Ministerie van Justitie

Zoektocht naar de aansluiting tussen het Nederlandse en Europese regelgevingsysteem

Aan de hand van de implementatie van vijf kaderrichtlijnen in Nederland

4. Opbouw van het rapport en auteursverdeling

Dit rapport bestaat uit drie delen, nader onderverdeeld in hoofdstukken. Deel A betreft de inleidende en daarna algemene besprekingen, in het bijzonder over de belangrijkste kenmerken van het Europese regelgevingsysteem (hoofdstuk 2) en over de typerende kenmerken van het Nederlandse referentiekader bij implementatie van Europese regels (hoofdstuk 3). Daarna volgen in Deel B de besprekingen en uitkomsten van de vijf casestudies, in de hoofdstukken 4-8. Deze vijf hoofdstukken van deel B hebben zoveel mogelijk dezelfde structuur: een bespreking van de betrokken kaderrichtlijn, inclusief implementatie daarvan in Nederland; procedurele en institutionele vormgeving; samenhang rechtsregels; rechtsinstrumenten en -technieken; en dan volgen de hoofdstukconclusies. Tot slot worden in Deel C (hoofdstuk 9) de belangrijkste algemene bevindingen en conclusies van het onderzoek weergegeven.

Deel A en Deel C werden geschreven door prof. dr. D.M. Curtin, mr. dr. R.H. van Ooik en mr. dr. T.A.J.A. Vandamme (allen ACELG). Deze drie auteurs zijn ook verantwoordelijk voor de afstemming van deze delen met de vijf casestudies.
De auteurs van deze vijf casestudies zijn:
- Kaderrichtlijn Arbeidsomstandigheden: dr. J.R. Popma (HSI)
- Kaderrichtlijn Water: mr. F.A.G. Groothuijse (CvM)
- Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit: mr. M.N. Boeve en mr. L. van Middelkoop (beiden CvM);
- Ontwerprichtlijn Consumenten: prof. dr. M.B.M. Loos
- Dienstenrichtlijn: mr. dr. T.A.J.A. Vandamme en mr. dr. R.H. van Ooik

Hoofdstuk 7 Ontwerp-Kaderrichtlijn Consumentenrechten

Algemeen deel

1. Inleiding

De (ontwerp-) richtlijn consumentenrechten[358] is uitgevaardigd op de basis van artikel 114 EU-Werkingsverdrag (ex art. 95 EG-verdrag) en betreft derhalve een richtlijn betreffende de werking van de interne markt. Aangezien de richtlijn betrekking heeft op consumentenbescherming, diende bij de vaststelling van de richtlijn uit te worden gegaan van een 'hoog beschermingsniveau' (art. 114 lid 3 EU-Werkingsverdrag). De richtlijn is in belangrijke mate een consolidatie van bestaande richtlijnen – de colportagerichtlijn,[359] de richtlijn oneerlijke bedingen,[360] de richtlijn koop op afstand[361] en de richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties.[362] De richtlijn betreft daarmee centrale gebieden van het vermogensrecht als de regeling van algemene voorwaarden en de koop van roerende zaken door consumenten. Dat betekent dat de richtlijn hoe dan ook een impact heeft op het algemene vermogensrecht. De mate waarin dat het geval is, hangt in ieder geval ten dele af van het antwoord op de vraag welke ruimte de nationale wetgever nog heeft ten aanzien van door de richtlijn geregelde onderwerpen. Beslissend voor dat antwoord is in hoeverre de richtlijn bepaalde onderwerpen uitputtend en volledig regelt. Bij uitputtende harmonisatie wordt een bepaald onderwerp dat binnen het materiële en personele bereik van de richtlijn valt, geheel door de richtlijn geregeld, bij niet-uitputtende harmonisatie regelt de richtlijn slechts bepaalde aspecten van het onderwerp, maar wordt regeling van het onderwerp voor het overige aan de lidstaten gelaten.[363] Wissink wijst erop dat richtlijnen op het gebied van het privaatrecht in het algemeen niet de bedoeling hebben om bepaalde onderwerpen uitputtend te regelen.[364]
Hesselink geeft terecht aan dat de richtlijn en de toelichting op het richtlijnvoorstel op diverse plaatsen het (voort)bestaan van nationaal algemeen privaatrecht veronderstellen[365] en dat de regeling van geen van de onderwerpen in de ontwerprichtlijn compleet is.[366] In zoverre is het eenvoudigweg ondenkbaar dat de ontwerprichtlijn uitputtend kan zijn. Zo geeft zij wel aan dat de consument in bepaalde (beperkte) gevallen het recht heeft om een koopovereenkomst te ontbinden, maar regelt zij niet hoe de consument de koopovereenkomst moet ontbinden en wat de gevolgen van de ontbinding van de koopovereenkomst zijn. Het kan niet anders dan dat de bepalingen van artikel 6:267 e.v. BW deze aspecten van de ontbinding van de consumentenkoopovereenkomst moeten en mogen regelen. Toepassing van het nationale recht zal echter de wél door de richtlijn geregelde onderwerpen niet mogen doorkruisen.[367]

[358] In het onderstaande wordt ervan uitgegaan dat de richtlijn tot stand komt overeenkomstig het gewijzigde voorstel dat circuleert binnen de Raad van Ministers van 10 december 2009, te vinden via http://register.consilium.europa.eu (interinstitutional file 2008/0196 (COD), laatstelijk gecontroleerd op 10 maart 2010). Verwijzingen naar de richtlijn zijn in werkelijkheid verwijzingen naar deze versie van het richtlijnvoorstel. Verwijzingen naar het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie van 8 oktober 2008, COM(2008) 614 definitief, worden aangeduid als: oorspronkelijk richtlijnvoorstel.

[359] Richtlijn 85/577/EEG, Pb. 1985, L 372/31.

[360] Richtlijn 93/13/EEG, Pb. 1993, L 95/29.

[361] Richtlijn 97/7/EG, Pb.EU 1997, L 144/19.

[362] Richtlijn 1999/44/EG, Pb.EU 1999, L 171/12.

[363] Wissink, M.H., Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht, diss. Leiden, Deventer: Kluwer, 2001, nr. 38; Hesselink, M.W., Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn Consumentenrechten', in: Hesselink, M.W. en. Loos, M.B.M., (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn Consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 76. Zie over deze harmonisatietypes ook hoofdstuk 2, par. 2.3.

[364] Wissink 2001, nr. 39.

[365] Hesselink 2009, p. 79. Zie bijv. p. 7 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, COM(2008) 614.

[366] Hesselink 2009, p. 80.

[367] Wissink 2001, nr. 39.

Wel is duidelijk dat voor zover een onderwerp binnen het personele en materiële bereik valt, sprake is van volledige harmonisatie, nu artikel 4 van de ontwerprichtlijn Consumentenrechten dit met zoveel woorden bepaalt. Volledige harmonisatie van 'kernbegrippen' van het Europees consumentenrecht wordt nodig geacht om rechtszekerheid te creëren voor zowel consumenten als bedrijven: zij moet ertoe leiden dat consumenten erop kunnen vertrouwen dat één regeling van de rechten en verplichtingen van partijen in de gehele Europese Unie geldt. Daarmee zouden de belemmeringen voor de interne markt worden weggenomen die voortkomen uit het bestaan van verschillende regels in de lidstaten.[368] Het zou de lidstaten daarom niet mogen worden toegestaan om op het geharmoniseerde terrein andere bepalingen te introduceren of te handhaven dan die welke voortvloeien uit de richtlijn.[369] Concreet betekent dit dat voor zover de richtlijn over een bepaald (aspect van een) onderwerp regels stelt, nationale regels niet mogen afwijken van de bepalingen van de richtlijn. Bestaande regels van consumentenbescherming die verder gaan dan de richtlijn toestaat, moeten dan ook worden afgeschaft.[370] Dat betekent overigens ook dat implementatie van de richtlijn niet vergezeld zal gaan van 'goldplating' – verdergaande bescherming mag immers niet worden geboden. Wel is de mogelijkheid aanwezig dat ter voorkoming van incoherentie van en inconsistenties binnen het nationale vermogensrecht wordt besloten om ook de regels die gelden voor niet-consumentenovereenkomsten aan te passen aan de bepalingen van de richtlijn (spontane harmonisatie, zie hierna).

Met de stroomlijning van de oorspronkelijke vier richtlijnen in de nieuwe richtlijn consumentenrechten wordt echter maar een deel van de ondoorzichtelijkheid op het Europese niveau aangepakt. De richtlijn consumentenrechten zal immers een potentieel zeer breed bereik krijgen en het lijkt onvermijdelijk dat het aan talloze andere Europese regelgeving zal raken. Zo is er bijvoorbeeld de vraag hoe de richtlijn consumentenrechten zich verhoudt tot de Dienstenrichtlijn (2006/123). Beide hebben een breed toepassingbereik en beide leggen belangrijke informatieverplichtingen op aan dienstverleners. Noch in het richtlijnvoorstel, noch in de Dienstenrichtlijn wordt duidelijk gemaakt welke richtlijn voorgaat in het geval dat beide richtlijnen – die beide uitgaan van volledige harmonisatie – gelijktijdig van toepassing zijn. Dit kan praktische problemen opleveren, omdat bijvoorbeeld de informatieverplichtingen die in de beide richtlijnen zijn opgenomen verschillen vertonen.[371]

Of afschaffing of beperking van bestaande consumentenrechtelijke regels wenselijk of acceptabel is, is in de eerste plaats een rechtspolitieke vraag die in het kader van de vaststelling van de richtlijn speelt en heeft gespeeld. Indien de richtlijn eenmaal is vastgesteld, volgt de verplichting tot afschaffing van verdergaande nationale consumentenbeschermende bepalingen, als gezegd, uit het karakter van de volledige harmonisatie van de richtlijn. Dat betekent evenwel niet dat daarmee direct duidelijk is welke regels aanpassing behoeven. Met name het oorspronkelijke richtlijnvoorstel was op dit punt bijzonder onduidelijk. In het bijzondere deel wordt ingegaan op een aantal voorbeelden hiervan.

2. Procedurele en institutionele vormgeving

2.1 Het primaat van de wetgever en de mogelijkheid van delegatie op nationaal niveau

De richtlijn consumentenrechten laat het de lidstaten vrij om te bepalen of de richtlijn wordt omgezet door wetgeving of door lagere regelgeving, zo blijkt ook uit artikel 46 van de richtlijn. In de praktijk wordt regelgeving op het gebied van het privaatrecht niet of slechts in zeer beperkte mate overgelaten aan lagere wetgevers. Dit is mede verklaarbaar door het feit dat artikel 107 Grondwet bepaalt dat de wet het burgerlijk recht in algemene wetten regelt, behoudens de mogelijkheid om bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen. Aanwijzing 22 van de Aanwijzingen voor de regelge-

[368] Vgl. overweging 8 van de preambule.

[369] Zie overweging 9 van de preambule.

[370] Zie Loos, M.B.M., 'Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijn-voorstel', Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2008/5, p. 174.

[371] Op de informatieplichten in de richtlijn Consumentenrechten zal in het bijzondere deel worden teruggekomen.

ving[372] bepaalt dat de hoofdelementen van de wettelijke regeling in de wet zelf dient te worden opgenomen; daartoe behoren blijkens de toelichting in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling en in beginsel ook de voornaamste duurzame normen.[373] Uitgangspunt is daarmee dat privaatrechtelijke regelgeving in het Burgerlijk Wetboek zelf, of in bijzondere formele wetten, zoals de Colportagewet, geschiedt. Uitvoerende regelgeving ontbreekt dan ook nagenoeg geheel. Slechts op een beperkt aantal gebieden biedt de wet de mogelijkheid tot delegatie. Dit geldt vooral het gebied van algemene voorwaarden – waar artikel 6:239 BW de mogelijkheid biedt om de grijze lijst van artikel 6:237 BW te wijzigen bij algemene maatregel van bestuur, met mededeling aan de voorzitters van de beide Kamers van de Staten-Generaal en eventueel voorafgaand horen van representatieve organisaties van gebruikers en consumenten – en ten aanzien van informatieplichten. Informatieplichten worden soms bij wet geregeld – zo bijvoorbeeld de situatie voor de informatieplichten bij op afstand gesloten overeenkomsten[374] – maar soms ook bij algemene maatregel van bestuur – zo in het geval van de Colportagewet,[375] ten aanzien van timeshare-overeenkomsten[376] en voor reisovereenkomsten.[377]

2.2 Delegatie op Europees niveau; Comitologie-procedure

De ontwerprichtlijn Consumentenrechten is niet een 'kaderrichtlijn' in de institutionele betekenis van het woord. Hij voorziet nauwelijks in delegatie en zelfs voor zover dat wel het geval is, staat nu juist dit aspect van het voorstel momenteel ter discussie. Het gaat hier om artikel 39 lid 2 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, dat voorziet in aanpassing van de bijlagen II en III met daarin de lijsten met (mogelijk) oneerlijke bedingen, de 'zwarte' resp. de 'grijze' lijst van bedingen die worden geacht (Bijlage II) resp. worden vermoed (Bijlage III) onredelijk bezwarend te zijn. De bevoegdheid tot wijziging diende te worden gebruikt om te waarborgen dat de regels inzake oneerlijke bedingen op consistente wijze worden toegepast.[378] De Commissie zou daartoe worden bijgestaan door het speciaal hiervoor ingestelde 'Comité voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten',[379] Het comité zou jaarlijks drie maal[380] bijeenkomen om te oordelen over de vraag of de lijsten moeten worden aangevuld met bedingen die in de lidstaten als oneerlijk zijn geoordeeld; op de lidstaten werd in dit kader de verplichting gelegd om van dergelijke beslissingen van rechters of toezichthouders melding te maken aan de Europese Commissie. De verplichting hiertoe zou slechts gelden voor die beslissingen die de lidstaten 'relevant achten met het oog op aanpassing' van de bijlagen.[381] Met andere woorden: het was aan de discretie van de lidstaten overgelaten om te bepalen of een beslissing waarmee een beding als oneerlijk wordt aangemerkt ook te melden aan de Europese Commissie.[382] De toepassing van de comitologie-procedure op de vaststelling van de Europese zwarte en grijze lijst kon om meerdere redenen worden bekritiseerd. In de eerste plaats is de procedure bedoeld om essentiële onderdelen van een basisregeling toe te passen. Daarbij is met name gedacht aan maatregelen ter bescherming van de gezondheid en veiligheid van mensen, dieren en planten.[383] Het gaat dan dus om

372 Aanwijzingen voor de regelgeving (zoals laatstelijk gewijzigd bij Circulaire van de Minister-President, Stcrt. 2005, 87). De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn te downloaden via http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/wetgevingskwaliteit/instrumenten/ (laatstelijk gecontroleerd op 22 januari 2010).

373 Zie de toelichting bij de Aanwijzingen voor de regelgeving, p. 13.a

374 Voor op afstand gesloten overeenkomsten zijn de informatieverplichtingen opgenomen in artikel 7:46c lid 1 en lid 2 BW.

375 Zie artikel 24 lid 2 sub b Colportagewet.

376 Zie artikel 7:48b lid 1 BW.

377 Zie artikel 7:501 lid 1 BW.

378 Zie overweging (53) van de preambule bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.

379 Zie artikel 40 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.

380 Zie de toelichting die aan het oorspronkelijke richtlijnvoorstel voorafgaat, p. 8.

381 Zie artikel 39 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.

382 Een dergelijke beperking lijkt niet onverstandig: het zou ongetwijfeld om veel te veel uitspraken of beslissingen zijn gegaan, zodat het hele systeem zou worden overladen. Bovendien dient bij de beoordeling van de mogelijke oneerlijkheid rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zodat het feit dat een beding in een bepaald (concreet) geval oneerlijk wordt geoordeeld, niet automatisch betekent dat het in alle gevallen (absoluut) oneerlijk is. Dat is overigens anders bij een op de voet van artikel 38 richtlijn Consumentenrechten gevoerde collectieve actie-procedure, waar juist van concrete omstandigheden wordt geabstraheerd. Dergelijke beslissingen lenen zich waarschijnlijk beter voor veralgemenisering op Europees niveau en zouden in mijn ogen dan ook steeds moeten zijn gemeld aan de Commissie.

383 Barents, B., en Brinkhorst, L.J., Grondlijnen van Europees recht, Deventer: Kluwer, 12e druk, 2006, p. 214.

aangelegenheden van meer technische aard, waarvoor in veel gevallen ook snel ingrijpen noodzakelijk is. Bij de wijzigingen van de zwarte en grijze lijst gaat het daarentegen om wijzigingen van het materiële recht. Ook is onduidelijk of een dergelijke mogelijkheid tot snelle wijziging wel noodzakelijk is: met behulp van de flexibele open norm van artikel 32 lid 1 van de richtlijn kunnen oneerlijke bedingen worden bestreden, terwijl in het geval een meer principieel verbod van een bepaald beding noodzakelijk wordt geacht, de richtlijn zelf gewijzigd zou kunnen worden conform de normale procedure voor de vaststelling van een (wijzigings)richtlijn. Het is voorts de vraag of de zwarte en grijze lijst door deze procedure feitelijk sneller gewijzigd zouden worden dan door een reguliere wijziging van een richtlijn mogelijk is. De Nederlandse ervaring met de mogelijkheid tot de wijziging van artikel 6:237 BW door middel van een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 6:239 BW doet daar wel aan twijfelen: van die bevoegdheid is nimmer gebruik gemaakt.
De bijzondere comitologie-procedure tot wijziging van de bijlagen bij de richtlijn is echter al in een vroegtijdige behandeling binnen de Raad van Ministers geschrapt. In de definitieve versie van de richtlijn keert zij niet terug.
De richtlijn is wel een 'kaderrichtlijn' in de materiële zin aangezien zij 'kaderscheppend' werkt voor het consumentenrecht. Dat vloeit reeds voort uit het feit dat de richtlijn regels geeft die in beginsel van toepassing zijn op alle consumentenovereenkomsten (overeenkomsten tussen een handelaar en een consument). Tot nu toe werd steeds gekozen voor een sectorspecifieke aanpak: een aparte richtlijn voor pakketreizen, overeenkomsten die op afstand worden gesloten en colportageovereenkomsten. Een aantal van deze bestaande sectorspecifieke richtlijnen zal nu opgaan in de nieuwe richtlijn en vanuit deze codificatie zal het consumentenrecht weer een stap verder worden geharmoniseerd. Dat de richtlijn geen grondslag biedt voor nadere regelgeving, betekent dan ook niet dat de bepalingen van de richtlijn een beperkt toepassingsgebied hebben. Integendeel: gezien de ruime omschrijving van het toepassingsgebied van de richtlijn – in beginsel alle overeenkomsten tot levering van zaken en diensten door een handelaar aan consumenten – hebben met name de artikelen 4a-6 betreffende de algemene informatieplichten en de artikelen 30-38 betreffende oneerlijke bedingen een zeer ruim bereik. Niet uitgesloten is ten slotte dat de richtlijn in de toekomst de plaats wordt waarin ook de herziening van andere richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht wordt geconsolideerd en dat de richtlijn dan wel kaderscheppend wordt ten aanzien van andere regelgeving. Het lijkt overigens onwaarschijnlijk dat Nederland hierop bij de implementatie van de richtlijn zal anticiperen, al was het alleen maar omdat het tijdsschema waarbinnen de implementatie dient te geschieden, vrij kort zal zijn en iedere onverplichte uitbreiding van de wetgeving kan leiden tot vertraging bij de implementatie.

2.3 De rol van het maatschappelijk middenveld in Nederland

Bij de voorbereiding van de Nederlandse inbreng naar aanleiding van de voorgestelde richtlijn consumentenrecht is advies ingewonnen van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad (SER). Het ligt in de rede dat ook bij de omzetting van de richtlijn een adviesaanvraag zal worden ingediend over de voorgenomen wijze van implementatie. De Ministeries van Economische Zaken en Justitie hebben voorts gezamenlijk bijeenkomsten georganiseerd (met bijdragen van de SER). Tijdens deze 'klankbordbijeenkomsten' is aan de hand van concrete casusposities gedebatteerd over de ontwerp-richtlijn. De gedachte was dat een zo breed mogelijk draagvlak zou worden gecreëerd indien zoveel mogelijk stakeholders hierbij werden uitgenodigd. Men denke hierbij aan de Consumentenbond en het bedrijfsleven (VNO-NCW) maar ook aan de Consumentenautoriteit. Dat draagvlak werd van belang geacht voor zowel de positieve uitkomst van de onderhandelingen (zijn uiteindelijk Nederlandse standpunten waarover iedereen is geconsulteerd te herkennen in de uiteindelijke richtlijn) als negatieve uitkomsten (meer begrip voor het feit dat bepaalde Nederlandse standpunten het niet hebben gehaald).

De Consumentenbond heeft daarnaast nadrukkelijk via de Europese organisatie BEUC (European Consumers' Organisation) getracht invloed uit te oefenen op de definitieve versie van de richtlijn; ongetwijfeld zullen ook VNO-NCW en MKB Nederland hun invloed hebben laten gelden. Daarnaast is kort na het uitbrengen van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel in Amsterdam een symposium

gehouden, waarin wetenschappers en praktijkjuristen, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van het Ministerie van Justitie en het Ministerie van Economische Zaken, over het oorspronkelijke richtlijnvoorstel hebben gedebatteerd. De tijdens het symposium gehouden voordrachten zijn gepubliceerd.[384]

2.4 De autonomie van het Nederlandse procesrecht en zelfregulering

Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat als gevolg van de richtlijn consumentenrechten aanmerkelijke aanpassingen nodig zijn van het Nederlands burgerlijk procesrecht. Dit is mogelijk anders ten aanzien van de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter bevoegd of verplicht is tot ambtshalve toetsing aan de wetgeving die dient ter implementatie van de richtlijn. Het hieronder nog te bespreken arrest van het Hof van Justitie in de zaak Pannon[385] lijkt echter mee te brengen dat aanpassing van het burgerlijk procesrecht niet nodig is. Wel dient de Nederlandse rechter erop bedacht te zijn dat ambtshalve toetsing verplicht is – in het kader van algemene voorwaarden – of ten minste tot de bevoegdheden van de rechter behoort – zoals onlangs door het Hof is aangegeven ten aanzien van de bepalingen van de colportage-richtlijn.[386]

De richtlijn biedt weinig ruimte voor zelfregulering door het bedrijfsleven, al dan niet tezamen met consumentenorganisaties. Bestaande mechanismen ten aanzien van collectieve actie-procedures – zoals de verplichting tot voorafgaand overleg[387] – kunnen evenwel blijven bestaan, nu artikel 41 richtlijn consumentenrechten bepaalt dat de lidstaten passende en doeltreffende middelen beschikbaar dienen te stellen voor het voeren van een collectieve actie-procedure overeenkomstig het nationale recht. De verplichting om door middel van overleg de handelaar trachten te bewegen zelf zijn handelwijze of contractsvoorwaarden in overeenstemming te brengen met de richtlijn alvorens een collectieve actie-procedure aan te kunnen spannen, kan gezien de beperkte eisen die aan deze poging worden gesteld, in overeenstemming met de richtlijn worden geacht. Aanpassing van deze regelgeving lijkt derhalve niet vereist.

3. Samenhang rechtsregels en het Nederlandse begrippenkader

Zoals reeds opgemerkt is de richtlijn consumentenrechten in belangrijke mate een consolidatie van vier bestaande richtlijnen. Voor de omzetting van de richtlijn consumentenrechten is desalniettemin een ingrijpende wijziging van het Burgerlijk Wetboek (en van de Colportagewet, die vermoedelijk in het Burgerlijk Wetboek zal moeten worden geïntegreerd)[388] vereist, omdat de richtlijn consumentenrechten – anders dan de richtlijnen die zij vervangt – uitgaat van volledige harmonisatie. Bepalingen van nationaal recht die consumenten meer bescherming bieden dan de richtlijn toelaat, zullen dan ook moeten worden afgeschaft. Dat vergt een nauwkeurige beoordeling van de bestaande regels. Complicerende factor daarbij is dat de regels betreffende algemene voorwaarden en de regels die van toepassing zijn op consumentenkoopovereenkomsten in belangrijke mate óók gelden voor niet-consumentenovereenkomsten, zij het dat voor overeenkomsten met consumenten aanvullende bepalingen worden gesteld en het geheel van regels dat van toepassing is op de consumentenovereenkomst dwingendrechtelijk van aard is. Aanpassing van de bestaande regels kan dan ook al snel betekenen dat ook de regels voor niet-consumentenovereenkomsten gewijzigd (kunnen of moeten) worden. De interactie tussen de bepalingen van de richtlijn en het bredere kader van het Nederlandse

[384] Hesselink, M.W. en Loos, M.B.M. (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn Consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.

[385] Zie C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, arrest van het HvJ van 4 juni 2009, n.n.g.

[386] Zie C-227/08, Martín Martín/EDP Editores, arrest van het HvJ van 17 december 2009, n.n.g.

[387] Zie artikel 3:305a lid 2 BW en, ten aanzien van onredelijk bezwarende bedingen, artikel 6:240 lid 4 BW.

[388] Dit kan op ambtelijk-organisatorische problemen stuiten, daar het Ministerie van Economische Zaken (anders dan bij de andere 'oude' regelingen) eerste ondertekenaar van de Colportagewet is. Een dergelijke gescheiden behandeling vergroot evenwel het risico op onjuiste omzetting van de richtlijn Consumentenrechten. Het verdient daarom aanbeveling om de richtlijn Consumentenrechten als één geheel te beschouwen en in één instrument te implementeren.

vermogensrecht zal direct duidelijk zijn geweest voor de bij de totstandkoming van de richtlijn betrokken ambtenaren. De wetgever kan ervoor kiezen de gevolgen van de invoering van de richtlijn beperkt te houden tot de daardoor direct geraakte overeenkomsten – consumentenovereenkomsten – door het buiten toepassing verklaren van de bestaande regels voor consumentenovereenkomsten en het ontwerpen van een aparte wet of een apart boek binnen het Burgerlijk Wetboek voor consumentenovereenkomsten. Voor niet-consumentenovereenkomsten zou de regelgeving daarmee ongewijzigd kunnen blijven. Dat leidt dan wel tot een tweedeling binnen het nationale contractenrecht in instrumenteel consumentenrecht en niet-instrumenteel niet-consumentenrecht.[389] Het alternatief is om ook voor niet-consumentenovereenkomsten de bestaande regels te wijzigen overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn. De taak van de wetgever is in dit verband geen eenvoudige, aangezien de richtlijn consumentenrecht op sommige onderdelen leidt tot een trendbreuk binnen het Nederlandse recht.

Artikel 1 van de richtlijn geeft aan dat het doel van de richtlijn is 'bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen' door harmonisatie van die aspecten van het recht dat van toepassing is op consumentenovereenkomsten die het belangrijkst zijn voor de interne markt.[390] Centraal staat derhalve enerzijds de bevordering van de interne markt voor overeenkomsten tussen consumenten en handelaren,[391] en anderzijds het tot stand brengen van een hoog niveau van consumentenbescherming, een en ander voor zover het een onder de richtlijn vallende overeenkomst betreft. De richtlijn heeft daarmee een instrumenteel karakter. De instrumentele doelen zijn niet eenvoudig verenigbaar met de doelstelling en het karakter van het algemene privaatrecht, dat, zoals Hesselink aangeeft, 'veelal hoogstens de rechtvaardige oplossing van geschillen tussen private partijen als doel heeft.'[392] Indien ervoor gekozen wordt om de regels die van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten uit het algemene vermogensrecht te snijden en deze onder te brengen in een afzonderlijke wet of afzonderlijk boek binnen het Burgerlijk Wetboek, is de hierboven genoemde tweedeling in instrumenteel consumentenrecht en niet-instrumenteel niet-consumentenrecht een feit. Interne coherentie van en consistentie binnen het nationale contractenrecht is eigenlijk alleen te handhaven door middel van spontane harmonisatie, d.w.z. door de regels van de richtlijn consumentenrecht ook toe te passen op overeenkomsten die buiten het personele en materiële bereik van de richtlijn vallen. Zo is voorstelbaar dat de regels die gelden voor consumentenkoopovereenkomsten, ook worden toegepast op koopovereenkomsten tussen twee professionele partijen en op koopovereenkomsten tussen twee personen die niet handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf. Ook is denkbaar om de regels die gelden voor de consumentenkoop ook toe te passen op de koop van woningen, al dan niet door een consument. In beide gevallen leidt spontane harmonisatie – hier: toepassing van de regels van de richtlijn buiten het personele resp. materiële bereik van de richtlijn – ertoe dat de regels van de koopovereenkomst zo veel mogelijk gelijk zijn, waardoor de interne coherentie van het recht zoveel mogelijk in stand blijft. Wanneer de wetgever ervoor zou kiezen om op deze gebieden niet tot spontane harmonisatie over te gaan, zullen de regels voor consumentenovereenkomsten en niet-consumentenovereenkomsten noodzakelijkerwijs uiteenlopen. Consumenten en ondernemers zullen dan worden geconfronteerd met materieel verschillende regels naar gelang de overeenkomst betrekking heeft op een overeenkomst tussen een consument en een handelaar met betrekking tot de koop van een roerende zaak, en andere koopovereenkomsten (koopovereenkomsten tussen een consument en een handelaar met betrekking tot onroerende zaken, koopovereenkomsten tussen twee consumenten en koopovereenkomsten tussen twee handelaren). Overigens zou ook een middenweg kunnen worden gekozen: bij de implementatie van de richtlijn zou aan de in de richtlijn opgenomen regeling een breder toepassings-

[389] Hesselink 2009, p. 67.

[390] Toelichting bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, p. 7.

[391] De term betreft zowel verkopers als dienstverleners. Met de term wordt, overeenkomstig de omschrijving in artikel 2 onder 2 van de richtlijn, gedoeld op de natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt voor doeleinden die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit. Een soortgelijke omschrijving is opgenomen in artikel 6:193a BW, opgenomen in afd. 6.3.3A (Oneerlijke handelspraktijken).

[392] Hesselink, M.W., 'Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn Consumentenrechten', in: Hesselink, M.W. Loos, M.B.M., (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn Consumentenrechten. Een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 64.

bereik gegeven kunnen worden. Zo zou de regeling bijvoorbeeld ook van toepassing kunnen worden verklaard op overeenkomsten met kleine zelfstandigen ('ZZP-ers'). Dat kan evenwel niet door de definitie van het begrip 'consument' uit te breiden, aangezien ook deze definitie (volledig) wordt geharmoniseerd.

Doordat de richtlijn consumentenrechten grotendeels dezelfde terminologie hanteert als de richtlijnen die zij vervangt, levert de 'vertaling' van de door de richtlijn gehanteerde terminologie geen additionele problemen op voor het Nederlandse recht. De bij de implementatie van de oorspronkelijke vier richtlijnen gekozen 'vertaling' naar Nederlandse begrippen – zo zijn de begrippen 'afstand doen van de gevolgen van zijn verbintenis' (artikel 5 lid 1 colportagerichtlijn) en 'herroepingsrecht' (artikel 6 lid 1 richtlijn koop op afstand) beide vertaald als een ontbindingsbevoegdheid – kan ook bij de implementatie van de richtlijn consumentenrechten worden overgenomen. De op het eerste gezicht onduidelijke betekenis van de bepaling dat oneerlijke bedingen 'niet bindend' zijn voor de consument (artikel 37 richtlijn consumentenrechten) komt overeen met de bepaling dat oneerlijke bedingen de consument 'niet binden' (artikel 6 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen) en de bepaling dat afwijkingen van de rechten die de richtlijn consumentenkoop de consument evenmin 'binden' (artikel 7 lid 1 richtlijn consumentenkoop). De onduidelijkheid van de oorspronkelijke bepalingen is inmiddels verduidelijkt in een reeks arresten van het Hof van Justitie.[393] Ten aanzien van eventuele nieuwe termen zal vermoedelijk de voorkeur worden gegeven aan het direct incorporeren van deze nieuwe termen in het BW in plaats van deze te vertalen naar bestaande Nederlandse rechtsbegrippen. De reden hiervoor is tweeërlei: ten eerste worden zo fouten bij de implementatie (en mogelijk zelfs infractieprocedures ex artikel 258 EU-Werkingsverdrag) voorkomen,[394] en ten tweede kan het gebruik van autonome Europese termen in zekere opzichten de rol van de Nederlandse rechter vergemakkelijken: de rechter ziet hierdoor direct dat hij met een term van Europese origine te maken heeft en kan dan beslissen een prejudiciële vraag te stellen overeenkomstig artikel 267 EU-Werkingsverdrag.

Het is niet uitgesloten dat bij eventuele toekomstige 'aanbouwwetgeving' wél terminologische aanpassingen gemaakt zullen moeten worden, aangezien bij een herziening en uitbreiding van de richtlijn consumentenrechten, mogelijkerwijs de terminologie van het Common Frame of Reference als uitgangspunt genomen zal worden.

[393] Hier worden slechts genoemd Gevoegde Zaken C-240/98 t/m C-244/98, Océano Grupo Editorial e.a./Murciano Quintero e.a., Jur. 2000, p. I-4941, C-473/00, Cofidis, Jur. 2002, p. I-1875, C-168/05, Mostaza Claro, Jur. 2006, p. I-10421, C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi n.n.g. en C-40/08, Asturcom n.n.g.

[394] Dit zou overigens een goede reden zijn om ter gelegenheid van de implementatie van de richtlijn Consumentenrechten de bestaande Colportagewet te integreren in het Burgerlijk Wetboek, zie hiervoor.

Bijzonder deel

4. Informatieverplichtingen

In de Toelichting op het oorspronkelijke richtlijnvoorstel is opgemerkt dat de voorgestelde richtlijn niet raakt 'aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding'.[395] Deze beperking van het toepassingsgebied van de richtlijn volgde niet uitdrukkelijk uit de tekst van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, maar lijkt – gezien de reacties van de Europese Commissie[396] op de hierop geuite kritiek – wel te zijn beoogd. In de uiteindelijke (Engelstalige) versie van de richtlijn komt dit ook uitdrukkelijk naar voren. Artikel 3 lid 5 bepaalt daartoe het volgende: 'This Directive does not affect national law in the area of general contract law regulating the conclusion or validity of a contract, or the rights of the contracting parties to terminate a contract on the basis of a breach of contract, insofar as this is not harmonised in this Directive' (curs. toegevoegd). Onduidelijk is echter wat deze beperking precies met zich brengt. Zo lijkt de richtlijn op het eerste gezicht niet tot aanpassing te dwingen van de regels die de contractsluiting betreffen, zoals de regels over aanbod en aanvaarding, de regeling van de wilsgebreken en van handelingsonbekwaamheid. Die indruk is evenwel niet geheel juist, aangezien de richtlijn uitgebreide bepalingen bevat over informatieverplichtingen die voorafgaande aan of bij het sluiten van de overeenkomst nagekomen dienen te worden door de handelaar (de verkoper of dienstverlener).[397] Deze deels precontractuele, deels contractuele informatieverplichtingen dienen uitdrukkelijk in de wet opgenomen te worden en gelden voor alle onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallende overeenkomsten, derhalve voor alle overeenkomsten tot levering van een zaak of dienst door een 'handelaar'[398] – een professionele verkoper of dienstverlener – aan een consument. Dat brengt mee dat – voor zover niet uitdrukkelijk anders bepaald – de informatieverplichtingen op vrijwel alle door consumenten met handelaren gesloten overeenkomsten van toepassing zijn. Gezien het feit dat het begrip 'dienstenovereenkomst' in de richtlijn ruimer is dan de omschrijving van in het Nederlandse recht bekende bijzondere overeenkomsten als overeenkomst van opdracht, bewaarneming en aanneming van werk, is het bovendien niet goed voorstelbaar dat de informatieverplichtingen op juiste wijze geïmplementeerd zouden kunnen worden in Boek 7 BW. Opname in Boek 6, in afdeling 6.5.2 of eventueel een nieuwe afdeling 6.5.2A, ligt daarmee voor de hand.

Mocht hiertoe besloten worden, dan kan ook overwogen worden om in die afdeling regels op te nemen die betrekking hebben op bijzondere vormen van contractsluiting en eventueel ook bijzondere overeenkomsten. In de eerste plaats kan daarbij worden gedacht aan de op afstand gesloten overeenkomsten en de overeenkomsten die buiten een reguliere verkoopruimte worden gesloten – waaronder in het bijzonder ook vallen de door middel van colportage tot stand gebrachte overeenkomsten. Maar ook een verdergaande regeling is denkbaar: naast deze overeenkomsten gelden bijzondere informatieverplichtingen ten aanzien van onder meer op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van financiële diensten, ten aanzien van consumentenkredietovereenkomsten (beide thans geregeld in de Wft), reisovereenkomsten en timeshare-overeenkomsten. Overwogen zou kunnen worden om in het Burgerlijk Wetboek alleen de algemene informatieverplichtingen te regelen en om bijzondere informatieverplichtingen voor bijzondere overeenkomsten of op bijzondere wijze tot stand gekomen overeenkomsten bij algemene maatregel van bestuur te regelen op basis van een delegatiebepaling in het Burgerlijk Wetboek. Voor deze implementatiewijze is thans gekozen

---

395 Toelichting bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, p. 7.

396 Zie bijv. de speech van de Commissaris voor Consumentenaangelegenheden Kuneva van 2 maart 2009 ter gelegenheid van de hoorzitting van de IMCO (Committee for the Internal Market and Consumer Protection van het Europees Parlement) over de ontwerp-richtlijn, p. 2, te downloaden via http://ec.europa.eu/commission_barroso/kuneva/speeches/speech_consumer_rights_dir_en.pdf (laatstelijk gecontroleerd op 13 januari 2010), en de speech van Kuneva van 13 maart 2009 ter gelegenheid van de ceremonie ter viering van de tiende European Consumer Day, te downloaden via http://ec.europa.eu/commission_barroso/kuneva/speeches/Speech_consumer_day.pdf (laatstelijk gecontroleerd op 13 januari 2010).

397 Artikel 5 van de richtlijn bevat algemene informatieverplichtingen, artikel 6 informatieverplichtingen voor tussenpersonen, artikel 9-11 bijzondere informatieverplichtingen voor koop op afstand en colportage.

398 De term 'handelaar' wordt reeds gebruikt in de regeling van de oneerlijke handelspraktijken, zie artikel 6:193a sub b BW.

ten aanzien van door middel van colportage tot stand gekomen overeenkomsten,[399] ten aanzien van timeshare-overeenkomsten[400] en voor reisovereenkomsten,[401] maar niet voor op afstand gesloten overeenkomsten.[402]

De sancties op schendingen van de informatieverplichtingen zijn overgelaten aan de lidstaten.[403] Dat betekent vermoedelijk dat een schending van de informatieverplichtingen kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling (artikel 6:228 BW).[404] Het is echter de vraag of een dergelijk middel kan worden gezien als 'passende en doeltreffende middelen (...) om de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven', zoals wordt vereist door artikel 41 van de richtlijn. Volgens overweging (58) in de preambule dienen de sancties die worden vastgesteld voor een inbreuk op de richtlijn 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' te zijn en dient Nederland erop toe te zien dat deze sancties worden toegepast. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling aan deze eisen voldoet. Een beroep op dwaling dient immers aan een aantal vereisten te voldoen om te kunnen slagen: de consument zou (1) een verkeerde voorstelling van zaken moeten hebben gehad over een essentiële eigenschap of omstandigheid, (2) zonder welke onjuiste voorstelling de overeenkomst niet of niet onder deze voorwaarden zou zijn gesloten (causaal verband), terwijl (3) de wederpartij moet hebben begrepen dat de eigenschap of omstandigheid waarover gedwaald is, van essentieel belang was voor de consument bij het nemen van het besluit tot contractsluiting.[405] Het lijkt onwaarschijnlijk dat de schending van de verplichting om, bijvoorbeeld, voor contractsluiting het geografische adres en de identiteit van de handelaar of het adres of de identiteit van degene voor wie de handelaar als tussenpersoon optreedt te noemen,[406] zou kunnen leiden tot een succesvol beroep op dwaling. Ook een schadevergoedingsvordering zal in dergelijke gevallen veelal geen uitkomst bieden, aangezien de consument veelal door het enkele niet voor contractsluiting op de hoogte zijn van deze informatie, geen schade zal hebben geleden. Dit brengt met zich mee dat in het algemene vermogensrecht een bepaling zal moeten worden opgenomen welke wel een 'adequaat en effectief middel' kan vormen om naleving van de informatieverplichtingen af te dwingen, bijv. door een afzonderlijke grond voor vernietiging van de overeenkomst in te voeren. Het toevoegen van een dergelijke vernietigingsgrond zou overigens niet nieuw zijn: de ter omzetting van de richtlijn elektronische handel[407] ingevoerde artikelen 6:227b en 227c BW bevatten reeds specifieke vernietigingsgronden wegens schendingen van informatieverplichtingen voor langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten.

5. Ontbindingsbevoegdheid gedurende de bedenktijd

Voor op afstand gesloten overeenkomsten en op overeenkomsten die buiten een reguliere verkoopruimte worden gesloten – waaronder in het bijzonder ook vallen de door middel van colportage tot stand gebrachte overeenkomsten – gelden naast bijzondere informatieverplichtingen ook voorschriften betreffende de wijze van contractsluiting. De richtlijn kent voorts een algemene regeling met betrekking tot de ontbinding van de overeenkomst tijdens de bedenktijd: gedurende een korte periode na contractsluiting dan wel na levering van de gekochte zaken kan de consument de overeenkomst zonder opgave van redenen, vormvrij en kosteloos ontbinden. Tot dusver zijn voor koop op

399 Zie artikel 24 lid 2 sub b Colportagewet.

400 Zie artikel 7:48b lid 1 BW.

401 Zie artikel 7:501 lid 1 BW.

402 Voor op afstand gesloten overeenkomsten zijn de informatieverplichtingen opgenomen in artikel 7:46c lid 1 en lid 2 BW.

403 Artikel 42a van het richtlijnvoorstel. Slechts ten aanzien van een aantal specifieke informatieverplichtingen bevat de richtlijn zelf de sanctie, zie artikel 5 lid 1a, 6 lid 2 en 13 van de richtlijn.

404 In bijzondere situaties zou eventueel ook vernietiging wegens bedrog of misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 3 resp. 4 BW) mogelijk zijn.

405 Aan de overige vereisten voor dwaling is in casu voldaan, aangezien (4) de dwaling veroorzaakt is door het schenden van een mededelingsplicht, en (5) de schending van de mededelingsplicht volgens vaste rechtspraak boven een mogelijke schending van de onderzoeksplicht van de consument zou gaan.

406 Artikel 5 lid 1 onder (b) van de richtlijn.

407 Richtlijn 2000/31/EG, Pb.EU 2001, L 178/1.

afstand en colportage afzonderlijke regels van toepassing in resp. afdeling 7.9A BW en de Colportagewet. Beide regelingen behoeven aanpassing omdat, in het bijzonder, de gevolgen van de ontbinding daarin niet zijn geregeld.[408]
Anders dan in de bestaande richtlijnen zijn deze gevolgen uitgebreid geregeld in de nieuwe richtlijn. De daarop betrekking hebbende bepalingen dienen in de wet te worden opgenomen. Daarbij verdient overweging om de regels in één regeling op te nemen (gelijk de richtlijn zelf doet) en om deze regels, voor zover mogelijk, ook van toepassing te verklaren op andere overeenkomsten waarvoor krachtens Europese regelgeving een bedenktijd geldt of gaat gelden, zoals timeshare-overeenkomsten, op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van financiële diensten en consumentenkredietovereenkomsten. Daarbij dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met het feit dat bijvoorbeeld ook de nieuwe timeshare-richtlijn[409] blijkens overweging (3) in de preambule uitgaat van volledige harmonisatie. Deze richtlijn laat de gevolgen van de ontbinding echter grotendeels ongeregeld. Artikel 8 lid 1 van de nieuwe timeshare-richtlijn geeft wel aan dat de partijen bij de overeenkomst door de ontbinding bevrijd worden van de verplichting om de overeenkomst uit te voeren, maar geeft niet aan hoe al geleverde prestaties ongedaan moeten worden gemaakt. De bepalingen uit de richtlijn consumentenrecht kunnen door de nationale wetgever dan ook van toepassing worden verklaard op de ongedaanmaking van de ontbonden timeshare-overeenkomst.

6. Algemene voorwaarden

In Nederland was lange tijd omstreden of de sanctie van vernietigbaarheid van een onredelijk bezwarend beding wel in overeenstemming is met artikel 6 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, dat vereist dat oneerlijke bedingen de consument 'niet binden'. De sanctie 'vernietigbaarheid' brengt immers met zich dat het beding tot het moment van vernietiging geldig is en het de ermee beoogde rechtsgevolgen heeft; pas door de vernietiging ontvalt de geldigheid aan het beding.[410] Op de vernietiging is de algemene regeling van de artikelen 3:49 en verder BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat de vernietiging zowel door de rechter als door middel van buitengerechtelijke verklaring kan geschieden.[411] In beide gevallen lijkt vereist dat de wederpartij een beroep doet op de vernietigbaarheid, met andere woorden: dat zij actie onderneemt om zich te bevrijden van de gebondenheid aan een onredelijk bezwarend beding. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt echter dat de nationale rechter gehouden is tot ambtshalve toetsing van onredelijk bezwarende bedingen in consumentenovereenkomsten.[412] Uit het recente Pannon-arrest[413] blijkt dan ook dat de nietigheid van het onredelijk bezwarende beding van rechtswege geldt en dat de rechter verplicht is dit ambtshalve te constateren 'zodra hij [de rechter] over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt' (ro. 32). Dat brengt in ieder geval met zich mee dat het beding onderdeel moet zijn van de rechtsstrijd van partijen – simpel gezegd: het beding moet relevant zijn voor de beoordeling van het geschil waarover partijen procederen. Indien hij het beding oneerlijk acht, dient hij de consument daarvan in kennis te stellen, waarna de consument desgewenst kan aangeven dat hij niet voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan in te roepen. In dat geval is de nationale rechter 'niet gehouden' om het beding dan buiten toepassing te laten.[414] Uit het Pannon-arrest kan worden afgeleid dat de sanctie van vernietigbaarheid, mits gecombineerd met ambtshalve toetsing, voldoet aan de bestaande richtlijn oneerlijke contractsbedingen en dus ook aan de overeenkomstige bepaling in artikel 37 richtlijn consumentenrechten. Dat geldt te meer nu (de Engelstalige tekst van) artikel 37 uitdrukkelijk

[408] In de praktijk worden thans de regels van de ontbinding wegens een tekortkoming (artikel 6:265 BW e.v.) analoog toegepast, voor zover de bijzondere wetgeving daarvan niet afwijkt.
[409] Richtlijn 2008/122/EG, Pb.EU 2009, L 33/10.
[410] Asser-Hartkamp II, nr. 460.
[411] Hijma 2003, p. 69-70; Asser-Hartkamp II, nr. 359.
[412] Vgl. Gevoegde Zaken C-240/98 t/m C-244/98, Océano Grupo e.a., Jur. 2000, p. I-4941, C-473/00, Cofidis, Jur. 2002, p. I-1875; C-168/05, Mostaza Claro, Jur. 2006, p. I-10421; C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, n.n.g. en C-40/08, Asturcom n.n.g..
[413] C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, n.n.g.
[414] Zie r.o. 33.

aangeeft dat oneerlijke bedingen de consument niet binden 'in accordance with national law'. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat het concept 'niet binden' naar de nationale context 'vertaald' dient te worden.

Desalniettemin zal de richtlijn consumentenrechten tot aanpassing van afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden) moeten leiden, al was het alleen maar omdat de zwarte en grijze lijst in Bijlage II en III van de richtlijn ingrijpend verschillen van de bestaande lijsten in artikel 6:236 en 237 BW. De wijzigingen gaan echter verder. Belangrijk is in het bijzonder de bepaling van artikel 31 lid 2 van de richtlijn: vooraf opgestelde bedingen (algemene voorwaarden) dienen aan de consument ter beschikking te 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. In deze bepaling herkennen we de informatieplicht die in het Nederlandse recht opgenomen is in artikel 6:233 onder b BW en uitgewerkt is in artikel 6:234 BW. Een duidelijke sanctie voor een schending van de informatieplicht ontbreekt in de richtlijn, maar artikel 31 lid 4 van de richtlijn verbiedt het de lidstaten uitdrukkelijk om aanvullende eisen te stellen met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten ter beschikking van de consument gesteld worden. Aan de andere kant dient Nederland wel te zorgen voor 'passende en doeltreffende middelen (...) om de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven', zoals wordt vereist door artikel 41 van de richtlijn. Deze middelen dienen volgens overweging (58) in de preambule doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn. De sanctie van vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden indien aan de consument geen redelijke mogelijkheid is geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden, zoals thans bepaald in artikel 6:233 onder b BW, voldoet zonder meer aan deze vereisten.[415] De uit de parlementaire geschiedenis blijkende gedachte dat artikel 6:234 BW een limitatieve invulling bevat van de wijze waarop de informatieplicht kan worden nagekomen,[416] zal echter definitief moeten worden verlaten. Deze zeer restrictieve uitleg van de 'redelijke mogelijkheid' tot kennisneming is in de literatuur steeds bestreden met het argument dat artikel 6:233 sub b BW als een open norm is geformuleerd en dat ook de bewoordingen van artikel 6:234 BW niet tot de conclusie dwingen dat de opsomming limitatief van aard is, doch slechts aangeeft wanneer de handelaar in ieder geval heeft voldaan aan de informatieplicht.[417] De richtlijn zal – indien het richtlijnvoorstel op dit punt althans ongewijzigd zou worden aanvaard – in ieder geval nopen tot een dergelijke interpretatie. Met zijn arrest Geurtzen/Kampstaal[418] heeft de Hoge Raad al de nodige ruimte geschapen voor een toekomstige richtlijnconforme interpretatie. Het zou dan overigens voor de hand liggen als de terhandstellingsverplichting ook niet meer zou gelden in overeenkomsten waarbij de wederpartij zelf een handelaar (professionele partij) is: het lijkt moeilijk te verdedigen dat een professionele wederpartij op dit punt meer bescherming zou moeten krijgen dan een consument. Spontane harmonisatie lijkt op dit punt dan ook voor de hand te liggen.[419]

Het Pannon-arrest dwingt op een ander punt na te denken over nuancering in het Nederlandse contractenrecht. Uitgangspunt van artikel 6:231 onder a BW is dat kernbedingen – bedingen die de kern van de prestatie van een der partijen weergeven – geen algemene voorwaarden zijn. Dat geldt echter slechts voor zover dergelijke bedingen in duidelijke en begrijpelijke taal zijn geformuleerd. Onder de richtlijn consumentenrechten is de mogelijkheid tot toetsing van kernbedingen verder uitgebreid: de in artikel 32 lid 3 richtlijn consumentenrechten opgenomen uitzondering van de mogelijkheid om kernbedingen te toetsen, geldt slechts indien ten aanzien van deze bedingen

[415] Vgl. in ander verband ook het arrest Hof van Justitie in zaak C-227/08, Martín Martín/EDP Editores, waar het ging om de mogelijke nietigheid van een overeenkomst wegens schending van de verplichting door een handelaar om de consument te informeren over het bestaan van de ontbindingsbevoegdheid en de voorwaarden voor de uitoefening daarvan bij een door middel van colportage tot stand gekomen overeenkomst.

[416] Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1590, 1614-1615.

[417] Zie hierover bijvoorbeeld M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001, nrs. 59-63.

[418] HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal).

[419] Vgl. in deze zin ook Wissink, M.H., 'Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW. Knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn Consumentenrechten', VrA 2009/1, p. 58, 60-61, die in dit kader spreekt van 'doorharmoniseren'; zelf heb ik in mijn oratie in dit verband over 'spontane harmonisatie' gesproken, zie Loos, M.B.M., Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 6.

voldaan is aan de in artikel 31 lid 1 en 2 richtlijn gestelde eisen 'betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten', waaronder ook de informatieplicht. Kernbedingen die niet voor contractsluiting ter kennis van de consument zijn gebracht, zijn daarmee te zien als algemene voorwaarden en, omdat de informatieplicht geschonden is, overeenkomstig artikel 6:233 sub b BW vernietigbaar. Vernietiging van het kernbeding zou dan logischerwijs moeten leiden tot nietigheid van de gehele overeenkomst, omdat van een kernbeding slechts sprake is indien de overeenkomst zonder het beding niet tot stand zou kunnen komen vanwege de onbepaalbaarheid van de wederzijdse verbintenissen van partijen.[420] In dat geval kan de overeenkomst derhalve niet in stand blijven, zoals de hoofdregel van artikel 37, tweede zin, van de richtlijn[421] voorschrijft. Mogelijk zou de rechter de consument deze consequentie voor moeten houden, zodat deze zich kan uitlaten over de vraag of hij het kernbeding dan wel of niet wil vernietigen – op soortgelijke wijze dus als waarop de rechter de consument dient voor te houden wat de gevolgen zijn van het buiten toepassing laten van een door hem ambtshalve als onredelijk bezwarend beoordeeld beding.[422]

Een bijzonder punt van aandacht betreft de regelgeving inzake gereguleerde markten, zoals de levering van energie door energieleveringsmaatschappijen. Zo bepaalt art. 95a Elektriciteitswet dat een ondernemer die aan kleinverbruikers, waartoe naast kleine ondernemingen ook consumenten worden gerekend, elektriciteit wil leveren, over een vergunning dient te beschikken. Artikel 95m lid 1 Elektriciteitswet bepaalt vervolgens dat de voorwaarden voor levering van elektriciteit of aansluiting op het elektriciteitsnet 'transparant, eerlijk en vooraf bekend' dienen te zijn, 'voor het sluiten van de overeenkomst' moeten worden verstrekt en te zijn gesteld in duidelijke en begrijpelijke taal. De verplichting om de algemene voorwaarden vooraf te verstrekken zal, net als het dwingende karakter van de bepaling in artikel 6:234 lid 1 BW, dienen te worden afgezwakt. Daarnaast is het de vraag of een bepaling als die van artikel 95m lid 8 Electriciteitswet, volgens welke een leverancier geen beding tot vergoeding in zijn overeenkomst mag opnemen indien de consument een overeenkomst van onbepaalde tijd opzegt, nog wel is toegestaan, aangezien een dergelijk beding een algemene voorwaarde is en dit beding als zodanig niet op de Europese zwarte lijst voorkomt. In dit verband moet erop worden gewezen dat het Hof van Justitie in de nationale wetgeving verboden handelspraktijken die niet overeenstemmen met de zwarte lijst bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, reeds in strijd met het Europese recht heeft geoordeeld, omdat ook die richtlijn van volledige harmonisatie uitgaat.[423] Sector-specifieke wetgeving als deze zal dan ook nadrukkelijk moeten worden onderzocht op de vraag of zij niet verdergaande consumentenbescherming biedt dan is toegestaan op grond van de richtlijn.

7. Koop en consumentenkoop

De richtlijn zal met name voor het Nederlandse kooprecht tot ingrijpende wijzigingen leiden, ofschoon de meest ingrijpende wijzigingen die het oorspronkelijke richtlijnvoorstel met zich bracht, in latere versies van het richtlijnvoorstel wat werden gematigd. In Nederland is ervoor gekozen om de regeling van de consumentenkoop zoveel mogelijk te integreren met de regels die gelden voor andere koopovereenkomsten. Daartoe zijn veel bepalingen in de kooptitel en de regels inzake niet-nakoming in het geval van een consumentenkoop van dwingendrechtelijke aard verklaard indien de gesloten koopovereenkomst voldoet aan de omschrijving van een consumentenkoop in de zin van artikel 7:5 BW.[424]
Daarnaast is een aantal bijzondere regels ingevoerd die alleen voor de consumentenkoop gelden.[425]

[420] In deze zin ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.) 2006, p. 328.

[421] Zie in dezelfde zin artikel 6 lid 1 richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

[422] Vgl. Hof van Justitie C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, arrrest van 4 juni 2009, n.n.g., ro. 33; zie ook C-227/08, Martín Martín/EDP Editores, ro. 35.

[423] Zie C-261/07 en 299/07, VTB-VAB/Total Belgium, uitspraak van het HvJ van 23 april 2009, n.n.g. en C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft, uitspraak van het HvJ van 14 januari 2010, n.n.g.

[424] Zie artikel 7:6 lid 1 BW.

[425] Deze bepalingen zijn krachtens het bepaalde in artikel 7:6 lid 1 BW eveneens van dwingend recht. Artikel 7:6 lid 2 BW geeft echter

Het bestaande kooprecht beschermt kopers – zowel consumenten als andere kopers – in verdergaande mate dan toegestaan is onder de richtlijn consumentenrechten. Het voor de praktijk belangrijkste verschilpunt betreft de duur van de wettelijke garantie. In Nederland kan de koper gedurende de gehele economische levensduur van een zaak een vordering wegens non-conformiteit instellen indien de zaak op zeker moment niet aan de overeenkomst blijkt te voldoen. Volgens artikel 28 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel zou de consument de bevoegdheid daartoe echter slechts gedurende de eerste twee jaar na aflevering hebben, ook al betreft de koopovereenkomst een zaak die gewoonlijk gedurende een veel langere periode geschikt dient te zijn voor gebruik, zoals een auto of een wasmachine. In artikel 28 lid 1a van de uiteindelijke tekst van de richtlijn is echter bepaald dat wanneer de non-conformiteit objectief moeilijk te ontdekken is voor de consument en betrekking heeft op het normale gebruik van de zaak, de verkoper aansprakelijk is wanneer het gebrek zich binnen tien jaar na risico-overgang heeft geopenbaard. Dat brengt mee dat de aanzienlijke inperking van de rechten van de consument die het oorspronkelijke richtlijnvoorstel met zich bracht, is teruggebracht tot uitzonderlijke situaties waarin de consument mocht verwachten dat de gebrekkige zaak meer dan tien jaar gebruikt zou kunnen worden en het gebrek zich pas na afloop van de periode van tien jaar openbaart. Dat zou zich, bijvoorbeeld, kunnen voordoen bij de koop van duurzame consumptiegoederen als auto's en bij de koop van dieren met een hoge levensverwachting. Te denken valt bijvoorbeeld aan de koop van een paard, waarbij een genetisch defect na ommekomst van de termijn van tien jaar leidt tot de ontwikkeling van een ernstige ziekte, waardoor het dier aanzienlijk eerder overlijdt dan redelijkerwijs verwacht behoefde te worden. Tegenover die (geringe) achteruitgang van de positie van de consument staat het voordeel van een duidelijke einddatum voor de aansprakelijkheid van de verkoper. De aldus aangepaste bepaling behelst mijns inziens dan ook een evenwichtige afweging van de belangen van partijen en van de verschillende in Europa geldende termijnen waarbinnen de consument nog recht heeft op een remedie wegens non-conformiteit.[426]
Nu de richtlijn geen betrekking heeft op overeenkomsten tussen professionele partijen of tussen consumenten onderling, kan de bestaande regeling voor andere kopers dan bij een consumentenkoopovereenkomst in beginsel blijven bestaan. In uitzonderlijke gevallen zou de bescherming van de niet-consumentkoper dan beter kunnen zijn dan de positie van de consumentkoper. Het zou dan moeten gaan om gevallen waarin de koper redelijkerwijs zou mogen verwachten dat de zaak ook na afloop van de termijn van tien jaar na risico-overgang gebruikt zou kunnen worden, het gebrek zich pas na afloop van die termijn openbaart en de koper erin zou slagen om te bewijzen dat het gebrek reeds op het moment van de risico-overgang verborgen aanwezig was. Het hierboven genoemde genetische defect in het paard is hiervan een voorbeeld. Als dit zich voordoet, kan het in het belang van een koper zijn om te bewijzen dat hij geen consument is (zodat om die reden geen sprake is van een consumentenkoopovereenkomst), of dat hij mocht aannemen dat de verkoper niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelde (en dat de overeenkomst dus tussen twee particulieren gesloten is), omdat hij dan nog een vordering wegens non-conformiteit zou kunnen instellen tegen de verkoper. Een alternatief is dat de beperking van de conformiteitsperiode van toepassing zou worden verklaard op alle koopovereenkomsten, of op alle koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, in welk geval sprake zou zijn van negatieve spontane harmonisatie.[427]Daar in artikel 28 lid 1a richtlijn consumentenrechten een goede balans lijkt te zijn gevonden tussen de rechten van de koper en de verkoper, verdient het mijns inziens aanbeveling om de termijn van tien jaar inderdaad van overeenkomstige toepassing te verklaren ten aanzien van alle koopovereenkomsten betreffende roerende zaken. Omdat het bij de koop van onroerende zaken, zoals woningen, maar ook bedrijventerreinen, om belangen van een geheel andere orde kan gaan – zo kan bodemverontreiniging soms pas veel later worden ontdekt, maar leiden tot zeer kostbare saneringsverplichtingen voor de koper – lijkt het gerechtvaardigd om de termijn van tien jaar voor dergelijke overeenkomsten niet over te

ten aanzien van een aantal bepalingen aan dat van deze bepalingen mag worden afgeweken bij individueel beding; een afwijking bij algemene voorwaarden wordt echter geacht onredelijk bezwarend te zijn in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

426 Zie daarover uitgebreid Loos, M.B.M., De koopregeling in het voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', Deventer: Kluwer, 2009, p. 17-19; Loos, M.B.M., 'Consumer sales law in the proposal for a Consumer rights directive', European Review of Private Law 2010/1, p. 27-29.

427 Vgl. hierover Loos, M.B.M., Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 51 e.v.

nemen maar de gewone verjaringsregels hun werk te laten doen. Het ligt ook voor de hand dat de Nederlandse wetgever zou kiezen voor dit alternatief: een betere bescherming van de professionele partij in vergelijking tot de bescherming van de consument zou een onwenselijk geachte afwijking van een grondbeginsel van het Nederlandse burgerlijke recht opleveren.

De bestaande richtlijn consumentenkoop zwijgt over het recht van de consument op schadevergoeding. Artikel 27 lid 2 richtlijn consumentenrechten bevat wel een aanzet voor de ontwikkeling van een Europese regeling: voor zover herstel, vervanging, prijsvermindering en ontbinding niet alle door de consument geleden schade wegnemen – het gaat dan in het bijzonder om gevolgschade, dus om schade die de gebrekkige zaak heeft veroorzaakt aan andere zaken van de consument en om letselschade – dient de verkoper de consument voor deze schade te compenseren. De richtlijn geeft niet aan of deze aansprakelijkheid gebaseerd is op schuld- of risicoaansprakelijkheid, welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, of hoe de schadevergoeding moet worden berekend. Kennelijk wordt dit aan het nationale recht van de lidstaten overgelaten. Dat betekent dat het Nederlandse recht op dit punt niet gewijzigd behoeft te worden. De expliciete erkenning van het recht om schadevergoeding te vorderen voor zover het nadeel dat de non-conformiteit meebrengt niet wordt weggenomen door herstel, vervanging, ontbinding of prijsvermindering, doet wel de vraag rijzen of de consument naar nationaal recht nog de mogelijkheid mag hebben om vervangende schadevergoeding te vorderen. Nu deze remedie algemeen beschikbaar is voor teleurgestelde crediteuren, ligt het voor de hand de vraag bevestigend te beantwoorden, maar zeker is dit allerminst.[428] De aanvankelijk op dit punt bestaande onzekerheid wordt inmiddels nog verder gevoed door de bepaling van artikel 3 lid 5 richtlijn, waarin wel is bepaald dat – voor zover deze niet zijn geharmoniseerd in de richtlijn – de regels over contractsluiting en geldigheid van overeenkomsten en de rechten om de overeenkomst te ontbinden wegens wanprestatie niet worden geraakt, maar niets wordt gezegd over de andere rechten die de consument in het geval van non-conformiteit heeft. De onzekerheid kan slechts worden weggenomen door een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

8. Diensten en andere bijzondere overeenkomsten dan koop

Onduidelijk is vooralsnog ook de verhouding tussen de richtlijn en het nationale contractenrecht op specifieke gebieden, in het bijzonder met betrekking tot overeenkomsten voor de huur van huizen, het gebruik van serviceflats, de huurkoop van auto's, financiële diensten en de diensten van artsen, makelaars en reisorganisatoren. In artikel 2 onder (5) van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel was een zeer ruime definitie opgenomen van het begrip 'dienstenovereenkomst', waaronder al deze bijzondere overeenkomsten vielen. De definitie is in de uiteindelijke tekst van de richtlijn komen te vervallen, zonder dat hiermee bedoeld is het toepassingsgebied van de richtlijn in te perken. Bij nadere bestudering blijkt er geen probleem te bestaan voor informatieplichten die gelden in het kader van een reisovereenkomst of een overeenkomst tot levering van financiële diensten[429]: artikel 3 lid 4 van de Richtlijn consumentenrechten brengt mee dat voor overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van een andere richtlijn vallen, de informatieverplichtingen van die richtlijnen van toepassing blijven. De artikelen 2 onder (dd) en 8 lid 1 onder (dd) bepalen voorts dat de informatieverplichtingen in hoofdstuk 2 en 3 en de regeling van de bedenktijd in hoofdstuk 3 voor op afstand of buiten een verkoopruimte tot stand gekomen overeenkomsten niet van toepassing zijn op overeenkomsten betreffende 'healthcare services'. Daarmee is zeker gesteld dat bepalingen die betrekking hebben op het verkrijgen van geïnformeerde toestemming voor het uitvoeren van een geneeskundige behandelingsovereenkomst op basis van artikel 7:448 BW niet worden geraakt door de richtlijn.

Ten aanzien van alle andere overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, brengt het karakter van volledige harmonisatie echter met zich dat nationale informatieplichten de

[428] Zie Loos, M.B.M., De koopregeling in het voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', Deventer: Kluwer, 2009, p. 2, 34.

[429] In artikel 2 onder (13) omschreven als: 'iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen'.

werking van de richtlijn niet mogen doorkruisen.[430] Dat betekent volgens artikel 4 van de richtlijn in het bijzonder dat 'meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming moeten waarborgen', niet zijn toegestaan. Informatieverplichtingen die niet tot doel hebben om consumenten te beschermen ten aanzien van het nemen van een besluit over het wel of niet aangaan van de overeenkomst, zijn mijns inziens wel toegestaan, aangezien dergelijke bepalingen er niet toe strekken 'een ander niveau van consumentenbescherming [te] waarborgen' en daarmee mijns inziens buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, zoals dit is omschreven in artikel 3 richtlijn. Op deze grond kunnen mijns inziens ook bepalingen die het vóórkomen van belangenverstrengeling trachten tegen te gaan, zoals de artikelen 7:416-418 BW, worden gehandhaafd. Informatieverplichtingen die betrekking hebben op het sluiten van een overeenkomst, ook als ze zouden voortvloeien uit een zorgplicht, zouden daarentegen vermoedelijk niet zijn toegestaan. Dat roept onder meer de vraag op of informatieverplichtingen bij overeenkomsten op grond waarvan een professionele partij een consument vraagt zich borg te stellen voor de schuld van een ander,[431] nog wel zijn toegestaan. De reikwijdte van de richtlijn is op dit punt eenvoudigweg niet goed te voorspellen.

9. Conclusies

Bij de indiening van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten werd verondersteld dat deze zou leiden tot een zeer ingrijpende wijziging van het (consumenten)vermogensrecht. Die verwachting hing niet zozeer samen met de in de richtlijn geregelde onderwerpen – de richtlijn is in belangrijke mate een consolidatie van bestaande richtlijnen – maar vooral met het feit dat de richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie. Dat betekent dat Nederland niet minder, maar ook niet meer consumentenbescherming mag bieden dan de richtlijn voorschrijft. Voor zover bestaande bepalingen van consumentenrecht verdergaande bescherming zou bieden, zou deze bescherming moeten worden afgeschaft. Nu een deel van de richtlijn het centrale deel van het vermogensrecht raakt – de regeling van algemene informatieverplichtingen, de regeling van de consumentenkoop en de regeling betreffende algemene voorwaarden – kunnen wijzigingen van deze regelingen in verband met de noodzaak of wenselijkheid van interne coherentie van het nationale vermogensrecht ook gevolgen hebben voor overeenkomsten die strikt genomen niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen: de kans is groot dat om te voorkomen dat het nationale recht als geheel incoherent of inconsistent wordt, de wetgever zich gedwongen zal voelen om de wetgeving ook buiten het toepassingsgebied van de richtlijn aan die richtlijn aan te passen. Dat geldt met name ten aanzien van het personele bereik van de richtlijn, in het bijzonder in die gevallen waarin de richtlijn minder bescherming biedt aan consumenten dan het bestaande nationale recht aan niet-consumenten: wanneer bijvoorbeeld de gevallen waarin een consument een overeenkomst kan ontbinden wegens non-conformiteit van de geleverde zaak minder talrijk of lastiger zijn, kan het voor de koper van een gebrekkige zaak de moeite waard zijn om zich op het standpunt te stellen dat de gesloten koopovereenkomst geen consumentenkoop is, maar een koop tussen twee professionele partijen of tussen twee particulieren, zodat hij niet gebonden is aan de – in dit geval voor hem minder gunstige – bepalingen van het consumentenrecht. Dat de bepalingen van het niet-consumentenrecht gunstiger kunnen zijn dan die van het consumentenrecht, lijkt een ongewenst gevolg van het feit dat de richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie. Dergelijke problemen kunnen, wanneer de richtlijn eenmaal is vastgesteld, nog slechts worden voorkomen indien de wetgever tot aanpassing van (ook) de niet-consumentenrechtelijke regels besluit: een geval van (negatieve) spontane harmonisatie.

Spontane harmonisatie kan ook minder noodgedwongen zijn. Dat zal met name het geval zijn wanneer de wetgever, bij de omzetting van de richtlijn, tot de conclusie komt dat de in de richtlijn opgenomen wijzigingen ook voor niet-consumentenovereenkomsten wenselijk zouden zijn. Zo kan gedacht worden dat niet alleen consumenten, maar ook andere afnemers van goederen en diensten voor contractsluiting geïnformeerd zouden moeten worden over de belangrijkste eigenschappen van de aangeboden goederen en diensten en het geografische adres van de verkoper of dienstverlener. Zo

[430] Vgl. Wissink 2001, nr. 39.

[431] Zie bijv. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/Bink).

bezien zou de wetgever er goed aan doen om te bezien of uitbreiding van de wettelijke regeling tot niet-consumenten wenselijk is. Probleem daarbij is natuurlijk dat aangezien een dergelijke uitbreiding niet noodzakelijk is voor de correcte omzetting van de richtlijn, het risico bestaat dat het parlement juist ten aanzien van dit niet-verplichte deel van de omzettingswetgeving bezwaren naar voren brengt die tot vertraging van het wetgevingsproces kan leiden. Dit gevaar is het grootst ten aanzien van de positie van de Eerste Kamer, daar deze niet het recht van amendement heeft en slechts onder dreiging van het afkeuren van het gehele wetsvoorstel een novelle kan afdwingen – waarvoor dan weer het advies van de Raad van State en de instemming van de Tweede Kamer is vereist. Om dergelijke problemen te voorkomen lijkt het verstandig om de omzettingswetgeving zoveel mogelijk te beperken tot die regels die noodzakelijk zijn om de richtlijn correct om te zetten, en aanvullende regelgeving zoveel mogelijk door middel van een separate, eventueel gelijktijdig te behandelen, wet te laten plaatsvinden. Voor de richtlijn consumentenrechten kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan de eventuele uitbreiding van de algemene informatieverplichting van artikel 5 van de richtlijn tot niet-consumentenovereenkomsten en aan de invoering van een maximale termijn voor de uitvoering van rechten voortvloeiend uit non-conformiteit van tien jaar.

Als gezegd kunnen de gevolgen van het feit dat een richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie, verstrekkend zijn: bestaande regels op het geharmoniseerde terrein, maar ook regels die strikt genomen daarbuiten gelegen zijn, zullen moeten worden aangepast of zelfs worden geschrapt. Wanneer, zoals bij de richtlijn consumentenrechten, het gaat om regels die centrale regels van het vermogensrecht raken, bestaat niet alleen het risico dat het niveau van consumentenbescherming (mogelijk zelfs ingrijpend) wordt verlaagd, maar ook dat de harmonie van het vermogensrecht verstoord raakt, ook voor niet direct door de richtlijn geraakte contractuele verhoudingen. Dat betekent dat in de fase waarin de richtlijn tot stand wordt gebracht, van de bij de richtlijn betrokken ambtenaren van de Ministeries van Justitie en Economische Zaken grote alertheid moet worden verwacht ten aanzien van de gevolgen die de richtlijn heeft voor het Nederlandse consumentenrecht in het bijzonder, maar ook voor het Nederlandse vermogensrecht in het algemeen. Dat brengt met zich mee dat de betrokken Ministeries voldoende menskracht moeten kunnen vrijmaken om de beraadslaging over de vast te stellen richtlijn goed te kunnen voorbereiden. Daarom ook dient vooraf onderzoek te geschieden naar de mogelijke directe gevolgen (voor de door de ontwerp-richtlijn geraakte terreinen) alsook naar de te verwachten indirecte gevolgen, zoals de noodzaak of wenselijkheid van spontane harmonisatie. Het is aan te bevelen dat de betrokken Ministeries zo nodig – in een zo vroeg mogelijk stadium – opdracht geven tot het verrichten van onderzoek, zo mogelijk door verschillende (teams van) onderzoekers[432] en/of het houden van een wetenschappelijk symposium stimuleren of ondersteunen, zodat reeds in een vroegtijdig stadium mogelijke knelpunten in de ontwerp-richtlijn duidelijk worden. Deze handelwijze heeft er bij de voorbereiding van de richtlijn consumentenrechten toe geleid dat de meest problematische onderdelen van de ontwerp-richtlijn in een vroegtijdig stadium van het onderhandelingsproces zijn onderkend en dat steun kon worden gezocht bij andere lidstaten voor aanpassing. Het eindresultaat zal misschien niet op alle onderdelen tevreden stellen, maar al te negatieve consequenties voor het Nederlandse privaatrecht zijn thans niet (meer) te verwachten.

[432] Ten aanzien van de richtlijn Consumentenrechten is een zeer degelijk onderzoek verricht door Cauffman, C., Faure M. en T. Hartlief, Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland, WODC 2009.