen dient te sanctioneren.

Het is de vraag wat dit nu betekent. Aan de ene kant kan worden betoogd dat naar huidig recht er niet werkelijk een probleem aan de orde is gegeven dat rechters volgens gezaghebbende bronnen de ruimte hebben om ambtshalve bedingen die strijdig zijn met de regels van de richtlijn buiten toepassing te laten. Uiteindelijk is dat wat het Europese recht en ook het

²⁰⁵ Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 474, 500.

richtlijnvoorstel verlangt. Aan de andere kant overtuigen de pogingen om voor te houden dat er geen behoefte bestaat aan een concept van “niet-bindendheid” niet helemaal, zodat de vraag rijst of het niet verstandig zou zijn om, wanneer het BW toch moet worden gewijzigd ter implementatie van het richtlijnvoorstel, de term “vernietigbaar” in artikel 6:233 BW te vervangen door de door het richtlijnvoorstel gehanteerde uitdrukking “niet-bindend ten voordele van de consument”. Op deze “niet-bindendheid” zullen de regels in verband met de nietigheid dan wel bij wijze van analogie moeten worden toegepast.

ii. Toetsing in abstracto

Artikel 38 Richtlijnvoorstel verplicht de lidstaten te voorzien in een abstracte toetsing van algemene bedingen op initiatief van personen of organisaties die hierbij volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben. Deze toetsing moet kunnen leiden tot een verbod van verder gebruik van oneerlijke bedingen. De hierop gerichte gerechtelijke stappen moeten afhankelijk van de nationale procedures afzonderlijk of gezamenlijk kunnen worden ondernomen, tegen verschillende handelaren in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene bedingen. Deze verplichting stemt overeen met die opgelegd door artikel 6 Richtlijn Oneerlijke bedingen. Deze werd in het Nederlandse recht geïmplementeerd door de artikelen 6:240 e.v. B.W. Aan de implementatie van artikel 38 Richtlijnvoorstel is dus reeds grotendeels voldaan. Wel zal het toepassingsgebied van de artikelen 6:240 e.v. BW niet langer mogen worden beperkt tot bedingen in algemene voorwaarden, maar dient het zich uit te strekken tot alle niet individueel onderhandelde bedingen.

6.2 Wijzigingen in Boek 7 BW

6.2.1 Verkoop op afstand

6.2.1.1 Toepassingsgebied

Artikel 7:46a sub a BW definieert de overeenkomst op afstand als

“de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand”.

De koop op afstand wordt gedefinieerd als “de overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is” (art. 46a sub b BW).

De overeenkomst tot het verrichten van diensten op afstand als

“de tot het verrichten van diensten strekkende overeenkomst op afstand tussen een dienstverlener die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en een wederpartij, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf” (art. 46a sub c BW).

Hoewel de regeling inzake de overeenkomsten op afstand is opgenomen in afdeling 7.1.9A BW en dus in de kooptitel in Boek 7 BW, geldt zij inderdaad niet enkel voor overeenkomsten met betrekking tot de verkoop van zaken, maar ook voor overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van diensten (zie ook art. 7:46i BW).²⁰⁶

Artikel 2 sub 9 Richtlijnvoorstel definieert de “overeenkomst op afstand” als

“iedere verkoop- of dienstenovereenkomst waarbij de handelaar, vóór de sluiting van de overeenkomst, uitsluitend gebruik maakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand”.

Het is dus niet langer vereist dat er sprake is van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand. Wanneer een handelaar alleen nu en dan op afstand verkoopt of gebruik maakt van een door derden georganiseerd systeem zoals bijvoorbeeld een online-platform, dan zou dit volgens overweging 13 van de preambule bij het Richtlijnvoorstel niet dienen te betekenen dat de consumenten minder bescherming genieten. Ook wanneer er bij een transactie persoonlijk contact buiten verkooppunten heeft plaatsgevonden tussen handelaar en consument, dan dient de overeenkomst volgens overweging 13 van de preambule beschouwd te worden als een overeenkomst op afstand als de overeenkomst vervolgens gesloten is uitsluitend door middel van technieken voor communicatie op afstand, zoals internet of telefoon. Voor de handelaren zou deze definitie van een overeenkomst op afstand de rechtzekerheid verbeteren en hen beschermen tegen oneerlijke concurrentie.

²⁰⁶ In deze zin: Mak, V., “Contracten op afstand”, in: Hartkamp, A.S. Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 239-240.

De definitie die artikel 46 a sub e geeft van een techniek voor communicatie op afstand, namelijk

“een middel dat zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van partijen kan worden gebruikt voor het sluiten van de overeenkomst”

voldoet aan de vereisten van het Richtlijnvoorstel.²⁰⁷

Artikel 7:46b, lid 2 BW bepaalt dat de afdeling betreffende de verkoop op afstand niet van toepassing is op de koop op afstand die wordt gesloten met gebruikmaking van distributieautomaten of geautomatiseerde handelsruimten of op een veiling. Artikel 3 van het betreffende artikel voegt hieraan toe dat de artikelen 46c-46e en 46f lid 1 niet van toepassing zijn op de koop op afstand van hoofdzakelijk levensmiddelen die worden afgeleverd aan de koper op diens woon- of verblijfplaats of werkplek door frequent en op gezette tijden langskomende bezorgers. De regeling betreffende de verkoop op afstand is wel van toepassing op de verkoop op afstand van door leidingen aangevoerd water (art. 7:46b lid 1 BW).

In geval van aanvaarding van het richtlijnvoorstel zal de veiling niet langer kunnen worden uitgesloten van de regeling van de verkoop op afstand (art. 20 Richtlijnvoorstel).

Van het toepassingsgebied van de regeling inzake de verkoop op afstand zullen wel moeten worden uitgesloten:

- de overeenkomsten voor de verkoop van onroerende goederen, alsmede overeenkomsten betreffende andere rechten op onroerende goederen, met uitzondering van verhuur en werkzaamheden met betrekking tot onroerende goederen;
- de overeenkomsten die worden gesloten met telecommunicatie-exploitanten via openbare telefoons voor dat doel;
- de overeenkomsten voor de levering van levensmiddelen of dranken door een handelaar die frequente en regelmatige rondes maakt in de omgeving van zijn bedrijfsruimten (art. 20 lid 1 Richtlijnvoorstel);
- overeenkomsten op afstand voor de levering van logies, vervoer, het restaurantbedrijf en vrijetijdsbesteding, voor wat betreft overeenkomsten waarin een bepaalde datum of periode van uitvoering is voorzien (art. 20 lid 3 Richtlijnvoorstel).

²⁰⁷ Art. 2 sub 7 definieert een techniek voor communicatie op afstand als “ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van handelaar en consument kan worden gebruikt voor de sluiting van de overeenkomst tussen deze partijen”.

6.2.1.2 Informatieverplichtingen

6.2.1.2.1 *Gevolgen van implementatie van het richtlijnvoorstel*

Artikel 7:46c BW dat de bijzondere, voor de verkoop op afstand geldende informatieplichten vastlegt, maakt een onderscheid tussen twee categorieën van gegevens waaromtrent informatie moet worden verschaft.

De informatie omtrent de gegevens van de eerste categorie moet krachtens artikel 7:46c lid 1 BW “tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten” aan de wederpartij worden verstrekt “met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze”. Het betreft de volgende gegevens

“waarvan het commerciële oogmerk ondubbelzinnig moet blijken:

- a. de identiteit en, indien de koop op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, het adres van de verkoper;
- b. de belangrijkste kenmerken van de zaak;
- c. de prijs, met inbegrip van alle belastingen, van de zaak;
- d. voor zover van toepassing: de kosten van aflevering;
- e. de wijze van betaling, aflevering of uitvoering van de koop op afstand;
- f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e;
- g. indien de kosten van het gebruik van de techniek voor communicatie op afstand worden berekend op een andere grondslag dan het basistarief: de hoogte van het geldende tarief;
- h. de termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs;
- i. voor zover van toepassing, in geval van een koop op afstand die strekt tot voortdurende of periodieke aflevering van zaken: de minimale duur van de overeenkomst”.

De gegevens van de tweede categorie hoeven krachtens artikel 7:46c lid 2 BW slechts

“Tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en, voor zover het niet aan derden af te leveren zaken betreft, uiterlijk bij de aflevering, (...) aan de koper (te worden verstrekt) op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of, voor zover het de in de onderdelen a en c-e bedoelde gegevens betreft, op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager, (...) behoudens voor zover zulks reeds is geschied voordat de koop op afstand werd gesloten”.

Het betreft

- “a. de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1 (van art. 7:46c BW);
- b. de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e lid 2;

- c. het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen;
- d. voor zover van toepassing: gegevens omtrent de garantie en omtrent in het kader van de koop op afstand aangeboden diensten;
- e. indien de koop op afstand een duur heeft van meer dan een jaar dan wel een onbepaalde duur: de vereisten voor opzegging van de overeenkomst”.

Deze bepalingen houden geen uitsluiting of vrijstelling in van de verplichting tot naleving van de algemene informatieplichten van de artikelen 6:193d en e BW. De gegevens vermeld in artikel 7:46c lid 1 BW zijn krachtens artikel 6:193f in ieder geval essentieel in de zin van artikel 6:193d lid 2 BW.

Het richtlijnvoorstel maakt een vergelijkbaar onderscheid tussen (eigenlijke) informatieplichten (art. 9) en vormvereisten (art. 11).

Het Richtlijnvoorstel vereist net als de huidige regeling in de eerste plaats de naleving van de “gewone” informatieplichten en voegt daar in artikel 9 nog een aantal specifiek voor de verkoop op afstand geldende informatieplichten aan toe. Specifiek voor de verkoop op afstand is dat in alle gevallen (dus ook wanneer dat al duidelijk is uit de context) de verstrekking van informatie betreffende de wijze van betaling, levering en uitvoering (art. 9 sub a). Dit wordt ook vereist door het huidige artikel 7:46c BW.

Het richtlijnvoorstel vereist ook, evenals artikel 7:46c BW de verstrekking van informatie met betrekking tot het herroepingsrecht. De inhoud van deze informatieplicht verschilt echter. Het huidige BW vereist op het ene punt meer, op het andere punt minder dan het richtlijnvoorstel. Het huidige artikel 7:46c BW gaat verder dan het richtlijnvoorstel in die zin dat het in ieder geval een vermelding met betrekking tot het al dan niet bestaan van een herroepingsrecht vereist. Ook wanneer geen herroepingsrecht geldt, moet dit worden vermeld. Het richtlijnvoorstel vereist enkel informatieverstrekking met betrekking tot het bestaan van een herroepingsrecht, indien dit ook effectief bestaat. In dat geval geldt echter een verdergaande informatieplicht dan onder het BW. Volgens artikel 7:46c, lid 1 f BW hoeft vóór de contractsluiting enkel vermeld te worden of het herroepingsrecht bestaat, na de contractsluiting moeten de vereisten voor de gebruikmaking van het herroepingsrecht worden meegedeeld. Volgens artikel 9 sub b Richtlijnvoorstel moeten, wanneer een recht van herroeping bestaat, de voorwaarden en procedures voor de uitoefening van dat recht worden meegedeeld, overeenkomstig Bijlage I bij het richtlijnvoorstel. Bijlage I bestaat uit twee delen. Deel A somt de informatie op die moet worden verstrekt, deel B bevat een model van

een herroepingsformulier. De verplichting om een herroepingsformulier dat conform is aan de bijlage aan de consument ter beschikking te stellen, is nieuw.

Het richtlijnvoorstel vereist verder de vermelding, wanneer dat verschilt van zijn persoonlijk geografisch adres, van het geografisch adres van de bedrijfsruimten van de handelaar (en indien van toepassing dat van de handelaar namens wie hij optreedt), en waaraan de consument eventuele klachten kan richten (art. 8, c Richtlijnvoorstel). Dit vereiste is niet echt nieuw in vergelijking tot de thans geldende informatieplichten van het BW. Op grond van artikel 7:46c, lid 1 sub c BW, moet tijdig bij de nakoming en, voorzover het niet aan derden af te leveren zaken betreft, uiterlijk op het moment van de aflevering aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager, kennis worden gegeven van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen. De vormvereisten van artikel 7:46c, lid 1, sub c BW kennen geen pendant in artikel 9 Richtlijnvoorstel. De vraag rijst of zij, gelet op het principe van maximumharmonisatie, in geval van omzetting van het richtlijnvoorstel, moeten verdwijnen.

De ingevolge artikel 7:46c lid 1 sub b, c, d en g BW verplicht te vermelden informatie moet reeds worden verstrekt op grond van de algemene informatieplicht van artikel 6:193d en e BW. Zoals hiervoor werd aangegeven, rijst de vraag of voor de verkoop op afstand ten aanzien van deze informatieverstrekking de bijkomende vereisten, vermeld in de aanhef van het artikel behouden kunnen blijven, aangezien zij niet vermeld worden door het richtlijnvoorstel dat maximumharmonisatie beoogt.

De onder artikel 7:46i lid 1 sub i BW vermelde informatie zal (weliswaar zonder de verplichting tot naleving van de vereisten vermeld in de aanhef van het artikel) in geval van implementatie van het richtlijnvoorstel reeds verstrekt moeten worden op grond van de algemene informatieplicht.

De verplichting van artikel 7:46c lid 1 sub h BW tot vermelding van de termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs is niet terug te vinden in het richtlijnvoorstel. Het zou evenwel nuttig zijn om hieromtrent een informatieplicht op te nemen in het richtlijnvoorstel, bij voorkeur bij de algemene informatieverplichtingen van artikel 5 Richtlijnvoorstel. Het is immers belangrijk dat de consument weet hoe lang hij van een bepaald aanbod of van een bepaalde prijs kan profiteren.

In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel is de handelaar verplicht informatie te verstrekken over het eventuele bestaan van gedragscodes, en hoe die geraadpleegd moeten worden, over het bestaan van een regeling voor minnelijke schikking van eventuele geschillen, voor zover van toepassing en over het feit dat de overeenkomst wordt gesloten met een handelaar en dat de consument van de door de Richtlijn Consumentenrechten geboden bescherming profiteert (art. 9 sub c-f Richtlijnvoorstel).

De inhoudelijke vereisten die in artikel 7:46c lid 2, sub a tot en met c BW zijn geregeld, zijn reeds besproken (*cf. supra* 6.2.1.2.1).

Artikel 7:46 lid 2, sub d BW vereist de mededeling

“voor zover van toepassing: (van) gegevens omtrent de garantie en omtrent in het kader van de koop op afstand aangeboden diensten”.

In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel zal informatie omtrent het bestaan en de voorwaarden van klantenservice en handelsgaranties op grond van de algemene informatieplicht (art. 5 lid 1, f Richtlijnvoorstel) moeten worden verstrekt.

Artikel 7:46 lid 2, sub e BW vereist “indien de koop op afstand een duur heeft van meer dan een jaar dan wel een onbepaalde duur” de mededeling van “de vereisten voor opzegging van de overeenkomst”.

Ingeval van implementatie van het richtlijnvoorstel zal informatie over de duur van de overeenkomst, indien van toepassing, of, wanneer de overeenkomst van onbepaalde duur is, de voorwaarden voor het beëindigen van de overeenkomst vereist zijn op grond van de algemene informatieplichten (art. 5 lid 1, g Richtlijnvoorstel).

De informatieplichten van artikel 7:46c lid 2 BW zijn aan vormvereisten onderhevig. Het Richtlijnvoorstel voert in artikel 11 eigen vormvereisten in. Meer bepaald vereist dit artikel:

“1. Bij overeenkomsten op afstand wordt de in artikel 9, onder a), genoemde informatie vóór de sluiting van de overeenkomst aan de consument verstrekt of beschikbaar gemaakt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in leesbare vorm, op een wijze die passend is voor de gebruikte techniek voor communicatie op afstand.

2. Wanneer de handelaar de consument opbelt met het oogmerk een overeenkomst op afstand te sluiten, geeft hij aan het begin van het telefoongesprek met de consument zijn identiteit en het commerciële doel van het gesprek aan.
3. Wanneer de overeenkomst gesloten wordt door middel van een medium dat maar weinig ruimte of tijd biedt voor het tonen van de informatie, vertrekt de handelaar ten minste de informatie betreffende de voornaamste kenmerken van het product en de totale prijs, zoals bedoeld in de artikelen 5, lid 1, onder a) en c), via dat medium voordat de overeenkomst gesloten wordt. De overige in de artikelen 5 en 7 bedoelde informatie wordt door de handelaar op passende wijze aan de consument verstrekt, overeenkomstig lid 1.
4. De consument ontvangt een bevestiging van alle in artikel 9, onder a) tot en met f) bedoelde informatie, op een duurzame drager, binnen een redelijke periode na sluiting van een overeenkomst op afstand, en uiterlijk bij de levering van de goederen of wanneer de verrichting van de dienst begint, tenzij die informatie al vóór de sluiting van de overeenkomst op afstand op een duurzame drager aan de consument is verstrekt.
5. De lidstaten leggen geen andere formele vereisten op dan die in de leden 1 tot en met 4”.

De door het BW gehanteerde vormvereisten moeten vervangen worden door deze voorzien door dit artikel.

6.2.1.2.2 *Vergelijking met het DCFR*

Het DCFR bevat slechts enkele specifieke regels aangaande de informatieplichten bij de verkoop op afstand.

Artikel II.-3:104 lid 1 DCFR bepaalt dat

“(1) When initiating real time distance communication with a consumer, a business has a duty to provide at the outset explicit information on its name and the commercial purpose of the contact”.

Deze bepaling verwoordt (onder meer) de ook in artikel 7:46c lid 1 BW aanwezige informatieplicht betreffende het commerciële oogmerk van het contact tussen handelaar en klant, dat in het richtlijnvoorstel ontbreekt. De bewijslast dat de consument deze informatie heeft ontvangen rust op de handelaar (art. II.-3:104 lid 3 DCFR).

De tweede alinea van het betreffende artikel preciseert dat

“Real time distance communication means direct and immediate communication of such a type that one party can interrupt the other in the course of the communication. It includes telephone and electronic means such as voice over

internet protocol and internet related chat, but does not include communication by electronic mail”.

6.2.1.3 Herroepingsrecht

6.2.1.3.1 *Overzicht*

Het BW kent geen algemene regeling van het herroepingsrecht. Een specifieke regeling van het herroepingsrecht is wel voorzien in afdeling 9A van Boek 7 BW betreffende de verkoop op afstand (art. 7:46d e.v. BW), in afdeling 10A betreffende de koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken (timesharing, art. 7:48c e.v. BW) en in de Colportagewet (art. 25).

Het richtlijnvoorstel voorziet in een grotendeels gelijklopende regeling van het herroepingsrecht voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten.

Het DCFR bevat in Hoofdstuk 5, afdeling 1 van boek II een algemene regeling van het herroepingsrecht die geldt voor alle gevallen waarin afdeling 2 van dat hoofdstuk of enige regel van Boek IV een herroepingsrecht instelt. Afdeling 2 van het betreffende hoofdstuk regelt het herroepingsrecht voor op afstand gesloten overeenkomsten met een consument²⁰⁸ en voor timesharecontracten.²⁰⁹

Aangezien dit onderdeel enkel betrekking heeft op de wijzigingen aan het BW, gaan wij op deze plaats niet verder in op de regels die uitsluitend gelden voor buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten; die worden hierna besproken onder het kopje “Specifieke consequenties voor de Colportagewet”. Dit neemt niet weg dat het te overwegen is om de Colportagewet in geval van herziening, net zoals de andere regels van consumentenrecht, te integreren in het BW.

Op timeshareovereenkomsten wordt in dit rapport niet verder ingegaan, omdat zij buiten het bereik van het richtlijnvoorstel vallen.

²⁰⁸ Omschreven als “contracts negotiated away from business premises”. Art. II-5:201 eerste lid DCFR kent de consument een “right of withdrawal” toe met betrekking tot een contract “under which a business supplies goods, other assets or services, including financial services, to the consumer, or is granted a personal security by the consumer, if the consumer’s offer or acceptance was expressed away from the business premises”.

²⁰⁹ Art. II.-5:202 DCFR.

6.2.1.3.2 *Duur en aanvangspunt*

a. Normale termijn

i. Duur

De “normale” herroepingstermijn bij op afstand gesloten verkoopovereenkomsten bedraagt thans zeven werkdagen (art. 7:46d BW).

Om in overeenstemming te zijn met het richtlijnvoorstel dient deze termijn op veertien dagen te worden gebracht. Uit verweging 24 van de preambule bij het richtlijnvoorstel volgt dat het hier gaat om kalenderdagen. In haar reactie op het Groenboek sprak de Nederlandse regering ook een voorkeur uit voor kalenderdagen.²¹⁰ Deze benadering voorkomt, zeker in geval van grensoverschrijdende verkopen, onzekerheden en discussies.

Ook het DCFR voorziet in een herroepingstermijn van veertien dagen, die echter steeds vervalt na verloop van een jaar na de contractsluiting (art. II.-5:103 lid 3). Een dag is onder het DCFR, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, een kalenderdag (art. I.-1:110 lid 5).

ii. Aanvangspunt

Onder het huidige BW gaat de bedenktijd bij overeenkomsten op afstand lopen vanaf de werkdag volgend op de dag waarop de koper de zaak heeft ontvangen.²¹¹

Volgens het richtlijnvoorstel begint de herroepingstermijn voor een overeenkomst of afstand betreffende de verkoop van goederen te lopen vanaf de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in ontvangst neemt (art. 12 lid 2, tweede zin).

Bij een overeenkomst op afstand voor de verkoop van diensten begint de herroepingstermijn op de dag van de sluiting van de overeenkomst (art. 12 lid 2 derde zin).

Richtlijn 97/7 inzake overeenkomsten op afstand geeft niet aan of de ontbindingsverklaring binnen de herroepingstermijn moet zijn ontvangen door de wederpartij, dan wel of het

²¹⁰ 22.

²¹¹ Art. 7:46d lid 1 BW; MvT, TK 26861, nr. 3, 21; Asser-Hijma, 5-I, nr. 94f, 95; Loos, M.B.M., “De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming” in: Hesselink, M.W., Du Perron, C.E. en Salomons, A.F. (eds.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, 159-160.

volstaat dat zij binnen de herroepingstermijn is verzonden. Ook de regeling van de overeenkomsten op afstand, opgenomen in Boek 7 BW bewaart hieromtrent het stilzwijgen. In het Nederlandse recht valt men dan terug op de algemene bepalingen van boek 3 en meer in het bijzonder op artikel 3:37 BW dat bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring om werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt, tenzij het niet of niet tijdig bereiken van die persoon het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt, in welke gevallen de verklaring uitwerking zal hebben ook al heeft zij die persoon niet of niet tijdig bereikt. Deze oplossing wordt onwenselijk bevonden omdat zij ertoe leidt dat de consument in feite slechts zal beschikken over een bedenktijd die korter is dan de zeven dagen die de richtlijn voorschrijft.²¹² Met de implementatie van het richtlijnvoorstel zou aan deze onwenselijke situatie een einde (moeten) worden gemaakt. Zoals dat reeds het geval was onder de Timeshare richtlijn en de Richtlijn Financiële diensten op afstand en volgens de doctrine ook onder de huidige regeling verkoop op afstand,²¹³ volstaat het volgens artikel 12 lid 3 Richtlijnvoorstel dat de consument de mededeling betreffende de uitoefening van het herroepingsrecht *verzendt* voordat de termijn is verlopen. Bij implementatie van het richtlijnvoorstel, zou dit uitdrukkelijk in het BW moeten worden opgenomen.

Het DCFR voorziet ook op dit punt in een meer gecompliceerde regeling. Artikel II.-5:103 lid 2 bepaalt:

“The withdrawal period ends fourteen days after the latest of the following times;
(a) the time of conclusion of the contract;
(b) the time when the entitled party receives from the other party adequate information on the right to withdraw; or
(c) if the subject-matter of the contract is the delivery of goods, the time when the goods are received”.

b. Verlengde termijn in geval van schending van de informatieplicht

Indien de verkoper niet voldoet aan de hem opgelegde informatieverplichting met betrekking tot het herroepingsrecht, wordt de bedenktijd volgens artikel 7:46d BW bij de verkoop op afstand op drie maanden gebracht. Onder het huidige BW gaat de termijn van drie maanden in vanaf de werkdag na de dag van de ontvangst van de zaak (art. 7:46d lid 1, tweede zin).

²¹² Mak, V., o.c., in: Hartkamp, A.S. Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 246.

²¹³ Asser-Hijma, 5-I, nr. 94f, 95.

Indien de verkoper binnen de termijn van drie maanden aan al zijn informatieverplichtingen voldoet, vervalt de termijn echter zeven dagen nadat de verkoper aan die verplichtingen heeft voldaan (art. 7:46d lid 1 BW).

Het richtlijnvoorstel laat de termijn van drie maanden pas ingaan, nadat de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan (art. 13 Richtlijnvoorstel). Dit houdt dus een verbetering in van de positie van de consument.

Het DCFR voorziet niet in een termijn van bijzondere duur indien de handelaar niet aan zijn informatieplicht met betrekking tot het herroepingsrecht heeft voldaan, zij het dat de reguliere termijn van veertien dagen niet ingaat, voordat de handelaar aan zijn informatieverplichting met betrekking tot het herroepingsrecht heeft voldaan.

c. Kan de herroeping reeds voor aanvang van of alleen binnen de termijn geschieden?

Het DCFR geeft aan dat het herroepingsrecht mag worden uitgeoefend op ieder ogenblik na de contractsluiting en vóór het verstrijken van de termijn voor herroeping (art. II.-5:103 lid 1 DCFR). Het BW spreekt in artikel 7:46d lid 1 daarentegen van “gedurende zeven werkdagen”, hetgeen erop wijst dat het herroepingsrecht slechts kan worden uitgeoefend vanaf het ogenblik waarop de termijn van zeven werkdagen is begonnen. Een argument om onder het richtlijnvoorstel uitoefening van het herroepingsrecht mogelijk te achten voordat de herroepingstermijn is begonnen, kan worden gevonden in artikel 12 lid 3 dat bepaalt dat de herroepingstermijn in acht genomen wordt wanneer de consument de mededeling verzendt voordat de termijn is verlopen.

6.2.1.3.3 *Uitoefening van het herroepingsrecht*

De herroeping vereist een kennisgeving aan de handelaar. Dit ligt besloten in de regeling van het BW en is expliciet bepaald in het DCFR (art. 5:102 lid 1).

De consument hoeft geen redenen op te geven bij de uitoefening van zijn herroepingsrecht. Dit is uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 7:46d lid 1 BW en artikel II.-5:102 lid 1 DCFR en ligt besloten in de regeling van het richtlijnvoorstel.

Het huidige BW stelt geen vereisten aangaande de vorm van de uitoefening van het herroepingsrecht. Ook onder het richtlijnvoorstel blijven de vormvereisten beperkt. Artikel 14

Richtlijnvoorstel vereist wel dat de consument de handelaar op een duurzame drager op de hoogte stelt van zijn beslissing om de overeenkomst te herroepen, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van een standaardformulier dat in bijlage bij het richtlijnvoorstel is gevoegd.²¹⁴ Het richtlijnvoorstel verbiedt de lidstaten verdergaande formele vereisten op te leggen met betrekking tot dit standaardformulier (art. 14 lid 1). Bij overeenkomsten op afstand die via het internet worden gesloten, kan de handelaar ter aanvulling van de reeds genoemde mogelijkheden tot herroeping, aan de consument de mogelijkheid bieden om het standaardformulier voor herroeping in te vullen en toe te zenden via de website van de handelaar. In dat geval dient de handelaar de consument volgens het richtlijnvoorstel onverwijld per e-mail een bevestiging te zenden van de ontvangst van de herroeping (art. 14 lid 2).

In de Nederlandse reactie op het Groenboek stemde de Nederlandse regering in met de opvatting van de Commissie dat het voor de consument en de handelaar duidelijk moet zijn op welke manier gebruik gemaakt kan worden van het herroepingsrecht. Nederland was echter van mening dat het hiervoor niet noodzakelijk was om in de richtlijn vormvereisten op te nemen. In plaats daarvan diende volgens de Nederlandse regering in verband met de koop op afstand meer nadruk te worden gelegd op de naleving van de informatievoorschriften. De Nederlandse regering wees er ook op dat de wijze waarop van het herroepingsrecht gebruik gemaakt kan worden mede afhankelijk is van de manier waarop de handelaar de goederen geretourneerd wil zien. De handelaar zou daarom op basis van de in de richtlijn opgenomen voorschriften in ieder geval verplicht moeten zijn om de consument te voorzien van duidelijke informatie omtrent de wijze waarop hij van het herroepingsrecht gebruik kan maken en de wijze waarop de goederen retour gezonden moeten worden. Het opnemen van één uniforme procedure voor de kennisgeving van opzegging in het hele consumentenacquis zou volgens Nederland voor de handelaren leiden tot een aanzienlijke toename van verplichtingen en belemmeringen in de bedrijfsvoering, terwijl dit niet noodzakelijk zou zijn voor de interne markt. De thans door het richtlijnvoorstel vooruitgeschoven regels in verband met de vorm van de uitoefening van het herroepingsrecht leggen echter slechts een zeer beperkt formeel vereiste op, namelijk een kennisgeving door de consument van zijn beslissing om de overeenkomst te herroepen, op een duurzame drager, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van een standaardformulier dat in bijlage bij het richtlijnvoorstel is gevoegd. Dit zeer beperkte formalisme lijkt enkel bij te

²¹⁴ Bijlage I, deel B.

dragen tot de rechtszekerheid en geen aanleiding te geven tot de eerder door de Nederlandse regering gevreesde gevolgen.

Onder het DCFR volstaat zelfs het terugzenden van het voorwerp van het contract als een kennisgeving van de uitoefening van het herroepingsrecht, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat dit niet de bedoeling was (art. II.-5:102 lid 2 DCFR). Deze mogelijkheid werd ook als optie voorzien door de Commissie in het Groenboek. De Nederlandse regering keurde deze optie af, omdat zij tot teveel rechtsonzekerheid aanleiding zou geven voor de handelaar.²¹⁵

6.2.1.3.4 *Gevolgen van het herroepingsrecht*

a. Beëindiging van de herroepen overeenkomst

Een ontbinding van een op afstand gesloten overeenkomst door uitoefening van het herroepingsrecht doet volgens het huidige BW de wederzijdse verbintenissen van partijen vervallen en verplicht beide partijen tot ongedaanmaking van het reeds gepresteerde.²¹⁶ De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding plaatsvinden (art. 7:46d lid 3 BW).

Het BW bepaalt niet uitdrukkelijk wanneer de ontbinding plaatsvindt. De rechtsleer oordeelt terecht dat de ontbindingsverklaring een gerichte eenzijdige rechtshandeling is die overeenkomstig het algemene artikel 3:37 lid 3 BW uitwerking krijgt op het ogenblik waarop zij de persoon tot wie zij gericht is, bereikt, met als gevolg dat het moment van de ontbinding het moment is waarop de ontbindingsverklaring de verkoper bereikt.²¹⁷

De verplichting tot ongedaanmaking houdt meer bepaald in dat de koper recht heeft op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De verkoper kan ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak aan de koper in rekening brengen (art. 7:46d lid 2 BW).

Deze regels zullen, ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, grotendeels gehandhaafd kunnen blijven. De omzetting van het richtlijnvoorstel in het Nederlandse recht zou wel leiden tot opheldering van een aantal punten die nu niet uitdrukkelijk door de wet zijn geregeld.

²¹⁵ Nederlandse reactie op het Groenboek, 23-24.

²¹⁶ MvT, 23; Nota TK 26861, nr. 5, 24; Asser-Hijma, 5-I, nr. 94f, 95.

²¹⁷ Asser-Hijma, 5-I, nr. 94f, 95.

Het verval van de wederzijdse verbintenissen voor de toekomst is in overeenstemming met artikel 15 Richtlijnvoorstel dat bepaalt dat de partijen door de uitoefening van het herroepingsrecht niet langer verplicht zijn de op afstand gesloten overeenkomst uit te voeren. De verplichtingen tot ongedaanmaking van het reeds gepresteerde worden in het richtlijnvoorstel beschreven in de artikelen 16 en 17. Artikel 16 lid 1 Richtlijnvoorstel bevat de thans in artikel 7:46d BW geformuleerde regel dat de handelaar alle van de consument ontvangen betalingen binnen dertig dagen moet terugbetalen. Volgens het BW loopt de termijn van dertig dagen vanaf de ontbinding. Zoals hiervoor uiteengezet geeft de regeling van het BW inzake de koop op afstand echter niet precies aan op welk moment de ontbinding ingaat, maar moet met toepassing van het algemene artikel 3:37 BW worden aangenomen dat de ontbinding ingaat op het moment van de ontvangst van het bericht tot herroeping. Artikel 16 Richtlijnvoorstel bepaalt uitdrukkelijk dat de termijn van dertig dagen ingaat na ontvangst van het bericht van herroeping. Iedere twijfel over het aanvangspunt van de termijn van dertig dagen wordt dus weggenomen.

Artikel 16 Richtlijnvoorstel bepaalt verder dat de handelaar bij verkoopovereenkomsten kan wachten met terugbetaling totdat hij alle goederen heeft teruggekregen of teruggehaald, of totdat de consument heeft aangetoond dat hij de goederen heeft teruggezonden, al naargelang welk tijdstip eerder valt. Deze regel is thans niet uitdrukkelijk opgenomen in de regeling van de verkoop op afstand in het BW. Op basis van de algemene regels met betrekking tot het opschortingsrecht (art. 6:52 e.v. BW) en de exceptio non adimpleti contractus (art. 6:262 e.v. BW) lijkt dit thans echter ook reeds mogelijk, zodat de omzetting van het richtlijnvoorstel niet tot andere resultaten zal leiden dan thans kunnen worden bereikt.

Het huidige BW geeft niet uitdrukkelijk aan binnen welke termijn de koper de goederen moet teruggeven of terugzenden, al moet worden aangenomen dat dit zo spoedig mogelijk dient te gebeuren. Het richtlijnvoorstel geeft in artikel 17 lid 2 aan dat de koper de goederen binnen de veertien dagen na de dag waarop hij de herroeping aan de handelaar heeft medegedeeld, moet retourneren tenzij de handelaar heeft aangeboden de goederen zelf af te halen. Ingeval het richtlijnvoorstel in het Nederlandse recht wordt omgezet, zal een precisering in deze zin in het BW moeten worden opgenomen.

Volgens artikel II.-5:105 lid 1 BW beëindigt (“terminates”) de uitoefening van het herroepingsrecht de contractuele rechtsverhouding tussen de partijen. Het tweede lid van dit artikel voegt daaraan toe dat

“The restitutionary effects of such termination are governed by the rules in Book III, Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) as modified by this Article, unless the contract provides otherwise in favour of the withdrawing party”.

Het derde lid bepaalt:

“Where the withdrawing party has made a payment under the contract, the business has an obligation to return the payment without undue delay, and in any case not later than thirty days after the withdrawal becomes effective”.

b. Kosten en vergoedingen

Ook wat de kosten van de uitoefening van het herroepingsrecht betreft zitten het huidige BW en het richtlijnvoorstel op dezelfde lijn. De koper is ten hoogste verplicht de directe kosten van het retourneren van de goederen te dragen (art. 7:46d lid 2 BW en art. 17 lid 1 tweede alinea Richtlijnvoorstel).

Nieuw ten opzichte van de huidige regeling inzake de verkoop op afstand is de bepaling van artikel 17 lid 2 Richtlijnvoorstel. Volgens deze bepaling is de consument alleen aansprakelijk voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren.²¹⁸ De consument is echter niet aansprakelijk voor waardevermindering wanneer de handelaar heeft nagelaten om de verplichte informatie over het herroepingsrecht te verstrekken. Voor dienstovereenkomsten waarvoor een herroepingsrecht geldt, draagt de consument, volgens het richtlijnvoorstel, geen kosten voor diensten die geheel of ten dele tijdens de herroepingstermijn zijn verleend. Ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, is het aan te bevelen een dergelijke bepaling in te voegen in het BW. Een belangrijke vernieuwing ten opzichte van het bestaande recht, houdt dit echter niet in. Aangenomen mag worden dat thans op grond van de redelijkheid en billijkheid reeds hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

De regeling van het DCFR is min of meer identiek. Artikel II.-5:105 lid 4 DCFR bepaalt dat de partij die gebruik maakt van haar herroepingsrecht geen schadevergoeding verschuldigd is voor enige waardevermindering die het ontvangene heeft opgelopen door het inspecteren en testen ervan, noch voor enige vernietiging of verlies van of schade aan het ontvangene, op

²¹⁸ Het BW bepaalt dit thans niet uitdrukkelijk. De doctrine neemt evenwel aan dat de consument met het product datgene mag doen dat nodig is om te kunnen beoordelen of het voldoet aan zijn verwachtingen en dat verdergaand gebruik niet is toegestaan. Een kledingstuk bijv. mag men passen, maar men mag het niet dragen om naar een feestje te gaan, zie Breedveld-de Voogd, C.G., “Stelt het recht grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd”, *MvV* 2005-10, 191-193; Schaub, M.Y., “Uitoefening van het ontbindingsrecht bij koop op afstand”, noot onder Geschillencommissie Thuiswinkel 4 juli 2007, *TvC* 2008, 202 e.v.

voorwaarde dat de partij die van het herroepingsrecht gebruik maakte redelijke voorzorgsmaatregelen nam om zulke vernietiging, verlies of beschadiging te voorkomen.

Op grond van het vijfde lid van dit artikel is de partij die van haar herroepingsrecht gebruik maakt, aansprakelijk voor iedere waardevermindering veroorzaakt door normaal gebruik, tenzij die partij nog niet behoorlijk in kennis was gesteld van het herroepingsrecht.

Tenzij anders bepaald in artikel II.-5:105 mag de uitoefening van het herroepingsrecht niet leiden tot enige andere aansprakelijkheid van de partij die van dat recht gebruik maakt (art. II.-5:105 lid 6 DCFR).

Indien de consument een herroepingsrecht uitoefent nadat een handelaar gebruik heeft gemaakt van een contractueel recht om, in plaats van het bestelde, iets te leveren van gelijkwaardige kwaliteit en prijs, dan moet de handelaar de kosten van terugzending daarvan dragen (art. II.-5:105 lid 7 DCFR).

Over de kosten van de uitoefening van het herroepingsrecht in andere gevallen bewaart het DCFR het stilzwijgen.

c. Gevolgen voor verbonden overeenkomsten

Artikel 7:46e lid 1 BW bepaalt dat de ontbinding ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht

“van rechtswege en zonder dat de koper een boete is verschuldigd de ontbinding mee(brengt) van een overeenkomst die ertoe strekt dat de verkoper aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent”.

Lid 2 voegt daaraan toe dat de koper in geval van ontbinding ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht

“tevens het recht (heeft) een ingevolge een overeenkomst tussen de verkoper en een derde aangegane overeenkomst die ertoe strekt dat de derde aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent, zonder boete te ontbinden”.

Op grond van artikel 18 Richtlijnvoorstel dient de kosteloze automatische beëindiging ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht te worden uitgebreid tot alle eventuele

aanvullende overeenkomsten.²¹⁹ Aanvullende overeenkomsten worden door artikel 2 sub 20 Richtlijnvoorstel gedefinieerd als overeenkomsten

“waarbij een consument goederen of diensten verwerft in verband met een overeenkomst op afstand of een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst, en deze goederen of diensten door de handelaar of door een derde partij worden geleverd op basis van een afspraak tussen die derde partij en de handelaar”.

De lidstaten dienen de uitvoeringsbepalingen vast te stellen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten.

Artikel II.-5:106 DCFR bepaalt eveneens dat wanneer de consument zijn “right of withdrawal” uitoefent tegenover een handelaar de gevolgen daarvan zich ook uitstrekken tot “any linked contract”. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat er sprake is van “linked contracts” als een contract geheel of gedeeltelijk gefinancierd is via een kredietcontract en in het bijzonder:

“(a) if the business supplying goods, other assets or services finances the consumer’s performance;
(b) if a third party which finances the consumer’s performance uses the services of the business for preparing or concluding the credit contract;
(c) if the credit contract refers to specific goods, assets or services to be financed with this credit, and if this link between both contracts was suggested by the supplier of the goods, other assets or services, or by the supplier of credit; or
(d) if there is a similar economic link”.

Het DCFR bepaalt niet uitdrukkelijk dat ook andere contracten dan financieringscontracten als linked contract in aanmerking komen. Indien het DCFR op dit punt voortbouwt op de ACQP is dat wel het geval. Uit de noten bij de ACQP bleek immers dat ook

²¹⁹ Voor gelieerde kredietovereenkomsten geldt dit zonder afbreuk te doen aan art. 15 van Richtlijn 2008/48/EG dat bepaalt: “1. Indien de consument op grond van het Gemeenschapsrecht een contract voor de levering van een goed of het verrichten van een dienst heeft herroepen, is hij niet langer gebonden aan de daarmee gelieerde kredietovereenkomst.

2. Indien de onder de gelieerde kredietovereenkomst vallende goederen of diensten niet of slechts gedeeltelijk geleverd, respectievelijk verricht worden of niet met de voorwaarden van het contract voor de levering van een goed of het verrichten van een dienst in overeenstemming zijn, kan de consument zijn rechten doen gelden jegens de leverancier, respectievelijk de dienstverrichter, indien hij niet de genoegdoening heeft gekregen waarop hij overeenkomstig de wet of het contract voor de levering van een goed of het verrichten van een dienst recht heeft, na zijn rechten te hebben doen gelden jegens de kredietgever. De lidstaten bepalen in welke mate en onder welke voorwaarden die rechten worden uitgeoefend.

3. Dit artikel laat de nationale voorschriften onverlet die de kredietgever hoofdelijk en ondeelbaar aansprakelijk stellen met betrekking tot elke vordering van de consument jegens de leverancier, respectievelijk de dienstenaanbieder, indien het afnemen van de goederen of de diensten bij de leverancier, respectievelijk de dienstenaanbieder door middel van een kredietovereenkomst gefinancierd is”.

onderhoudscontracten, verzekeringscontracten en dergelijke als linked contract in aanmerking komen²²⁰.

6.2.1.3.5 *Uitzonderingen op het herroepingsrecht*

Volgens artikel 7:46f BW geldt het herroepingsrecht niet ten aanzien van de koop op afstand:

- “a. van zaken waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de verkoper geen invloed heeft;
- b. van zaken die:
 - 1°. zijn tot stand gebracht overeenkomstig specificaties van de koper;
 - 2°. duidelijk persoonlijk van aard zijn;
 - 3°. door hun aard niet kunnen worden teruggezonden;
 - 4°. snel kunnen bederven of verouderen;
- c. van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur, indien de koper hun verzegeling heeft verbroken;
- d. van kranten en tijdschriften.”

In geval van aanvaarding van de richtlijn dient artikel 7:46f punt a BW te worden uitgebreid tot de levering van diensten (art. 19 lid 1, b Richtlijnvoorstel). De uitsluiting van het herroepingsrecht voor overeenkomsten betreffende de verkoop van zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden, zal moeten worden geschrapt. In plaats daarvan dient het herroepingsrecht te worden uitgesloten voor de levering van diensten waarvan de uitvoering is begonnen, met uitdrukkelijke voorafgaande instemming van de consument vóór het einde van de bedenktijd van veertien dagen is verstreken (art. 19 lid 1, a Richtlijnvoorstel), de levering van wijn waarvan de prijs is overeengekomen bij de sluiting van de verkoopovereenkomst, maar waarvan de levering alleen kan plaatsvinden na de termijn van dertig dagen na de sluiting van de verkoopovereenkomst (art. 19 lid 1, d Richtlijnvoorstel), de diensten van kansspelen en loterijen (art. 19 lid 1, g Richtlijnvoorstel), overeenkomsten die zijn gesloten bij een verkoop op opbod (art. 19 lid 1 h Richtlijnvoorstel).

Artikel II.-5:201 DCFR vermeldt voor overeenkomsten gesloten buiten de onderneming van de handelaar (een categorie die zowel de op afstand als de buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten in de zin van het richtlijnvoorstel omvat) een groot aantal uitzonderingsgevallen, waarin het herroepingsrecht van lid 1 van dat artikel niet geldt:

“(2) Paragraph (1) does not apply to:

²²⁰ Noten bij art. 5:106 ACQP, nr. 2, 4, 7 en 10; Wendehorst, C.C., o.c., in Schmidt-Kessel, M. (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 347.

- (a) a contract concluded by means of an automatic vending machine or automated commercial premises;
 - (b) a contract concluded with telecommunications operators through the use of public payphones;
 - (c) a contract for the construction and sale of immovable property or relating to other immovable property rights, except for rental;
 - (d) a contract for the supply of foodstuffs, beverages or other goods intended for everyday consumption supplied to the home, residence or workplace of the consumer by regular roundsmen;
 - (e) a contract concluded by means of distance communication, but outside of an organised distance sales or service-provision scheme run by the supplier;
 - (f) a contract for the supply of goods, other assets or services whose price depends on fluctuations in the financial market outside the supplier's control, which may occur during the withdrawal period;
 - (g) a contract concluded at an auction;
 - (h) travel and baggage insurance policies or similar short-term insurance policies of less than one month's duration.
- (3) If the business has exclusively used means of distance communication for concluding the contract, paragraph (1) also does not apply if the contract is for:
- (a) the supply of accommodation, transport, catering or leisure services, where the business undertakes, when the contract is concluded, to supply these services on a specific date or within a specific period;
 - (b) the supply of services other than financial services if performance has begun, at the consumer's express and informed request, before the end of the withdrawal period referred to in II.-5:103 (Withdrawal period) paragraph (1);
 - (c) the supply of goods made to the consumer's specifications or clearly personalised or which, by reason of their nature, cannot be returned or are liable to deteriorate or expire rapidly;
 - (d) the supply of audio or video recordings or computer software
 - (i) which were unsealed by the consumer, or
 - (ii) which can be downloaded or reproduced for permanent use, in case of supply by electronic means;
 - (e) the supply of newspapers, periodicals and magazines;
 - (f) gaming and lottery services.
- (4) With regard to financial services, paragraph (1) also does not apply to contracts that have been fully performed by both parties, at the consumer's express request, before the consumer exercises his or her right of withdrawal".

Wanneer men deze bepaling leest in samenhang met de bepalingen van het richtlijnvoorstel inzake buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, dan valt op dat er een grote gelijkenis is tussen de uitzonderingen op het herroepingsrecht onder het richtlijnvoorstel en onder het DCFR.

6.2.2 Consumentenkoop

Op het gebied van de Consumentenkoop zal het Nederlandse BW verscheidene wijzigingen dienen te ondergaan indien het in overeenstemming moet worden gebracht met de regeling die in het thans voorliggende richtlijnvoorstel is uitgewerkt.

6.2.2.1 De wettelijke garantie

6.2.2.1.1 *De omschrijving van de conformiteitseis*

a. Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel

Het BW kent uiteraard reeds de regel dat de geleverde zaak in overeenstemming dient te zijn met de overeenkomst. Deze regel is neergelegd in artikel 7:17 lid 1 BW.

Het BW vermeldt de door de Richtlijn Consumentenkoop en het richtlijnvoorstel voor de beoordeling van de conformiteit gehanteerde criteria echter niet als afzonderlijke elementen van een vermoeden van conformiteit, maar “verwerkt” ze tot een omschrijving van de gevallen waarin de zaak niet beantwoordt aan de overeenkomst (art. 7:17 lid 2 BW) en tot verplichtingen waaraan de zaak moet voldoen (art. 7:17 leden 3 en 4).

Op grond van artikel 7:17 lid 2 BW beantwoordt een zaak:

“(…) niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien”.

De “door de handelaar gegeven beschrijving” vermeld in artikel 24 lid 2, a Richtlijnvoorstel en de

“eventuele door de handelaar, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering - publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken (van het goed)”

vermeld in artikel 24 lid 2, d Richtlijnvoorstel worden in artikel 7:17 lid 2 BW samengebracht in het begrip “mededelingen van de verkoper”. Artikel 7:18 lid 1 BW voegt daaraan toe dat

“Bij de beoordeling van de vraag of een op grond van een consumentenkoop afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, (...) mededelingen die door of ten behoeve van een vorige verkoper van die zaak, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omtrent de zaak zijn openbaar gemaakt, (gelden) als mededelingen van de verkoper, behoudens voor zover deze een bepaalde mededeling kende noch behoorde te kennen of deze mededeling uiterlijk ten tijde

van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn”.

De formulering van het BW heeft het nadeel dat hierin niet zo duidelijk naar voren komt als in het richtlijnvoorstel wat onder “mededelingen van de verkoper” moet worden verstaan. Bij een mededeling van de verkoper zal de consument bijvoorbeeld niet zo snel denken aan etikettering.²²¹ Bovendien beperkt artikel 7:18 lid 1 BW de niet-gebondenheid van de verkoper aan bepaalde mededelingen

“voor zover deze een bepaalde mededeling kende noch behoorde te kennen of deze mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn”

tot mededelingen die door of ten behoeve van een vorige verkoper van de zaak, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omtrent de zaak zijn openbaar gemaakt. Onder het richtlijnvoorstel geldt de niet-gebondenheid in de genoemde gevallen niet alleen voor door de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen, maar ook voor door de verkoper zelf publiekelijk gedane mededelingen. De verkoper zal uiteraard niet aan zijn gebondenheid kunnen ontsnappen op de grond dat hij één van zijn eigen mededelingen niet kende en ook niet behoorde te kennen, maar hij zou zich er wel op kunnen beroepen dat de mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn. Uit de doctrine²²² en de parlementaire geschiedenis²²³ blijkt niet steeds duidelijk of de handelaar de twee laatst vermelde gronden kan invoeren om aansprakelijkheid te ontlopen. De parlementaire geschiedenis bij artikel 7:18 lid 1 BW vermeldt zelfs uitdrukkelijk dat de uitzonderingen alleen gelden ten aanzien van mededelingen gedaan door voorschakels.²²⁴ In de literatuur wordt echter opgemerkt dat een richtlijnconforme uitleg vereist dat de regels betreffende de niet-gebondenheid aan mededelingen van artikel 7:18 lid 1 BW ook ten behoeve van de eindverkoper gelden,²²⁵ al kan de regel dat de eindverkoper niet gebonden is door mededelingen waardoor de koop niet beïnvloed kan zijn ook worden

²²¹ In deze zin met betrekking tot de omzetting van de Richtlijn Consumentenkoop: Biemans, J.W.A., “Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 307.

²²² Asser-Hijma, 5-I, nr. 341.

²²³ Parl. Gesch. Boek 7, 129-130.

²²⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27809, nr. 3, 6 en 9.

²²⁵ Biemans, J.W.A., *o.c.*, in Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 309.

gebaseerd op artikel 6:248 BW. Indien de regeling inzake consumentenkoop moet worden aangepast ter implementatie van het richtlijnvoorstel, dan is het aangewezen deze kwestie op te helderen in tekst van de bepalingen inzake consumentenkoop.

De leden 3 en 4 van artikel 7:17 BW verduidelijken de conformiteitsvereiste verder als volgt:

- “3. Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.
4. Is aan de koper een monster of model getoond of verstrekt, dan moet de zaak daarmee overeenstemmen, tenzij het slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden”.

Artikel 7:17 lid 5 bepaalt:

“De koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn. Ook kan de koper zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer dit te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van grondstoffen afkomstig van de koper, tenzij de verkoper hem voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen.”

Dit sluit nauw aan bij artikel 24 lid 3 Richtlijnvoorstel. Artikel 17 lid 5 BW houdt echter een nuancering in van het door het richtlijnvoorstel voorziene verbod om een beroep te doen op het gebrek aan overeenstemming dat voortvloeit uit de door de consument geleverde grondstoffen waar het bepaalt dat de consument zich in zo een geval wel op het gebrek aan conformiteit zal kunnen beroepen wanneer de verkoper hem voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen. Nu het richtlijnvoorstel volledige harmonisatie beoogt, rijst de vraag of deze nuance, in geval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, wel behouden kan blijven. Wij verwijzen hiervoor naar de uiteenzetting onder 6.1.3.3.1 met betrekking tot de vraag in welke mate er in geval van implementatie van het Richtlijnvoorstel nog ruimte is voor informatieplichten gesteund op algemene leerstukken van het verbintenissenrecht.

Samenvattend kan men stellen dat de artikelen 7:17 BW en 24 Richtlijnvoorstel wel grotendeels op dezelfde gedachten zijn gestoeld, maar dat artikel 7:17 BW toch iets consumentvriendelijker is. In haar Mededeling betreffende de omzetting van de Richtlijn Consumentenkoop maakte de Commissie geen bezwaar tegen de wijze waarop de voorganger van artikel 24 Richtlijnvoorstel, artikel 2 Richtlijn Consumentenkoop, in het Nederlandse

recht is omgezet.²²⁶ Het richtlijnvoorstel beschouwt echter, anders dan de Richtlijn Consumentenkoop, in ieder geval de laatste twee criteria niet als cumulatief maar als alternatief bij de verwoording van het vermoeden van conformiteit. Dit zou het verschil tussen de Nederlandse en de Europese benadering ten aanzien van de beoordeling van de conformiteit verder uiteen doen lopen. Indien het richtlijnvoorstel uitgroeit tot een Richtlijn die op volledige harmonisatie is gericht, is het daarom aan te bevelen om de tekst van het BW nauwer bij de Europeesrechtelijke formuleringen te laten aansluiten, hetgeen wel enigszins ten koste van de consument zal gaan.

b. Vergelijking met het DCFR

Het DCFR stelt strenge eisen aan de conformiteit van de goederen. Volgens artikel IV.A.-2:301 DCFR zijn de goederen slechts conform de overeenkomst indien zij voldoen aan de volgende *cumulatieve* criteria:

- “(a) are of the quantity, quality and description required by the contract;
- (b) are contained or packaged in the manner required by the contract;
- (c) are supplied along with any accessories, installation instructions or other instructions required by the contract; and
- (d) comply with the remaining Articles of this Section (Book IV, Part A, Chapter 2, Section 3).”

Van de eerste drie voorwaarden, a tot en met c, vinden we in het conformiteitsvermoeden van het richtlijnvoorstel enkel het vereiste terug dat de goederen moeten beantwoorden aan de omschrijving in het contract, of beter in de bewoordingen van het richtlijnvoorstel: de door de handelaar gegeven beschrijving. Het BW vermeldt ook dat de goederen in getal, gewicht en maat moeten beantwoorden aan het overeengekomene. De inhoud van de voorwaarden vermeld in artikel IV.A.-2:301 DCFR ligt echter zowel in het richtlijnvoorstel als in het BW besloten.

Artikel IV.A.-2:302 DCFR preciseert:

“The goods must:

²²⁶ De Mededeling vermeldt enkel (p. 7) dat de Nederlandse omzetting niet uitdrukkelijk bepaalt dat rekening moet worden gehouden met de mededelingen van de producent of zijn vertegenwoordiger bij de beoordeling van de redelijke verwachtingen van de consument. Gelet op art. 18 lid 1 BW lijkt deze opmerking echter onterecht. Art. 18 lid 1 BW bepaalt immers: “Bij de beoordeling van de vraag of een op grond van een consumentenkoop afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, gelden mededelingen die door of ten behoeve van een vorige verkoper van die zaak, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omtrent de zaak zijn openbaar gemaakt, als mededelingen van de verkoper, behoudens voor zover deze een bepaalde mededeling kende noch behoorde te kennen of deze mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn”.

- (a) be fit for any particular purpose made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for the buyer to rely, on the seller's skill and judgement;
- (b) be fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;
- (c) possess the qualities of goods which the seller held out to the buyer as a sample or model;
- (d) be contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods;
- (e) be supplied along with such accessories, installation instructions or other instructions as the buyer may reasonably expect to receive; and
- (f) possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect".

De geschiktheid van de uitzondering op het vereiste vermeld sub a voor de consumentenkoop valt te betwijfelen. In het richtlijnvoorstel en het BW komt zij niet voor. De sub b en c vermelde voorwaarden stemmen overeen met het BW en het richtlijnvoorstel, zij het dat het BW ten aanzien van voorwaarde c de mogelijkheid openlaat dat het monster of model slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden. De voorwaarden d en e zijn niet uitdrukkelijk vermeld in het BW en het richtlijnvoorstel maar lijken er wel in besloten te liggen. Voorwaarde f lijkt besloten te liggen in het BW. Voor de toepassing van het conformiteitsvermoeden van het richtlijnvoorstel lijkt deze voorwaarde alternatief te zijn aan de voorwaarde dat de goederen geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen, zodat slechts één van beide voorwaarden vervuld dient te zijn, hetgeen leidt tot een verzwakking van de positie van de consument.

Artikel IV.A.-2:303 DCFR voegt aan de reeds vermelde conformiteitseisen nog toe dat de goederen de "qualities and performance capabilities" moeten bezitten die voorgehouden zijn in enige verklaring over de specifieke kenmerken van de goederen die zijn afgelegd door een persoon in een eerder stadium van de distributieketen, de producent of diens vertegenwoordiger en die deel uitmaken van de contractvoorwaarden op grond van artikel II.-9:102 DCFR.

Wanneer goederen geleverd in uitvoering van een contract van consumentenkoop onjuist zijn geïnstalleerd, zal dit eveneens als een gebrek aan conformiteit worden beschouwd indien de goederen werden geïnstalleerd door de verkoper of onder zijn verantwoordelijkheid of wanneer de goederen bestemd waren om geïnstalleerd te worden door de consument en de

verkeerde installatie te wijten is aan een gebrek in de montagehandleiding (IV.A.-2:304 DCFR). Deze bepaling is in overeenstemming met artikel 24 lid 5 Richtlijnvoorstel.

De artikelen IV.A.-2:305 en IV.A.-2:306 DCFR handelen over het geval waarin een zaak is aangetast, niet door een feitelijk gebrek, maar door een rechtsgebrek. Het gaat om gevallen waarin de zaak is belast met een recht of claim van een derde. Artikel IV.A.-2:305 DCFR stelt als algemene regel dat de goederen vrij dienen te zijn van een recht of claim van derden, zoniet zijn ze niet conform. Artikel IV.A.-2:306 DCFR bevat bijzondere regels voor het geval de zaak is belast met rechten of claims gebaseerd op intellectuele of industriële eigendom. Ook artikel 7:19 lid 2 BW verklaart, in geval van consumentenkoop, een zaak niet conform indien zij is aangetast door een rechtsgebrek. Het richtlijnvoorstel gaat niet in op de problematiek van de rechtsgebreken. In het Groenboek stelde de Commissie wel vervolgmaatregelen op het gebied van intellectuele eigendomsrechten in het vooruitzicht.²²⁷

Op grond van artikel IV.A.-2:307 DCFR is de verkoper niet aansprakelijk op grond van de artikelen IV.A.-2:302 (Fitness for purpose, qualities, packaging), IV.A.-2:305 (Third party rights or claims in general) of IV.A.-2:306 (Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property) indien de koper op het moment van de contractsluiting kennis had of redelijkerwijze geacht kon worden kennis te hebben van het gebrek aan conformiteit. Op vergelijkbare wijze is de verkoper niet aansprakelijk op grond van artikel IV.A.-2:304 (Incorrect installation in a consumer contract for sale) sub-paragraaf (b) indien hij op het moment van de contractsluiting kennis had of redelijkerwijze geacht kon worden kennis te hebben van het gebrek in de installatiehandleiding. Het richtlijnvoorstel bevat een vergelijkbare bepaling in artikel 24 lid 3.

Op grond van artikel IV.A.-2:308 lid 1 DCFR dient de conformiteit in principe beoordeeld te worden op het moment waarop het risico overgaat op de koper, zelfs indien het gebrek aan conformiteit zich slechts later manifesteert. Dit is ook het standpunt van het richtlijnvoorstel. Het BW lijkt wat het gemene kooprecht betreft, het ogenblik van de aflevering als referentiepunt te hanteren (art. 7:18 lid 2 BW). Uit de wet, de overeenkomst of het gebruik kan echter een ander tijdstip voortvloeien.²²⁸ Dit lijkt het geval te zijn voor de consumentenkoop, waarbij het risico in het specifieke geval van artikel 7:11 BW pas overgaat op het moment van de bezorging aan de koper. Het ligt voor de hand dat de conformiteit dan op dat ogenblik beoordeeld wordt.

²²⁷ Groenboek, nr. 2.2, 5.

²²⁸ Asser-Hijma, 5-I, nr. 505, 450.

Net zoals artikel 28 lid 5 Richtlijnvoorstel stelt artikel IV.A.-2:308 lid 2 DCFR voor de consumentenkoop ook een vermoeden in dat elk gebrek aan conformiteit dat zich manifesteert binnen een termijn van zes maanden na de overgang van het risico, vermoed wordt op het moment van de risico-overgang te hebben bestaan, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van de goederen of de aard van het gebrek. Het BW bevat een gelijkaardig vermoeden, maar laat de termijn van zes maanden ingaan vanaf de aflevering (art. 7:18 lid 2 BW).

Wanneer het gebrek voortvloeit uit een verkeerde installatie dan wordt het moment van de overgang van het risico in artikel IV.A.-2:308 DCFR vervangen door het moment waarop de installatie is beëindigd (art. IV.A.-2:308 lid 3 DCFR).

IV.A.-2:309 DCFR bepaalt dat de regels inzake conformiteit dwingend zijn ten voordele van de consument. Dat is ook het geval voor de regels van het BW en het richtlijnvoorstel.

6.2.2.1.2 Levering en risico-overdracht

a. Levering

De regels van het richtlijnvoorstel met betrekking tot levering en overdracht van het risico liggen in de lijn van de regels van het BW.

De levering geschiedt in essentie door de fysieke overdracht van de zaak aan de koper. Artikel 9 lid 2 BW definieert “aflevering” in principe als “het stellen van de zaak in het bezit van de koper”. In geval van koop met eigendomsvoorbehoud wordt onder aflevering verstaan “het stellen van de zaak in de macht van de koper” (art. 9 lid 3 BW).

Artikel 22 lid 1 Richtlijnvoorstel bepaalt dat, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, de levering geschiedt door de fysieke overdracht van de goederen door de handelaar aan de consument of aan een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is. Artikel 22 lid 1 voegt daar wel aan toe dat de levering dient te geschieden binnen ten hoogste dertig dagen na de dag van de sluiting van de overeenkomst. Dit zal een nieuw element zijn dat, ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, in het BW zal moeten worden ingevoerd.

Het DCFR hanteert een ander uitgangspunt. Volgens artikel IV.A.-2:201 lid 1 DCFR vervult de verkoper zijn leveringsplicht door de goederen, of wanneer is overeengekomen dat de verkoper enkel de documenten dient af te leveren die de goederen vertegenwoordigen, de documenten ter beschikking van de koper te stellen. Indien het contract het vervoer van de goederen door een vervoerder of een reeks van vervoerders impliceert, dan vervult de verkoper zijn leveringsplicht door de goederen over te dragen aan de eerste vervoerder voor overdracht aan de koper en door de koper een document over te maken dat noodzakelijk is om de goederen over te nemen van de vervoerder (art. IV.A.-2:201 lid 2 DCFR). Contractueel kan worden bepaald dat de goederen moeten worden geleverd aan een derde. Wanneer artikel IV.A.-2:201 DCFR het heeft over de koper dan wordt daarmee ook zo een derde bedoeld (art. IV.A.-2:201 lid 3 DCFR). Het DCFR bevat verder regels betreffende de tijd en plaats van de levering (art. IV.A.-2:202 DCFR) en betreffende het vervoer van de goederen (art. IV.A.-2:204 DCFR). Het DCFR voorziet ook - binnen zekere grenzen - in de mogelijkheid om een gebrek in een vroegtijdige levering recht te zetten vóór de datum waarop levering verschuldigd is (art. IV.A.-2:203).

b. Overdracht van het risico

De overdracht van het risico geschiedt onder het richtlijnvoorstel in principe op het moment waarop de consument of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in bezit heeft gekregen (art. 23 lid 1 Richtlijnvoorstel). Onder het BW is het uitgangspunt dat het risico overgaat op het moment van de aflevering (art. 7:10 lid 1 BW); hieronder verstaat men (behoudens in geval van een koop met eigendomsvoorbehoud) het stellen van de zaak in het bezit van de koper (art. 7:9 lid 2 BW). In geval van een verkoop met eigendomsvoorbehoud, geschiedt de aflevering in principe door het stellen van de zaak in de macht van de koper (art. 7:9 lid 3 BW). Indien bij een consumentenkoop de zaak echter bij de koper wordt bezorgd door de verkoper of een door deze aangewezen vervoerder, is de zaak pas voor risico van de koper vanaf de bezorging, zelfs al was zij reeds eerder afgeleverd.

Zowel het BW als het richtlijnvoorstel voorzien in een afwijking ingeval de levering niet behoorlijk kan geschieden door toedoen van de koper (of, volgens het richtlijnvoorstel, een door hem aangewezen derde).²²⁹ Artikel 23 lid 2 Richtlijnvoorstel bepaalt dat, wanneer de consument of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, nagelaten heeft redelijke stappen te nemen om de goederen daadwerkelijk in bezit te krijgen, het risico

²²⁹ Het BW handelt niet uitdrukkelijk over een door de koper aangewezen derde. Op grond van de regels inzake vertegenwoordiging zal een derde die door de koper wordt belast met het in ontvangst nemen van de levering echter ook gelijk worden gesteld met de koper zelf.

overgaat op de consument op het door de partijen overeengekomen tijdstip van levering. Artikel 7:10 lid 2, eerste zin BW bepaalt dat het risico behalve in geval van levering overgaat op het ogenblik waarop de koper in verzuim is met het verrichten van een handeling waarmede hij aan de aflevering moet medewerken. Dit ligt reeds in de lijn van de regeling van het richtlijnvoorstel. Indien het richtlijnvoorstel in het nationale recht wordt omgezet, is de vraag of het vereiste van het verzuim, dat immers tot verdergaande consumentenbescherming leidt, moet worden afgeschaft. Pleitbaar is de stelling dat het vereiste een verdergaande consumentenbescherming meebrengt dan het richtlijnvoorstel geeft, zodat het dan zou moeten worden afgeschaft. Aan de andere kant is de vraag of we hier niet stuiten op de mededeling uit de toelichting (p. 9) dat het voorstel niet raakt aan algemene concepten van verbintenissenrecht. Vanuit dit perspectief kan behoud van het verzuimvereiste worden overwogen. Voor de overige modaliteiten en nuanceringen van de risico-overgang voorzien door artikel 7:10 BW lijkt geen plaats meer te zijn. Het betreft de regels dat

- in geval van weigering tot inbezitname van soortzaken, voor de overgang van het risico nog vereist is dat de handelaar de soortzaken heeft geïdentificeerd en dat de verkoper de koper daarvan heeft verwittigd (art. 7:10 lid 2, tweede zin BW);
- indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of op vervanging van de zaak inroept, de zaak voor risico van de verkoper blijft (art. 7:10 lid 3 BW);
- wanneer de zaak na de aflevering voor risico van de verkoper is gebleven, het tenietgaan of de achteruitgang ervan door toedoen van de koper eveneens voor rekening van de verkoper is, maar dat de koper van het ogenblik af dat hij redelijkerwijs rekening moet houden met het feit dat hij de zaak zal moeten teruggeven, als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan moet zorgen (art. 7:10 lid 4 BW).

De regeling van het DCFR ligt in dezelfde lijn. Volgens artikel IV.A.-5:103 lid 1 DCFR gaat het risico bij consumentenkoop over wanneer de koper de goederen overneemt. Hierop wordt wel een uitzondering gemaakt voor het geval waarin de koper tekort is gekomen aan zijn verbintenis om de goederen over te nemen en de niet-nakoming van deze verbintenis niet aan overmacht is te wijten. In dit geval gaat het risico over op het moment waarop de koper de goederen had moeten overnemen, tenzij de koper zich terecht kon beroepen op het opschortingsrecht, geregeld door artikel III.-3:401 (art. IV.A.-5:103 lid 2 *juncto* artikel IV.A.-5:201 lid 1 DCFR). Op deze regel geldt bovendien een uitzondering indien de goederen ter beschikking van de koper zijn gesteld op een andere plaats dan de “place of business” van de verkoper. In dit geval gaat het risico over

“when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at the buyer’s disposal at that place” (art. IV.A-5:201 lid 2 DCFR).

Overigens lijkt ook dit geen ingrijpende wijziging van het Nederlandse recht in te houden.

Het DCFR regelt bovendien de gevolgen van de overgang van het risico en bepaalt dat het tenietgaan of de beschadiging van de goederen na de overgang van het risico de koper niet ontslaat van zijn verplichting om de prijs te betalen, behoudens indien het verlies of de beschadiging te wijten is aan een doen of nalaten van de verkoper (art. IV.A.-5:101). Deze regel is in overeenstemming met artikel 23 lid 1 Richtlijnvoorstel en het huidige Nederlandse recht.²³⁰

6.2.2.1.3 Aansprakelijkheidstermijn

a. Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel

Het verschil tussen de regeling van het BW en die van het richtlijnvoorstel wordt groter wanneer men kijkt naar de aansprakelijkheidstermijn.

Artikel 5 lid 1 van de Richtlijn Consumentenkoop verplicht de lidstaten reeds om de consument de zogenaamde wettelijke garantie te bieden voor gebreken die zich manifesteren binnen een termijn van twee jaar na de aflevering.

Het equivalent van deze bepaling vindt men in het BW niet terug.²³¹ In Nederland wordt op grond van artikel 7:17 lid 2 BW aangenomen dat de zaak zolang moet meegaan als de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.²³² Indien de koper mocht verwachten dat de zaak langer dan twee jaar zou meegaan en de zaak na het verstrijken van de termijn van twee jaar (waarover het BW dus niet spreekt) een gebrek vertoont (dat niet het gevolg is van normale slijtage) dan geldt nog steeds dat de zaak niet-conform is in de zin van artikel 7:17

²³⁰ Ook indien de verkoper een garantie heeft gegeven met betrekking tot de periode na aflevering, kan een verlies of beschadiging van de zaak na de overgang van het risico voor rekening van de verkoper komen, in deze zin Asser-Hijma, 5-I, nr. 506, 450-451.

²³¹ De Minister van Justitie motiveerde de beslissing om art. 5 lid 1 Richtlijn niet te implementeren als volgt: “Titel 7.1. kent geen vaste (verval)termijn bij het verstrijken waarvan de koper geen beroep meer kan doen op de rechtsgevolgen van non-conformiteit. Dit betekent dat ook na meer dan twee jaar kan blijken dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, en de koper zijn in artikel 7:21 BW genoemde rechten kan uitoefenen. Een belangrijke factor daarbij is uiteraard de levensduur van de zaak. Met name bij duurzame consumptiegoederen is de levensduur daarvan veelal langer dan twee jaar. Met het systeem van titel 7.1 BW wordt meer recht gedaan aan de verscheidenheid van zaken, zodat de termijn van twee jaar uit art. 5 lid 1 niet wordt overgenomen” (Kamerstukken II 2000/01, 27809, nr. 3, 9-10).

²³² Loos, M., *o.c.*, TvC 2008, 176.

BW en kan de koper nog steeds een beroep doen op de remedies van de artikelen 7:21 e.v. BW.

Aangezien de Richtlijn Consumentenkoop enkel voorziet in minimumharmonisatie vormt dit verschil tussen de Richtlijn Consumentenkoop en het BW vooralsnog geen enkel probleem: de lidstaten mogen de consument immers een verdergaande bescherming bieden dan die waartoe de Richtlijn hen verplicht.

Het richtlijnvoorstel bevat in artikel 28 lid 1 BW een bepaling van gelijke strekking als artikel 5 lid 1 van de Richtlijn Consumentenkoop met dit verschil dat de termijn van twee jaar een aanvang neemt op het moment van de risico-overgang. Indien het richtlijnvoorstel uitgroeit tot een richtlijn gericht op volledige harmonisatie, zal Nederland de wettelijke aansprakelijkheid van de handelaar wegens niet-conformiteit van de geleverde zaak moeten beperken tot twee jaar vanaf de risico-overgang. Dit betekent dat de consument die een duurzame zaak kocht waarvan hij mocht verwachten dat ze zeven à acht jaar zou meegaan, geen beroep meer kan doen op de verplichting tot conforme levering indien het gebrek zich manifesteert binnen twee jaar en één dag na de risico-overgang. Dit houdt een aanzienlijke beperking in van de rechten van de consument.

Het moet bovendien worden opgemerkt dat de actuele, kopervriendelijke regel ook geldt voor koopovereenkomsten die geen consumentenkoop zijn (koopovereenkomsten tussen handelaren onderling of tussen particulieren onderling of op overeenkomsten waarbij een consument verkoopt aan een handelaar). Indien de regeling van het richtlijnvoorstel zou worden geïmplementeerd, zonder wijziging van het recht inzake de gemeenrechtelijke koopovereenkomst, dan zou de consument-koper dus minder bescherming genieten dan de koper die geen consument is.²³³ De vraag of het de voorkeur verdient om bij een eventuele implementatie van het richtlijnvoorstel enkel de regeling van de consumentenkoop aan te passen aan het richtlijnvoorstel, dan wel om de nieuwe regeling uit te breiden tot de gemeenrechtelijke koop, is niet eenvoudig te beantwoorden. Omdat de beperking van de rechten van de koper onwenselijk wordt bevonden, pleit een gedeelte van de rechtsleer ervoor om enkel de regeling van de consumentenkoop aan te passen bij een eventuele implementatie van het richtlijnvoorstel, omdat dit nu eenmaal wordt opgelegd door “Brussel”.²³⁴ Andere

²³³ In deze zin Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 176.

²³⁴ In deze zin ook Wissink, M.H., *o.c.*, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse, nr. 23.

auteurs achten het moeilijk voorstelbaar dat de consument-koper minder bescherming geniet dan de koper die geen consument is, en lijken er dus voorstander van te zijn om desgevallend ook het gemene kooprecht te wijzigen.²³⁵ Wij zijn voorstander van de eerste optie.

Artikel 28 lid 3 Richtlijnvoorstel bepaalt verder dat de handelaar en de consument een kortere dan de tweejarige aansprakelijkheidstermijn kunnen overeenkomen bij tweedehandsgoederen. De Richtlijn Consumentenkoop bevatte een facultatieve bepaling van gelijke strekking. Nederland heeft niet geopteerd voor de invoering van een regel in deze zin. In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel zal echter een bepaling in die zin in het BW moeten worden ingevoegd.

b. Vergelijking met het DCFR

Artikel 4:302 lid 3 Principles of European Sales Law beperkt de rechten van de koper tot een termijn van twee jaar vanaf de levering. De opstellers van de PESL betogen dat de verkopers beschermd moeten worden tegen claims die lang na levering van de goederen worden ingesteld. Een absolute temporele grens aan de aansprakelijkheid van de verkoper zou een betere berekening mogelijk maken van de kosten die voortvloeien uit claims van kopers, hoge procedurekosten voor het onderzoek van de oorzaken van een gebrek, de vaststelling of het gebrek al bestond op het moment van de levering vermijden en de rechtszekerheid bevorderen. Door de termijn vast te stellen op twee jaar trachten de opstellers van de PESL ook tegemoet te komen aan de belangen van de kopers die voldoende ruime tijdslimieten voor het opdagen van gebreken vereisen tot bescherming van hun rechten.²³⁶ Voor de consumentenkoop voorzien de PESL in artikel 4:302 lid 6 PESL in de mogelijkheid om ook na het verstrijken van de tweejarige periode een prijsvermindering of een schadevergoeding die de contractsprijs niet te boven gaat, te eisen. De uitoefening van deze rechten wordt niet te belastend geacht voor de verkoper en de kosten ervan zouden niet veranderen na het verstrijken van een langere termijn. Voor deze vorderingen gelden daarom de gewone verjaringstermijnen. Wel wordt erop gewezen dat het voor de consument moeilijker zal zijn om het bewijs te leveren van een gebrek aan conformiteit dat al bestond op het moment van de levering.²³⁷

²³⁵ Hardy, R.R.R. en Hesen, G.G., *o.c.*, *WPNR* 2008, 71.

²³⁶ Comment D onder art. 4:302 PESL.

²³⁷ Comment F onder (iii) bij art. 4:302 PESL. Zie hierover Loos, M.B.M., *Review of the European Consumer Acquis*, 23-24.

In het DCFR, dat op andere punten duidelijk voortbouwt op de PESL, is de tweejarige vervalttermijn niet overgenomen.²³⁸

6.2.2.1.4 Klachtplicht

a. Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel

De klachtplicht wordt door het richtlijnvoorstel op een minder consumentvriendelijke wijze ingevuld dan in het actuele Nederlandse recht. In het BW is de klachtplicht thans opgenomen in artikel 7:23 lid 1 BW. Deze bepaling houdt in dat de koper de verkoper binnen een redelijke termijn dient te informeren over de non-conformiteit, maar dat een binnen twee maanden gedane mededeling in ieder geval tijdig is gedaan. De wetgever wilde hiermee duidelijk maken dat bij een consumentenkoop de klachttermijn niet korter mag zijn dan twee maanden.²³⁹ Uit artikel 28 lid 4 Richtlijnvoorstel volgt echter dat de klachttermijn wordt beperkt tot twee maanden. Deze bepaling houdt dus in dat een klacht buiten de termijn van twee maanden steeds te laat is.²⁴⁰ Een beperking van de klachttermijn is serieus te nemen, omdat de consument die niet tijdig klaagt, zijn rechten wegens niet-conforme levering verliest. Ook hier rijst de vraag of men, in geval van implementatie van het richtlijnvoorstel, de beperking van de klachttermijn tot twee maanden enkel dient door te voeren voor de consumentenkoop, dan wel of men deze dient uit te breiden tot het gemene kooprecht. Wij pleiten er ook hier voor het gemene recht ongemoeid te laten²⁴¹

b. Vergelijking met het DCFR

Onder het DCFR bestaat er in principe geen klachtplicht voor de consument bij een consumentenkoop (art. III.-3:107 DCFR).

Uit artikel III.-3:302 lid 4 DCFR vloeit echter voort dat de schuldeiser het recht op “specific performance” verliest indien hij het niet heeft gevraagd binnen een redelijke termijn nadat de schuldeiser kennis heeft gekregen of geacht kon worden kennis te hebben gekregen van de niet-conformiteit. Ook artikel III.-3:508 bepaalt in zijn lid 1 en 3 dat de schuldeiser het recht op ontbinding verliest indien hij niet binnen een redelijke termijn na het ontstaan van dit recht een ontbindingsverklaring aan de schuldenaar stuurt. In deze gevallen bestaat er dus toch een zekere klachtplicht, weliswaar niet in de zin dat er een verplichting bestaat tot waarschuwing

²³⁸ In deze zin ook Loos, M.B.M., *Review of the European Consumer Acquis*, 24.

²³⁹ Biemans, J.W.A., o.c., in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 321.

²⁴⁰ Loos, M., o.c., *TvC 2008*, 177.

²⁴¹ In deze zin ook Wissink, M.H., o.c., nr. 23.

of ingebrekestelling vóór de uitoefening van een remedie, maar wel in de zin dat het niet-tijdig reageren op een niet-conformiteit leidt tot verlies van rechten.

6.2.2.1.5 Remedies

a. Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel

Het richtlijnvoorstel hanteert, evenals het huidige Boek 7 BW een getrapt stelsel van remedies bij consumentenkoop, met een onderscheid tussen primaire en secundaire remedies en een enigszins onduidelijke positie van de schadevergoeding. Artikel 7:22 lid 4 BW bepaalt thans dat de rechten en bevoegdheden die de koper put uit de artikelen 7:20, 21 en 22 lid 1 BW hem toekomen onverminderd alle andere rechten en vorderingen. Het richtlijnvoorstel geeft niet aan dat de remedies die het voorschrijft inzake consumentenkoop de consument toekomen onverminderd de rechten en bevoegdheden die het nationale recht van de lidstaten hem laten toekomen. Gelet op het beginsel van volledige harmonisatie zou men dan in eerste instantie denken dat de remedies van de consument beperkt zijn tot de remedies die in het richtlijnvoorstel zijn vermeld. In de toelichting bij het richtlijnvoorstel wordt op p. 9 evenwel gesteld dat het richtlijnvoorstel niet raakt

“aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding”²⁴².

Daarom lijkt er toch nog ruimte te zijn voor andere dan de door het richtlijnvoorstel vermelde remedies, zoals de opschorting (*cf. infra*, iv).

i. Primaire remedies

Volgens artikel 7:21 BW heeft de koper aan wie een niet-conforme zaak is geleverd in eerste instantie de vrije keuze tussen herstel en vervanging. Herstel of vervanging komt de koper slechts dan niet toe indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevegd kan worden. Volgens het richtlijnvoorstel blijven herstel (het richtlijnvoorstel spreekt van reparatie) en vervanging de primaire remedies in geval van niet-conformiteit, maar komt de keuze op dit punt toe aan de verkoper. Aanpassing van het BW aan het richtlijnvoorstel

²⁴² Eerder wees Loos, M., *o.c.*, TvC 2008, 177 al op de betekenis van deze zin.

zou dus leiden tot een verslechtering van de positie van de consument, al is in de doctrine opgemerkt dat het belang hiervan niet moet worden overschat.²⁴³

Het zesde lid van artikel 7:21 BW verleent de koper bovendien de bevoegdheid om, indien

“de verkoper niet binnen een redelijke tijd nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichting tot herstel van de afgeleverde zaak heeft voldaan, (...) het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen”.

Deze mogelijkheid kent het richtlijnvoorstel niet. Omdat het richtlijnvoorstel gericht is op volledige harmonisatie, rijst de vraag of deze bepaling in geval van implementatie van het richtlijnvoorstel behouden kan blijven.

ii. Secundaire remedies

Volgens artikel 7:22 BW kan de consument een beroep doen op de secundaire remedies ontbinding en prijsvermindering indien herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, dan wel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting tot herstel of vervanging. Een beroep op ontbinding zal de koper echter niet toekomen indien het gebrek van te geringe betekenis is om de betreffende ontbinding met haar gevolgen te rechtvaardigen.

Artikel 26 Richtlijnvoorstel maakt een onderscheid tussen enerzijds de gevallen waarin reparatie of vervanging onwettig of onmogelijk is dan wel van de handelaar buitensporige inspanningen zou vergen en anderzijds de gevallen waarin de handelaar anderszins is tekort geschoten in zijn verplichting tot herstel of vervanging.

Wanneer de handelaar heeft aangetoond dat het verhelpen van het gebrek aan overeenstemming door reparatie of vervanging onwettig of onmogelijk is, of van de handelaar buitensporige inspanningen zou verlangen, kan de consument kiezen tussen een korting op de prijs of ontbinding van de overeenkomst. De van een handelaar verlangde inspanning is buitensporig wanneer hij daarbij kosten maakt die veel hoger zijn dan die van korting op de prijs of ontbinding van de overeenkomst, rekening houdende met de waarde van de goederen

²⁴³ Loos, M., *o.c.*, *TvC 2008*, 177 acht het waarschijnlijk dat na implementatie vooral voor herstel in plaats van vervanging wordt gekozen, omdat de regeling van de aansprakelijkheidstermijn inhoudt dat in geval van vervanging, doch niet bij herstel, een nieuwe termijn van twee jaar gaat lopen.

als er geen gebrek aan overeenstemming zou zijn en met het belang van het gebrek aan overeenstemming.

De consument kan de overeenkomst in dit geval alleen ontbinden als het gebrek aan overeenstemming van meer dan geringe aard is.

Wanneer de handelaar anderszins is tekortgeschoten in een verplichting tot reparatie en vervanging, dan heeft de consument de vrije keuze tussen reparatie, ontbinding en prijsvermindering. Voor een beroep op de ontbinding is in deze gevallen niet langer vereist dat het gebrek niet van te geringe betekenis is om de ontbinding te rechtvaardigen. Op dit punt houdt het richtlijnvoorstel dus een verbetering in van de positie van de consument.

iii. (Aanvullende) schadevergoeding

Het is niet geheel duidelijk of de rol van de schadevergoeding door het richtlijnvoorstel wordt beperkt tot het herstel van de schade die resteert na toekenning van een reparatie, vervanging, ontbinding of prijsvermindering. De tekst van artikel 27 lid 2 Richtlijnvoorstel luidt:

“Onverminderd de bepalingen van dit hoofdstuk kan de consument schadevergoeding eisen voor verlies of schade dat of die niet overeenkomstig artikel 26 in orde is gebracht”.

Artikel 7:24 lid 2 BW²⁴⁴ dat voorziet in kanalisatie van de vordering tot schadevergoeding naar de producent ingeval de tekortkoming bestaat in een gebrek in de zin van de regeling productaansprakelijkheid, lijkt te moeten verdwijnen om recht te doen aan het richtlijnvoorstel.

b. Vergelijking met het DCFR

i. Algemeenheden

In de editie van het DCFR die werd gepubliceerd in 2008 werden als uitgangspunt de regels van Boek III, Hoofdstuk 3 betreffende de remedies voor niet-nakoming van toepassing

²⁴⁴ Bestaat de tekortkoming in een gebrek als bedoeld in afdeling 3 van titel 3 van Boek 6, dan is de verkoper niet aansprakelijk voor schade als in die afdeling bedoeld, tenzij

a. hij het gebrek kende of behoorde te kennen,

b. hij de afwezigheid van het gebrek heeft toegezegd of

c. het betreft zaakschade terzake waarvan krachtens afdeling 3 van titel 3 van Boek 6 geen recht op vergoeding bestaat op grond van de in die afdeling geregelde franchise, onverminderd zijn verweren krachtens de afdelingen 9 en 10 van titel 1 van Boek 6.

verklaard op de verkoopovereenkomst. De vermelding van de schadevergoeding als remedie werd echter voorafgegaan door het woordje “of” zodat de vraag rees of er bij de verkoop geen aanvullende schadevergoeding, in aanvulling op een andere remedie kon worden toegekend (art. IV.A.-4:101 DCFR2008). Hierna volgde een afdeling betreffende “Remedies of the buyer for lack of conformity” (artt. IV.A.-4:201 e.v. DCFR2008), wat de vraag opriep of de opstellers van het DCFR de bedoeling hadden om een afzonderlijke set van remedies te creëren voor schending van de conformiteitsplicht (vergelijkbaar met de onder het oude BW bestaande remedies voor schending van de verplichting tot vrijwaring voor verborgen gebreken, opgenomen in de artikelen 1543 e.v. BW (oud)), naast de gewone regels inzake de niet-nakoming van overeenkomsten, die golden voor andere tekortkomingen in de nakoming van een koopovereenkomst. In de uiteindelijke versie van het DCFR, te publiceren in 2009, zijn deze verwarrende bepalingen echter geschrapt.

Thans bevat het hoofdstuk “Remedies” in de regeling van de verkoopovereenkomst drie afdelingen (“sections”). De eerste afdeling bevat slechts één bepaling, artikel IV.A.-4:101 DCFR, die inhoudt dat de consument niet gebonden is aan enige bepaling of overeenkomst die totstandgekomen is voordat het gebrek aan conformiteit ter kennis van de verkoper is gebracht en die een beperking inhoudt van de remedies waarover de koper wegens een conformiteitsgebrek beschikt.

Een tweede afdeling versoepelt de regels inzake ontbinding in geval van schending van de conformiteitsplicht bij een consumentenkoop en beperkt de aansprakelijkheid van de particuliere verkoper.

Een derde afdeling bevat regels inzake onderzoek van de goederen en kennisgeving van niet-conformiteiten.

In wezen gelden bij de verkoop dus de remedies van Boek III, Hoofdstuk 3, zij het dat een aantal beperkte wijzigingen of aanvullingen geldt voor het geval de conformiteitsplicht is geschonden.

ii. Getrapt stelsel?

De vraag rijst of het DCFR, net zoals het richtlijnvoorstel, voorziet in een getrapt stelsel van remedies. Afdeling 2 van Boek III, Hoofdstuk 3 DCFR regelt het herstel door de schuldenaar

van een niet-conforme prestatie. Artikel III.-3:202 lid 1 DCFR verschaft de schuldenaar het recht om een nieuwe en conforme prestatie te leveren indien hij dat kan doen binnen de contractueel voorziene termijn voor het leveren van de betreffende prestatie. Zelfs wanneer de schuldenaar binnen de contractueel voorziene termijn geen nieuwe en conforme prestatie kan aanbieden, maar hij, onmiddellijk nadat hij op de hoogte wordt gebracht van een gebrek aan conformiteit, aanbiedt dit binnen een redelijke termijn en op eigen kosten te herstellen, dan mag de schuldeiser, behoudens in de gevallen vermeld in artikel III.-3:203 DCFR “not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance” voordat hij de schuldenaar een redelijke termijn heeft gegeven om de niet-conformiteit recht te zetten (art. III.-3:201 lid 2 DCFR).²⁴⁵ Dit artikel beoogt klaarblijkelijk van het herstel door de schuldenaar gecombineerd met de uitoefening van een opschortingsrecht door de schuldeiser de primaire sanctie te maken.

Nu is het echter zo dat de consument-koper geen klachtplicht heeft (art. III.-3:107 DCFR). Normalerweise zal de consument de verkoper echter wel op de hoogte stellen van het gebrek aan conformiteit vooraleer hij een beroep doet op een andere remedie. In dat geval kan artikel III.-3:201 lid 2 DCFR toepassing vinden en beschikt de verkoper vanaf de kennisgeving over een redelijke termijn om het gebrek aan conformiteit te herstellen.

De consument-koper lijkt echter ook meteen, zonder dat hij de verkoper eerst hoeft te waarschuwen en een termijn voor nakoming moet verlenen, een ontbindingsverklaring aan de verkoper te kunnen richten. De ontbinding kan buitengerechtelijk geschieden middels kennisgeving aan de schuldenaar (art. III.-3:507 DCFR) en sorteert in principe onmiddellijk haar gevolgen. Er lijkt dan geen ruimte te zijn voor uitoefening van het recht op herstel door de verkoper.

iii. Specific performance, herstel en vervanging

Indien de verkoper niet vrijwillig aanbiedt de niet-conforme zaak te herstellen of te vervangen, kan de consument herstel of vervanging verkrijgen door een beroep te doen op de regels inzake specific performance. Het tweede lid van artikel III.-3:302 DCFR bepaalt

²⁴⁵ Krachtens art. III.-3:203 DCFR dient de schuldeiser de schuldenaar geen termijn te geven om het gebrek aan conformiteit recht te zetten indien het gebrek om de contractuele verbintenis binnen de gestelde termijn na te komen een “fundamental non-performance” uitmaakt in de zin van art. III.-3:203, indien de schuldeiser reden heeft om te geloven dat de schuldenaar wist dat zijn prestatie niet conform was en hij niet te goeder trouw gehandeld had, indien de schuldeiser reden heeft om te geloven dat de schuldenaar niet in staat zal zijn om het gebrek binnen een redelijke termijn en zonder betekenisvolle overlast of andere schade aan de gewettigde belangen van die schuldeiser te herstellen, indien herstel in de gegeven omstandigheden ongepast zou zijn.

inderdaad dat “specific performance” het kosteloos remediëren omvat van een prestatie die niet in overeenstemming is met de contractuele bepalingen.

Uit het derde lid van artikel III.-3:302 DCFR vloeit voort dat herstel of vervanging niet gevorderd kunnen worden wanneer dit onwettig of onmogelijk zou zijn, wanneer dit onredelijk belastend of duur zou zijn of wanneer de nakoming een zodanig persoonlijk karakter zou hebben dat het onredelijk zou zijn om ze af te dwingen.

De schuldeiser verliest het recht op specific performance indien hij het niet heeft gevraagd binnen een redelijke termijn nadat de schuldeiser kennis heeft gekregen of geacht kon worden kennis te hebben gekregen van de niet-conformiteit (art. III.-3:302 lid 4 DCFR).

Het vijfde lid van artikel III.-3:302 DCFR bepaalt dat de schuldeiser geen schadevergoeding kan vorderen voor een verlies, noch aanspraak kan maken op een boetebeding voor niet-nakoming in de mate waarin hij het verlies of het bedrag van de betaling heeft verhoogd door op onredelijke wijze aan te dringen op specific performance terwijl hij een redelijke vervangende transactie had kunnen sluiten zonder betekenisvolle moeite of kosten.

iv. Opschorting

Artikel III.-3:401 DCFR formuleert het opschortingsrecht als volgt:

“(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.

(2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor’s performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.

(3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.

(4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances”.

Deze bepaling is in grote lijnen in overeenstemming met het Nederlandse recht. Het eerste lid formuleert de *exceptio non adimpleti contractus* van artikel 6:262 BW. Het tweede lid formuleert de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW. Voor het gerechtvaardigd beroep

op de onzekerheidsexceptie stelt artikel 6:263 BW als bijkomend vereiste dat de goede reden om te vrezen voor de niet-nakoming haar oorsprong vindt in omstandigheden die na de contractsluiting ter kennis zijn gekomen van de partij die zich op de exceptie wil beroepen. Bovendien bepaalt artikel 6:264 BW *juncto* 6:55 BW uitdrukkelijk dat de onzekerheidsexceptie niet vervalt door zekerheidsstelling.

Het derde lid van artikel III.–3:401 DCFR heeft geen tegenhanger in het BW. Wel wordt een aanmaning vereist om een beroep te kunnen doen op het opschortingsrecht in het geval bedoeld in artikel 6:80 sub c BW en wordt in de doctrine algemeen gesteld dat de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden²⁴⁶ kunnen eisen dat de schuldeiser de schuldenaar op voorhand waarschuwt of dat hij hem mededeelt dat hem iets te doen staat.²⁴⁷ Aangezien de verplichting op de redelijkheid en billijkheid is gebaseerd, zullen de vereisten waaraan die mededeling dient te voldoen, beoordeeld moeten worden in het licht van de omstandigheden van het geval.

Het vierde lid van artikel III.–3:401 DCFR verwoordt het proportionaliteitsbeginsel dat in het BW (met betrekking tot de opschorting van wederkerige verbintenissen) is te vinden in artikel 6:262 lid 2 BW.

v. Ontbinding

v.1 Algemeenheden

Op grond van artikel IV.A.–4:201 DCFR geeft elk gebrek aan conformiteit de consumentkoper het recht de overeenkomst te ontbinden, tenzij het gebrek aan conformiteit van

²⁴⁶ In het arrest Gelling/Jessurun (HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 723) stelde de Hoge Raad dat de “vraag in hoeverre een in beginsel gerechtvaardigde opschorting in strijd met de goede trouw komt wegens het ontbreken van een mededeling omtrent de grond waarop de opschorting plaats vindt, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij is *in het bijzonder* (cursivering toegevoegd) van belang hetgeen de wederpartij ten tijde van de opschorting wist of uit de toen bestaande omstandigheden had behoren te begrijpen, en wat degene die opschort, toen met betrekking tot die wetenschap of dit begrijpen mocht aannemen”. In het arrest Van Bommel/Ruijgrok (HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128, met noot PAS) leek de Hoge Raad zich enigszins strenger op te stellen. Na gesteld te hebben dat de huurder die geconfronteerd wordt met een gebrek dat het gebruik van het gehuurde goed geheel of in belangrijke mate verhindert, zich niet kan beroepen op het opschortingsrecht van art. 6:262, wanneer hij zijn verplichting tot huurbetaling heeft opgeschort zonder melding te maken van het gebrek, stelde de Hoge Raad hier dat “Een en ander (...) *slechts* (cursivering toegevoegd) anders (is) indien de huurder stelt en bewijst dat de verhuurder reeds in voldoende mate met de gebreken bekend was om tot het nemen van maatregelen te kunnen overgaan”.

²⁴⁷ Parl. Gesch. Boek 6, 994-995; HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 723; HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128, met noot PAS; Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-I*, nr. 274, 201. Het gebruik van het begrip “mededeling” naast het begrip “ingebrekestelling”, roept vragen op naar de definitie van het begrip “ingebrekestelling” en naar de afbakening en de verschilpunten tussen de mededeling en de ingebrekestelling. Zie in dit verband: de Jong, G.T., “Gedragsregels bij ontbinding”, *NTBR* 1999, nr. 6, 42-43; Streefkerk, C.A., “Ontbinding en opschorting als reactie op onderhoudsgebreken bij huur. Beschouwingen naar aanleiding van H.R. 6 juni 1997, *RvdW* 1997, 139C (Van Bommel/Ruijgrok)”, *NTBR* 1998, nr. 12, 5-6.

ondergeschikte betekenis is.²⁴⁸ Dat geldt ook op grond van artikel 7:22 lid 1 sub b BW. Onder het DCFR mag de consument-koper de ontbinding echter onmiddellijk aanwenden zodra er sprake is van een gebrek aan conformiteit dat niet van ondergeschikte betekenis is. Onder het BW is de ontbinding daarentegen een subsidiaire remedie. De consument-koper zal de ontbinding slechts mogen vorderen wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, dan wel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting om binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper te voorzien in aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging.

v.2 Anticipatieve ontbinding

Artikel III.-3:504 DCFR geeft de verkoper de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden voordat de nakoming verschuldigd is indien de schuldenaar te kennen heeft gegeven dat hij niet zal nakomen of indien het op een andere wijze duidelijk is dat niet zal worden nagekomen en de niet-nakoming fundamenteel zou zijn geweest. Een koper die redelijkerwijze kon geloven dat de verkoper zich schuldig zal maken aan een fundamentele niet-nakoming, mag de overeenkomst beëindigen indien hij een gepaste zekerheid van nakoming vordert en zo een zekerheid niet binnen een redelijke termijn is verstrekt (art. III.-3:505 DCFR). Ook onder het BW kan een overeenkomst in bepaalde gevallen reeds ontbonden worden voordat de nakoming verschuldigd is. Dit vloeit voort uit de combinatie van de artikelen 6:265 BW en 6:80 BW. Op grond van artikel 6:80 lid 1 BW treden de gevolgen van niet-nakoming reeds in voordat de vordering opeisbaar is indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn, indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten, of indien de schuldeiser goede gronden heeft om te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen.

v.3 Gehele en gedeeltelijke ontbinding

Artikel III.-3:506 DCFR voorziet in de mogelijkheid van gehele of gedeeltelijke ontbinding. Indien de verbintenissen van de schuldenaar niet deelbaar zijn, is enkel gehele ontbinding mogelijk. Indien de verbintenissen van de schuldenaar deelbaar zijn en er een grond is voor

²⁴⁸ Dit houdt een versoepeling in ten aanzien van de gemeenrechtelijke regels inzake de ontbinding onder het DCFR. Volgens het gemeenrechtelijke regime van het DCFR staat ontbinding immers slechts open “if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental” (art. III.-3:502 lid 1 DCFR).

beëindiging van een deel van de overeenkomst, is beëindiging van de overeenkomst mogelijk wat dat deel betreft. Gehele ontbinding van een overeenkomst met deelbare verbintenissen is slechts mogelijk indien van de schuldeiser niet kan worden verwacht dat hij de nakoming van de andere delen aanvaardt of indien de ontbindingsgrond de contractuele relatie in haar geheel aantast. Deze resultaten kunnen onder het geldende artikel 6:265 lid 1 BW, dat ook evenals artikel 6:270 BW een proportionaliteitseis verwoordt, worden bereikt, zij het dat artikel 6:265 BW in de uitleg van de Hoge Raad een ruimere bevoegdheid tot algehele ontbinding mogelijk lijkt te maken.

v.4 Wijze van ontbinding

Op grond van artikel III.-3:507 DCFR vindt de ontbinding plaats door kennisgeving aan de schuldenaar. Indien een kennisgeving onder III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) voorziet in een automatische beëindiging indien de schuldenaar niet nakomt binnen de in de kennisgeving bepaalde termijn, vindt de ontbinding zonder verdere kennisgeving plaats na het verstrijken van die termijn of, indien de bepaalde termijn korter is dan redelijk is, na het verstrijken van een redelijke termijn na de kennisgeving. Onder het BW kan de ontbinding zowel buitengerechtelijk, door kennisgeving aan de wederpartij, dan wel gerechtelijk, door een vordering tot ontbinding geschieden (art. 6:267 BW).

v.5 Termijn voor het uitoefenen van het ontbindingsrecht

In geval van niet-conforme levering verliest de schuldeiser op grond van artikel III.-3:508 lid 1 DCFR het recht op beëindiging van de overeenkomst indien hij de wederpartij niet binnen een redelijke termijn kennis geeft van de ontbinding. Wanneer de schuldeiser de schuldenaar conform artikel III.-3:202 DCFR (Cure by debtor: general rules) een termijn heeft gegeven voor herstel, begint de redelijke termijn voor de kennisgeving van de ontbinding te lopen vanaf het verstrijken van de termijn voor herstel. Indien geen termijn voor herstel is gegeven, begint de termijn voor ontbinding te lopen vanaf het ogenblik waarop de schuldeiser kennis heeft gekregen of redelijkerwijze geacht kan worden kennis te hebben gekregen van het aanbod tot nakoming (tender) of de niet-conformiteit (art. III.-3:508 lid 2 DCFR).

Het recht op ontbinding op grond van de artikelen III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) en

III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance) gaat verloren tenzij de schuldeiser de schuldenaar binnen een redelijke termijn na het ontstaan van dat recht kennis heeft gegeven van de ontbinding (art. III.-3:508 lid 3 DCFR).

Onder het BW gaat het recht op ontbinding verloren indien de koper de verkoper niet binnen bekwame tijd na de ontdekking van de niet-conformiteit, kennis heeft gegeven van de niet-conformiteit, waarbij een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is (art. 7:23 lid 1 BW). Indien deze kennisgeving tijdig is geschied, beschikt de koper wel over een termijn van twee jaar vanaf deze kennisgeving om een vordering tot ontbinding in te stellen (art. 7:23 lid 2 BW). Deze termijn loopt niet zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper (art. 7:23 lid 3 BW).

v.6 Gevolgen van de ontbinding

- Beëindiging voor de toekomst

Artikel III.-3:509 lid 1 DCFR bepaalt dat de ontbinding de partijen bevrijdt van hun openstaande verbintenissen, of van de nog uitstaande delen van die verbintenissen. Dat is ook het geval onder het BW (art. 6:271, eerste zin BW).

Artikel III.-3:509 lid 2 DCFR bepaalt dat de beëindiging echter geen invloed heeft op enige bepaling betreffende de regeling van geschillen of enige andere bepaling die erop gericht is uitwerking te hebben na de beëindiging. Het derde lid van artikel III.-3:509 DCFR bepaalt dat de schuldeiser die de overeenkomst beëindigt zijn bestaande rechten op schadevergoeding of op een boetebeding behoudt en bijkomend hetzelfde recht op schadevergoeding of op een boetebeding heeft als de schuldeiser zou hebben indien de thans uitgedoofde verbintenissen van de schuldenaar niet zouden zijn nagekomen. Met betrekking tot deze verbintenissen wordt de schuldeiser niet geacht door de loutere uitoefening van het recht tot beëindiging het verlies te hebben veroorzaakt of ertoe te hebben bijgedragen. Deze bepaling is niet erg helder geformuleerd. Hoewel dit niet duidelijk in de tekst tot uiting komt, is het wellicht niet de bedoeling van de opstellers van het DCFR dat een recht op vervangende schadevergoeding blijft voortbestaan na de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid. Een vervangende schadevergoeding vervangt een prestatie. Door de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid vervalt de plicht tot presteren en dus ook het recht op vervangende schadevergoeding. Indien de niet-conformiteit van het goed aan de koper andere schade heeft berokkend dan die

bestaande in het feit dat het goed niet conform is, blijft het recht op vergoeding hiervan terecht voortbestaan na de ontbinding. Dat is ook zo in het Nederlandse recht.²⁴⁹ Het Nederlandse recht erkent ook de mogelijkheid dat bepaalde bedingen, bijv. een boetebeding, na de ontbinding hun uitwerking behouden. Of dit in een bepaald geval inderdaad zo is, wordt beschouwd als een kwestie van interpretatie.²⁵⁰

- Restitutieverbintenissen

Evenals het BW verplicht het DCFR beide partijen in geval van ontbinding tot het teruggeven van reeds ontvangen prestaties (art. III.-3:510 lid 1 DCFR en art. 6:271, tweede zin).

Indien de nakoming bestond in de betaling van een geldsom, dan moet zowel onder het BW als onder het DCFR het nominaal bedrag worden terugbetaald (art. III.-3:510 lid 2 DCFR en art. 6:271 BW).²⁵¹

Andere prestaties, die overdraagbaar zijn, dienen in principe in natura te worden teruggegeven. Dit is slechts anders indien de teruggave in natura onredelijke moeite of kosten met zich mee zou brengen. In dat geval kan de waarde van de geleverde prestatie worden vergoed (art. III.-3:510 lid 3 DCFR). Ook indien het ontvangen voordeel niet overdraagbaar is, moet de waarde ervan op het moment van de nakoming worden vergoed (art. III.-3:510 lid 4 DCFR *juncto* art. III.-3:512 lid 1, a DCFR). Indien de geleverde prestatie een voordeel betreft dat kan worden teruggegeven, maar dat een waardevermindering heeft ondergaan tussen het moment van de ontvangst en de teruggave, dan dient de partij die het voordeel ontvangen heeft een vergoeding te betalen voor de waardevermindering van het ontvangene (art. III.-3:512 lid 1, b DCFR). Wanneer een prijs was overeengekomen, dan is de waarde van het voordeel dat gedeelte van de prijs dat overeenstemt met de verhouding tussen de waarde van de eigenlijke prestatie en de waarde van de beloofde prestatie. Wanneer geen prijs was overeengekomen, is de waarde van het voordeel het bedrag dat een verkoper die bereid en in staat is te verkopen en een koper die bereid en in staat is te kopen, met kennis van de niet-conformiteit wettig zouden zijn overeengekomen (art. III.-3:512 lid 2 DCFR). De gehoudenheid van de partij die een prestatie ontvangen heeft om de waarde van het voordeel te betalen, is beperkt tot de mate waarin als gevolg van de niet-nakoming van een verbintenis die de andere partij jegens de ontvanger van het voordeel had aangegaan, het voordeel niet

²⁴⁹ Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 529, 555.

²⁵⁰ Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-I*, nr. 419, 324 en nr. 423, 326; Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 529, 555.

²⁵¹ Voor het Nederlandse recht, zie Hartlief, T., *Ontbinding*, in *Serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1994, 35-36.

kan worden teruggegeven in de staat waarin het was ontvangen of waarin de ontvanger verplicht is het zonder vergoeding weg te doen of om een nadeel te dragen om het in stand te houden (art. III.-3:512 lid 3 DCFR). De gehoudenheid van de partij die een voordeel ontvangen heeft, om de waarde ervan te vergoeden is ook beperkt tot de mate waarin het niet kan worden teruggegeven in de staat waarin het is ontvangen als gevolg van een gedraging van de partij die het ontvangen heeft in het redelijke, maar onterechte vertrouwen dat er geen niet-conformiteit was (art. III.-3:513 lid 4 DCFR).

Indien het door een partij ontvangen goed ophoudt overdraagbaar te zijn na het moment waarop het teruggegeven had moeten worden, is de ontvanger verplicht de waarde te betalen van dat goed op het moment van de nakoming. Wanneer een overdraagbaar goed zijn waarde verliest nadat het teruggegeven had moeten worden, moet de ontvanger schadevergoeding betalen voor het waardeverlies (art. III.-3:514 lid 1 DCFR). Wanneer de partij die een goed ontvangen heeft van de andere partij ter uitvoering van een beëindigde overeenkomst en hij over dat goed heeft beschikt, na het moment waarop hij het had moeten teruggeven en de opbrengst van die transactie de waarde van het goed overstijgt, dient hij het bedrag van de opbrengst te betalen aan de wederpartij (art. III.-3:514 lid 2 DCFR).

Ook onder het BW geschiedt de ongedaanmaking in principe in natura (art. 6:271 BW).²⁵² Sluit de aard van de prestatie echter uit dat zij in natura ongedaan wordt gemaakt, dan treedt daarvoor in principe een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van de ontvangst (art. 6:272 lid 1 BW). Heeft de prestatie niet aan de verbintenis beantwoord, dan wordt deze vergoeding beperkt tot het bedrag van de waarde die de prestatie voor de ontvanger op dit tijdstip in de gegeven omstandigheden werkelijk heeft gehad (art. 6:272 lid 2 BW).

Indien het goed om andere redenen dan de aard van de prestatie niet teruggegeven kan worden, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de onmogelijkheid tot teruggave is ontstaan vóór of nadat de partij die tot teruggave verplicht is redelijkerwijze met een ontbinding rekening moest houden. Artikel 6:273 BW bepaalt dat vanaf het tijdstip dat de partij die tot teruggave verplicht is redelijkerwijze met een ontbinding rekening moet houden, verplicht is er als een zorgvuldig schuldenaar zorg voor te dragen dat de ingevolge die ontbinding verschuldigde ongedaanmaking van de prestatie mogelijk zal zijn. Is de onmogelijkheid tot teruggave ontstaan vóór het moment dat de partij die tot teruggave

²⁵² Zie Hartlief, T., *o.c.*, 36.

verplicht is redelijkerwijze met een ontbinding rekening moet houden, dan is die partij bij ontbinding geen schadevergoeding verschuldigd. Is de onmogelijkheid tot teruggave ontstaan na dat moment, dan is de bij ontbinding tot teruggave verplichte partij, voor zover zij aan haar zorgplicht is tekortgekomen, aan haar wederpartij een schadevergoeding verschuldigd op basis van artikel 6:74 BW.

Artikel 6:274 BW bepaalt dat een partij die in weerwil van een dreigende ontbinding een prestatie heeft ontvangen, na de ontbinding geacht wordt in verzuim te zijn geweest vanaf de ontvangst van de prestatie. Uit de toelichting Meijers blijkt dat de wetgever bij de redactie van deze bepaling het geval voor ogen had waarin de ontvanger zelf reeds een prestatie heeft verricht die niet deugdelijk was. In dit geval komt ieder tenietgaan van het goed voor rekening van de ontvanger (art. 6:84 BW).²⁵³

Let wel, wanneer ter zake van onmogelijkheid van restitutie geen vergoeding verschuldigd is dan kan het zijn dat de wederpartij die tot ontbinding is overgegaan door vergoeding van het positief belang te vorderen overeenkomstig artikel 6:277 BW alsnog de waarde van het goed verkrijgt of de ontvanger die tot ontbinding is overgegaan tot herstel van de waardeverhouding ex artikel 6:278 BW gehouden is. In beide gevallen is de waarde van het goed uiteindelijk wel vergoed.²⁵⁴

- Restitutie bij gedeeltelijke ontbinding

Teruggave is niet vereist indien en voor zover partijen de tegenover elkaar staande verbintenissen correct zijn nagekomen (art. III.-3:511 lid 1 DCFR). Indien de waarde van hetgeen ontvangen is van de wederpartij is weggevallen of aanzienlijk is verminderd als gevolg van de niet-nakoming door de wederpartij, dan mag de partij die tot beëindiging overgaat er echter voor kiezen om de prestatie van de wederpartij als niet-conform te behandelen (art. III.-3:511 lid 2 DCFR). Dit is in overeenstemming met de stand van het Nederlandse recht.

- Afgifte van vruchten

De verbintenis om voordelen terug te geven strekt zich onder het DCFR uit tot de natuurlijke of burgerlijke vruchten van het voordeel (art. III.-3:510 lid 5 DCFR).

²⁵³ Hartlief, T., *o.c.*, 38-39.

²⁵⁴ Hartlief, T., *o.c.*, 39.

Artikel 6:275 BW bepaalt dat wat dit betreft de artikelen 3:120 tot en met 124 BW van toepassing zijn. De artikelen 3:120 en 121 BW maken een onderscheid tussen de bezitter te goeder trouw en de bezitter te kwader trouw. Aan een bezitter te goeder trouw behoren de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten toe (art. 3:120 lid 1). Een bezitter die niet te goeder trouw is, is jegens de rechthebbende verplicht tot het afgeven van de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten (art. 3:120 lid 1 BW). De ontvanger die een zaak moet restitueren, staat gelijk met een bezitter te goeder trouw totdat de ontbinding is verklaard of gevorderd. Nadien staat hij gelijk met een bezitter te kwader trouw (art. 3:121 lid 3 BW). Dit is slechts anders wanneer hij de zaak heeft ontvangen in weerwil van een dreigende ontbinding; in dit geval wordt hij na de ontbinding geacht vanaf de ontvangst van de prestatie in verzuim geweest te zijn (art. 6:274 BW).²⁵⁵

- Vergoeding van kosten

Indien de partij die een voordeel heeft ontvangen en dit achteraf terug moet geven, verbeteringen heeft aangebracht aan dat goed, dan heeft zij krachtens artikel III.-3:513 lid 2 DCFR recht op vergoeding van die verbeteringen indien de andere partij de waarde eenvoudig kan verkrijgen door gebruik te maken van het voordeel, tenzij de verbetering de niet-nakoming inhield van een verbintenis die de ontvangende partij op zich had genomen jegens de andere partij of de ontvangende partij de verbeteringen heeft aangebracht op een moment waarop zij wist of redelijkerwijze geacht kon worden te weten dat het goed moest worden teruggegeven.

Het BW maakt ook op dit punt een onderscheid tussen de bezitter te goeder trouw en de bezitter te kwader trouw. Is de bezitter te goeder trouw, dan dient de rechthebbende op het goed de ten behoeve van het goed gemaakte kosten alsmede de schade waarvoor de bezitter op grond van het in titel 3 van Boek 6 bepaalde uit hoofde van zijn bezit jegens derden aansprakelijk mocht zijn, aan deze te vergoeden, voor zover de bezitter niet door de vruchten van het goed en de overige voordelen die hij ter zake heeft genoten, voor het een en ander is schadeloos gesteld. De rechter kan de verschuldigde vergoeding beperken, indien volledige vergoeding zou leiden tot onbillijke bevoordeling van de bezitter jegens de rechthebbende (art. 3:120 lid 2 BW). De bezitter te kwader trouw heeft tegen de rechthebbende alleen een vordering tot vergoeding van de kosten die hij ten behoeve van het goed of tot winning van de

²⁵⁵ Hartlief, T., *o.c.*, 24.

vruchten heeft gemaakt, voor zover hij deze vergoeding van de rechthebbende kan vorderen op grond van het bepaalde omtrent ongerechtvaardigde verrijking (art. 3:121 lid 2 BW).

- Vergoeding voor gebruik

Krachtens artikel III.-3:513 lid 1 DCFR is de ontvanger verplicht een redelijke vergoeding te betalen voor elk gebruik dat de ontvanger van het ontvangen voordeel maakt, behoudens in de mate waarin hij voor dat gebruik aansprakelijkheid oploopt op grond van artikel III.-3:512 lid 1 DCFR. Deze bepaling ligt in de lijn van overweging 15 van de preambule bij de Richtlijn Consumentenkoop die bepaalt dat

“het de lidstaten vrij staat te bepalen dat elke terugbetaling aan de consument kan worden verminderd teneinde rekening te houden met het gebruik dat de consument van het goed heeft gehad sedert het hem is afgeleverd; dat de gedetailleerde regeling betreffende de wijze waarop tot de ontbinding van de overeenkomst wordt gekomen, kan worden vastgelegd in het nationale recht”.

In het Quelle-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat deze overweging enkel geldt voor de ontbinding. Bij vervanging mag van de consument geen vergoeding worden geëist voor het gebruik van het niet-conforme goed tot aan de vervanging ervan.²⁵⁶

vi. Prijsvermindering

Een partij die een niet-conforme prestatie aanvaardt, heeft recht op prijsvermindering. Artikel III.-3:601 DCFR bepaalt dat de prijsvermindering proportioneel dient te zijn aan het waardeverschil tussen de prestatie die geleverd werd en de prestatie die conform het contract had moeten worden geleverd (lid 1). Indien de schuldeiser die recht heeft op prijsvermindering reeds meer heeft betaald dan hij na prijsvermindering verschuldigd is, dan mag hij het teveel betaalde terugvorderen van de schuldenaar (lid 2). Een schuldeiser die de prijs vermindert, kan geen schadevergoeding meer vorderen voor het reeds door de prijsvermindering gecompenseerde verlies, maar hij behoudt zijn recht op vergoeding van andere schade (lid 3).²⁵⁷

Ook het BW vereist dat de prijsvermindering evenredig is met de mate van afwijking van het overeengekomene (art. 7:22 lid 1, b BW). Dit ligt ook besloten in het richtlijnvoorstel, al

²⁵⁶ HvJ EG 17 april 2008, Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-404/06, *Jurispr.* 2008, nog niet gepubliceerd, r.o. 43.

²⁵⁷ Lid 4 handelt over de vermindering van verbintenissen die niet bestaan uit de betaling van een geldsom en is niet relevant voor de koop.

wordt het er niet uitdrukkelijk in vermeld. Het BW en het richtlijnvoorstel beschouwen de prijsvermindering slechts als een subsidiaire remedie, waarop de schuldeiser slechts een beroep kan doen indien de primaire remedies om in de door de wet/het richtlijnvoorstel voorziene redenen niet in aanmerking komen (art. 7:22 lid 2 BW en art. 26 Richtlijnvoorstel). Het DCFR kent geen onderscheid tussen primaire en secundaire remedies, zodra het geleverde goed niet conform is, kan de koper een beroep doen op prijsvermindering.

vii. Schadevergoeding

Artikel IV.A.-4:101 DCFR2008 wekte de indruk dat de schadevergoeding enkel een alternatieve remedie kon zijn (gebruik van het woord “of”/“or”) en niet, zoals onder het BW en het richtlijnvoorstel een suppletieve remedie, die ter aanvulling van een andere remedie kan worden toegekend (art. 27 lid 2 Richtlijnvoorstel en art 7:24 BW). Artikel IV.A.-4:101 DCFR2008 is echter niet opgenomen in de versie van het DCFR die in 2009 zal worden gepubliceerd. In de nieuwe versie van het DCFR volgt uit artikel III.-3:102 DCFR dat schadevergoeding zowel als zelfstandige remedie als ter aanvulling van een andere remedie kan worden toegekend. III.-3:102 DCFR bepaalt immers dat remedies die niet incompatibel zijn, gecumuleerd kunnen worden en dat een schuldeiser in het bijzonder het recht op schadevergoeding niet verliest indien hij een beroep doet op een andere remedie.

Op grond van artikel III.-3:701 lid 1 DCFR heeft de schuldeiser recht op vergoeding van de schade die voortvloeit uit de niet-nakoming door de schuldenaar, tenzij er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de niet-nakoming. De schade waarvoor vergoeding kan worden gevorderd omvat toekomstige schade waarvan het redelijkerwijze voorzienbaar is dat ze zal intreden (lid 2). “Schade” omvat economische en niet-economische schade. Economische schade omvat verlies van inkomen of winst, opgelopen lasten en waardevermindering van eigendom. Niet-economisch verlies omvat pijn en lijden en vermindering van levenskwaliteit (lid 3).

De schadevergoeding is er op grond van artikel III.-3:702 DCFR op gericht de schuldeiser zo goed mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de verbintenis correct zou zijn uitgevoerd. Dit is in overeenstemming met het geldende Nederlandse recht (*cf.* art. 6:96 BW).

De schadevergoeding is conform artikel III.-3:703 DCFR beperkt tot de schade die de schuldenaar op het moment van de contractsluiting had voorzien of redelijkerwijze had

kunnen voorzien als een waarschijnlijk gevolg van niet-nakoming, tenzij de niet-nakoming opzettelijk, roekeloos of grovelijk onachtzaam was.

Op grond van artikel III.-3:704 DCFR is de schuldenaar niet aansprakelijk voor door de schuldeiser geleden schade in de mate waarin de schuldeiser heeft bijgedragen tot de niet-nakoming of de gevolgen ervan. Dit ligt in de lijn van artikel 6:101 BW.²⁵⁸

De schuldenaar is ook niet aansprakelijk voor schade geleden door de schuldeiser in de mate waarin deze door redelijke maatregelen te nemen de schade had kunnen beperken. Als tegengewicht heeft de schuldeiser recht op de vergoeding van redelijke kosten die hij gemaakt heeft in een poging om de schade te beperken (art. III.-3:705 DCFR).

Een schuldeiser die een contractuele relatie geheel of gedeeltelijk heeft beëindigd en op een redelijke wijze en binnen een redelijke termijn een vervangende transactie heeft gesloten, heeft recht op schadevergoeding ten belope van het verschil tussen de overeengekomen prijs en de prijs van de vervangende transacties alsmede ten belope van verder verlies (art. III.-3:706 DCFR). Wanneer de schuldeiser geen vervangende transactie heeft aangegaan maar er een gangbare prijs is voor de prestatie, dan mag de schuldeiser, in de mate waarin hij recht heeft op schadevergoeding, het verschil eisen tussen de contractsprijs en de gangbare prijs op het moment van de beëindiging van de overeenkomst, alsmede schadevergoeding voor verder verlies (art. III.-3:707 DCFR).

Wanneer is bepaald dat de schuldenaar die nalaat een verbintenis na te komen een bepaalde geldsom aan de schuldeiser moet betalen, heeft de schuldeiser recht op dat bedrag ongeacht het bedrag van de werkelijk geleden schade. Ondanks enig andersluidend beding, kan het bedrag dat in het contract of in enige andere rechtshandeling is bedongen echter worden herleid tot een redelijk bedrag wanneer het kennelijk overdreven is in verhouding tot de schade die uit de niet-nakoming voortvloeit en de andere omstandigheden van de zaak (art. III.-3:712 DCFR).

²⁵⁸ Art. 6:101 BW: “1. Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

2. Betreft de vergoedingsplicht schade, toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had, dan worden bij toepassing van het vorige lid omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, toegerekend aan de benadeelde”.

Artikel III.-3:713 DCFR bepaalt ten slotte dat de schadevergoeding begroot moet worden in de munt die het best is aangepast om het verlies van de schuldeiser aan te geven.

viii. Interesten

Indien de betaling van een geldsom is vertraagd, heeft de schuldeiser krachtens artikel III.-3:708 lid 1 DCFR, ongeacht of de niet-nakoming toerekenbaar is of niet, recht op interesten op die som vanaf het ogenblik waarop de betaling verschuldigd is, tot op het ogenblik van de betaling. De toepasselijke rentevoet is de

“average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due”.

De schuldeiser mag bovendien schadevergoeding vorderen voor verder verlies (art. 3:708 lid 2 DCFR).

De aldus verschuldigde interest wordt om de twaalf maanden bij het openstaande kapitaal gevoegd, tenzij de partijen hebben voorzien in de betaling van interest in geval van vertraging in de betaling (art. III.-3:710 DCFR).

6.2.2.2 Handelsgaranties

6.2.2.2.1 *Gevolgen van de implementatie van het richtlijnvoorstel*

Aan de regeling van de handelsgarantie in artikel 7:6a BW moet worden toegevoegd dat zij enkel geldt voor toezeggingen gedaan ten tijde van of vóór de sluiting van de overeenkomst.

Artikel 7:6a BW bepaalt dat

“aan de koper door de verkoper of de producent in een garantiebewijs toegekende rechten of vorderingen (...) hem ook toe(komen) indien de zaak niet de eigenschappen bezit die in een reclame door deze verkoper of producent zijn toegezegd”.

Artikel 29 Richtlijnvoorstel neemt de in de reclame betreffende de handelsgarantie aangegeven voorwaarden slechts in aanmerking als er geen garantiebewijs is verstrekt.

Aan de regeling van de handelsgarantie moet verder worden toegevoegd dat zij goed leesbaar dient te zijn en tevens de volgende vermeldingen dient te bevatten:

- de wettelijke rechten van de consument,
- onverminderd de regels inzake de grijze lijst en het feit dat het beding tot beperking van het recht van de consument om de goederen door te verkopen, door de overdraagbaarheid van door de handelaar verstrekte handelsgaranties te beperken op de grijze lijst van het Richtlijnvoorstel is opgenomen, een verklaring, voorzover van toepassing, dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop.

6.2.2.2 *Vergelijking met het DCFR*

Het DCFR bevat een uitvoerige regeling inzake handelsgaranties bij consumentenkoop.

Artikel IV.A.-6:101 definieert de “consumer goods guarantee” als volgt:

- “(1) A consumer goods guarantee means any undertaking of a type mentioned in the following paragraph given to a consumer in connection with a consumer contract for the sale of goods:
- (a) by a producer or a person in later links of the business chain; or
 - (b) by the seller in addition to the seller’s obligations as seller of the goods.
- (2) The undertaking may be that:
- (a) apart from misuse, mistreatment or accident the goods will remain fit for their ordinary purpose for a specified period of time, or otherwise;
 - (b) the goods will meet the specifications set out in the guarantee document or in associated advertising; or
 - (c) subject to any conditions stated in the guarantee,
 - (i) the goods will be repaired or replaced;
 - (ii) the price paid for the goods will be reimbursed in whole or in part; or
 - (iii) some other remedy will be provided”.

Artikel IV.A.-6:102 lid 1 DCFR bepaalt dat een “consumer goods guarantee”, of deze nu van contractuele aard is of de vorm heeft aangenomen van een eenzijdige belofte (“unilateral undertaking”) verbindend is jegens de eerste koper. In geval van een verbindende eenzijdige belofte is deze verbindend zonder aanvaarding; hiervan kan niet worden afgeweken in het garantiedocument, noch in de verwante reclame. Behoudens afwijkend beding in het garantiedocument is de garantie binnen de garantietermijn ook verbindend zonder aanvaarding ten voordele van elke eigenaar van de goederen (lid 2). Enig vereiste in de garantie waarbij deze afhankelijk wordt gemaakt van de vervulling door de begunstigde van enig vormvereiste, zoals registratie of kennisgeving van de aankoop, bindt de consument niet (lid 3).

Artikel IV.A.-6:103 lid 1 DCFR bepaalt verder dat een persoon die een “consumer goods guarantee” geeft de koper een garantiedocument moet bezorgen dat een aantal door het artikel

voorgeschreven vermeldingen dient te bevatten. Dit geldt tenzij de koper reeds voordien een dergelijk document zou zijn bezorgd. Het garantiedocument moet in tekstuele vorm op een duurzame drager zijn opgenomen en beschikbaar en toegankelijk zijn voor de koper (lid 2). De niet-naleving van de vorm- en inhoudelijke vereisten doet, net zoals onder het richtlijnvoorstel echter geen afbreuk aan de geldigheid van de garantie (lid 3). Indien deze vorm- en inhoudelijke vereisten niet zijn nageleefd, mag de begunstigde de afgifte eisen van een garantiedocument dat wel aan deze vereisten voldoet en, indien de niet-naleving van de vereisten de begunstigde schade heeft toegebracht, dan kan de begunstigde een vergoeding van die schade vorderen (lid 4). De partijen mogen de toepassing van dit artikel niet uitsluiten noch ervan afwijken in het nadeel van de consument (lid 5).

Dit artikel uit het DCFR houdt een verbetering in van de positie van de consument in vergelijking tot het BW en het DCFR. Onder het DCFR bestaat er een principiële verplichting tot afgifte van een garantiedocument dat aan bepaalde vorm- en inhoudelijke vereisten voldoet, en in geval van niet-naleving kan de consument, onverminderd zijn recht op schadevergoeding, afgifte van zo een document eisen. Onder het BW en het richtlijnvoorstel bestaat de verplichting tot afgifte van een garantiedocument op een duurzame drager slechts ingeval de consument daarom verzoekt (art. 7:6a lid 3 BW en art. 29 lid 3 Richtlijnvoorstel). Het richtlijnvoorstel stelt overigens niet uitdrukkelijk het vereiste van de tekstuele vorm en de toegankelijkheid van de drager (art. 29 lid 3 Richtlijnvoorstel).

De vereisten met betrekking tot de vermeldingen van het garantiedocument zijn onder het BW, het richtlijnvoorstel en het DCFR grotendeels gelijk. Onder de drie regelingen moet worden vermeld

- dat de koper wettelijke rechten heeft en dat de garantie die rechten onverlet laat,
- welke rechten de garantie de consument bijkomend toekent,
- de belangrijkste elementen voor het indienen van claims met name de naam en het adres van de garant en het geografisch gebied waarvoor de garantie geldt.

Het DCFR vereist verder uitdrukkelijk de naam en het adres van de persoon aan wie de kennisgeving van het beroep op de garantie moet worden gedaan en de procedure voor het doen van deze kennisgeving. Het BW en het richtlijnvoorstel vereisen verder de vermelding van de duur van de garantie. Het DCFR wijdt hieraan een afzonderlijke bepaling, namelijk artikel IV.A.-6:104, waarover later meer. Het richtlijnvoorstel vereist ook onverminderd de regels inzake de grijze lijst en het feit dat het beding tot beperking van het recht van de consument om de goederen door te verkopen, door de overdraagbaarheid van door de

handelaar verstrekte handelsgaranties te beperken op de grijze lijst van het Richtlijnvoorstel is opgenomen, een verklaring, voor zover van toepassing, dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop.

Zowel onder het BW, het richtlijnvoorstel als het DCFR moeten de vereiste gegevens op een duidelijke en begrijpelijke wijze worden vermeld. Het richtlijnvoorstel vereist bovendien dat de gegevens goed leesbaar zijn. Het DCFR preciseert dat de garantie moet worden opgesteld in dezelfde taal als deze waarin de goederen worden aangeboden.

Artikel IV.A-6:104 bepaalt (als aanvullend recht) de draagwijdte van de garantie wanneer het garantiedocument ter zake niets anders zou bepalen. In dat geval geldt de garantie voor de geschatte levensduur van het goed met een maximum van vijf jaar. De verbintenissen van de garant worden opeisbaar indien de goederen op enig moment tijdens de garantieperiode ongeschikt worden voor hun normaal gebruik of ophouden de eigenschappen en “performance capabilities” te hebben die de begunstigde van de garantie redelijkerwijs mag verwachten, tenzij dit te wijten is aan verkeerd gebruik, verkeerde behandeling of ongeval (accident). De verkoper die de garantie verleende, is verplicht, wanneer de voorwaarden van de garantie vervuld zijn, het geleverde goed te repareren of te vervangen en de daarbij gerezen kosten ook te dragen. Dit artikel heeft geen equivalent in het BW, noch in het richtlijnvoorstel, maar houdt wel een wenselijke aanvulling daarvan in.

Artikel IV.A.-6:105 DCFR preciseert dat een garantie die enkel betrekking heeft op een bepaald deel of bepaalde delen van het goed deze beperking duidelijk moet aangeven in het garantiedocument, zoniet kan zij niet worden ingeroepen jegens de consument. Artikel IV.A.-6:106 DCFR bepaalt voorts dat de garantie de aansprakelijkheid van de garant onder de garantie mag uitsluiten voor enige tekortkoming of beschadiging van de goederen veroorzaakt door het feit dat de goederen niet in overeenstemming met de instructies werden onderhouden, voorzover deze beperking duidelijk in het garantiedocument is uiteengezet. Ook deze artikelen hebben geen equivalent in het BW, noch in het richtlijnvoorstel, maar houden een nuttige aanvulling ervan in.

Bovendien is in geval van een garantie sprake van een zekere omkering van de bewijslast. Immers, artikel IV.A.-6:107 DCFR bepaalt dat wanneer een consument een beroep doet op een garantie binnen de door garantie gedekte periode, de garant dient te bewijzen dat de goederen overeenkwamen met alle eisen zoals deze in het garantiedocument en gerelateerde

advertenties naar voren kwamen en dat het slecht functioneren of de schade aan het product te wijten is aan een oorzaak (zoals misbruik of gebrekkig onderhoud) waarvoor de verkoper niet verantwoordelijk is. Ook deze bepaling is van dwingend recht aangezien hiervan krachtens het tweede lid van artikel IV.A.-6:107 DCFR niet ten nadele van de consument mag worden vanaf geweken. Het betreft hier opnieuw een bepaling die geen equivalent heeft in het BW, noch het richtlijnvoorstel, maar een nuttige aanvulling ervan vormt.

Tot slot bepaalt artikel IV.A.-6:108 DCFR dat dwingend is ten voordele van de consument dat de garantie, “If any defect or failure in the goods is remedied under the guarantee” wordt verlengd voor de duur dat de begunstigde van de garantie de goederen niet kon gebruiken wegens het gebrek of het slechte functioneren ervan. Ook deze bepaling houdt een wenselijke aanvulling in ten aanzien van het BW en het richtlijnvoorstel.

6.2.3 Niet gevraagde leveringen

Artikel 45 Richtlijnvoorstel bepaalt:

“Consumenten zijn niet verplicht enige vergoeding te betalen in gevallen van ongevraagde levering van een product zoals verboden door artikel 5, lid 5, en punt 29 van bijlage I van Richtlijn 2005/29/EC. Het feit dat een consument niet reageert op een dergelijke ongevraagde levering betekent niet dat hij met de levering instemt”.

Artikel 5, lid 5, en punt 29 van bijlage I van Richtlijn 2005/29/EC zijn in het Nederlandse recht geïmplementeerd door artikel 6:193i sub f BW dat bepaalt dat het

“vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, tenzij het product een vervangingsgoed is als bedoeld in artikel 46f lid 3 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek”

onder alle omstandigheden als agressieve en dus oneerlijke handelspraktijk wordt aangemerkt.

Ter implementatie van het richtlijnvoorstel moet in het BW een bepaling worden ingevoegd die inhoudt dat een consument in dit geval niet verplicht is enige vergoeding te betalen en dat het niet-reageren op zo een levering niet inhoudt dat hij met de levering instemt. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door invoeging van een artikel in titel 7.1 BW.

Het DCFR bepaalt in dit verband in artikel VIII.-2:304:

“(1) If a business delivers unsolicited goods to a consumer, the consumer acquires ownership subject to the business’s right or authority to transfer ownership. The consumer may reject the acquisition of ownership; for these purposes, II.–4:303 (Right or benefit may be rejected) applies by way of analogy.

(2) The exceptions provided for in II.–3:401 (No obligation arising from failure to respond) paragraphs (2) and (3) apply accordingly.

(3) For the purposes of this Article delivery occurs when the consumer obtains physical control over the goods”.

6.3 Specifieke kwesties voor de Colportagewet

6.3.1 Toepassingsgebied

De Colportagewet omschrijft haar toepassingsgebied in artikel 1. Zij regelt de activiteiten van colporteurs, dit zijn

“degene(n) die in de uitoefening van een beroep of bedrijf door persoonlijk bezoek dan wel door of in samenhang met de aanprijzing van een goed of een dienst in een groep van ter plaatse van de aanprijzing aanwezige personen, tracht(en) een particulier te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst, strekkende tot het aan deze verschaffen van het genot van een goed, het aan deze verlenen van een dienst of het door deze als kredietnemer deelnemen aan een goederenkrediet”.

Onder “goed” verstaat de Colportagewet “een roerende zaak of een vermogensrecht dat geen registergoed is”, met uitsluiting van financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.

Onder “onderneming” verstaat de Colportagewet mede “een bedrijf, waarmede niet wordt beoogd het maken van winst”.

De Colportagewet geeft verder aan dat

“als persoonlijk bezoek niet (wordt) aangemerkt het persoonlijk bezoek, dat in overwegende mate voortvloeit uit een initiatief van degene, die wordt bezocht, tenzij de bezoeker degene, die hij bezoekt, tracht te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst betreffende een ander goed of een andere dienst dan het goed of de dienst, in verband waarmee om het bezoek is verzocht en degene, die wordt bezocht, toen hij het initiatief tot dat bezoek nam niet wist en redelijkerwijs niet kon weten, dat het sluiten van overeenkomsten betreffende dat andere goed of die andere dienst tot de bedrijfs- of beroepsuitoefening van de bezoeker behoorde”.

De wet preciseert tevens dat als “een groep van personen” niet wordt aangemerkt

“een groep, welke kennelijk niet met of mede met het oog op de aanprijzing van een goed of een dienst in die groep is bijeengebracht”.

De regeling van het Richtlijnvoorstel met betrekking tot buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten heeft een ruimer toepassingsgebied.

Het Richtlijnvoorstel definieert de “buiten verkooppunten gesloten overeenkomst”¹ namelijk als:

- “a) Iedere verkoop- of dienstenovereenkomst die buiten verkooppunten wordt gesloten in gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de handelaar en de consument, of iedere verkoop- of dienstenovereenkomst waarvoor de consument een aanbod heeft gedaan onder dezelfde omstandigheden, of
- b) iedere verkoop- of dienstenovereenkomst die gesloten wordt in verkooppunten maar waarover buiten verkooppunten onderhandeld is, in gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de handelaar en de consument” (art. 2 sub 8).

Onder “verkooppunten” verstaat het Richtlijnvoorstel:

- “a) iedere permanente of mobiele ruimte voor detailhandel, met inbegrip van ruimten voor seizoenverkoop, waar de handelaar op permanente basis zijn activiteiten uitvoert, of
- b) marktkramen en beursstands waar de handelaar op regelmatige of tijdelijke basis zijn activiteiten uitvoert” (art. 2 sub 9).

Andere ruimten die slechts voor korte tijd worden gehuurd en waar de handelaar niet gevestigd is (zoals hotels, restaurants, conferentiecentra en bioscopen die worden gehuurd door handelaren die daar niet gevestigd zijn) dienen, volgens overweging 15 van de preambule bij het richtlijnvoorstel, niet als verkooppunten beschouwd te worden. Ook alle openbare ruimten, met inbegrip van openbare vervoermiddelen en faciliteiten, en privéwoningen en arbeidsplaatsen, dienen niet als verkooppunten beschouwd te worden.

Het feit dat de verkoop buiten verkooppunten plaatsvond op verzoek van de consument of niet, is niet bepalend voor het toepassingsgebied van de regeling van het richtlijnvoorstel in verband met buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten. In overweging 14 van de preambule wordt namelijk gesteld dat consumenten bij een verkoopsituatie buiten

verkoopruimten onder een zekere psychologische druk staan, ongeacht of zij nu zelf om het bezoek van de handelaar hebben gevraagd of niet.

6.3.2 Informatieverplichtingen

De inhoud van artikel 9 Richtlijnvoorstel voor zover het handelt over buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, zal in de Colportagewet moeten worden opgenomen. Voor de inhoud van deze bepaling, zie *supra*, 4.5.5.4.1.

6.3.3 Vormvereisten

Artikel 24 Colportagewet schrijft thans volgende vormvereisten voor:

- “1. Voor een overeenkomst, welke het onmiddellijk gevolg is van de werkzaamheid van een colporteur, is op straffe van nietigheid vereist, dat door of namens de bij de overeenkomst betrokken partijen in twee gelijkkluidende exemplaren een akte wordt ondertekend, en dat onmiddellijk na de ondertekening door de partij, die door de colporteur tot het aangaan van de overeenkomst is bewogen, een exemplaar van die akte is ontvangen door ieder van beide partijen.
2. Door de bij de overeenkomst partij zijnde eigenaar of eigenaren van de onderneming, waarin, onderscheidenlijk voor rekening waarvan, de colporteur werkzaam is, wordt zorggedragen, dat:
 - a. in de akte, bedoeld in het eerste lid, de in artikel 25, eerste lid, bedoelde mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden wordt vermeld alsmede zijn of hun naam en zijn of hun adres, waarnaar de in artikel 25, eerste lid, bedoelde mededeling kan worden gezonden, een en ander op straffe van nietigheid van de overeenkomst;
 - b. de akte is opgemaakt met inachtneming van de overigens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regelen betreffende de inhoud van dergelijke akten, alsmede betreffende de wijze, waarop deze moeten zijn opgemaakt”.

Dit artikel moet, ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, worden vervangen door een artikel dat de inhoud weergeeft van artikel 10 Richtlijnvoorstel dat op limitatieve wijze de vormvereisten vastlegt voor overeenkomsten die buiten verkoopruimten worden gesloten.

Artikel 10 lid 1 Richtlijnvoorstel vereist dat de hiervoor onder 4.5.5.4.1 omschreven informatie op het bestelformulier wordt verstrekt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in goed leesbare vorm. Het bestelformulier dient verder ook het standaardformulier voor herroeping te bevatten, zoals aangegeven in bijlage I, deel B van het richtlijnvoorstel.

Een buiten de verkoopruimten gesloten overeenkomst is volgens artikel 10 lid 2 Richtlijnvoorstel alleen geldig indien de consument een bestelformulier ondertekent en wanneer hij, wanneer het geen formulier op papier betreft, een kopie van het formulier op een andere duurzame drager ontvangt.

6.3.4 Herroepingsrecht

6.3.4.1 Principe

Artikel 25 lid 2 Colportagewet voorziet thans in een herroepingsrecht dat is uit te oefenen binnen een termijn van acht dagen na die, waarop voor de eerste maal een exemplaar van de verkoopsakte door de in het derde lid bedoelde Kamer van Koophandel en Fabrieken van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien.

Ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen dient deze termijn vervangen te worden door een termijn van veertien dagen die begint op de dag waarop de consument het bestelformulier ondertekent, of wanneer het bestelformulier niet van papier is, wanneer de consument een kopie van het bestelformulier op een andere duurzame drager ontvangt (art. 12 lid 1 en 2 Richtlijnvoorstel). Het volstaat dat de mededeling betreffende de herroeping verzonden wordt binnen de herroepingstermijn (art. 12 lid 3 Richtlijnvoorstel). Wanneer de handelaar de consument niet de vereiste informatie betreffende het herroepingsrecht verschaft, dient een herroepingstermijn van drie maanden te gelden vanaf het moment waarop de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan (art. 13 Richtlijnvoorstel).

Artikel 25 lid 4 Colportagewet bepaalt thans dat een brief of briefkaart, die blijkens een bewijs van terpostbezorging uiterlijk op de laatste dag van de herroepingstermijn aangetekend aan de handelaar is verzonden, behoudens tegenbewijs, geacht wordt een herroeping te bevatten. Zodanige brief of briefkaart wordt geacht de geadresseerde te hebben bereikt op het tijdstip, waarop die brief of briefkaart voor de eerste maal aan bedoeld adres ter uitreiking is aangeboden. Deze bepaling wekt de indruk dat niet het ogenblik van verzending van de herroepingsverklaring haar uitwerking bepaalt, maar het ogenblik van de ontvangst ervan. Onder de huidige Colportagewet is de rechtspraak verdeeld over de vraag of uit artikel 25 lid 4 moet worden afgeleid dat de herroepingsverklaring binnen de herroepingstermijn moet zijn ontvangen door de verkoper om uitwerking te hebben. In een opmerkelijk gemotiveerd vonnis

oordeelde het Kantongerecht Utrecht²⁵⁹ dat het volstaat dat herroepingsverklaring is verzonden binnen de herroepingstermijn.²⁶⁰ Latere rechtspraak vereist dat de herroepingsverklaring binnen de herroepingstermijn is ontvangen.²⁶¹ In deze laatste interpretatie is artikel 25 lid 4 Colportagewet onverzoenbaar met artikel 12 lid 3 Richtlijnvoorstel. Omdat artikel 25 lid 4 Colportagewet op zijn minst aanleiding geeft tot discussie over de vraag of de verzending, dan wel de ontvangst van de herroepingsverklaring dient plaats te vinden binnen de herroepingstermijn, verdient het aanbeveling deze bepaling te schrappen indien het richtlijnvoorstel in het Nederlandse recht zou moeten worden omgezet.

De consument die de buiten de ondernemingsruimten gesloten overeenkomst wil herroepen dient de handelaar volgens artikel 14 lid 1 Richtlijnvoorstel op een duurzame drager op de hoogte te stellen van zijn beslissing de overeenkomst te herroepen. Dit kan hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van het standaardformulier voor herroeping dat bij het richtlijnvoorstel is gevoegd. De lidstaten mogen geen andere formele vereisten opleggen met betrekking tot dit standaardformulier.

Ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, mag aan de partijen geen verbod worden opgelegd om hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen gedurende de herroepingstermijn (art. 12 lid 4 Richtlijnvoorstel). Onder de huidige Colportagewet bestaat er wel zo'n verbod (art. 25 lid 6 Colportagewet).

Volgens artikel 25 lid 5 Colportagewet heeft de ontbinding ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht terugwerkende kracht. De artikelen 15 e.v. Richtlijnvoorstel opteren voor een ontbinding *ex nunc* gecombineerd met ongedaanmakingsverbintenissen, hetgeen overigens nauwer aansluit bij de ontbinding in Boek 6 BW.

Artikel 15 Richtlijnvoorstel formuleert het beginsel dat de ontbinding *ex nunc* werkt. Volgens dit artikel heeft de uitoefening van het herroepingsrecht immers tot gevolg dat de partijen niet langer verplicht zijn de buiten de verkooppunten gesloten overeenkomst uit te voeren of een

²⁵⁹ “gezien de duidelijke tekst van art. 24 lid 4 Colportagewet alsmede gezien de strekking van deze bepaling, de datum van verzenden van de beëindigingsmededeling beslissend is en niet die van de ontvangst van deze mededeling”. Zie hierover Stutterheim, noot onder Ktg Utrecht 17 september 1997, *Rechtshulp* 1998, 17; Spath, J.B., “De Europese colportagerichtlijn: een voet tussen de deur voor de consumentenbescherming”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 58.

²⁶⁰ Ktg Utrecht 17 september 1997, *Rechtshulp* 1998, 14, met noot Stutterheim.

²⁶¹ Ktg Utrecht 26 januari 2000, *PRG* 2000, 5436; Ktg Tilburg 6 november 1997, *PRG* 1998, 4870.

overeenkomst buiten verkoopprijsruimten te sluiten, in het geval de consument een aanbod heeft gedaan.

De artikelen 16 en 17 Richtlijnvoorstel formuleren vervolgens de ongedaanmakingsverbintenissen. Artikel 16 lid 1 Richtlijnvoorstel bepaalt dat de handelaar alle van de consument ontvangen betalingen binnen dertig dagen na ontvangst van het bericht van herroeping dient terug te betalen. Bij verkoopovereenkomsten kan de handelaar wel wachten met terugbetaling totdat hij alle goederen heeft teruggekregen of teruggehaald, of totdat de consument heeft aangetoond dat hij alle goederen heeft teruggezonden, al naargelang welk tijdstip eerder valt (art. 16 lid 2 Richtlijnvoorstel). De Colportagewet geeft thans niet uitdrukkelijk aan binnen welke termijn de koper de goederen moet teruggeven of terugzenden, al moet worden aangenomen dat dit zo spoedig mogelijk dient te gebeuren. Het resultaat van artikel 16 lid 2 Richtlijnvoorstel, de opschorting van de terugbetalingsplicht, kan onder het huidige recht reeds bereikt worden via toepassing van het algemene opschortingsrecht (art. 6:52 e.v. BW) en de *exceptio non adimpleti contractus* (art. 6:262 e.v. BW).

Artikel 17 Richtlijnvoorstel formuleert de verplichtingen van de consument in geval van herroeping. Deze dient, kort gezegd, de ontvangen goederen terug te bezorgen aan de handelaar of de door hem gemachtigde binnen veertien dagen na de dag waarop hij de herroeping aan de handelaar heeft meegedeeld, tenzij de handelaar heeft aangeboden de goederen zelf af te halen (art. 17 lid 1, eerste zin). Ook hier is de termijn van veertien dagen nieuw ten aanzien van de Colportagewet, al geldt ook hier dat onder de Colportagewet moet worden aangenomen dat de terugbezorging zo spoedig mogelijk diende te geschieden.

Het richtlijnvoorstel bepaalt verder dat de consument alleen de directe kosten van het retourneren van de goederen moet dragen, tenzij de handelaar ermee heeft ingestemd om deze kosten voor zijn rekening te nemen (art. 17 lid 1, tweede zin). Ook deze bepaling is nieuw ten opzichte van de huidige Colportagewet.

Ook nieuw ten aanzien van de huidige Colportagewet is de bepaling van artikel 17 lid 2 Richtlijnvoorstel dat de consument alleen aansprakelijk is voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren. Hij is niet aansprakelijk voor waardevermindering wanneer de handelaar heeft nagelaten om de vereiste informatie met betrekking tot het herroepingsrecht te verstrekken. Voor dienstenovereenkomsten waarvoor

een herroepingsrecht geldt, draagt de consument geen kosten voor diensten die geheel of ten dele tijdens de herroepingstermijn zijn verleend. Op grond van artikel 18 Richtlijnvoorstel dient de kosteloze automatische beëindiging ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht te worden uitgebreid tot alle eventuele aanvullende overeenkomsten.²⁶² Dit zijn overeenkomsten “waarbij een consument goederen of diensten verwerft in verband met een overeenkomst op afstand of een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst, en deze goederen of diensten door de handelaar of door een derde partij worden geleverd op basis van een afspraak tussen die derde partij en de handelaar”. De lidstaten dienen de uitvoeringsbepalingen vast te stellen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten. Een eerste aanzet van een dergelijke nationale regeling is te vinden in artikel 7:46e lid 2 BW dat bepaalt:

“In geval van ontbinding van de koop op afstand overeenkomstig artikel 46d lid 1 heeft de koper tevens het recht een ingevolge een overeenkomst tussen de verkoper en een derde aangegane overeenkomst die ertoe strekt dat de derde aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent, zonder boete te ontbinden”

6.3.4.2 Uitzonderingen

De huidige Colportagewet voorziet niet in uitzonderingen op het herroepingsrecht. Ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, zullen op grond van artikel 19 lid 2 Richtlijnvoorstel de volgende uitzonderingen moeten worden ingevoerd:

“a) overeenkomsten betreffende de levering van levensmiddelen, dranken of andere goederen die bestemd zijn voor dagelijkse huishoudelijke consumptie, die door de consument van te voren worden geselecteerd door middel van communicatie op afstand, en die fysiek bij de woning of arbeidsplaats van de

²⁶² Voor gelieerde kredietovereenkomsten geldt dit zonder afbreuk te doen aan art. 15 van Richtlijn 2008/48/EG dat bepaalt: “1. Indien de consument op grond van het Gemeenschapsrecht een contract voor de levering van een goed of het verrichten van een dienst heeft herroepen, is hij niet langer gebonden aan de daarmee gelieerde kredietovereenkomst.

2. Indien de onder de gelieerde kredietovereenkomst vallende goederen of diensten niet of slechts gedeeltelijk geleverd, respectievelijk verricht worden of niet met de voorwaarden van het contract voor de levering van een goed of het verrichten van een dienst in overeenstemming zijn, kan de consument zijn rechten doen gelden jegens de leverancier, respectievelijk de dienstverrichter, indien hij niet de genoegdoening heeft gekregen waarop hij overeenkomstig de wet of het contract voor de levering van een goed of het verrichten van een dienst recht heeft, na zijn rechten te hebben doen gelden jegens de kredietgever. De lidstaten bepalen in welke mate en onder welke voorwaarden die rechten worden uitgeoefend.

3. Dit artikel laat de nationale voorschriften onverlet die de kredietgever hoofdelijk en ondeelbaar aansprakelijk stellen met betrekking tot elke vordering van de consument jegens de leverancier, respectievelijk de dienstenaanbieder, indien het afnemen van de goederen of de diensten bij de leverancier, respectievelijk de dienstenaanbieder door middel van een kredietovereenkomst gefinancierd is”.

consument worden afgeleverd door een handelaar die dergelijke goederen gewoonlijk in zijn eigen bedrijfsruimten verkoopt;

b) overeenkomsten waarbij de consument, met het oog op onmiddellijke reactie op een noodgeval, de handelaar verzocht heeft om de overeenkomst onmiddellijk uit te voeren; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent of goederen verkoopt die niet strikt noodzakelijk zijn om het hoofd te bieden aan het noodgeval van de consument, is het herroepingsrecht van toepassing op deze aanvullende diensten of goederen;

c) overeenkomsten waarbij de consument de handelaar door middel van communicatie op afstand expliciet verzocht heeft hem thuis te bezoeken om daar reparaties of onderhoud te verrichten; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent waarom de consument niet expliciet heeft gevraagd, of goederen levert die niet strikt noodzakelijk zijn voor het verrichten van de reparaties of het onderhoud, is het herroepingsrecht van toepassing op die aanvullende diensten of goederen”.

De partijen kunnen overeenkomen deze uitzonderingen niet toe te passen (art. 19 lid 3 Richtlijnvoorstel).

Het is merkwaardig dat, anders dan bij de verkoop op afstand, niet voorzien is in een uitzondering op het herroepingsrecht voor loterijtickets. Het verdient aanbeveling deze uitzondering alsnog in het richtlijnvoorstel op te nemen. Bij gebreke daaraan is het te voorzien dat loterijtickets niet meer buiten verkoopruimten zullen worden verkocht.²⁶³

²⁶³ In deze zin Terryn, E., “Bedenktijden in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten”, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

7. Noodzaak van verdergaande harmonisatie vanuit de interne markt?

7.1 Inleiding

Het onderhavige onderzoek heeft als achtergrond in wezen het harmonisatiestreven dat ook op het terrein van het privaatrecht hoogtij viert. Dit onderzoek concentreert zich op harmonisatie van het consumentenrecht en de consequenties daarvan voor het Nederlandse BW. Het is echter van belang, zoals in de inleiding (hoofdstuk 1) ook is toegelicht, dit harmonisatiestreven op het terrein van het consumentenrecht in een breder kader te bekijken. Op het brede terrein van het privaatrecht, meer specifiek in het domein van het contractenrecht, lopen verschillende harmonisatieprojecten.

De daarbij gekozen vorm verschilt nogal. Het DCFR, dat hiervoor al de nodige aandacht heeft gekregen²⁶⁴, is één van de (academische) ontwerpen. Het richtlijnvoorstel dat in dit onderzoek centraal staat en hiervoor reeds kritisch werd doorgelicht²⁶⁵, is een veel concreter voornemen van de Europese Commissie om tot vergaande harmonisatie van het consumentenrecht in Europa te komen.

Wat daarbij opvalt, is dat de Europese Commissie veel verder wil gaan met harmonisatie dan in de bestaande richtlijnen het geval was. Eerder bleek dat het bestaande consumentenacquis de lidstaten nog relatief veel vrijheid liet. Het huidige richtlijnvoorstel beoogt deze vrijheid juist drastisch in te perken en kiest voor maximumharmonisatie. Interessant is dat de Commissie daarbij steeds ook economische argumenten naar voren schuift ter rechtvaardiging van deze algehele harmonisatie. Kort gezegd wordt betoogd dat de verschillen in regelgeving tussen de lidstaten de vrijheid van consumenten om over de grens producten of diensten aan te schaffen zou belemmeren en tegelijkertijd dat die verschillen ook mogelijkheden voor bedrijven om grensoverschrijdend diensten of producten aan te leveren zouden beperken. Onderliggende gedachte is derhalve dat een algehele harmonisatie van het consumentenrecht het grensoverschrijdend verkeer zou doen toenemen, en daarmee ook de marktintegratie zou bevorderen.

Het is opvallend dat de Europese Commissie zo zwaar leunt op deze economisch getinte argumenten, omdat in de economische literatuur veel genuanceerder over de noodzaak van harmonisatie wordt geschreven. In die literatuur wordt uitgebreid aandacht besteed aan

²⁶⁴ Zie hiervoor hoofdstuk 5.

²⁶⁵ Zie hiervoor hoofdstuk 4 en hoofdstuk 6.

eventuele harmonisatiedoelstellingen en wordt benadrukt dat marktintegratie weliswaar doelstelling kan zijn, maar dat zij niet altijd parallel loopt met maximalisatie van de sociale welvaart of het streven naar economische efficiëntie.

Juist omdat de Europese Commissie zoveel geld zet op economische argumenten ter rechtvaardiging van maximale harmonisatie in het huidige richtlijnvoorstel, is een nader onderzoek van belang. Vanzelfsprekend zou over dit vraagstuk op zich al een boek geschreven kunnen worden. In het kader van het bestek van dit project is dat niet de bedoeling noch mogelijk. In dit kader zullen de economische argumenten veeleer op een probleemgeoriënteerde wijze worden besproken. Hierna wordt eerst geschetst wat de uitgangspunten zijn van het rechtseconomisch gedachtegoed met betrekking tot harmonisatie van het privaatrecht (7.2). Daarna wordt toegelicht wat dit betekent voor een harmonisatiestreven op het terrein van het consumentenrecht (7.3) en wordt de argumentatie van de Europese Commissie ter verdediging van het richtlijnvoorstel weergegeven (7.4). Vervolgens wordt deze argumentatie aan de hand van de daarvoor gepresenteerde economische argumenten tegen het licht gehouden (7.5) en wordt tot slot kort stilgestaan bij de vraag in welke mate ook het DCFR harmonisatie nastreeft en hoe in dit verband tegen het DCFR moet worden aangekeken (7.6). Hoewel harmonisatie in dit hoofdstuk voornamelijk vanuit het rechtseconomisch perspectief wordt onderzocht, zal in onderdeel 7.7 ook worden ingegaan op de vraag of de Europese Commissie voor het huidige voornemen om tot een maximale harmonisatie van het consumentencontractenrecht over te gaan wel de vereiste bevoegdheid heeft. In dit verband is er een relatie tussen de rechtseconomische kritiek en de bevoegdheidskwestie. Het kritisch literatuuronderzoek in dit hoofdstuk beoogt na te gaan in welke mate de rechtseconomische literatuur Nederland argumenten kan bieden om, anders dan de Commissie op dit moment voorstaat, te pleiten voor het laten van ruimte voor de lidstaten.

7.2 Rechtseconomische uitgangspunten voor harmonisatie van Europees privaatrecht

7.2.1 Uitgangspunt: decentralisatie

De rechtseconomische uitgangspunten met betrekking tot harmonisatie staan op het eerste gezicht haaks op de heden ten dage nogal eens in juridische kringen gehoorde visie dat algemene harmonisatie van het privaatrecht binnen Europa wenselijk zou zijn. Rechtseconomen wijzen juist op voordelen van een decentralisatie. Basisgedachte hierbij is een door Tiebout ontwikkelde visie die erop neer komt dat wat het aanbod van lokale publieke

goederen betreft gemeenten met elkaar zullen concurreren om burgers aan zich te trekken met gelijke preferenties. Goed geïnformeerde burgers zullen binnen dat systeem hetzij trachten de regels binnen de gemeente waar zij wonen te wijzigen (vote) dan wel de beslissing nemen deze gemeente te verlaten (exit). Dat laatste wordt binnen het Tiebout-raamwerk ook wel aangeduid als het stemmen met de voeten (“voting with the feet”).²⁶⁶

Deze basisgedachte van Tiebout is nadien door rechtseconomen ook toegepast op centralisatievragen binnen federale systemen.²⁶⁷ De idee van deze Tiebout-concurrentie is dat wetgevers (in Europa zijn dat de nationale lidstaten) met elkaar in concurrentie zijn om hun burgers zo goed mogelijke rechtsregels te bezorgen, althans rechtsregels die overeenstemmen met de voorkeuren van de burgers. De wetgever wordt in dit model gezien als een producent van recht en de burger als consument. De burgers kunnen, wanneer de rechtsregels niet (voldoende) met hun voorkeuren overeenstemmen, ofwel trachten de rechtsregels te wijzigen (vote) ofwel trachten via het “stemmen met de voeten” andere rechtsregels te kiezen door naar een andere jurisdictie over te stappen. Ogus heeft er in dit verband op gewezen dat juist het feit dat er binnen Europa vele wetgevers zijn, het voordeel biedt dat de nationale lidstaten met elkaar in concurrentie zijn om rechtsregels aan te bieden die zo goed mogelijk corresponderen met de preferenties van de burgers.²⁶⁸

Binnen dit rechtseconomisch model worden verschillen in rechtsregels niet als problematisch gezien, anders dan in het juridisch discours gebruikelijk, maar juist als wenselijk: omdat binnen Europa de voorkeuren van burgers niet homogeen maar heterogeen zijn, dient men zich er vanuit dat perspectief ook niet over te verbazen dat rechtsregels die pogen aan deze preferenties tegemoet te komen, van elkaar verschillen in plaats van identiek zijn. Zolang die rechtsregels inderdaad met uiteenlopende voorkeuren corresponderen, zijn verschillen in regels niet problematisch.

Intussen hebben velen gewezen op de beperkingen van het Tiebout-model: burgers zijn veelal niet volledig geïnformeerd over de op hen toepasselijke rechtsregel; de kosten van “exit” (verhuizen naar een andere jurisdictie) kunnen hoog zijn en vanwege de beperkte invloed van

²⁶⁶ Zie Tiebout, C., “A Pure Theory of Local Expenditures”, *JPE* 1956, 416.

²⁶⁷ Zie vooral Van den Bergh, R.J., “Subsidiariteit rechtseconomisch bekeken. Adieu Bruxelles?”, Inaugurale rede Universiteit Utrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 104 p.; Van den Bergh, R.J., “The Subsidiarity Principle in European Community Law”, *MJ* 1994, 337 en Van den Bergh, R.J., “Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe”, *Kyklos* 2000, 435.

²⁶⁸ Ogus, A., “Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, *ICLQ* 1999, 405.

de burger binnen het democratisch kiessysteem is “vote” ook niet altijd een realistische optie om de inhoud van privaatrechtsregels in een lidstaat te wijzigen.²⁶⁹ Daar kan dan weer tegen worden ingebracht dat het Tiebout-model van de concurrentie tussen rechtssystemen er niet werkelijk vanuit gaat dat burgers naar een andere jurisdictie verhuizen; de kosten daarvan zouden al snel veel te hoog zijn. Op verschillende terreinen in het privaatrecht en juist ook in het contractenrecht is rechtskeuze een uitstekend middel voor burgers om hun voorkeur voor een bepaald rechtssysteem duidelijk te maken. Contractspartijen zijn doorgaans vrij de toepasselijkheid van een bepaald rechtssysteem overeen te komen en zullen daarbij uiteraard het systeem kiezen dat het beste bij hun voorkeuren aansluit.²⁷⁰ Vandaar dat juist op het terrein van het contractenrecht vanuit dit rechtseconomisch perspectief sterk voor differentiatie en diversiteit en tegen harmonisatie wordt gepleit.²⁷¹

Uitgangspunt is derhalve dat concurrentie tussen rechtssystemen in Europa gunstige effecten heeft gehad op de ontwikkeling van deze rechtssystemen²⁷² en dat het ook in het maatschappelijk belang is om ten volle voordeel te halen uit deze concurrentie. In de woorden van Easterbrook:

“Competition among governments is as powerful as competition in markets, and we should take full advantage of its gifts”.²⁷³

7.2.2 Argumenten voor centralisatie

Ondanks het uitgangspunt dat decentralisatie beter is, omdat verwacht kan worden dat op het lokale niveau politici beter in staat zullen zijn wetgeving tot stand te brengen die correspondeert met de preferenties van de burgers, kunnen er ook argumenten in het voordeel van centralisering naar voren worden geschoven. Geen van die argumenten lijkt echter

²⁶⁹ Voor een samenvatting van de moeilijkheden van de toepassing van het Tiebout-model op het privaatrecht zie Wagner, G., “The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law”, *CMLR* 2002, 1007-1009.

²⁷⁰ Zie onder meer Ogus, A.I., *ICLQ* 1999, 408 en Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1009-1010.

²⁷¹ Zie in dit verband onder meer Ott, C.L. en Schäfer, H.B., “Die Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts. Ökonomische Notwendigkeit oder Akademisches Interesse?”, in: Ott, C.L. en Schäfer, H.B. (eds.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in Transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 203-236; Smits, J., “Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe”, in: Grundmann, S. en Stuyck, J. (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, 2002, 387-398; Smits, J., *The Good Samaritan in European Private Law*, Inaugurele rede Universiteit Maastricht, Deventer, Kluwer, 2000, 43; Smits, J., “The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory”, *Ga.J.Int'l & Comp.L* 2002, 79-99.

²⁷² Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1012.

²⁷³ Easterbrook, F., “Federalism and European Business Law”, *Int Rev Law & Econ* 1994, 132.

overtuigend voor de casus van het Europees privaatrecht in het algemeen en het contractenrecht in het bijzonder.²⁷⁴

7.2.2.1 Grensoverschrijdende externaliteiten

De Tiebout-concurrentie werkt uitsluitend wanneer staten niet de gelegenheid hebben om via inefficiënte regulering negatieve effecten op derden af te wentelen. Wanneer zij daartoe wel in staat zijn, zou centralisatie een passende reactie kunnen zijn.

Uiteindelijk gaat het hier om de bekende externe effecten, ook wel externaliteiten genoemd. Dit aspect zou een rol kunnen spelen bij grensoverschrijdende onrechtmatige daden. Wanneer bijvoorbeeld een lidstaat waarin een rivier stroomopwaarts verkeert inefficiënt soepele emissienormen zou vaststellen waardoor schade zich voornamelijk zou voordoen stroomafwaarts in een andere lidstaat is sprake van externalisatie ten gevolge van inefficiënte rechtsregels. Dit zou een marktfalen vormen dat interventie rechtvaardigt. Zelfs dan is harmonisatie van recht echter niet altijd het aangewezen antwoord. Een grensoverschrijdende toepassing van de rechtsregels van de getroffen staat op de schade die eigenlijk uit het buurland afkomstig is, zou eveneens de externalisatie kunnen tegengaan.

Op het terrein van het contractenrecht bestaat nauwelijks het risico dat lidstaten een dergelijke externalisatie zouden nastreven waardoor kosten op derden zouden kunnen worden afgewenteld.²⁷⁵ Het voorbeeld van de productaansprakelijkheid kan dit verduidelijken: producten zullen zonder twijfel de grens oversteken, maar dat betekent op zichzelf nog niet dat ook van grensoverschrijdende externaliteiten sprake is. Een relevant probleem ontstaat pas wanneer een staat door inefficiënt soepele productaansprakelijkheidswetgeving de eigen nationale producenten zou kunnen bevoordelen door de productschade van slachtoffers in exportmarkten onvergoed te laten. Dat argument is echter niet valide: zelfs wanneer Nederland er bijvoorbeeld voor zou kiezen inefficiënt soepele productaansprakelijkheidregelingen te aanvaarden, kan het daarmee de eigen producenten in Nederland geen enkel voordeel bieden omdat deze in het exportland nog steeds volledig

²⁷⁴ Voor een samenvatting zie Faure, M.G., “Legal Harmonisation from the Perspective of the Economic Analysis of Law”, in: Faure, M.G., Koziol, H. en Puntcher-Riekman, S. (eds.), *Vereintes Europa-Vereinheitlichtes Recht? Die Rechtsvereinheitlichung aus Rechtsökonomischer, Privatrechtlicher und Politikwissenschaftlicher Sicht*, Wenen, Österreichischer Akademie der Wissenschaften, 2008, 16-32.

²⁷⁵ Wagner, G., o.c., *CMLR* 2002, 1004-1005.

aansprakelijk blijven voor de aldaar veroorzaakte schade. Van externalisatie is dus geen sprake.²⁷⁶

7.2.2.2 Race for the bottom?

Een tweede argument dat evenmin erg overtuigend is in de context van het privaatrecht is het gevaar van een zogenaamde “race for the bottom”. Daarvan zou sprake zijn wanneer een staat tracht via het aannemen van inefficiënt soepele wetgeving investeringen naar zich te trekken. Dit zou op zich tot een negatieve spiraal kunnen leiden waarbij ook anderen op dezelfde wijze trachten industriële investeringen aan te trekken (om niet te willen onderdoen voor de ander).

In de rechtseconomische literatuur wordt voorgehouden dat wanneer empirisch onderzoek zou ondersteunen dat staten daadwerkelijk tot een dergelijke “race for the bottom” zouden overgaan, dit inderdaad een reden voor centralisering van besluitvorming zou zijn.²⁷⁷ Tegelijkertijd wordt erop gewezen dat er in dit verband verschillende juridische technieken zijn die het “race for the bottom”-effect kunnen tegengaan en dat harmonisatie in dit verband niet het enige, zij het wel het meest ingrijpende middel is.²⁷⁸ Amerikaanse rechtseconomen hebben intussen aangetoond dat het “race for the bottom”-gevaar vaak wordt overdreven en alleen daarom meestal al geen grond voor harmonisatie oplevert.²⁷⁹

Belangrijk voor het onderhavige onderzoek is bovendien dat dit “race for the bottom”-gevaar binnen het privaatrecht en meer bepaald binnen het contractenrecht nauwelijks een rol lijkt te spelen. Contractenrecht is doorgaans op dezelfde wijze van toepassing op de eigen burgers als op niet-ingezetenen. Een lidstaat die er derhalve voor zou kiezen industrie aan te trekken met een inefficiënt soepel contractenrecht zou daarmee ook de eigen ingezetenen benadelen, tenzij die regels alleen op contracten met vreemdelingen van toepassing zouden worden verklaard hetgeen vanzelfsprekend een schending van het gelijkheidsbeginsel zou vormen. Bovendien: wanneer een bedrijf zou beslissen zich te vestigen in een lidstaat met een zeer soepel

²⁷⁶ Zie voor een uitwerking van deze argumenten Faure, M., “Product Liability and Product Safety in Europe: Harmonisation or Differentiation?”, *Kyklos* 2000, 467-508 en Faure, M., “Productaansprakelijkheid in Europa: kritische rechtseconomische reflecties”, *AV&S* 2004, 3-12.

²⁷⁷ Zie Van den Bergh, R., *o.c.*, *Kyklos* 2000, 445.

²⁷⁸ Zie voor een toepassing op het milieurecht onder meer Esty, D. en Geradin, D., “Market Access, Competitiveness, and Harmonisation: Environmental Protection in Regional Trade Agreements”, *Harv. Envtl. L. Rev.* 1997, 265-336 en in het bijzonder 282-294.

²⁷⁹ Zie in dit verband vooral de indrukwekkende bijdragen van Revesz, R., “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race for the Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation”, *N.Y.L.Rev.* 1992, 1210-1254; Revesz, R., “Federalism and Interstate Environmental Externalities”, *U.Pa.L.Rev.* 1996, 2341-2416.

(inefficiënt) contractenrecht dat bedoeld is industrie aan te trekken met contractuele regels die het bedrijfsleven bevoordelen en consumenten benadelen, zal dit uiteindelijk zijn uitwerking missen. Wanneer dit bedrijf vanuit dit soepele systeem producten of diensten zou aanbieden in andere lidstaten wordt de consument via artikel 5 van het EVO toch beschermd in die zin dat op deze transactie het recht van toepassing zal zijn van de lidstaat waarin de consument woonachtig is.²⁸⁰ Ook uit dit voorbeeld blijkt dus dat het eigenlijk onmogelijk is voor een Europese lidstaat om zich in een “race for the bottom” te begeven om industrie aan te trekken.

7.2.2.3 Ongelijke marktvoorwaarden

Een derde hieraan gerelateerd argument dat vaak in het Europese discours wordt gebruikt, is dat harmonisatie noodzakelijk zou zijn omdat uiteenlopende rechtsregels tot ongelijke marktvoorwaarden aanleiding zouden geven. Dit argument zal hierna bij de nadere bespreking van de Commissie ter rechtvaardiging van het richtlijnvoorstel meer uitgebreid worden besproken (zie *infra* 7.5.1). Nu reeds kan worden gemeld dat dit geen deugdelijk economisch argument oplevert, omdat noch voor verhoging van de maatschappelijke welvaart, noch voor marktintegratie algehele harmonisatie van rechtsregels noodzakelijk is, nog daargelaten of zij ook daadwerkelijk mogelijk zou zijn.

7.2.2.4 Kostenreductie

Een vierde argument dat in de literatuur naar voren wordt geschoven en ook impliciet een rol lijkt te spelen bij de harmonisatiepogingen van de Europese Commissie is dat uiteenlopende rechtsregels te hoge kosten zouden meebrengen. Dit tamelijk simplistische argument gaat er dan vanuit dat omdat uiteenlopende rechtsregels kosten creëren voor het bedrijfsleven transactiekosten gereduceerd worden door harmonisatie. Zoals hierna nog zal worden toegelicht is het bezwaar van dit type argumentatie enerzijds dat de substantiële voordelen van decentralisatie, kort gezegd betere aansluiting bij de voorkeuren van burgers, uit het oog worden verloren en anderzijds dat ervan wordt uitgegaan dat de kosten van harmonisatie op zichzelf geen gewicht in de schaal leggen. Bovendien zal het richtlijnvoorstel niet alle regels die relevant zijn voor de grensoverschrijdende handel uniform maken zodat handelaren ook na implementatie van het voorstel informatie zullen moeten inwinnen met betrekking tot de voorwaarden waaronder zij hun producten en diensten in het buitenland zullen mogen

²⁸⁰ Zie de voorbeelden geboden door Wagner, G., *o.c.*, CMLR 2002, 1005-1006.

commercialiseren. De door het richtlijnvoorstel voorgestane maximumharmonisatie zal dus niet alle informatiekosten verbonden aan de grensoverschrijdende handel elimineren.²⁸¹

7.2.2.5 Minimumbeschermingsniveau

Dan is er nog een vijfde argument voor centralisatie, zij het dat men hier het economisch debat heeft verlaten, namelijk de stelling dat harmonisatie noodzakelijk zou zijn om aan burgers in Europa een minimum-niveau van bescherming te bieden. Een dergelijk argument lijkt impliciet ook een rol te spelen in het debat over de totstandkoming van een Europees BW. Harmonisatiepogingen ten aanzien van het privaatrecht in Europa lijken inderdaad te veronderstellen dat met harmonisatie een minimumbeschermingsniveau aan de burger (*in casu* aan de consument) in Europa kan worden gegarandeerd.

Vanuit economisch perspectief is het bezwaar tegen deze redenering dat men ervan uit gaat dat men in “Brussel” beter zou weten wat het gewenste minimumbeschermingsniveau is voor die burgers, zelfs als dat niet met hun preferenties zou overeenkomen.

Desondanks speelt dit type redenering een rol bij pogingen tot harmonisatie van het consumentencontractenrecht: in plaats van verschillen tussen de lidstaten zou één gelijkaardige regeling voor alle burgers in Europa met eenzelfde beschermingsniveau tot stand moeten komen. Eenzelfde type argumentatie werd ook naar voren geschoven ter ondersteuning van harmonisatie van het smartengeld in Europa. De bedragen voor smartengeld lopen in Europa nog steeds sterk uiteen.²⁸² Daarom is wel betoogd dat harmonisatie van het vergoedingsniveau noodzakelijk zou zijn. Het verlies van een arm in Duitsland, zo is dan de redenering, is toch niet anders dan het verlies van een arm in bijvoorbeeld Portugal?²⁸³ Hier kan op worden geantwoord dat de verschillen in smartengeld vermoedelijk corresponderen met verschillen in voorkeuren van burgers, zodat zij derhalve niet zinloos zijn. In de tweede plaats mag, gelet op het Coase Theorema²⁸⁴, niet uit het oog worden verloren dat elke verhoging van de bescherming (bijvoorbeeld in de vorm van een

²⁸¹ In deze zin Rott, P. en Terryn, E., “The proposal for a directive on consumer rights: no single set of rules”, *ZeUP* 2009, ter perse.

²⁸² Zie Rogers, H.W.V. (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001.

²⁸³ Deze argumentatie is uitgewerkt door Magnus, U. en Fedtke, J., “German Report on Non-Pecuniary Loss”, in: Rogers, H.W.V. (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 109-128 en Magnus, U., “Towards European Civil Liability”, in: Faure, M. Schneider, H. en Smits, J. (eds.), *Towards A European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 205-224. Zie ook Magnus, U., “European Perspectives on Tort Liability”, *ERPL* 1995, 427-444.

²⁸⁴ Coase, R., “The Problem of Social Cost”, *JLE* 1960, 1-44.

hoger smartengeld) zijn weerslag zal hebben op de prijs van producten of diensten. Wanneer derhalve op centraal niveau in Brussel beslist zou worden dat het smartengeld voor alle Europese burgers omhoog zou moeten, zou dit tot gevolg hebben dat prijzen van producten en diensten in Portugal ook verhoogd zouden moeten worden, zelfs wanneer een hoger smartengeld niet met de preferenties van de Portugezen overeen zou komen. Hier zou sprake zijn van wat in de rechtseconomische literatuur paternalisme pleegt te worden genoemd.

Natuurlijk kan hiertegen worden ingebracht dat de Portugese burgers wellicht wel behoefte zouden hebben aan een hoger niveau van smartengeld wanneer zij beter geïnformeerd zouden zijn. Er is voorshands echter weinig reden om aan te nemen dat “Brussel” beter in staat zou zijn om te weten wat het door Portugezen geprefereerde niveau van smartengeld is dan bijvoorbeeld Portugese rechters of de Portugese wetgever. Het risico is juist dat bij paternalistisch ingrijpen vanuit “Brussel” een besluit wordt opgelegd dat geenszins overeenkomt met de preferenties van de Portugezen.²⁸⁵

Deze argumenten kunnen *mutatis mutandis* ook op het consumentenrecht worden toegepast: ook daar lijkt een minimumbeschermingsniveau nauwelijks een serieus argument te zijn voor harmonisatie, zoals hierna in 7.3 nog zal worden toegelicht.

Kort geleden is dit argument impliciet ondersteund door de bekende hoogleraar Cees van Dam. In een opvallende publicatie gebruikt hij het marketingmodel van Geert Hofstede die heeft gewezen op het belang van cultuurverschillen tussen lidstaten.²⁸⁶ Op basis van een groot aantal factoren zoals de mate waarin een maatschappij risicozoekend of onzekerheidsvermijdend is, hiërarchische structuur etc. komt Hofstede tot een classificatie van maatschappijen op basis waarvan hij cultuurverschillen tussen de burgers in die maatschappijen positief kan verklaren. Van Dam gebruikt het gedachtegoed van Hofstede om op basis daarvan verschillen tussen de rechtssystemen in Europa te verklaren.²⁸⁷ Zo verklaart Van Dam de grotere belangstelling voor solidariteit in het Franse (aansprakelijkheids)recht en in Frankrijk en de grotere nadruk op eigen verantwoordelijkheid en privaatautonomie in het Verenigd Koninkrijk, gebruikmakend van de indicatoren die door Hofstede werden aangereikt. Van Dam verbindt hieraan (terecht) ook de normatieve consequentie dat, nu

²⁸⁵ Voor een gelijkaardige redenering zie eveneens Hartlief, T., “Harmonisation of European Tort Law. Some Critical Remarks”, in: Faure, M., Smits, J. en Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 225-230.

²⁸⁶ Hofstede, G., *Cultures Consequences*, London, Sage, tweede druk, 2001.

²⁸⁷ Van Dam, C., “European Tort Law and the Many Cultures of Europe”, in: Wilhelmsson, Th. (ed.), *Private Law and the Cultures of Europe*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 53-76.

verschillen tussen rechtsstelsels in Europa ook verbonden zijn met verschillen in rechtscultuur, een van boven opgelegde eenmaking van recht hetzij gedoemd is om te mislukken hetzij tot paternalisme zal leiden waarbij de cultuurverschillen worden weggepoetst.²⁸⁸

Ten aanzien van de poging om tot een Europees Burgerlijk Wetboek te komen is de conclusie van Van Dam helder:

“Such a code will face serious problems since extensive parts of civil law can be considered to be the outward manifestation of national cultures. Drafting European provisions in these sensitive areas will lead to a clash of cultures”.²⁸⁹

Vanuit dat perspectief heeft Van Dam ook forse kritiek op het gebruik van het concept van de “gemiddelde consument” in Europese consumentenwetgeving en in de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie.²⁹⁰ Gelet op de door hem geïdentificeerde cultuurverschillen bestaat een dergelijke “gemiddelde consument” niet.

Interessant is derhalve dat Van Dam, hoewel hij vanuit een geheel ander methodologisch perspectief schrijft, tot gelijkaardige conclusies komt als de rechtseconomen: de vrees voor het miskennen van uiteenlopende voorkeuren van de burgers van lidstaten komt bij Van Dam naar voren als de vrees voor het miskennen van cultuurverschillen. In beide gevallen staat men zeer kritisch tegenover harmonisatiepogingen die deze verschillende preferenties of cultuurverschillen niet respecteren.

7.2.3 Samenvatting

Hoewel de Europese Commissie leunt op economisch getinte argumenten, is er volgens rechtseconomen weinig dat pleit voor harmonisatie van het contractenrecht. Harmonisatie lijkt alleen aangewezen wanneer het gevaar van zogenaamde grensoverschrijdende externaliteiten bestaat of wanneer staten inefficiënt soepele regels zouden aannemen (“race for the bottom”). Hiervoor werd toegelicht dat op het terrein van het contractenrecht de kans dat staten binnen Europa dergelijke acties zouden ondernemen buitengewoon klein is. Deze klassieke rechtseconomische argumenten kunnen harmonisatie van het privaatrecht daarom niet rechtvaardigen. Dit is dan ook de conclusie van vele rechtseconomen die over dit terrein

²⁸⁸ Van Dam spreekt van “bulldozed away” (Van Dam, C., *o.c.*, 2007, 74).

²⁸⁹ Van Dam, C., *o.c.*, 2007, 76.

²⁹⁰ Van Dam, C., *o.c.*, 2007, 75.

hebben gepubliceerd.²⁹¹ Ook juristen die van het rechtseconomisch gedachtegoed gebruik maken, zijn wat het terrein van het contractenrecht betreft nogal sceptisch over harmonisatie. Ook zij wijzen op het belang van differentiatie en divergentie.²⁹²

Daar komt bij dat, zoals rechtseconomen plegen te stellen, concurrentie doorgaans het voordeel heeft van lagere prijzen en hogere kwaliteit. Dat geldt eveneens voor wetgeving. Centralisatie van regelgeving op Europees niveau leidt tot monopolievorming. Daarmee verliest men ook de voordelen van betere kwaliteit ten gevolge van de concurrentiedruk. Het is derhalve twijfelachtig of de kwaliteit van Europese geharmoniseerde regelgeving beter is dan die van gedifferentieerde regels van privaatrecht die onder invloed van concurrentie op de markt voor wetgeving tot stand komen.²⁹³

Samengevat wordt vanuit het rechtseconomisch gedachtegoed sterk gepleit voor differentiatie van rechtsregels, waarbij uiteenlopende rechtsculturen en voorkeuren van burgers worden gerespecteerd. Recent kreeg dit pleidooi steun van Van Dam die daarbij gebruik maakte van het werk van Hofstede over cultuurverschillen. Argumenten voor harmonisatie van het privaatrecht zijn in het algemeen, en dat geldt zeker op het terrein van het contractenrecht, niet sterk. De vraag is vervolgens wat dit betekent voor het terrein van het consumentenrecht dat centraal staat in het onderhavig onderzoek.

7.3 Harmonisatie in het consumentenrecht

De rechtseconomische argumenten uit het harmonisatiedebat zoals die hiervoor (7.2) in het algemeen ten aanzien van het Europees privaatrecht werden besproken zijn recent door Van den Bergh ook toegepast op het consumentenrecht.²⁹⁴ Hij betoogt dat er geen overtuigende argumenten zijn in het voordeel van harmonisatie van het consumentenrecht. Het is

²⁹¹ Zie bijvoorbeeld Ott, C.L. en Schäfer, H.-B., *o.c.*, 2003, 203-236.

²⁹² Zie onder meer ook Smits, J., "The Future of European Contract Law: On Diversity and the Temptation of Elegance", in: Faure, M., Smits, J. en Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 239-256.

²⁹³ Zie Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1012 en Van den Bergh, R., "Economic Criteria for Applying the Subsidiarity Principle in the European Community: The Case of Competition Policy", *Int Rev Law & Econ* 1996, 378.

²⁹⁴ Bovendien hebben Van den Bergh en Visscher deze argumenten recent ook gebruikt in een rechtseconomische kritiek op de principles of European tort law (European Group on Tort Law (eds.), *Principles of European Tort Law*, Wenen, Springer, 2005, XII+282 p.). Zie Van den Bergh, R. en Visscher, L., "The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?", *ERPL* 2006, 511-543. Zie voor een rechtseconomische kritiek op de richtlijn consumentenkoop Van den Bergh, R., "De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomische perspectief", in: Smits, J. (eds), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag, Boom, 2003, 79-93.

interessant om te zien of de hiervoor genoemde argumenten valide zijn wanneer deze worden toegepast op het consumentenrecht.²⁹⁵

7.3.1 Sterke argumenten pro diversiteit

In de eerste plaats is het aangehaalde argument dat decentralisatie beter in staat is om wetgeving tot stand te brengen die met de onderscheiden preferenties van de Europese burgers correspondeert ook van toepassing op het terrein van het consumentenrecht. Van den Bergh geeft het voorbeeld van de regulering van voedselproducten. De inhoud (harmonisatie) van deze regulering gaat naar zijn mening veel verder dan noodzakelijk is vanuit een perspectief van voedselveiligheid. De geharmoniseerde regels respecteren onvoldoende de verschillende smaken van de onderscheiden Europese consumenten. Veel van deze regels kunnen vooral gezien worden als het resultaat van effectieve lobbying door belangengroepen. Van den Bergh geeft het voorbeeld van Richtlijn 2005/29/EC van 11 mei 2005²⁹⁶ waarbij bepaalde als onredelijk beschouwde handelspraktijken in de relaties tussen handelaren en consumenten worden verboden. Naar zijn mening worden hier diverse advertentiepraktijken verboden terwijl niet duidelijk is of deze inderdaad door alle consumenten van alle Europese lidstaten als onwenselijk worden beschouwd.²⁹⁷

Er is ook op gewezen dat concurrentie tussen rechtssystemen het voordeel heeft dat leerprocessen tot stand kunnen komen waarbij nationale wetgevers hun regelgeving kunnen verbeteren door lering te trekken uit de effecten van alternatieve oplossingen voor gelijkaardige problemen. Een dergelijk effect heeft zich zeker voorgedaan op het terrein van het contractenrecht waar rechtsgeleerden vaak argumenten vanuit de rechtsvergelijking gebruiken om invoering van een bepaalde regel in het eigen systeem te verdedigen.²⁹⁸ De variatie in regels van het consumentenrecht, bijvoorbeeld wat betreft de afkoelingsperiodes heeft het voordeel gehad dat wetgevers hebben kunnen leren van (soms superieure) alternatieven in het buitenland waardoor de eigen nationale wetgeving kon worden

²⁹⁵ Van den Bergh, R., "The Uneasy Case for Harmonising Consumer Law", in: Heine, K. en Kerber, W. (eds.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa. Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft*, Band 83, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2007, 184-206.

²⁹⁶ *Pb L* 11 juni 2005, afl. 149, 22-39.

²⁹⁷ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 186-189.

²⁹⁸ Zie Ogus, A.I., *o.c.*, *ICLQ* 1999, 412-413 en Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1012.

verbeterd.²⁹⁹ Dergelijke leerprocessen zijn niet meer mogelijk wanneer “Brussel” eenduidig voorschrijft wat de juiste oplossing is.³⁰⁰

Ook informatievoordelen pleiten voor decentralisatie. Op het nationale of lokale niveau hebben overheden vaak veel betere informatie voor zowel een efficiënte vaststelling van de inhoud van de normering als voor de handhaving. Ook dit pleit in het voordeel van decentralisatie.³⁰¹

Als bekend heeft de Europese Commissie als beleid gevoerd om informatieverschaffing aan consumenten te reguleren teneinde consumenten in staat te stellen goed geïnformeerde keuzes te maken. Recent hebben Kerber en Grundmann betoogd dat regulering van deze informatieverschaffing beter centraal zou plaatsvinden, terwijl andere regels met betrekking tot het contractenrecht decentraal zouden kunnen blijven.³⁰² Van den Bergh heeft echter aangetoond dat alle voordelen van decentralisatie en concurrentie tussen rechtsregels die hiervoor werden beschreven ook ten volle van toepassing zijn op regels met betrekking tot informatieverschaffing. Zo wijst hij erop dat de informatietekorten in de consumentenmarkten heterogeen zijn en dus oplossingen vereisen die daarmee rekening houden. Ook is het van groot belang om juist wat betreft de regulering van de informatie concurrentie tussen rechtsregels toe te laten omdat uit behavioural-studies naar voren is gekomen dat onduidelijk is welke informatieverschaffing het meest aangewezen is om gedrag van consumenten te beïnvloeden. De leerprocessen die ter zake uit concurrentie tussen rechtsregels volgen, kunnen op dat vlak dus voordelen bieden. Ook zullen de nationale en lokale autoriteiten informatievoordelen hebben waardoor zij beter in staat zijn om te bepalen wat de optimale remedies zijn om tegemoet te komen aan het informatietekort van de consument dan een centrale autoriteit in Brussel dit zou kunnen.³⁰³

7.3.2 Zwakke argumenten voor harmonisatie

Diverse argumenten pleiten dus voor differentiatie, ook op het terrein van het consumentenrecht. Daar komt bij dat de klassieke, hiervoor besproken, economische argumenten vóór harmonisatie op het terrein van het consumentenrecht niet erg sterk zijn. Het

²⁹⁹ Zie Rekiti, P. en Van den Bergh, R., “Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the E.C. Member States: A Comparative Law and Economics Approach”, *J Consum Policy* 2000, 371-407.

³⁰⁰ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 191.

³⁰¹ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 192.

³⁰² Kerber, W. en Grundmann, S., “An Optional Contract Law Code: Advantages and Disadvantages”, *Eur J Law Econ* 2006, 215-236.

³⁰³ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 192-195.

argument van de grensoverschrijdende externaliteiten lijkt niet op te gaan, omdat contracten doorgaans geen effecten hebben voor derden, maar slechts voor de betrokken partijen. Bovendien is er zelden een effect dat grensoverschrijdend is. Het is opvallend dat de huidige Europese richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht in belangrijke mate betrekking hebben op zuiver nationale contracten zonder grensoverschrijdende effecten.³⁰⁴

Ook het argument van de “race for the bottom” is, zoals hiervoor reeds werd aangetoond, niet erg realistisch omdat staten geen prikkels zullen hebben soepele consumentenwetgeving aan te nemen als ze daar zelf geen voordeel uit kunnen halen. Bovendien kan verwacht worden dat lidstaten er juist voordeel uit kunnen halen kwalitatief goede wetgeving wat betreft het contracten- en consumentenrecht aan hun burgers aan te bieden. Derhalve is binnen Europa een “race for the top” waarschijnlijker dan een “race for the bottom”.³⁰⁵

Twee eerder besproken argumenten (7.2.2), namelijk de harmonisatie van marktvoorwaarden en de reductie van transactiekosten, worden impliciet ook in het richtlijnvoorstel genoemd en komen daarom hierna nog aan de orde (7.5).

De rechtseconomische literatuur is kortom zeer kritisch over de wenselijkheid van harmonisatie van het consumentenrecht. Er wordt op gewezen dat consumenten niet noodzakelijk meer over de grens gaan winkelen wanneer wetgeving uniform is of zou worden gemaakt. Verder ontbreekt empirisch bewijs dat verschillen in nationale rechtsregels een beperking zouden vormen voor grensoverschrijdende handel.³⁰⁶ Bij harmonisatie gaan de voordelen van decentralisatie en concurrentie tussen rechtsregels verloren.³⁰⁷

7.4 Argumenten van de Europese Commissie

In hoofdstuk 6 werd reeds uitgebreid aandacht besteed aan de inhoud van het richtlijnvoorstel en aan de mogelijke consequenties voor het Nederlandse BW. Thans zal worden stilgestaan bij de argumenten van de Europese Commissie voor een algehele harmonisatie van het consumentenrecht zoals deze uit de explanatory memorandum blijken. Vervolgens zullen deze met het hiervoor beschreven rechtseconomisch perspectief worden geconfronteerd (7.5).

³⁰⁴ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 195-197.

³⁰⁵ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 198.

³⁰⁶ In deze zin ook Rott, P. en Terry, E., *o.c.*, *ZEuP* 2009, ter perse.

³⁰⁷ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 203-204.

De inleiding maakt duidelijk dat de beoogde richtlijn een versimpeling tot doel heeft en dat de bedoeling ook is een reële interne markt tot stand te brengen wat betreft de “business-to-consumer”-handel waarbij niet alleen een balans moet worden gevonden tussen een hoog niveau van consumentenbescherming en de competitiviteit van het bedrijfsleven, maar tevens het subsidiariteitsbeginsel gerespecteerd dient te worden.

In het explanatory memorandum wordt vervolgens aandacht besteed aan de nadelen van minimumharmonisatie die de thans te hervormen richtlijnen nog kenmerkt. Bij minimumharmonisatie kunnen de lidstaten nog steeds strengere normen handhaven of invoeren. Van deze mogelijkheid hebben lidstaten op ruime schaal gebruik gemaakt. De Commissie ziet de volgende nadelen van het uiteenlopen van rechtsregels:

- significante kosten voor dat deel van het bedrijfsleven dat grensoverschrijdend wenst te handelen;
- weigerachtigheid van het bedrijfsleven om grensoverschrijdend te verkopen aan consumenten met als gevolg vermindering van de consumentenwelvaart: in geval van een te gering aanbod van over de grens, maken consumenten geen volledig gebruik van de interne markt terwijl dat nu juist betere prijzen en meer variëteit zou meebrengen;
- verlies van vertrouwen bij consumenten in grensoverschrijdende handel.

In het explanatory memorandum wordt gesteld dat gebleken zou zijn dat de kosten van het huidige rechtssysteem zeer hoog zijn en een belangrijke barrière vormen voor de grensoverschrijdende handel. Vooral kleine lidstaten zouden hiervan het slachtoffer zijn.

Het richtlijnvoorstel beoogt dan ook via maximumharmonisatie de huidige fragmentatie van rechtsregels met betrekking tot het consumentenrecht tegen te gaan en consumenten een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden.

Uit de meerderheid van de reacties op het Groenboek zou gebleken zijn dat men voorstander is van maximumharmonisatie, zodat de barrières voor grensoverschrijdende handel voor het bedrijfsleven worden weggenomen en consumenten worden geprikkeld om ook grensoverschrijdend aankopen te doen.

Zoals hiervoor reeds werd beschreven heeft de Commissie in het kader van een impactanalyse een zestal opties gepresenteerd waarbij naar het oordeel van de Commissie, volledige harmonisatie het meest aangewezen is, omdat zij het functioneren van de interne markt zou

bevorderen, de financiële last voor het bedrijfsleven zou reduceren en het consumentenvertrouwen zou doen toenemen.

Ten slotte wordt in het explanatory memorandum ook aandacht besteed aan de vraag of het richtlijnvoorstel een toetsing aan het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel kan doorstaan. Wat de subsidiariteit betreft, merkt het memorandum op dat het probleem van de fragmentatie van regels niet door de individuele lidstaten kan worden opgelost. Bevoegdheden bij de lidstaten laten zou bovendien eerder verdere fragmentatie tot gevolg hebben en daarmee een toename van het probleem. Alleen een gecoördineerde Europese actie zou tot vervolmaking van de interne markt kunnen leiden. Volledige harmonisatie van het consumentencontractenrecht zou volgens het memorandum een positieve invloed hebben op de markt voor detailhandel. Bovendien zouden er belangrijke besparingen aan administratieve lasten plaatsvinden voor het bedrijfsleven, dat zich met grensoverschrijdende handel wil bezighouden.

Het valt op dat verschillende van de argumenten die reeds de revue passeerden ook door de Commissie worden genoemd. Het betreft in het bijzonder de laatste drie (als zwakker gekwalificeerde) argumenten voor centralisatie die in 7.2.2 werden genoemd. In de eerste plaats merkt de Commissie op dat verschil in rechtsregels kosten creëert voor zowel het bedrijfsleven als de consument. Dit komt derhalve neer op de stelling dat geharmoniseerd recht steeds tot lagere kosten leidt. Het tweede argument dat expliciet wordt genoemd, is dat verschillen in rechtsregels de grensoverschrijdende handel zouden beperken en daarmee de marktintegratie in Europa in gevaar zouden brengen. Eenmaking van recht en in dit geval van consumentencontractenrecht zou dus noodzakelijk zijn om het ideaal van de eengemaakte markt te verwezenlijken. In de derde plaats passeert ook nog het argument de revue dat deze eenmaking tot een hoog niveau van consumentenbescherming zou leiden.

Deze argumenten kunnen nu worden geconfronteerd met het rechtseconomisch gedachtegoed dat hiervoor is uiteengezet.

7.5 Kritische rechtseconomische analyse

Hier wordt uitsluitend ingegaan op de redenering van de Commissie dat maximale harmonisatie van het consumentencontractenrecht noodzakelijk zou zijn om transactiekosten te reduceren en de interne markt te bevorderen en tegelijkertijd een hoog niveau van

consumentenbescherming te verzorgen. Op deze plaats wordt derhalve niet ingegaan op de vraag of het richtlijnvoorstel als zodanig inhoudelijk ook in staat is om deze doelstellingen te verwezenlijken.

7.5.1 Marktintegratie

In het memorandum wordt gesteld dat de huidige verschillen in regelgeving tussen de lidstaten de marktintegratie zouden belemmeren. Het is een type argument dat de Europese Commissie vaker naar voren heeft geschoven ter rechtvaardiging van harmonisatie-initiatieven. Het klassieke argument was dat verschillen tussen rechtsregels de mededinging zouden vervalsen. Het argument dat verschillen in rechtsregels ongelijke marktvoorwaarden creëren, is echter zodanig algemeen en ongenueanceerd dat het onderscheidend vermogen mist. Zo kan men harmonisatie rechtvaardigen van alle mogelijke rechtsregels, omdat zij altijd wel enige invloed hebben op de voorwaarden waaronder producten of diensten op de markt worden gebracht.³⁰⁸ Tegen deze redenering kan het nodige worden ingebracht.

1. Zolang de rechtsregels van een lidstaat gelijk zijn voor alle handelaren die een transactie met een consument afsluiten binnen de grenzen van die lidstaat is er geen sprake van enige verstoring van de marktvoorwaarden. Van een dergelijke verstoring zou alleen maar sprake zijn wanneer bij de toepassing van de regels onderscheid zou worden gemaakt tussen nationale en buitenlandse handelaren.³⁰⁹ Het bezwaar is dus veeleer dat er tussen lidstaten (en niet binnen één lidstaat) ongelijke marktvoorwaarden zouden bestaan, maar ook dat argument is niet overtuigend.

2. Het enkele feit dat tussen lidstaten verschillen bestaan in rechtsregels is op zichzelf, als besproken, vanuit economisch perspectief niet problematisch maar juist wenselijk. Het is juist ook vanwege uiteenlopende marktvoorwaarden dat grensoverschrijdende handel tot stand komt.

3. Harmonisatie van rechtsregels is een slecht instrument om gelijke marktvoorwaarden te creëren. Zelfs wanneer in theorie alle rechtsregels met betrekking tot het consumentenrecht zouden zijn geharmoniseerd, zijn de kosten voor de handelaren nog steeds verschillend. Er zullen immers nog altijd verschillen wat betreft andere types van regulering (bijvoorbeeld

³⁰⁸ Zie ook Faure, M. en Hartlief, T., “Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa? Een kritisch rechtseconomisch perspectief”, *NJB* 2003, 173.

³⁰⁹ Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1004-1005.

milieurecht) bestaan, maar veel belangrijker nog: verschillen in infrastructuur, loonniveau, productiviteit, arbeidsmarkt etc. Die verschillen kunnen niet worden weggewerkt door harmonisatie van consumentenrecht.³¹⁰

4. Het argument van de harmonisatie van marktvoorwaarden veronderstelt ten onrechte dat een geïntegreerde economische markt uitsluitend kan bestaan wanneer er gelijke marktvoorwaarden voor alle marktdeelnemers zouden zijn. Niets is minder waar. Zwitserland en de Verenigde Staten tonen aan dat een geïntegreerde economische markt goed verenigbaar is met concurrentie van rechtssystemen. Vereist is natuurlijk wel dat binnen die geïntegreerde markt vrij verkeer van goederen en diensten kan plaatsvinden.

5. Vanuit het perspectief van de consument is het twijfelachtig of de werkelijke barrières bijvoorbeeld wat grensoverschrijdende aankopen betreft, daadwerkelijk gevormd worden door verschillen in nationale rechtsregels, zoals de Europese Commissie veronderstelt. Het lijken niet zozeer verschillen in rechtsregels, maar veeleer in cultuur, taal, afstand, reiskosten en service na verkoop te zijn die van invloed zijn op de beslissing van de consument om al dan niet grensoverschrijdend aankopen te doen.³¹¹ Als dat juist is, zullen geharmoniseerde rechtsregels niet meer grensoverschrijdende handel met consumenten realiseren, zoals de Commissie ten onrechte suggereert.

6. De import van duurzame consumptiegoederen vanuit andere lidstaten kan in belangrijke mate ontmoedigd worden door geheel andere factoren dan verschillen in consumentenrecht. In dit verband kan worden gedacht aan verschillen in de nationale belastingsystemen bijvoorbeeld op het vlak van de btw of belastingen op auto's. Bovendien kunnen ook verschillen wat betreft veiligheidsregulering *de facto* voor de consument een belangrijke belemmering vormen. Wanneer bijvoorbeeld een Belgische aquariumhouder een filter of TL-buis in Maastricht koopt, blijkt deze in België volstrekt onbruikbaar, enkel en alleen vanwege het feit dat de stekkers in Nederland anders zijn dan die in België. Dat vormt voor de Belgische consument een veel belangrijker belemmering om grensoverschrijdend elektronische en andere apparaten aan te schaffen dan het feit dat de nationale rechtsregels inzake consumentencontractenrecht zouden verschillen. Wanneer Europa werkelijk grensoverschrijdende aankopen door consumenten wil stimuleren, zou men dus beter

³¹⁰ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 202.

³¹¹ Zie Cseres, K., *Competition Law and Consumer Protection*, Den Haag, Kluwer, 2005, 233.

harmonisatie van dergelijke technische standaarden nastreven dan harmonisatie van het consumentencontractenrecht.

7. De argumentatie van de Commissie veronderstelt ten onrechte dat bedrijven heden ten dage afzien van grensoverschrijdende handel vanwege verschillen in rechtsregels. Wagner wijst er echter op dat grote multinationale ondernemingen bepaald niet worden afgehouden van een grensoverschrijdende verkoop zelfs wanneer dit betekent dat zij zich aan locale regels dienen aan te passen.³¹² Voor kleine en middelgrote ondernemingen zullen de kosten om zich aan te passen bij een grensoverschrijdende verkoop wellicht groter zijn. Opvallend is echter dat de verenigingen van dergelijke bedrijven naar aanleiding van voorstellen voor een Europees contractenrecht de idee dat volledige harmonisatie noodzakelijk was om concurrentie op de interne markt te bevorderen krachtig afwezen.³¹³

Hieruit blijkt overigens dat de Commissie steeds herhaalt dat verschillen in privaatrecht het grensoverschrijdend verkeer belemmeren, terwijl empirisch bewijs daarvoor ontbreekt en het bewijs dat het niet vanwege verschillen in privaatrecht is dat weinig grensoverschrijdende handel zou plaatsvinden door de Commissie wordt genegeerd.³¹⁴

Samengevat: de redenering van de Commissie dat maximumharmonisatie van het consumentencontractenrecht noodzakelijk zou zijn voor de interne markt en om de grensoverschrijdende handel te bevorderen is noch vanuit theoretisch perspectief, noch vanuit empirisch perspectief voldoende ondersteund. Het is niet vanwege verschillen in consumentencontractenrecht dat weinig grensoverschrijdende handel met consumenten plaatsvindt, eerder vanwege andere verschillen, zoals technische standaarden of verschillende belastingregels resulterend in verschillende prijzen. Anders dan de Commissie veronderstelt, zal harmonisatie van consumentencontractenrecht niet tot meer grensoverschrijdend verkeer aanleiding geven. Verschillen in taal, cultuur en afstand blijven immers bestaan, ook na volledige harmonisatie van het contractenrecht.

7.5.2 Transactiekosten

Het richtlijnvoorstel gaat er duidelijk vanuit dat de verschillen in regels van consumentencontractenrecht op dit moment tot substantiële transactiekosten leiden voor

³¹² Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1014.

³¹³ Zie Ott, C.L. en Schäfer, H.-B., *o.c.*, 2002.

³¹⁴ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 202-203. Vgl. Rott, P. en Terryn, E., *o.c.*, *ZEuP* 2009, ter perse.

consumenten en voor het bedrijfsleven.³¹⁵ De veronderstelling is dat eengemaakte rechtsregels eenvoudiger zijn dan gedifferentieerde, zodat hiermee een substantiële bezuiniging op transactiekosten kan worden bereikt.

Op het eerste gezicht is dit argument verleidelijk eenvoudig: uniforme regels reduceren informatiekosten, omdat kennis van de onderscheiden rechtssystemen in de lidstaten niet langer noodzakelijk is.³¹⁶ Toch kunnen ook hier diverse kanttekeningen worden geplaatst.

1. Er wordt ten onrechte verondersteld dat de kosten van harmonisatie gering zijn. Alleen al vertaalproblemen van richtlijnen en verschillen die desbetreffend rijzen kunnen tot onderscheiden interpretaties leiden. Daarenboven dient een nieuw juridisch concept (opgelegd door een richtlijn) binnen een bepaalde rechtscultuur te worden toegepast. Dit veronderstelt dat een “legal transplant” tot stand zou komen, waarvan de kosten hoog en zelfs prohibitief kunnen zijn.³¹⁷
2. Het argument van de reductie van transactiekosten gaat er impliciet vanuit dat bestaande verschillen eigenlijk zinloos zijn en dat uniformiteit dus uitsluitend voordelen zou hebben. Eerder werd reeds toegelicht dat die verschillen juist te maken kunnen hebben met uiteenlopende voorkeuren van burgers en dus bepaald niet zinloos zijn. Uniformiteit heeft dus steeds het bezwaar van het verlies aan differentiatie en derhalve van rechtsregels die minder goed zijn aangepast aan de preferenties van burgers. Desbetreffend werd door Van Dam recent ook krachtig betoogd dat (rechts)cultuurverschillen in Europa nog steeds zodanig groot zijn dat het quasi onmogelijk is om tot een Europees *Ius Commune* te komen.³¹⁸
3. In verband met het voorgaande kan erop worden gewezen dat, zoals de Commissie ook constateert, de verschillen tussen het consumentencontractenrecht van de diverse lidstaten op dit moment nog groot zijn. Dit kan zeer wel betekenen dat de voorkeuren verschillen, zodat reeds daarom harmonisatie onwenselijk kan zijn. Gelet op de bestaande grote verschillen, ook in rechtscultuur, wijst dit eens te meer op de

³¹⁵ In die zin is dit argument sterk gerelateerd aan het marktintegratie-argument dat zojuist werd besproken.

³¹⁶ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 199.

³¹⁷ Althans volgens Legrand, P., “The Impossibility of Legal Transplants”, *MJ* 1997, 111. Zie desbetreffend ook de recente bijdrage Legrand, P., “Antivonbar”, *JCL* 2008, 13-39.

³¹⁸ Van Dam, C., “*European tort law and the many cultures of Europe*”, in: Wilhelmsson, Th., Paunio, E. and Pohjolainen, A., (eds), *Private law and the many cultures of Europe*, Kluwer Law International, Den Haag, 2007, 57-80 en zie in dezelfde zin Majone, G., “Unity in diversity: European integration and the enlargement process”, *European LawReview* 2008, 457-481.

moeilijkheid om geharmoniseerde regels daadwerkelijk uniform binnen onderscheiden rechtsculturen toe te passen.³¹⁹ De visie van de Commissie is ook gebaseerd op de (onbestaande) juridische fictie van de gemiddelde Europese consument, terwijl de realiteit juist is dat differentiatie op dat terrein zeer groot is.³²⁰

4. Ook bij de gelegenheid van andere pogingen tot harmonisatie van Europees privaatrecht is op deze hoge kosten van harmonisatie gewezen. In dit verband kan onder meer op de Europese richtlijn productaansprakelijkheid worden gewezen. Er zijn vele interpretatieproblemen met concepten in de richtlijn ten gevolge waarvan de besparingen op transactiekosten vrij gering zijn.³²¹ Bovendien heeft de richtlijn zelf veel ruimte gelaten aan nationale lidstaten zodat wel wordt gesteld dat deze uitsluitend een additionele laag van complexiteit heeft toegevoegd aan de reeds bestaande verschillen.³²²

Zelfs wanneer maximumharmonisatie wordt nagestreefd, zoals in het voorliggende richtlijnvoorstel, is het een illusie te denken dat daardoor rechtszekerheid wordt gecreëerd en een besparing van transactiekosten: vaak zullen vage concepten worden gebruikt die in de nationale rechtssystemen dan toch verschillend worden ingevuld, gelet op de onderscheiden rechtsculturen van de betrokken lidstaten.³²³

7.5.3 Hoog niveau van consumentenbescherming

Ten slotte wordt in het richtlijnvoorstel een derde argument voor maximumharmonisatie naar voren geschoven, namelijk dat daarmee een hoog niveau van bescherming voor alle consumenten in Europa tot stand zou worden gebracht. Hier past de parallel met de argumentatie die ook pro harmonisatie van bijvoorbeeld smartengeld in de juridische literatuur naar voren werd geschoven. Hiervoor werd reeds betoogd dat dit het type

³¹⁹ Zie ten aanzien van die verschillen onder meer Faure, M., Ogus, A. en Philipson, N., "Enforcement Practices for Breaches of Consumer Protection Legislation", *CLR* 2008, 361-401. Zie over die verschillen tussen het contractenrecht in Europa ook Vogenauer, S. en Weatherill, S. (eds), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, 2006, 288 p. en de bijdragen in Cafaggi, F. (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, OUP, 2006, 352 p.

³²⁰ Zie desbetreffend onder meer de overtuigende bijdrage van Wilhelmsson, Th., "The average European consumer: a legal fiction?", in: Wilhelmsson, Th., Paunio, E. and Pohjolainen, A., (eds), *Private law and the many cultures of Europe*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 243-268.

³²¹ Van den Bergh, R., "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *MJ* 1998, 129-152, 146-147.

³²² Faure, M., "Productaansprakelijkheid in België en Europa: Quo Vadis?", in: Dirix, E. et al. (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Kluwer, Deurne, 2002, 111-130.

³²³ Van den Bergh, R., *o.c.*, 2007, 200.

paternalisme is dat geen respect heeft voor nationale verschillen in rechtscultuur, noch voor verschillen in preferenties. Gevolg daarvan is dat in de eerste plaats regels worden ingevoerd waarvan “Brussel” vermoedt dat deze werkzaam zijn voor een meerderheid van de lidstaten. Voor bepaalde lidstaten waar de rechtscultuur anders is (bijvoorbeeld omdat consumentengroepen daar niet actief zijn, consumentenvertrouwen gering is of weinig ervaring bestaat met klachtrecht) kunnen deze geheel ineffectief blijken. De voordelen van een gedifferentieerde aanpak gaan daardoor dus verloren. In de tweede plaats wordt op paternalistische wijze aan alle lidstaten een “hoog” beschermingsniveau opgedrongen terwijl dit vermoedelijk in bepaalde lidstaten niet overeenstemt met de preferenties van de burgers. Het Coase Theorema leert, zoals eerder werd toegelicht, dat een hoog beschermingsniveau per definitie tot een verhoging van prijzen van producten en diensten aanleiding zal geven. Bescherming heeft immers een prijs. De beslissing van “Brussel” houdt dan eigenlijk in dat men meent te weten wat het aangewezen beschermingsniveau is voor consumenten in Litouwen, Denemarken en Portugal, terwijl het economisch perspectief juist leert dat de kans dat de lokale autoriteiten betere informatie hebben om rechtsregels tot stand te brengen die aansluiten bij de preferenties in de betreffende lidstaten groter is. Het hoge beschermingsniveau als zodanig kan derhalve moeilijk een Europese interventie rechtvaardigen.

7.5.4 Literatuur

In bepaalde recente literatuur is overigens een impliciet antwoord geboden op enkele van de argumenten die ook in het richtlijnvoorstel naar voren worden geschoven ter rechtvaardiging van maximumharmonisatie van het consumentenrecht. Zo is Wagner zeer kritisch ten aanzien van de verwachting van de Commissie dat harmonisatie van consumentenrecht grensoverschrijdend winkelen door de consument zou bevorderen en derhalve tot een geïntensiverde concurrentie op de interne markt zou leiden. Wagner wijst erop dat vanuit empirisch onderzoek blijkt dat consumenten een sterke neiging hebben om lokaal te winkelen, ongeacht of er een grens in hun nabijheid is of niet. Een studie uit het Zwitserse kanton Zürich, die door Wagner wordt aangehaald, toont aan dat de gemiddelde consument maximaal 6.8 kilometer reist teneinde zijn behoeften te bevredigen. Dit gedrag is bovendien, zo merkt Wagner terecht op, rationeel in die zin dat voor de meeste dagelijkse boodschappen de reiskosten voor het grensoverschrijdend winkelen te hoog kunnen zijn. Hij stelt daarom dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat een sterke grensoverschrijdende markt, bijvoorbeeld voor auto's, tot ontwikkeling zou komen ten gevolge van een harmonisatie van

consumentencontractenrecht. De consument in Bonn zal zijn auto nog steeds liever in Duitsland kopen dan in Maastricht, ook al omdat hij graag onmiddellijk naar zijn lokale dealer in Bonn gaat wanneer er bijvoorbeeld problemen zouden zijn. Wagner merkt op dat er uiteraard uitzonderingen zijn, juist voor producten waar geen service na verkoop noodzakelijk is, zoals sigaretten, parfum, alcohol of CD's. Het opvallende is echter dat zich daar nu juist reeds een internationale markt heeft ontwikkeld, ook zonder een uniform consumentencontractenrecht. Daarvoor is dat klaarblijkelijk niet nodig.³²⁴

Deze voorbeelden ontcrachten het betoog van de Commissie dat harmonisatie noodzakelijk is om het grensoverschrijdend winkelen door de consument aan te moedigen. Daarmee vervalt dan ook een belangrijke basis voor de maximumharmonisatie die de Commissie met deze richtlijn beoogt.

Interessante argumenten tegen het betoog van de Commissie worden ook geboden in een andere recente bijdrage van Van den Bergh waarin deze zich keert zowel tegen het harmonisatiestreven in het DCFR als tegen maximumharmonisatie van het consumentenrecht.³²⁵ Van den Bergh bespreekt wederom de klassieke economische argumenten in het voordeel van centralisering en betoogt dat deze op het terrein van het contractenrecht geen enkele rol spelen. Hij noemt het

“um so erstaunlicher, dass die Europäische Kommission die Diskussion zur Harmonisierung des Vertragsrechts nicht aufgeben will und in jüngster Zeit sogar eine maximale Harmonisierung des Verbraucherrechts anstrebt”.³²⁶

Hij wijst erop dat juist wat het consumentenrecht betreft sterk sprake is van onderscheiden preferenties. Een gedwongen harmonisatie vanuit Europa (bijvoorbeeld via een minimale garantie of waarborgtermijn) verhindert dus dat een consument een lagere prijs of hogere kwaliteit kan kiezen. Gelet op het feit dat op dit moment vandaag in Europa nog grote inkomensverschillen bestaan, kan men voorspellen dat wat de omvang van de garantie betreft, de voorkeuren ongetwijfeld sterk uiteen zullen lopen. Hetzelfde geldt voor de inhoud van informatieplichten. Juist vanwege de grote verschillen op dat terrein pleit er veel voor

³²⁴ Wagner, G., *o.c.*, *CMLR* 2002, 1016-1017. Zie ook en vergelijk Rott, P. en Terryn, E., *o.c.*, *ZeUP* 2009, *ter perse*.

³²⁵ Van den Bergh, R., “Der gemeinsamen Referenzrahmen: Abschied von der Harmonisierung des Vertragsrechts?”, in: Eger, Th. en Schäfer, H.-B. (eds), *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 111-125.

³²⁶ Van den Bergh, R., *o.c.*, in *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 115.

decentralisatie, waarbij gebruik kan worden gemaakt van het informatievoordeel van lokale autoriteiten.

Ook ten aanzien van het argument dat verschillende regelingen tot hoge informatie- en transactiekosten zouden leiden, stelt Van den Bergh dat er geen empirisch bewijs voor bestaat dat verschillen in rechtsregels de interstatelijke handel zouden belemmeren. Ook wijst hij op het feit dat het veeleer culturele en taalbarrières zijn die grensoverschrijdend winkelen door consumenten belemmeren dan verschillen in het consumentencontractenrecht.³²⁷

Ook deze recente literatuur die uitdrukkelijk op het consumentenrecht ingaat, is dus eenduidig: er zijn sterke argumenten vóór differentiatie en decentralisatie, terwijl de door de Europese Commissie gehanteerde argumenten vóór harmonisatie tamelijk zwak zijn.

7.5.5 Samenvatting

Weging van de argumenten die de Europese Commissie in het explanatory memorandum naar voren schuift, levert het volgende op.³²⁸

1. De Europese Commissie baseert haar stelling dat maximumharmonisatie de grensoverschrijdende handel zou doen toenemen niet op serieus wetenschappelijk economisch onderzoek, maar slechts op questionnaires waarbij aan respondenten uitsluitend de vraag wordt gesteld of zij voordelen zouden zien in een “full targeted harmonisation”. Het verbaast niet dat de meeste respondenten het best aantrekkelijk zouden vinden wanneer rechtsregels uniform zouden worden gemaakt en dat consumenten het in theorie best gemakkelijker zouden vinden om grensoverschrijdend te winkelen wanneer verschillen in rechtsregels zouden worden weggewerkt.

De waarde van dergelijk onderzoek dat niet aan essentiële wetenschappelijke uitgangspunten beantwoordt is echter nihil. In de eerste plaats is aan beide groepen slechts de vraag gesteld hoe zij hypothetisch in de toekomst zouden handelen wanneer barrières ten gevolge van rechtsregels gereduceerd zouden worden. Het is wel bekend dat reacties in dergelijke hypothetische situaties vaak sterk verschillen van het werkelijk handelen van mensen. Niet onderzocht is of handelaren in een concrete

³²⁷ Van den Bergh, R. o.c., in *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 116.

³²⁸ Onze dank gaat uit naar prof. dr. Roger Van den Bergh (Rotterdam Institute of Law and Economics, Erasmus Universiteit Rotterdam) voor nuttige brainstorming over deze materie.

situatie meer diensten of producten grensoverschrijdend zouden aanbieden wanneer rechtsregels geharmoniseerd zouden zijn terwijl ze dat op dit moment niet doen. Evenmin is onderzocht of consumenten bijvoorbeeld meer grensoverschrijdend zouden winkelen wanneer rechtsregels uniform zouden zijn dan wanneer deze verschillen. Antwoorden op questionnaires komen zeer vaak niet overeen met feitelijk gedrag. In de tweede plaats hoeft het wat de handelaren betreft geen verbazing te wekken dat zij aangeven dat het leven voor hen gemakkelijker zou zijn wanneer rechtsregels uniform zouden zijn. Dat zegt echter niets wanneer niet tevens onderzoek wordt gedaan naar kosten van harmonisatie of naar de bezwaren verbonden aan het verloren gaan van rechtsregels die met preferenties corresponderen.

2. Veel interessanter ware geweest wanneer de Commissie onderzoek had gedaan naar de vraag of bijvoorbeeld meer handel plaatsvindt tussen lidstaten waar er relatief weinig verschil bestaat tussen rechtsregels met betrekking tot het consumentencontractenrecht. Dan zou het interessant zijn om vervolgens een regressieanalyse uit te voeren waarbij niet alleen naar verschillen of overeenkomsten in rechtsregels wordt gekeken, maar naar alle elementen die de consumentenkeuze kunnen beïnvloeden, waaronder ook niveau van belastingen, reiskosten, culturele en taalverschillen. Alleen door een regressieanalyse zou dan duidelijk kunnen worden gemaakt wat de relatieve invloed van verschillen in rechtsregels is op het totaal aan elementen dat de keuze van de consument om al dan niet grensoverschrijdend te winkelen bepaalt. Dergelijk onderzoek is nooit uitgevoerd.
3. Het belangrijkste probleem is dat de presentatie van de Commissie nogal eenzijdig is: er is uitsluitend aan bepaalde respondenten gevraagd of zij op dit moment hinder ondervinden van het onderscheid in rechtsregels en of bij uniformiteit van rechtsregels (in theorie) meer grensoverschrijdend verkeer zou plaatsvinden. Daaruit wordt dan de conclusie afgeleid dat bij maximumharmonisatie belangrijke besparingen op administratieve kosten zouden kunnen worden gerealiseerd. Deze voorstelling van zaken is eenzijdig, omdat alleen naar één bepaald type kosten voor het bedrijfsleven wordt gekeken. Dat er ook substantiële (mogelijk zelfs prohibitieve) kosten van harmonisatie zouden zijn, wordt niet meegewogen. Verder wordt niet gesproken over kosten die veroorzaakt zouden kunnen worden door het feit dat de harmonisatie zelf verschillen tussen lidstaten miskent en daardoor dwingend rechtsregels zou opleggen die voor bepaalde lidstaten mogelijk wel en voor andere niet, althans minder geschikt

zouden zijn. Deze gefragmenteerde aanpak biedt vanuit economisch perspectief dus geen volledig, evenwichtig en correct beeld. Het lijkt onverantwoord om op basis van een dergelijke gefragmenteerde aanpak vergaande beleidsconclusies te trekken wat betreft de wenselijkheid van maximumharmonisatie.

4. Verband daarmee houdt ook het feit dat de Commissie in het explanatory memorandum klaarblijkelijk uitsluitend een bepaalde visie op interstatelijke handel als argument voor een maximale harmonisatie naar voren schuift. Nadeel daarvan is wederom de eenzijdige aanpak. Hiervoor werd duidelijk gemaakt dat het harmonisatievraagstuk en de wenselijkheid van centralisatie afhankelijk is van een groot aantal argumenten en indicatoren, waarbij op basis van een genuanceerde afweging eventueel argumenten in het voordeel van harmonisatie onder welbepaalde omstandigheden naar voren zou kunnen worden geschoven. Duidelijk werd echter evenzeer dat die argumenten (grensoverschrijdende externaliteiten en “race for the bottom”) noch op het terrein van het contractenrecht in het algemeen, noch op het terrein van het consumentenrecht erg overtuigend zijn. Gevolg van de aanpak van de Commissie is derhalve dat men slechts één element uit het harmonisatiedebat licht (interstatelijke handel) om op basis daarvan tot vergaande conclusies te komen over allocatie van bevoegdheden (aan het centrale niveau), daarbij alle andere argumenten negerend.
5. De voordelen van decentraliteit worden in het explanatory memorandum niet besproken.
6. Dat geldt ook voor de kosten van harmonisatie. Er wordt klaarblijkelijk van uitgegaan dat deze kosten nihil zijn, terwijl hiervoor werd toegelicht, dat juist gelet op de bestaande belangrijke verschillen in rechtscultuur wat het consumentenrecht betreft evenals de onderscheiden preferenties, kan worden verwacht dat deze kosten zeer hoog zullen zijn.
7. Samenvattend geeft geen enkel van de door de Europese Commissie naar voren geschoven argumenten grond voor harmonisatie van het consumentencontractenrecht; veeleer zijn de argumenten pro decentralisatie zoals die zowel uit theoretisch als uit empirisch onderzoek blijken overtuigend.

7.6 DCFR

In hoofdstuk 5 werd reeds uitgebreid aandacht besteed aan het Draft Common Frame of Reference. Toegelicht werd dat dit ook voor het consumentenrecht potentieel belangrijke implicaties heeft.

Voor zover dit DCFR eveneens harmonisatie van het (consumenten)contractenrecht natreeft, expliciet dan wel impliciet, zou de kritiek die in dit hoofdstuk werd geformuleerd ten aanzien van het richtlijnvoorstel overeenkomstig kunnen worden toegepast op het DCFR. Het lastige is echter zoals hiervoor ook werd toegelicht³²⁹ dat het DCFR zelf niet erg duidelijk is wat zijn precieze doelstellingen betreft. Dat maakt het formuleren van een kritiek ook lastiger.

Het DCFR meldt voorzichtig de mogelijkheid dat het hele document slechts als een “optional instrument” zou kunnen worden beschouwd. Dit sluit aan bij de literatuur, onder meer bij de door Smits verwoorde gedachten dat op het terrein van het privaatrecht en meer bepaald het contractenrecht een Europees stelsel hoogstens een optionele code zou dienen te zijn waar partijen desgevallend gebruik van zouden kunnen maken.³³⁰ De mogelijkheid dat dit gehele DCFR slechts een optioneel instrument zou zijn, wordt echter slechts voorzichtig en passant door de opstellers vermeld. Men mag niet uit het oog verliezen dat het doel van de opdracht die de Europese Commissie aan de opstellers heeft gegeven er juist in bestond om een Common Frame of Reference op te stellen. Uiteraard zij toegegeven dat wanneer dit CFR er zou komen daarmee nog niet gezegd is dat dit een bindend karakter zou hebben. Tegelijkertijd is in kringen van juristen aangegeven dat men niet verbaasd moet zijn wanneer de uiteindelijke bestemming van het DCFR een Europees Burgerlijk Wetboek vormt.³³¹ Bovendien wordt herhaaldelijk door de opstellers van het DCFR benadrukt dat één van hun opdrachten was de huidige richtlijnen op het terrein van het consumentencontractenrecht te integreren. Juist omdat veel van die richtlijnen van dwingend recht zijn, zij het dat zij slechts minimumharmonisatie opleggen, zou de idee van integratie van het communautair acquis in een niet-bindende optionele code niet goed mogelijk zijn.

³²⁹ Cf. *supra* 5.1.2.

³³⁰ Zie onder veel meer Smits, J., “The Future of European Contract Law: On Diversity and The Temptation of Elegance”, in: Faure, M., Smits, J. and Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 239-256.

³³¹ Bouwes, M.T.J., *o.c.*, *NJB* 2005, 948.

Verder moet worden benadrukt dat vele bepalingen in het DCFR, zo werd duidelijk uit de gedetailleerde bespreking in hoofdstuk 5³³² van dwingend recht zijn. Ook dat illustreert de bedoelingen van de opstellers. De bepalingen zijn zo opgesteld dat deze in beginsel eenvoudig tot een Europees Wetboek kunnen worden omgevormd. Dat was ook één van de aangehaalde kritiekpunten van de Duitse hoogleraren: hoewel het DCFR formeel slechts “principles” opstelt, heeft men in feite een codificatie geboden die zo door een wetgever in geldend recht kan worden omgevormd.³³³

Ook de rechtseconomen die tot nu toe reeds aandacht hebben besteed aan het DCFR, zijn er vanuit gegaan dat dit in beginsel een tekst is die harmonisatie beoogt en daarop hebben zij dan ook hun pijlen gericht.³³⁴ De rechtseconomische kritiek op het DCFR is duidelijk: voor zover hiermee eveneens (maximum)harmonisatie van het (consumenten)contractenrecht wordt nagestreefd, zijn in beginsel dezelfde kritiekpunten aan de orde zoals deze ten aanzien van het richtlijnvoorstel werden besproken. Het DCFR miskent uiteenlopende voorkeuren van burgers evenals verschillen in rechtsculturen, zodat implementatie in de vorm van een verplicht instrument ongetwijfeld tot welvaartsverlies zal leiden.³³⁵

7.7 Bevoegdheidsgrondslag?

Ten slotte kunnen vragen worden gesteld bij de bevoegdheidsgrondslag voor een richtlijn die maximumharmonisatie van het consumentenrecht nastreeft. Het explanatory memorandum bij het richtlijnvoorstel schuift artikel 95 van het EG-verdrag naar voren als juridische basis voor de richtlijn.³³⁶ Artikel 95 biedt de mogelijkheid maatregelen vast te stellen

“inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen”.

Uit de tekst van deze bepaling blijkt dat zij de mogelijkheid biedt om rechtsregels tussen lidstaten “onderling aan te passen” (lees: te harmoniseren) wanneer dit noodzakelijk is voor “de werking van de interne markt”. In de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie is

³³² Zie vooral de inhoudelijke bespreking van de bepalingen in 5.3.

³³³ Eidenmüller en anderen, *o.c.*, *JZ* 2008, 533.

³³⁴ Zie de hiervoor besproken publicaties van Van den Bergh.

³³⁵ Zie Van den Bergh, R., *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 115.

³³⁶ Memorie van toelichting, 6.

duidelijk gemaakt wat daarmee wordt bedoeld. In zijn bekende arrest inzake Tobacco Advertising³³⁷ stelt het Hof ter zake:

“83. In hun onderlinge samenhang gelezen, blijkt uit die bepalingen, dat de in artikel 100 A, lid 1, (thans: artikel 95 lid 1 EG) van het Verdrag bedoelde maatregelen de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt dienen te verbeteren. Een uitlegging van dat artikel, volgens welke de gemeenschapswetgever daarin een algemene bevoegdheid wordt verleend om de interne markt te reglementeren, zou niet alleen indruisen tegen de tekst zelf van bovengenoemde bepalingen, maar zou ook onverenigbaar zijn met het in artikel 3 B EG-Verdrag (thans artikel 5 EG) neergelegde beginsel dat het bij de bevoegdheden van de Gemeenschap om toegekende bevoegdheden gaat.”

De gezaghebbende auteur Stephen Weatherill heeft hieruit afgeleid dat op het terrein van het consumentenrecht de Europese Commissie nog slechts de bevoegdheid heeft om harmonisatiemaatregelen voor te stellen voor zover dat noodzakelijk is om de grensoverschrijdende handel te bevorderen. Een les uit het Tobacco Advertising arrest is dat Europa consumentenrecht nog slechts kan reguleren voor zover harmonisatie werkelijk noodzakelijk is om belemmeringen voor het vrij verkeer van goederen of producten weg te nemen dan wel om mededingingsbeperkingen te beëindigen³³⁸.

“A measure of harmonisation must actually contribute to eliminating obstacles to the free movement of goods or to the freedom to provide services, or to removing appreciable distortions of competition.”

In de rechtseconomische analyse hiervoor werd duidelijk gemaakt dat met het oog op het verbeteren van het grensoverschrijdend verkeer in consumentengoederen eenmaking van rechtsregels niet noodzakelijk en zelfs zinloos is, juist omdat empirisch onderzoek heeft aangetoond dat het niet verschillen in rechtsregels, doch juist andere factoren zijn die het grensoverschrijdend verkeer belemmeren.³³⁹ Harmonisatie van het consumentencontractenrecht kan dus niet gerechtvaardigd worden als een instrument dat de werking van de interne markt zou verbeteren. Wat de Europese Commissie in feite probeert te realiseren met deze richtlijn is om de markt voor consumentengoederen zelf te reguleren (waarvoor op basis van artikel 95 van het verdrag geen bevoegdheid bestaat) in plaats van het reguleren van de interne markt (waarvoor artikel 95 als de voorwaarden daartoe vervuld zijn wel bevoegdheid zou bieden). In de woorden van Weatherill:

³³⁷ HvJ EG 5 oktober 2000, Duitsland tegen Parlement en Raad, C-376/98, *Jurispr.* I-8419. Voor een commentaar op dit arrest zie onder meer Hervey, T., “Community and National Competence in Health After Tobacco Advertising”, *CMLR* 2001, 1421.

³³⁸ Weatherill, S., *E.U. Consumer Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005, 74.

³³⁹ Zie 7.5.1.

“Some measure harmonising rules on consumer protection are explained not simply as contributions to the elimination of distortions caused by legislative diversity among the member states”.

Ten aanzien van dergelijke maatregelen concludeert Weatherill dat deze “of unclear constitutional status” zijn.³⁴⁰

De consequentie hiervan is eenvoudig: nu op basis van rechtseconomisch onderzoek kon worden aangetoond dat harmonisatie van consumentencontractenrecht niet het aangewezen instrument is om het grensoverschrijdend verkeer in consumentenproducten en –diensten te verbeteren kan dit richtlijnvoorstel niet worden gebaseerd op het argument dat hierdoor de werking van de interne markt zou worden verbeterd. De rechtseconomische analyse ten aanzien van het marktintegratieargument heeft daarom ook als consequentie dat de gekozen juridische basis voor het richtlijnvoorstel, artikel 95 EG-verdrag, zacht gezegd, ter discussie staat. Zowel vanuit economisch als vanuit juridisch perspectief is de basis voor dit richtlijnvoorstel derhalve twijfelachtig.

³⁴⁰ Weatherill, S., *o.c.*, 2005, 77.

8. Conclusies en aanbevelingen

8.1 Inleiding en opzet

In dit hoofdstuk formuleren wij een aantal conclusies en beleidsaanbevelingen. Dat zal relatief kort en kernachtig geschieden, gelet op het feit dat in de voorafgaande hoofdstukken uitvoerige beschrijvingen en analyses zijn terug te vinden van het richtlijnvoorstel en zijn voorgeschiedenis en tevens van het DCFR.

Het belangrijkste doel van dit onderzoek was na te gaan wat de consequenties zullen zijn voor het Nederlandse recht van implementatie van het huidige richtlijnvoorstel met betrekking tot de herziening van het consumentencontractenrecht. Daarbij ligt het accent op een zestal in de inleiding aangeduide thema's:

- de definities van consument en handelaar;
- de rol en betekenis van het begrip goede trouw;
- de informatieverplichtingen;
- de eis van conformiteit;
- de regeling van de oneerlijke bedingen;
- de gevolgen van de overeenkomst.

Gelet op de politieke ontwikkelingen, en dan vooral de snelheid van de ontwikkelingen op het vlak van de beoogde richtlijn tot herziening van het consumentencontractenrecht, hebben ons ertoe gebracht de focus te leggen bij het richtlijnvoorstel en niet bij het DCFR.

Dat betekent echter niet dat het DCFR er bekaaid vanaf komt, integendeel. In een uitvoerig hoofdstuk 5 hebben wij achtergrond, totstandkoming en inhoud van het DCFR op hoofdlijnen beschreven. Bovendien is in het kernhoofdstuk 6, waarin wordt geanalyseerd wat nu precies de consequenties van invoering van het richtlijnvoorstel voor het Nederlandse recht zullen zijn, steeds ook aandacht besteed aan de wijze waarop het DCFR het aan de orde zijnde punt of thema regelt. Dat het DCFR daarmee nog tamelijk veel aandacht heeft gekregen, valt naar ons oordeel te rechtvaardigen niet alleen met het (ook politieke) belang van het CFR-project voor de toekomst van het Europees privaatrecht en consumentenrecht, maar ook met de wederzijdse beïnvloeding van de beide aan de orde zijnde projecten.

De analyse van de consequenties voor het Nederlandse recht van de implementatie van het huidige richtlijnvoorstel met betrekking tot de herziening van het consumentencontractenrecht

geschiedde tegen de achtergrond van de Nederlandse inzet, zoals die uit de officiële reactie van de Nederlandse regering op het Groenboek kan worden afgeleid. De beoogde richtlijn zou niet moeten worden gekenmerkt door maximumharmonisatie, althans niet over de gehele linie, en in ieder geval zou het huidige niveau van consumentenbescherming in Nederland gerespecteerd moeten worden; anders gezegd het niveau van consumentenbescherming zou niet mogen dalen.

Dat vanuit dit perspectief kanttekeningen bij het richtlijnvoorstel kunnen worden gemaakt, is in de doctrine meteen al duidelijk geworden. Zo heeft met name de Amsterdamse hoogleraar Loos zich kritisch uitgelaten over het richtlijnvoorstel en zijn voorlopers. Zijn conclusie is helder: implementatie van het richtlijnvoorstel zal tot een reductie van het consumentenbeschermingsniveau in het Nederlandse recht leiden.³⁴¹

De analyse die wij hebben uitgevoerd en waarvan de resultaten zijn neergelegd in hoofdstuk 6 bevestigen dit beeld. Hierna zullen onze bevindingen ten aanzien van de specifieke onderdelen van dit onderzoek worden gepresenteerd. Daarbij richten wij ons in dit hoofdstuk concreet op de effecten van invoering van het richtlijnvoorstel en blijft het DCFR verder onbesproken.

Het onderzoek gaat echter verder dan het aanwijzen van verschillen tussen het richtlijnvoorstel en het huidige Nederlandse recht en het waarden van het “verlies” dat ter zake aan Nederlandse kant wordt geboekt. Nadrukkelijk hebben wij in dit onderzoek ook op ons genomen de ontwikkelingen in een breder perspectief te plaatsen met het oog op de vraag of zij ook wenselijk zijn. In dit verband is gekozen voor het rechtseconomisch perspectief. Aan de hand daarvan is in hoofdstuk 7 de door de Europese Commissie aan het richtlijnvoorstel ten grondslag gelegde argumentatie tegen het licht gehouden - is harmonisatie van het Europees consumentenrecht nu wenselijk? - en kon tevens antwoord worden gegeven op de vraag of voor het huidige voorstel wel een deugdelijke bevoegdheidsgrondslag in het EG-Verdrag door de Commissie is aangewezen.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. Na een bondige aanduiding van de globale consequenties van implementatie van het richtlijnvoorstel (8.2.) formuleren wij enkele conclusies op het vlak van de argumentatie van de Commissie en de door haar gekozen

³⁴¹ Zie onder meer Loos, M., “Herziening van het Europees consumentenrecht, deel I”, *NTER*, 2008, 31; Loos, M., “Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel”, *TvC* 2008, 173 en Loos, M., “Een auto die na drie jaar kapot gaat? Pech gehad!”, *NJB* 2008, 2370.

bevoegdheidsgrondslag (8.3 en 8.4). Daarmee is meteen het fundament van het voorstel aan de orde. In dat kader doen wij vervolgens een aantal algemene beleidsaanbevelingen. Daarna gaan wij meer inhoudelijk in op het richtlijnvoorstel en de consequenties van implementatie voor het Nederlandse recht. Daarbij nemen wij de zes aangeduide kernthema's als richtsnoer en proberen wij ook hier steeds één of meer concrete beleidsaanbevelingen te formuleren. In dat kader komen twee "typen" aanbevelingen in beeld: een aantal is erop gericht bepaalde wijzigingen te voorkomen, andere hebben betrekking op de vraag wat er zal moeten gebeuren indien het richtlijnvoorstel ongewijzigd blijft en als zodanig zal moeten worden geïmplementeerd. Eerst komen daarbij enkele thema's aan bod die aanleiding geven tot Boek 6 en 7 overstijgende opmerkingen (8.5). Daarna komen aan bod: een globale aanduiding van de consequenties voor Boek 6 (8.6), de rol van de redelijkheid en billijkheid (8.7), de op te nemen regeling van de informatieverplichtingen (8.8), de consequenties voor de regeling van de algemene voorwaarden (8.9), voor die van de consumentenkoop (8.10), andere consequenties voor Boek 7 (8.11 en 8.12), de consequenties voor de Colportagewet (8.13) en een slotsom (8.14).

De onderzoekers hechten eraan nog een tweetal opmerkingen vooraf te maken. In dit hoofdstuk wordt een groot aantal (beleids)aanbevelingen geformuleerd. De onderzoekers zijn zich er terdege van bewust dat het niet mogelijk zal zijn deze aanbevelingen steeds ook te verwezenlijken in het Europese onderhandelingsproces. Daar komt bij dat het kiezen van een tijdens de onderhandelingen te volgen strategie en daarmee het aanwijzen van aanbevelingen waarop men meer de nadruk legt dan op andere, een politieke keuze is die bewust niet door de onderzoekers is gemaakt. Zij hebben zich ook niet uitgesproken over de vraag welke consequenties van het richtlijnvoorstel een halszaak vormen en welke bijvoorbeeld als 'wisselgeld' kunnen dienen tijdens de onderhandelingen. Dit rapport beoogt uiteindelijk materiaal aan te leveren op basis waarvan, uiteraard na een door anderen te maken politieke afweging, een Nederlands standpunt tijdens de onderhandelingen over de richtlijn kan worden bepaald.

De tweede opmerking ligt enigszins in het verlengde van de vorige en heeft betrekking op de te volgen implementatiestrategie. Een tweetal benaderingen dient zich aan. In de eerste plaats een 'zuinige' waarin minimaal wordt geïmplementeerd om zoveel mogelijk inhoud, terminologie en structuur van het huidige Nederlandse privaatrecht te respecteren. De voordelen vanuit nationaal perspectief, behoud van eenheid en consistentie en daarmee ook van rechtszekerheid, zijn evident. Het gevaar van deze benadering is echter dat implementatie

op onderdelen niet strikt richtlijnconform geschiedt. In de tweede benadering vindt implementatie juist op meer ‘royale’ wijze plaats, volgt de nationale wetgever de richtlijn als het ware op de voet en neemt haar naar de letter. Het is duidelijk dat men in deze strategie minder risico loopt dat de implementatie niet conform de richtlijn is geschied. Aan de andere kant is het gevaar dat de systematiek van het bestaande Nederlands privaatrecht wordt verstoord. Ook hier geldt uiteraard dat de te kiezen strategie tevens een kwestie van politiek is en dus uiteindelijk een afweging vergt die door anderen moet worden gemaakt.

Op dit punt kunnen de onderzoekers echter wel aangeven vanuit welke gedachte zij hun aanbevelingen hebben geformuleerd. Voor de onderzoekers is uitgangspunt dat inhoud, terminologie en structuur van het huidige Nederlandse privaatrecht niet onnodig moeten worden verstoord, zodat het de voorkeur verdient waar mogelijk inbedding in (terminologie en systeem van) het huidige stelsel te laten plaatsvinden. Dat uitgangspunt heeft echter niet steeds geleid tot een ‘zuinige’ opstelling. Op vele onderdelen wordt voorgesteld de richtlijn, ervan uitgaande dat deze de inhoud krijgt van het huidige voorstel, ruimhartig te implementeren. De onderzoekers realiseren zich dat men van mening kan verschillen over het belang van het behoud van nationaalrechtelijke terminologie en systematiek.

8.2 Globale consequenties van implementatie van het richtlijnvoorstel

Maximumharmonisatie in het richtlijnvoorstel leidt ertoe dat lidstaten die op dit moment een verdergaande bescherming kennen, hun recht met dat van het voorstel in overeenstemming moeten brengen, hetgeen inhoudt dat die elementen die extra bescherming opleveren in vergelijking met het voorstel moeten worden geschrapt. Uiteraard staat daar tegenover dat die lidstaten die worden gekenmerkt door een minder vergaande bescherming dan het voorstel biedt, gehouden zijn tot verhoging van het beschermingsniveau. Wij hebben daarbij net als Loos het idee dat het eerste, verlaging van het bestaande niveau, vaker zal voorkomen, dan het tweede, verhoging en uitbreiding van het beschermingsniveau, omdat het erop lijkt dat in het voorstel als maximum wordt genomen wat in de oorspronkelijke richtlijnen nog als minimum fungeerde.³⁴² Voor slechts een beperkt aantal lidstaten zou dan sprake zijn van daadwerkelijk fundamentele uitbreiding van het niveau van consumentenbescherming.

³⁴² Loos, M., *o.c.*, TvC 2008, 173.

Voor Nederland geldt dat ook; van uitbreiding van bescherming is niet of nauwelijks sprake.³⁴³ Uiteraard heeft implementatie wel consequenties voor het Nederlandse recht. Zo zullen er de nodige aanpassingen van tekstuele en technische aard nodig zijn. Een enkele aanpassing kan ook daadwerkelijk als verbetering worden beschouwd. Naar ons oordeel geldt dat bijvoorbeeld voor de regeling van het herroepingsrecht die consistent en meer uniform van aard is geworden. Belangrijker is uiteraard dat een aantal regels die op dit moment verdergaan dan het richtlijnvoorstel moeten worden aangepast of afgeschaft. Dat betekent dus inderdaad dat daardoor op een aantal punten minder bescherming aan de orde zal zijn dan op dit moment nog bestaat. Grof gezegd gaat het daarbij om:

- de algemene voorwaarden-regeling waar de huidige regeling van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 met betrekking tot de zogenoemde informatieplicht zal moeten worden gewijzigd, maar waar belangrijker nog de huidige zwarte en grijze lijst zullen moeten worden opgeschoond;
- de regeling van de consumentenkoop waar de pijn vooral zit in de sfeer van de lengte van de periode gedurende welke het gebrek zich dient te manifesteren om onder de wettelijke garantie te vallen (het probleem van de beperking tot twee jaar ook bij goederen met een te verwachten langere levensduur) en in een strakkere regeling op het vlak van de klachtplicht.

Een voor de hand liggende vraag is of de op het eerste gezicht verloren gegane bescherming niet alsnog via algemene beginselen, zoals ten onzent bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid, kan worden geboden.³⁴⁴

Niet ondenkbaar is dat implementatie ook consequenties heeft buiten het directe toepassingsgebied van de beoogde richtlijn. Dat geldt dan in het bijzonder die gevallen waarin de huidige consumentenregeling overeenstemt met de algemene regeling in het contractenrecht. Beperking (verlaging van het niveau) van de bescherming van de consument vanwege het richtlijnvoorstel kan dan aanleiding zijn om ook de algemene regeling aan te passen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de consument minder vergaand wordt beschermd dan personen die eenzelfde transactie aangaan, maar dan niet als consument. In het Nederlandse recht kan daarbij bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling van de aansprakelijkheidstermijn die de periode van aansprakelijkheid van de verkoper jegens de consument beperkt tot twee jaar, terwijl de huidige regeling van artikel 7:17 BW die een

³⁴³ Zie ook Schelhaas, H.N., "Volledige harmonisatie: goed voor de Europese consument?", *NTBR* 2009, 35.

³⁴⁴ Vgl. Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 174.

langere termijn meebrengt in geval van goederen met een lange levensduur niet tot consument-kopers is beperkt.³⁴⁵ Ook in het kader van de bespreking van de consequenties van implementatie van het richtlijnvoorstel voor de regeling van de algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 BW stuiten we op die problematiek.

8.3 Argumentatie van de Commissie. Maximumharmonisatie

In de voorgaande hoofdstukken, in het bijzonder 4 en 6, is duidelijk geworden dat het richtlijnvoorstel op enkele belangrijke punten een minder vergaande bescherming biedt dan het huidige Nederlandse recht. Onder het huidige regime, dat wil zeggen onder dat van de op dit moment nog geldende richtlijnen uit het acquis, is het niet problematisch zijn dat een lidstaat de consument een verdergaande bescherming biedt dan vereist wordt door Europese richtlijnen om de eenvoudige reden dat de bestaande richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht uitgaan van minimumbescherming. Lidstaten die, zoals Nederland op vele punten ook heeft gedaan, een verdergaande bescherming wilden bieden, hadden die ruimte vanuit Europeesrechtelijk perspectief. Het richtlijnvoorstel wenst nu juist met deze “traditie” te breken, omdat, althans volgens de Commissie, een systeem van minimumbescherming leidt tot uiteenlopende regimes in de verschillende lidstaten en dat, opnieuw volgens de Commissie, tot gevolg heeft dat er minder grensoverschrijdend consumentenverkeer plaatsvindt dan wenselijk zou zijn. Alleen volledige eenmaking van het consumentencontractenrecht via maximumharmonisatie zou deze verschillen kunnen wegwerken en daarmee de totstandkoming van de interne markt bevorderen.

In hoofdstuk 7 is deze argumentatie van de Europese Commissie in een rechtseconomisch perspectief geplaatst. Dat levert naar het oordeel van de onderzoekers waardevolle inzichten op.

Eén van de conclusies in dit verband is dat de Europese Commissie haar stelling dat maximumharmonisatie de grensoverschrijdende handel zou doen toenemen niet op serieus wetenschappelijk economisch onderzoek baseert. Het antwoord op de vraag in een questionnaire of de respondenten voordelen verwachten van volledige harmonisatie levert geen betrouwbare indicatie op met betrekking tot de eventuele groei van grensoverschrijdende handel. Dat zowel consumenten als handelaren in hun reactie op een dergelijke questionnaire

³⁴⁵ Zie in dit verband ook Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 176.

voordelen zien van uniformering betekent nog niet dat hun gedrag werkelijk zal veranderen. Om daarop zicht te krijgen, zou nader onderzoek nodig zijn.

In dit verband zou bijvoorbeeld onderzoek kunnen worden gedaan naar de vraag of er inderdaad meer handel plaatsvindt tussen lidstaten die op het vlak van het consumentencontractenrecht relatief weinig van elkaar verschillen. In dat kader zou dan een regressieanalyse moeten worden uitgevoerd waarbij niet alleen naar verschillen op het vlak van consumentenrecht wordt gekeken, maar juist ook naar andere elementen die de consumentenkeuze kunnen beïnvloeden, zoals het belastingniveau, reiskosten en culturele en taalverschillen. Slechts op deze manier zou in beeld komen wat de invloed van verschillen in rechtsregels is op de keuze van consumenten om al dan niet grensoverschrijdend te winkelen. Dergelijk onderzoek is (nog) niet uitgevoerd.

Bovendien zouden nadrukkelijk ook de kosten van harmonisatie en de bezwaren die zijn verbonden aan het verloren gaan van rechtsregels die met voorkeuren van burgers van de lidstaten corresponderen in de beschouwingen moeten worden betrokken. In dit verband hebben wij kanttekeningen geplaatst bij de veronderstelling dat bij maximumharmonisatie belangrijke besparingen op administratieve kosten zouden kunnen worden gerealiseerd. Deze voorstelling van zaken is eenzijdig in die zin dat de mogelijkheid dat er substantiële (mogelijk zelfs prohibitieve) kosten aan harmonisatie verbonden zijn, niet is meegewogen. Zo wordt niet in de beschouwingen betrokken dat harmonisatie mogelijk verschillen tussen lidstaten miskent, niet alleen in voorkeuren van burgers, maar ook in rechtscultuur, en dan dus dwingend rechtsregels oplegt die voor bepaalde lidstaten wel en voor andere niet, althans minder geschikt zouden zijn.

Eigenlijk schuift de Commissie als enige argument voor maximale harmonisatie naar voren de veronderstelde positieve effecten op de grensoverschrijdende handel. In hoofdstuk 7 hebben wij aangegeven dat het harmonisatievraagstuk en de daarmee verband houdende wenselijkheid van centralisatie afhankelijk is van meerdere factoren die genuanceerd zouden moeten worden afgewogen. De in dit verband bekende argumenten vóór harmonisatie, het probleem van de grensoverschrijdende externaliteiten en het gevaar van een “race for the bottom”, zijn op het terrein van het consumentenrecht niet overtuigend. Het komt erop neer dat de Commissie op basis van één enkel element, interstatelijke handel, tot vergaande conclusies komt over allocatie van bevoegdheden aan het centrale niveau (“Brussel”), waarbij andere argumenten min of meer worden genegeerd. Zo blijven de voordelen van een

decentrale aanpak (waarbij zekere bevoegdheden worden gelaten aan lidstaten) en van differentiatie onbesproken.

De aanpak van de Commissie biedt vanuit economisch perspectief dus geen volledig, evenwichtig en correct beeld. Geen van de door haar naar voren geschoven argumenten geeft grond voor harmonisatie van het consumentencontractenrecht, sterker nog er zijn overtuigende argumenten voor decentralisatie en differentiatie. Het lijkt daarom onverantwoord om op deze basis te besluiten tot maximumharmonisatie.

8.4 Bevoegdheidsgrondslag

In dit licht kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij de bevoegdheidsgrondslag voor deze richtlijn die maximumharmonisatie van het consumentenrecht nastreeft. De Commissie heeft in haar explanatory memorandum bij het richtlijnvoorstel artikel 95 EG-verdrag als juridische basis voor de richtlijn naar voren geschoven. Uit haar tekst volgt dat deze bepaling de mogelijkheid biedt om rechtsregels tussen lidstaten “onderling aan te passen”, zeg maar te harmoniseren, wanneer dit noodzakelijk is voor de werking van de interne markt. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie wordt afgeleid dat de Commissie op het terrein van het consumentenrecht slechts de bevoegdheid heeft om harmonisatiemaatregelen voor te stellen voor zover dat noodzakelijk is om de grensoverschrijdende handel te bevorderen, anders gezegd: dat “Europa” het consumentenrecht op basis van artikel 95 EG-Verdrag slechts kan reguleren voor zover harmonisatie werkelijk noodzakelijk is om belemmeringen voor het vrij verkeer van goederen of producten weg te nemen dan wel om mededingingsbeperkingen te beëindigen.

In dit verband is dan van belang dat in hoofdstuk 7 duidelijk is geworden dat eenmaking van rechtsregels met het oog op het verbeteren van het grensoverschrijdend verkeer in consumentengoederen niet noodzakelijk en wellicht zelfs zinloos is, omdat niet zozeer verschillen in rechtsregels als wel andere factoren het grensoverschrijdend verkeer belemmeren. Dat betekent dat harmonisatie van het consumentencontractenrecht niet naar voren kan worden geschoven als instrument dat de werking van de interne markt zou verbeteren. Dit richtlijnvoorstel kan dan niet worden gebaseerd op het argument dat hierdoor de werking van de interne markt zou worden verbeterd. De rechtseconomische analyse ten aanzien van het marktintegratieargument heeft daarom ook als consequentie dat de juridische basis voor het richtlijnvoorstel voor discussie vatbaar is.

Beleidsaanbevelingen. Algemeen

De algemene aanbevelingen met betrekking tot de positie van de Nederlandse regering in het onderhandelingsproces over het richtlijnvoorstel vloeien voort uit:

- de vaststelling dat het richtlijnvoorstel leidt tot een verlaging van het niveau van de consumentenbescherming in het Nederlandse recht;
- het gebrek aan bewijs dat bij maximumharmonisatie de grensoverschrijdende handel zal toenemen;
- de vaststelling dat het voorstel voor andere lidstaten, vooral die staten met een nog niet zo hoog niveau van economische ontwikkeling, inhoudt dat hun burgers voor een relatief hoog niveau van consumentenbescherming dienen te betalen, terwijl dit niet zonder meer met hun preferenties overeenkomt.

Naar ons oordeel kunnen op deze basis de volgende aanbevelingen worden gedaan:

1. tracht in het onderhandelingsproces met Europa de economische en juridische argumenten naar voren te schuiven om duidelijk te maken dat het voorstel van richtlijn zijn doel voorbij schiet;
2. breng de onderzoeksresultaten die in twijfel trekken of grensoverschrijdende handel door maximumharmonisatie zal toenemen onder de aandacht;
3. wijs op het feit dat consumenten in landen met een hoog beschermingsniveau, zoals Nederland, nadelen zullen ondervinden van dit richtlijnvoorstel;
4. wijs op het feit dat consumenten in landen met een lager beschermingsniveau, zoals vermoedelijk zal gelden voor de Oost-Europese lidstaten, eveneens nadeel zullen ondervinden, omdat zij verplicht worden te betalen voor een beschermingsniveau waarvoor zij wellicht niet werkelijk belangstelling hebben;
5. wijs op het ontbreken van een deugdelijke bevoegdheidsgrondslag: nu deze richtlijn de grensoverschrijdende handel niet werkelijk zal bevorderen, kan artikel 95 EG-Verdrag niet als grondslag worden gebruikt;
6. pleit, uitgaande van de wenselijkheid van zoveel mogelijk integratie van het bestaande consumentenacquis in één richtlijn, voor minimumharmonisatie;

7. pleit, in het verlengde hiervan, voor behoud van de ruimte voor lidstaten om in het nationale recht eventueel aan de hand van een algemeen beginsel als dat van de redelijkheid en billijkheid aanvullende regelingen te treffen of oplossingen te bieden;
8. pleit ervoor het nog tot stand te brengen Common Frame of Reference als een optioneel instrument te presenteren, omdat anders aan het CFR dezelfde nadelen verbonden zullen zijn als aan het richtlijnvoorstel.

8.5 Boek 6 en 7 BW overstijgende opmerkingen

8.5.1 “Consument” en “handelaar”

Waar het gaat om de in het richtlijnvoorstel gekozen omschrijving van “consument” en “handelaar” is naar ons oordeel van een relevante wijziging geen sprake. De voorgestelde omschrijving van “consument” komt min of meer overeen met de in ons recht op dit moment gangbare. Ook waar het om de omschrijving van “handelaar” gaat, verwachten wij geen problemen.

In de literatuur is gesteld dat het wenselijk zou zijn om ruimte te hebben voor bescherming van de zakelijke koper die ook wel eens privégebruik van de gekochte zaak maakt.³⁴⁶ Die ruimte biedt het richtlijnvoorstel niet, het DCFR op het eerste gezicht wel. Naar ons oordeel is een dergelijke uitbreiding, die zou moeten worden gerealiseerd door een aanpassing van de omschrijving van “consument”, niet wenselijk en is de prijs van een dergelijke uitbreiding, onduidelijkheid en rechtsonzekerheid over het toepassingsbereik, in ieder geval te hoog. In navolging van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Johann Gruber/Bay WAY AG in verband met het begrip “consument” in het EEX-Verdrag kan wellicht wel worden aangenomen dat een consument die af en toe zakelijk gebruik maakt van een zaak die hij in hoofdzaak voor privégebruik kocht, de hoedanigheid van “consument” behoudt indien hij bewijst dat de beroeps- of bedrijfsmatige activiteit bij de overeenkomst slechts een onbetekenende rol speelt³⁴⁷, anders zou bijvoorbeeld de advocaat die af en toe zijn professionele emails raadpleegt op de PC die hij hoofdzakelijk kocht als spelcomputer voor de kinderen, niet als consument kunnen worden beschouwd.

³⁴⁶ Zo bijvoorbeeld door Loos, M., *o.c.*, TvC 2008, 174.

³⁴⁷ HvJ EG 20 januari 2005, Johann Gruber tegen Bay Wa AG., C-464/01, *Jurispr.* 2005, I-439.

8.5.2 Regeling van de remedies in geval van niet-nakoming?

Het richtlijnvoorstel is gericht op harmonisatie van regels met betrekking tot de totstandkoming (het sluiten) van bepaalde overeenkomsten, niet op uitvoering ervan en evenmin op niet-nakoming. In het voorstel is nadrukkelijk geen algemene regeling van de remedies in geval van niet-nakoming opgenomen. Daarmee is een lijn gekozen die aansluit bij de reacties van het bedrijfsleven en (de meeste van) de lidstaten op het Groenboek, waaronder nadrukkelijk ook die van Nederland. Van academische zijde wordt over het uitblijven van een dergelijke algemene regeling wel teleurstelling uitgesproken.³⁴⁸ Wij steunen de huidige door de Commissie ingezette koers. Naar ons oordeel zou een dergelijke regeling diep ingrijpen in het algemene contractenrecht van de lidstaten en daarmee veel verder gaan dan nodig is. Vanuit een oogpunt van het bevorderen van de consistentie van het huidige acquis op het terrein van het consumentenrecht en het bevorderen van duidelijkheid is een algemene regeling op het vlak van de remedies niet nodig. Meerwaarde op het vlak van het bevorderen van de grensoverschrijdende handel mag in het licht van de resultaten van hoofdstuk 7 evenmin worden verwacht.

Beleidsaanbevelingen

9. steun de Commissie in de voorsnog gekozen omschrijvingen van “consument” en “handelaar” en wijs een eventueel pleidooi tot uitbreiding van de categorie van de “consument” af;
10. steun de Commissie in het richtlijnvoorstel in haar beslissing af te zien van een algemene regeling ter zake van de remedies in geval van niet-nakoming.

8.6 Specifieke consequenties voor Boek 6

Implementatie van het richtlijnvoorstel heeft een aantal consequenties voor Boek 6. In dit hoofdstuk concentreren wij ons op de belangrijkste; voor een meer gedetailleerde bespreking zij uiteraard verwezen naar de hoofdstukken 4 en 6. Wat gaat er in en voor Boek 6 veranderen? Een globale inventarisatie leert dat:

- de rol van de redelijkheid en billijkheid zal worden teruggedrongen;
- een (aanvullende) regeling ter zake van informatieverplichtingen zal moeten worden opgenomen;

³⁴⁸ Zo bijvoorbeeld door Loos, M., o.c., TvC 2008, 176.

- de regeling van de algemene voorwaarden op diverse plaatsen moet worden aangepast.

8.7 De rol van redelijkheid en billijkheid teruggedrongen

Dat er na omzetting van het richtlijnvoorstel minder ruimte is voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid heeft alles te maken met het gekozen harmonisatieniveau. Maximumharmonisatie verzet zich in principe tegen het onder de noemer van algemene beginselen creëren van verdergaande bescherming dan het richtlijnvoorstel meebrengt. Dit betekent echter niet dat er in het geheel geen ruimte meer is voor de redelijkheid en billijkheid.

De praktische betekenis van de redelijkheid en billijkheid in het huidige Nederlandse recht ligt, zo is in hoofdstuk 6 nader toegelicht, vooral op de volgende vlakken:

- in de eerste plaats heeft de goede trouw een interpretatieve werking in die zin dat zij richting geeft bij de interpretatie en uitleg van contracten;
- in de tweede plaats heeft zij een aanvullende werking in die zin dat zij bijkomende verbintenissen oplegt aan de partijen die niet uitdrukkelijk in hun contract zijn vermeld;
- in de derde plaats heeft de goede trouw naar gangbare inzichten een beperkende of derogerende werking, in die zin dat zij een wettelijke of contractuele bepaling buiten werking kan stellen indien het beroep erop in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.³⁴⁹

Onder het regime van het richtlijnvoorstel kunnen deze functies tot op zekere hoogte behouden blijven.

Dat geldt bijvoorbeeld voor de aanvullende werking van artikel 6:248 lid 1 BW. Wanneer een leemte bestaat in een overeenkomst waarop de bepalingen tot omzetting van het richtlijnvoorstel van toepassing zijn, zal deze moeten worden aangevuld op basis van artikel 6:248 lid 1 BW dat meebrengt dat leemten in een overeenkomst moeten worden aangevuld door de wet, de gewoonte, de redelijkheid en billijkheid. Het richtlijnvoorstel bevat ter zake immers geen afwijkende bepaling. In dit verband is de toelichting (p. 9) bij het richtlijnvoorstel van belang waar zij bepaalt dat het voorstel alleen de voornaamste aspecten

³⁴⁹ Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-I*, nr. 55 e.v., 46 e.v.; Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 279 e.v., 279 e.v., nr. 300 e.v., 304 e.v.

regelt van het recht dat van toepassing is op consumentenovereenkomsten, en niet raakt aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding. Daartoe kunnen naar ons oordeel ook de regels inzake de aanvulling van overeenkomsten worden gerekend. Bij de aanvulling van de overeenkomst op grond van artikel 6:248 lid 1 BW zal echter rekening moeten worden gehouden met het doel en de strekking van het richtlijnvoorstel en met de betekenis die dit geeft aan de goede trouw (redelijkheid en billijkheid). Dat betekent in ieder geval, zo begonnen wij deze paragraaf reeds, dat toepassing van artikel 6:248 lid 1 BW er niet toe mag leiden dat aan de consument in strijd met het beginsel van volledige harmonisatie een verdergaande bescherming wordt toegekend dan voorzien door het richtlijnvoorstel.

Wat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw betreft is in hoofdstuk 6 uiteengezet dat het Hof van Justitie niet een beginsel van goede trouw als zodanig erkent dat zou meebrengen dat gemeenschapsrecht buiten toepassing kan worden gelaten vanwege de serieuze consequenties daarvan voor een bepaalde betrokkene. Tegelijkertijd biedt de rechtspraak van het Hof van Justitie wel de mogelijkheid paal en perk te stellen aan misbruik van een uit de richtlijn voortvloeiend recht door toepassing van een nationaalrechtelijk leerstuk als dat van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw.

Het is dus niet zo dat de rol van de goede trouw/redelijkheid en billijkheid na invoering van het richtlijnvoorstel is uitgespeeld, doch de belangrijkste vaststelling blijft dat het uitgangspunt van maximumharmonisatie zich verzet tegen uitbreiding via de redelijkheid en billijkheid van de consumentenbescherming die het richtlijnvoorstel biedt.

8.8 Invoering van een regeling van de informatieverplichtingen

Indien het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, zal in Boek 6 BW, bijvoorbeeld na artikel 6:227c uit afdeling 6.5.2 BW, een regeling moeten worden ingevoegd van informatieplichten die gelden voor alle overeenkomsten met betrekking tot de levering van goederen en diensten aan een consument. In deze regeling zal de inhoud van de artikelen 5 tot en met 7 van het richtlijnvoorstel, moeten worden overgenomen. Inhoudelijk draagt zij wellicht bij aan een verbetering van de rechtspositie van de consument al was het maar omdat de bepalingen scherper in beeld brengen welke informatie precies moet worden verschaft dan op dit moment bijvoorbeeld uit algemene leerstukken moet worden afgeleid. In deze zin geeft het

richtlijnvoorstel meer houvast. Dat neemt niet weg dat implementatie tot enkele vragen aanleiding geeft.

Zo zal het in de praktijk niet steeds eenvoudig zijn aan te geven wanneer het verschaffen van informatie achterwege kon blijven, zoals het richtlijnvoorstel toestaat, omdat zij uit de context al voldoende bleek.

In het richtlijnvoorstel worden de gevolgen van een inbreuk op de informatieverplichtingen in principe bepaald door het toepasselijke nationale recht. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat hun nationale wettelijke bepalingen inzake verbintenissenrecht voorzien in effectieve rechtsmiddelen (art. 6 lid 2 Richtlijnvoorstel). Een bijzondere regel is te vinden in artikel 6 lid 1 dat bepaalt dat, wanneer de handelaar niet heeft voldaan aan de informatievoorschriften betreffende extra kosten, de consument niet verplicht is deze extra kosten te betalen.

Het ligt voor het overige voor de hand op het punt van de rechtsgevolgen van de schending van de informatieverplichtingen aansluiting te zoeken bij de benadering die is gekozen in het kader van de regeling van de oneerlijke handelspraktijken.

In dit verband ligt de nadruk op schadevergoeding. Schending van de informatieverplichtingen die worden vermeld in artikel 6:193e BW vormt een overtreding van artikel 6:193b BW en verplicht de handelaar tot vergoeding van de dientengevolge ontstane schade, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op andere grond voor zijn rekening komt (art. 6:193j lid 2 BW). De sanctionering van de overige informatieplichten lijkt voornamelijk via artikel 6:162 BW te moeten geschieden. Eventueel levert schending van een in artikel 6:193e BW vermelde of een bij de implementatie van het richtlijnvoorstel in te voeren informatieplicht een vernietigbaarheid in de zin van artikel 3:44 of 6:228 BW op.

Beleidsaanbevelingen

11. neem in afdeling 6.5.2 BW een zelfstandige regeling op met betrekking tot de informatieverplichtingen van de handelaar;
12. sluit op het punt van de rechtsgevolgen van schending van de informatieverplichtingen aan bij de benadering van de regeling van de oneerlijke handelspraktijken.

8.9 *Aanpassing van de regeling van de algemene voorwaarden*

8.9.1 Inleiding

De huidige algemene voorwaardenregeling in afdeling 6.5.3 BW dient bij implementatie van het richtlijnvoorstel op een aantal plaatsen te worden aangepast. Een belangrijke opmerking vooraf: bedacht dient te worden dat de regeling met betrekking tot oneerlijke bedingen uit het richtlijnvoorstel in haar bereik is beperkt tot de verhouding tussen consument en handelaar, terwijl de regeling van afdeling 6.5.3 BW niet is beperkt tot de verhouding tussen consument en handelaar, maar zich ook uitstrekt tot andere wederpartijen van een gebruiker van algemene voorwaarden dan consumenten. De in afdeling 6.5.3 BW beoogde bescherming kent een tweetal pijlers: een inhoudstoets én een op de gebruiker gelegde informatieplicht. Bij de inhoudstoets geldt dan een bijzonder regime in die zin dat voor consumenten is voorzien in een zwarte en grijze lijst, maar op zich geldt dit systeem (inhoudstoets én informatieplicht) voor alle wederpartijen met één uitzondering: de “grote wederpartijen” van artikel 6:235 BW die van beide beschermingselementen zijn uitgezonderd en derhalve zijn aangewezen op bescherming aan de hand van algemene leerstukken als de redelijkheid en billijkheid.

Voor de verhouding tussen consument en handelaar brengt het richtlijnvoorstel wijzigingen op het vlak van:

- het toepassingsbereik van de regeling;
- de informatieplicht van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 BW;
- de “open norm” van artikel 6:233 sub a BW;
- de zwarte en de grijze lijst van artikel 6:236 en 6:237 BW;
- (wellicht) de rechtsgevolgen in verband met artikel 37 Richtlijnvoorstel.

Kort en goed betekent dit, zoals hierna nog wordt uitgewerkt, wijzigingen op bijna alle belangrijke punten. Zij geven aanleiding tot de vraag of de algemene regeling moet worden aangepast, zodat de wijzigingen ook voor andere wederpartijen gaan gelden, of dat juist gekozen moet worden voor het opnemen in afdeling 6.5.3 BW van een speciale subafdeling die dan betrekking zou hebben op de verhouding tussen consumenten en handelaren.

De hierna te bespreken consequenties van invoering van het richtlijnvoorstel hebben dus enkel betrekking op de verhouding tussen consumenten en handelaren. Op de zojuist geformuleerde vraag komen we hierna nog terug.

8.9.2 Toepassingsbereik

In het kader van het toepassingsbereik is een tweetal zaken relevant: behalve de omschrijving van oneerlijk beding gaat het daarbij om de uitsluiting van zogeheten kernbedingen.

De omschrijving van een oneerlijk beding in artikel 32 lid 1 Richtlijnvoorstel is min of meer overgenomen uit de huidige Richtlijn Oneerlijke bedingen, zodat op dit punt geen ingrijpende aanpassing nodig is, met dien verstande dat de inhoudstoets van deze bepaling niet van toepassing is, wanneer de consument de inhoud van het beding heeft kunnen beïnvloeden. Dat betekent derhalve dat de regeling van het richtlijnvoorstel enkel betrekking heeft op niet-onderhandelde bedingen. Dat geldt op zich ook voor afdeling 6.5.3 BW. Deze regeling ziet op algemene voorwaarden, bedingen die, volgens de omschrijving in artikel 6:231 BW, zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Dit zijn veelal ook niet-onderhandelde bedingen. Naar Nederlands recht ontnemt het feit dat over een beding onderhandeld is dat beding echter niet het karakter van algemene voorwaarde. In de doctrine is opgeworpen dat de definitie van het richtlijnvoorstel ertoe zou leiden dat bedingen waarover is onderhandeld zonder dat de onderhandeling tot een wijziging van het beding heeft geleid, niet langer als een niet onderhandeld beding geldt. Dit is een onwenselijk gevolg. Niet elk niet-onderhandeld beding is bovendien bestemd om in “een aantal” overeenkomsten te worden opgenomen. Dat betekent dat het toepassingsgebied van afdeling 6.5.3 BW bij invoering van het richtlijnvoorstel op dit punt zal moeten worden uitgebreid.

Ingevolge artikel 6:231 sub a vallen zogenoemde kernbedingen buiten het bereik van de regeling inzake algemene voorwaarden. De wetgever omschrijft deze aldus:

“bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.

Het gevolg van deze uitsluiting is dat zij buiten het bereik vallen van zowel de inhoudstoetsing als de informatieplicht. Ook het richtlijnvoorstel bevat een uitsluiting van kernbedingen, maar enkel ten aanzien van de inhoudstoetsing. Op grond van het derde lid van artikel 32 Richtlijnvoorstel is de inhoudstoetsing namelijk niet van toepassing op

“de beoordeling van het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst of op de redelijkheid van de aangegeven betaling voor de vervulling van de centrale contractuele verplichtingen van de handelaar, op voorwaarde dat de handelaar volledig voldaan heeft aan (de transparantieplicht, geformuleerd in) artikel 31”.

Bij implementatie zou men, nu er wel steeds, ook voor kernbedingen, een informatieplicht is, maar geen inhoudstoets, verstandig aan doen na de omschrijving van oneerlijke bedingen/algemene voorwaarden eerst de informatieplicht (met inachtneming van het hierna met betrekking tot die verplichting gestelde) centraal te stellen en pas daarna de inhoudstoets.

8.9.3 Informatieplicht

Ingrijpend zijn de consequenties van invoering van het richtlijnvoorstel voor de regeling van de zogenoemde “informatieplicht” met betrekking tot algemene voorwaarden waarvan de essentie is uitgedrukt in artikel 6:233 sub b BW. Daar is bepaald dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is

“indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen”.

Deze regel wordt op zijn beurt nader uitgewerkt in artikel 6:234 dat een in principe gesloten systeem bevat met betrekking tot de wijze waarop aan de informatieplicht uitvoering kan worden gegeven.

Onder de noemer van “transparantie” kent het richtlijnvoorstel ook de verplichting tot het verschaffen van informatie omtrent het gebruik van algemene voorwaarden, althans artikel 31 lid 2 brengt mee dat “bedingen van overeenkomst” aan de consument ter beschikking worden gesteld op een zodanige wijze dat hij in staat is zich daarvan op de hoogte stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt. Dat betekent dat de verhouding tussen de regeling van het richtlijnvoorstel en die van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 BW aan een nader onderzoek moet worden onderworpen.

In het licht van artikel 31 lid 4 dat zich expliciet verzet tegen aanvullende eisen op het vlak van het ter beschikking stellen van de bedingen aan de consument, lijkt artikel 6:234 BW te moeten sneuvelen, nu deze bepaling wel verdergaande invulling meebrengt op het punt van de kennisgeving van algemene voorwaarden. In geval van schrapping is het aangewezen om in artikel 6:233 sub b duidelijk tot uitdrukking te brengen dat de mogelijkheid tot kennisname steeds voorafgaand aan het sluiten van het contract moet worden geboden.

Een minder ingrijpende optie bestaat erin om te bepalen dat aan de eis van artikel 6:233 sub b in ieder geval is voldaan indien de regels van artikel 6:234 BW zijn gevolgd, zonder evenwel

de mogelijkheid uit te sluiten dat op een andere wijze aan de eisen van artikel 6:233 sub b BW wordt voldaan. Ook in dit geval moet in artikel 6:233 sub b tot uiting worden gebracht dat de mogelijkheid tot kennisname steeds voorafgaand aan de contractsluiting moet worden geboden.

8.9.4 Inhoudstoetsing. Systematiek

Vervolgens komen we toe aan een bespreking van de inhoudstoetsing waarin zowel het richtlijnvoorstel als afdeling 6.5.3 BW voorzien. In het huidige recht gaat het dan om artikel 6:233 sub a BW dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar verklaart indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. De zogenoemde zwarte en grijze lijst van artikel 6:236 en 237 BW hebben vervolgens betrekking op bedingen ten aanzien waarvan de wetgever wenst aan te geven dat zij in de relatie met een consument onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar zijn respectievelijk in de relatie met een consument behoudens “tegenbewijs” te leveren door de gebruiker van de algemene voorwaarden vermoed worden onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar te zijn.

Ook het richtlijnvoorstel werkt zowel met een zwarte en een grijze lijst als met een open norm die relevant is voor bedingen die niet op één van die lijsten zijn opgenomen.

8.9.5 Open norm

De open norm is terug te vinden in artikel 32 lid 1 Richtlijnvoorstel. Ingevolge deze bepaling is een beding in een overeenkomst dat niet is opgenomen op de zwarte of grijze lijst, oneerlijk

“indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument”.

Voor de beoordeling van het oneerlijk karakter van het beding worden³⁵⁰:

“alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking

³⁵⁰ Art. 32 lid 2 Richtlijnvoorstel.

genomen, rekening houdende met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een voorwaarde in een overeenkomst houdt de bevoegde nationale autoriteit ook rekening met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft medegedeeld, in het licht van (de transparantieplicht van artikel 31.”

De huidige tekst van het BW noch de wijze waarop algemene voorwaarden in het kader van artikel 6:233 sub a in de rechtspraak worden getoetst, lijken aanpassing te behoeven om in overeenstemming te worden gebracht met het richtlijnvoorstel.

8.9.6 Zwarte en grijze lijst

De huidige zwarte en grijze lijst van de artikelen 6:236 en 6:237 BW komen echter niet ongeschonden uit de strijd. Eventueel zouden enige “letters” van de huidige lijsten behouden kunnen blijven, waarvoor wij verwijzen naar hoofdstuk 6, omdat zij min of meer samenvallen met die van de corresponderende lijst van het richtlijnvoorstel. Het is echter niet eenvoudig om af te wegen in hoeverre de thans gehanteerde formuleringen dezelfde lading dekken als de in het richtlijnvoorstel gebruikte omschrijvingen. Om nodeloze discussies over de conformiteit met de richtlijn en moeizame procedures tot veroordeling van Nederland wegens niet correcte omzetting van de richtlijn te voorkomen, lijkt het evenwel verkieslijk de huidige lijsten te vervangen door de lijsten die als bijlage bij het richtlijnvoorstel zijn gevoegd. Praktisch gezien zullen vele bedingen die thans onder een bepaalde letter van de zwarte of grijze lijst kunnen worden gebracht vervolgens echter onder een weliswaar andere (althans anders geformuleerde) letter van de grijze of zwarte lijst van het richtlijnvoorstel kunnen worden gebracht. Bovendien mag worden aangenomen dat het feit dat bepaalde bedingen tot aan het moment van implementatie op de zwarte of grijze lijst voorkwamen, grond oplevert voor de conclusie dat zij de toetsing aan de open norm van de richtlijn niet kunnen doorstaan. Zo bekeken is de werkelijke prijs die op dit punt voor implementatie van het richtlijnvoorstel wordt betaald niet vreselijk hoog: het gaat hooguit om een verlies op het vlak van rechtszekerheid. Wellicht ziet de gebruiker van algemene voorwaarden, die het litigieuze beding niet meteen op een lijst aantreft wel degelijk ruimte om in het kader van de nieuwe lijsten of de open norm de discussie met zijn wederpartij aan te gaan. Mogelijk ontstaat er wel een verlies op het vlak van de snelheid en het gemak waarmee een bepaald beding zou kunnen worden aangetast.

8.9.7 Uitstraling

Volledigheidshalve stippen wij aan dat de herschikking van de zwarte en grijze lijst ook invloed zou kunnen hebben op de “doorwerking” van deze lijsten, in de doctrine ook wel reflexwerking genoemd, in het kader van verhoudingen waarbij geen consument betrokken is en die nopen tot toetsing onder de noemer van de open norm.

8.9.8 Rechtsgevolgen

In hoofdstuk 6 is aan de orde gekomen wat de consequenties van artikel 37 Richtlijnvoorstel zouden zijn. De tekst houdt in dat:

“(o)neerlijke bedingen in overeenkomsten (...) niet bindend (zijn) voor de consument. Een overeenkomst blijft echter bindend voor de partijen wanneer die van kracht kan blijven zonder de oneerlijke bedingen”.

Overweging 54 van de preambule bij het richtlijnvoorstel bepaalt dat lidstaten gebruik kunnen maken van ieder gewenst concept van het nationale verbintenissenrecht dat beantwoordt aan de doelstelling dat oneerlijke bedingen niet bindend moeten zijn voor de consument.

Het Nederlandse concept dat het dichtst in de buurt komt van de “niet-bindendheid” is de vernietigbaarheid. Het pijnpunt is evenwel dat de vernietigbaarheid in de regel niet ambtshalve door de rechter kan worden ingeroepen, terwijl dat wel het geval is voor de “niet-bindendheid”. De problematische verhouding tussen de Nederlandse vernietigbaarheid en de Europese niet-bindendheid is reeds eerder, in verband met de Richtlijn Oneerlijke bedingen en de Richtlijn Consumentenkoop aan de orde gesteld. Twee opvattingen werden ontwikkeld om met behulp van de Nederlandse concepten de gevolgen van de Europese “niet-verbinding” te bereiken. In de eerste plaats werd betoogd dat de slotzinsnede van artikel 3:40 lid 2 BW ruimte laat voor een vernietigbaarheid die ambtshalve kan worden ingeroepen. In de tweede plaats werd een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW gesuggereerd. Beide opvattingen hebben nadelen. Het beroep op de slotzinsnede van artikel 3:40 lid 2 BW heeft als gevolg dat het begrip vernietigbaarheid niet steeds dezelfde lading dekt, nu het de ene keer slaat op een sanctie die niet ambtshalve kan worden ingeroepen, en de andere keer op een sanctie die wel ambtshalve kan worden ingeroepen. Het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW is problematisch omdat dit artikel in de regel slechts met grote terughoudendheid wordt toegepast, terwijl de niet-bindendheid de “normale” sanctie moet zijn op het gebruik van contractuele bepalingen in strijd met het consumentenrecht.

Het is de vraag wat dit nu betekent. Aan de ene kant kan worden betoogd dat naar huidig recht er niet werkelijk een probleem aan de orde is gegeven dat rechters volgens gezaghebbende bronnen de ruimte hebben om ambtshalve bedingen die strijdig zijn met de regels van de richtlijn buiten toepassing te laten. Uiteindelijk is dat wat het Europese recht en ook het richtlijnvoorstel verlangt. Aan de andere kant overtuigen de pogingen om voor te houden dat er geen behoefte bestaat aan een concept van “niet-bindendheid” niet helemaal, zodat de vraag rijst of het niet verstandig zou zijn om, wanneer het BW toch moet worden gewijzigd ter implementatie van het richtlijnvoorstel, de term “vernietigbaar” in artikel 6:233 BW te vervangen door de door het richtlijnvoorstel gehanteerde uitdrukking “niet-bindend ten voordele van de consument”. Op deze “niet-bindendheid” zullen de regels in verband met de nietigheid dan wel bij wijze van analogie moeten worden toegepast.

8.9.9 Tweetal scenario's

Het voorgaande maakt duidelijk dat de huidige regeling van afdeling 6.5.3 BW in ieder geval voor zover het gaat om de verhouding tussen consument en handelaar tamelijk ingrijpend dient te worden aangepakt in geval van implementatie van het richtlijnvoorstel. In de inleiding bij deze paragraaf gaven wij reeds aan dat in dat verband de vraag rijst of het huidige regime dat juist niet tot consumenten is beperkt aan het richtlijnvoorstel moet worden aangepast zodat dat nieuwe regime ook in andere verhoudingen zou gelden of dat juist voor het opnemen van een specifieke regeling voor consumenten in afdeling 6.5.3 BW zou moeten worden gekozen. Nu de grote wederpartijen toch reeds van toepassing zijn uitgezonderd en gezegd kan worden dat het huidige regime in de kern toch al “consumentenbescherming” is, zij het dan ten voordele strekt van ook andere wederpartijen dan consumenten, zouden wij ons kunnen voorstellen dat wordt gekozen voor het eerste scenario (aanpassing van het algemene regime).

Beleidsaanbevelingen

13. pas artikel 6:231 aan met het oog op het toepassingsbereik van de regeling der oneerlijke bedingen in het richtlijnvoorstel;
14. streef naar de vervanging van de term “niet-onderhandelde bedingen” door “algemene voorwaarden”, bedingen die bestemd zijn om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen;

15. als dat niet lukt, pas dan artikel 6:233 sub b aan met het oog op de verplichting ervoor te zorgen dat de algemene voorwaarden steeds voorafgaand aan het sluiten van het contract beschikbaar zijn voor de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden;
16. schrap artikel 6:234;
17. vervang de huidige zwarte en grijze lijst door die van het richtlijnvoorstel doch tracht in het onderhandelingsproces eerst nog zoveel mogelijk van de “te schrappen letters” van de huidige lijsten alsnog op de lijsten van het richtlijnvoorstel te krijgen;
18. besteed in toelichtende stukken bij de implementatie uitdrukkelijk aandacht aan de groeiende betekenis van de toetsing onder de open norm als gevolg van het “sneuelen” van (een deel van) de huidige lijsten en aan het “behoud” langs die weg van de “te schrappen letters” door aan te geven dat de bedingen die daarin voorkomen naar het oordeel van de regering niet door de beugel van de open norm komen;
19. overweeg op het punt van de rechtsgevolgen de sanctie van vernietigbaarheid in te ruilen voor de specifieke sanctie van het richtlijnvoorstel “niet bindend voor de consument” maar besteed in dat geval de nodige aandacht aan de inpassing van dit nieuwe rechtsgevolg in het wettelijk systeem;
20. overweeg de algemene regeling van afdeling 6.5.3 BW aan te passen aan die van het richtlijnvoorstel, zodat de nieuwe regeling in de basis niet alleen geldt voor consumenten, maar ook voor andere wederpartijen van gebruikers van algemene voorwaarden.

8.10 *Aanpassing van de regeling van de consumentenkoop*

8.10.1 Inleiding

De regeling van de consumentenkoop uit het huidige BW zal bij implementatie van het richtlijnvoorstel ook verschillende wijzigingen dienen te ondergaan. Op zich heeft de Europese Commissie de bestaande Richtlijn Consumentenkoop tot uitgangspunt genomen. De angel zit vooral in het feit dat het nu echter gaat om een (beoogde) regeling die wordt gekenmerkt door maximumharmonisatie.³⁵¹

Wij bespreken hierna de consequenties van implementatie van het thans voorliggende richtlijnvoorstel voor:

- de wettelijke garantie;
- de omschrijving van de conformiteitseis;

³⁵¹ In deze zin Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 176.

- de regeling op het vlak van de levering en risico-overdracht;
- de aansprakelijkheidstermijn;
- de klachtplicht;
- de remedies van de koper ter zake van niet-nakoming door de verkoper.

8.10.2 De omschrijving van de conformiteitseis

Het BW gaat net als het richtlijnvoorstel uit van de regel dat de geleverde zaak in overeenstemming dient te zijn met de overeenkomst. Deze regel is in het huidige recht neergelegd in artikel 7:17 lid 1 BW.

Anders dan de Richtlijn Consumentenkoop en het richtlijnvoorstel werkt het huidige BW niet met voor de beoordeling van de conformiteit gehanteerde criteria als afzonderlijke elementen van een vermoeden van conformiteit, maar verwerkt het deze als het ware tot een omschrijving van de gevallen waarin de zaak niet beantwoordt aan de overeenkomst (art. 7:17 lid 2) en tot verplichtingen waaraan de zaak moet voldoen (art. 7:17 leden 3 en 4).

Zo zijn de “door de handelaar gegeven beschrijving” van artikel 24 lid 2 sub a van het richtlijnvoorstel en de

“eventuele door de handelaar, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering - publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken (van het goed)”

uit artikel 24 lid 2 sub d in artikel 7:17 lid 2 BW samengebracht in het begrip “mededelingen van de verkoper”.

In de formulering van artikel 7:17 komt niet zo duidelijk als in het richtlijnvoorstel naar voren wat onder “mededelingen van de verkoper” moet worden verstaan. Bij een mededeling van de verkoper zal de consument waarschijnlijk niet meteen denken aan etikettering.

Een ander punt van bespreking betreft de problematiek van de niet-gebondenheid van de verkoper aan bepaalde mededelingen. Artikel 7:18 lid 1 BW beperkt de niet-gebondenheid van de verkoper aan bepaalde mededelingen

“voor zover deze een bepaalde mededeling kende noch behoorde te kennen of deze mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn”

tot mededelingen die door of ten behoeve van een vorige verkoper van de zaak, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omtrent de zaak zijn openbaar gemaakt. Onder het richtlijnvoorstel geldt de niet-gebondenheid in de genoemde gevallen niet alleen voor door de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen, maar ook voor door de verkoper zelf publiekelijk gedane mededelingen. De verkoper zal uiteraard niet aan zijn gebondenheid kunnen ontsnappen op de grond dat hij een bepaalde door hem gedane mededeling niet kende en ook niet behoorde te kennen, maar hij zou zich er wel op kunnen beroepen dat de mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn. Uit de doctrine³⁵² en de parlementaire geschiedenis³⁵³ blijkt niet steeds duidelijk of de handelaar de twee laatst vermelde gronden kan invoeren om aan aansprakelijkheid te ontkomen. De parlementaire geschiedenis bij artikel 7:18 lid 1 BW vermeldt zelfs uitdrukkelijk dat de uitzonderingen alleen gelden ten aanzien van mededelingen gedaan door voorschakels.³⁵⁴ De vraag is echter of een richtlijnconforme uitleg niet vereist dat de regels betreffende de niet-gebondenheid aan mededelingen van artikel 7:18 lid 1 BW ook ten behoeve van de eindverkoper gelden.³⁵⁵ Wanneer de regeling inzake consumentenkoop wordt aangepast ter implementatie van het richtlijnvoorstel, lijkt het verstandig omtrent deze kwestie helderheid te verschaffen in de wettekst.

Artikel 7:17 lid 5 sluit dicht aan bij artikel 24 lid 3 Richtlijnvoorstel dat bepaalt dat er geen sprake kan zijn van gebrek aan overeenstemming

“wanneer het gebrek op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst de consument bekend was of redelijkerwijs bekend had moeten zijn, of wanneer het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen”.

Artikel 17 lid 5 BW houdt echter een nuancering in van het door het richtlijnvoorstel voorziene verbod om een beroep te doen op het gebrek aan overeenstemming dat voortvloeit

³⁵² Asser-Hijma, 5-I, nr. 34.

³⁵³ Parl. Gesch. Boek 7, 129-130.

³⁵⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27809, nr. 3, 6 en 9.

³⁵⁵ Biemans, J.W.A., o.c., in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 309.

uit de door de consument geleverde grondstoffen waar het bepaalt dat de consument zich in zo een geval wel op het gebrek aan conformiteit zal kunnen beroepen wanneer de verkoper hem voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen. Nu het richtlijnvoorstel volledige harmonisatie beoogt, rijst de vraag of deze nuance wel behouden kan worden.

Artikel 7:17 BW en artikel 24 Richtlijnvoorstel steunen weliswaar grotendeels op dezelfde gedachten, maar artikel 7:17 BW lijkt op onderdelen net iets consumentvriendelijker. In haar Mededeling betreffende de omzetting van de Richtlijn Consumentenkoop maakte de Commissie destijds geen bezwaar tegen de wijze waarop de voorganger van artikel 24 Richtlijnvoorstel, artikel 2 Richtlijn Consumentenkoop, in het Nederlandse recht is omgezet.³⁵⁶ Het richtlijnvoorstel hanteert echter, anders dan de Richtlijn Consumentenkoop, geen cumulatieve, maar afgaande op de tekst van artikel 24 lid 2 Richtlijnvoorstel in ieder geval wat de twee laatste criteria betreft, slechts alternatieve criteria bij de verwoording van het vermoeden van conformiteit. Daarmee zou het verschil tussen de Nederlandse en de Europese benadering ten aanzien van de beoordeling van de conformiteit worden vergroot. Bij implementatie van het richtlijnvoorstel is het daarom aan te bevelen om de tekst van het BW nauwer bij de Europeesrechtelijke formuleringen te laten aansluiten, hetgeen wel enigszins ten koste van de consument zal gaan.

Beleidsaanbevelingen

21. pas artikel 7:17 BW op het punt van de formulering van de conformiteitseis aan aan het richtlijnvoorstel en zoek daarbij ook aansluiting bij de formuleringen die in het voorstel worden gebruikt;
22. schrap artikel 7:17 lid 5 BW;
23. streef ernaar de conformiteitsvereisten van artikel 24 lid 2 als cumulatieve vereisten in het richtlijnvoorstel te laten opnemen (hetgeen praktisch betekent dat het woordje “of” uit de tekst van het richtlijnvoorstel zou moeten verdwijnen).

³⁵⁶ De Mededeling vermeldt enkel (p. 7) dat de Nederlandse omzetting niet uitdrukkelijk bepaalt dat rekening moet worden gehouden met de mededelingen van de producent of zijn vertegenwoordiger bij de beoordeling van de redelijke verwachtingen van de consument. Gelet op de tekst van art. 7:18 lid 1 BW lijkt deze opmerking echter onterecht: “Bij de beoordeling van de vraag of een op grond van een consumentenkoop afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, gelden mededelingen die door of ten behoeve van een vorige verkoper van die zaak, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omtrent de zaak zijn openbaar gemaakt, als mededelingen van de verkoper, behoudens voor zover deze een bepaalde mededeling kende noch behoorde te kennen of deze mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn”.

8.10.3 Levering en risico-overdracht

De regels uit het richtlijnvoorstel inzake levering en overdracht van het risico liggen in de lijn van de regels van het BW. De levering geschiedt in essentie door de fysieke overdracht van de zaak aan de koper. Artikel 7:9 lid 2 BW definieert “aflevering” in principe als “het stellen van de zaak in het bezit van de koper”. In geval van koop met eigendomsvoorbehoud wordt onder aflevering verstaan “het stellen van de zaak in de macht van de koper” (art. 7:9 lid 3 BW). Artikel 22 lid 1 Richtlijnvoorstel bepaalt dat, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, de levering geschiedt door de fysieke overdracht van de goederen door de handelaar aan de consument of aan een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is. Daaraan wordt nog wel toegevoegd dat de levering dient te geschieden binnen ten hoogste dertig dagen na de dag van de sluiting van de overeenkomst. Dit is een nieuw element dat in het BW zal moeten worden ingevoerd.

De overdracht van het risico geschiedt onder het richtlijnvoorstel in principe op het moment waarop de consument of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in bezit heeft gekregen (art. 23 lid 1). Onder het BW is het uitgangspunt dat het risico overgaat op het moment van de aflevering (art. 7:10 lid 1 BW); hieronder verstaat men behoudens in geval van een koop met eigendomsvoorbehoud het stellen van de zaak in het bezit van de koper (art. 7:9 lid 2 BW). In geval van een verkoop met eigendomsvoorbehoud, geschiedt de aflevering in principe door het stellen van de zaak in de macht van de koper (art. 7:9 lid 3 BW). Indien bij een consumentenkoop de zaak echter bij de koper wordt bezorgd door de verkoper of een door deze aangewezen vervoerder, dan is de zaak pas voor risico van de koper vanaf de bezorging, zelfs al was zij reeds eerder afgeleverd.

Het lijkt erop dat de regeling van het BW in overeenstemming is met die van het richtlijnvoorstel, zodat aanpassing van de tekst niet werkelijk nodig is. Of dat werkelijk klopt, heeft intussen ook te maken met de uitleg die onder het richtlijnvoorstel aan “bezit” moet worden gegeven. In dit verband zou daarom kunnen worden aangedrongen op helderheid op het vlak van het concept “bezit” in het richtlijnvoorstel.

Zowel het BW als het richtlijnvoorstel voorzien in een afwijking ingeval de levering niet behoorlijk kan geschieden door toedoen van de koper (of, volgens het richtlijnvoorstel, een door hem aangewezen derde). Artikel 23 lid 2 Richtlijnvoorstel bepaalt dat, wanneer de consument of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, nagelaten heeft redelijke stappen te nemen om de goederen daadwerkelijk in bezit te krijgen, het risico

overgaat op de consument op het door de partijen overeengekomen tijdstip van levering. Artikel 7:10 lid 2, eerste zin BW bepaalt dat het risico behalve in geval van levering overgaat op het ogenblik waarop de koper in verzuim is met het verrichten van een handeling waarmede hij aan de aflevering moet medewerken. Dit ligt reeds in de lijn van de regeling van het richtlijnvoorstel, zij het dat de vraag is of het vereiste van het verzuim bij implementatie van het richtlijnvoorstel gehandhaafd kan worden. Pleitbaar is de stelling dat het vereiste een verdergaande consumentenbescherming meebrengt dan het richtlijnvoorstel geeft, zodat het dan zou moeten worden afgeschaft. Aan de andere kant is de vraag of we hier niet stuiten op de mededeling uit de toelichting (p. 9) dat het voorstel niet raakt aan algemene concepten van verbintenissenrecht. Vanuit dit perspectief kan behoud van het verzuimvereiste worden overwogen. Voor enkele nuanceringsen op het punt van de risico-overgang van artikel 7:10 BW lijkt echter geen plaats meer te zijn. Dat zou betekenen dat de volgende regels zouden “sneuvelen”:

- de regel dat indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of op vervanging van de zaak inroept, de zaak voor risico van de verkoper blijft (art. 7:10 lid 3 BW);
- de regel dat wanneer de zaak na de aflevering voor risico van de verkoper is gebleven, het tenietgaan of de achteruitgang ervan door toedoen van de koper eveneens voor rekening van de verkoper is, maar dat de koper van het ogenblik af dat hij redelijkerwijs rekening moet houden met het feit dat hij de zaak zal moeten teruggeven, als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan moet zorgen (art. 7:10 lid 4 BW).

De regel van artikel 7:10 lid 2, tweede zin BW dat bij weigering tot inbezitname van soortzaken voor de overgang van het risico vereist is dat de handelaar de soortzaken heeft geïdentificeerd en dat de verkoper de koper daarvan heeft verwittigd, lijkt wel te kunnen gehandhaafd.

Beleidsaanbevelingen

- 24 streef naar helderheid op het punt van het concept “bezit” in verband met de vraag of de tekst van artikel 7:9 BW aanpassing behoeft;
25. voer de verplichting in dat levering dient te geschieden binnen maximaal dertig dagen na sluiting van de overeenkomst;
26. schrap de nuanceringsen die te vinden zijn in artikel 7:10 lid 3 en 4 BW.

8.10.4 Aansprakelijkheidstermijn

Een belangrijk verschil tussen het BW en het richtlijnvoorstel doet zich voor op het punt van de aansprakelijkheidstermijn.

Artikel 5 lid 1 Richtlijn Consumentenkoop verplicht de lidstaten om de consument de zogenoemde wettelijke garantie te bieden voor gebreken die zich manifesteren binnen een termijn van twee jaar na de aflevering. De Nederlandse regering heeft er destijds van afgezien deze termijn van twee jaar in de wet op te nemen. Deze beslissing werd als volgt toegelicht:

“Titel 7.1. kent geen vaste (verval)termijn bij het verstrijken waarvan de koper geen beroep meer kan doen op de rechtsgevolgen van non-conformiteit. Dit betekent dat ook na meer dan twee jaar kan blijken dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, en de koper zijn in art. 7:21 BW genoemde rechten kan uitoefenen. Een belangrijke factor daarbij is uiteraard de levensduur van de zaak. Met name bij duurzame consumptiegoederen is de levensduur daarvan veelal langer dan twee jaar. Met het systeem van titel 7.1 BW wordt meer recht gedaan aan de verscheidenheid van zaken, zodat de termijn van twee jaar uit art 5 lid 1 niet wordt overgenomen”.³⁵⁷

Aangenomen wordt dat de zaak zolang moet meegaan als de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (art. 7:17 lid 2 BW).³⁵⁸ Indien de koper mocht verwachten dat de zaak langer dan twee jaar zou meegaan en de zaak na twee jaar een gebrek vertoont dat niet het gevolg is van normale slijtage kan wel degelijk sprake zijn van non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW, zodat de koper inderdaad ook een beroep kan doen op de remedies van artikel 7:21 e.v. BW.

Aangezien de Richtlijn Consumentenkoop uitgaat van minimumharmonisatie is dit verschil tussen de richtlijn en het BW bij de huidige stand van zaken niet problematisch: het staat de lidstaten vrij de consument een verdergaande bescherming te bieden dan die waartoe de richtlijn hen verplicht. Dat ligt duidelijk anders bij implementatie van het richtlijnvoorstel.

Het richtlijnvoorstel kent in artikel 28 lid 1 namelijk een bepaling van gelijke strekking als artikel 5 lid 1 van de Richtlijn Consumentenkoop met dien verstande dat de termijn van twee jaar een aanvang neemt op het moment van de risico-overgang. Het door het richtlijnvoorstel

³⁵⁷ *Kamerstukken II 2000/01, 27809, nr. 3, 9-10.*

³⁵⁸ Loos, M., o.c., TvC 2008, 176.

gehanteerde uitgangspunt van maximum-harmonisatie brengt echter mee dat de wetgever bij implementatie van het voorstel de wettelijke aansprakelijkheid van de handelaar wegens niet-conformiteit van de geleverde zaak zal moeten beperken tot twee jaar te rekenen vanaf het moment van de risico-overgang. Dit betekent dat de consument die een duurzaam consumptiegoed heeft gekocht met een te verwachten levensduur van bijvoorbeeld acht jaar geen beroep meer kan doen op de verplichting tot conforme levering indien het gebrek zich manifesteert na de termijn van twee jaar vanaf de risico-overgang.

Artikel 28 lid 3 Richtlijnvoorstel bepaalt verder dat de handelaar en de consument een kortere dan de tweejarige aansprakelijkheidstermijn kunnen overeenkomen bij tweedehandsgoederen. De Richtlijn Consumentenkoop bevatte een facultatieve bepaling van gelijke strekking. Nederland heeft niet geopteerd voor de invoering van een regel in deze zin. In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel zal echter een bepaling in die zin in het BW moeten worden ingevoegd.

De regeling van de aansprakelijkheidstermijnen houdt om deze redenen een aanzienlijke beperking van de rechten van de consument in.

8.10.5 Uitstraling

We stuiten hier ook weer op een voorbeeld van het eerder in dit hoofdstuk aangeduide geval dat aanpassing van de regeling van het BW aan het richtlijnvoorstel voor de consument wellicht ook tot aanpassing van de algemene, gemeenrechtelijke regel leidt. De huidige kopervriendelijke regel van artikel 7:17 lid 2 BW geldt namelijk ook buiten het terrein van de consumentenkoop, dus voor koopovereenkomsten tussen handelaren onderling of particulieren onderling of voor overeenkomsten waarbij een consument verkoopt aan een handelaar. Indien de regeling van het richtlijnvoorstel wordt geïmplementeerd, zonder het gemene recht inzake de koopovereenkomst aan te passen, zal de consument-koper dus minder bescherming genieten dan de koper die geen consument is.³⁵⁹ Hoewel dat een weinig voor de hand liggend scenario is en de bijna natuurlijke neiging zal zijn het algemene regime aan dat ter zake van consumentenkoop aan te passen, ligt het inhoudelijk niet voor de hand de algemene regeling het voorbeeld van een aangepast artikel 7:17 BW te laten volgen: bij goederen met een lange levensduur is beperking van de wettelijke garantietermijn tot twee jaar nu eenmaal een ongelukkige gedachte die dan ook juist geen uitbreiding verdient. Naar

³⁵⁹ In deze zin Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 176.

ons oordeel moet deze achtergestelde positie van de consument-koper in toelichtende stukken dan ook maar op het conto van “Europa” worden gezet.

Beleidsaanbevelingen

27. tracht in het onderhandelingsproces alsnog de Nederlandse benadering doorgevoerd te krijgen, juist in verband met de koop van consumptiegoederen met een langere levensduur en geef daarbij nadrukkelijk ook aan dat invoering van het huidige richtlijnvoorstel de algemene koopregeling zou doorkruisen;

28. pas, voor het geval dat niet lukt, artikel 7:17 BW op het punt van de termijn van twee jaar aan, bepaal hierbij dat partijen van deze termijn kunnen afwijken bij de verkoop van tweedehandsgoederen;

29. beperk deze wijziging echter tot consumentenkoop, leg in de toelichting uit waarom en geef daarbij aan dat de opmerkelijke achterstelling van de consumentkoper ten opzichte van andere kopers die daarvan het gevolg is aan “Brussel” moet worden toegeschreven.

8.10.6 Klachtplicht

Ook op het vlak van de klachtplicht van de koper leidt invoering van het richtlijnvoorstel tot een verslechtering van de positie van de koper.³⁶⁰ In het huidige Nederlandse recht is de klachtplicht, die de Richtlijn Consumentkoop niet verplicht voorschreef maar facultatief had gemaakt, opgenomen in artikel 7:23 lid 1 BW. Deze bepaling houdt in dat de koper de verkoper binnen een redelijke termijn dient te informeren over de non-conformiteit, maar dat een mededeling in deze zin binnen twee maanden in ieder geval tijdig is gedaan. Daarmee werd beoogd duidelijk te maken dat bij een consumentenkoop de klachttermijn in ieder geval niet korter mag zijn dan twee maanden.³⁶¹ In het richtlijnvoorstel is de klachtplicht niet langer facultatief, doch verplicht.³⁶² Bovendien is de regeling van het richtlijnvoorstel strakker op het punt van de klachttermijn. Artikel 28 lid 4 Richtlijnvoorstel bepaalt immers dat de koper de verkoper binnen twee maanden moet hebben geïnformeerd. Het richtlijnvoorstel laat geen ruimte voor een langere termijn in bijzondere gevallen, hetgeen inhoudt dat een klacht buiten

³⁶⁰ Zie Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 177.

³⁶¹ Biemans, J.W.A., *o.c.*, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 321.

³⁶² Ook op dit punt heeft Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 177 kanttekeningen geplaatst. De verplichte invoering van de klachtplicht wordt hiermee gemotiveerd dat de uiteenlopende wijze waarop de lidstaten gebruik hebben gemaakt van de optie om een klachtplicht in te voeren tot handelsbelemmeringen zou hebben geleid. Loos stelt dat de oplossing dan evenzeer afschaffing van de klachtplicht had kunnen zijn.

de termijn van twee maanden steeds te laat is.³⁶³ De verschillen mogen niet worden onderschat: dat klagen binnen twee maanden in ieder geval tijdig is (huidige regeling), is wat anders dan dat klagen na twee maanden steeds te laat is (richtlijnvoorstel). Deze beperking van de klachttermijn is een heikel punt, vooral ook omdat de consequenties van niet tijdig klagen zo groot zijn: wanneer de consument niet tijdig klaagt, verliest hij in beginsel al zijn rechten ter zake van niet-conforme levering. Het voordeel van de huidige regeling is dat differentiatie mogelijk is: onder het bereik van artikel 7:23 BW vallen immers sterk uiteenlopende goederen én situaties waarbij goed voorstelbaar is dat zij niet alle in de mal van klagen binnen twee maanden na ontdekking passen, bijvoorbeeld omdat de ernst van de situatie niet onmiddellijk tot de koper doordringt, (nader) onderzoek naar oorzaak en ernst nodig is, met dergelijk onderzoek tijd gemoeid is en ook de waardering van de resultaten van dergelijk onderzoek enige tijd kan vergen. Een regeling die in ieder geval de ruimte biedt om af te wijken van het op zich niet onredelijke uitgangspunt van twee maanden verdient daarom de voorkeur. Wij pleiten er daarom voor om zo het Richtlijnvoorstel op dit punt ongewijzigd moet worden geïmplementeerd, de aanpassing van het BW op dit punt te beperken tot de consumentenkoop en niet door te trekken tot het gemene kooprecht.

Beleidsaanbevelingen

30. tracht in het onderhandelingsproces de sterke kanten van de huidige Nederlandse regeling voor het voetlicht te brengen;

31. pas, voor het geval dat niet het gewenste resultaat oplevert, artikel 7:23 BW op het punt van de klachttermijn aan aan de regeling in het richtlijnvoorstel. Beperk deze aanpassing tot de consumentenkoop.

8.10.7 Remedies ter zake van niet-nakoming door de verkoper

Het laatste onderwerp in dit verband betreft de remedies van de koper ter zake van niet-nakoming door de verkoper. Het richtlijnvoorstel hanteert, evenals het huidige Boek 7 BW een getrappt stelsel van remedies bij consumentenkoop, met een onderscheid tussen primaire en secundaire remedies en een enigszins onduidelijke positie van de schadevergoeding. Artikel 7:22 lid 4 BW bepaalt dat de rechten en bevoegdheden die de koper put uit artikel 7:20, 21 en 22 lid 1 BW hem toekomen onverminderd alle andere rechten en vorderingen. In het richtlijnvoorstel ontbreekt een dergelijke bepaling: het geeft niet aan dat de remedies die

³⁶³ Loos, M., *o.c.*, TvC 2008, 177.

het voorschrijft inzake consumentenkoop de consument toekomen onverminderd de rechten en bevoegdheden die het nationale recht van de lidstaten hem geeft. Gelet op het principe van de volledige harmonisatie zouden dan de rechten en bevoegdheden van de consument bij consumentenkoop in geval van implementatie van het richtlijnvoorstel beperkt zijn tot de rechten en bevoegdheden die in het voorstel worden genoemd. Zo bekeken zou artikel 7:22 lid 4 BW dan moeten worden geschrapt. Daarmee zou overigens een einde gemaakt kunnen worden aan de thans bestaande discussie omtrent de vraag of de consument in geval van niet-conformiteit ook nog een beroep kan doen op de gemeenrechtelijke ontbindingsbevoegdheid van artikel 6:265 BW.³⁶⁴

8.10.7.1 Primaire remedies

Artikel 7:21 BW geeft de koper aan wie een niet-conforme zaak is geleverd in eerste instantie de vrije keuze tussen herstel en vervanging. Herstel of vervanging komt de koper slechts dan niet toe indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevegd kan worden. Ook in het richtlijnvoorstel zijn herstel en vervanging weliswaar de primaire remedies in geval van niet-conformiteit, maar komt de keuze tussen herstel en vervanging toe aan de verkoper. Aanpassing van het BW aan het richtlijnvoorstel levert op dit punt dus een achteruitgang van de consument op, waarvan de betekenis overigens wellicht niet moet worden overschat.³⁶⁵

Bij implementatie van het huidige richtlijnvoorstel lijkt het zesde lid van artikel 7:21 BW te sneuvelen. Dit artikellid verleent de koper de bevoegdheid om, indien

“de verkoper niet binnen een redelijke tijd nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichting tot herstel van de afgeleverde zaak heeft voldaan, (...) het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen”.

Omdat deze mogelijkheid in het richtlijnvoorstel ontbreekt, lijkt het uitgangspunt van volledige harmonisatie mee te brengen dat lid 6 moet worden geschrapt.

³⁶⁴ Biemans, J.W.A., *o.c.*, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 318 meent dat de consument over deze bevoegdheid beschikt. Anders Loos, M.B.M., “Consumentenkoop en garanties volgens het herziene consumentenkooprecht”, *NTER* 2003, 156 en 158.

³⁶⁵ Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 177 acht het waarschijnlijk dat na implementatie vooral voor herstel in plaats van vervanging wordt gekozen, omdat de regeling van de aansprakelijkheidstermijn inhoudt dat in geval van vervanging, doch niet bij herstel, een nieuwe termijn van twee jaar gaat lopen. De keuze tussen herstel en vervanging wordt in het voorstel gemaakt door de verkoper.

8.10.7.2 Secundaire remedies

Ook op het vlak van de secundaire remedies zal titel 7.1 BW enkele wijzigingen moeten ondergaan. Ingevolge artikel 7:22 BW kan de consument een beroep doen op de secundaire remedies ontbinding en prijsvermindering indien herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, dan wel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting tot herstel of vervanging. Een beroep op ontbinding zal de koper echter niet toekomen indien het gebrek van te geringe betekenis is om de betreffende ontbinding met haar gevolgen te rechtvaardigen.

Artikel 26 Richtlijnvoorstel maakt een onderscheid tussen enerzijds de gevallen waarin reparatie of vervanging onwettig of onmogelijk is dan wel van de handelaar buitensporige inspanningen zou vergen en anderzijds de gevallen waarin de handelaar is tekortgeschoten in zijn verplichting tot herstel of vervanging. Wanneer de handelaar heeft aangetoond dat het verhelpen van het gebrek door reparatie of vervanging onwettig of onmogelijk is, of van hem buitensporige inspanningen zou verlangen, kan de consument kiezen tussen een korting op de prijs of ontbinding van de overeenkomst. De van een handelaar verlangde inspanning is buitensporig wanneer hij daarbij kosten maakt die veel hoger zijn dan die van korting op de prijs of ontbinding van de overeenkomst, rekening houdende met de waarde van de goederen als er geen gebrek aan overeenstemming zou zijn en met het belang van het gebrek aan overeenstemming. De consument kan de overeenkomst in dit geval alleen ontbinden als het gebrek aan overeenstemming van meer dan geringe aard is. Wanneer de handelaar echter is tekortgeschoten in een verplichting tot reparatie en vervanging, heeft de consument de vrije keuze tussen reparatie, ontbinding en prijsvermindering. Voor een beroep op de ontbinding is in deze gevallen niet langer vereist dat het gebrek niet van te geringe betekenis is om de ontbinding te rechtvaardigen. Op dit punt is het richtlijnvoorstel soepeler dan het huidige recht en is dus vanuit het perspectief van de consument sprake van een verbetering van zijn positie.

8.10.7.3 (Aanvullende) schadevergoeding

Op het punt van schadevergoeding is het richtlijnvoorstel, zo bleek reeds in hoofdstuk 6, niet geheel duidelijk. Centraal staat artikel 27 lid 2 Richtlijnvoorstel:

“Onverminderd de bepalingen van dit hoofdstuk kan de consument schadevergoeding eisen voor verlies of schade dat of die niet overeenkomstig artikel 26 in orde is gebracht”.

Hiermee wordt gesuggereerd dat de rol van schadevergoeding als remedie is beperkt tot het herstel van de schade die resteert na reparatie, vervanging, ontbinding of prijsvermindering. Ook anderszins doet artikel 27 lid 2 vragen rijzen. Zo zou betoogd kunnen worden dat het vereiste van verzuim, dat het BW thans stelt voor de toekenning van schadevergoeding, moet worden afgeschaft aangezien het door het richtlijnvoorstel niet wordt gesteld. Verder zou de vraag zijn of artikel 7:24 lid 2 BW dat voorziet in kanalisatie van de verplichting tot schadevergoeding naar de producent ingeval de tekortkoming bestaat in een gebrek in de zin van de regeling productaansprakelijkheid, wel kan worden gehandhaafd nu het richtlijnvoorstel hieromtrent geen regeling treft.

Naar ons oordeel zou op alle drie de punten kunnen worden gewezen op de al eerder aangehaalde cruciale zin in de toelichting bij het richtlijnvoorstel waar op p. 9 wordt gesteld dat het richtlijnvoorstel niet raakt

“aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding”.³⁶⁶

8.10.7.4 Opschorting

In het verlengde hiervan ligt ons oordeel op het punt van de opschortingsbevoegdheid die niet in het richtlijnvoorstel wordt vermeld. Gelet op de volledige harmonisatie die wordt nagestreefd, zou dan weer de vraag rijzen of er nog wel ruimte is voor opschorting. Naar ons oordeel zou het ontbreken van de opschortingsbevoegdheid tot merkwaardige en eigenlijk ook onaanvaardbare resultaten leiden, al was het maar omdat de consument in veel gevallen zal willen opschorten als inleiding op zijn uiteindelijke remedie. Ook hier zou met een beroep op de zojuist geciteerde toelichting kunnen worden betoogd dat dit een meer algemeen concept is uit het verbintenissenrecht dat niet door de richtlijn wordt geraakt.

8.10.7.5 Handelsgaranties

Artikel 7:6a BW bepaalt dat

³⁶⁶ Eerder wees Loos, M., *o.c.*, *TvC* 2008, 177 al op de betekenis van deze zin.

“aan de koper door de verkoper of de producent in een garantiebewijs toegekende rechten of vorderingen (...) hem ook toe(komen) indien de zaak niet de eigenschappen bezit die in een reclame door deze verkoper of producent zijn toegezegd”.

Aan de regeling van de handelsgarantie in artikel 7:6a BW moet worden toegevoegd dat zij enkel geldt voor toezeggingen gedaan ten tijde van of vóór de sluiting van de overeenkomst.

Artikel 29 Richtlijnvoorstel neemt de in de reclame betreffende de handelsgarantie aangegeven voorwaarden bovendien slechts in aanmerking als er geen garantiebewijs is verstrekt. Ook dit moet in het BW tot uiting worden gebracht.

Aan de regeling van de handelsgarantie moet verder worden toegevoegd dat de handelsgarantie goed leesbaar dient te zijn en tevens de volgende vermeldingen dient te bevatten:

- de wettelijke rechten van de consument,
- onverminderd de regels inzake de grijze lijst en het feit dat het beding tot beperking van het recht van de consument om de goederen door te verkopen, door de overdraagbaarheid van door de handelaar verstrekte handelsgaranties te beperken op de grijze lijst van het Richtlijnvoorstel is opgenomen, een verklaring, voor zover van toepassing dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop.

Beleidsaanbevelingen

32. schrap artikel 7:22 lid 4 BW;
33. schrap artikel 7:21 lid 6 BW;
34. pas de regeling van artikel 7:22 BW op het punt van de secundaire remedies aan aan de regeling van het richtlijnvoorstel;
35. betrek het standpunt op het punt van schadevergoeding en opschorting dat de betekenis van het richtlijnvoorstel in die zin beperkt is dat het niet raakt aan de vraag of schadevergoeding buiten het geval van artikel 27 lid 2 Richtlijnvoorstel mogelijk is, of verzuim als voorwaarde kan worden gesteld voor schadevergoeding en aan de vraag of de koper de bevoegdheid tot opschorting heeft;
36. pas artikel 7:6 BW aan aan artikel 29 Richtlijnvoorstel.

8.11 *Overige consequenties voor Boek 7*

Implementatie van het richtlijnvoorstel heeft een aantal consequenties voor Boek 7. In dit hoofdstuk concentreren wij ons op de belangrijkste; voor een meer gedetailleerde bespreking zij uiteraard verwezen naar de hoofdstukken 4 en 6. Wat gaat er in en voor Boek 7 veranderen? Een globale inventarisatie leert dat:

- invoering van het richtlijnvoorstel leidt tot grotere consistentie op het vlak van het herroepingsrecht;
- de regeling van de verkoop op afstand en buiten de onderneming van de verkoper wijzigingen moet ondergaan, onder meer op het vlak van:
 - o de informatieverplichtingen waar ten aanzien van de overeenkomsten van verkoop op afstand slechts beperkte wijzigingen nodig zijn, maar waar ten aanzien van de buiten de verkooppunten gesloten verkoopovereenkomsten de informatieverplichtingen aanzienlijk zullen toenemen;
 - o het herroepingsrecht.

In het richtlijnvoorstel wordt een serieuze poging gedaan een consistente regeling van het herroepingsrecht te introduceren. De voorgestelde regeling kent de volgende hoofdlijnen:

- een uniforme termijn van veertien dagen;
- de termijn begint in principe te lopen bij totstandkoming van het contract, zij het dat de termijn bij levering van zaken pas bij aflevering begint te lopen;
- voor de uitoefening van het herroepingsrecht volstaat kennisgeving doch de handelaar heeft wel de verplichting een standaardformulier ter beschikking te stellen;
- in het kader van de uitoefening van het herroepingsrecht geldt de verzendtheorie;
- op het punt van aansprakelijkheid gaat het richtlijnvoorstel uit van de regel dat er geen aansprakelijkheid van de koper is voor schade die ontstaat door inspectie en testen van de zaak doch alleen voor gebruik nadat de noodzaak voor testen is geëindigd.

8.12 *Verkoop op afstand*

8.12.1 Toepassingsbereik

Op het vlak van het toepassingsbereik leidt implementatie van artikel 20 Richtlijnvoorstel tot:

- opnemen van de veiling in de regeling van de verkoop op afstand;
- uitsluiting van toepassing van de regeling inzake de verkoop op afstand met betrekking tot:
 - o de overeenkomsten voor de verkoop van onroerende goederen, alsmede overeenkomsten betreffende andere rechten op onroerende goederen, met uitzondering van verhuur en werkzaamheden met betrekking tot onroerende goederen;
 - o de overeenkomsten die worden gesloten met telecommunicatie-exploitanten via openbare telefoons voor dat doel;
 - o de overeenkomsten voor de levering van levensmiddelen of dranken door een handelaar die frequente en regelmatige rondes maakt in de omgeving van zijn bedrijfsruimten;
 - o overeenkomsten op afstand voor de levering van logies, vervoer, het restaurantbedrijf en vrijetijdsbesteding, voor wat betreft overeenkomsten waarin een bepaalde datum of periode van uitvoering is voorzien.

Beleidsaanbevelingen

37. pas het toepassingsbereik van de regeling van de verkoop op afstand aan aan die van het richtlijnvoorstel.

8.12.2 Informatieverplichtingen

Artikel 7:46c BW dat de bijzondere voor de verkoop op afstand geldende informatieplichten vastlegt, maakt onderscheid tussen twee categorieën van gegevens waaromtrent informatie moet worden verschaft. Deze regeling houdt geen uitsluiting of vrijstelling in van de verplichting tot naleving van de algemene informatieplichten van artikel 6:193d en 6:193e BW.

Net als de huidige regeling in het BW vereist ook het richtlijnvoorstel bij verkoop op afstand in eerste instantie de naleving van algemene informatieplichten. Daar komt specifiek voor de verkoop op afstand steeds bij, ook wanneer dat al duidelijk is uit de context, de verstrekking van informatie betreffende de wijze van betaling, levering en uitvoering (art. 9 sub a Richtlijnvoorstel). Hetzelfde geldt op dit moment ingevolge artikel 7:46c BW. Het eerste lid

van deze bepaling verlangt dat deze (en de overige in het artikellid vermelde) informatie wordt verstrekt

“tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten (...) met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze”

en eist tevens dat het “commerciële oogmerk” van de informatieverstrekking “ondubbelzinnig moet blijken”. Het richtlijnvoorstel stelt deze nadere eisen niet, zodat de vraag rijst of het principe van de maximumharmonisatie inhoudt dat zij moeten verdwijnen.

Het richtlijnvoorstel vereist ook, zoals artikel 7:46c BW op dit moment al doet, het verstrekken van informatie met betrekking tot het herroepingsrecht. De inhoud van deze informatieplicht is echter niet gelijk. Het huidige BW vereist op het ene punt meer, op het andere punt minder dan het richtlijnvoorstel. Het huidige artikel 7:46c BW gaat verder in die zin dat het verlangt dat steeds wordt vermeld of een herroepingsrecht bestaat of niet. Ook wanneer een herroepingsrecht ontbreekt, moet dit dus worden vermeld. Het richtlijnvoorstel vereist deze informatie alleen wanneer er daadwerkelijk een herroepingsrecht is. In dat geval geldt echter een verdergaande informatieplicht dan onder het BW. Artikel 7:46c lid 1 sub f BW houdt in dat vóór de contractsluiting enkel vermeld hoeft te worden of het herroepingsrecht bestaat, terwijl na het sluiten van het contract de vereisten voor de gebruikmaking van het herroepingsrecht moeten worden meegedeeld. Volgens artikel 9 sub a Richtlijnvoorstel moeten, wanneer een recht van herroeping bestaat, de voorwaarden en procedures voor de uitoefening van dat recht worden meegedeeld overeenkomstig Bijlage I bij het richtlijnvoorstel waarvan het eerste deel de informatie opsomt die moet worden verstrekt en het tweede deel een model van een herroepingsformulier geeft.

Artikel 9 sub c Richtlijnvoorstel verlangt verder de vermelding, wanneer dat verschilt van zijn persoonlijk geografisch adres, van het geografisch adres van de bedrijfsruimten van de handelaar en waaraan de consument eventuele klachten kan richten. Dit vereiste lijkt niet werkelijk nieuw in vergelijking tot de thans geldende regeling in artikel 7:46c, lid 1 sub c BW, met dien verstande dat de vormvereisten die aldaar worden gesteld niet in artikel 9 Richtlijnvoorstel zijn terug te vinden. Opnieuw is dan de vraag of zij, gelet op het principe van de maximumharmonisatie, in geval van omzetting moeten verdwijnen.

De ingevolge artikel 7:46c lid 1 sub b, c, d en g BW verplicht te vermelden informatie moet reeds worden verstrekt op grond van de algemene informatieplicht van artikel 6:193d en 6:193e BW. Zoals eerder aangegeven, is dan de vraag of de bijkomende vereisten die in dit verband in het kader van de verkoop op afstand ten aanzien van deze informatieverstrekking worden gesteld in de aanhef van het artikel behouden kunnen blijven in het licht van de beoogde maximumharmonisatie.

De onder artikel 7:46i lid 1 sub i BW vermelde informatie zal (weliswaar zonder de verplichting tot naleving van de vereisten vermeld in de aanhef van het artikel) in geval van implementatie van het richtlijnvoorstel verstrekt moeten worden op grond van de algemene informatieplicht.

De door artikel 7:46c lid 1 sub h BW opgelegde verplichting tot vermelding van de termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs is niet terug te vinden in het richtlijnvoorstel. Denkbaar is dat Nederland zich sterk maakt voor het opnemen van een informatieplicht hieromtrent bij voorkeur bij de algemene informatieverplichtingen van artikel 5 Richtlijnvoorstel.

In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel zijn nieuw in te voeren verplichtingen tot het verschaffen van informatie met betrekking tot:

- het eventuele bestaan van gedragscodes, en hoe die geraadpleegd moeten worden;
- het bestaan van een regeling voor minnelijke schikking van eventuele geschillen, voor zover van toepassing;
- het feit dat de overeenkomst wordt gesloten met een handelaar en dat de consument derhalve de door de richtlijn consumentenrechten geboden bescherming geniet (art. 9 sub d-f Richtlijnvoorstel).

Artikel 7:46 lid 2, sub d BW vereist de mededeling

“voor zover van toepassing: (van) gegevens omtrent de garantie en omtrent in het kader van de koop op afstand aangeboden diensten”.

In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel zal informatie omtrent het bestaan en de voorwaarden van klantenservice en handelsgaranties op grond van de algemene informatieplicht (art. 5 lid 1, f Richtlijnvoorstel) moeten worden verstrekt.

Artikel 7:46 lid 2, sub e BW vereist “indien de koop op afstand een duur heeft van meer dan een jaar dan wel een onbepaalde duur” de mededeling van de vereisten voor opzegging van de overeenkomst. In geval van implementatie van het richtlijnvoorstel zal informatie over de duur van de overeenkomst, indien van toepassing, of, wanneer de overeenkomst van onbepaalde duur is, de voorwaarden voor het beëindigen van de overeenkomst vereist zijn op grond van de algemene informatieplichten (art. 5 lid 1, g Richtlijnvoorstel).

De informatieplichten van artikel 7:46c lid 2 BW zijn aan vormvereisten onderhevig. Het Richtlijnvoorstel voert in artikel 11 eigen vormvereisten in. Meer bepaald vereist dit artikel:

- “1. Bij overeenkomsten op afstand wordt de in artikel 9, onder a), genoemde informatie vóór de sluiting van de overeenkomst aan de consument verstrekt of beschikbaar gemaakt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in leesbare vorm, op een wijze die passend is voor de gebruikte techniek voor communicatie op afstand.
2. Wanneer de handelaar de consument opbelt met het oogmerk een overeenkomst op afstand te sluiten, geeft hij aan het begin van het telefoongesprek met de consument zijn identiteit en het commerciële doel van het gesprek aan.
3. Wanneer de overeenkomst gesloten wordt door middel van een medium dat maar weinig ruimte of tijd biedt voor het tonen van de informatie, vertrekt de handelaar ten minste de informatie betreffende de voornaamste kenmerken van het product en de totale prijs, zoals bedoeld in de artikelen 5, lid 1, onder a) en c), via dat medium voordat de overeenkomst gesloten wordt. De overige in de artikelen 5 en 7 bedoelde informatie wordt door de handelaar op passende wijze aan de consument verstrekt, overeenkomstig lid 1.
4. De consument ontvangt een bevestiging van alle in artikel 9, onder a) tot en met f) bedoelde informatie, op een duurzame drager, binnen een redelijke periode na sluiting van een overeenkomst op afstand, en uiterlijk bij de levering van de goederen of wanneer de verrichting van de dienst begint, tenzij die informatie al vóór de sluiting van de overeenkomst op afstand op een duurzame drager aan de consument is verstrekt.
5. De lidstaten leggen geen andere formele vereisten op dan die in de leden 1 tot en met 4”.

De door het BW gehanteerde vormvereisten moeten vervangen worden door de vereisten voorzien door dit artikel.

Beleidsaanbeveling

38. vervang de vormvereisten van artikel 7:46 lid 2 c, door de vereisten voorzien door artikel 11 Richtlijnvoorstel

8.12.2.1 Herroepingsrecht

Het BW kent geen algemene regeling van het herroepingsrecht, doch specifieke regelingen zijn te vinden in afdeling 9A van Boek 7 BW voor de verkoop op afstand (art. 7:46d e.v. BW), in afdeling 10A voor de koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken (timesharing, art. 7:48c e.v. BW) en in de Colportagewet (art. 25).

Het richtlijnvoorstel voorziet in grotendeels gelijklopende regelingen van het herroepingsrecht voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten onder meer op het punt van de duur en het begin van de herroepingstermijn.

De “normale” herroepingstermijn bij op afstand gesloten verkoopovereenkomsten bedraagt thans zeven werkdagen (art. 7:46d BW). Om in overeenstemming te zijn met het richtlijnvoorstel dient deze termijn op veertien dagen te worden gebracht. Uit overweging 24 van de preambule bij het richtlijnvoorstel volgt dat het hier gaat om kalenderdagen.

Onder het huidige BW gaat de bedenktijd bij overeenkomsten op afstand lopen vanaf de werkdag volgend op de dag waarop de koper de zaak heeft ontvangen (art. 7:46d lid 1). Het richtlijnvoorstel gaat bij de overeenkomst op afstand betreffende de verkoop van goederen uit van de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in ontvangst neemt (art. 12 lid 2, tweede zin Richtlijnvoorstel). Bij een overeenkomst op afstand voor de verkoop van diensten begint de herroepingstermijn te lopen op de dag van de sluiting van de overeenkomst (art. 12 lid 2, derde zin).

8.12.2.2 Verlengde termijn in geval van schending van de informatieplicht

Indien de verkoper niet voldoet aan de hem opgelegde informatieverplichting met betrekking tot het herroepingsrecht, wordt de bedenktijd volgens artikel 7:46d BW bij de verkoop op afstand op drie maanden gebracht. Onder het huidige BW gaat de termijn van drie maanden in vanaf de werkdag na de dag van de ontvangst van de zaak (art. 7:46d lid 1, tweede zin). Indien de verkoper binnen de termijn van drie maanden aan al zijn informatieverplichtingen voldoet, vervalt de termijn echter zeven dagen nadat de verkoper aan die verplichtingen heeft voldaan (art. 7:46d lid 1 BW). Het richtlijnvoorstel laat de termijn van drie maanden pas ingaan, nadat de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan (art. 13). Dit houdt dus een verbetering in van de positie van de consument.

8.12.2.3 Ontvangst- of verzendtheorie?

De Richtlijn Overeenkomsten op afstand geeft niet aan of de ontbindingsverklaring binnen de herroepingstermijn moet zijn ontvangen door de wederpartij, dan wel of het volstaat dat zij binnen de herroepingstermijn is verzonden. Ook de regeling van de overeenkomsten op afstand opgenomen in Boek 7 BW zwijgt op dit punt. In het Nederlandse recht valt men dan terug op artikel 3:37 BW dat bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring om werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt, tenzij het niet of niet tijdig bereiken van die persoon het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt, in welke gevallen de verklaring uitwerking zal hebben ook al heeft zij die persoon niet of niet tijdig bereikt. Deze oplossing wordt onwenselijk bevonden omdat zij ertoe leidt dat de consument in feite slechts zal beschikken over een bedenktijd die korter is dan de zeven dagen die de richtlijn voorschrijft.³⁶⁷ Met de implementatie van het richtlijnvoorstel zou aan deze onwenselijke situatie een einde worden gemaakt.

Zoals dat reeds het geval was onder de Richtlijn Timesharing en de Richtlijn Financiële diensten op afstand en volgens de doctrine ook onder de huidige regeling verkoop op afstand³⁶⁸, volstaat het volgens artikel 12 lid 3 Richtlijnvoorstel dat de consument de mededeling betreffende de uitoefening van het herroepingsrecht verzendt voordat de termijn is verlopen.

8.12.2.4 Uitoefening van het herroepingsrecht

De herroeping vereist een kennisgeving aan de handelaar. De consument hoeft geen redenen op te geven bij de uitoefening van zijn herroepingsrecht. Dit is uitdrukkelijk bepaald in artikel 7:46d lid 1 BW en ligt besloten in de regeling van het richtlijnvoorstel.

Het huidige BW stelt geen vereisten aangaande de vorm van de uitoefening van het herroepingsrecht. Ook onder het richtlijnvoorstel blijven de vormvereisten beperkt. Artikel 14 Richtlijnvoorstel vereist wel dat de consument de handelaar op een duurzame drager op de

³⁶⁷ Mak, V., o.c., in: Hartkamp, A.S. Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 246.

³⁶⁸ Asser-Hijma, 5-I, nr. 94f, 95.

hoogte stelt van zijn beslissing om de overeenkomst te herroepen, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van een standaardformulier dat in bijlage bij het richtlijnvoorstel is gevoegd. Het richtlijnvoorstel verbiedt de lidstaten verdergaande formele vereisten op te leggen met betrekking tot dit standaardformulier. Het bepaalt verder dat de handelaar bij overeenkomsten op afstand die via het internet worden gesloten in aanvulling op de reeds genoemde mogelijkheden tot herroeping, aan de consument de mogelijkheid kan bieden om het standaardformulier voor herroeping in te vullen en toe te zenden via de website van de handelaar. In dat geval dient de handelaar de consument onverwijld per email een bevestiging te zenden van de ontvangst van de herroeping (art. 14 lid 2).

In haar reactie op het Groenboek stemde de Nederlandse regering nadrukkelijk in met de opvatting van de Commissie dat het voor de consument en de handelaar duidelijk moet zijn op welke manier gebruik gemaakt kan worden van het herroepingsrecht. Nederland was echter van mening dat het hiervoor niet noodzakelijk was om in de richtlijn vormvereisten op te nemen. In plaats daarvan diende volgens de Nederlandse regering in verband met de koop op afstand meer nadruk te worden gelegd op de naleving van de informatievoorschriften. De Nederlandse regering wees er ook op dat de wijze waarop van het herroepingsrecht gebruik gemaakt kan worden mede afhankelijk is van de manier waarop de handelaar de goederen geretourneerd wil zien. De handelaar zou daarom op basis van de in de richtlijn opgenomen voorschriften in ieder geval verplicht moeten zijn om de consument te voorzien van duidelijke informatie omtrent de wijze waarop hij van het herroepingsrecht gebruik kan maken en de wijze waarop de goederen retour gezonden moeten worden. Het opnemen van één uniforme procedure voor de kennisgeving van opzegging in het hele consumentenacquis zou volgens Nederland voor de handelaren leiden tot een aanzienlijke toename van verplichtingen en belemmeringen in de bedrijfsvoering, terwijl dit niet noodzakelijk zou zijn voor de interne markt. De thans voorgestelde regels met betrekking tot de vorm van de uitoefening van het herroepingsrecht leggen echter slechts een zeer beperkt formeel vereiste op: voldoende is immers een kennisgeving door de consument van zijn beslissing om de overeenkomst te herroepen, op een duurzame drager, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van het standaardformulier. Dit beperkte formalisme lijkt bij te dragen tot de rechtszekerheid en geen aanleiding te geven tot de door de Nederlandse regering gevreesde gevolgen.

8.12.2.5 Beëindiging van de herroepen overeenkomst

Een ontbinding van een op afstand gesloten overeenkomst door uitoefening van het herroepingsrecht doet de wederzijdse verbintenissen van partijen vervallen en verplicht beide partijen tot ongedaanmaking van het reeds gepresteerde.³⁶⁹ De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding plaatsvinden (art. 7:46d lid 3 BW). Het BW bepaalt niet uitdrukkelijk wanneer de ontbinding plaatsvindt, doch nu de ontbindingsverklaring een gerichte eenzijdige rechtshandeling is die overeenkomstig artikel 3:37 lid 3 BW rechtsgevolg krijgt op het ogenblik waarop zij de persoon tot wie zij gericht is bereikt, is de ontbinding een feit op het moment waarop de ontbindingsverklaring de verkoper bereikt.

De verplichting tot ongedaanmaking houdt in dat de koper recht heeft op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De verkoper kan ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak aan de koper in rekening brengen (art. 7:46d lid 2 BW).

Deze regels zullen bij implementatie van het richtlijnvoorstel, grotendeels gehandhaafd kunnen blijven. Omzetting zal leiden tot opheldering van een aantal punten die op dit moment niet uitdrukkelijk door de wet zijn geregeld.

Het verval van de wederzijdse verbintenissen voor de toekomst is in overeenstemming met artikel 15 Richtlijnvoorstel dat bepaalt dat de partijen door de uitoefening van het herroepingsrecht niet langer verplicht zijn de op afstand gesloten overeenkomst uit te voeren. De verplichtingen tot ongedaanmaking van het reeds gepresteerde zijn te vinden in artikel 16 en 17. Artikel 16 lid 1 bevat de thans in artikel 7:46d BW geformuleerde regel dat de handelaar alle van de consument ontvangen betalingen binnen dertig dagen moet terugbetalen. Volgens het BW gaat de termijn van dertig dagen in na de ontbinding. Hoewel, als aangegeven, de regeling van het BW inzake de koop op afstand niet precies aangeeft op welk moment de ontbinding ingaat, moet met toepassing van artikel 3:37 BW worden aangenomen dat dat het geval is op het moment van de ontvangst van het bericht tot herroeping. Artikel 16 bepaalt uitdrukkelijk dat de termijn van dertig dagen ingaat na ontvangst van het bericht van herroeping. Alle twijfel over het aanvangspunt van de termijn van dertig dagen wordt dus weggenomen.

³⁶⁹ Asser-Hijma, 5-I, nr. 94f, 95.

Artikel 16 Richtlijnvoorstel bepaalt verder dat de handelaar bij verkoopovereenkomsten kan wachten met terugbetaling totdat hij alle goederen heeft teruggekregen of teruggehaald, of totdat de consument heeft aangetoond dat hij de goederen heeft teruggezonden, al naargelang welk tijdstip eerder valt. Deze regel is thans niet uitdrukkelijk opgenomen in de regeling van het BW betreffende de verkoop op afstand. Op basis van de algemene regels met betrekking tot het opschortingsrecht (art. 6:52 e.v. en art. 6:262 e.v. BW) lijkt dit nu echter ook reeds mogelijk, zodat de omzetting niet tot andere resultaten zal leiden dan die ook op dit moment kunnen worden bereikt.

Het huidige BW preciseert niet uitdrukkelijk binnen welke termijn de koper de goederen moet teruggeven of terugzenden, al moet worden aangenomen dat dit zo spoedig mogelijk dient te gebeuren. Artikel 17 lid 2 Richtlijnvoorstel geeft aan dat de koper de goederen binnen veertien dagen na de dag waarop hij de herroeping aan de handelaar heeft medegedeeld teruggeeft, tenzij de handelaar heeft aangeboden de goederen zelf af te halen. Implementatie vergt een precisering in deze zin in het BW.

8.12.2.6 Kosten en vergoedingen

Ook wat de kosten van de uitoefening van het herroepingsrecht betreft, zitten het huidige BW en het richtlijnvoorstel op dezelfde lijn. De koper hoeft ten hoogste de directe kosten van het retourneren van de goederen te dragen (art. 7:46d lid 2 BW en art. 17 lid 1 tweede alinea Richtlijnvoorstel).

Nieuw ten opzichte van de huidige regeling inzake de verkoop op afstand is de bepaling van artikel 17 lid 2. Volgens deze bepaling is de consument alleen aansprakelijk voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren.³⁷⁰ De consument is echter niet aansprakelijk voor waardevermindering wanneer de handelaar heeft nagelaten om de verplichte informatie over het herroepingsrecht te verstrekken. Voor dienstenovereenkomsten waarvoor een herroepingsrecht geldt, draagt de consument, volgens het richtlijnvoorstel, geen kosten voor diensten die geheel of ten dele tijdens de

³⁷⁰ Het BW bepaalt dit thans niet uitdrukkelijk. De doctrine neemt evenwel aan dat de consument met het product datgene mag doen dat nodig is om te kunnen beoordelen of het voldoet aan zijn verwachtingen en dat verdergaand gebruik niet is toegestaan. Een kledingstuk bijv. mag men passen, maar men mag het niet dragen om naar een feestje te gaan, zie Breedveld-de Voogd, C.G., “Stelt het recht grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd”, *MvV* 2005-10, 191-193; Schaub, M.Y., “Uitoefening van het ontbindingsrecht bij koop op afstand”, noot onder Geschillencommissie Thuiswinkel 4 juli 2007, *TvC* 2008, 202 e.v.

herroepingstermijn zijn verleend. In geval van implementatie is het aan te bevelen een dergelijke bepaling in te voegen in het BW.

8.12.2.7 Gevolgen voor verbonden overeenkomsten

Artikel 7:46e lid 1 BW bepaalt dat de ontbinding ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht

“van rechtswege en zonder dat de koper een boete is verschuldigd de ontbinding mee(brengt) van een overeenkomst die ertoe strekt dat de verkoper aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent”.

Lid 2 voegt daaraan toe dat de koper in geval van ontbinding ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht

“tevens het recht (heeft) een ingevolge een overeenkomst tussen de verkoper en een derde aangegane overeenkomst die ertoe strekt dat de derde aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent, zonder boete te ontbinden”.

Op grond van artikel 18 Richtlijnvoorstel dient de kosteloze automatische beëindiging ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht te worden uitgebreid tot alle eventuele aanvullende overeenkomsten. De lidstaten dienen de uitvoeringsbepalingen vast te stellen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten.

8.12.2.8 Uitzonderingen op het herroepingsrecht

Invoering van het richtlijnvoorstel geeft aanleiding tot aanpassing van artikel 7:46f BW dat een aantal uitzonderingen op het herroepingsrecht geeft. Zo dient artikel 7:46f sub a BW te worden uitgebreid tot de levering van diensten (art. 19 lid 1, b). De uitsluiting van het herroepingsrecht voor overeenkomsten betreffende de verkoop van zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden dient te verdwijnen. In plaats daarvan dient het herroepingsrecht te worden uitgesloten voor de levering van diensten waarvan de uitvoering is begonnen, met uitdrukkelijke voorafgaande instemming van de consument vóór het einde van de bedenktijd van veertien dagen is verstreken (art. 19 lid 1, a), de levering van wijn waarvan de prijs is overeengekomen bij de sluiting van de verkoopovereenkomst, maar waarvan de levering alleen kan plaatsvinden na de termijn van dertig dagen na de sluiting van

de verkoopovereenkomst (art. 19 lid 1, d), de diensten van kansspelen en loterijen (art. 19 lid 1, g), overeenkomsten die zijn gesloten bij een verkoop bij opbod (art. 19 lid 1 h).

Beleidsaanbevelingen

39. pas de termijn aan van zeven tot veertien dagen (art. 7:46d);
40. pas de regeling op het punt van de aanvang van de termijn aan aan die van het richtlijnvoorstel;
41. dring aan op het uitgangspunt dat de termijn voor herroeping op veertien kalenderdagen wordt gesteld;
42. verschaf helderheid in het BW op het punt van de werking van het herroepingsrecht door op te nemen dat de mededeling betreffende de uitoefening van het herroepingsrecht tijdig is wanneer zij is verzonden, voordat de termijn is verlopen;
43. pas de regeling in het BW aan aan artikel 14 Richtlijnvoorstel: de consument moet de handelaar op een duurzame drager van zijn beslissing tot herroeping op de hoogte stellen, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van het standaardformulier uit de bijlage bij het richtlijnvoorstel;
44. pas de regeling in het BW aan aan die van artikel 17 lid 2 Richtlijnvoorstel met betrekking tot de termijn waarbinnen de zaak moet zijn teruggegeven en met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade die gevolg is van gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren.

8.13 Wijzigingen in de Colportagewet

Implementatie van het richtlijnvoorstel geeft aanleiding tot diverse wijzigingen in de Colportagewet. Zij liggen onder meer op het vlak van:

- de informatieverplichtingen;
- vormvereisten;
- het herroepingsrecht.

8.13.1 Informatieverplichtingen

De inhoud van artikel 9 Richtlijnvoorstel voor zover dat betrekking heeft op buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten zal in de Colportagewet moeten worden opgenomen.

8.13.2 Vormvereisten

Artikel 24 Colportagewet zal bij invoering van het richtlijnvoorstel moeten worden vervangen door een bepaling die de inhoud weergeeft van artikel 10 Richtlijnvoorstel dat op limitatieve wijze de vormvereisten vastlegt voor overeenkomsten die buiten verkooppunten worden gesloten.

Artikel 10 lid 1 vereist dat de in artikel 9 aangeduide informatie op het bestelformulier wordt verstrekt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in goed leesbare vorm. Het bestelformulier dient verder ook het standaardformulier voor herroeping te bevatten, zoals aangegeven in Bijlage I, deel B bij het richtlijnvoorstel.

Een buiten de verkooppunten gesloten overeenkomst is volgens artikel 10 lid 2 alleen geldig indien de consument een bestelformulier ondertekent en wanneer hij, wanneer het geen formulier op papier betreft, een kopie van het formulier op een andere duurzame drager ontvangt.

8.13.3 Herroepingsrecht

Artikel 25 lid 2 Colportagewet voorziet thans in een herroepingsrecht dat is uit te oefenen binnen een termijn van acht dagen na die, waarop voor de eerste maal een exemplaar van de verkoopsakte door de in het derde lid bedoelde Kamer van Koophandel en Fabrieken van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien. Ingeval het richtlijnvoorstel wordt aangenomen, dient deze termijn vervangen te worden door een termijn van veertien dagen die begint op de dag waarop de consument het bestelformulier ondertekent, of wanneer het bestelformulier niet van papier is, wanneer de consument een kopie van het bestelformulier op een andere duurzame drager ontvangt (art. 12 lid 1 en 2). Voldoende is dat de mededeling betreffende de herroeping verzonden wordt binnen de herroepingstermijn (art. 12 lid 3). Wanneer de handelaar de consument niet de vereiste informatie betreffende het herroepingsrecht verschaft, dient een

herroepingstermijn van drie maanden te gelden vanaf het moment waarop de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan (art. 13).

Artikel 25 lid 4 Colportagewet bepaalt thans dat een brief of briefkaart, die blijkens een bewijs van terpostbezorging uiterlijk op de laatste dag van de herroepingstermijn aangetekend aan de handelaar is verzonden, behoudens tegenbewijs, geacht wordt een herroeping te bevatten. Zodanige brief of briefkaart wordt geacht de geadresseerde te hebben bereikt op het tijdstip, waarop die brief of briefkaart voor de eerste maal aan bedoeld adres ter uitreiking is aangeboden. Deze bepaling wekt de indruk dat niet het ogenblik van verzending van de herroepingsverklaring haar uitwerking bepaalt, maar het ogenblik van de ontvangst ervan. Omdat artikel 25 lid 4 Colportagewet in ieder geval aanleiding geeft tot discussie over de vraag of de verzending, dan wel de ontvangst van de herroepingsverklaring dient plaats te vinden binnen de herroepingstermijn, verdient het aanbeveling deze bepaling te schrappen bij implementatie van het richtlijnvoorstel.

De consument die de buiten de ondernemingsruimten gesloten overeenkomst wil herroepen, dient de handelaar volgens artikel 14 lid 1 op een duurzame drager op de hoogte te stellen van zijn beslissing de overeenkomst te herroepen. Dit kan hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van het standaardformulier voor herroeping dat bij het richtlijnvoorstel is gevoegd. De lidstaten mogen geen andere formele vereisten opleggen met betrekking tot dit standaardformulier.

Bij implementatie van het richtlijnvoorstel zal artikel 25 lid 6 Colportagewet moeten worden geschrapt, omdat het in strijd is met artikel 12 lid 4 Richtlijnvoorstel dat bepaalt dat aan partijen geen verbod mag worden opgelegd om hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen gedurende de herroepingstermijn

Volgens artikel 25 lid 5 Colportagewet heeft de ontbinding bij uitoefening van het herroepingsrecht terugwerkende kracht. Artikel 15 e.v. Richtlijnvoorstel gaat uit van ontbinding *ex nunc* gecombineerd met ongedaanmakingsverbintenissen, hetgeen overigens nauwer aansluit bij de ontbinding van afdeling 6.5.5 BW.

Artikel 16 lid 1 Richtlijnvoorstel bepaalt dat de handelaar alle van de consument ontvangen betalingen binnen dertig dagen na ontvangst van het bericht van herroeping dient te vergoeden. Bij verkoopovereenkomsten kan de handelaar wel wachten met terugbetaling

totdat hij alle goederen heeft teruggekregen of teruggehaald, of totdat de consument heeft aangetoond dat hij alle goederen heeft teruggezonden, al naargelang welk tijdstip eerder valt (art. 16 lid 2). De Colportagewet geeft thans niet uitdrukkelijk aan binnen welke termijn de koper de goederen moet teruggeven of terugzenden, al moet worden aangenomen dat dit zo spoedig mogelijk dient te gebeuren. Het resultaat van artikel 16 lid 2, de opschorting van de terugbetalingsplicht, kan onder het huidige recht reeds bereikt worden via toepassing van het algemene opschortingsrecht (art. 6:52 e.v. BW) en de exceptio non adimpleti contractus (art. 6:262 e.v. BW).

Artikel 17 Richtlijnvoorstel formuleert de verplichtingen van de consument in geval van herroeping. Deze dient, kort gezegd, de ontvangen goederen terug te bezorgen aan de handelaar of de door hem gemachtigde binnen veertien dagen na de dag waarop hij de herroeping aan de handelaar heeft meegedeeld, tenzij de handelaar heeft aangeboden de goederen zelf af te halen. Ook hier is de termijn van veertien dagen nieuw ten opzichte van de Colportagewet, al geldt ook hier dat ook onder de Colportagewet moet worden aangenomen dat de terugbezorging zo spoedig mogelijk dient te geschieden.

Het voorstel bepaalt verder dat de consument alleen de directe kosten van het retourneren van de goederen moet dragen, tenzij de handelaar ermee instemt om deze kosten voor zijn rekening te nemen (art. 17 lid 1, tweede zin). Ook deze bepaling is nieuw ten aanzien van de huidige Colportagewet.

Nieuw is ook de bepaling van artikel 17 lid 2 dat de consument alleen aansprakelijk is voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren. Hij is niet aansprakelijk voor waardevermindering wanneer de handelaar heeft nagelaten om de vereiste informatie met betrekking tot het herroepingsrecht te verstrekken. Voor dienstenovereenkomsten waarvoor een herroepingsrecht geldt, draagt de consument geen kosten voor diensten die geheel of ten dele tijdens de herroepingstermijn zijn verleend. Op grond van artikel 18 Richtlijnvoorstel dient de kosteloze automatische beëindiging ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht te worden uitgebreid tot alle eventuele aanvullende overeenkomsten. De lidstaten dienen de uitvoeringsbepalingen vast te stellen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten.

8.13.4 Uitzonderingen

De huidige Colportagewet voorziet niet in uitzonderingen op het herroepingsrecht. Bij invoering van het richtlijnvoorstel zullen ingevolge artikel 19 Richtlijnvoorstel de volgende uitzonderingen moeten worden ingevoerd:

- a) overeenkomsten betreffende de levering van levensmiddelen, dranken of andere goederen die bestemd zijn voor dagelijkse huishoudelijke consumptie, die door de consument van tevoren worden geselecteerd door middel van communicatie op afstand, en die fysiek bij de woning of arbeidsplaats van de consument worden afgeleverd door een handelaar die dergelijke goederen gewoonlijk in zijn eigen bedrijfsruimten verkoopt;
- b) overeenkomsten waarbij de consument, met het oog op onmiddellijke reactie op een noodgeval, de handelaar verzocht heeft om de overeenkomst onmiddellijk uit te voeren; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent of goederen verkoopt die niet strikt noodzakelijk zijn om het hoofd te bieden aan het noodgeval van de consument, is het herroepingsrecht van toepassing op deze aanvullende diensten of goederen;
- c) overeenkomsten waarbij de consument de handelaar door middel van communicatie op afstand expliciet verzocht heeft hem thuis te bezoeken om daar reparaties of onderhoud te verrichten; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent waarom de consument niet expliciet heeft gevraagd, of goederen levert die niet strikt noodzakelijk zijn voor het verrichten van de reparaties of het onderhoud, is het herroepingsrecht van toepassing op die aanvullende diensten of goederen.

De partijen kunnen overeenkomen deze uitzonderingen niet toe te passen (art. 19 lid 3 Richtlijnvoorstel). Het verdient aanbeveling loterijtickets toe te voegen aan de lijst van uitzonderingen op het herroepingsrecht.³⁷¹

Beleidsaanbevelingen

45. bepleit de toevoeging van loterijtickets aan de lijst van uitzondering op het herroepingsrecht in het Richtlijnvoorstel
46. neem de inhoud van artikel 9 Richtlijnvoorstel op in de wet;
47. pas de Colportagewet aan aan artikel 10 Richtlijnvoorstel;

³⁷¹ In deze zin Terryn, E., “Bedenktijden in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten”, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

48. pas de regeling van het herroepingsrecht in de Colportagewet aan aan die in het richtlijnvoorstel;
49. neem in verband met artikel 19 Richtlijnvoorstel de in dat verband mogelijke uitzonderingen op het herroepingsrecht op in de wet;
50. overweeg integratie van de Colportagewet in het BW.

8.14 *Slotsom*

Doel van dit onderzoek was met het oog op een Nederlandse standpuntbepaling in de eerste plaats na te gaan wat de consequenties zullen zijn voor het Nederlandse recht van implementatie van het huidige richtlijnvoorstel en in de tweede plaats de ontwikkelingen in een breder kader te plaatsen, opdat zij ook op wenselijkheid kunnen worden beoordeeld.

Hoewel rond het richtlijnvoorstel een zekere sfeer hangt van verbetering van de positie van de consument, is het eindoordeel op dit punt niet positief. Omdat het grof gezegd zo is dat in het voorstel als maximum wordt genomen wat in de oorspronkelijke richtlijnen nog als minimum fungeerde, zal slechts voor een beperkt aantal lidstaten sprake zijn van daadwerkelijk fundamentele uitbreiding van het niveau van consumentenbescherming. Voor Nederland geldt dat van uitbreiding van bescherming niet of nauwelijks sprake zal zijn.

Implementatie heeft echter wel de nodige consequenties voor het Nederlandse recht. Zo zullen vele aanpassingen van tekstuele en technische aard nodig zijn. Een enkele aanpassing kan inderdaad ook een verbetering worden genoemd. Dat geldt bijvoorbeeld de regeling van het herroepingsrecht die consistentere en uniformere van aard zal worden.

Ingrijpender zijn de consequenties van het uitgangspunt van maximumharmonisatie. Dat brengt mee dat diverse regels die op dit moment verdergaan dan het richtlijnvoorstel zullen moeten worden aangepast of afgeschaft met als gevolg dat het beschermingsniveau daalt. Het zwaarst getroffen zijn de regeling van de algemene voorwaarden die met diverse wijzigingen wordt geconfronteerd onder meer op het vlak van de zogenoemde informatieplicht en de zwarte en grijze lijst en de regeling van de consumentenkoop waar de pijn vooral zit in de sfeer van de lengte van de periode gedurende welke de non-conformiteit zich moet manifesteren en in een strakkere regeling op het vlak van de klachtplicht.

Met een beroep op de passage in de toelichting dat het richtlijnvoorstel niet raakt aan meer algemene concepten van verbintenissenrecht kan een aantal op het eerste gezicht noodzakelijke veranderingen, onder meer op het vlak van de remedies ter zake van niet-nakoming door de verkoper, worden voorkomen. Hier zit een zekere ruimte voor nationale lidstaten die Nederland naar ons oordeel waar mogelijk ook zal moeten benutten in de eerste plaats om te voorkomen dat de richtlijn verder ingrijpt dan nodig is, in de tweede plaats om te voorkomen dat eenheid en consistentie van het gemene contractenrecht onnodig worden verstoord en in de derde plaats omdat het richtlijnvoorstel een wankele basis heeft.

Misschien wel de belangrijkste conclusie van dit onderzoek is namelijk dat het nodige kan worden ingebracht tegen het standpunt van de Commissie dat maximumharmonisatie vereist is in verband met de bevordering van de interstatelijke handel. In het verlengde hiervan kan ook de door de Commissie aangedragen bevoegdheidsgrondslag ter discussie worden gesteld.

De Commissie wenst te breken met de “traditie” van minimumbescherming, omdat zij aanleiding geeft tot uiteenlopende regimes in de verschillende lidstaten en dat tot gevolg zou hebben dat er minder grensoverschrijdend consumentenverkeer plaatsvindt dan wenselijk zou zijn. Alleen volledige eenmaking van het consumentencontractenrecht via maximumharmonisatie zou deze verschillen kunnen wegwerken en daarmee de totstandkoming van de interne markt bevorderen.

Nadere beschouwing leert echter dat de aanpak van de Commissie vanuit economisch perspectief geen volledig, evenwichtig en correct beeld geeft en dat geen van de door haar naar voren geschoven argumenten grond geeft voor harmonisatie van het consumentencontractenrecht. Eenmaking van recht is met het oog op het verbeteren van het grensoverschrijdend verkeer in consumentengoederen niet noodzakelijk en wellicht zelfs zonder effect, omdat niet zozeer verschillen in rechtsregels, doch juist andere factoren het grensoverschrijdend verkeer belemmeren. Zo bekeken kan dit richtlijnvoorstel niet worden gebaseerd op het argument dat het de werking van de interne markt zal verbeteren. En dat is uiteindelijk het argument waarop de Commissie met haar verwijzing naar artikel 95 EG-Verdrag haar geld heeft gezet.

Het lijkt daarom verstandig in Europees verband niet alleen de strijd over de inhoud van de beoogde richtlijn aan te gaan, maar vooral ook in te zetten op het ter discussie stellen van het

niveau van harmonisatie en in verband daarmee van de bevoegdheidsgrondslag. Uiteindelijk is deze wankelende basis van het richtlijnvoorstel zijn Achilleshiel.

9. Samenvattingen

9.1 Nederlands

9.1.1 Aanleiding en doel van het onderzoek

Het belangrijkste doel van dit onderzoek is na te gaan wat de consequenties zullen zijn voor het Nederlandse recht van de implementatie van een recent door de Europese Commissie gelanceerd voorstel van 8 oktober 2008 tot herziening van het Consumentenacquis. Ook is gekeken naar de consequenties van het zogenaamde Draft Common Frame of Reference voor het Nederlandse consumentencontractenrecht.

De nadruk ligt in het onderzoek op de volgende thema's:

- de definities van consument en handelaar;
- de rol en betekenis van het begrip goede trouw;
- de informatieverplichtingen;
- de eis van conformiteit;
- de regeling van de oneerlijke bedingen;
- de gevolgen van de overeenkomst.

Gelet op de politieke actualiteit en vooral omdat nu de beoogde richtlijn tot herziening van het consumentencontractenrecht volop in de belangstelling staat, is in dit onderzoek de aandacht voornamelijk uitgegaan naar het richtlijnvoorstel en minder naar het DCFR. Het DCFR wordt wel gedetailleerd beschreven, geanalyseerd en vergeleken met het richtlijnvoorstel.

9.1.2 Structuur van het onderzoek en de rapportage

Het onderzoeksrapport is in acht hoofdstukken opgedeeld. Het eerste hoofdstuk dat de inleiding vormt, schetst de aanleiding en de doelstellingen van het onderzoek, evenals de structuur van de rapportage. In hoofdstuk 2 is het bestaande Consumentenacquis gedetailleerd in kaart gebracht. In hoofdstuk 3 is aangegeven op welke wijze de vier richtlijnen die ter herziening voorliggen in het Nederlandse recht zijn geïmplementeerd. Vervolgens is in hoofdstuk 4 het richtlijnvoorstel en zijn voorgeschiedenis gedetailleerd besproken. Het Draft Common Frame of Reference staat centraal in hoofdstuk 5. Daarin is niet alleen aandacht besteed aan de inhoudelijke bepalingen betreffende het consumentencontractenrecht, maar is ook een kritische evaluatie geboden op basis van rechtsgeleerde en rechtseconomische literatuur. De consequenties voor het Nederlandse BW van zowel de Europese

wijzigingsvoorstellen als het DCFR zijn in hoofdstuk 6 uitgebreid aan bod gekomen. In hoofdstuk 7 is een kritisch rechtseconomisch perspectief geboden ten aanzien van de wens van de Europese Commissie te komen tot een algehele harmonisatie van het consumentencontractenrecht. Hoofdstuk 8 bevat conclusies en aanbevelingen.

9.1.3 Consequenties voor het Nederlandse recht

9.1.3.1 Maximumharmonisatie, maximumbescherming?

De belangrijkste conclusie van het onderzoek is dat de maximumharmonisatie die het richtlijnvoorstel voorstaat, ertoe leidt dat lidstaten die op dit ogenblik een verdergaande bescherming kennen, hun recht met dat voorstel in overeenstemming moeten brengen. Dit houdt uiteraard in dat die elementen die extra bescherming opleveren in vergelijking met het voorstel moeten worden geschrapt. Daar staat echter tegenover dat die lidstaten die worden gekenmerkt door een minder vergaande bescherming dan het voorstel biedt, gehouden zijn tot verhoging van het beschermingsniveau.

In het onderzoek wordt uitgebreid aangegeven dat, wat het Nederlandse consumentencontractenrecht betreft, er van een uitbreiding van bescherming van de consument niet of nauwelijks sprake is. Niettemin heeft implementatie belangrijke consequenties voor het Nederlandse recht. Niet alleen zal op bepaalde punten sprake zijn van een vermindering van het niveau van consumentenbescherming, maar ook zijn er (wanneer het voorstel in de huidige vorm wordt aangenomen en dus moet worden geïmplementeerd) vele aanpassingen van tekstuele en technische aard nodig.

Hoewel rond het richtlijnvoorstel een zekere sfeer hangt van verbetering van de positie van de consument, is het eindoordeel van de onderzoekers op dit punt niet positief. Omdat het grof gezegd zo is dat in het voorstel als maximum wordt genomen wat in de oorspronkelijke richtlijnen nog als minimum fungeerde, zal slechts voor een beperkt aantal lidstaten sprake zijn van daadwerkelijk fundamentele uitbreiding van het niveau van consumentenbescherming. Voor Nederland geldt dat van uitbreiding van bescherming niet of nauwelijks sprake zal zijn.

9.1.3.2 Typen aanbevelingen en implementatiestrategieën

De onderzoekers hebben in hun conclusies en aanbevelingen verschillende typen aanbevelingen geformuleerd. In de eerste plaats hebben ze aanbevelingen geformuleerd die de Nederlandse onderhandelaars zouden kunnen gebruiken in het Europese onderhandelingsproces. Dit gaat uiteraard uit van de hypothese dat het voor Nederland politiek mogelijk is dit onderhandelingsproces te beïnvloeden. Daarnaast zijn er ook aanbevelingen geformuleerd wat betreft de eventueel te volgen implementatiestrategie (er dus vanuit gaande dat wijziging van het voorstel niet mogelijk is en dat het voorstel in de huidige versie dus geïmplementeerd zou moeten worden).

De onderzoekers hebben aangegeven dat, wat de te volgen implementatiestrategie betreft, een tweetal verschillende benaderingen zich aandienen. In de eerste plaats een ‘zuinige’ waarin minimaal wordt geïmplementeerd om zoveel mogelijk inhoud, terminologie en structuur van het huidige Nederlandse privaatrecht te respecteren. De voordelen vanuit nationaal perspectief, behoud van eenheid en consistentie en daarmee ook van rechtszekerheid, zijn evident. Het gevaar van deze benadering is echter dat implementatie op onderdelen niet strikt richtlijnconform geschiedt. In de tweede benadering vindt implementatie juist op meer ‘royale’ wijze plaats, volgt de nationale wetgever de richtlijn als het ware op de voet en neemt hij haar naar de letter. Het is duidelijk dat men in deze strategie minder risico loopt dat de implementatie niet conform de richtlijn is geschied. Aan de andere kant is het gevaar dat de systematiek van het bestaande Nederlandse privaatrecht wordt verstoord. Ook hier geldt uiteraard dat de te kiezen strategie een kwestie van politiek is en dus uiteindelijk een afweging vergt die door anderen moet worden gemaakt.

9.1.3.3 Verlies van bescherming?

Een belangrijke vraag is welke regels van het Nederlandse consumentencontractenrecht op dit moment verder gaan dan het richtlijnvoorstel en dus zullen moeten worden aangepast of afgeschaft, met als gevolg dat er op die punten minder bescherming zal komen. Grof gezegd gaat het daarbij om de volgende regelingen:

- de algemene voorwaardenregeling waar de huidige regeling van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 BW met betrekking tot de zogenoemde informatieplicht zal moeten worden gewijzigd, maar waar belangrijker nog de huidige zwarte en grijze lijst zullen moeten worden opgeschoond;

- de regeling van de consumentenkoop waar de pijn vooral zit in de sfeer van de lengte van de periode gedurende welke een non-conformiteit zich moet manifesteren om aanleiding te geven tot aansprakelijkheid van de verkoper wegens levering van een niet-conforme zaak (het probleem van de beperking tot twee jaar, ook bij goederen met een te verwachten langere levensduur) en in een strakkere regeling op het vlak van de klachtplicht.

Voorts zullen vele aanpassingen van tekstuele en technische aard nodig zijn. Een enkele aanpassing kan inderdaad ook een verbetering worden genoemd. Dat geldt bijvoorbeeld de regeling van het herroepingsrecht die consistentere en uniformere van aard zal worden.

9.1.3.4 Reparatie via beginselen?

Een voor de hand liggende vraag die door de onderzoekers uitgebreid is besproken, is of deze verloren gegane bescherming niet alsnog via algemene beginselen, zoals de in het Nederlandse recht bekende redelijkheid en billijkheid kan worden geboden. Het ligt echter voor de hand dat het karakter van de maximumharmonisatie van de richtlijn zich tegen een dergelijke “aanvullende” werking van redelijkheid en billijkheid verzet.

Bovendien wordt door de onderzoekers in het rapport aangegeven dat implementatie van de richtlijn ook consequenties kan hebben buiten het directe toepassingsgebied van de beoogde richtlijn. Dat geldt dan in het bijzonder die gevallen waarin de huidige consumentenregeling overeenstemt met de algemene regeling in het contractenrecht. Beperking (verlaging van het niveau) van de bescherming van de consument vanwege het richtlijnvoorstel kan dan aanleiding zijn om ook de algemene regeling aan te passen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de consument minder vergaand wordt beschermd dan personen die eenzelfde transactie aangaan, maar dan niet als consument. Zo beperkt het richtlijnvoorstel de periode waarbinnen het gebrek zich dient te manifesteren om aanleiding te geven tot aansprakelijkheid van de verkoper wegens levering van een niet-conforme zaak voor de consumentenkoop tot twee jaar vanaf de risico-overgang, terwijl het gemeene recht daartoe slechts vereist dat het gebrek zich manifesteert tijdens de normale levensduur van het goed.

De onderzoekers wijzen erop dat in de preambule bij het richtlijnvoorstel een passage voorkomt die aangeeft dat het voorstel niet raakt aan algemene concepten van het verbintenissenrecht. Dit zou (maar dat is onzeker) kunnen betekenen dat een aantal schijnbaar

noodzakelijke veranderingen, onder meer op het vlak van de remedies ter zake van niet-nakoming door de verkoper, overbodig kunnen worden. Aldus zou men kunnen voorkomen dat de richtlijn verder ingrijpt dan nodig is en dat de eenheid en consistentie van het gemene contractenrecht onnodig worden verstoord.

9.1.4 Richtlijnvoorstel op wankele basis

Eén van de belangrijkste conclusies van het onderzoek is dat het nodige kan worden ingebracht tegen het standpunt van de Commissie dat maximumharmonisatie vereist is ter bevordering van de interstatelijke handel. In het verlengde hiervan kan ook de door de Commissie aangedragen bevoegdheidsgrondslag ter discussie worden gesteld.

De Commissie wenst te breken met de “traditie” van minimumbescherming, omdat zij aanleiding geeft tot uiteenlopende regimes in de verschillende lidstaten wat tot gevolg zou hebben dat er minder grensoverschrijdend consumentenverkeer plaatsvindt dan wenselijk zou zijn. Alleen volledige eenmaking van het consumentencontractenrecht via maximumharmonisatie zou deze verschillen kunnen wegwerken en daarmee de totstandkoming van de interne markt bevorderen.

Nadere beschouwing leert echter dat de aanpak van de Commissie vanuit economisch perspectief geen volledig, evenwichtig en correct beeld geeft en dat geen van de door haar naar voren geschoven argumenten grond geeft voor harmonisatie van het consumentencontractenrecht. Eenmaking van recht is met het oog op het verbeteren van het grensoverschrijdend verkeer in consumentengoederen niet noodzakelijk en wellicht zelfs zonder effect, omdat niet zozeer verschillen in rechtsregels, maar juist andere factoren het grensoverschrijdend verkeer belemmeren. Zo bekeken kan dit richtlijnvoorstel niet worden gebaseerd op het argument dat het de werking van de interne markt zal verbeteren. En dat is uiteindelijk het argument waarop de Commissie met haar verwijzing naar artikel 95 EG-Verdrag haar geld heeft gezet.

De onderzoekers betogen dan ook dat het voor Nederland in Europees verband verstandig lijkt niet alleen de strijd aan te gaan over de inhoud van de beoogde richtlijn, maar vooral ook het principe van de maximumharmonisatie ter discussie te stellen, mede gelet op de wankele bevoegdheidsgrondslag.

9.2 *Engels*

9.2.1 Reasons and goal of this research

The main goal of this research is to examine the consequences of the implementation of a recently launched proposal for a directive with respect to the review of the “*acquis communautaire*” in the field of consumer contract law. The research also examined the consequences of the so-called “Draft Common Frame of Reference (DCFR)” for consumer contract law in the Netherlands.

The focus of this research was mainly on the following topics:

- Definition of consumer and businessman;
- The role and meaning of the concept of good faith;
- Information duties;
- The requirement of conformity;
- Regulation concerning unfair contract terms;
- The consequences of the contract.

Since this proposal for a directive was launched on 8 October 2008, the most pressing issue is the examination of the consequences of this proposed directive. Hence the research mainly pays attention to the consequences of this proposal for a directive and less to the DCFR. However, the DCFR has also been described in detail, has been analysed and has been compared with the proposal for a directive.

9.2.2 Structure of the research and of the report

The report follows the structure in which the research has been executed. The first chapter sketches the reasons for the research as well as the objectives and the structure of the report. Chapter 2 provides an overview of the existing “*acquis communautaire*” as far as consumer contract law is concerned. Chapter 3 explains how the four directives the European Commission currently proposes to review have been implemented in Dutch law. Next, chapter 4 outlines the proposal for a directive and all other documents preceding this proposal. The central issue in chapter 5 is the Draft Common Frame of Reference. This chapter not only discusses the provisions concerning consumer contract law, but also provides a critical evaluation of the DCFR on the basis of legal doctrine and especially literature addressing the DCFR from a law and economics perspective. Chapter 6 pays detailed attention to the consequences for Dutch law of both the proposal of the European Commission of 8 October

2008 as well as the DCFR. Chapter 7 provides a fundamental and critical law and economics perspective with respect to the question of whether a total harmonisation of consumer contract law (as proposed by the European Commission) is necessary and desirable. Concluding remarks and recommendations are provided in chapter 8.

9.2.3 Consequences for Dutch law

9.2.3.1 Maximum harmonisation, maximum protection?

The main conclusion of the research is that the maximum harmonisation as incorporated in the proposal for a directive has the consequence that Member States have to align their legislation to this directive. Member States that have further-going protection for consumers than is incorporated in the directive, will therefore have to reduce their level of protection. On the other hand, those Member States that have a lower level of protection than is contained in the draft proposal will be required to increase the level of protection.

The research analysis in detail whether the proposal would, as far as Dutch consumer contract law is concerned, lead to an increased level of consumer protection and concludes that it probably would not. Nevertheless implementation of this proposal would have serious consequences for Dutch law, as it would to some extent lead to a decrease of the level of consumer protection. In addition, it would require many changes of a more legal-technical character.

The basic problem with the proposal is that what was considered as a minimum protection in previous directives will now be considered as maximum protection. For a few Member States this may lead to an increase in the level of consumer protection. However, this is not the case for the Netherlands, where it will mainly result in a decrease of consumer protection.

9.2.3.2 Kinds of recommendations and implementation strategies

The researchers have formulated concluding remarks and recommendations of various kinds. First they have formulated recommendations that the Dutch negotiators could use in the European negotiation process. These recommendations assume that it would be possible for the Netherlands to influence the negotiation process. There have also been suggestions regarding the implementation strategy that could be followed, assuming that an adaptation of

the current proposal would not be possible and that consequently it would have to be implemented in Dutch law in its current form.

The researchers indicate that as far as implementation strategies are concerned two different approaches can be followed. A first modest approach includes a “minimum” implementation respecting as much as possible the contents, terminology and structure of current Dutch private law. The main advantages of such a strategy from a national legal perspective are that unity and consistency are protected and hence legal certainty is safeguarded as well. The danger of this approach is, however, that for specific aspects implementation may not always be in conformity with the requirements of the directive. A second approach would hence opt for a more generous implementation whereby the national legislator would almost literally follow the provisions of the directive. It may be clear that by following this strategy there is less danger that the implementation would not completely follow the requirements of the directive. On the other hand, the danger of this type of implementation strategy is that it may disturb the unity within current Dutch private law. The choice of strategy is a political one that is to be made by others.

9.2.3.3 Reduce protection?

Dutch consumer law comprises a number of rules that offer the consumer a higher level of protection than provided by the proposal. Implementation will thus require a reduction of the level of protection. This is the case for:

- The rules concerning general conditions. The current regulation of article 6:233 al. b in combination with article 6:234 of the civil code with respect to information duties will have to be changed, but more importantly: the so called black and grey lists (of unfair contract terms) in Dutch law will have to be revised;
- The rules concerning consumer sales. The problem arises especially with regard to the period within which a non-conformity of a sold products will have to manifest itself in order to give rise to liability of the seller for delivering a non-conforming product. The draft directive proposes to limit this period to two years which may constitute a problem especially for products having a long “life expectancy”. The proposal further provides for a more stringent and formalistic duty to complain on the part of the consumer, sanctioned by a loss of rights.

In addition, implementation of the proposal will require many changes of a more textual and legal-technical nature. To some extent these adaptations can undoubtedly be qualified as an improvement. This may for example be the case for the right of withdrawal, which will probably be more consistently and uniformly regulated after implementation of the directive.

9.2.3.4 Reparation via principles?

The report further addresses in detail whether the protection that would be lost after implementation of the directive could be regained through the application of general principles, such as reasonableness and equity. However, as the proposal strives for a maximum harmonisation, it does not seem to allow the member states to use general principles to elevate the level of consumer protection above that of the directive.

Implementation of the proposal will also have consequences outside of the direct scope of application of the proposal. This may especially be the case where the consumer rules align with general rules of contract law. A reduction of the level of consumer protection following from the proposal may then lead to an adaptation of more general rules of Dutch private law. One reason to do so may be to prevent that a consumer (as a consequence of the implementation of the directive) would eventually receive less protection than non-consumers engaging in a similar transaction. In the case of a consumer sale, the defect in the goods would, after implementation of the proposal, have to become apparent within two years from the time the risk passed to the consumer, in order to give rise to liability on the part of the seller, while the general rule on the matter only requires the defects to appear within the normal life span of the goods.

The researchers point out that the preamble to the proposal for a directive indicates that the proposal does not influence general concepts of the law of obligations. This could (but it is uncertain) imply that some of the apparently required changes of the current Dutch law, for example concerning remedies in case of breach by the seller of his duty to deliver goods that conform to the contract, could be prevented. This could hence prevent the directive to reach further (e.g. in the general law of sales) than is strictly necessary and it might also prevent the disruption of the general unity and consistency of our contract law.

9.2.4 Proposal for a directive on weak foundations

One of the main conclusions of the research is that the argument of the European Commission that a maximum harmonisation is necessary to promote interstate trade raises serious doubts. It is also questionable whether this directive can be based on article 95 EC.

The Commission argues that it wishes to abandon the tradition of minimum harmonisation as this has led to differing regimes in the various Member States, resulting, according to the Commission, in a subdesirable level of transboundary purchasing by consumers. Only a full and maximum harmonisation of consumer contract law could, according to the Commission, eliminate all differences between Member States and hence promote the functioning of the internal market.

A critical assessment, however, shows that the Commission's arguments do not provide a solid basis for harmonisation of consumer contract law. Economic analysis shows that harmonisation of law is not necessary in order to stimulate transboundary transport e.g. of consumer products or services. Such a harmonisation may have no effect at all since it is not differences in legal rules, but rather other factors that restrict transboundary trade. Hence the proposal for a directive cannot be based on the argument that this directive will improve the functioning of the internal market. That is, however, the argument the Commission uses to base the directive on article 95 EC Treaty.

The researchers conclude that the Netherlands should not only discuss the contents of the proposed directive, but also the principle of maximum harmonisation itself. This is especially the case as the legal foundations for this directive seem weak.

Literatuurlijst

Acquis Group. Research group on the existing EC private law, *Contract I: pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, XL+311 p.

Beale, H., "The Future of the Common Frame of Reference", *ERCL* 2007, 257-276.

Biemans, J.W.A., "Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen", in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 295-333.

Bouwes, M., "Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur. Een Common Frame of Reference", *NJB* 2005, 944-948.

Breedveld-de Voogd, C.G., "Stelt het recht grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd", *MvV* 2005, 191-193.

Cafaggi, F. (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, OUP, Oxford, 2006, XXXIII+311 p.

Cauffman, C., "De nieuwe wet op de consumentenkoop", *T.P.R.* 2005, 787-861.

Coase, R., "The Problem of Social Cost", *JLE* 1960, 1-44.

Commission on European Contract Law, *Part I and II: combined and revised*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, XLVIII+561 p.

Commission on European Contract Law, *Part III*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, XXXV+291 p.

Cseres, K., *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer, Den Haag, 2005, XII+450 p.

Damminga, S.R., “De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 179-191.

De Boeck, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, XIX+572 p.

De Jong, G.T., “Gedragsregels bij ontbinding”, *NTBR* 1999, 38-42.

Devroe, W., “Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen”, in: Hartkamp, A.S. Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, I, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 134-189.

Easterbrook, F., “Federalism and European Business Law”, *Int Rev Law & Econ* 1994, 125-132.

Ebers, M. “Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, in: Schülte-Nölke, H., Twigg-Flessner, C. en Ebers, M., *EC consumer law compendium: the consumer acquis and its transposition in the member state*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2008, 327-418.

Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.-Chr., Jansen, N., Wagner, G. en Zimmermann, R., “Der gemeinsamer Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsproblemen”, *JZ* 2008, 529-550.

Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H-Chr., Jansen, N., Wagner, G. en Zimmermann, R., “The common frame of reference for European private law – policy choices and codification problems”, *OJLS* 2008, 659-708.

Esty, D. en Geradin, D., “Market Access, Competitiveness, and Harmonisation: Environmental Protection in Regional Trade Agreements”, *Harv.Envtl.L.Rev.* 1997, 265-336.

European Group on Tort Law (eds.), *Principles of European Tort Law*, Wenen, Springer, 2005, XII + 282 p.

Faure, M., “Product Liability and Product Safety in Europe: Harmonisation or Differentiation?”, *Kyklos* 2000, vol. 53, 467-508.

Faure, M., “Productaansprakelijkheid in België en Europa: Quo Vadis”, in: Dirix, E. *et al.* (eds), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Kluwer, Deurne, 2002, 111-130.

Faure, M., “Productaansprakelijkheid in Europa: kritische rechtseconomische reflecties”, *AV&S* 2004, 3-12.

Faure, M., “Legal Harmonisation from the Perspective of the Economic Analysis of Law”, in: Faure, M., Koziol, H. en Puntscher-Riekmann, S. (eds.), *Vereintes Europa – Vereinheitlichtes Recht? Die Rechtsvereinheitlichung aus Rechtsökonomischer, Privatrechtlicher und Politikwissenschaftlicher Sicht*, Wenen, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2008, 11-46.

Faure, M. en Hartlief, T., “Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa? Een kritisch rechtseconomisch perspectief”, *NJB* 2003, 170-177.

Faure, M. en Hartlief, T., “Harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa. Iets over de overlevingskansen van de romantische rechtschool van Maastricht”, in: Cornelis, L. e.a. (eds), *Liber Amicorum Marcel Storme, Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, 297-322.

Faure, M., Ogus, A. en Philipsen, N., “Enforcement Practices for Breaches of Consumer Protection Legislation”, *CLR* 2008, 361-401.

Frenk, N., “Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2001, 73-75.

Hardy, R.R.R. en Hesen, G.G., “Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten”, *WPNR* 2009, 69-87.

Hartkamp, A.S., *Mr. C. Assers Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 4-II, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, XXIV+621 p.

Hartkamp, A.S., “Het Europese recht en het Nederlandse contractenrecht”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, I, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 335-450.

Hartkamp, A.S., *Mr. C. Assers Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 3-I*, *Vermogensrecht algemeen. Europees en Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 232 p.

Hartkamp, A.S. en Sieburgh, C.H., *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-I*, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer, Kluwer, 2008, 378 p.

Hartlief, T., *Ontbinding*, in *Serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1994, XVII+248 p.

Hartlief, T., “Harmonisation of European Tort Law. Some Critical Remarks”, in: Faure, M. Smits, J. en Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 225-230.

Hervey, T., “Community and National Competence in Health After Tobacco Advertising”, *CMLR* 2001, 1421-1446.

Hesselink, M.W., “Naar een coherenter Europees contractenrecht”, *NJB* 2003, 2068-2094.

Hesselink, M.W., “The Politics of a European Civil Code”, *ELJ* 2004, 675-697.

Hijma, Jac., “Uitleg contra proferentem” in: Hartlief, T. en Stolker, C.J.J.M. (eds.), *Contractvrijheid*, Kluwer, Deventer, 1999, 461-474.

Hijma, Jac., *Algemene voorwaarden in Monografieën Nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2003, XII+105 p.

Hijma, Jac., *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten, I, Koop en ruil*, Deventer, Kluwer, 2007, XXVIII+633 p.

Hofstede, G., *Cultures Consequences*, London, Sage, tweede druk, 2001, XX+596 p.

Hondius, H., “Kroniek van het consumentenrecht. Europa in Nederland”, *NJB* 2008, 2199-2200.

Hondius, E.H., “Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2000, 651-652.

Kerber, W. en Grundmann, S., “An Optional Contract Law Code: Advantages and Disadvantages”, *Eur J Law Econ* 2006, 215-236.

Klik, P., *Koop en consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2004, XIV+240 p.

Lando, O., “The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”, *ERCL* 2007, 245-256.

Legrand, P., “The Impossibility of Legal Transplants”, *MJ* 1997, 111-124.

Legrand, P., “Antivonbar”, *Journal of Comparative Law* 2008, 13-39.

Loos, M., “Naar een Europees dienstverleningsrecht”, *NJB* 2000, 452-456.

Loos, M.B.M., “Consumentenkoop en garanties volgens het herziene consumentenkooprecht”, *NTER* 2003, 155-161.

Loos, M., “De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming” in: Hesselink, M.W., Du Perron, C.E. en Salomons, A.F. (eds.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 151-168.

Loos, M., “Herziening van het Europese consumentenrecht, deel I”, *NTER* 2008, 29-39.

Loos, M., “Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel”, *TvC* 2008, 173 -178.

Loos, M.B.M., “Kan de vernietiging van een onredelijk bezwarend beding verjaren?”, noot bij HR 22 juni 2007, *TvC* 2008, 112-116.

Loos, M.B.M., *Review of the European Consumer Acquis*, München, Sellier, 2008, VI+97 p.

Loos, M.B.M., “Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten”, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

Luth, H. en Cseres, K., “Specificity of Consumer Law vis-à-vis Contract Law: An Economic Assessment of European Consumer Law”, paper drafted for the COPECL Group, unpublished, 2008.

Magnus, U., “European Perspectives on Tort Liability”, *ERPL* 1995, 427-444.

Magnus, U. en Fedtke, J., “German Report on Non-Pecuniary Loss”, in: Rogers, H.W.V. (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 109-128.

Magnus, U., “Towards European Civil Liability”, in: Faure, M. Schneider, H. en Smits, J. (eds.), *Towards A European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 205-224.

Majone, G., “Unity in diversity: European integration and the enlargement process”, *European Law Review* 2008, 457-481.

Mak, V., “Contracten op afstand”, in: Hartkamp, A.S. Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 235-250.

Ogus, A., “Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, *ICLQ* 1999, 405-418.

Ogus, A.I., Faure, M.G. en Philipsen, N.J., “Best Practices for Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes”, DSTI/CP (2006), 21/final, Paris, OECD, 20 december 2006, online beschikbaar op www.OECD.org/dataOECD/56/7/37863861.doc.

Ott, C.L. en Schäfer, H.B., “Die Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts. Ökonomische Notwendigkeit oder Akademisches Interesse?”, in: Ott, C.L. en Schäfer, H.B. (eds.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in Transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 203-236.

Rekiti, P. en Van den Bergh, R., “Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the E.C. Member States: A Comparative Law and Economics Approach”, *J Consum Policy* 2000, 371-407.

Revesz, R., “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race for the Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation”, *New York University Law Review* 1992, 1210-1254.

Revesz, R., “Federalism and Interstate Environmental Externalities”, *University of Pennsylvania Law Review* 1996, 2341-2416.

Rogers, H.W.V. (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, XIX+318 p.

Rott, P. en Terryn, E., “The proposal for a directive on consumer rights: no single set of rules”, *ZEuP* 2009, ter perse.

Schaub, M.Y., “Uitoefening van het ontbindingsrecht bij koop op afstand”, noot onder Geschillencommissie Thuiswinkel 4 juli 2007, *TvC* 2008, 202 -204.

Schelhaas, H.N., “Volledige harmonisatie: goed voor de Europese consument?”, *NTBR* 2009, 35.

Schulte-Nölke, H., “EC Law on the Formation of Contract – From the Common Frame of Reference to the “Blue Button”, *ERCL* 2007, 332-349.

Schulte-Nölke, H., “Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR” in: Schmidt-Kessel, M. (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 9-22.

Schulze, R., von Bar, Chr. en Schulte-Nölke, H. (eds), *Der Akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenz Rahmen. Kontroversen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, VII+262 p.

Smits, J., “A European Private Law as a Mixed Legal System. Towards a Ius Commune through the Free Movement of Legal Rules”, *MJ* 1998, 328-340.

Smits, J., “How to take the Road Untravelled?”, *European Private Law in the Making: A Review Essay*, *MJ* 1999, 25-46.

Smits, J., *The Good Samaritan in European Private Law*, Inaugurele rede Universiteit Maastricht, Deventer, Kluwer, 2000, V+50 p.

Smits, J., “The Future of European Contract Law: On Diversity and the Temptation of Elegance”, in: Faure, M., Smits, J. en Schneider, H. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 239-256.

Smits, J., “Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe”, in: Grundmann, S. en Stuyck, J. (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, 2002, 387-398.

Smits, J., “The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory”, *Ga.J.Int'l & Comp.L* 2002, 79-99.

Smits, J.M., “Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid”, *Pre-advies Nederlandse Juristen Vereniging* 2006, 57-104.

Smits, J., “European private law and democracy: a misunderstood relationship”, in: Faure, M. & Stephen, F., (eds), *Essays in the law and economics of regulation in honour of Anthony Ogus*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 49-55.

Smits, J., “Het ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees Privaatrecht”, *WPNR* 2008, 109-111.

Snijders, W., “Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid: de Europese dimensie”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, I, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 451-464.

Spath, J.B., “De Europese colportagerichtlijn: een voet tussen de deur voor de consumentenbescherming”, in: Hartkamp, A.S., Sieburgh, C.H. en Keus, L.A.D. (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, in *Serie Onderneming en Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 51-69.

Stijns, S., “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in: S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 10, 53-82.

Streefkerk, C.A., “Ontbinding en opschorting als reactie op onderhoudsgebreken bij huur. Beschouwingen naar aanleiding van H.R. 6 juni 1997, *RvdW* 1997, 139C (Van Bommel/Ruijgrok)”, *NTBR* 1998, 1-8.

Stutterheim, noot onder Ktg Utrecht 17 september 1997, *Rechtshulp* 1998, 17.

Tenreiro, M. en Gómez, S., “La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation”, *REDC* 2000, 5-39.

Terryn, E., “Bedenktijden in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten” in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2009, ter perse.

Tiebout, C., "A Pure Theory of Local Expenditures", *JPE* 1956, 416-424.

Van Dam, C., "European Tort Law and the Many Cultures of Europe", in: Wilhelmsson, Th. (ed.), *Private Law and the Cultures of Europe*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 53-76.

Van Dam, C., "European tort law and the many cultures of Europe", in: Wilhelmsson, Th., Paunio, E. and Pohjolainen, A., (eds), *Private law and the many cultures of Europe*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 57-80.

Van den Bergh, R.J., *Subsidiariteit rechtseconomisch bekeken. Adieu Bruxelles?*, Inaugurele rede Universiteit Utrecht, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 106 p.

Van den Bergh, R.J., "The Subsidiarity Principle in European Community Law", *MJ* 1994, 337-366.

Van den Bergh, R., "Economic Criteria for Applying the Subsidiarity Principle in the European Community: The Case of Competition Policy", *Int Rev Law & Econ*, 1996, vol. 16, 363-384.

Van den Bergh, R., "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *MJ* 1998, 129-152.

Van den Bergh, R.J., "Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe", *Kyklos* 2000, vol. 53, 435-445.

Van den Bergh, R., "Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued" in: Grundmann, S. en Stuyck, J. (eds.), *An academic Green paper on European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 249-268.

Van den Bergh, R., "De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomische perspectief", in: Smits, J. (eds), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag, Boom, 2003, 79-93.

Van den Bergh, R., “The Uneasy Case for Harmonising Consumer Law”, in: Heine, K. en Kerber, W. (eds.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa. Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft*, Band 83, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2007, 184-206.

Van den Bergh, R., “Der Gemeinsame Referenzrahmen: Abschied von der Harmonisierung des Vertragsrechts?”, in: Eger, Th. en Schäfer, H.B. (eds.), *Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung. Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Ziebeck, 2007, 111-126.

Van den Bergh, R. en Visscher, L., “The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?”, *ERPL* 2006, 511-543.

Van Erp, J.H.M., “Komt er dan toch een Europees BW?”, *WPNR* (6784) 2009, 101-104.

Van Gerven, W., “Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux”, *JT* 1992, 305-309.

Van Gerven, W. en Covemaeker, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

Van Oevelen, A., “Het nieuwe begrip “conformiteit”, in: Stijns, S. en Stuyck, J. (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 29-52.

Van Zelst, B., *The politics of European sales law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2008, 292 p.

Verbeke, A., “Negotiating (in the shadow of a) European private law”, *MJ* 2008, 395-413.

Vogenauer, S. en Weatherhill, S. (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, 2006, XXIV+259 p.

Von Bar, Chr., “Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, 350-361.

Von Bar, Chr., Clive, E. & Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim outline edition*, München, Sellier: European Law Publishers, 2008, VI+396 p.

Von Bar, Chr., Clive, E. & Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, München, Sellier: European Law Publishers, 2009, 643 p.

Von Bar, C., “Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des Wissenschaftlichen Entwurfs”, in: Schmidt-Kessel, M. (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 23-33.

Vranken, J.B.M., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, XIX+226 p.

Wagner, G., “The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law”, *CMLR* 2002, 959-1023.

Weatherhill, S., *E.U. Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, XVIII + 253 p.

Wendehorst, C.C., “The CFR and the Review of the Acquis Communautaire”, in: Schmidt-Kessel, M. (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, Sellier, 2009, 323-364.

Wilhelmsson, Th., “The average European consumer: a legal fiction?”, in: Wilhelmsson, Th., Paunio, E. and Pohjolainen, A., (eds), *Private law and the many cultures of Europe*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 243-268.

Wissink, M.H., “Over volledige harmonisatie en herziening van het BW: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) richtlijn consumentenrechten”, in: Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom juridische uitgeverij, 2009, ter perse.

Bijlagen

Bijlage 1. Richtlijnvoorstel

HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD VAN DE EUROPESE UNIE,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, inzonderheid op artikel 95,

Gezien het voorstel van de Commissie³⁷²,

Gezien het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité³⁷³,

Handelend volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag³⁷⁴,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) In Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten³⁷⁵, Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten³⁷⁶, 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 overeenkomsten³⁷⁷, en Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en garanties voor consumptiegoederen³⁷⁸, is een aantal contractuele rechten van consumenten vastgelegd.
- (2) Deze richtlijnen zijn opnieuw bestudeerd, in het licht van de opgedane ervaringen, met het oog op het vereenvoudigen en bijwerken van de toepasselijke regels, het wegnemen van inconsistenties en het opvullen van lacunes. Uit dit onderzoek is gebleken dat het zinvol is de genoemde vier richtlijnen te vervangen door deze enkele richtlijn. Deze richtlijn dient dan ook standaardregels aan te geven voor de gemeenschappelijke aspecten en een stap verder te gaan dan de benadering van minimale harmonisatie waarop de vroegere richtlijnen gebaseerd waren, in het kader waarvan de lidstaten eventueel striktere nationale regels konden invoeren of handhaven.
- (3) In artikel 153, lid 1 en lid 3, onder a), van het Verdrag is bepaald dat de Gemeenschap dient bij te dragen tot de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming door middel van maatregelen die zij op grond van artikel 95 van het Verdrag neemt.
- (4) De interne markt omvat volgens artikel 14, lid 2, van het Verdrag een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging zijn gewaarborgd. Harmonisatie van bepaalde aspecten van de wetgeving inzake consumentenovereenkomsten is noodzakelijk voor de bevordering van een echte interne markt voor de consument en het vinden van een juist evenwicht, met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.

³⁷² *Pb C* [...] van [...], blz. [...].

³⁷³ *Pb C* [...] van [...], blz. [...].

³⁷⁴ *Pb C* [...] van [...], blz. [...].

³⁷⁵ *Pb L* 372 van 31.12.1985, blz. 31.

³⁷⁶ *Pb L* 95 van 21.4.1993, blz. 29.

³⁷⁷ *Pb L* 144 van 4.6.1997, blz. 19. Richtlijn laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2007/64/EG (*Pb L* 319 van 5.12.2007, blz. 1).

³⁷⁸ *Pb L* 171 van 7.7.1999, blz. 12.

- (5) Het grensoverschrijdende potentieel van verkoop op afstand, dat een van de voornaamste zichtbare resultaten van de interne markt zou moeten zijn, wordt niet ten volle benut door consumenten. Vergeleken met de significante groei van de binnenlandse verkoop op afstand in de afgelopen jaren is groei van de grensoverschrijdende verkoop op afstand beperkt gebleven. Deze discrepantie is met name opvallend wat de verkoop via internet betreft, waar een groot potentieel voor verdere groei bestaat. De ontwikkeling van het grensoverschrijdende potentieel van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (rechtstreekse verkoop) wordt belemmerd door een aantal factoren, waaronder de uiteenlopende nationale regels inzake consumentenbescherming waarmee het bedrijfsleven rekening moet houden. Vergeleken met de groei van de binnenlandse rechtstreekse verkoop in de afgelopen jaren, met name in de dienstensector (bv. nutsbedrijven), is het aantal consumenten dat langs deze weg grensoverschrijdend koopt nauwelijks toegenomen. Gezien de sterk toegenomen mogelijkheden om zaken te doen in veel lidstaten, zouden kleine en middelgrote ondernemingen (inclusief eenmansbedrijven) en vertegenwoordigers van firma's die rechtstreeks verkopen eigenlijk meer geneigd moeten zijn om deze nieuwe mogelijkheden te ontdekken, met name in grensregio's. De volledige harmonisatie van consumenteninformatie en van het herroepingsrecht bij op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten zal dan ook bijdragen tot het beter functioneren van de b2c-interne markt.
- (6) De wetten van de lidstaten betreffende consumentenovereenkomsten vertonen duidelijke verschillen, die aanzienlijke concurrentievervalsingen en belemmeringen voor een goede werking van de interne markt kunnen veroorzaken. De bestaande communautaire wetgeving op de gebieden van consumentenovereenkomsten die op afstand of buiten verkoopruimten worden gesloten, consumptiegoederen en garanties, en oneerlijke bedingen in overeenkomsten stelt minimumnormen vast voor het harmoniseren van de wetgeving, waarbij de lidstaten de mogelijkheid hebben striktere maatregelen te handhaven of in te voeren die op hun grondgebied een hoger niveau van consumentenbescherming waarborgen. Verder zijn veel aspecten in de richtlijnen niet consequent geregeld of zelfs helemaal buiten beschouwing gelaten. Deze kwesties zijn door de lidstaten op uiteenlopende wijze geregeld. Als gevolg daarvan lopen de nationale bepalingen waarmee de richtlijnen inzake consumentenrecht zijn omgezet, ook sterk uiteen.
- (7) Deze dispariteiten vormen ernstige belemmeringen voor het goede functioneren van de interne markt, ten nadele van het bedrijfsleven en van consumenten. Ondernemingen die grensoverschrijdend goederen willen verkopen of diensten willen aanbieden, krijgen te maken met hogere nalevingskosten. Deze versnippering ondermijnt ook het vertrouwen van de consument in de interne markt. Het negatieve effect op het vertrouwen van de consument wordt nog versterkt door het ongelijke niveau van consumentenbescherming in de Gemeenschap. Dit probleem is bijzonder dringend in het licht van nieuwe marktontwikkelingen.
- (8) Volledige harmonisatie van bepaalde centrale regelgevingsaspecten zal de rechtszekerheid voor zowel de consumenten als het bedrijfsleven aanzienlijk verbeteren. Zij zullen zich kunnen verlaten op één enkel regelgevend kader, op basis van duidelijk omschreven rechtsbegrippen, dat bepaalde aspecten van b2c-overeenkomsten in de gehele Gemeenschap regelt. Het effect daarvan zal zijn dat de barrières als gevolg van de versnippering van de regelgeving zullen worden geëlimineerd en dat de interne markt op dit terrein voltooid zal kunnen worden. Het wegnemen van deze barrières is alleen mogelijk door uniforme regels op communautair niveau vast te stellen. Verder zullen de consumenten een hoog gemeenschappelijk niveau van bescherming genieten in de gehele Gemeenschap.

- (9) Het door deze richtlijn geharmoniseerde terrein dient bepaalde aspecten van b2c-overeenkomsten te omvatten. Dit zijn met name regels betreffende de informatie die verstrekt dient te worden voor de sluiting en tijdens de uitvoering van de overeenkomst, het herroepingsrecht bij op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten, specifieke consumentenrechten met betrekking tot verkoopovereenkomsten, en oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.
- (10) De bepalingen van deze richtlijn dienen Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)³⁷⁹ onverlet te laten.
- (11) De bestaande communautaire wetgeving betreffende financiële diensten omvat talrijke regels inzake consumentenbescherming. De bepalingen van deze richtlijn gaan dan ook alleen in op overeenkomsten met betrekking tot financiële diensten voor zover dat noodzakelijk is om de lacunes in de regelgeving op te vullen.
- (12) De nieuwe definitie van "op afstand gesloten overeenkomst" dient alle gevallen te bestrijken waar bij het sluiten van verkoop- en dienstenovereenkomsten uitsluitend gebruik wordt gemaakt van (een of meer) middelen voor communicatie op afstand (zoals postorder, internet, telefoon of fax). Dit zou alle handelaren op afstand gelijke concurrentievoorwaarden bieden. Het zou ook de rechtszekerheid verbeteren ten opzichte van de huidige definitie, volgens welke sprake moet zijn van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop op afstand of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf.
- (13) De specifieke omstandigheden waaronder een aanbod werd gedaan of een overeenkomst werd gesloten, zouden niet relevant moeten zijn voor de definitie van een overeenkomst op afstand. Wanneer een handelaar alleen nu en dan op afstand verkoopt of gebruikt maakt van een door derden georganiseerd systeem zoals bijvoorbeeld een online-platform, zou dat niet moeten betekenen dat de consumenten minder bescherming genieten. Ook wanneer er bij een transactie sprake is geweest van persoonlijk contact buiten verkooppunten tussen handelaar en consument, dient de overeenkomst toch als een overeenkomst op afstand beschouwd te worden, als de overeenkomst vervolgens gesloten is uitsluitend door middel van technieken voor communicatie op afstand, zoals internet of telefoon. Voor handelaren zou een eenvoudigere definitie van een overeenkomst op afstand de rechtszekerheid verbeteren en hen beschermen tegen oneerlijke concurrentie.
- (14) Een buiten verkooppunten gesloten overeenkomst zou gedefinieerd moeten worden als een overeenkomst bij de sluiting waarvan de handelaar en de consument beide fysiek aanwezig waren, buiten verkooppunten, bijvoorbeeld bij de consument thuis of op zijn werkplaats. Bij een verkoopsituatie buiten verkooppunten staan consumenten onder een zekere psychologische druk, of zij nu zelf om het bezoek van de handelaar gevraagd hebben of niet. Om omzeiling van de regels te vermijden wanneer consumenten buiten verkooppunten worden benaderd, zou bovendien een overeenkomst waarover bijvoorbeeld bij de consument thuis onderhandeld is maar die in een winkel wordt gesloten, beschouwd moeten worden als een buiten verkooppunten gesloten overeenkomst.
- (15) Het begrip verkooppunten dient alle ruimten, van welke aard ook (winkels, bestelwagens), te omvatten die voor de handelaar als permanente bedrijfsruimte dienen. Marktkramen en stands op beurzen dienen als verkooppunten te worden

³⁷⁹ Pb L 177 van 4.7.2008, blz. 6.

- beschouwd, ook als de handelaar er slechts tijdelijk gebruik van maakt. Andere ruimten die slechts voor korte tijd worden gehuurd en waar de handelaar niet gevestigd is (zoals hotels, restaurants, conferentiecentra en bioscopen die worden gehuurd door handelaren die daar niet gevestigd zijn) dienen niet als verkoopruimten beschouwd te worden. Ook alle openbare ruimten, met inbegrip van openbare vervoermiddelen en faciliteiten, en privéwoningen en arbeidsplaatsen, dienen niet als verkoopruimten beschouwd te worden.
- (16) De definitie van duurzame drager dient met name papieren documenten, usb-sticks, cd-rom's, dvd's, memory cards en de harde schijf van de computer waar een e-mail of een pdf-bestand is opgeslagen, te omvatten.
 - (17) Consumenten moeten een wettelijk recht hebben bepaalde informatie te ontvangen voor de sluiting van de overeenkomst. Handelaren moeten echter niet verplicht worden om informatie te verstrekken die al duidelijk is uit de context. Bij een transactie in een verkoopruimte bijvoorbeeld kunnen de voornaamste kenmerken van een product, de identiteit van de handelaar en de wijze van levering al duidelijk zijn uit de context. Bij transacties op afstand en buiten verkoopruimten dient de handelaar in alle gevallen informatie te verstrekken over de wijze van betaling, levering, uitvoering en de klachtenprocedure, aangezien die mogelijk niet duidelijk zijn uit de context.
 - (18) Handelaren dienen verplicht te worden om consumenten van te voren in te lichten over eventuele aanbetalingsregelingen, inclusief het blokkeren van een bedrag op de krediet- of debetkaart van de consument.
 - (19) Bij openbare veilingen kan, gezien de bijzondere aard en tradities van deze verkoopmethode, de veilingmeester in plaats van de identiteit en het adres van de verkoper namens wie hij de optreedt zijn eigen contactgegevens aangeven.
 - (20) De consument dient te weten of hij een overeenkomst sluit met een handelaar of met een tussenpersoon die namens een andere consument optreedt, aangezien hij in het laatste geval mogelijk niet de bescherming uit hoofde van deze richtlijn geniet. De tussenpersoon dient dit dus mede te delen, en ook wat de consequenties daarvan zijn. Online-platforms die geen overeenkomsten in naam van of ten behoeve van enige andere partij sluiten, dienen niet onder de definitie van het begrip tussenpersoon te vallen.
 - (21) Bij overeenkomsten op afstand dienen de voorschriften inzake informatie aangepast te worden om rekening te houden met de technische beperkingen van bepaalde media, zoals bijvoorbeeld het mogelijke aantal karakters op het scherm van mobiele telefoons of de maximale duur van reclamespots op televisie. In dergelijke gevallen dient de handelaar te voldoen aan bepaalde minimumvoorschriften en de consument voor het overige te verwijzen naar een andere informatiebron, bijvoorbeeld door een gratis telefoonnummer aan te geven of een link naar een webpagina van de handelaar waar de relevante informatie rechtstreeks beschikbaar en gemakkelijk te raadplegen is.
 - (22) Aangezien de consument bij verkoop op afstand de goederen niet kan zien voordat hij de overeenkomst sluit, dient hij een herroepingsrecht te hebben, dat hem de tijd geeft om de aard en het functioneren van de goederen te controleren.
 - (23) Momenteel lopen de herroepingstermijnen uiteen, zowel tussen de lidstaten als tussen op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, en dat veroorzaakt rechtsonzekerheid en nalevingskosten. Voor alle op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten zou dezelfde herroepingstermijn moeten gelden.
 - (24) Met het oog op de rechtszekerheid dient Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn

- op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden³⁸⁰ van toepassing te zijn op de berekening van de in deze richtlijn bedoelde termijnen. Alle in deze richtlijn aangegeven termijnen zijn dan ook uitgedrukt in kalenderdagen.
- (25) De regels betreffende overeenkomsten op afstand dienen de bepalingen betreffende het sluiten van contracten en het plaatsen van orders langs elektronische weg van de artikelen 9 en 11 van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("richtlijn inzake elektronische handel"), onverlet te laten.
 - (26) Wanneer een consument meer dan één artikel bestelt bij dezelfde handelaar, dient hij voor elk artikel afzonderlijk van zijn herroepingsrecht gebruik te kunnen maken. Wanneer deze goederen separaat geleverd worden, dient de herroepingstermijn voor ieder afzonderlijk artikel in te gaan op het moment dat de consument het daadwerkelijk in ontvangst neemt. Wanneer een goed in verschillende partijen of onderdelen geleverd wordt, dient de herroepingstermijn in te gaan op het moment dat de consument of een door de consument aangewezen derde de laatste partij of het laatste onderdeel daadwerkelijk in bezit krijgt.
 - (27) Wanneer de handelaar de consument vóór de sluiting van een overeenkomst op afstand of buiten verkooppunten niet op de hoogte heeft gesteld van het herroepingsrecht, dient de herroepingstermijn verlengd te worden. Om echter rechtszekerheid op langere termijn te waarborgen, dient een uiterste limiet van drie maanden te worden bepaald, op voorwaarde dat de handelaar volledig aan zijn contractuele verplichtingen heeft voldaan. De handelaar moet geacht worden volledig aan zijn verplichtingen te hebben voldaan wanneer hij de door de consument bestelde goederen heeft geleverd of de bestelde diensten heeft verleend.
 - (28) Verschillen tussen de manieren waarop het herroepingsrecht wordt uitgeoefend in de lidstaten veroorzaken extra kosten voor ondernemingen die grensoverschrijdend verkopen. Invoering van een geharmoniseerd standaardformulier voor herroeping door de consument zal het herroepingsproces vereenvoudigen en meer rechtszekerheid brengen. Om die reden dienen de lidstaten af te zien van aanvullende eisen betreffende de presentatie, bijvoorbeeld betreffende de lettergrootte, waaraan het standaardformulier voor de hele Gemeenschap zou moeten voldoen.
 - (29) Uit ervaring blijkt dat veel consumenten en handelaren bij voorkeur communiceren via de website van de handelaar; daarom zouden handelaren de mogelijkheid moeten hebben de consument online een herroepingsformulier aan te bieden. Wanneer de consument daar gebruik van maakt, dient de handelaar onverwijld per e-mail een ontvangstbevestiging te sturen.
 - (30) Bij herroeping dient de handelaar alle van de consument ontvangen bedragen terug te betalen, inclusief die voor de kosten van levering van de goederen aan de consument.
 - (31) Het komt voor dat consumenten gebruik maken van hun herroepingsrecht nadat zij de goederen meer gebruikt hebben dan noodzakelijk was om de aard en het goede functioneren ervan te controleren. In dat geval dient de consument aansprakelijk te zijn voor het waardeverlies van de goederen. Het uitgangspunt dient te zijn dat de consument, om de aard en het goede functioneren van een artikel te controleren, dat artikel op dezelfde manier mag hanteren of testen als hij dat in een winkel zou mogen doen. De consument mag dus bijvoorbeeld wel proberen of een kledingstuk past, maar hij mag het niet langere tijd dragen. Om de werkzaamheid van het herroepingsrecht te

³⁸⁰ Pb L 124 van 8.6.1971, blz. 1.

- waarborgen bij dienstenovereenkomsten, met name betreffende niet-urgente renovatiewerkzaamheden bij de verkoop aan huis waarvan consumenten soms onder druk gezet worden, en waarbij de dienst dan vaak onmiddellijk wordt verricht voordat de herroepingstermijn is verstreken, dienen consumenten geen kosten te dragen voor een dergelijke dienst.
- (32) Om te voorkomen dat een handelaar een consument zijn geld terugbetaalt terwijl de laatste de goederen niet heeft geretourneerd, dient de consument verplicht te worden de goederen terug te zenden binnen veertien dagen nadat hij de handelaar heeft medegedeeld dat hij de overeenkomst herroept.
- (33) Bepaalde uitzonderingen op het herroepingsrecht moeten mogelijk zijn, zoals in gevallen waar een dergelijk recht onredelijk zou zijn, gezien de aard van het product. Dat geldt bijvoorbeeld voor overeenkomsten van speculatieve aard betreffende wijn die pas langere tijd na sluiting van de overeenkomst wordt geleverd, en waarbij de waarde afhangt van schommelingen van de markt (vin en primeur).
- (34) Ook bij overeenkomsten op afstand betreffende de verlening van diensten, waarbij die verlening begint vóór het einde van de herroepingstermijn (bv. het downloaden van gegevensbestanden door de consument), zou het onredelijk zijn als consument zou kunnen herroepen nadat hij al volledig of gedeeltelijk gebruik heeft gemaakt van de dienst. De consument dient daarom zijn herroepingsrecht te verliezen zodra de verlening van de dienst begint, voor zover hij daar van te voren uitdrukkelijk mee heeft ingestemd.
- (35) De Commissie heeft enkele belangrijke consumentenproblemen geconstateerd in de sector woningverbetering, waar consumenten vaak onder sterke druk worden gezet om opdracht te geven tot kostbare renovatiewerkzaamheden. De reikwijdte van de regels inzake informatie en herroeping dient verduidelijkt en uitgebreid te worden om dit soort overeenkomst te bestrijken. Alleen overeenkomsten betreffende de overdracht van onroerend goed dienen te worden uitgesloten van de werkingssfeer van de regels inzake informatie en herroeping die gelden voor overeenkomsten op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.
- (36) Een herroepingsrecht kan ook niet passend zijn voor bepaalde diensten met betrekking tot onderbrenging, vervoer en vrijetijdsbesteding. De sluiting van de desbetreffende overeenkomsten impliceert dat er capaciteit wordt gereserveerd, waarvoor de handelaar bij herroeping mogelijk geen bestemming meer kan vinden. Dit type overeenkomsten op afstand dient daarom niet onder de bepalingen inzake consumenteninformatie en herroepingsrecht te vallen.
- (37) Met het oog op vereenvoudiging en rechtszekerheid dient het herroepingsrecht van toepassing te zijn op alle typen buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, behalve onder bepaalde nauwkeurig omschreven en gemakkelijk aan te tonen omstandigheden. Zo dient er geen herroepingsrecht te gelden bij dringende reparaties bij de consument thuis, omdat een dergelijk herroepingsrecht onverenigbaar zou zijn met de dringende aard van de situatie, en ook niet bij levering aan huis door supermarkten waarbij consumenten levensmiddelen, dranken en andere goederen voor normale huishoudelijke consumptie kunnen bestellen via de website van de supermarkt. Het gaat daarbij om relatief geringe bedragen en om goederen die regelmatig door consumenten worden gekocht voor dagelijkse consumptie of dagelijks gebruik in het huishouden, waarvoor dus geen herroepingsrecht zou moeten gelden. De voornaamste problemen voor consumenten en de voornaamste bron van geschillen met handelaren betreffen de levering van goederen, zoals goederen die verloren gaan of beschadigd worden gedurende het vervoer, en late en onvolledige levering. Het is

daarom zinvol de nationale regels inzake levering en het overgaan van risico's te verduidelijken en te harmoniseren.

- (38) In de context van verkoop aan consumenten kan de levering van goederen op verschillende manieren plaatsvinden. De noodzakelijke flexibiliteit om met deze verschillen rekening te kunnen houden, kan alleen verzekerd worden door een regel waarop ruime uitzonderingen mogelijk zijn. De consument dient beschermd te worden tegen alle risico's van verlies of beschadiging van de goederen gedurende het door de handelaar geregelde of verzorgde vervoer. De regel betreffende de overgang van deze risico's dient niet van toepassing te zijn wanneer de consument onnodig lang wacht tot hij de goederen in ontvangst neemt (bijvoorbeeld wanneer hij de goederen niet afhaalt bij het postkantoor binnen de door de post aangegeven termijn). Onder die omstandigheden dient de consument het risico van verlies of bederf te dragen nadat het met de handelaar overeengekomen tijdstip van levering verstreken is.
- (39) De handelaar dient aansprakelijk te zijn jegens de consument wanneer de goederen niet in overeenstemming zijn met de overeenkomst. De goederen moeten geacht worden in overeenstemming met de overeenkomst te zijn wanneer zij voldoen aan een aantal voorwaarden, hoofdzakelijk met betrekking tot de kwaliteit. Welke kwaliteit en prestaties de consumenten redelijkerwijs kunnen verwachten, hangt onder andere af van de vraag of de goederen nieuw of tweedehands zijn, en van de te verwachten levensduur van de goederen.
- (40) Wanneer het goed niet in overeenstemming is met de overeenkomst, dient de consument allereerst het recht te hebben om van de handelaar herstel of vervanging te verlangen, naar keuze van de handelaar, tenzij de handelaar kan aantonen dat deze genoegdoening onwettig of onmogelijk is of de handelaar buitensporige inspanningen zou kosten. De van de handelaar verlangde inspanning dient objectief vastgesteld te worden, rekening houdende met de kosten van het verhelpen van het gebrek aan overeenstemming, de waarde van de goederen, en het belang van het gebrek aan overeenstemming. Het ontbreken van reserveonderdelen dient niet beschouwd te worden als een geldige reden voor de handelaar om het gebrek aan overeenstemming niet – binnen een redelijke termijn en zonder bovenmatige inspanning – te verhelpen.
- (41) De consument dient geen kosten te dragen voor het verhelpen van het gebrek aan overeenstemming, met name de kosten van verzending, arbeid of materiaal. Verder dient de consument de handelaar geen compensatie te betalen voor het gebruik van de goederen met gebreken.
- (42) Wanneer de handelaar geweigerd heeft om het gebrek aan overeenstemming te verhelpen, of daar bij herhaling niet in geslaagd is, moet de consument vrijelijk kunnen kiezen uit de beschikbare rechtsmogelijkheden. De weigering van de handelaar kan hetzij expliciet of impliciet zijn; het laatste is het geval wanneer de handelaar niet reageert of niet ingaat op het verzoek van de consument om het gebrek aan overeenstemming te verhelpen.
- (43) Richtlijn 1999/44/EG bood de lidstaten de mogelijkheid om een periode van niet minder dan twee maanden te bepalen waarbinnen de consument de handelaar op de hoogte diende te brengen van enig gebrek aan overeenstemming. De uiteenlopende omzetting daarvan heeft handelsbelemmeringen gecreëerd. Het is dan ook noodzakelijk deze regelgevingsoptie te schrappen en de rechtszekerheid te verbeteren door consumenten te verplichten om de handelaar binnen twee maanden na de datum waarop een gebrek aan overeenstemming wordt vastgesteld daarvan op de hoogte te stellen.

- (44) Sommige handelaren of producenten bieden consumenten handelsgaranties. Teneinde te verzekeren dat de consument niet misleid wordt, moeten de handelsgaranties bepaalde gegevens bevatten, onder meer de duur, de territoriale reikwijdte en een verklaring dat zij de rechten van de consument onverlet laten.
- (45) Consumenten dienen beschermd te worden tegen oneerlijke bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, zoals standaardbedingen. De regels inzake oneerlijke bedingen dienen niet van toepassing te zijn op bedingen waarmee de consument na onderhandeling heeft ingestemd. Dat een consument de keuze wordt geboden tussen verschillende bedingen die zijn opgesteld door de handelaar of door een derde partij die namens de handelaar optreedt, dient niet als een onderhandeling beschouwd te worden.
- (46) Bepalingen inzake oneerlijke bedingen in overeenkomsten dienen niet van toepassing te zijn op bedingen die direct of indirect wettelijke of regelgevende bepalingen van de lidstaten weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht. Ook bedingen die de beginselen weerspiegelen van internationale verdragen waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn, met name wat vervoer betreft, dienen niet op oneerlijkheid getoetst te worden.
- (47) Consumentenovereenkomsten dienen in eenvoudige en begrijpelijke taal opgesteld te worden en goed leesbaar te zijn. Handelaren dienen vrij te zijn om zelf lettertype en lettergrootte van de bedingen te bepalen. De consument dient gelegenheid te krijgen om de bedingen door te lezen voordat de overeenkomst gesloten wordt. Dit kan inhouden dat de bedingen op verzoek overhandigd worden (bij overeenkomsten in verkoopruimten), of dat die op andere wijze toegankelijk worden gemaakt (bv. op de website van de handelaar bij overeenkomsten op afstand), of dat standaardbedingen aan het bestelformulier worden gehecht (bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten). De handelaar dient de consument te vragen of deze instemt met eventuele aanvullende betalingen naast de betaling voor het onderwerp van de eigenlijke contractuele verlichting van de handelaar. Dat deze instemming geacht wordt te zijn verkregen door opt-out-systemen, zoals al aangekruiste vakjes bij online-verkoop, dient verboden te worden.
- (48) Bij beoordeling van de goede trouw dient in het bijzonder te worden gelet op de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. De handelaar voldoet aan het vereiste van goede trouw als hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij.
- (49) Voor de doeleinden van deze richtlijn dient de eerlijkheid van de bedingen die het centrale onderwerp van de overeenkomst beschrijven niet beoordeeld te worden, noch de kwaliteit-prijsverhouding van de geleverde goederen of diensten, tenzij deze bedingen niet aan de voorschriften inzake transparantie voldoen. Het centrale onderwerp van de overeenkomst en de prijs-kwaliteitverhouding spelen echter wel een rol bij de beoordeling van de eerlijkheid van andere bedingen. Bij verzekeringsovereenkomsten bijvoorbeeld dienen de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing te zijn, aangezien deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.
- (50) Om te zorgen voor rechtszekerheid en om het functioneren van de interne markt te verbeteren, bevat de richtlijn twee lijsten van oneerlijke bedingen. Bijlage II bevat een

- lijst van bedingen die onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd moeten worden. Bijlage III bevat een list van bedingen die als oneerlijk beschouwd moeten worden tenzij de handelaar het tegendeel kan bewijzen. Deze lijsten dienen in alle lidstaten van toepassing te zijn.
- (51) De voor de tenuitvoerlegging van deze richtlijn vereiste maatregelen dienen te worden vastgesteld overeenkomstig Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden³⁸¹.
 - (52) Meer in het bijzonder dient de Commissie bevoegd te zijn de bijlagen II en III betreffende als oneerlijk beschouwde bedingen in overeenkomsten te wijzigen. Daar het maatregelen van algemene strekking betreft tot wijziging van niet-essentiële onderdelen van deze richtlijn, moeten zij worden vastgesteld volgens de in artikel 5 bis van Besluit 1999/468/EG bepaalde regelgevingsprocedure met toetsing.
 - (53) De bevoegdheid van de Commissie om de bijlagen II en III te wijzigen, dient te worden gebruikt om consistente toepassing van de regels inzake oneerlijke bedingen te waarborgen, door aanvulling van deze bijlagen met contractuele bedingen die respectievelijk onder alle omstandigheden of totdat de handelaar het tegendeel bewijst als oneerlijk moeten worden beschouwd.
 - (54) De lidstaten kunnen gebruik maken van ieder gewenst concept/element van het nationale verbintenissenrecht dat beantwoordt aan de doelstelling dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten niet bindend moeten zijn voor de consument.
 - (55) De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat hun gerechtelijke en administratieve instanties over passende en doeltreffende middelen beschikken om een einde te maken aan de toepassing van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.
 - (56) Overeenkomstig het Verdrag voorziet de richtlijn in een hoog niveau van consumentenbescherming. De bepalingen van deze richtlijn beletten handelaren geenszins om consumenten contractuele regelingen aan te bieden die verder gaan dan de door deze richtlijn geboden bescherming.
 - (57) Personen of organisaties die krachtens de nationale wetgeving een rechtmatig belang hebben bij het beschermen van de contractuele rechten van consumenten, dienen over rechtsmiddelen te kunnen beschikken om stappen te ondernemen, hetzij voor een rechterlijke instantie, hetzij bij een administratieve instantie die bevoegd is zelf een uitspraak te doen over een klacht of een passende gerechtelijke procedure in te leiden.
 - (58) De lidstaten moeten sancties vaststellen voor inbreuken op de bepalingen van deze richtlijn en moeten erop toezien dat deze worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.
 - (59) De consument mag de door deze richtlijn geboden bescherming niet worden onthouden. Wanneer op een overeenkomst het recht van een derde land van toepassing is, is Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op contractuele verbintenissen (Rome I), van toepassing om vast te stellen of de consument nog de door deze richtlijn geboden bescherming geniet.
 - (60) De Europese Commissie zal nagaan wat de meest geëigende manier is om ervoor te zorgen dat alle consumenten op het verkooppunt worden geïnformeerd over hun rechten.

³⁸¹ Pb L 184 van 17.7.1999, blz. 23.

- (61) Aangezien inertiaverkoop, dat wil zeggen de ongevraagde levering van goederen of diensten aan consumenten, verboden is bij 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")³⁸², maar geen contractueel verweer wordt geboden, dient in deze richtlijn een contractueel verweer te worden opgenomen dat de consument vrijwaart van enige betalingsverplichting voor dergelijke ongevraagde leveringen.
- (62) Richtlijn 2002/58/EG regelt al ongevraagde communicatie en voorziet in een hoog niveau van consumentenbescherming. De overeenkomstige bepalingen over datzelfde onderwerp in artikel 10 van Richtlijn 97/7/EG dienen te worden geschrapt.
- (63) Deze richtlijn moet opnieuw worden gezien wanneer belemmeringen van het functioneren van de interne markt worden gesignaleerd. De toetsing zou kunnen leiden tot een voorstel van de Commissie tot wijziging van deze richtlijn, die zou kunnen bestaan in wijzigingen van andere regelgeving inzake consumentenbescherming, als afspiegeling van de toezegging die de Commissie in het kader van haar strategie voor het consumentenbeleid heeft gedaan om het acquis opnieuw te bezien teneinde een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen.
- (64) De Richtlijnen 85/577/EEG, 93/13/EEG, 97/7/EG en 1999/44/EG dienen te worden ingetrokken.
- (65) Daar de doelstellingen van deze richtlijn niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt, kan de Gemeenschap, overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan wat nodig is om de belemmeringen voor de interne markt te verwijderen en een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen.
- (66) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name zijn erkend in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,

HEBBEN DE VOLGENDE RICHTLIJN VASTGESTELD:

Hoofdstuk I

Onderwerp, definities en toepassingsgebied

Artikel 1 *Onderwerp*

Het doel van deze richtlijn is om bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door bepaalde aspecten van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenovereenkomsten te harmoniseren.

³⁸² Pb L 149 van 11.6.2005, blz. 22.

Artikel 2 *Definities*

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- (1) "consument": iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;
- (2) "handelaar": iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die in onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekening van een handelaar optreedt;
- (3) "verkoopovereenkomst": iedere overeenkomst betreffende de verkoop van goederen door een handelaar aan een consument, met inbegrip van overeenkomsten met een gemengd doel die zowel goederen als diensten betreffen;
- (4) "goederen": alle roerende lichamelijke zaken, behalve:
 - a) goederen die executoriaal of anderszins gerechtelijk worden verkocht;
 - b) water en gas die niet marktklaar zijn gemaakt in een bepaald volume of in een bepaalde hoeveelheid;
 - c) elektriciteit;
- (5) "dienstenovereenkomst" iedere andere overeenkomst dan een verkoopovereenkomst, waarbij de handelaar de consument een dienst levert;
- (6) "overeenkomst op afstand": iedere verkoop- of dienstenovereenkomst waarbij de handelaar, vóór de sluiting van de overeenkomst, uitsluitend gebruik maakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand;
- (7) "techniek voor communicatie op afstand": ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van handelaar en consument kan worden gebruikt voor de sluiting van de overeenkomst tussen deze partijen;
- (8) "buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst":
 - a) Iedere verkoop- of dienstenovereenkomst die buiten verkoopruimten wordt gesloten in gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de handelaar en de consument, of iedere verkoop- of dienstenovereenkomst waarvoor de consument een aanbod heeft gedaan onder dezelfde omstandigheden, of
 - b) iedere verkoop- of dienstenovereenkomst die gesloten wordt in verkoopruimten maar waarover buiten verkoopruimten onderhandeld is, in gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de handelaar en de consument;
- (9) "verkoopruimten":
 - a) iedere permanente of mobiele ruimte voor detailhandel, met inbegrip van ruimten voor seizoenverkoop, waar de handelaar op permanente basis zijn activiteiten uitvoert, of
 - b) marktkramen en beursstands waar de handelaar op regelmatige of tijdelijke basis zijn activiteiten uitvoert;
- (10) "duurzame drager": ieder hulpmiddel dat de consument of de handelaar in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een

periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt;

- (11) "bestelformulier": een instrument waarin de bedingen van de overeenkomst zijn aangegeven, en dat de consument moet ondertekenen om een overeenkomst buiten verkooppunten te sluiten;
- (12) "product": een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen;
- (13) "financiële dienst": iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen;
- (14) "professionele toewijding": het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar;
- (15) "verkoop bij opbod": een verkoopmethode waarbij goederen of diensten worden aangeboden door een handelaar door middel van een competitieve biedprocedure, waarbij eventueel ook gebruik gemaakt kan worden van technieken voor communicatie op afstand, en waarbij de hoogste bieder verplicht is de goederen of de diensten af te nemen. Een transactie op basis van een vaste vraagprijs is geen verkoop bij opbod, ook niet als de consument de optie geboden wordt om de overeenkomst te sluiten via een biedprocedure;
- (16) "publieke verkoop bij opbod": een verkoopmethode waarbij goederen door de handelaar worden aangeboden aan de consumenten, die persoonlijk aanwezig zijn of de mogelijkheid krijgen om persoonlijk aanwezig te zijn, door middel van een competitieve biedprocedure, onder leiding van een veilingmeester, en waarbij de hoogste bieder verplicht is de goederen te kopen;
- (17) "producent": de fabrikant van goederen, de importeur van goederen op het grondgebied van de Europese Gemeenschap, of elke andere persoon die zich als producent voordoet door zijn naam, handelsmerk of enig ander onderscheidend teken op de goederen aan te brengen;
- (18) "handelsgarantie": iedere toezegging van de handelaar of producent (de "garant") aan de consument de betaalde prijs te zullen vergoeden, of de goederen op enigerlei wijze te zullen vervangen, repareren of onderhouden, wanneer die niet voldoen aan specificaties in de garantieverklaring of in de desbetreffende reclameboodschappen ten tijde van of vóór de sluiting van de overeenkomst;
- (19) "tussenpersoon": een handelaar die namens of ten behoeve van een consument een overeenkomst sluit;
- (20) "aanvullende overeenkomst": een overeenkomst waarbij een consument goederen of diensten verwerft in verband met een overeenkomst op afstand of een buiten verkooppunten gesloten overeenkomst, en deze goederen of diensten door de handelaar of door een derde partij worden geleverd op basis van een afspraak tussen die derde partij en de handelaar.

Artikel 3
Toepassingsgebied

1. Deze richtlijn is van toepassing, onder de voorwaarden en in die mate als aangegeven in de bepalingen ervan, op verkoop- en dienstenovereenkomsten tussen handelaren en consumenten.
2. Deze richtlijn is alleen van toepassing op financiële diensten voor wat betreft bepaalde buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten zoals bedoeld in de artikelen 8 tot en met 20, oneerlijke bedingen in overeenkomsten zoals bedoeld in de artikelen 30 tot en met 39, en algemene bepalingen zoals bedoeld in de artikelen 40 tot en met 46, gelezen in samenhang met artikel 4 betreffende volledige harmonisatie.
3. Alleen de artikelen 30 tot en met 39 betreffende consumentenrechten in verband met oneerlijke bedingen in overeenkomsten, gelezen in samenhang met artikel 4 betreffende volledige harmonisatie, zijn van toepassing op overeenkomsten die vallen binnen de werkingssfeer van Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en de Raad³⁸³ en van Richtlijn 90/314/EEG van de Raad³⁸⁴.
4. De artikelen 5, 7, 9 en 11 laten de bepalingen betreffende informatieverplichtingen in Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en van de Raad³⁸⁵ en in Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad³⁸⁶ onverlet.

Artikel 4
Volledige harmonisatie

Lidstaten mogen in hun nationale wetgeving geen bepalingen handhaven of invoeren die afwijken van de bepalingen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming moeten waarborgen.

Hoofdstuk II

Consumenteninformatie

Artikel 5
Algemene informatieverplichtingen

1. Voorafgaande aan de sluiting van enige verkoop- of dienstenovereenkomst verstrekt de handelaar de consument de volgende informatie, voor zover die niet al duidelijk is uit de context:
 - a) de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het medium en het product passend is;
 - b) het geografische adres en de identiteit van de handelaar, in het bijzonder zijn handelsnaam, en, in voorkomend geval, het geografische adres en de identiteit van de handelaar namens wie hij optreedt;
 - c) de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een soort product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs

³⁸³ Pb L 280 van 29.10.1994, blz. 83.

³⁸⁴ Pb L 158 van 23.6.1990, blz. 59.

³⁸⁵ Pb L 376 van 27.12.2006, blz. 36.

³⁸⁶ Pb L 178 van 17.7.2000, blz. 1.

wordt berekend, en, in voorkomend geval, alle extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, in ieder geval het feit dat er eventueel dergelijke extra kosten moeten worden betaald;

- d) de wijze van betaling, levering, uitvoering en het beleid inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding;
 - e) het bestaan van een recht van herroeping, indien van toepassing;
 - f) het bestaan en de voorwaarden van klantenservice en handelsgaranties, voor zover van toepassing;
 - g) de duur van de overeenkomst, indien van toepassing, of, wanneer de overeenkomst van onbepaalde duur is, de voorwaarden voor het beëindigen van de overeenkomst;
 - h) de minimumduur van de verplichtingen van de consument uit hoofde van de overeenkomst, voor zover van toepassing;
 - i) het bestaan en de voorwaarden van aanbetalingen of andere financiële waarborgen die de consument op verzoek van de handelaar moet betalen of bieden.
2. Bij een openbare verkoop bij opbod kan de in lid 1, onder b), bedoelde informatie vervangen worden door het geografische adres en de identiteit van de veilingmeester.
 3. De in lid 1 bedoelde informatie vormt een integrerend onderdeel van de verkoop- of dienstenovereenkomst.

Artikel 6

Niet-verstrekking van informatie

1. Wanneer de handelaar niet voldaan heeft aan de informatievoorschriften betreffende extra kosten zoals bedoeld in artikel 5, lid 1, onder c), is de consument niet verplicht deze extra kosten te betalen.
2. Onverminderd artikel 7, lid 2, en de artikelen 13 en 42, worden de gevolgen van een inbreuk op artikel 5 vastgesteld overeenkomstig het toepasselijke nationale recht. De lidstaten zorgen ervoor dat hun nationale wettelijke bepalingen inzake verbintenissenrecht voorzien in effectieve rechtsmiddelen voor inbreuken op artikel 5.

Artikel 7

Specifieke informatievoorschriften voor tussenpersonen

1. Voorafgaande aan de sluiting van de overeenkomst deelt de tussenpersoon de consument mee dat hij optreedt namens een andere consument, en dat de overeenkomst niet beschouwd dient te worden als een overeenkomst tussen een consument en een handelaar, maar als een overeenkomst tussen twee consumenten, en dus buiten de werkingssfeer van deze richtlijn valt.
2. Een tussenpersoon die niet aan de onder lid 1 bedoelde verplichting voldoet, wordt geacht de overeenkomst op eigen naam te hebben gesloten.
3. Dit artikel is niet van toepassing op openbare verkopen bij opbod.

Hoofdstuk III

Consumenteninformatie en herroepingsrecht voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten

Artikel 8 Toepassingsgebied

Dit hoofdstuk is van toepassing op op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten.

Artikel 9 Informatievoorschriften voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten

Bij op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten verstrekt de handelaar de volgende informatie, die een integrerend onderdeel vormt van de overeenkomst:

- a) de in de artikelen 5 en 7 bedoelde informatie, en in afwijking van artikel 5, lid 1, onder d), in alle gevallen de wijze van betaling, levering en uitvoering;
- b) wanneer een recht van herroeping bestaat, de voorwaarden en procedures voor de uitoefening van dat recht, overeenkomstig bijlage I;
- c) wanneer dat verschilt van zijn persoonlijke geografische adres, het geografische adres van de bedrijfsruimten van de handelaar (en indien van toepassing dat van de handelaar namens wie hij optreedt), waaraan de consument eventuele klachten kan richten;
- d) het eventuele bestaan van gedragscodes, en hoe die geraadpleegd kunnen worden;
- e) het bestaan van een regeling voor minnelijke schikking van eventuele geschillen, voor zover van toepassing;
- f) dat de overeenkomst wordt gesloten met een handelaar en dat de consument derhalve de door deze richtlijn geboden bescherming geniet.

Artikel 10 Formele vereisten voor buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten

1. Bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten wordt de in artikel 9 genoemde informatie op het bestelformulier verstrekt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in goed leesbare vorm. Het bestelformulier omvat verder ook het standaardformulier voor herroeping zoals aangegeven in bijlage I, deel B.
2. Een buiten verkooppunten gesloten overeenkomst is alleen geldig wanneer de consument een bestelformulier ondertekent en wanneer hij, wanneer het geen formulier op papier betreft, een kopie van het formulier op een andere duurzame drager ontvangt.
3. De lidstaten leggen geen andere formele vereisten op dan die in de leden 1 en 2.

Artikel 11
Formele vereisten voor overeenkomsten op afstand

1. Bij overeenkomsten op afstand wordt de in artikel 9, onder a), genoemde informatie vóór de sluiting van de overeenkomst aan de consument verstrekt of beschikbaar gemaakt, in duidelijke en begrijpelijke taal en in leesbare vorm, op een wijze die passend is voor de gebruikte techniek voor communicatie op afstand.
2. Wanneer de handelaar de consument opbelt met het oogmerk een overeenkomst op afstand te sluiten, geeft hij aan het begin van het telefoongesprek met de consument zijn identiteit en het commerciële doel van het gesprek aan.
3. Wanneer de overeenkomst gesloten wordt door middel van een medium dat maar weinig ruimte of tijd biedt voor het tonen van de informatie, vertrekt de handelaar ten minste de informatie betreffende de voornaamste kenmerken van het product en de totale prijs, zoals bedoeld in de artikelen 5, lid 1, onder a) en c), via dat medium voordat de overeenkomst gesloten wordt. De overige in de artikelen 5 en 7 bedoelde informatie wordt door de handelaar op passende wijze aan de consument verstrekt, overeenkomstig lid 1.
4. De consument ontvangt een bevestiging van alle in artikel 9, onder a) tot en met f) bedoelde informatie, op een duurzame drager, binnen een redelijke periode na sluiting van een overeenkomst op afstand, en uiterlijk bij de levering van de goederen of wanneer de verrichting van de dienst begint, tenzij die informatie al vóór de sluiting van de overeenkomst op afstand op een duurzame drager aan de consument is verstrekt.
5. De lidstaten leggen geen andere formele vereisten op dan die in de leden 1 tot en met 4.

Artikel 12
Duur en begin van de herroepingstermijn

1. De consument beschikt over een termijn van veertien dagen om de overeenkomst op afstand of de buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst zonder opgave van redenen te herroepen.
2. Bij een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst begint de herroepingstermijn op de dag waarop de consument het bestelformulier ondertekent, of, wanneer het bestelformulier niet van papier is, wanneer de consument een kopie van het bestelformulier op een andere duurzame drager ontvangt.

Bij een overeenkomst op afstand betreffende de verkoop of goederen begint de herroepingstermijn op de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in ontvangst neemt.

Bij een overeenkomst op afstand voor de verlening van diensten begint de herroepingstermijn op de dag van de sluiting van de overeenkomst.
3. De in lid 1 bedoelde termijn wordt in acht genomen wanneer de consument de mededeling betreffende de uitoefening van het herroepingsrecht verzendt voordat die termijn is verlopen.
4. De lidstaten verbieden de partijen niet hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen gedurende de herroepingstermijn.

Artikel 13
Weglatting van informatie over het herroepingsrecht

Wanneer de handelaar de consument niet de ingevolge artikel 9, onder b), artikel 10, lid 1, en artikel 11, lid 4, verplichte informatie over het herroepingsrecht heeft verstrekt, loopt de herroepingstermijn af drie maanden nadat de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan.

Artikel 14
Uitoefening van het herroepingsrecht

1. De consument stelt de handelaar op een duurzame drager op de hoogte van zijn beslissing de overeenkomst te herroepen, hetzij in een tot de handelaar gerichte verklaring in eigen woorden, hetzij met gebruikmaking van het standaardformulier voor herroeping zoals aangegeven in bijlage I, deel B.
De lidstaten leggen geen andere formele vereisten op met betrekking tot dit standaardformulier voor herroeping.
2. Bij overeenkomsten op afstand die op internet worden gesloten, kan de handelaar, naast de in lid 1 bedoelde mogelijkheden, de consument de mogelijkheid bieden het standaardformulier voor herroeping in te vullen en toe te zenden via de website van de handelaar. In dat geval stuurt de handelaar de consument onverwijld per e-mail een bevestiging van de ontvangst van de herroeping.

Artikel 15
Gevolgen van herroeping

Door de uitoefening van het herroepingsrecht zijn de partijen niet langer verplicht:

- a) de op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomst uit te voeren, of
- b) een overeenkomst buiten verkooppunten te sluiten, in het geval de consument een aanbod heeft gedaan.

Artikel 16
Verplichtingen van de handelaar bij herroeping

1. De handelaar vergoedt alle van de consument ontvangen betalingen binnen dertig dagen na ontvangst van het bericht van herroeping.
2. Bij koopovereenkomsten kan de handelaar wachten met terugbetaling totdat hij alle goederen heeft teruggekregen of teruggehaald, of totdat de consument heeft aangetoond dat hij de goederen heeft teruggezonden, al naar gelang welk tijdstip eerder valt.

Artikel 17
Verplichtingen van de consument bij herroeping

1. Bij koopovereenkomsten waar de consument de goederen daadwerkelijk in ontvangst heeft genomen, of wanneer die op zijn verzoek aan een derde partij zijn overgedragen, vóór het einde van de herroepingstermijn, zendt de consument de goederen terug of overhandigt die aan de handelaar of aan een persoon die door de handelaar gemachtigd is om de goederen in ontvangst te nemen, binnen veertien

dagen na de dag waarop hij de herroeping aan de handelaar heeft medegedeeld, tenzij de handelaar aangeboden heeft de goederen zelf af te halen.

De consument draagt alleen de directe kosten van het retourneren van de goederen, tenzij de handelaar ermee instemt deze kosten voor zijn rekening te nemen.

2. De consument is alleen aansprakelijk voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren. Hij is niet aansprakelijk voor waardevermindering wanneer de handelaar heeft nagelaten om overeenkomstig artikel 9, onder b), informatie over het herroepingsrecht te verstrekken. Voor dienstenovereenkomsten waarvoor een herroepingsrecht geldt, draagt de consument geen kosten voor diensten die geheel of ten dele tijdens de herroepingstermijn zijn verleend.

Artikel 18

Gevolgen van de uitoefening van het herroepingsrecht op aanvullende overeenkomsten

1. Onverminderd artikel 15 van Richtlijn 2008/48/EG worden, wanneer de consument gebruik maakt van zijn recht van herroeping van een overeenkomstig de artikelen 12 tot en met 17 op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomst, alle eventuele aanvullende overeenkomsten automatisch eveneens beëindigd, zonder kosten voor de consument.
2. De lidstaten stellen uitvoeringsbepalingen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten vast.

Artikel 19

Uitzonderingen op het herroepingsrecht

1. Met betrekking tot overeenkomsten op afstand is het herroepingsrecht niet van toepassing op:
 - a) diensten waarvan de uitvoering is begonnen, met uitdrukkelijke voorafgaande instemming van de consument, vóór het einde van de in artikel 12 bedoelde periode van veertien dagen;
 - b) de levering van goederen of diensten waarvan de prijs gebonden is aan schommelingen op de financiële markt waarop de handelaar geen invloed heeft;
 - c) de levering van goederen die zijn vervaardigd volgens specificaties van de consument, of die duidelijk voor een specifieke persoon bestemd zijn, of die snel bederven of aflopen;
 - d) De levering van wijn waarvan de prijs is overeengekomen bij de sluiting van de koopovereenkomst, maar waarvan de levering alleen kan plaatsvinden na de in artikel 22, lid 1, bedoelde termijn, en waarvan de feitelijke waarde afhankelijk is van schommelingen van de markt waarop de handelaar geen invloed heeft;
 - e) de levering van verzegelde audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument is verbroken;
 - f) de levering van kranten en tijdschriften;
 - g) diensten van kansspelen en loterijen;

- h) overeenkomsten die zijn gesloten bij een verkoop bij opbod.
2. Wat buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten betreft, is het herroepingsrecht niet van toepassing op:
- a) overeenkomsten betreffende de levering van levensmiddelen, dranken of andere goederen die bestemd zijn voor dagelijkse huishoudelijke consumptie, die door de consument van te voren worden geselecteerd door middel van communicatie op afstand, en die fysiek bij de woning of arbeidsplaats van de consument worden afgeleverd door een handelaar die dergelijke goederen gewoonlijk in zijn eigen bedrijfsruimten verkoopt;
 - b) overeenkomsten waarbij de consument, met het oog op onmiddellijke reactie op een noodgeval, de handelaar verzocht heeft om de overeenkomst onmiddellijk uit te voeren; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent of goederen verkoopt die niet strikt noodzakelijk zijn om het hoofd te bieden aan het noodgeval van de consument, is het herroepingsrecht van toepassing op deze aanvullende diensten of goederen;
 - c) overeenkomsten waarbij de consument de handelaar door middel van communicatie op afstand expliciet verzocht heeft hem thuis te bezoeken om daar reparaties of onderhoud te verrichten; wanneer echter de handelaar bij die gelegenheid aanvullende diensten verleent waarom de consument niet expliciet heeft gevraagd, of goederen levert die niet strikt noodzakelijk zijn voor het verrichten van de reparaties of het onderhoud, is het herroepingsrecht van toepassing op die aanvullende diensten of goederen.
3. De partijen kunnen overeenkomen de leden 1 en 2 niet toe te passen.

Artikel 20

Uitgesloten op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten

1. De artikelen 8 tot en met 19 gelden niet voor op op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten:
- a) voor de verkoop van onroerende goederen, alsmede overeenkomsten betreffende andere rechten op onroerende goederen, met uitzondering van verhuur en werkzaamheden met betrekking tot onroerende goederen;
 - b) die worden gesloten door middel van distributieautomaten of geautomatiseerde handelsruimten;
 - c) die worden gesloten met telecommunicatie-exploitanten via openbare telefoons voor dat doel;
 - d) voor de levering van levensmiddelen of dranken door een handelaar die frequente en regelmatige rondes maakt in de omgeving van zijn bedrijfsruimten.
2. De artikelen 8 tot en met 19 zijn niet van toepassing op buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten met betrekking tot:
- a) verzekeringen;
 - b) financiële diensten waarvan de prijs afhangt van schommelingen van de financiële markten waarop de handelaar geen invloed heeft en die kunnen

plaatsvinden tijdens de herroepingstermijn, zoals bepaald in artikel 6, lid 2, onder a), van Richtlijn 2002/65/EG³⁸⁷ ;

- c) kredieten die binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2008/48/EG vallen.
3. De artikelen 8 tot en met 19 zijn niet van toepassing op overeenkomsten op afstand voor de levering van logies, vervoer, het restaurantbedrijf en vrijetijdsbesteding, voor wat betreft overeenkomsten waarin een bepaalde datum of periode van uitvoering is voorzien.

Hoofdstuk IV

Andere consumentenrechten met betrekking tot verkoopovereenkomsten

Artikel 21

Toepassingsgebied

1. Dit hoofdstuk is van toepassing op verkoopovereenkomsten. Onverminderd artikel 24, lid 5, dat betrekking heeft op "gemengde" overeenkomsten die zowel goederen als diensten betreffen, is dit hoofdstuk allen van toepassing op goederen.
2. Dit hoofdstuk is ook van toepassing op overeenkomsten voor de levering van goederen die nog vervaardigd of geproduceerd moeten worden.
3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op de reserveonderdelen die een handelaar monteert bij het verhelpen van een gebrek aan overeenstemming door reparatie zoals bedoeld in artikel 26.
4. De lidstaten kunnen besluiten dit hoofdstuk niet toe te passen op de verkoop van tweedehands goederen bij openbare verkopen bij opbod.

Artikel 22

Levering

1. Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, levert de handelaar de goederen door deze fysiek over te dragen aan de consument of aan een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, binnen ten hoogste dertig dagen na de dag van de sluiting van de overeenkomst.
2. Wanneer de handelaar niet voldaan heeft aan zijn verplichtingen inzake levering, heeft de consument recht op vergoeding van alle betaalde bedragen binnen zeven dagen na de uiterlijke datum van levering zoals bepaald in lid 1.

Artikel 23

Risico-overdracht

1. Het risico van verlies of beschadiging van de goederen gaat over op de consument zodra hij of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in bezit heeft gekregen.
2. Wanneer de consument of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, nagelaten heeft redelijke stappen te nemen om de goederen

³⁸⁷ Pb L 271 van 9.10.2002, blz. 16.

daadwerkelijk in bezit te krijgen, gaat het in lid 1 bedoelde risico over op de consument op het door de partijen overeengekomen tijdstip van levering.

Artikel 24
Overeenstemming met de overeenkomst

1. De handelaar levert de goederen in overeenstemming met de verkoopovereenkomst.
2. De geleverde goederen worden geacht in overeenstemming met de overeenkomst te zijn als ze voldoen aan de volgende voorwaarden:
 - a) ze zijn in overeenstemming met de door de handelaar gegeven beschrijving ervan, en bezitten de eigenschappen van de goederen die de handelaar aan de consument als monster of als model heeft getoond;
 - b) ze zijn geschikt voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de handelaar bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en dat de handelaar heeft aanvaard;
 - c) ze zijn geschikt voor het gebruik waarvoor goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen, of
 - d) ze bieden de kwaliteit en prestaties die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en op de eventuele door de handelaar, de producent of diens vertegenwoordiger - met name in reclame of etikettering - publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan.
3. In de zin van dit artikel kan er geen sprake zijn van gebrek aan overeenstemming wanneer het gebrek op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst de consument bekend was of redelijkerwijs bekend had moeten zijn, of wanneer het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen.
4. De handelaar is niet gebonden door de in lid 2, onder d), bedoelde publiekelijk gedane mededelingen indien hij kan aantonen dat een van de volgende omstandigheden bestond:
 - a) de mededeling in kwestie was hem niet bekend en kon hem redelijkerwijs niet bekend zijn;
 - b) de mededeling was op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst rechtgezet;
 - c) de beslissing tot aankoop van de goederen kon niet door deze mededeling beïnvloed zijn.
5. Elk gebrek aan overeenstemming dat het gevolg is van een niet-correcte installatie van de geleverde goederen wordt beschouwd als niet-conformiteit van de goederen zelf, indien de installatie deel uitmaakt van de verkoopovereenkomst en de goederen door de handelaar of onder diens verantwoordelijkheid werden geïnstalleerd. Hetzelfde geldt als voor montage door de consument bestemde goederen door de consument zijn geïnstalleerd en de verkeerde installatie een gevolg is van fouten of onduidelijkheden in de montagehandleiding.

Artikel 25
Wettelijke rechten – Aansprakelijkheid voor gebrek aan overeenstemming

De handelaar is jegens de consument aansprakelijk voor elk gebrek aan overeenstemming dat bestaat op het moment dat het risico overgaat op de consument.

Artikel 26
Rechtsmiddelen bij gebrek aan overeenstemming

1. Zoals bepaald in de leden 2 tot en met 5 heeft de consument wanneer de goederen niet in overeenstemming zijn met de overeenkomst recht op:
 - a) reparatie of vervanging om het gebrek aan overeenstemming te verhelpen,
 - b) verlaging van de prijs,
 - c) ontbinding van de overeenkomst.
2. De handelaar verhelpt het gebrek aan overeenstemming door hetzij reparatie of vervanging, naar zijn keuze.
3. Wanneer de handelaar heeft aangetoond dat het verhelpen van het gebrek aan overeenstemming door reparatie of vervanging onwettig of onmogelijk is, of van de handelaar buitensporige inspanningen zou verlangen, kan de consument kiezen tussen een korting op de prijs of ontbinding van de overeenkomst. De van een handelaar verlangde inspanning is buitensporig wanneer hij daarbij kosten maakt die veel hoger zijn dan die van korting van de prijs of ontbinding van de overeenkomst, rekening houdende met de waarde van de goederen als er geen gebrek aan overeenstemming zou zijn en met het belang van het gebrek aan overeenstemming.

De consument kan de overeenkomst alleen opzeggen als het gebrek aan overeenstemming van meer dan geringe aard is.
4. De consument kan gebruik maken van een van de in lid 1 genoemde mogelijkheden wanneer een van de volgende situaties bestaat:
 - a) de handelaar heeft impliciet of expliciet geweigerd het gebrek aan overeenstemming te verhelpen;
 - b) de handelaar heeft het gebrek aan overeenstemming niet binnen een redelijke termijn verholpen;
 - c) de handelaar heeft geprobeerd het gebrek aan overeenstemming te verhelpen, maar heeft daarbij de consument aanzienlijke overlast bezorgd;
 - d) hetzelfde gebrek heeft zich binnen een korte periode meerdere malen voorgedaan.
5. Bij de beoordeling van de vragen of er sprake is van aanzienlijke overlast voor de consument en hoeveel tijd de handelaar redelijkerwijs nodig zou hebben om de goederen in overeenstemming te brengen, wordt rekening gehouden met de aard van de goederen en het doel waarvoor de consument de goederen heeft aangeschaft, zoals bepaald in artikel 24, lid 2, onder b).

Artikel 27
Kosten en schadevergoeding

1. De consument heeft er recht op dat de goederen in overeenstemming worden gebracht zonder dat dat voor hem kosten met zich brengt.
2. Onverminderd de bepalingen van dit hoofdstuk kan de consument schadevergoeding eisen voor verlies of schade dat of die niet overeenkomstig artikel 26 in orde is gebracht.

Artikel 28
Termijnen en bewijslast

1. De handelaar is aansprakelijk krachtens artikel 25 wanneer het gebrek aan overeenstemming zich manifesteert binnen een termijn van twee jaar nadat het risico is overgegaan op de consument.
2. Wanneer de handelaar het gebrek aan overeenstemming heeft verholpen door de goederen te vervangen, is hij krachtens artikel 25 aansprakelijk wanneer het gebrek aan overeenstemming zich manifesteert binnen een termijn van twee jaar nadat de consument of een door de consument aangewezen derde partij de vervangende goederen daadwerkelijk in bezit heeft gekregen.
3. Bij tweedehands goederen kunnen de handelaar en de consument een kortere aansprakelijkheidstermijn overeenkomen, die echter niet korter dan één jaar mag zijn.
4. Om zijn rechten uit hoofde van artikel 25 gebruik te kunnen maken, dient de consument de handelaar op de hoogte te stellen van het gebrek aan overeenstemming binnen twee maanden na de datum waarop hij dat gebrek aan overeenstemming heeft geconstateerd.
5. Manifesteert zich een gebrek aan overeenstemming binnen een termijn van zes maanden vanaf het tijdstip dat het risico is overgegaan op de consument, dan geldt tot bewijs van het tegendeel het vermoeden dat dit gebrek op dat tijdstip al bestond, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van de goederen of met de aard van het gebrek aan overeenstemming.

Artikel 29
Handelsgaranties

1. Een handelsgarantie is bindend voor de garant, onder de in het garantiebewijs aangegeven voorwaarden. Als er geen garantiebewijs is verstrekt, is de handelsgarantie bindend onder de voorwaarden als aangegeven in de reclame betreffende de handelsgarantie.
2. Het garantiebewijs dient in duidelijke en begrijpelijke taal te zijn opgesteld en goed leesbaar te zijn. Hierbij gaat het om:
 - a) de wettelijke rechten van de consument, zoals bepaald in artikel 26, en een duidelijke verklaring dat de handelsgarantie die rechten onverlet laat,
 - b) de inhoud van de handelsgarantie en de voorwaarden voor het indienen van claims, met name de duur en het geografische toepassingsgebied van de garantie en naam en adres van de garant,
 - c) onverminderd de artikelen 32 en 35 en bijlage III, punt 1, onder j), een verklaring, voor zover van toepassing, dat de handelsgarantie niet kan worden overgedragen bij doorverkoop.
3. Wanneer de consument daarom verzoekt, stelt de handelaar de garantie ter beschikking op een duurzame drager.
4. Niet-naleving van lid 2 of lid 3 is niet van invloed op de geldigheid van de garantie.

Hoofdstuk V

Consumentenrechten met betrekking tot bedingen in overeenkomsten

Artikel 30

Toepassingsgebied

1. Dit hoofdstuk is van toepassing op bedingen in overeenkomsten die van te voren door de handelaar of een derde partij zijn opgesteld en waarmee de consument heeft ingestemd zonder invloed op de inhoud te hebben, met name wanneer dergelijke bedingen in overeenkomsten onderdeel zijn van een vooraf opgestelde standaardovereenkomst.
2. Het feit dat de consument de mogelijkheid had om de inhoud van bepaalde aspecten van een van de voorwaarden van de overeenkomst, of een specifieke voorwaarde, te beïnvloeden, staat niet in de weg aan toepassing van dit hoofdstuk op andere bedingen die deel uitmaken van diezelfde overeenkomst.
3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op bedingen in overeenkomsten die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en met de bepalingen of beginselen van internationale verdragen waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn.

Artikel 31

Voorschriften betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten

1. Bedingen in overeenkomsten dienen in duidelijke en begrijpelijke taal opgesteld en goed leesbaar te zijn.
2. Bedingen van overeenkomst worden aan de consument ter beschikking gesteld op een zodanige wijze dat hij daadwerkelijk in staat is zich daarvan op de hoogte te stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt, met inachtneming van het gebruikte communicatiemiddel.
3. De handelaar vraagt de consument uitdrukkelijk of deze instemt met eventuele aanvullende betalingen naast de overeengekomen betaling voor het onderwerp van de eigenlijke contractuele verplichting van de handelaar. Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar ervan uitgaat dat de consument die heeft gegeven omdat deze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaalde default-opties, en daarmee de aanvullende betalingen, af te wijzen, heeft de consument recht op vergoeding van deze betalingen.
4. De lidstaten leggen geen aanvullende eisen op met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten gepresenteerd, geformuleerd of ter beschikking van de consument gesteld worden.

Artikel 32

Algemene beginselen

1. Wanneer een beding in een overeenkomst niet in bijlage II of III is opgenomen, zorgen de lidstaten ervoor dat het als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument.

2. Onverminderd de artikelen 34 en 38 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdende met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een voorwaarde in een overeenkomst houdt de bevoegde nationale autoriteit ook rekening met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft medegedeeld, in het licht van artikel 31.
3. De leden 1 en 2 zijn niet van toepassing op de beoordeling van het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst of op de redelijkheid van de aangegeven betaling voor de vervulling van de centrale contractuele verplichting van de handelaar, op voorwaarde dat de handelaar volledig voldaan heeft aan artikel 31.

Artikel 33
Bewijslast

Wanneer de handelaar beweert dat een beding in een overeenkomst het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, is het aan hem om dit te bewijzen.

Artikel 34
Bedingen die onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd worden

De lidstaten zorgen ervoor dat de in de lijst in bijlage II opgenomen bedingen in overeenkomsten onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd worden. Deze lijst van bedingen in overeenkomsten is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden gewijzigd zoals aangegeven in artikel 39, lid 2, en artikel 40.

Artikel 35
Bedingen die verondersteld worden oneerlijk te zijn

De lidstaten zorgen ervoor dat de in de lijst in punt 1 van bijlage III opgenomen bedingen in overeenkomsten als oneerlijk beschouwd worden tenzij de handelaar aantoonbaar dat dergelijke bedingen eerlijk zijn in de zin van artikel 32. Deze lijst van bedingen in overeenkomsten is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden gewijzigd zoals aangegeven in artikel 39, lid 2, en artikel 40.

Artikel 36
Interpretatie van bedingen

1. In geval van twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie.
2. Dit artikel is niet van toepassing in het kader van de in artikel 38, lid 2, bedoelde procedures.

Artikel 37
Effecten van oneerlijke bedingen in overeenkomsten

Oneerlijke bedingen in overeenkomsten zijn niet bindend voor de consument. Een overeenkomst blijft echter bindend voor de partijen wanneer die van kracht kan blijven zonder de oneerlijke bedingen.

Artikel 38
Toezicht op de naleving in verband met oneerlijke bedingen in overeenkomsten

1. De lidstaten zien erop toe dat er, in het belang van de consumenten en van de concurrerende handelaren, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en handelaren.
2. Met name moet het mogelijk zijn dat personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij het beschermen van consumenten, een beroep kunnen doen op rechtbanken of administratieve instanties om te oordelen of bepaalde contractuele bedingen die zijn opgesteld voor algemeen gebruik oneerlijk zijn.
3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechtbanken of bevoegde administratieve instanties beschikken over passende en doeltreffende middelen om te verhinderen dat handelaren verder gebruik te maken van bedingen die als oneerlijk zijn beoordeeld.
4. De lidstaten zorgen ervoor dat de in de leden 2 en 3 bedoelde gerechtelijke stappen afzonderlijk of gezamenlijk kunnen worden ondernomen, afhankelijk van de nationale procedures, tegen verschillende handelaren in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene bedingen.

Artikel 39
Herziening van de bedingen in de bijlagen II en III

1. De lidstaten stellen de Commissie op de hoogte van de bedingen die als oneerlijk zijn beoordeeld door de bevoegde nationale instanties en die zij relevant achten met het oog op aanpassing van deze richtlijn, zoals voorzien in lid 2.
2. In het licht van de uit hoofde van lid 1 ontvangen kennisgevingen past de Commissie de bijlagen II en III aan. Maatregelen met betrekking tot aanpassing van niet-essentiële elementen van deze richtlijn worden aangenomen volgens de regelgevende procedure met toetsing zoals bedoeld in artikel 40, lid 2.

Hoofdstuk VI

Algemene bepalingen

Artikel 40
Het comité

1. De Commissie wordt bijgestaan door het Comité voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna "het comité" genoemd).

2. Wanneer naar dit lid wordt verwezen, zijn artikel 5 bis, lid 1 tot en met 4, en artikel 7 van Besluit 1999/468/EG³⁸⁸ van toepassing, met inachtneming van artikel 8 van dat besluit.

Artikel 41
Handhaving

1. De lidstaten zorgen ervoor dat passende en doeltreffende middelen beschikbaar zijn om de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven.
2. De in lid 1 bedoelde middelen omvatten bepalingen volgens welke een of meer van onderstaande, naar nationaal recht bepaalde instanties, zich overeenkomstig het nationale recht tot de bevoegde rechterlijke of administratieve instanties kunnen wenden om de nationale bepalingen ter uitvoering van deze richtlijn te doen toepassen:
 - a) overheidsinstanties of de vertegenwoordigers ervan;
 - b) consumentenorganisaties die een rechtmatig belang hebben bij de bescherming van de consument;
 - c) beroepsorganisaties die een rechtmatig belang hebben bij een optreden in rechte.

Artikel 42
Sancties

1. De lidstaten stellen de regels vast inzake de sancties die van toepassing zijn op inbreuken op de krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en treffen alle nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat zij worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.
2. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op de in artikel 46 genoemde datum van deze bepalingen in kennis en delen haar onmiddellijk alle latere wijzigingen van die bepalingen mee.

Artikel 43
Dwingend karakter van de richtlijn

Wanneer het recht dat op de overeenkomst van toepassing is het recht van een lidstaat is, kunnen consumenten geen afstand doen van de rechten die zij uit hoofde van deze richtlijn genieten.

Artikel 44
Informatieverstrekking

De lidstaten nemen passende maatregelen om de consumenten op de hoogte te brengen van de nationale bepalingen die met het oog op de omzetting van deze richtlijn zijn vastgesteld en moedigen, waar passend, handelaren en houders van een gedragscode aan om de consumenten over hun rechten in te lichten.

³⁸⁸ Pb L 184 van 17.7.1999, blz. 23. Beschikking gewijzigd bij Beschikking 2006/512/EG (PB L 200 van 22.7.2006, blz. 11).

Artikel 45
Niet-gevraagde leveringen

Consumenten zijn niet verplicht enige vergoeding te betalen in gevallen van ongevroegde levering van een product zoals verboden door artikel 5, lid 5, en punt 29 van bijlage I van Richtlijn 2005/29/EC. Het feit dat een consument niet reageert op een dergelijke ongevroegde levering betekent niet dat hij met de levering instemt.

Artikel 46
Omzetting

1. De lidstaten stellen uiterlijk op [achttien maanden na de inwerkingtreding ervan] de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast om aan deze richtlijn te voldoen en maken deze bekend. Zij delen de Commissie de tekst van die bepalingen onverwijld mede, alsmede een tabel ter weergave van het verband tussen die bepalingen en deze richtlijn.

Zij passen deze bepalingen toe met ingang van [twee jaar na de inwerkingtreding van de richtlijn].

Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor de verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

2. De lidstaten delen de Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van intern recht mee die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.

Hoofdstuk VII
Slotbepalingen

Artikel 47
Intrekkingsbepalingen

De Richtlijnen 85/577/EEG 93/13/EEG en 97/7/EG, en Richtlijn 1999/44/EG zoals gewijzigd bij de in bijlage IV genoemde richtlijnen, worden ingetrokken. Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijnen worden beschouwd als verwijzingen naar deze richtlijn, volgens de transponeringstabel in bijlage V.

Artikel 48
Herziening

De Commissie evalueert deze richtlijn en brengt uiterlijk op [vijf jaar na de in artikel 46, lid 1, genoemde datum] verslag uit aan het Europees Parlement en de Raad. Zo nodig doet zij voorstellen om de richtlijn aan de ontwikkelingen op dit terrein aan te passen. De Commissie kan inlichtingen bij de lidstaten vragen.

Artikel 49
Inwerkingtreding

Deze richtlijn treedt in werking op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Artikel 50
Adressaten

Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten.

Gedaan te Brussel,

Voor het Europees Parlement
De voorzitter

Voor de Raad
De voorzitter

BIJLAGE I
INFORMATIE BETREFFENDE DE UITOEFENING VAN HET RECHT VAN
HERROEPING

A. Informatie die bij het herroepingsformulier gevoegd moet worden

1. Naam, geografisch adres en e-mailadres van de handelaar aan wie het herroepingsformulier gezonden moet worden.
2. Een verklaring dat de consument het recht heeft de overeenkomst te herroepen, en dat hij van dit recht gebruik kan maken door onderstaand herroepingsformulier in te vullen en op een duurzame drager aan de in lid 1 bedoelde handelaar te zenden:
 - a) voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten: binnen een periode van veertien dagen nadat hij het bestelformulier heeft ondertekend;
 - b) voor verkoopovereenkomsten op afstand: binnen een periode van veertien dagen nadat de consument of een door de consument aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen daadwerkelijk in ontvangst heeft genomen;
 - c) voor op afstand gesloten dienstenovereenkomsten:
 - binnen een periode van veertien dagen na de sluiting van de overeenkomst, wanneer de consument er van te voren niet uitdrukkelijk mee heeft ingestemd dat de uitvoering van de overeenkomst kan beginnen vóór het einde van deze periode van veertien dagen;
 - binnen een periode die eindigt zodra de uitvoering van de overeenkomst begint, wanneer de consument er van te voren uitdrukkelijk mee heeft ingestemd dat de uitvoering van de overeenkomst kan beginnen vóór het einde van deze periode van veertien dagen.
3. Voor alle verkoopovereenkomsten: een verklaring waarin de consument geïnformeerd wordt over de termijnen en modaliteiten voor het retourneren van de goederen aan de handelaar en over de voorwaarden voor vergoeding overeenkomstig artikel 16 en artikel 17, lid 2.
4. Voor op overeenkomsten op afstand die op internet zijn gesloten: een verklaring dat de consument het standaardherroepingsformulier elektronisch kan invullen en inzenden op de website van de handelaar, en dat hij zo snel mogelijk van de handelaar per e-mail een bevestiging van de ontvangst van de herroeping zal ontvangen.
5. Een verklaring dat de consument het in deel B aangegeven herroepingsformulier kan gebruiken.

B. Model van een herroepingsformulier

(dit formulier alleen invullen en inzenden als u de overeenkomst wilt herroepen)

- Aan:
- Ik/Wij* deel/delen* u hierbij mede dat ik/wij* onze overeenkomst betreffende de verkoop van de volgende goederen/levering van de volgende dienst* herroep/herroepen*
- Besteld op*/Ontvangen op*
- Naam/Namen consument(en)

- Adres consument(en)
- Handtekening van consument(en) (alleen wanneer dit formulier op papier wordt ingediend)
- Datum

*Doorhalen wat niet van toepassing is.

BIJLAGE II

BEDINGEN IN OVEREENKOMSTEN DIE ONDER ALLE OMSTANDIGHEDEN ALS ONEERLIJK WORDEN BESCHOUWD

Bedingen in overeenkomsten die een of meer van de volgende bedoelingen of feitelijke gevolgen hebben, worden onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd:

- a) het uitsluiten of beperken van de wettelijke aansprakelijkheid van de handelaar bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument door het toedoen of nalaten van die handelaar;
- b) het beperken van de verplichting van de handelaar om de verbintenissen na te komen die door zijn gevolmachtigden zijn aangegaan, of het laten afhangen van diens verbintenissen van het voldoen aan een bijzondere voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend van de wil van de handelaar afhangt;
- c) het uitsluiten of beperken van het recht van de consument om juridische stappen te nemen of van enig ander rechtsmiddel gebruik te maken, met name door de consument te verplichten om eventuele geschillen uitsluitend voor te leggen aan een niet onder een wettelijke regeling vallend scheidsgerecht;
- d) het beperken van de bewijsmiddelen waarover de consument kan beschikken, of het opleggen aan de consument van een bewijslast die volgens het geldende recht op de handelaar zou moeten rusten;
- e) het toekennen aan de handelaar van het recht te bepalen of de geleverde goederen of de dienst in overeenstemming zijn met de overeenkomst, of van het exclusieve recht om de bedingen van de overeenkomst te interpreteren.

BIJLAGE III

BEDINGEN IN OVEREENKOMSTEN DIE VERONDERSTELD WORDEN ONEERLIJK TE ZIJN

1. Bedingen in overeenkomsten die een of meer van de volgende bedoelingen of feitelijke gevolgen hebben, worden verondersteld oneerlijk te zijn:
 - a) uitsluiting of beperking van de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de handelaar of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de handelaar van een van diens contractuele verplichtingen, met inbegrip van de mogelijkheid voor de consument om een schuld jegens de handelaar te compenseren met een schuldvordering jegens deze;
 - b) de mogelijkheid voor de handelaar om door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of uitvoeren van de overeenkomst, zonder dat erin is voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag verlangen van de handelaar wanneer die zich terugtrekt;
 - c) het opleggen van schadevergoedingen aan een consumenten die zijn verbintenissen niet nakomt die buiten verhouding staan tot de door de handelaar geleden schade;
 - d) de mogelijkheid voor de handelaar om de overeenkomst naar believen op te zeggen, terwijl de consument niet dat recht heeft;
 - e) de mogelijkheid voor de handelaar om een overeenkomst van onbepaalde duur zonder redelijke opzeggingstermijn eenzijdig op te zeggen, zonder dat de consument ernstig in gebreke is gebleven;
 - f) automatische verlenging van een overeenkomst van bepaalde duur bij ontbreken van tegengestelde kennisgeving van de consument, waarbij de consument verplicht wordt om lang voor het einde van de overeenkomst te kennen te geven dat hij geen verlenging wenst;
 - g) de mogelijkheid voor de handelaar om de met de consument bij de sluiting van de overeenkomst overeengekomen prijs te verhogen, zonder dat de consument het recht heeft de overeenkomst op te zeggen;
 - h) de verplichting voor de consument om al zijn verbintenissen na te komen, ook wanneer de handelaar dat niet heeft gedaan;
 - i) de mogelijkheid voor de handelaar om zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst aan derden over te dragen zonder instemming van de consument;
 - j) beperking van het recht van de consument om de goederen door te verkopen, door de overdraagbaarheid van door de handelaar verstrekte handelsgaranties te beperken;
 - k) de mogelijkheid voor de handelaar om eenzijdig de bedingen van de overeenkomst te wijzigen, met inbegrip van de kenmerken van het product of de dienst;
 - l) de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de bedingen van de overeenkomst die op een duurzame drager aan de consument zijn medegedeeld, door middel van online-bedingen waarmee de consument niet heeft ingestemd.

2. Punt 1, onder e), is niet van toepassing op bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt om eenzijdig en zonder opzegtermijn een eind te maken aan een overeenkomst van onbepaalde duur, mits de leverancier verplicht is de andere contracterende partij(en) hiervan onmiddellijk op de hoogte te stellen.
3. Punt 1, onder g), is niet van toepassing op:
 - a) transacties met betrekking tot effecten, financiële instrumenten en andere producten of diensten waarvan de prijs verband houdt met de fluctuaties van een beurskoers of een beursindex dan wel financiële marktkoersen waar de handelaar geen invloed op heeft;
 - b) overeenkomsten voor de aankoop of verkoop van vreemde valuta, reischeques of internationale in deviezen opgestelde postmandaten;
 - c) bedingen van prijsindexering, voor zover deze wettig zijn en de wijze waarop de prijs wordt aangepast hierin expliciet beschreven is.
4. Punt 1, onder k), is niet van toepassing op:
 - a) bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet of het bedrag van alle andere op de financiële diensten betrekking hebbende lasten bij geldige reden zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de leverancier verplicht is dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen;
 - b) transacties met betrekking tot effecten, financiële instrumenten en andere producten of diensten waarvan de prijs verband houdt met de fluctuaties van een beurskoers of een beursindex dan wel financiële marktkoersen waar de handelaar geen invloed op heeft;
 - c) overeenkomsten voor de aankoop of verkoop van vreemde valuta, reischeques of internationale in deviezen opgestelde postmandaten;
 - d) bedingen waarbij de handelaar zich het recht voorbehoudt om eenzijdig de voorwaarden van een overeenkomst van onbepaalde duur te wijzigen, mits hij verplicht is dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de consument en deze vrij is de overeenkomst op te zeggen.

BIJLAGE IV

Ingetrokken richtlijnen met overzicht van de achtereenvolgende wijzigingen ervan (als bedoeld in artikel 47)

Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten	PB L 372 van 31.12.1985, blz. 31.
Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	PB L 95 van 21.4.1993, blz. 29.
Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad	PB L 144 van 4.6.1997, blz. 19.
Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad	PB L 271 van 9.10.2002, blz. 16.
Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad	PB L 149 van 11.6.2005, blz. 29.
Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007	PB L 319 van 5.12.2007, blz. 1.
Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad	PB L 171 van 7.7.1999, blz. 12.

BIJLAGE V

TRANSPONERINGSTABEL

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
Artikel 1 ³⁸⁹				
	Artikel 1, lid 1 ³⁹⁰			
	Artikel 1, lid 2 (vervangen)			Artikel 30, lid 3
		Artikel 1 ³⁹¹		
			Artikel 1, lid 1 ³⁹²	
			Artikel 1, lid 2, onder a) (vervangen)	Artikel 2, punt 1
			Artikel 1, lid 2, punt b) ³⁹³	Artikel 2, punt 4
				Artikel 21, lid 3
			Artikel 1, lid 2, onder c)	Artikel 2, punt 2

³⁸⁹ In hoofdzaak vervangen door de artikelen 3 en 8, te lezen in samenhang met artikel 2, punt 8.

³⁹⁰ In hoofdzaak vervangen door artikel 1.

³⁹¹ In hoofdzaak vervangen door artikel 1.

³⁹² In hoofdzaak vervangen door artikel 1.

³⁹³ In hoofdzaak gewijzigd door artikel 21, lid 4.

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
			Artikel 1, lid 2, onder d)	Artikel 2, punt 18
			Artikel 1, lid 2, onder e) (vervangen)	Artikel 2, punt 19
			Artikel 1, lid 2, onder f)	Geschrap
			Artikel 1, lid 3 (vervangen)	Artikel 21, lid 4
			Artikel 1, lid 4	Artikel 21, lid 2
Artikel 2 (vervangen)				Artikel 2, punt 1
				Artikel 2, punt 2
	Artikel 2, punt a)			Geschrap
	Artikel 2, punt b) (vervangen)			Artikel 2, punt 1
	Artikel 2, punt c) (vervangen)			Artikel 2, punt 2
		Artikel 2, lid 1 (vervangen)		Artikel 2, punt 6
		Artikel 2, lid 2 (vervangen)		Artikel 2, punt 1

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
		Artikel 2, lid 3 (vervangen)		Artikel 2, punt 2
		Artikel 2, lid 4, eerste zin (vervangen)		Artikel 2, punt 7
		Artikel 2, lid 4, tweede zin		Geschrapt
		Artikel 2, lid 5		Geschrapt
			Artikel 2, lid 1	Artikel 24, lid 1
				Artikel 22
			Artikel 2, lid 2	Artikel 24, lid 2
			Artikel 2, lid 3	Artikel 24, lid 3
			Artikel 2, lid 4	Artikel 24, lid 4
			Artikel 2, lid 5	Artikel 24, lid 5
Artikel 3, lid 1				Geschrapt

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
Artikel 3, lid 2, onder a) (vervangen)				Artikel 20, lid 1, onder a)
Artikel 3, lid 2, onder b) (vervangen)				Artikel 20, lid 1, onder d)
Artikel 3, lid 2, onder c) (vervangen)				Artikel 12, lid 2
Artikel 3, lid 2, onder d)				Artikel 20, lid 2, onder a)
Artikel 3, lid 2, onder e)				Artikel 20, lid 2, onder b)
Artikel 3, lid 3 ³⁹⁴				
	Artikel 3, lid 1			Artikel 32, lid 1³⁹⁵
	Artikel 3, lid 2, eerste alinea (vervangen)			Artikel 30, lid 1

³⁹⁴ In hoofdzaak vervangen door de artikelen 3 en 8, te lezen in samenhang met artikel 2, punt 8.

³⁹⁵ Te lezen in samenhang met artikel 30, lid 1.

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
	Artikel 3, lid 2, tweede alinea			Artikel 30, lid 2
	Artikel 3, lid 2, derde alinea			Artikel 33
	Artikel 3, lid 3 (vervangen)			Artikel 34
				Artikel 35
		Artikel 3, lid 1, eerste streepje (vervangen)		Artikel 3, lid 2
		Artikel 3, lid 1, tweede streepje		Artikel 20, lid 1, onder b)
		Artikel 3, lid 1, derde streepje (vervangen)		Artikel 20, lid 1, onder c)
		Artikel 3, lid 1, vierde streepje (vervangen)		Artikel 20, lid 1, onder a)

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
		Artikel 3 ³⁹⁶ , lid 1, vijfde streepje (vervangen)		
		Artikel 3, lid 2, eerste streepje (vervangen)		Artikel 20, lid 1, onder d)
		Artikel 3, lid 2, tweede streepje (vervangen)		Artikel 20, lid 3
			Artikel 3, lid 1 (vervangen)	Artikel 25
				Artikel 23
			Artikel 3, lid 2 (vervangen)	Artikel 26, lid 1
Artikel 4, eerste zin (vervangen)				Artikel 9
Artikel 4, tweede zin (vervangen)				Artikel 10
	Artikel 4, lid 1 (vervangen)			Artikel 32, lid 2

³⁹⁶ Gedeeltelijk vervangen door artikel 19, lid 1, onder h).

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
	Artikel 4, lid 2 (vervangen)			Artikel 32, lid 3
		Artikel 4, lid 1, onder a) (vervangen)		Artikel 5, lid 1, onder b)
		Artikel 4, lid 1, onder b) (vervangen)		Artikel 5, lid 1, onder a)
		Artikel 4, lid 1, onder c) (vervangen)		Artikel 5, lid 1, onder c)
		Artikel 4, lid 1, onder d) (vervangen)		Artikel 5, lid 1, onder c)
		Artikel 4, lid 1, onder e) (vervangen)		Artikel 9, lid 1, onder a)
Artikel 5, lid 1 (vervangen)				Artikel 12
				Artikel 14
Artikel 5, lid 2 (vervangen)				Artikel 15
				Artikel 16

Oude nummering van Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.	Oude nummering van Richtlijn 1993/13/EG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten	Oude nummering van Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen	Nieuwe nummering in deze richtlijn
				Artikel 17
	Artikel 5, eerste zin (vervangen)			Artikel 31
	Artikel 5, tweede en derde zin			Artikel 36
Artikel 6 (vervangen)				Artikel 43
	Artikel 6, lid 1			Artikel 37
	Artikel 6, lid 2			Geschrappt
Artikel 7 ³⁹⁷				
	Artikel 7, lid 1			Artikel 38, lid 1
	Artikel 7, lid 2 (vervangen)			Artikel 38, lid 2

Oude nummering van Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming	Op te vatten als een verwijzing naar
Tekstparagrafen 2, 6, 8 en 11;	deze richtlijn

³⁹⁷ In hoofdzaak vervangen door de artikelen 16 en 17.

FINANCIËEL MEMORANDUM

1. TITEL VAN HET VOORSTEL:

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten

2. ABM / ABB-KADER

Consumentenbeleid

3. BEGROTINGSONDERDELEN

3.1. Begrotingsonderdelen (beleidsuitgaven en bijbehorende uitgaven voor technische en administratieve bijstand (vroegere B.A-onderdelen)) inclusief omschrijving:

XX0101: voor de betaling van de ambtenaren

XX010211: voor de betaling van de comitékosten

3.2. Duur van de actie en van de financiële gevolgen:

Vanaf 2011 (d.w.z. jaar n = 2011), duur niet bepaald

Deze begroting is bedoeld om de kosten te dekken van het toekomstige Comité voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, dat volgens de richtlijn zal worden opgericht na de goedkeuring van de richtlijn door het Europees Parlement en de Raad:

1 VTE administrateur om het comitéproces te ondersteunen, à 117 000 euro per administrateur (volgens de specifieke richtsnoeren).

Kosten van de plenaire vergaderingen met één deelnemer voor elk van de 27 lidstaten. Drie geplande vergaderingen per jaar, à 20 000 euro per vergadering. De feitelijke kosten en de frequentie van deze vergaderingen kunnen, afhankelijk van de uiteindelijke vorm van de richtlijn na goedkeuring door de Raad en het Parlement en de vereiste comitéstructuren, bijgesteld worden.

3.3. Begrotingskenmerken:

Be-grotings-onderdeel	Soort uitgave		Nieuw	Bijdrage EVA	Bijdragen kandidaat-lidstaten	Rubriek financiële vooruit-zichten
XX 0101	Verplicht	Niet-gesplitste kredieten ³⁹⁸	NEE	NEE	NEE	5
XX 010211	Niet-verplicht	Niet-gesplitste kredieten ³⁹⁹	NEE	NEE	NEE	5

³⁹⁸ Niet-gesplitste kredieten.

³⁹⁹ Niet-gesplitste kredieten.

4. OVERZICHT VAN DE MIDDELEN

4.1. Financiële middelen

4.1.1. Overzicht van de vastleggingskredieten (VK) en betalingskredieten (BK)

in miljoen euro (tot op 3 decimalen)

Soort uitgave	Punt nr.		Jaar n (2011)	n + 1 (2012)	n + 2 (2013)	n + 3 (2014)	n + 4 (2015)	n + 5 e.v. (2016 e.v.)	Totaal
---------------	----------	--	------------------	-----------------	-----------------	-----------------	-----------------	---------------------------------	--------

Beleidsuitgaven⁴⁰⁰

Vastleggingskredieten (VK)	8.1.	a							
Betalingskredieten (BK)		b							

Administratieve uitgaven binnen het referentiebedrag⁴⁰¹

Technische & administratieve bijstand (NGK)	8.2.4.	c							
---	--------	---	--	--	--	--	--	--	--

TOTAAL REFERENTIEBEDRAG

Vastleggingskredieten		a+c							
Betalingskredieten		b+c							

Administratieve uitgaven die niet in het referentiebedrag zijn begrepen⁴⁰²

Personeelsuitgaven en aanverwante uitgaven (NGK)	8.2.5.	d	0,117	0,117	0,117	0,117	0,117	0,117	0,702
Andere niet in het referentiebedrag begrepen administratieve uitgaven (NGK)	8.2.6.	e	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,360

Totale indicatieve kosten van de maatregel

TOTAAL VK inclusief personeelsuitgaven		a+c +d+ e	0,177	0,177	0,177	0,177	0,177	0,177	1,062
TOTAAL BK inclusief personeelsuitgaven		b+c +d+ e	0,177	0,177	0,177	0,177	0,177	0,177	1,062

Medefinanciering: Niet van toepassing.

Indien het voorstel door lidstaten of uit andere bronnen (geef aan welke) wordt medefinancierd, geef dan een raming daarvan in de onderstaande tabel (voeg extra rijen toe indien de medefinanciering uit meer dan een bron afkomstig is):

in miljoen euro (tot op 3 decimalen)

⁴⁰⁰ Uitgaven die niet onder hoofdstuk xx 01 van de betrokken titel xx vallen.

⁴⁰¹ Uitgaven in het kader van artikel xx 01 04 van titel xx.

⁴⁰² Uitgaven in het kader van hoofdstuk xx 01, met uitzondering van de artikelen xx 01 04 of xx 01 05.

Medefinancieringsbron		Jaar n	n + 1	n + 2	n + 3	n + 4	n + 5 e.v.	Totaal
.....	f							
TOTAAL VK inclusief medefinanciering	a+c +d+ e+f							

4.1.2. Compatibiliteit met de financiële programmering

- Het voorstel is verenigbaar met de bestaande financiële programmering.
- Het voorstel vergt herprogrammering van de betrokken rubriek van de financiële vooruitzichten.
- Het voorstel vergt wellicht toepassing van de bepalingen van het Interinstitutioneel Akkoord⁴⁰³ (flexibiliteitsinstrument of herziening van de financiële vooruitzichten).

4.1.3. Financiële gevolgen voor de ontvangsten

- Het voorstel heeft geen financiële gevolgen voor de ontvangsten
- Het voorstel heeft de volgende financiële gevolgen voor de ontvangsten:

in miljoen euro (tot op een decimaal)

Begrotingsonderdeel	Ontvangsten	Vóór de actie [Jaar n-1]	Situatie na de actie					
			[Jaar n]	[n+1]	[n+2]	[n+3]	[n+4]	[n+5] 404
	a) <i>Ontvangsten in absolute bedragen</i>							
	b) <i>Wijzigingen van de ontvangsten</i>	Δ						

4.2. Personele middelen in voltijdequivalenten (VTE; ambtenaren, tijdelijk en extern personeel) – zie punt 8.2.1.

Jaarlijkse behoeften	Jaar n (2011)	n + 1 (2012)	n + 2 (2013)	n + 3 (2014)	n + 4 (2015)	n + 5 e.v. (2016 e.v.)
Totale personele middelen in VTE	1	1	1	1	1	1

5. KENMERKEN EN DOELSTELLINGEN

5.1. Behoeftte waarin op korte of lange termijn moet worden voorzien

Niet van toepassing.

5.2. Meerwaarde van het communautaire optreden, samenhang van het voorstel met andere financiële instrumenten en mogelijke synergie

Niet van toepassing.

5.3. Doelstellingen, verwachte resultaten en bijbehorende indicatoren van het voorstel in de context van het ABM

Niet van toepassing.

⁴⁰³ Zie de punten 19 en 24 van het Interinstitutioneel Akkoord.

⁴⁰⁴ Voeg zo nodig extra kolommen toe (wanneer de duur van de actie langer is dan 6 jaar).

5.4. Wijze van uitvoering (indicatief)

- Gecentraliseerd beheer***
 - rechtstreeks door de Commissie
 - gedelegeerd aan:
 - uitvoerende agentschappen
 - door de Gemeenschappen opgerichte organen als bedoeld in artikel 185 van het Financieel Reglement
 - nationale publiekrechtelijke organen of organen met een openbaredienstverleningstaak
- Gedeeld of gedecentraliseerd beheer***
 - met lidstaten
 - met derde landen
- Gezamenlijk beheer met internationale organisaties (geef aan welke)***

Opmerkingen:

6. TOEZICHT EN EVALUATIE

6.1. Toezichtstelsysteem

De notulen van de vergaderingen van de comités worden regelmatig verspreid onder de lidstaten en de diensten van de Commissie.

6.2. Evaluatie

6.2.1. Evaluatie vooraf

Niet van toepassing.

6.2.2. Naar aanleiding van een tussentijdse evaluatie of evaluatie achteraf genomen maatregelen (ervaring die bij soortgelijke activiteiten in het verleden is opgedaan)

Niet van toepassing.

6.2.3. Voorwaarden en frequentie van toekomstige evaluaties

Na vijf jaar wordt het functioneren van het comité geëvalueerd.

7. Fraudebestrijdingsmaatregelen

Niet van toepassing.

8. MIDDELEN

8.1. Financiële kosten van de doelstellingen van het voorstel

Vastleggingskredieten, in miljoen euro (tot op 3 decimalen)

(Vermeld de doelstellingen, acties en outputs)	Soort output	Gem. kosten	Jaar n (2011)		Jaar n+1 (2012)		Jaar n+2 (2013)		Jaar n+3 (2014)		Jaar n+4 (2015)		Jaar n+5 e.v. (2016 e.v.)		TOTAAL	
			Aantal	Totale kosten	Aantal	Totale kosten	Aantal	Totale kosten	Aantal	Totale kosten	Aantal	Totale kosten	Aantal	Totale kosten	Aantal	Totale kosten
OPERATIONELE DOELSTELLING NR. 1 ⁴⁰⁵ ...																
Actie 1: Comité voor oneerlijke bedingen in consumenten-overeenkomsten																
-- Output	N° meetings		3	0,060	3	0,060	3	0,060	3	0,060	3	0,060	3	0,060	18	0.360
- Output 2																
Actie 2...																
- Output 1																
Subtotaal doelstelling 1																
OPERATIONELE DOELSTELLING NR. 2...																
Actie 1...																
- Output 1																
Subtotaal doelstelling 2																
OPERATIONELE DOELSTELLING NR. n 1																
Subtotaal doelstelling n																
TOTALE KOSTEN																

⁴⁰⁵ Zoals beschreven in punt 5.3.

8.2. Administratieve uitgaven

8.2.1. Aantal en type menselijke hulpbronnen

Soort post		Huidig of extra personeel dat zal worden ingezet voor het beheer van de actie (aantal posten/VTE)					
		Jaar n (2011)	Jaar n+1 (2012)	Jaar n+2 (2013)	Jaar n+3 (2014)	Jaar n+4 (2015)	Jaar n+5 (2016)
Ambtenaren of tijdelijk personeel ⁴⁰⁶ (XX 01 01)	A*/AD	1	1	1	1	1	1
	B*, C*/AST						
Uit art. XX 01 02 gefinancierd personeel ⁴⁰⁷							
Uit art. XX 01 04/05 gefinancierd ander personeel ⁴⁰⁸							
TOTAAL							

8.2.2. Beschrijving van uit de actie voortvloeiende taken

Beheer van het nieuwe comitologiecomité ("Comité voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten") dat overeenkomstig artikel 39 van deze richtlijn wordt opgericht en dat zich met de uitvoering van de richtlijn bezighoudt.

Kosten van de plenaire vergaderingen met één deelnemer voor elk van de 27 lidstaten. Drie geplande vergaderingen per jaar, à 20 000 euro per vergadering. De feitelijke kosten en de frequentie van deze vergaderingen kunnen, afhankelijk van de uiteindelijke vorm van de richtlijn na goedkeuring door de Raad en het Parlement, bijgesteld worden.

De behoeften op het administratieve en personele vlak worden gefinancierd uit de toewijzing voor het beheer die het betreffende directoraat-generaal in het kader van de jaarlijkse toewijzingsprocedure ontvangt.

8.2.3. Bronnen van (statutair) personeel

- Posten die momenteel zijn toegewezen aan het beheer van het te vervangen of te verlengen programma
- Posten die al zijn toegewezen in het kader van de JBS/VOB-procedure voor jaar n
- Posten waarom in het kader van de volgende JBS/VOB-procedure zal worden gevraagd
- Bestaande posten binnen de beherende dienst die worden heringedeeld (interne herindeling)
- Posten die voor jaar n nodig zijn maar die in het kader van de JBS/VOB-procedure voor dat jaar nog niet zijn toegewezen

⁴⁰⁶ Waarvan de kosten NIET door het referentiebedrag worden gedekt.

⁴⁰⁷ Waarvan de kosten NIET door het referentiebedrag worden gedekt.

⁴⁰⁸ Waarvan de kosten door het referentiebedrag worden gedekt.

8.2.4. *Andere administratieve uitgaven binnen het referentiebedrag (XX 01 04/05 – Uitgaven voor administratief beheer)*

in miljoen euro (tot op 3 decimalen)

Begrotingsonderdeel (nummer en omschrijving)	Jaar n	Jaar n+1	Jaar n+2	Jaar n+3	Jaar n+4	Jaar n+5 e.v.	TOTAAL
1 Technische en administratieve bijstand (inclusief bijbehorende personeelsuitgaven)							
Uitvoerende agentschappen ⁴⁰⁹							
Andere technische en administratieve bijstand							
- <i>intra muros</i>							
- <i>extra muros</i>							
Totaal technische en administratieve bijstand							

8.2.5. *Personeelsuitgaven en aanverwante uitgaven die niet in het referentiebedrag zijn begrepen*

in miljoen euro (tot op 3 decimalen)

Soort personeel	Jaar n (2011)	Jaar n+1 (2012)	Jaar n+2 (2013)	Jaar n+3 (2014)	Jaar n+4 (2015)	Jaar n+5 e.v. (2016 e.v.)
Ambtenaren en tijdelijk personeel (XX 01 01)	0,117	0,117	0,117	0,117	0,117	0,117
Uit art. XX 01 02 gefinancierd personeel (hulpfunctionarissen, gedetacheerde nationale deskundigen, personeel op contractbasis, enz.) (vermeld begrotingsonderdeel)						
Totaal personeelsuitgaven en aanverwante uitgaven die NIET in het referentie- bedrag zijn begrepen						

⁴⁰⁹

Verwijs naar het specifieke financieel memorandum voor de betrokken uitvoerende agentschappen.

Berekening – *Ambtenaren en tijdelijke functionarissen*
 Overeenkomstig de BUDG-richtsnoeren is bij de berekening van de kosten uitgegaan van 117 000 euro per personeelslid.

Berekening – *Uit artikel XX 01 02 gefinancierd personeel*
 [...]

8.2.6. Andere administratieve uitgaven die niet in het referentiebedrag zijn begrepen

in miljoen euro (tot op 3 decimalen)

	Jaar n (2011)	Jaar n+1 (2012)	Jaar n+2 (2013)	Jaar n+3 (2014)	Jaar n+4 (2015)	Jaar n+5 e.v. (2016 e.v.)	TOTAAL
XX 01 02 11 01 – Dienstreizen							
XX 01 02 11 02 – Conferenties en vergaderingen							
XX 01 02 11 03 – Comités	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,360
XX 01 02 11 04 – Studies en adviezen							
XX 01 02 11 05 - Informatiesystemen							
2 Totaal Andere beheersuitgaven (XX 01 02 11)	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,360
3 Andere uitgaven van administratieve aard (vermeld welke en verwijs naar het begrotingsonderdeel)							
Totale andere administratieve uitgaven die NIET in het referentiebedrag zijn begrepen	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,060	0,360

Berekening - *Andere administratieve uitgaven die niet in het referentiebedrag zijn begrepen*
 [...]

De behoeften op het administratieve en personele vlak worden gefinancierd uit de toewijzing voor het beheer die het betreffende directoraat-generaal in het kader van de jaarlijkse toewijzingsprocedure ontvangt.

Bijlage 2. Colportagewet

Artikel 1

1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt verstaan onder:
- geldkrediet: geldkrediet als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
 - goederenkrediet: goederenkrediet als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
 - goed: een roerende zaak of een vermogensrecht dat geen registergoed is;
 - colporteur: degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf door persoonlijk bezoek dan wel door of in samenhang met de aanprijzing van een goed of een dienst in een groep van ter plaatse van de aanprijzing aanwezige personen, tracht een particulier te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst, strekkende tot het aan deze verschaffen van het genot van een goed, het aan deze verlenen van een dienst of het door deze als kredietnemer deelnemen aan een goederenkrediet;
 - kredietgever: een aanbieder van krediet als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
 - kredietnemer: degene die een overeenkomst inzake krediet aangaat als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
 - leverancier: degene die een geldsom ter beschikking krijgt gesteld van de kredietgever terzake van het aan een kredietnemer verschaffen van het genot van een roerende zaak;
 - Onze Minister: Onze Minister van Economische Zaken.
2. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder een onderneming mede verstaan een bedrijf, waarmede niet wordt beoogd het maken van winst.
3. Voor de toepassing van het eerste lid, onder c, wordt als persoonlijk bezoek niet aangemerkt het persoonlijk bezoek, dat in overwegende mate voortvloeit uit een initiatief van degene, die wordt bezocht, tenzij de bezoeker degene, die hij bezoekt, tracht te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst betreffende een ander goed of een andere dienst dan het goed of de dienst, in verband waarmee om het bezoek is verzocht en degene, die wordt bezocht, toen hij het initiatief tot dat bezoek nam niet wist en redelijkerwijs niet kon weten, dat het sluiten van overeenkomsten betreffende dat andere goed of die andere dienst tot de bedrijfs- of beroepsuitoefening van de bezoeker behoorde.
4. Voor de toepassing van het eerste lid, onder c wordt als een groep van personen niet aangemerkt een groep, welke kennelijk niet met of mede met het oog op de aanprijzing van een goed of een dienst in die groep is bijeengebracht.
5. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde worden niet als goed aangemerkt financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, ongeacht of deze zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een met een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, voorzover de waarde daarvan door middel van een openbare prijsaanduiding voor een ieder kenbaar is.

Artikel 2 t.e.m. artikel 5: vervallen per 09-09-1992.

Artikel 6

Het is verboden in de uitoefening van een beroep of bedrijf door persoonlijk bezoek dan wel door of in samenhang met de aanprijzing van een geldkrediet of van een goed of een dienst in een groep van ter plaatse van de aanprijzing aanwezige personen te trachten een ander te bewegen tot het als kredietnemer deelnemen aan een geldkrediet, dan wel een ander die handelingen te doen verrichten.

Artikel 7

1. Een colporteur is verplicht bij de aanvang van handelingen als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder d, aan degene die hij tot het sluiten van een overeenkomst tracht te bewegen, duidelijk mee te delen dat zulks zijn oogmerk is.
2. Een onderneming waarin of voor rekening waarvan een colporteur werkzaam is, is verplicht deze te doen handelen in overeenstemming met het eerste lid.

Artikel 8

Het is een colporteur of een onderneming waarin of voor rekening waarvan een colporteur werkzaam is, verboden:

- a. handelingen te verrichten of te doen verrichten als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder d, indien de colporteur weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de verplichtingen die daaruit voor de desbetreffende particulier kunnen voortvloeien, niet in overeenstemming zijn met diens draagkracht;

b. meer dan één overeenkomst als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder d, te sluiten of te doen sluiten indien redelijkerwijs moet worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd een of meer van de betalingen die de desbetreffende particulier per overeenkomst moet verrichten, te doen blijven beneden het in artikel 26, eerste lid, bedoelde bedrag;

Artikel 9 t.e.m. artikel 22: vervallen per 09-09-1992.

Artikel 23

1. Een overeenkomst, welke het onmiddellijk gevolg is van een werkzaamheid als bedoeld in artikel 6, is vernietigbaar.
2. Een beroep op de vernietigbaarheid kan slechts worden gedaan door de kredietnemer.
3. Indien de kredietnemer een beroep op de vernietigbaarheid heeft gedaan, kan de rechter bepalen, in welke termijnen de kredietnemer aan zijn verplichting tot terugbetaling van hetgeen de kredietgever in verband met de nietigheid van hem heeft terug te vorderen zal hebben te voldoen.
4. De rechtsvordering tot vernietiging verjaart door verloop van een jaar na de aanvang van de dag waarop de kredietgever de kredietnemer schriftelijk heeft gewezen op de mogelijkheid een beroep te doen op de vernietigbaarheid.
5. Enige overeenkomst, volgens welke de kredietnemer verplicht is een bedrag te betalen of een andere prestatie te verrichten dan wel niet gerechtigd is reeds betaalde bedragen terug te vorderen ingeval hij een beroep op de vernietigbaarheid van de overeenkomst heeft gedaan, is nietig.

Artikel 24

1. Voor een overeenkomst, welke het onmiddellijk gevolg is van de werkzaamheid van een colporteur, is op straffe van nietigheid vereist, dat door of namens de bij de overeenkomst betrokken partijen in twee gelijkkluidende exemplaren een akte wordt ondertekend, en dat onmiddellijk na de ondertekening door de partij, die door de colporteur tot het aangaan van de overeenkomst is bewogen, een exemplaar van die akte is ontvangen door ieder van beide partijen.
2. Door de bij de overeenkomst partij zijnde eigenaar of eigenaren van de onderneming, waarin, onderscheidenlijk voor rekening waarvan, de colporteur werkzaam is, wordt zorggedragen, dat:
 - a. in de akte, bedoeld in het eerste lid, de in artikel 25, eerste lid, bedoelde mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden wordt vermeld alsmede zijn of hun naam en zijn of hun adres, waarnaar de in artikel 25, eerste lid, bedoelde mededeling kan worden gezonden, een en ander op straffe van nietigheid van de overeenkomst;
 - b. de akte is opgemaakt met inachtneming van de overigens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regelen betreffende de inhoud van dergelijke akten, alsmede betreffende de wijze, waarop deze moeten zijn opgemaakt.

Artikel 25

1. Een overeenkomst als in artikel 24, eerste lid, bedoeld is ontbonden, zodra de partij, die door de colporteur tot het deelnemen aan het goederenkrediet of het sluiten van de overeenkomst is bewogen, met inachtneming van het in het tweede lid bepaalde aan de wederpartij dan wel aan de betrokken leverancier of kredietgever heeft medegedeeld, dat hij ontbinding van de overeenkomst of van een tot het goederenkrediet behorende overeenkomst verlangt.
2. De in het eerste lid bedoelde mededeling dient uiterlijk te worden gedaan op de achtste dag na die, waarop voor de eerste maal een exemplaar van de desbetreffende akte door de in het derde lid bedoelde Kamer van Koophandel en Fabrieken van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien.
3. De dagtekening geschiedt door de Kamer van Koophandel en Fabrieken, binnen welker gebied de betrokken onderneming gevestigd is, of door de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Rotterdam, indien de betrokken onderneming buiten Nederland gevestigd is. Dagtekening heeft niet plaats alvorens degene, die deze verlangt, een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag heeft betaald. Bij of krachtens die maatregel kunnen tevens nadere regelen betreffende de dagtekening en de waarmerking daarvan worden gesteld.
4. Een brief of briefkaart, die blijkens een bewijs van terpostbezorging uiterlijk op de in het tweede lid bedoelde achtste dag aangetekend aan het in artikel 24, tweede lid, onder a, bedoelde adres is verzonden, wordt, behoudens tegenbewijs, geacht een mededeling te bevatten als in het eerste lid bedoeld. Zodanige brief of briefkaart wordt geacht de geadresseerde te hebben bereikt op het tijdstip, waarop die brief of briefkaart voor de eerste maal aan bedoeld adres ter uitreiking is aangeboden.
5. Artikel 23, vijfde lid, is in geval van ontbinding als bedoeld in het eerste lid van overeenkomstige toepassing. Deze ontbinding heeft terugwerkende kracht.
6. Nakoming van een uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis kan door ieder der partijen eerst worden gevorderd op de negende dag na die van de in het tweede lid bedoelde dagtekening van een exemplaar van de akte.

Artikel 26

1. De artikelen 24 en 25 gelden niet voor overeenkomsten, waarbij het totaal van de betalingen, ingevolge de overeenkomst of het goederenkrediet door de in artikel 25, eerste lid, bedoelde partij te verrichten, minder bedraagt dan een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag.

2. De artikelen 24 en 25 gelden voorts niet voor overeenkomsten, welke het onmiddellijk gevolg zijn van colportage door middel van persoonlijk bezoek, die plaatsvindt in de uitoefening van een bedrijf, waarin aan vaste afnemers door middel van colportage hoofdzakelijk levensmiddelen plegen te worden verkocht.

Artikel 27: Vervallen per 26-07-1995.

Artikel 28 t.e.m. artikel 33: Vervallen per 09-09-1992

Artikel 34

Deze wet kan worden aangehaald als: Colportagewet.

Artikel 35: Vervallen per 17-02-1999.

Bijlage 3. Afdeling 6.5.3. BW Algemene voorwaarden

Artikel 231

In deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. algemene voorwaarden: een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd;
- b. gebruiker: degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt;
- c. wederpartij: degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard.

Artikel 232

Een wederpartij is ook dan aan de algemene voorwaarden gebonden als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende.

Artikel 233

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar

- a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij; of
- b. indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Artikel 234

1. De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder *b* bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij
 - a. hetzij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld,
 - b. hetzij, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden,
 - c. hetzij, indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.
2. Indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij zijn ter hand gesteld, zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten aan haar toezendt.
3. Het in de leden 1 onder *b* en 2 omtrent de verplichting tot toezending bepaalde is niet van toepassing, voor zover deze toezending redelijkerwijze niet van de gebruiker kan worden gevergd.

Artikel 235

1. Op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 233 en 234 kan geen beroep worden gedaan door
 - a. een rechtspersoon bedoeld in artikel 360 van Boek 2, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk artikel 403 lid 1 van Boek 2 is toegepast;
 - b. een partij op wie het onder *a* bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn.Op de vernietigingsgrond bedoeld in artikel 233 onder *a*, kan mede een beroep worden gedaan door een partij voor wie de algemene voorwaarden door een gevolmachtigde zijn gebruikt, mits de wederpartij meermalen overeenkomsten sluit waarop dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn. Op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 233 en 234, kan geen beroep worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt.

4. De termijn bedoeld in artikel 52 lid 1 onder d van Boek 3, begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan.

Artikel 236

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

- a. dat de wederpartij geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen;
- b. dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt;
- c. dat een de wederpartij volgens de wet toekomende bevoegdheid tot opschorting van de nakoming uitsluit of beperkt of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot opschorting verleent dan hem volgens de wet toekomt;
- d. dat de beoordeling van de vraag of de gebruiker in de nakoming van een of meer van zijn verbintenissen is te kort geschoten aan hem zelf overlaat, of dat de uitoefening van de rechten die de wederpartij ter zake van een zodanige tekortkoming volgens de wet toekomen, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat deze eerst een derde in rechte heeft aangesproken;
- e. krachtens hetwelk de wederpartij aan de gebruiker bij voorbaat toestemming verleent zijn uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen op een der in afdeling 3 van titel 2 bedoelde wijzen op een derde te doen overgaan, tenzij de wederpartij te allen tijde de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden, of de gebruiker jegens de wederpartij aansprakelijk is voor de nakoming door de derde, of de overgang plaatsvindt in verband met de overdracht van een onderneming waartoe zowel die verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren;
- f. dat voor het geval uit de overeenkomst voor de gebruiker voortvloeiende rechten op een derde overgaan, ertoe strekt bevoegdheden of verweermiddelen die de wederpartij volgens de wet jegens die derde zou kunnen doen gelden, uit te sluiten of te beperken;
- g. dat een wettelijke verjarings- of vervaltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht moet geldend maken, tot een verjarings- onderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan een jaar verkort;
- h. dat voor het geval bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan een derde wordt toegebracht door de gebruiker of door een persoon of zaak waarvoor deze aansprakelijk is, de wederpartij verplicht deze schade hetzij aan de derde te vergoeden, hetzij in haar verhouding tot de gebruiker voor een groter deel te dragen dan waartoe zij volgens de wet verplicht zou zijn;
- i. dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;
- j. dat in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken, elektriciteit daaronder begrepen, of tot het geregeld doen van verrichtingen, leidt tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing van meer dan een jaar;
- k. dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend;
- l. dat ten nadele van de wederpartij afwijkt van [artikel 37 van Boek 3](#), tenzij het betrekking heeft op de vorm van door de wederpartij af te leggen verklaringen of bepaalt dat de gebruiker het hem door de wederpartij opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is meegedeeld;
- m. waarbij een wederpartij die bij het aangaan van de overeenkomst werkelijke woonplaats in een gemeente in Nederland heeft, woonplaats kiest anders dan voor het geval zij te eniger tijd geen bekende werkelijke woonplaats in die gemeente zal hebben, tenzij de overeenkomst betrekking heeft op een registergoed en woonplaats ten kantore van een notaris wordt gekozen;
- n. dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

Artikel 237

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

- a. dat de gebruiker een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geeft om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren;

- b. dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten;
- c. dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;
- d. dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden geveerd;
- e. dat de gebruiker een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft;
- f. dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding;
- g. dat een de wederpartij volgens de wet toekomende bevoegdheid tot verrekening uitsluit of beperkt of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot verrekening verleent dan hem volgens de wet toekomt;
- h. dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomende rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen;
- i. dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de wederpartij in de nakoming van haar verbintenis is tekort geschoten, de wederpartij verplicht een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst;
- j. dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of met een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden geveerd;
- k. dat voor een overeenkomst als bedoeld in artikel 236 onder j een duur bepaalt van meer dan een jaar, tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen;
- l. dat de wederpartij aan een opzegtermijn bindt die langer is dan drie maanden of langer dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen;
- m. dat voor de geldigheid van een door de wederpartij te verrichten verklaring een strengere vorm dan het vereiste van een onderhandse akte stelt;
- n. dat bepaalt dat een door de wederpartij verleende volmacht onherroepelijk is of niet eindigt door haar dood of ondercuratelestelling, tenzij de volmacht strekt tot levering van een registergoed.

Artikel 238

1. Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237, kan jegens de wederpartij geen beroep worden gedaan
 - a. op het feit dat de overeenkomst in naam van een derde is gesloten, indien dit beroep berust op het enkele feit dat een beding van deze strekking in de algemene voorwaarden voorkomt;
 - b. op het feit dat de algemene voorwaarden beperkingen bevatten van de bevoegdheid van een gevolmachtigde van de gebruiker, die zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij ze zonder het beding niet behoefde te verwachten, tenzij zij ze kende.
- Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.

Artikel 239

1. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen de onderdelen a-n van artikel 237 worden gewijzigd en kan hun toepassingsgebied worden beperkt.
2. Alvorens een voordracht tot vaststelling, wijziging of intrekking van een maatregel als bedoeld in het eerste lid te doen, kan Onze Minister van Justitie de naar zijn oordeel representatieve organisaties van hen die bij het sluiten van de overeenkomsten waarop de maatregel betrekking heeft, algemene voorwaarden plegen te gebruiken en van hen die bij die overeenkomsten als hun wederpartij plegen op te treden, horen.
3. Een besluit als in het eerste lid bedoeld wordt zodra het is vastgesteld toegezonden aan de voorzitters van de beide Kamers van de Staten-Generaal. Een dergelijk besluit treedt niet in werking dan nadat twee maanden zijn verstreken sinds de datum van uitgifte van het *Staatsblad* waarin het is geplaatst.

Artikel 240

1. Op vordering van een rechtspersoon als bedoeld in lid 3 kunnen bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend worden verklaard; de artikelen 233 onder a, 236 en 237 zijn van overeenkomstige toepassing. Voor de toepassing van de vorige zin wordt een beding in algemene voorwaarden dat in strijd is met een dwingende wetsbepaling, als onredelijk bezwarend aangemerkt. Bij de beoordeling van een beding blijft de uitlegregel van artikel 238 lid 2, tweede zin, buiten toepassing.

2. De vordering kan worden ingesteld tegen de gebruiker, alsmede tegen een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die ten doel heeft de behartiging van de belangen van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen, indien hij het gebruik van de algemene voorwaarden door die personen bevordert.
3. De vordering komt toe aan rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die ten doel hebben de behartiging van belangen van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen of van eindgebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten. Zij kan slechts betrekking hebben op algemene voorwaarden die worden gebruikt of bestemd zijn te worden gebruikt in overeenkomsten met personen wier belangen door de rechtspersoon worden behartigd.
4. De eiser is niet ontvankelijk indien niet blijkt dat hij, alvorens de vordering in te stellen, de gebruiker of, in het geval bedoeld in [artikel 1003 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering](#), de aldaar bedoelde vereniging, de gelegenheid heeft geboden om in onderling overleg de algemene voorwaarden zodanig te wijzigen dat de bezwaren die grond voor de vordering zouden opleveren, zijn weggenomen. Een termijn van twee weken na de ontvangst van een verzoek tot overleg onder vermelding van de bezwaren, is daartoe in elk geval voldoende.
5. Voor zover een rechtspersoon met het gebruik van bedingen in algemene voorwaarden heeft ingestemd, komt hem geen vordering als bedoeld in lid 1 toe.
6. Met een rechtspersoon als bedoeld in lid 3 wordt gelijk gesteld een organisatie of openbaar lichaam met zetel buiten Nederland welke geplaatst is op de lijst, bedoeld in artikel 4 lid 3 van [richtlijn nr. 98/27/EG](#) van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen (PbEG L 166), mits de vordering betrekking heeft op algemene voorwaarden die worden gebruikt of bestemd zijn te worden gebruikt in overeenkomsten met personen die hun gewone verblijfplaats hebben in het land waar de organisatie of het openbaar lichaam gezeteld is, en de organisatie deze belangen ingevolge haar doelstelling behartigt of aan het openbaar lichaam de behartiging van deze belangen is toevertrouwd.

Artikel 241

1. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage is bij uitsluiting bevoegd tot kennisneming van vorderingen als in het vorige artikel bedoeld.
2. De in het vorige artikel bedoelde rechtspersonen hebben de bevoegdheden, geregeld in de artikelen 217 en 376 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; artikel 379 van dat wetboek is niet van toepassing.
Op vordering van de eiser kan aan de uitspraak worden verbonden
 - a. een verbod van het gebruik van de door de uitspraak getroffen bedingen of van het bevorderen daarvan;
 - b. een gebod om een aanbeveling tot het gebruik van deze bedingen te herroepen;
 - c. een veroordeling tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen.
4. De rechter kan in zijn uitspraak aangeven op welke wijze het onredelijk bezwarend karakter van de bedingen waarop de uitspraak betrekking heeft, kan worden weggenomen.
5. Geschillen terzake van de tenuitvoerlegging van de in lid 3 bedoelde veroordelingen, alsmede van de veroordeling tot betaling van een dwangsom, zo deze is opgelegd, worden bij uitsluiting door het Gerechtshof te 's-Gravenhage beslist.
6. Tot kennisneming van vorderingen in kort geding strekkende tot veroordelingen als bedoeld in lid 3, ingesteld door rechtspersonen als bedoeld in artikel 240 lid 3, is de voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage bij uitsluiting bevoegd. Lid 5, alsmede de artikelen 62, 116 lid 2, 1003, 1005, 1006 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 242

1. Op vordering van een of meer van degenen tegen wie de in artikel 240 lid 1 bedoelde uitspraak is gedaan, kan de rechter die uitspraak wijzigen of opheffen op grond dat zij tengevolge van een wijziging in de omstandigheden niet langer gerechtvaardigd is. De vordering wordt ingesteld tegen de rechtspersoon op wiens vordering de uitspraak was gedaan.
2. Indien de rechtspersoon op wiens vordering de uitspraak was gedaan, is ontbonden, wordt de zaak met een verzoekschrift ingeleid. Voor de toepassing van artikel 279 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden rechtspersonen als bedoeld in artikel 240 lid 3 als belanghebbenden aangemerkt.
3. Artikel 241 leden 1, 2, 3 onder c en 5 is van overeenkomstige toepassing.
4. De vorige leden zijn niet van toepassing voor zover de uitspraak betrekking had op een beding dat door de wet als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt.

Artikel 243

Een beding in algemene voorwaarden dat door degene jegens wie een verbod tot gebruik ervan is uitgesproken, in strijd met het verbod in een overeenkomst wordt opgenomen, is vernietigbaar. Artikel 235 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 244

1. Een persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kan geen beroep doen op een beding in een overeenkomst met een partij die terzake van de goederen of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft, met gebruikmaking van algemene voorwaarden overeenkomsten met haar afnemers heeft gesloten, voor zover een beroep op dat beding onredelijk zou zijn wegens zijn nauwe samenhang met een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat krachtens deze afdeling is vernietigd of door een uitspraak als bedoeld in artikel 240 lid 1 is getroffen.

2. Is tegen de gebruiker een vordering als bedoeld in artikel 240 lid 1 ingesteld, dan is hij bevoegd die persoon in het geding te roepen teneinde voor recht te horen verklaren dat een beroep als bedoeld in het vorige lid onredelijk zou zijn. Artikel 241 leden 2, 3 onder c, 4 en 5 alsmede de artikelen 210, 211 en 215 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

3. Op de uitspraak is artikel 242 van overeenkomstige toepassing.

4. Op eerdere overeenkomsten met betrekking tot de voormelde goederen en diensten zijn de leden 1-3 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 245

Deze afdeling is noch van toepassing op arbeidsovereenkomsten, noch op collectieve arbeidsovereenkomsten.

Artikel 246

Noch van de artikelen 231-244, noch van de bepalingen van de in artikel 239 lid 1 bedoelde algemene maatregelen van bestuur kan worden afgeweken. De bevoegdheid om een beding krachtens deze afdeling door een buitengerechtelijke verklaring te vernietigen, kan niet worden uitgesloten.

Artikel 247

1. Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.

2. Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling niet van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.

3. Een partij is in de zin van de leden 1 en 2 in Nederland gevestigd, indien haar hoofdvestiging, of, zo de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, deze andere vestiging zich in Nederland bevindt.

4. Op overeenkomsten tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is, indien de wederpartij haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, deze afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.

Bijlage 4. Afdeling 7.1.1.- 7.1.9. BW Koop en ruil

Titel 1 Koop en ruil (Afdelingen 1 t.e.m. 9)

Afdeling 1. Koop Algemene bepalingen

Artikel 1

Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen.

Artikel 2

1. De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.

De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw. De leden 1–2 zijn van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan. Van het in de leden 1–3 bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.

5. De leden 1–4 zijn niet van toepassing op huurkoop en koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris. Zij zijn evenmin van toepassing op een koop als bedoeld in artikel 48a onder a.

Artikel 3

1. De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van Boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in artikel 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen. Bij de koop van een tot woning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan kan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van het in de vorige zin bepaalde niet ten nadele van de koper worden afgeweken.

2. Gedurende de bedenktijd, bedoeld in artikel 2 lid 2, kan inschrijving slechts plaatsvinden indien de koopakte is opgesteld en medeondertekend door een in Nederland gevestigde notaris.

3. Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen:

a. een na de inschrijving van die koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper, tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder ingeschreven koop of plaatsvond uit hoofde van een recht op levering dat volgens artikel 298 van Boek 3 ging voor dat van de koper en dat de koper op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende of ten aanzien waarvan op dat tijdstip het proces-verbaal van een conservatoir beslag tot levering was ingeschreven;

b. vervreemdingen of bezwaringen die plaatsvinden als vervolg op de onder a bedoelde vervreemding of bezwaring door de verkoper;

c. een onderbewindstelling die na de inschrijving van de koop is tot stand gekomen of die, zo zij tevoren was tot stand gekomen, toen niet in de openbare registers was ingeschreven, dit laatste tenzij de koper haar op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende;

d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting;

e. een na de inschrijving van de koop ingeschreven beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6;

f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven;

g. een faillissement of surséance van betaling van de verkoper of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, uitgesproken na de dag waarop de koop is ingeschreven.

4. De inschrijving van de koop verliest de in lid 3 bedoelde werking met terugwerkende kracht, indien het goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper geleverd is. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers.

5. Nadat de inschrijving haar werking heeft verloren, kan gedurende zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven.

6. Inschrijving van de koop vindt slechts plaats indien onder de koopakte een ondertekende en gedateerde verklaring van een notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin verklaard wordt dat de leden 1, 2 en 5 niet aan inschrijving in de weg staan.
7. De leden 1–6 zijn niet van toepassing op huurkoop.

Artikel 4

Wanneer de koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, is de koper een redelijke prijs verschuldigd; bij de bepaling van die prijs wordt rekening gehouden met de door de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen.

Artikel 5

1. In deze titel wordt verstaan onder "consumentenkoop": de koop met betrekking tot een roerende zaak, elektriciteit daaronder begrepen, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.
2. Wordt de zaak verkocht door een gevolmachtigde die handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, dan wordt de koop aangemerkt als een consumentenkoop, tenzij de koper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst weet dat de volmachtgever niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.
3. De vorige leden zijn niet van toepassing indien de overeenkomst door leidingen naar de verbruiker aangevoerd water betreft.
4. Indien de te leveren roerende zaak nog tot
5. Nadat de inschrijving haar werking heeft verloren, kan gedurende zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven.
6. Inschrijving van de koop vindt slechts plaats indien onder de koopakte een ondertekende en gedateerde verklaring van een notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin verklaard wordt dat de leden 1, 2 en 5 niet aan inschrijving in de weg staan. stand moet worden gebracht en de overeenkomst krachtens welke deze zaak moet worden geleverd voldoet aan de omschrijving van artikel 750, dan wordt de overeenkomst mede als een consumentenkoop aangemerkt indien de overeenkomst wordt gesloten door een aannemer die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een opdrachtgever, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De bepalingen van deze titel en die van afdeling 1 van titel 12 zijn naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van deze titel van toepassing.

Artikel 6

1. Bij een consumentenkoop kan van de afdelingen 1-7 van deze titel niet ten nadele van de koper worden afgeweken en kunnen de rechten en vorderingen die de wet aan de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de verkoper toekent, niet worden beperkt of uitgesloten.
2. Lid 1 is niet van toepassing op de artikelen 11, 12, 13, 26 en 35, doch bedingen in algemene voorwaarden waarbij ten nadele van de koper wordt afgeweken van die artikelen, worden als onredelijk bezwarend aangemerkt.
3. De toepasselijkheid op de consumentenkoop van een recht dat de door de richtlijn nr. 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (PbEG L 171) voorziene bescherming niet of slechts ten dele biedt, kan er niet toe leiden dat de koper de bescherming verliest die hem krachtens deze richtlijn wordt geboden door de dwingende bepalingen van het recht van de lidstaat van de Europese Unie of de andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft.

Artikel 6a

1. Indien in geval van een consumentenkoop in een garantie door de verkoper of de producent bepaalde eigenschappen zijn toegezegd, bij het ontbreken waarvan de koper bepaalde rechten of vorderingen worden toegekend, dan kan de koper deze uitoefenen onverminderd alle andere rechten of vorderingen die de wet de koper toekent.
2. In een garantie moet op duidelijke en begrijpelijke wijze worden vermeld welke in lid 1 bedoelde rechten of vorderingen een koper worden toegekend en moet worden vermeld dat deze een koper toekomen onverminderd de rechten of vorderingen die de wet hem toekent. Voorts moeten in een garantie de naam en het adres worden vermeld van de verkoper of de producent van wie de garantie afkomstig is, alsmede de duur en het gebied waarvoor de garantie geldt.
3. De in lid 2 bedoelde gegevens moeten de koper op zijn verlangen worden verstrekt. Dit geschiedt schriftelijk of op een andere ter beschikking van de koper staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager.

4. De aan de koper door de verkoper of de producent in een garantiebewijs toegekende rechten of vorderingen komen hem ook toe indien de zaak niet de eigenschappen bezit die in een reclame door deze verkoper of producent zijn toegezegd.

5. In dit artikel wordt verstaan onder:

- a. garantie: een in een garantiebewijs of reclame gedane toezegging als bedoeld in lid 1;
- b. producent: de fabrikant van de zaak, degene die de zaak in de Europese Economische Ruimte invoert, alsmede een ieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingssteken op de zaak aan te brengen.

Artikel 7

1. Degene aan wie een zaak is toegezonden en die redelijkerwijze mag aannemen dat deze toezending is geschied ten einde hem tot een koop te bewegen, is ongeacht enige andersluidende mededeling van de verzender jegens deze bevoegd de zaak om niet te behouden, tenzij het hem is toe te rekenen dat de toezending is geschied.

2. De toezending aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf van een niet door deze bestelde zaak met het verzoek tot betaling van een prijs, terugzending of bewaring, is niet toegestaan. Wordt desalniettemin een zaak toegezonden als bedoeld in de eerste volzin, dan is het in lid 1 bepaalde omtrent de bevoegdheid, de zaak om niet te behouden, van overeenkomstige toepassing.

3. Indien de ontvanger in de gevallen, bedoeld in de leden 1–2, de zaak terugzendt, komen de kosten hiervan voor rekening van de verzender.

4. Lid 2 is van overeenkomstige toepassing op het verrichten ten behoeve van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf van een niet door deze opgedragen dienst.

Artikel 8

Wordt een nieuw gebouwde of te bouwen woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, verkocht en is de koper een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan zijn de artikelen 767 en 768 van overeenkomstige toepassing. Hiervan kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.

Afdeling 2. Verplichtingen van de verkoper

Artikel 9

1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren. Onder toebehoren zijn de aanwezige titelbewijzen en bescheiden begrepen; voor zover de verkoper zelf daarbij belang behoudt, is hij slechts verplicht om aan de koper op diens verlangen en op diens kosten een afschrift of uittreksel af te geven.

1. Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper.

2. In geval van koop met eigendomsvoorbehoud wordt onder aflevering verstaan het stellen van de zaak in de macht van de koper.

Artikel 10

1. De zaak is voor risico van de koper van de aflevering af, zelfs al is de eigendom nog niet overgedragen. Derhalve blijft hij de koopprijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van de zaak door een oorzaak die niet aan de verkoper kan worden toegerekend.

2. Hetzelfde geldt van het ogenblik af, waarop de koper in verzuim is met het verrichten van een handeling waarmede hij aan de aflevering moet medewerken. Ingeval naar de soort bepaalde zaken zijn verkocht, doet het verzuim van de koper het risico eerst op hem overgaan, wanneer de verkoper de voor de uitvoering van de overeenkomst bestemde zaken heeft aangewezen en de koper daarvan heeft verwittigd.

Indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of op vervanging van de zaak inroept, blijft deze voor risico van de verkoper.

Wanneer de zaak na de aflevering voor risico van de verkoper is gebleven, is het tenietgaan of de achteruitgang ervan door toedoen van de koper eveneens voor rekening van de verkoper. De koper moet echter van het ogenblik af dat hij redelijkerwijs rekening moet houden met het feit dat hij de zaak zal moeten teruggeven, als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan zorgen; artikel 78 van Boek 6 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 11

Indien bij een consumentenkoop de zaak bij de koper wordt bezorgd door de verkoper of een door deze aangewezen vervoerder, is de zaak pas voor risico van de koper van de bezorging af, zelfs al was zij reeds eerder afgeleverd in de zin van artikel 9.

Artikel 12

1. Kosten van aflevering, die van weging en telling daaronder begrepen, komen ten laste van de verkoper.
2. Kosten van afhalen en kosten van een koopakte en van de overdracht komen ten laste van de koper.

Artikel 13

Indien bij een consumentenkoop de zaak bij de koper wordt bezorgd door de verkoper of een door deze aangewezen vervoerder, kunnen daarvoor slechts kosten worden gevorderd, voor zover zij bij het sluiten van de overeenkomst door de verkoper afzonderlijk zijn opgegeven of door de verkoper de gegevens zijn verschaft op grond waarvan zij door hem worden berekend. Hetzelfde geldt voor kosten, verschuldigd voor andere werkzaamheden die de verkoper in verband met de koop voor de koper verricht.

Artikel 14

Van de dag van aflevering af komen de vruchten toe aan de koper, met dien verstande dat burgerlijke vruchten van dag tot dag berekend worden.

Artikel 15

1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard.
2. Ongeacht enig andersluidend beding staat de verkoper in voor de afwezigheid van lasten en beperkingen die voortvloeien uit feiten die vatbaar zijn voor inschrijving in de openbare registers, doch daarin ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet waren ingeschreven.

Artikel 16

Wanneer tegen de koper een vordering wordt ingesteld tot uitwinning of tot erkenning van een recht waarmee de zaak niet belast had mogen zijn, is de verkoper gehouden in het geding te komen ten einde de belangen van de koper te verdedigen.

Artikel 17

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.
3. Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.
4. Is aan de koper een monster of model getoond of verstrekt, dan moet de zaak daarmee overeenstemmen, tenzij het slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden.
5. De koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn. Ook kan de koper zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer dit te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van grondstoffen afkomstig van de koper, tenzij de verkoper hem voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen.
6. Bij koop van een onroerende zaak wordt vermelding van de oppervlakte vermoed slechts als aanduiding bedoeld te zijn, zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden.

Artikel 18

1. Bij de beoordeling van de vraag of een op grond van een consumentenkoop afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, gelden mededelingen die door of ten behoeve van een vorige verkoper van die zaak, handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omtrent de zaak zijn openbaar gemaakt, als mededelingen van de verkoper, behoudens voor zover deze een bepaalde mededeling kende noch behoorde te kennen of deze mededeling uiterlijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op een voor de koper duidelijke wijze is herroepen, dan wel de koop niet door deze mededeling beïnvloed kan zijn.
2. Bij een consumentenkoop wordt vermoed dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, indien de afwijking van het overeengekomene zich binnen een termijn van zes maanden na aflevering openbaart, tenzij de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich daartegen verzet.

3. Indien in geval van een consumentenkoop de verkoper verplicht is zorg te dragen voor de installatie van de zaak en deze installatie ondeugdelijk is uitgevoerd, wordt dit gelijkgesteld aan een gebrek aan overeenstemming van de zaak aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien de installatie door de koper ondeugdelijk is uitgevoerd en dit te wijten is aan de montagevoorschriften die met de levering van de zaak aan de koper zijn verstrekt.

Artikel 19

1. In geval van een executoriale verkoop kan de koper zich er niet op beroepen dat de zaak behept is met een last of een beperking die er niet op had mogen rusten, of dat deze niet aan de overeenkomst beantwoordt, tenzij de verkoper dat wist.

2. Hetzelfde geldt indien de verkoop bij wijze van parate executie plaatsvindt, mits de koper dit wist of had moeten weten. Bij een consumentenkoop kan de koper zich er echter wel op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.

Afdeling 3. Bijzondere gevolgen van niet-nakoming van de verplichtingen van de verkoper

Artikel 20

Is de zaak behept met een last of een beperking die er niet op had mogen rusten, dan kan de koper eisen dat de last of de beperking wordt opgeheven, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen.

Artikel 21

1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan kan de koper eisen:

- a. aflevering van het ontbrekende;
- b. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen;
- c. vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen, dan wel de zaak na het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd.

De kosten van nakoming van de in lid 1 bedoelde verplichtingen kunnen niet aan de koper in rekening worden gebracht.

3. De verkoper is verplicht om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper, zijn in lid 1 bedoelde verplichtingen na te komen.

4. Bij een consumentenkoop komt de koper in afwijking van lid 1 slechts dan geen herstel of vervanging van de afgeleverde zaak toe indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevegd kan worden.

5. Herstel of vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet gevegd worden indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt, gelet op de waarde van de zaak indien zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt.

6. Indien bij een consumentenkoop de verkoper niet binnen een redelijke tijd nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichting tot herstel van de afgeleverde zaak heeft voldaan, is de koper bevoegd het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen.

Artikel 22

1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan heeft bij een consumentenkoop de koper voorts de bevoegdheid om:

- a. de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt;
- b. de prijs te verminderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene.

2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden ontstaan pas wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, danwel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting als bedoeld in artikel 21 lid 3.

3. Voorzover daarvan in deze afdeling niet is afgeweken zijn op de in lid 1 onder b bedoelde bevoegdheid de bepalingen van afdeling 5 van titel 5 van Boek 6 omtrent ontbinding van een overeenkomst van overeenkomstige toepassing.

4. De rechten en bevoegdheden genoemd in lid 1 en de artikelen 20 en 21 komen de koper toe onverminderd alle andere rechten en vorderingen.

Artikel 23

1. De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Blijkt echter aan de zaak een eigenschap te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat, of heeft de afwijking betrekking op feiten die hij kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld, dan moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden. Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is.
2. Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. Doch de koper behoudt de bevoegdheid om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan of op schadevergoeding tegen te werpen.
De termijn loopt niet zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper.

Artikel 24

1. Indien op grond van een consumentenkoop een zaak is afgeleverd die niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, heeft de koper jegens de verkoper recht op schadevergoeding overeenkomstig de afdelingen 9 en 10 a. van titel 1 van Boek 6.
2. Bestaat de tekortkoming in een gebrek als bedoeld in afdeling 3 van titel 3 van Boek 6, dan is de verkoper niet aansprakelijk voor schade als in die afdeling bedoeld, tenzij
 - a. hij het gebrek kende of behoorde te kennen,
 - b. hij de afwezigheid van het gebrek heeft toegezegd of
 - c. het betreft zaakschade terzake waarvan krachtens afdeling 3 van titel 3 van Boek 6 geen recht op vergoeding bestaat op grond van de in die afdeling geregelde franchise, onverminderd zijn verweren krachtens de afdelingen 9 en 10 van titel 1 van Boek 6.
3. Indien de verkoper de schade van de koper vergoedt krachtens lid 2 onder *a* of *b*, is de koper verplicht zijn rechten uit afdeling 3 van titel 3 van Boek 6 aan de verkoper over te dragen.

Artikel 25

1. Heeft de koper, in geval van een tekortkoming als bedoeld in artikel 24, een of meer van zijn rechten ter zake van die tekortkoming tegen de verkoper uitgeoefend, dan heeft de verkoper recht op schadevergoeding jegens degene van wie hij de zaak heeft gekocht, mits ook deze bij die overeenkomst in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf heeft gehandeld. Kosten ter zake van verweer worden slechts vergoed voor zover zij in redelijkheid door de verkoper zijn gemaakt.
2. Van lid 1 kan niet ten nadele van de verkoper worden afgeweken.
3. Het recht op schadevergoeding krachtens lid 1 komt de verkoper niet toe indien de afwijking betrekking heeft op feiten die hij kende of behoorde te kennen, dan wel haar oorzaak vindt in een omstandigheid die is voorgevallen nadat de zaak aan hem werd afgeleverd.
4. Indien aan de zaak een eigenschap ontbreekt die deze volgens de verkoper bezat, is het recht van de verkoper op schadevergoeding krachtens lid 1 beperkt tot het bedrag waarop hij aanspraak had kunnen maken indien hij de toezegging niet had gedaan.
5. Op het verhaal krachtens eerdere koopovereenkomsten zijn de vorige leden van overeenkomstige toepassing.
6. De vorige leden zijn niet van toepassing voor zover het betreft schade als bedoeld in artikel 24 lid 2.

Afdeling 4. Verplichtingen van de koper

Artikel 26

1. De koper is verplicht de prijs te betalen.
2. De betaling moet geschieden ten tijde en ter plaatse van de aflevering. Bij een consumentenkoop kan de koper tot vooruitbetaling van ten hoogste de helft van de koopprijs worden verplicht.
3. Is voor de eigendomsoverdracht een notariële akte vereist, gevolgd door inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers, dan moet het verschuldigde ten tijde van de ondertekening van de akte tenminste uit de macht van de koper zijn gebracht en behoeft het pas na de inschrijving in de macht van de verkoper te worden gebracht.
4. Bij de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan, kan de koper die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, niet worden verplicht tot vooruitbetaling van de koopprijs, behoudens dat kan worden bedongen dat hij ter verzekering van de nakoming van zijn verplichtingen een bedrag dat niet hoger is dan 10% van de koopprijs, in depot stort bij een notaris dan wel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt. Van het in de eerste zin bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6. Het teveel betaalde geldt als onverschuldigd betaald.

5. Lid 4 is van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan.
6. De leden 4–5 zijn niet van toepassing op een koop als bedoeld in artikel 48a onder a.

Artikel 27

Wanneer de koper gestoord wordt of goede grond heeft te vrezen dat hij gestoord zal worden door een vordering tot uitwinning of tot erkenning van een recht op de zaak dat daarop niet had mogen rusten, kan hij de betaling van de koopprijs opschorten, tenzij de verkoper voldoende zekerheid stelt om het nadeel te dekken dat de koper dreigt te lijden.

Artikel 28

Bij een consumentenkoop verjaart de rechtsvordering tot betaling van de koopprijs door verloop van twee jaren.

Artikel 29

1. Heeft de koper de zaak ontvangen doch is hij voornemens deze te weigeren, dan moet hij als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan zorgen; hij heeft op de zaak een retentierecht totdat hij door de verkoper voor de door hem in redelijkheid gemaakte kosten schadeloos is gesteld.
2. De koper die voornemens is een aan hem verzonden en op de plaats van bestemming te zijner beschikking gestelde zaak te weigeren, moet, zo dit geen betaling van de koopprijs en geen ernstige bezwaren of onredelijke kosten meebrengt, deze in ontvangst nemen, tenzij de verkoper op de plaats van bestemming aanwezig is of iemand aldaar bevoegd is zich voor zijn rekening met de zorg voor de zaak te belasten.

Artikel 30

Wanneer in de gevallen, in artikel 29 voorzien, de zaak aan snel tenietgaan of achteruitgang onderhevig is of wanneer de bewaring daarvan ernstige bezwaren of onredelijke kosten zou meebrengen, is de koper verplicht de zaak op een geschikte wijze te doen verkopen.

Afdeling 5. Bijzondere gevolgen van verzuim van de koper

Artikel 31

Indien de overeenkomst aan de koper de bevoegdheid geeft door aanwijzing van maat of vorm of op andere wijze de zaak te specificeren en hij daarmee in verzuim is, kan de verkoper daartoe zelf overgaan, met inachtneming van de hem bekende behoeften van de koper.

Artikel 32

Ingeval de koper met de inontvangstneming in verzuim is, vindt artikel 30 overeenkomstige toepassing.

Afdeling 6. Bijzondere gevallen van ontbinding

Artikel 33

Indien de aflevering van een roerende zaak op een bepaalde dag essentieel is en op die dag de koper niet in ontvangst neemt, levert zulks een grond op tot ontbinding als bedoeld in artikel 265 van Boek 6.

Artikel 34

De verkoper kan de koop door een schriftelijke verklaring ontbinden, indien het achterwege blijven van inontvangstneming hem goede grond geeft te vrezen dat de prijs niet zal worden betaald.

Artikel 35

1. Indien de verkoper bij een consumentenkoop krachtens een bij die overeenkomst gemaakt beding de koopprijs na het sluiten van de koop verhoogt, is de koper bevoegd de koop door een schriftelijke verklaring te ontbinden, tenzij bedongen is dat de aflevering langer dan drie maanden na de koop zal plaatsvinden.
2. Voor de toepassing van lid 1 wordt onder koopprijs begrepen het bedrag dat bij het sluiten van de overeenkomst onder voorbehoud van prijswijziging voorlopig als koopprijs is opgegeven.

Afdeling 7. Schadevergoeding

Artikel 36

1. In geval van ontbinding van de koop is, wanneer de zaak een dagprijs heeft, de schadevergoeding gelijk aan het verschil tussen de in de overeenkomst bepaalde prijs en de dagprijs ten dage van de niet-nakoming.
2. Voor de berekening van deze schadevergoeding is de in aanmerking te nemen dagprijs die van de markt waar de koop plaatsvond, of, indien er geen dergelijke dagprijs is of deze bezwaarlijk zou kunnen worden toegepast, de prijs van de markt die deze redelijkerwijs kan vervangen; hierbij wordt rekening gehouden met verschillen in de kosten van vervoer van de zaak.

Artikel 37

Heeft de koper of de verkoper een dekkingskoop gesloten en is hij daarbij redelijk te werk gegaan, dan komt hem het verschil toe tussen de overeengekomen prijs en die van de dekkingskoop.

Artikel 38

De bepalingen van de twee voorgaande artikelen sluiten het recht op een hogere schadevergoeding niet uit ingeval meer schade is geleden.

Afdeling 8. Recht van reclame

Artikel 39

1. De verkoper van een roerende, aan de koper afgeleverde zaak die niet een registergoed is, kan, indien de prijs niet betaald is en in verband daarmee aan de vereisten voor een ontbinding als bedoeld in artikel 265 van Boek 6 is voldaan, de zaak door een tot de koper gerichte schriftelijke verklaring terugvorderen. Door deze verklaring wordt de koop ontbonden en eindigt het recht van de koper of zijn rechtsverkrijger; de artikelen 271, 273, 275 en 276 van Boek 6 zijn van overeenkomstige toepassing.
2. Is slechts de prijs van een bepaald deel van het afgeleverde niet betaald, dan kan de verkoper slechts dat deel terugvorderen. Is ten aanzien van het geheel een deel van de prijs niet betaald, dan kan de verkoper een daaraan evenredig deel van het afgeleverde terugvorderen indien het afgeleverde voor een zodanige verdeling vatbaar is. In beide gevallen wordt de koop slechts voor het teruggevorderde deel van het afgeleverde ontbonden.
3. In alle andere gevallen van gedeeltelijke betaling van de prijs kan de verkoper slechts het afgeleverde in zijn geheel terugvorderen tegen teruggave van het reeds betaalde.

Artikel 40

1. Is de koper in staat van faillissement verklaard of is aan hem surséance van betaling verleend, dan heeft de terugvordering geen gevolg, indien door de curator, onderscheidenlijk door de koper en de bewindvoerder, binnen een hun daartoe door de verkoper bij diens verklaring te stellen redelijke termijn de koopprijs wordt betaald of voor deze betaling zekerheid wordt gesteld.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien ten aanzien van de koper de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, tenzij de koopovereenkomst tot stand is gekomen na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling.

Artikel 41

De bevoegdheid tot terugvordering kan slechts worden uitgeoefend voor zover het afgeleverde zich nog in dezelfde staat bevindt als waarin het werd afgeleverd.

Artikel 42

1. Tenzij de zaak in handen van de koper is gebleven, vervalt de bevoegdheid tot terugvordering wanneer de zaak overeenkomstig artikel 90 lid 1 of artikel 91 van Boek 3 anders dan om niet is overgedragen aan een derde die redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat het recht zou worden uitgeoefend. Is de zaak na de aflevering anders dan om niet in vruchtgebruik gegeven of verpand, dan is lid 1 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 43

De verkoper kan zijn in artikel 39 omschreven bevoegdheid niet uitoefenen, indien de koper voor de volle koopprijs handelspapier heeft geaccepteerd.

Bij acceptatie voor een gedeelte van de prijs kan de verkoper die bevoegdheid slechts uitoefenen, indien hij ten behoeve van de koper zekerheid stelt voor de vergoeding van hetgeen de koper uit hoofde van zijn acceptatie zou moeten betalen.

Artikel 44

De in artikel 39 omschreven bevoegdheid van de verkoper vervalt, wanneer zowel zes weken zijn verstreken nadat de vordering tot betaling van de koopprijs opeisbaar is geworden, als zestig dagen, te rekenen van de dag waarop de zaak onder de koper of onder iemand van zijnentwege is opgeslagen.

Afdeling 9. Koop op proef

Artikel 45

1. Koop op proef wordt geacht te zijn gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de zaak de koper voldoet.
2. Laat deze een termijn, voldoende om de zaak te beoordelen, voorbijgaan zonder de verkoper van zijn beslissing in kennis te stellen, dan kan hij de zaak niet meer weigeren.

Artikel 46

Zolang de koop niet definitief is, is de zaak voor risico van de verkoper.

Bijlage 5. Afdeling 7.1.9A BW Verkoop op afstand

Artikel 46a

In deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. overeenkomst op afstand: de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand;
- b. koop op afstand: de overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is;
- c. overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten: de tot het verrichten van diensten strekkende overeenkomst op afstand tussen een dienstverlener die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
- d. financiële dienst: iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen;
- e. techniek voor communicatie op afstand: een middel dat zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van partijen kan worden gebruikt voor het sluiten van de overeenkomst op afstand;
- f. communicatietechniekexploitant: een natuurlijk persoon of rechtspersoon die zijn bedrijf maakt van het ter beschikking stellen van één of meer technieken voor communicatie op afstand aan verkopers of dienstverleners;
- g. richtlijn: richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144);
- h. richtlijn nr. 2002/65/EG: richtlijn nr. 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (PbEG L 271).

Artikel 46b

1. Artikel 5 lid 3 is niet van toepassing op koop op afstand.
2. Deze afdeling is niet van toepassing op de koop op afstand:
 - a. die wordt gesloten met gebruikmaking van distributieautomaten of geautomatiseerde handelsruimten;
 - b. op een veiling.
3. De artikelen 46c-46e en 46f lid 1 zijn niet van toepassing op de koop op afstand van hoofdzakelijk levensmiddelen die worden afgeleverd aan de koper op diens woon- of verblijfplaats of werkplek door frequent en op gezette tijden langskomende bezorgers.

Artikel 46c

1. Tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten, moeten aan de wederpartij met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze, de volgende gegevens worden verstrekt, waarvan het commerciële oogmerk ondubbelzinnig moet blijken:
 - a. de identiteit en, indien de koop op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, het adres van de verkoper;
 - b. de belangrijkste kenmerken van de zaak;
 - c. de prijs, met inbegrip van alle belastingen, van de zaak;
 - d. voor zover van toepassing: de kosten van aflevering;
 - e. de wijze van betaling, aflevering of uitvoering van de koop op afstand;
 - f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e;
 - g. indien de kosten van het gebruik van de techniek voor communicatie op afstand worden berekend op een andere grondslag dan het basistarief: de hoogte van het geldende tarief;
 - h. de termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs;
 - i. voor zover van toepassing, in geval van een koop op afstand die strekt tot voortdurende of periodieke aflevering van zaken: de minimale duur van de overeenkomst.
2. Tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en, voor zover het niet aan derden af te leveren zaken betreft, uiterlijk bij de aflevering, moeten aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of, voor zover het de in de onderdelen a en c-e bedoelde gegevens betreft, op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager, de volgende gegevens worden verstrekt, behoudens voor zover zulks reeds is geschied voordat de koop op afstand werd gesloten:
 - a. de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1;
 - b. de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e lid 2;

- c. het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen;
- d. voor zover van toepassing: gegevens omtrent de garantie en omtrent in het kader van de koop op afstand aangeboden diensten;
- e. indien de koop op afstand een duur heeft van meer dan een jaar dan wel een onbepaalde duur: de vereisten voor opzegging van de overeenkomst.

Artikel 46d

1. Gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden. De eerste zin is van overeenkomstige toepassing vanaf de voldoening binnen de in de tweede zin bedoelde termijn aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen.
2. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 kan de verkoper, behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak, aan de koper geen vergoeding in rekening brengen.
3. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 heeft de koper recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding plaatsvinden.
4. De leden 1–3 zijn niet van toepassing op de koop op afstand:
 - a. van zaken waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de verkoper geen invloed heeft;
 - b. van zaken die:
 - 1°. zijn tot stand gebracht overeenkomstig specificaties van de koper;
 - 2°. duidelijk persoonlijk van aard zijn;
 - 3°. door hun aard niet kunnen worden teruggezonden;
 - 4°. snel kunnen bederven of verouderen;
 - c. van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur, indien de koper hun verzegeling heeft verbroken;
 - d. van kranten en tijdschriften.

Artikel 46e

1. Ontbinding van de koop op afstand overeenkomstig artikel 46d lid 1 brengt van rechtswege en zonder dat de koper een boete is verschuldigd de ontbinding mee van een overeenkomst die ertoe strekt dat de verkoper aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent.
2. In geval van ontbinding van de koop op afstand overeenkomstig artikel 46d lid 1 heeft de koper tevens het recht een ingevolge een overeenkomst tussen de verkoper en een derde aangegane overeenkomst die ertoe strekt dat de derde aan de koper ten behoeve van de voldoening van de prijs een geldsom leent, zonder boete te ontbinden.

Artikel 46f

1. Het verzuim van de verkoper treedt zonder ingebrekestelling in, wanneer de koop op afstand niet uiterlijk binnen dertig dagen, te rekenen van de dag waarop de koper zijn bestelling bij de verkoper heeft gedaan, is nagekomen, behalve voor zover de vertraging de verkoper niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.
2. Indien nakoming onmogelijk is doordat de gekochte zaak niet beschikbaar is, moet de koper daarvan zo spoedig mogelijk worden kennis gegeven en heeft hij recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de kennisgeving plaatsvinden.
3. Indien in het in lid 2 bedoelde geval de verkoper krachtens een voor dan wel bij het sluiten van de koop op afstand gemaakt beding de bevoegdheid heeft, een zaak van gelijke kwaliteit en prijs te geven, komen de kosten van het terugzenden van de zaak in geval van ontbinding van de koop op afstand overeenkomstig artikel 46d lid 1 ten laste van de verkoper. De koper moet daarvan op duidelijke en begrijpelijke wijze worden kennis gegeven.

Artikel 46g

De natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van wie een betaalkaart frauduleus is gebruikt in het kader van koop op afstand, kan niet worden verplicht tot betaling van de hem als gevolg van dat frauduleuze gebruik in rekening gebrachte bedragen, behoudens voor zover dat gebruik een gevolg is van een omstandigheid die aan hem kan worden toegerekend. Het terzake reeds betaalde geldt als onverschuldigd betaald.

Artikel 46h

1. Aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf moeten bij het gebruik van de telefoon voor het doen van ongevraagde oproepen ter bevordering van de totstandkoming van een koop

op afstand, aan het begin van elk gesprek duidelijk de identiteit van de verkoper, alsmede het commerciële oogmerk van de oproep worden medegedeeld.

2. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie, ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand, aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is uitsluitend toegestaan, indien de desbetreffende persoon daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend onverminderd hetgeen is bepaald in lid 3.

3. Een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van een zaak mag deze gegevens gebruiken voor het overbrengen van communicatie ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand met betrekking tot eigen gelijksoortige zaken, mits bij de verkrijging van de contactgegevens aan de klant duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens, en, indien de klant hiervan geen gebruik heeft gemaakt, hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.

4. Bij het gebruik van elektronische berichten ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:

a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en
b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

5. Het gebruik van andere dan de in lid 2 genoemde technieken voor communicatie op afstand voor het overbrengen van ongevraagde communicatie of het doen van ongevraagde mededelingen, ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand, aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is toegestaan, tenzij de desbetreffende persoon te kennen heeft gegeven dat hij communicatie of mededelingen waarbij van deze technieken gebruik wordt gemaakt, niet wenst te ontvangen.

6. Degene die ongevraagd communicatie overbrengt of mededelingen doet ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand, neemt passende maatregelen om ten minste eenmaal per jaar de personen, bedoeld in lid 5, bekend te maken met de mogelijkheden tot het doen van een kennisgeving als bedoeld in lid 5. De bekendmaking kan via een of meer dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze plaatsvinden.

7. Aan de maatregelen, bedoeld in de leden 2 en 5, zijn voor de in die leden bedoelde personen geen kosten verbonden.

Artikel 46i

1. De artikelen 46b lid 2, 46c, 46d leden 1–3 en 4, onderdeel a, 46e en 46f leden 1 en 2 zijn van overeenkomstige toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten die niet een financiële dienst zijn. De artikelen 46g–46h zijn van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten. 2. In afwijking van lid 1 zijn de in dat lid genoemde artikelen niet van toepassing op de overeenkomst op afstand:

a. tot het verrichten van diensten, die wordt gesloten met een telecommunicatie-exploitant door gebruikmaking van een openbare telefoon;
b. tot aanneming van werk die strekt tot de bouw van een onroerende zaak.

In afwijking van lid 1 zijn de artikelen 46c–46e en 46f lid 1 niet van toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten die logies, vervoer, het restaurantbedrijf of vrijetijdsbesteding betreft, indien de dienstverlener zich er bij het sluiten van de overeenkomst toe verplicht, deze diensten te verrichten op een bepaalde datum of tijdens een bepaalde periode.

In afwijking van lid 1 is artikel 46c lid 2 niet van toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten die in één keer worden verricht met behulp van een techniek voor communicatie op afstand en die in rekening worden gebracht door de communicatietechniekexploitant. Desalniettemin moet aan de wederpartij steeds het bezoekadres van de vestiging van de dienstverlener waar de wederpartij een klacht kan indienen, worden medegedeeld.

5. In afwijking van lid 1 is artikel 46d niet van toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten:

a. waarvan de nakoming met instemming van de wederpartij is begonnen voordat de in artikel 46d lid 1, eerste en derde volzin, bedoelde termijn is verstreken;
b. betreffende weddenschappen en loterijen.

In geval van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten lopen de in artikel 46d lid 1, eerste en tweede volzin, bedoelde termijnen vanaf het sluiten van de overeenkomst.

7. Een beding in een overeenkomst op afstand tot het verrichten van financiële diensten dat de wederpartij belast met het bewijs ter zake van de naleving van de verplichtingen die krachtens richtlijn nr. 2002/65/EG op de dienstverlener rusten, is vernietigbaar.

Artikel 46j

1. Van deze afdeling kan niet ten nadele van de koper dan wel de wederpartij worden afgeweken.
2. Lid 1 is niet van toepassing op artikel 46f lid 1.
3. De toepasselijkheid op de overeenkomst van een recht dat de door de richtlijn nr. 97/7/EG respectievelijk richtlijn nr. 2002/65/EG voorziene bescherming niet of slechts ten dele biedt, kan er niet toe leiden dat de koper dan wel de wederpartij de bescherming verliest die hem krachtens de richtlijn nr. 97/7/EG respectievelijk richtlijn nr. 2002/65/EG wordt geboden door de dwingende bepalingen van het recht van de lid-staat van de Europese Unie of de andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft.

