

# Artikel

## Nieuws uit Europa: Twee nieuwe wetgevingsinstrumenten: de Richtlijn Consumentenrechten en het gemeenschappelijk Europees kooprecht

Prof. mr. A.L.M. Keirse, mr. S.A. Krusinga en mr. M.Y. Schaub\*

### 1. Aan de dageraad van nieuw Europees en nationaal contractenrecht

#### 1.1 Op weg

Europeanisering van het contractenrecht is, zoals bekend, sinds de eeuwwisseling in een stroomversnelling geraakt. Was het Europese *acquis* op het terrein van het contractenrecht vóór de 21ste eeuw nog goed te overzien, het laatste decennium is het aantal geïmplementeerde richtlijnen sterk toegenomen en hebben de contractenrechtelijke thema's die bestreken worden, een algemener bereik gekregen.<sup>1</sup> Aanvankelijk deed de invloed van Europa zich vooral gevoelen bij thema's in de periferie, zoals colportage, pakketreizen, *timesharing*, elektronische handtekening en consumentenkrediet.<sup>2</sup> Thans wordt ook de kern van het contractenrecht mede door Europa bepaald. De richtlijnen over overeenkom-

sten op afstand en consumentenkoop werden aan het begin van de 21ste eeuw in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Inmiddels zijn de initiatieven van de Europese regelgever gericht op ordening, structurering en herziening van eerder uitgevaardigde regelgeving, waarbij het bereik nog verder wordt verbreed. De kwaliteit en coherentie van het Europese contractenrecht verdienen immers verbetering; tegenstrijdigheden moeten worden weggewerkt en leemten gedicht.<sup>3</sup> Doordat veel lidstaten gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheden die de huidige richtlijnen bieden, om met het oog op een hoger beschermingsniveau strengere voorschriften in hun nationale wetgevingen op te nemen dan de richtlijnen minimaal voorschrijven, is de nationale regelgeving in de landen van de Unie versnipperd geraakt. Daarenboven is de versnippering het gevolg van de omstandigheid dat veel aspecten in de richtlijnen zelf niet consequent geregeld zijn of zelfs helemaal buiten beschouwing zijn gelaten. Daarom stellen Europese beleidsmakers een andere, nieuwe aanpak voor die totale harmonisatie of zelfs (facultatieve) uniformering als uitgangspunt neemt. Hier zijn derhalve twee koersen te onderscheiden. Ze worden in het navolgende geduid.

\* Prof. mr. A.L.M. Keirse, mr. S.A. Krusinga & mr. M.Y. Schaub zijn verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht; Prof. mr. A.L.M. Keirse als hoogleraar burgerlijk recht, mr. S.A. Krusinga als universitair hoofddocent handelsrecht en mr. M.Y. Schaub als universitair docent burgerlijk recht.

1. Aldus ook: J.M. Smits, *Contractenrecht als meergelaagde rechtsorde: uitdagingen voor de komende tien jaar*, *Contracteren* 2009/4, p. 110.

2. Een uitzondering is de Richtlijn Oneerlijke contractsbedingen (Richtlijn 93/13/EEG).

3. Zie o.a. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM(2003)68 def., PbEG 2003, C 63, p. 1; Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het *acquis*: verdere maatregelen, COM(2004)651 def. Zie ook A.L.M. Keirse, *Europeanisering van verbintenissenrecht*, in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*; Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 43 e.v.

## 1.2 Twee wegen

Om te beginnen is in 2003 een herziening van het consumentenacquis op gang gebracht. Daarnaast is tegelijkertijd een alternatieve weg ingeslagen, de weg naar een omvattend *Common Frame of Reference*.<sup>4</sup> Aldus kondigt de Europese Commissie aan de kwaliteit en coherentie van het contractenrecht te willen verbeteren, niet alleen door herziening en samenvoeging van bestaande richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht, maar ook door de opstelling van een gemeenschappelijk referentiekader met gemeenschappelijke beginselen, terminologie en modelbepalingen. De Universiteit Bielefeld geeft met het oog op de herziening van het consumentenacquis opdracht een vergelijkende studie uit te voeren naar de wijze waarop de richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht zijn geïmplementeerd en zij verleent aan een internationaal academisch netwerk subsidie om voorbereidend rechtswetenschappelijk onderzoek uit te voeren gericht op de vaststelling van het gemeenschappelijk referentiekader.<sup>5</sup> Mededelingen en voortgangsverslagen volgen, alsmede een *Groenboek Herziening van het consumentenacquis*.<sup>6</sup> Het oordeel luidt dat de tot dan toe gehanteerde wetgevingsaanpak van minimumharmonisatie middels richtlijnen, waarbij lidstaten bevoegd blijven om strengere voorschriften te hanteren, niet langer passend is. In 2008 dient de Europese Commissie een voorstel in voor een richtlijn voor consumentenrechten en in hetzelfde jaar wordt een door academici voorbereid ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader gepubliceerd: het *Draft Common Frame of Reference* (hierna: DCFR).<sup>7</sup>

De ontwerprichtlijn is een horizontaal instrument met een breed domein inzake consumentenrechten: harmonisatie van de kernbegrippen van het consumentenrecht zou geboden zijn om de nodige rechtszekerheid te creëren voor zowel consumenten als bedrijven. Het grote belang van dit voorstel ligt niet zozeer op het vlak van inhoudelijke verbeteringen, maar is gelegen in de nieuwe aanpak van harmonisering. Het domein is niet sec-

torspecifiek, maar breed; het bestrijkt de consumentenovereenkomst.<sup>8</sup> Daarenboven is afgestapt van het idee van minimumharmonisatie en wordt het principe van volledige harmonisatie gehanteerd; een aantal bestaande richtlijnen gebaseerd op minimumharmonisatie wordt in het voorstel omgezet in een instrument gebaseerd op maximumharmonisatie. Dit betekent dat het de lidstaten bij invoering van dit voorstel niet langer zou worden toegestaan om voor hun grondgebied op het geharmoniseerde terrein regels te handhaven of te introduceren die afwijken van de bepalingen in de richtlijn. Het richtlijnvoorstel wordt echter zeer kritisch onthaald.<sup>9</sup> De kritiek richt zich in het bijzonder op de voorgenomen ongedifferentieerde volledige harmonisatie. De politieke wenselijkheid alsook de juridische werkbaarheid daarvan worden in twijfel getrokken. Het DCFR, dat bijzonder breed is opgezet nu het algemene beginselen, definities en modelregels voor Europees verbintenissenrecht en goederenrecht bevat, valt een vergelijkbaar lot ten deel; er valt veel op aan te merken.<sup>10</sup> De kritiek noopt de Europese Commissie ertoe de ambities naar beneden bij te stellen en beide projecten te beperken.

## 1.3 Plannen bijgesteld

Het voorstel voor de Richtlijn Consumentenrechten wordt aangepast en verbeterd opdat het alsnog wordt aangenomen. De Europese Commissie laat het principe van maximumharmonisatie niet zonder meer varen, maar het domein van het recht dat met de richtlijn wordt geregeld wordt aanzienlijk beperkt en scherper afgebakend. Ook de plannen met het DCFR worden teruggeschroefd. Die beperking wordt op verschillend vlak gevonden. In de eerste plaats wordt de te regelen materie in omvang teruggebracht; het nieuwe instrument zal – vooralsnog – in hoofdzaak slechts betrekking hebben op de koop van roerende zaken. In de tweede plaats wordt de werkingssfeer beperkt tot grensover-

4. Beide wegen worden voorgesteld in: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM(2003)68 def., PbEG 2003, C 63, p. 1. De herziening van het consumentenacquis was al aangekondigd in de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM(2002)208 def., PbEG 2002, C 137, p. 15.
5. H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner & M. Ebers (Eds.), *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, München: Sellier 2008. Zie meer uitgebreid Keirse 2010, p. 95-96.
6. Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM(2004)651 def.; Verslag van de Commissie, Eerste Voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM(2005)456 def.; Verslag van de Commissie, Tweede Voortgangsverslag over het gemeenschappelijk referentiekader, COM(2007)447; Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM(2006)744 def.
7. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008)614 def.; C. von Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law; Draft Common Frame of Reference (full edition)*, München: Sellier 2009.

8. Nadere bestudering leert echter dat ook in 2008 van een volledig horizontaal instrument geen sprake was. Slechts een deel van de voorgestelde regels kende een algemeen toepassingsbereik. Het andere deel gold slechts voor specifieke contracten, terwijl daarnaast ook aparte regelingen bleven bestaan voor specifieke sectoren (zoals financiële dienstverlening, *timeshare* en pakketreizen).
9. Zie o.m. Keirse 2010, p. 47 e.v. met verwijzingen naar literatuur en officiële publicaties; M.B.M. Loos, Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel, TvC 2008/5, p. 173-178; J.H. Micklitz & N. Reich, Cronica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a 'directive on consumer rights', *Common Market Law Review* 2009/46, p. 471-519; Smits, Full harmonisation of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights, *ERPL* 2010/1, p. 5-14.
10. Zie o.m. H. Collins, M. Fabre-Magnan e.a., *The Draft common frame of reference*, *European Review of Contract Law* 2008, p. 223-454; H. Eidenmüller e.a., *The Common frame of reference for European private law - policy choices and codification problems*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, p. 1-50; M.W. Hesselink, *CFR & social justice*, München: Sellier 2008; E.H. Hondius & A.L.M. Keirse, *Optioneel instrument van Europees contractenrecht: een nieuw gezicht of facelift?*, *NJB* 2011/31, p. 2076-2082; M.Schmidt-Kessel (red.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen/Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München: Sellier, 2009; Special issue: *Draft Common Frame of Reference*, *European Review of Private Law* 2009, p. 483-744; G.Wagner e.a., *Vom akademischen zum politischen DCFR*, *ZEUP* 2008, p. 677-812; G. Wagner (Ed.), *The Common frame of reference: a view from law & economics*, München: Sellier, 2009.

schrijdende transacties. In de derde plaats, en dit is het meest treffend, zal de regeling slechts van toepassing zijn als contractspartijen daarvoor hebben gekozen. Eind 2011 is de herziene Richtlijn Consumentenrechten, de *Consumer Rights Directive* (CRD), definitief tot stand gekomen en is een concreet voorstel voor een nieuw instrument voor contractenrecht gepubliceerd en gedoopt met de naam *Common European Sales Law* (CESL). Aldus staat ons contractenrecht op het punt te veranderen. De nieuwe richtlijn noopt tot een aanpassing van de nationale wetgeving; op punten zal het thans geldende Nederlandse contractenrecht voor de richtlijn moeten wijken en zal het nieuwe Unierecht moeten worden omgezet en toegepast. Daarnaast wordt met de *Common European Sales Law* in de 27 lidstaten een tweede stelsel van contractenrecht toegevoegd dat partijen kunnen kiezen als het op hun overeenkomst toepasselijke recht. Hierna komt meer concreet aan de orde wat deze twee nieuwe wetgevingsinstrumenten voor het ons vertrouwde contractenrecht gaan betekenen.

## 2. Richtlijn Consumentenrechten

### 2.1 Algemene opmerkingen

In oktober 2011 hebben het Europese Parlement en de Raad ingestemd met een gewijzigd richtlijnvoorstel Consumentenrechten en de richtlijn is kort daarna gepubliceerd in het publicatieblad.<sup>11</sup> Deze publicatie heeft, zoals hiervoor reeds is aangestipt, een bewogen geschiedenis. Het oorspronkelijke voorstel dat voorzorg in maximumharmonisatie van een breed terrein van consumentenrechten was verstrekkend en is hevig bekritiseerd. De uiteindelijke richtlijntekst is aanzienlijk minder vergaand.

De Richtlijn Consumentenrechten beoogt nog altijd maximumharmonisatie, maar (slechts) met betrekking tot enkele deelonderwerpen, in de eerste plaats met betrekking tot overeenkomsten op afstand en colportage. De oude richtlijnen met betrekking tot deze onderwerpen worden met deze nieuwe richtlijn ingetrokken.<sup>12</sup> De richtlijn bevat daarnaast nog enkele bepalingen die zien op overeenkomsten met consumenten in het algemeen en meer in het bijzonder op koopovereenkomsten. De richtlijn bevat in hoofdzaak een groot aantal informatieplichten, alsook een uitgebreide regeling voor het herroepingsrecht bij koop op afstand en colportage.

De lidstaten hebben tot uiterlijk 13 december 2013 om de richtlijn te implementeren en uiterlijk 13 juni 2014

moeten de regels van toepassing zijn.<sup>13</sup> Hierna zal in vogelvlucht worden ingegaan op het toepassingsbereik en de inhoud van de nieuwe richtlijn. Enkele concrete wijzigingen die voor (bepaalde) overeenkomsten met consumenten op stapel staan, zullen worden aangestipt.

### 2.2 Reikwijdte

Het vaststellen van de reikwijdte van de richtlijn is met het oog op de doelstelling van maximumharmonisatie van groot belang.<sup>14</sup> De lidstaten mogen in beginsel op de terreinen die binnen de reikwijdte van de maximumharmonisatie vallen niet afwijken van de richtlijn.

De richtlijn is van toepassing op bepaalde overeenkomsten tussen een handelaar en een consument. Een consument wordt in deze context gedefinieerd als een natuurlijk persoon die, in de contracten waar de richtlijn op ziet, handelt voor doeleinden die buiten zijn beroep of bedrijf vallen.<sup>15</sup> Deze definitie komt overeen met de definitie van het begrip 'consument' in de *Common European Sales Law* (CESL) (zie par. 4.2). Dat betekent dat niet is gekozen voor de ruimere definitie die in het DCFR is opgenomen. Het DCFR hanteert als definitie van een consument: een natuurlijk persoon die *hoofdzakelijk* handelt buiten zijn beroep of bedrijf.<sup>16</sup> Uitgaande van de definitie kan aangenomen worden dat de Richtlijn Consumentenrechten zich aldus richt op overeenkomsten die in het geheel buiten beroeps- of bedrijfsmatig handelen vallen. Uit overweging 17 bij de richtlijn volgt evenwel dat ook overeenkomsten die deels een bedrijfsmatig doel hebben binnen de richtlijn vallen, zolang het bedrijfsmatige doel niet overheerst. Overeenkomsten waarbij het bedrijfsmatige doel overheerst blijven het domein van de lidstaten. De lidstaten kunnen overigens besluiten om de regels ook op die overeenkomsten van toepassing te verklaren.

De richtlijn ziet met name op overeenkomsten op afstand en op overeenkomsten die buiten verkoopruimten worden gesloten met betrekking tot zowel goederen als diensten. De richtlijn is uitdrukkelijk ook van toepassing op de levering van water, gas, elektriciteit en stadsverwarming, inclusief de levering door openbare leveranciers, mits op contractuele basis.<sup>17</sup> Ook overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud vallen binnen het toepassingsbereik van de richtlijn. Er zijn voorts enkele bepalingen die zien op koopovereenkomsten (inclusief overeenkomsten die een combinatie van een koop- en een dienstenovereenkomst zijn) en enkele bepalingen die zien op overeenkomsten met consumenten in het algemeen.

De richtlijn is uitdrukkelijk niet van toepassing op de volgende terreinen: sociale dienstverlening, zoals sociale huisvesting, kinderopvang, tijdelijke of permanente (maatschappelijke) hulpverlening; gezondheidszorg

11. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2011, L 304/64-88.

12. Zie art. 31 van Richtlijn 2011/83/EU. Het betreft Richtlijnen 85/577/EEG en 97/7/EG; deze richtlijnen worden met ingang van 13 juni 2014 ingetrokken.

13. Art. 28 van Richtlijn 2011/83/EU.

14. Art. 4 van Richtlijn 2011/83/EU.

15. Art. 2(1) van Richtlijn 2011/83/EU.

16. Zie annex I bij de DCFR: 'A "consumer" means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.'

17. Art. 3(1) van Richtlijn 2011/83/EU.

zoals gedefinieerd in Richtlijn 2001/24/EU; gokken; financiële diensten; het bouwen, verwerven of overdragen van onroerende zaken of rechten op onroerende zaken; aanneemovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken of de significante verbouwing van bestaande gebouwen en huur van woonruimte; overeenkomsten die vallen binnen het toepassingsbereik van Richtlijn 90/314/EEC met betrekking tot pakketreizen; en overeenkomsten die vallen binnen het toepassingsbereik van Richtlijn 2008/122/EG met betrekking tot *timeshare* en lange termijn vakantieproducten.

Er is enige overlap met andere Europese regelgeving. Indien een bepaling uit de Richtlijn Consumentenrechten strijdig is met specifieke Europese regelgeving, heeft die specifieke regelgeving in beginsel voorrang.<sup>18</sup> Dit geldt evenwel niet zonder meer voor Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel en Richtlijn 2006/123/EG, de Dienstenrichtlijn.<sup>19</sup> Het is op grond van artikel 6(8) van de Richtlijn Consumentenrechten weliswaar toegestaan dat de lidstaten op grond van de twee genoemde richtlijnen aanvullende informatieplichten opleggen aan handelaren. Maar als de informatieplichten in strijd komen met de plichten die voortvloeien uit de Richtlijn Consumentenrechten, gaat de laatste voor. Artikel 3(4) van de richtlijn biedt de lidstaten de optie om de richtlijnbevestigingen niet toe te passen op overeenkomsten die buiten verkooppunten worden gesloten waarbij niet meer dan € 50 (of een lagere door de lidstaat vast te stellen waarde) wordt betaald door de consument.

Een aantal bepalingen uit de nieuwe richtlijn beoogt minimumharmonisatie, maar de meeste regels van de richtlijn beogen maximumharmonisatie. Maximumharmonisatie betekent dat lidstaten niet mogen afwijken van de bepalingen; ze mogen consumenten niet meer of minder bescherming bieden dan de richtlijn. Het is handelaren evenwel niet verboden om in hun contracten met consumenten meer bescherming te bieden. Handelaren mogen niet ten nadele van de klant afwijken van de richtlijn, maar wel in het voordeel van de klant. Een handelaar zou bijvoorbeeld zijn klanten een langere bedenktijd kunnen geven dan de bedenktijd die de richtlijn voorschrijft.<sup>20</sup>

### 2.3 Informatieplichten voor gewone overeenkomsten

Zoals gezegd, bevat de richtlijn een groot aantal informatieplichten. Sommige van deze plichten bestaan al in de Nederlandse wet – met name op grond van de oude Europese richtlijnen, maar ook op grond van het nationale recht. De informatieplichten uit de nieuwe richtlijn zijn evenwel stringenter, zodat aanpassing van de wet nodig zal zijn.

De richtlijn bevat enkele informatieplichten voor overeenkomsten met consumenten die niet op afstand of

buiten verkooppunten zijn gesloten. Wij noemen deze overeenkomsten in dit verband korthedshalve ‘gewone overeenkomsten’. Op grond van artikel 5 van de richtlijn dient een handelaar vóór de totstandkoming van de gewone overeenkomst de volgende informatie aan de consument te verstrekken:

- de voornaamste kenmerken van de goederen of diensten;
- de identiteit, het adres en telefoonnummer van de handelaar;
- totale prijs van de goederen of diensten en eventuele verzendkosten;
- de wijze van betaling, levering of uitvoering, de termijn voor en het beleid inzake klachten;
- een herinnering aan de wettelijke regeling inzake conformiteit;
- de duur van de overeenkomst (indien van toepassing);
- de functionaliteit van de digitale inhoud, inclusief technische beveiligingsvoorzieningen;
- de interoperabiliteit van de digitale inhoud (indien van toepassing).

Deels volgt de gehoudenheid tot het verstrekken van deze informatie ook reeds (impliciet) uit onze nationale regels ten aanzien van de totstandkoming van overeenkomsten, voor koopovereenkomsten uit de conformiteitseis van artikel 7:17 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en voor dienstverleners uit van artikel 6:230b BW. Geheel nieuw zijn deze informatieplichten dus niet, maar de nieuwe informatieverplichtingen gaan verder dan de huidige plichten en de lidstaten hebben zelfs de mogelijkheid om op dit punt (nog) verdergaande informatieplichten op te leggen.<sup>21</sup>

De lidstaten hebben daarnaast ook de mogelijkheid om de informatieverplichtingen niet op te leggen met betrekking tot alledaagse transacties die onmiddellijk worden uitgevoerd.<sup>22</sup> Een vergelijkbare uitzondering wordt in de CESL gemaakt (art. 20 lid 2). Wat precies bedoeld wordt met een alledaagse transactie is niet gedefinieerd, niet in de CESL en ook niet in de richtlijn.<sup>23</sup> Waarschijnlijk wordt niet bedoeld op transacties die door de betrokkenen dagelijks worden aangegaan, maar op transacties die zo gebruikelijk zijn dat de informatieplichten als overbodig kunnen worden aangemerkt. Het ligt voor de hand dat het begrip ‘alledaagse transacties’ in het kader van beide instrumenten op dezelfde wijze wordt uitgelegd. Nu de regelingen hier geen duidelijkheid bieden, is het aan de nationale rechters en in hoogste instantie uiteindelijk aan het Europese Hof van Justitie om hier nadere invulling aan te geven.

18. Art. 3(2) van Richtlijn 2011/83/EU.

19. De informatieplichten uit de dienstenrichtlijn zijn in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd door middel van art. 6:230b BW.

20. Art. 3(6) van Richtlijn 2011/83/EU.

21. Met betrekking tot deze informatieplichten beoogt de Richtlijn Consumentenrechten dus minimumharmonisatie, zie art. 5(4) van Richtlijn 2011/83/EU.

22. Art. 5(3) van Richtlijn 2011/83/EU.

23. In de Engelse taalversie: ‘day-to-day transactions’, in het Duits: ‘Geschäfte des täglichen Lebens’, in het Frans: ‘des transactions intéressantes la vie quotidienne’.

## 2.4 Informatieplichten voor overeenkomsten op afstand en colportage

De in paragraaf 2.3 genoemde informatieplichten voortvloeiend uit artikel 5 van de richtlijn, gelden niet voor overeenkomsten op afstand en voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten. Voor deze overeenkomsten is een specifieke (uitgebreidere) lijst informatieplichten opgenomen in artikel 6 van de richtlijn. De precontractuele informatieplichten voor de overeenkomsten op afstand en voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten komen grotendeels overeen met de informatieplichten uit de oude richtlijnovereenkomsten op afstand uit 1997, zoals die in het Nederlandse recht zijn te vinden in artikel 7:46c BW.<sup>24</sup> Nieuw zijn met name de volgende informatieplichten:

- informatie over klachtenbehandeling;
- het modelformulier dat gebruikt kan worden voor herroeping;
- informatie over kosten van het terugzenden bij herroeping;
- informatie over kosten die in rekening gebracht kunnen worden als het herroepingsrecht wordt ingeroepen ingeval de levering van gas, water of elektriciteit op verzoek van de consument al is begonnen tijdens de bedenktijd;
- de herinnering aan de wettelijke conformiteitsregels;
- eventueel informatie over het bestaan en de voorwaarden van bijstand aan consumenten na verkoop, over eventuele diensten na verkoop en commerciële garanties;
- informatie over eventuele gedragscodes;
- informatie over de duur van de overeenkomst en, indien van onbepaalde duur, de voorwaarden voor het opzeggen;
- eventueel de minimumduur van de verplichtingen;
- het eventuele bestaan en de voorwaarden van waarborgsommen of andere financiële garanties;
- de functionaliteit inclusief technische beveiliging en interoperabiliteit van digitale inhoud;
- eventueel de mogelijkheid van toegang tot buitengerechtelijke klachten- en geschillenbeslechtingsprocedures en de wijze waarop daar toegang toe is.

Artikel 7:46c lid 1 BW kende reeds de informatieplicht met betrekking tot de prijs voor op afstand gesloten overeenkomsten, maar ook dit zal aangepast moeten worden, want de nieuwe richtlijn bevat op dit punt een uitgebreidere informatieplicht.<sup>25</sup> Voor colportage zijn de informatieplichten op dit moment zeer summier, zodat de richtlijn met name voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten een aanzienlijke verzwaring betekent.

24. Met betrekking tot elektronisch contracteren zijn enkele verplichtingen reeds te vinden in art. 3:15d sub a en b BW (geografisch adres en nadere contactinformatie). De informatieplicht met betrekking tot de gedragscodes is ten aanzien van elektronisch contracteren opgenomen in art. 6:227b lid 1 sub c BW.

25. Zie art. 6 lid 1 van Richtlijn 2011/83/EU.

De informatie dient bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten op papier te worden verstrekt of, indien de consument daarmee instemt, op een andere duurzame gegevensdrager.<sup>26</sup> Daar waar het gaat om een overeenkomst die buiten verkoopruimten wordt gesloten, waarbij de consument uitdrukkelijk om een dienst verzoekt met betrekking tot herstel of onderhoud, de handelaar onmiddellijk nakomt en de consument niet meer dan € 200 betaalt, geldt een versoepeld regime ten aanzien van de informatieplichten. In een dergelijk geval kan de dienstverlener volstaan met het verstrekken van zijn naam, adres en de prijs van de dienst op papier of (als de consument daarmee instemt) op een andere duurzame drager. Daarnaast moet de dienstverlener weliswaar informatie verschaffen over de kenmerken van de dienst en het (al dan niet bestaan van het) herroepingsrecht, maar dat hoeft, indien de consument hiermee instemt, niet op papier of op een duurzame drager.<sup>27</sup> Overigens hebben de lidstaten ten aanzien van dit punt een keuze; ze kunnen besluiten dit versoepelde regime niet op te nemen in de nationale wetgeving ter implementatie.

Bij overeenkomsten op afstand moet de informatie worden verstrekt op een wijze die passend is voor de gebruikte middelen voor communicatie op afstand.<sup>28</sup> Zowel bij colportage als bij overeenkomsten op afstand dient de informatie in leesbare vorm en in duidelijke en begrijpelijke taal te worden verstrekt. Ingeval er bij een overeenkomst op afstand gebruik wordt gemaakt van een communicatiemiddel dat beperkingen kent gezien de ruimte en de tijd voor de informatieverstrekking, geldt ook een versoepeld regime. In dat geval moeten in ieder geval de belangrijkste kenmerken van het goed of de dienst, de identiteit van de handelaar, de prijs en informatie over het herroepingsrecht, de duur van de overeenkomst en bij onbepaalde duur de voorwaarden van opzegging worden verstrekt via het desbetreffende communicatiemiddel. De rest van de informatie mag 'op passende wijze' worden verstrekt.<sup>29</sup> Net als onder de CESL draagt de handelaar als gevolg van de richtlijn de bewijslast dat aan de informatieplichten is voldaan (zie paragraaf 4.5).

## 2.5 Vormgeving van de bestelprocedure bij overeenkomsten op afstand

Ten aanzien van de overeenkomsten op afstand worden met de nieuwe richtlijn niet alleen de informatiever-

26. Art. 7(1) van Richtlijn 2011/83/EU. Een duurzame drager is gedefinieerd als elk hulpmiddel dat de klant in staat stelt aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat deze gedurende een voor het doel van de informatie toereikende periode kan raadplegen en waarmee de opgeslagen informatie ongewijzigd kan worden gereproduceerd. Onder een duurzame drager worden in ieder geval verstaan computerdiskettes, cd-roms, dvd's en de harde schijf van de computer waarop de elektronische post wordt opgeslagen. Zie art. 2(12) van Richtlijn 2002/92/EG; vgl. (in iets andere bewoordingen) art. 2(f) van Richtlijn 2002/65/EG. In de Nederlandse wet is de definitie terug te vinden in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft 2008, 327).

27. Art. 7(4) van Richtlijn 2011/83/EU.

28. Art. 8(1) van Richtlijn 2011/83/EU.

29. Art. 8(4) van Richtlijn 2011/83/EU.

plichtingen aangescherpt, maar ook de regels die zien op de bestelprocedure. Zo dient de handelaar, indien bij een overeenkomst op afstand een betalingsverplichting wordt aangegaan, op duidelijke en in het oog springende wijze onmiddellijk voor de plaatsing van de bestelling de klant te wijzen op de belangrijkste kenmerken van de goederen of de diensten, de totale prijs en de (minimum)duur van de overeenkomst, en de voorwaarden van opzeggen bij overeenkomsten voor onbepaalde duur.<sup>30</sup> Hoe precies uitvoering moet worden gegeven aan deze verplichting, zal afhangen van de gebruikte communicatiemethode, maar het betekent in ieder geval dat extra aandacht besteed zal moeten worden aan de inrichting en vormgeving van de bestelprocedure. Bijvoorbeeld bij een website met een bestelformulier moet de informatie dus overzichtelijk te vinden zijn bij de definitieve bestelbutton, en niet verhuld tussen andere (beeld)informatie of op een wijze waardoor de informatie gemakkelijk buiten beeld valt.

Verder moet de klant uitdrukkelijk erkennen dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. De richtlijn is hier heel specifiek: indien de bestelling wordt geplaatst door het aanklikken van een knop, moet die knop op een goed leesbare wijze aangemerkt worden met (alleen) de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit de betalingsverplichting blijkt. Ook de sanctie is vastgelegd; als hier niet aan is voldaan, is de consument niet gebonden aan de bestelling.<sup>31</sup> Het is afwachten hoe dit precies vorm zal krijgen in de Nederlandse omzettingwetgeving. Mogelijk wordt gekozen voor vernietigbaarheid zoals bij artikel 6:227b lid 4 BW met betrekking tot de niet-naleving van bepaalde informatieplichten uit artikel 6:227b lid 1 BW.

Waar het gaat om overeenkomsten via websites, moet aan het begin van de bestelprocedure duidelijk en leesbaar worden aangegeven of er beperkingen gelden voor de levering, alsook welke betaalmiddelen mogelijk zijn.<sup>32</sup> Dit voorkomt dat een consument na het doorlopen van een bestelprocedure alsnog zijn bestelling moet staken, bijvoorbeeld omdat het bedrijf niet in zijn land aflevert of omdat enkel (bepaalde typen) creditcards worden geaccepteerd die de consument mogelijk niet heeft. Met betrekking tot overeenkomsten die telefonisch worden gesloten, kunnen de lidstaten desgewenst bepalen dat het aanbod moet worden bevestigd aan de consument en dat de consument enkel gebonden is nadat hij het aanbod schriftelijk (of op een duurzame drager) heeft bevestigd.<sup>33</sup>

## 2.6 Vormvereiste bij colportage

Indien de overeenkomst met de consument buiten een verkooppunt wordt gesloten, dient de handelaar de consument een kopie van de ondertekende overeenkomst of een bevestiging van de overeenkomst te ver-

strekken. Deze verplichting bestaat nu al in ons recht op grond van artikel 24 van de Colportagewet. Nieuw op dit punt is dat dit niet per definitie schriftelijk moet gebeuren. Als de consument ermee instemt, mag dit ook door middel van een andere (bijvoorbeeld digitale) duurzame gegevensdrager.<sup>34</sup>

## 2.7 Regels ten aanzien van koopovereenkomsten

Twee artikelen zien specifiek op koopovereenkomsten (inclusief overeenkomsten die deels uit koop en deels uit diensten bestaan), namelijk artikel 18 en artikel 20 van de richtlijn.<sup>35</sup> Deze bepalingen zijn uitdrukkelijk niet van toepassing op levering van water, gas of elektriciteit, voor zover deze niet gereed voor de verkoop zijn gemaakt in een beperkt volume of in een bepaalde hoeveelheid (verkoop van een gasfles valt dus wel onder deze artikelen). Ook stadsverwarming en de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd, vallen niet onder deze artikelen.

Artikel 18 van de richtlijn betreft de levering van goederen. De goederen moeten (tenzij anders overeengekomen) onverwijld en in ieder geval binnen 30 dagen na het sluiten van de overeenkomst worden geleverd. Indien niet binnen deze termijn wordt geleverd, dient de consument de leverancier een redelijke termijn te stellen, waarna, indien nog steeds niet is geleverd, de consument gerechtigd is de overeenkomst te beëindigen. Beëindigen is een neutrale term.<sup>36</sup> In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek zal met betrekking tot dit punt waarschijnlijk worden aangesloten bij de ontbinding als bedoeld in artikel 6:265 BW. De richtlijn bevat voor de termijnstelling door de consument geen vormvereiste. De richtlijn kent evenals artikel 6:83 BW de uitzondering dat geen redelijke termijn gesteld hoeft te worden indien sprake is van een fatale termijn of indien de verkoper heeft geweigerd te leveren.

Op dit moment zijn overeenkomsten (indien geen tijd voor de nakoming is bepaald) terstond opeisbaar.<sup>37</sup> Als gevolg van de richtlijn zullen koopovereenkomsten met consumenten waarbij geen tijdstip voor de levering is afgesproken (pas) onverwijld na het sluiten van de overeenkomst opeisbaar zijn, waarbij onverwijld in ieder geval niet langer duurt dan 30 dagen.

Indien voor de beëindiging van de overeenkomst wordt aangesloten bij artikel 6:265 BW, raakt de richtlijn ook de verzuimregeling bij ontbinding door consumenten. In geval van non-conformiteit bij consumentenkoopovereenkomsten geldt thans, als gevolg van artikel 7:22 BW, dat geen verzuim is vereist. De consument kan ontbinden als herstel en vervanging onmogelijk zijn of niet van de verkoper kunnen worden geleverd. Is in het

30. Art. 8(2) van Richtlijn 2011/83/EU.

31. Art. 8(2) van Richtlijn 2011/83/EU, tweede alinea.

32. Art. 8(3) van Richtlijn 2011/83/EU.

33. Art. 8(6) van Richtlijn 2011/83/EU.

34. Art. 7(2) van Richtlijn 2011/83/EU.

35. Deze bepalingen zijn van toepassing op 'koopovereenkomsten'. Dit is gedefinieerd als overeenkomsten die strekken tot de overdracht van goederen tegen betaling, inclusief overeenkomsten die zowel goederen als diensten betreffen, zie art. 2(5) van Richtlijn 2011/83/EU. Dit omvat ook overeenkomsten voor de overdracht van goederen die op afstand of buiten verkooppunten zijn gesloten.

36. In de Franse taalversie: 'mettre fin au contract', in het Duits: 'vom Vertrag zurücktreten', in het Engels: 'terminate the contract'.

37. Art. 6:38 BW.

geheel niet geleverd, dan geldt op grond van artikel 6:265 lid 2 BW dat de handelaar in verzuim moet zijn voordat de overeenkomst door de consument kan worden ontbonden. Indien nakoming nog mogelijk is, moet de consument de handelaar (schriftelijk) in gebreke stellen op grond van artikel 6:82 BW. De regeling van de richtlijn lijkt wel enigszins op de Nederlandse verzuimregeling, maar is niet precies hetzelfde. Gelet op de maximumharmonisatie dient de verzuimregeling voor consumenten in geval van niet-levering te worden aangepast, omdat deze niet mag afwijken van de richtlijn. Van belang is dan met name dat het vormvereiste van artikel 6:82 BW niet meer mag gelden voor een ingebrekestelling door de consument.

De andere bepaling die ziet op koop (art. 20) betreft de risico-overgang. Indien de goederen worden verzonden, gaat het risico op de consument over op het moment dat de consument de goederen (fysiek) in zijn bezit heeft.<sup>38</sup> Dit is anders als de consument aan de vervoerder de opdracht geeft de goederen te vervoeren en deze keuze niet door de handelaar is geboden.<sup>39</sup> Deze regel komt overeen met het bepaalde in artikel 7:13 BW, maar deze bepaling hanteert andere bewoordingen. Het heeft de voorkeur om deze bepaling aan te passen aan de bewoordingen van de nieuwe richtlijn, zodat buiten twijfel staat dat aan de omzettingsverplichting is voldaan.

## 2.8 Regels ten aanzien van overeenkomsten met consumenten in het algemeen

De richtlijn kent drie bepalingen die zien op consumentenrechten in het algemeen. Deze regels gelden aldus ten aanzien van alle overeenkomsten met consumenten, inclusief koopovereenkomsten, overeenkomsten op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten. Ten eerste mag de handelaar geen kosten in rekening brengen voor een betaalmiddel voor zover die zijn eigen kosten voor gebruik van dat middel overschrijden.<sup>40</sup> Ten tweede moeten handelaren telefonisch bereikbaar zijn voor klanten, waarbij het uitgesloten moet zijn dat de klanten voor dit telefonisch contact meer dan het basistarief moeten betalen.<sup>41</sup> Ten derde zal de handelaar voor extra betalingen boven de vergoeding van de hoofdverbintenis de uitdrukkelijke toestemming van de consument moeten vragen. Indien de handelaar de consument bindt aan extra betalingen door extra opties (waarvoor betaald moet worden) standaard aan te vinken, zal de consument die bedragen kunnen terugvorderen.<sup>42</sup> Ook ten aanzien van deze regeling zal moeten worden afgewacht hoe de Nederlandse wetgever dit concreet in het Burgerlijk Wetboek zal neerleggen. De richtlijn stelt niet dat de extra opties geen onderdeel

mogen uitmaken van de overeenkomst, maar slechts dat de consument recht heeft op terugbetaling van de extra betalingen. Dat zou betekenen dat de consument gratis recht heeft op de extra opties als ze standaard zijn aangevinkt.

## 2.9 Het herroepingsrecht bij colportage en bij overeenkomsten op afstand

Naast de uitgebreide regeling met betrekking tot informatieplichten is een belangrijke voorziening uit de richtlijn het herroepingsrecht bij op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.

De termijn waarbinnen deze overeenkomsten kunnen worden herroepen is op grond van de nieuwe richtlijn 14 dagen.<sup>43</sup> Dat is zowel voor colportage als voor overeenkomsten op afstand een verruiming ten opzichte van de huidige termijnen.<sup>44</sup> Voor diensten gaat deze termijn lopen op de dag dat de overeenkomst wordt gesloten, voor goederen op de dag dat deze in het bezit van de consument zijn.<sup>45</sup> Met betrekking tot de levering van water, gas of elektriciteit, stadsverwarming of digitale inhoud die niet op een fysieke drager wordt geleverd, is specifiek bepaald dat de termijn gaat lopen op de dag dat de overeenkomst is gesloten. Deze bepaling voorkomt dat deze producten ofwel als dienst, ofwel als goed moeten worden gekwalificeerd om de looptijd van de termijn te kunnen vaststellen.

De regeling ten aanzien van het herroepingsrecht is bovendien aanzienlijk meer gedetailleerd dan de bestaande regelingen. Bepaald is onder meer dat de lidstaten de partijen niet mogen verbieden om gedurende de bedenktijd na te komen. Echter, indien bestaande wetgeving in een bepaalde lidstaat verbiedt om bij colportage binnen de bedenktijd betaling te vorderen van de consument, mag deze wetgeving worden gehandhaafd.<sup>46</sup> Voorts geldt voor het geval de handelaar heeft nagelaten informatie te verstrekken over het herroepingsrecht, een verlenging van de bedenktijd tot 12 maanden.<sup>47</sup> In de huidige regeling bij verkoop op afstand geldt dat bij schending van ongeacht welke informatieplicht de bedenktijd wordt verlengd tot 3 maanden. Ten aanzien van schending van de informatieplicht over het herroepingsrecht wordt de sanctie dus aanzienlijk verzwakt. De richtlijn geeft niet aan wat de sanctie moet zijn voor schending van de andere informatieplichten. Het is daarmee aan de lidstaten om dit te bepalen, met dien verstande dat is voorgeschreven dat de op te leggen sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.<sup>48</sup> Mogelijk kan ook hier voor

38. Art. 20 van Richtlijn 2011/83/EU.

39. Loos en Luzac signaleren dat dit bij de door IKEA toegepaste constructie, waarbij de consument eerst zijn aankopen afrekent en dan bij een andere balie (in hetzelfde gebouw) een aparte vervoersovereenkomst sluit, leidt tot twijfel met betrekking tot de vraag op welk moment sprake is van risico-overgang. Zie M.B.M. Loos & J.A. Luzak, De nieuwe richtlijn consumentenrechten, TvC 2011/5, p. 190.

40. Art. 19 van Richtlijn 2011/83/EU.

41. Art. 21 van Richtlijn 2011/83/EU.

42. Art. 22 van Richtlijn 2011/83/EU.

43. Art. 9 van Richtlijn 2011/83/EU.

44. Voor overeenkomsten op afstand is de termijn thans 7 werkdagen, zie art. 7:46d BW, en voor colportage 8 dagen, zie art. 25 Colportagewet.

45. Wanneer in één bestelling meerdere goederen (of onderdelen van eenzelfde goed) zijn besteld, gaat de termijn lopen zodra het laatste goed is ontvangen; gaat het om regelmatige levering van goederen gedurende een bepaalde periode, dan loopt de termijn van ontvangst van de eerste levering, zie art. 9(2) onder b van Richtlijn 2011/83/EU.

46. Art. 9(3) van Richtlijn 2011/83/EU.

47. Art. 10 van Richtlijn 2011/83/EU.

48. Art. 24 van Richtlijn 2011/83/EU.

verlenging van de bedenktijd worden gekozen. Het is evenwel niet duidelijk of dit is toegestaan op grond van de doelstelling van maximumharmonisatie. Enerzijds is denkbaar dat verlenging van de bedenktijd in geval van schending van de andere informatieplichten niet is toegestaan indien de Europese wetgever deze regeling welbewust niet voor die plichten heeft willen laten gelden.<sup>49</sup> Anderzijds kan worden gesteld dat nu de richtlijn hierin niet voorziet, het de lidstaten vrijstaat om een sanctie te bepalen die past in het systeem.

De artikelen 11 tot en met 15 van de richtlijn bevatten een gedetailleerde uitwerking van de wijze waarop het recht kan worden uitgeoefend (inclusief modelformulier) en de gevolgen ervan. Herroeping beëindigt de verplichtingen over en weer. De handelaar dient de consument alle reeds betaalde bedragen te vergoeden. De consument draagt de (directe) kosten voor het terugzenden van de zaak. Tot zover geen nieuws, maar de richtlijn bevat meer regels dan dat. Indien bijvoorbeeld bij colportage de goederen bij het sluiten van de overeenkomst bij de consument thuis zijn geleverd en deze goederen door hun aard niet per gewone post teruggestuurd kunnen worden (ik denk hier bijvoorbeeld aan een matras of een stofzuiger), dan moet de handelaar de goederen (op eigen kosten) ophalen bij de consument.<sup>50</sup> Artikel 16 van de richtlijn bevat, vergelijkbaar met de huidige regeling ten aanzien van overeenkomsten op afstand, een lange lijst van uitzonderingen op het herroepingsrecht. Enkele specifieke uitzonderingen zijn nieuw, met name:

- de levering van alcoholische dranken waarvan de prijs is overeengekomen bij de sluiting van de overeenkomst, maar waarvan de levering slechts kan plaatsvinden na 30 dagen en waarvan de werkelijke waarde afhankelijk is van schommelingen van de markt waarop de handelaar geen invloed heeft;
- overeenkomsten waarbij de consument de handelaar verzoekt om langs te komen voor dringende herstellingen of onderhoud;
- de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, als de uitvoering is begonnen met de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de consument en mits de consument heeft erkend dat hij zijn herroepingsrecht daarmee verliest.

### 2.10 Evaluatie in vogelvlucht

Samenvattend ten aanzien van de nieuwe Richtlijn Consumentenrechten kan worden geconstateerd dat de Europese regelgever er niet in is geslaagd om op een breed terrein van consumentenrechten maximumharmonisatie in te voeren. Dat betekent dat er nog altijd verschillen zullen blijven bestaan tussen de lidstaten als het gaat om rechten van consumenten. Toch is er een verbetering ten opzichte van de oude situatie. Op enkele deelonderwerpen is immers wel maximumharmonisatie bereikt. Daarbij worden consumenten die buiten verkoopruimten overeenkomsten aangaan beter beschermd,

met name door een aanzienlijke verzwaring van de informatieplichten aan de zijde van de handelaar. Een verbetering is ook dat de duur van de bedenktijd bij colportage en bij op afstand gesloten overeenkomsten wordt gelijkgetrokken met andere bedenktijden. Verder is de regeling ten aanzien van de uitoefening van het herroepingsrecht beter uitgewerkt in vergelijking met de bestaande regelgeving.<sup>51</sup>

## 3. Tussenbalans; kan het beter?

Het bestaan van 27 verschillende nationale rechtsstelsels veroorzaakt strubbelingen in de interne markt. Tot nog toe hebben de instellingen van de Europese Unie voornamelijk getracht deze problemen te elimineren door harmonisatie middels sectorspecifieke richtlijnen. Deze tactiek heeft echter niet tot het beoogde resultaat geleid. Er is ook nu nog eenheid in verscheidenheid. Daarenboven heeft de harmonisering op nationaal niveau de coherentie van de rechtssystemen aangetast.

Als verklaring hiervoor wijst de Europese Commissie naar het concept van minimumharmonisatie. Daarom heeft de Europese Commissie in de Richtlijn Consumentenrechten voor maximumharmonisatie gepleit. Het streven is dat het grensoverschrijdend verkeer toeneemt om aldus de marktintegratie te bevorderen. In de woorden van de Commissie is het belangrijkste doel van de herziening van het consumentenacquis de vormgeving van een echte interne markt voor consumenten met een goede balans tussen het concurrentievermogen van het bedrijfsleven enerzijds en een hoog niveau van consumentenbescherming anderzijds.<sup>52</sup> De Commissie wil alle Europese burgers duidelijk maken dat zij overal in de Unie kunnen winkelen in de zekerheid dat zij overal een even goede bescherming genieten. De detailhandelaren wil zij in de toekomst kunnen verzekeren dat zij op basis van dezelfde eenvoudige regelgeving overal hun producten kunnen verkopen.<sup>53</sup>

De gedachte is dat een algehele harmonisatie van het consumentenrecht dit kan bewerkstelligen. Tegen een volledige harmonisatie zijn evenwel de nodige fundamentele bezwaren ingebracht. Voor zover men al bereid is in te stemmen met totaal geharmoniseerde rechten van de consument, dan slechts onder de voorwaarde dat het harmonisatieniveau niet leidt tot een (partiële) afbouw van consumentenbescherming in de lidstaten. Dit is evenwel lastig veilig te stellen, gezien de uiteenlopende specifieke nationale situaties. Een aanpak gebaseerd op volledige harmonisatie zal bovendien met name goed kunnen werken daar waar het gaat om technische regels en goed afgebakende terreinen die volledig door

49. Aldus Loos & Luzac 2011, p. 188.

50. Art. 14 lid 1 van Richtlijn 2011/83/EU.

51. Enkele beslissingen van het Europese Hof van Justitie op dit terrein zijn in de richtlijn overgenomen.

52. Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM(2006)744 def., p. 3; Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008)614 def., p. 1.

53. Aldus M. Kuneva, Commissaris voor Consumentenbescherming, in haar voorwoord voor de strategie voor consumentenbeleid.



de richtlijn worden beheerst. Open normen en niet goed afgebakende deelregels laten zich evenwel op basis van maximumharmonisatie niet goed integreren in de regels van nationaal algemeen contractenrecht, zoals zich dat in de lidstaten op uiteenlopende wijzen heeft ontwikkeld.

Het valt bovendien nog maar te bezien of het inruilen van het beginsel van minimumharmonisatie voor volledige harmonisatie tot een toename in consumentenvertrouwen leidt en de concurrentie bevordert. Dat het consumentenrecht niet optimaal wordt ingezet, is immers in belangrijke mate te wijten aan barrières om recht te halen in (nationale, maar zeker ook grensoverschrijdende) overeenkomsten en aan rechtsonzekerheid. Leemten op het gebied van conflictoplossing en schade-loosstelling spelen een belangrijke factor in de stagnerende ontwikkeling van grensoverschrijdende handel.

Omdat de Richtlijn Consumentenrechten niet alle onderwerpen van contractenrecht regelt, zullen ondernemingen die over de grens zakendoen dus nog steeds verschillende regels inzake consumentencontracten in al die landen moeten naleven en zij blijven derhalve daarmee verband houdende kosten maken. Kortom, de richtlijn brengt een verbetering ten opzichte van de oude situatie, maar lost niet alle problemen op. Bovendien is voor de werking van de interne markt ook van belang dat de bestaande verschillen in het contractenrecht van de lidstaten nog altijd een (mogelijke) belemmering vormen voor commerciële partijen die met elkaar zaken (willen) doen binnen de Unie. Als alternatief voor de traditionele wijze van harmonisatie op specifiek terrein is daarom ook een Europese optionele regeling voorgesteld om contractuele rechtsverhoudingen te reguleren. Een dergelijk optioneel stelsel van delen van het contractenrecht kan voordelen bieden in termen van beter recht en heeft als sterk punt dat de markt bepaalt. Deze regeling staat zowel open voor transacties tussen handelaren onderling als voor transacties tussen een onderneming en een consument.

## 4. Uniform optioneel Europees kooprecht?

### 4.1 Gemeenschappelijk Europees kooprecht

Na jaren van rechtsvergelijkend wetenschappelijk onderzoek op het terrein van het Europees contractenrecht heeft de Europese Commissie op 11 oktober 2011 een voorstel gepubliceerd voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht.<sup>54</sup> Het voorgestelde gemeenschappelijk Europees kooprecht heeft een facultatief karakter; de bepalingen in de verordening regelen onder meer in welke gevallen contractspartijen kunnen kiezen het gemeenschappelijk Europees

kooprecht toe te passen op hun overeenkomst. Bijlage I bij de verordening bevat de materiële bepalingen betreffende gemeenschappelijk Europees kooprecht. Veelal worden de bepalingen hierin aangeduid als de *Common European Sales Law*, of kortweg *CESL*. De bedoeling van de Europese Commissie is dat contractspartijen – zowel in b2b- als in b2c-contracten – dit instrument kunnen kiezen in plaats van het reeds bestaande nationale recht. Hoewel dit voorstel zich met name richt op grensoverschrijdende koopovereenkomsten van roerende zaken, bevat het ook veel bepalingen van algemeen contractenrecht. Inwerkingtreding van dit voorstel brengt dus mee dat een alternatief systeem ontstaat voor het Nederlandse kooprecht in Boek 7 BW, en deels voor het algemene Nederlandse contractenrecht.

Wanneer – en of – deze verordening in werking zal treden, is op dit moment nog niet te zeggen. Het doel van de verordening is om de voorwaarden te verbeteren voor de totstandbrenging en de werking van de interne markt door een uniform geheel van bepalingen inzake overeenkomstenrecht aan te bieden.<sup>55</sup> Bij een eerste bestudering van dit voorstel valt direct op dat bepalingen in de *CESL* zijn gebaseerd op bepalingen in het *Draft Common Frame of Reference*, het *Weens Koopverdrag* en de *Richtlijn Consumentenrechten*. De achtergrond van het voorstel voor een verordening betreffende gemeenschappelijk Europees kooprecht is, zoals gezegd, het gegeven dat de Europese Commissie vindt dat het bestaan van verschillen tussen de systemen van nationaal contractenrecht in de verschillende landen van de Europese Unie een belemmering vormt voor de grensoverschrijdende handel en voor de ontwikkeling van de interne markt. Deze verordening introduceert een facultatief gemeenschappelijk Europees kooprecht en biedt voor grensoverschrijdende koopovereenkomsten een zogenoemd optioneel instrument. Zo kunnen een Nederlandse handelaar en een Franse leverancier die zaken met elkaar willen doen maar elkaars recht niet kennen, ervoor kiezen dit optioneel stelsel van Europees contractenrecht op hun contract van toepassing te laten zijn. Ook de Europese ondernemer die consumenten in het buitenland bedient, kan op zijn website de toepasbaarheid van dit Europees contractenrecht aanbieden.

Blijkens de verordening zou het voordeel voor commerciële partijen kunnen zijn dat zij zich kunnen verlaten op een gemeenschappelijk geheel van bepalingen van contractenrecht en dezelfde contractvoorwaarden op al hun grensoverschrijdende transacties kunnen toepassen. Als gevolg hiervan worden – mogelijk – de kosten beperkt en wordt een grote mate van rechtszekerheid gewaarborgd.<sup>56</sup> Voor consumenten is van belang dat de verordening een omvattend geheel van bepalingen ter bescherming van consumenten bevat om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen en

54. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011)635 def., hierna: de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht.

55. Art. 1 lid 1 van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht.

56. Art. 1 lid 2 van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht.

het vertrouwen van de consument in de interne markt te vergroten.<sup>57</sup>

In het navolgende komt eerst het toepassingsgebied van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht aan bod. Vervolgens zal een aantal specifieke bepalingen van deze voorgestelde verordening worden toegelicht. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om alle bepalingen van de voorgestelde verordening te bespreken. Daarom zal een aantal voorbeelden worden gegeven van in het oog springende bepalingen. Ten slotte zal worden gewezen op mogelijke voordelen van de toepassing van de bepalingen van gemeenschappelijk Europees kooprecht.

#### 4.2 Wanneer is een keuze voor de CESL mogelijk?

Indien de verordening in de huidige opzet in werking treedt, kunnen de bepalingen in de bijlage bij het voorstel voor de verordening betreffende gemeenschappelijk Europees kooprecht worden toegepast op grensoverschrijdende transacties voor de verkoop van goederen. Met de term 'goederen' wordt bedoeld op roerende lichamelijke zaken.<sup>58</sup> De genoemde bepalingen kunnen voorts worden toegepast op grensoverschrijdende transacties voor de levering van digitale inhoud en voor verbonden diensten. Onder het begrip 'digitale inhoud' worden alle gegevens verstaan die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden.<sup>59</sup> Artikel 5 van het voorstel voor de verordening bepaalt dat het gemeenschappelijk Europees kooprecht ook kan worden toegepast op overeenkomsten betreffende verbonden diensten, ongeacht of voor die verbonden dienst een afzonderlijke prijs is overeengekomen.

Het voorstel voor de genoemde verordening definieert het begrip 'koopovereenkomst' in artikel 2 sub k als een overeenkomst waarbij de ene partij (de verkoper) de eigendom van goederen aan een andere persoon (de koper) overdraagt of zich ertoe verbindt deze over te dragen en de koper de prijs van deze goederen betaalt of zich ertoe verbindt deze te betalen. Ook de overeenkomst tot levering van te vervaardigen of te produceren goederen wordt expliciet als koopovereenkomst gekwalificeerd. De overeenkomst betreffende gedwongen verkoop wordt niet beschouwd als koopovereenkomst in de

zin van het voorstel voor de verordening. Hetzelfde geldt voor een overeenkomst die op een andere manier de uitoefening van het openbaar gezag betreft. Het begrip 'consument' wordt gedefinieerd als een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.<sup>60</sup> Deze definitie komt inhoudelijk overeen met de bepaling in de Richtlijn Consumentenrechten (vergelijk paragraaf 2.2). Ook hier is dus niet gekozen voor de ruimere definitie die in het DCFR is opgenomen. Het DCFR hanteert als definitie een natuurlijk persoon die *hoofdzakelijk* handelt buiten zijn beroep of bedrijf.<sup>61</sup>

Gelet op de gekozen reikwijdte rijst de vraag wanneer een overeenkomst een grensoverschrijdend karakter heeft. Op grond van artikel 4 van het voorstel voor de verordening geldt dat een overeenkomst tussen handelaars een grensoverschrijdend karakter als hier bedoeld heeft wanneer de partijen hun gewone verblijfplaats in verschillende landen hebben, waarvan er ten minste één een EU-lidstaat is. De gewone verblijfplaats duidt op de hoofdvestiging. Een overeenkomst is grensoverschrijdend ten opzichte van een consument wanneer het door de consument opgegeven adres óf het adres waar de goederen moeten worden geleverd óf het factuuradres in een ander land ligt dan dat waar de handelaar zijn gewone verblijfplaats heeft én ten minste één van deze staten een lidstaat is. Overigens kan een lidstaat besluiten het gemeenschappelijk Europees kooprecht ook beschikbaar te maken voor niet-grensoverschrijdende overeenkomsten, dat wil zeggen voor overeenkomsten waarbij beide partijen hun gewone verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben. Nederland zou er dus voor kunnen kiezen om ook Nederlandse contractspartijen de mogelijkheid te bieden om te opteren voor het gemeenschappelijk Europees kooprecht in plaats van het Nederlandse kooprecht.

Het gemeenschappelijk Europees kooprecht mag in beginsel alleen worden toegepast als de verkoper een handelaar is.<sup>62</sup> Zijn beide partijen bij een overeenkomst handelaren, dan kan het gemeenschappelijk kooprecht alleen worden toegepast wanneer ten minste één van die partijen een kleine of middelgrote onderneming is.<sup>63</sup> Ook hier geldt dat een lidstaat kan besluiten het gemeenschappelijk Europees kooprecht ook beschikbaar te maken voor overeenkomsten waarbij alle partijen han-

57. Art. 1 lid 3 van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht.  
58. Vgl. art. 2 sub h van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht; onder het begrip 'goederen' worden niet verstaan: elektriciteit, aardgas en water. Ook andere soorten gas vallen daar niet onder, tenzij zij marktklaar zijn gemaakt in een bepaald volume of in een bepaalde hoeveelheid.  
59. Vgl. art. 2 sub j van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht; onder het begrip 'digitale inhoud' worden niet verstaan: financiële diensten, inclusief diensten inzake online bankieren, in elektronische vorm verstrekt juridisch of financieel advies, elektronische diensten in de gezondheidszorg, elektronische communicatiediensten en -netwerken, gokken, en het creëren van nieuwe digitale inhoud en het wijzigen van bestaande digitale inhoud door consumenten of andere interacties met creaties van andere gebruikers. Vgl. hierover ook: M. Loos, N. Helberger, L. Guibault & C. Mak, *The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law*, ERPL 2011/9, p. 729-758.

60. Zie art. 2 sub f van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht.  
61. Zie annex I bij de DCFR: 'A "consumer" means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.'  
62. Blijkens art. 2 sub e van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht wordt onder het begrip 'handelaar' een natuurlijk persoon of een rechtspersoon verstaan die handelt voor doeleinden die verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.  
63. Art. 7 lid 2 van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht bepaalt dat een onderneming klein of middelgroot is wanneer deze minder dan 250 personen in dienst heeft en een jaaromzet heeft die niet meer bedraagt dan 50 miljoen euro of een jaarlijks balanstotaal dat niet meer bedraagt dan 43 miljoen euro.

delaren zijn, maar geen kleine en middelgrote ondernemingen in de zin van de verordening.

Voor contracten tussen een handelaar en een consument geldt dat slechts sprake kan zijn van wilsovereenstemming over toepassing van het gemeenschappelijk Europees kooprecht wanneer de consument expliciet zijn instemming heeft gegeven.<sup>64</sup> Voorts moet de handelaar de consument wijzen op de voorgenomen toepassing van de CESL op een in het oog springende manier. Bijlage II bij de verordening bevat hiertoe een mededeling die de handelaar aan de consument moet verstrekken alvorens overeenstemming kan worden bereikt over de toepassing van de CESL. Hierin zijn de rechten van de consument – op basis van de CESL – verkort weergegeven. Overigens kan in een overeenkomst met een consument alleen het geheel van bepalingen in de CESL van toepassing worden verklaard en niet slechts een gedeelte (art. 8 lid 3 van de verordening).

#### 4.3 Consequenties van een keuze voor de CESL

Indien contractspartijen overeenkomen om het gemeenschappelijk Europees kooprecht toe te passen op hun contract, is op de aspecten van de overeenkomst die in de CESL worden geregeld uitsluitend het gemeenschappelijk Europees kooprecht van toepassing (art. 11 van de verordening). De keuze voor de CESL komt dus in de plaats van het nationale recht dat zonder keuze voor de CESL van toepassing zou zijn. Dat betekent dat voor zover het aspecten betreft die in de CESL zijn geregeld, de bepalingen van de CESL als enige bepalingen, dus exclusief, van toepassing zijn. De toelichting stelt dat de overeenstemming om het gemeenschappelijk Europees kooprecht toe te passen een keuze is ‘tussen twee verschillende regelingen inzake kooprecht in hetzelfde nationale recht’.<sup>65</sup> Dit is dus ‘niet hetzelfde als en mag niet worden verward met de voorafgaande keuze inzake het toepasselijke recht in de zin van het internationaal privaatrecht’.<sup>66</sup> Dat zou betekenen dat de Verordening Rome I hierbij geen rol van betekenis meer speelt.<sup>67</sup> Hoewel het voorstel voor het gemeenschappelijk Europees kooprecht vrij veelomvattend is, zullen zeker onderwerpen denkbaar zijn die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen. Dat betekent onzes inziens dat voor dergelijke gevallen het conflictenrecht zeker nog wel een rol zal spelen.

Het voorgaande impliceert dat het gemeenschappelijk Europees kooprecht binnen de Europese Unie zal concurreren met het Weens Koopverdrag (de CISG). De bepalingen van dit verdrag zijn immers onder meer van

toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, wanneer die beide staten verdragsluitende staten zijn (art. 1(1)(a) CISG). Het merendeel van de EU-lidstaten heeft de CISG geratificeerd.<sup>68</sup> Dit betekent dat dit verdrag in beginsel van toepassing is op intra-EU-gesloten internationale koopovereenkomsten. De toepassing van de CISG kan geheel of gedeeltelijk worden uitgesloten op grond van artikel 6 CISG.

Dit betekent dat contractspartijen bij een grensoverschrijdende koopovereenkomst van roerende zaken voortaan kunnen kiezen tussen de CISG, de CESL én nationaal recht. Zoals gezegd, moet de CESL door partijen expliciet van toepassing worden verklaard (opt in). De CISG daarentegen, bepaalt zelf of, en wanneer, dit verdrag van toepassing is en dat het verdrag kan worden uitgesloten (opt out). Is de CISG niet van toepassing, dan wordt het toepasselijke nationale recht aangewezen door het conflictenrecht. Na inwerkingtreding van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht zal naar verwachting concurrentie ontstaan tussen internationaal, Europees en nationaal kooprecht.

De vraag rijst bovendien of een keuze voor de CESL meebrengt dat partijen de toepassing van de CISG hebben uitgesloten. In dit verband is overweging 25 van de considerans van het voorstel voor de verordening relevant. Deze overweging luidt: ‘(w)anneer anders (de CISG) op de betrokken overeenkomst van toepassing zou zijn, moet de keuze voor het gemeenschappelijk Europees kooprecht een overeenstemming van de partijen bij de overeenkomst inhouden om dat Verdrag uit te sluiten’. De Europese wetgever beoogt dus te bepalen dat een keuze voor de CESL een uitsluiting van de toepassing van de CISG impliceert. Het verwondert dat deze keuze niet terugkomt in de verordening zelf.

Opmerking verdient dat partijen deze exclusiviteit kunnen omzeilen door niet volmondig te kiezen voor toepasselijkheid van de CESL, maar in plaats daarvan inspiratie te ontleen aan de CESL bij het opstellen van de eigen (algemene) contractvoorwaarden. Het staat contractspartijen immers vrij om zelf te bepalen welke bepalingen zij in hun overeenkomst opnemen, mits deze bepalingen niet in strijd zijn met dwingendrechtelijke bepalingen van het toepasselijke recht en niet in strijd

64. Vgl. art. 8 en 9 van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht.

65. Toelichting bij het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011)635 def., p. 7.

66. Toelichting bij het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011)635 def., p. 7.

67. Vgl. ook K. Boele-Woelki, Europese regelgeving AA KwartaalSignaal 2011/121, p. 6791 en J.W. Rutgers, De concept-verordening voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, WPNR 2012/6915.

68. Alle EU-lidstaten hebben het Weens Koopverdrag geratificeerd, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Portugal en Malta.

zijn met de openbare orde.<sup>69</sup> Aldus is het partijen toegestaan om een aantal bepalingen uit de CISG én een aantal bepalingen uit de CESL in hun overeenkomst op te nemen, mits het toepasselijk recht dit toestaat. Ook staat het een handelaar vrij om een consument meer bescherming te bieden dan wettelijk vereist is.

#### 4.4 Autonome uitleg van de CESL

Vooropstaat dat de bepalingen van het gemeenschappelijk Europees kooprecht autonoom moeten worden uitgelegd (art. 4 lid 1 CESL). De CESL is onderworpen aan de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, maar het zijn natuurlijk met name de nationale rechters die het meest geroepen zullen worden om het nieuwe Europese recht uit te leggen en toe te passen. Uit de tekst van de verordening blijkt dat de Europese Commissie zich duidelijk rekenschap heeft gegeven van de complexiteit van autonome toepassing. De verordening bepaalt immers dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de eindbeslissingen van hun gerechten waarin de bepalingen van de verordening worden toegepast, aan de Europese Commissie worden meegedeeld. De Europese Commissie zal een openbaar systeem opzetten waarmee de informatie over deze beslissingen en de uitspraken van het Hof van Justitie kunnen worden geraadpleegd (art. 14 van de verordening).

Voorts is interessant dat de CESL – in navolging van artikel 17 LUVI, een van de voorlopers van de CISG – bepaalt dat geschilpunten die binnen de werkingssfeer van het gemeenschappelijk Europees kooprecht vallen, maar daarin niet uitdrukkelijk worden geregeld, moeten worden beoordeeld overeenkomstig de doelstellingen en beginselen die aan het gemeenschappelijk Europees kooprecht ten grondslag liggen en alle bepalingen ervan, zónder dat een beroep wordt gedaan op het nationale recht (art. 4 lid 2 CESL). De voornaamste kritiek op de genoemde bepaling in LUVI was dat dergelijke algemene beginselen niet vastliggen en niet altijd te vinden zijn, waardoor rechtsonzekerheid ontstaat.<sup>70</sup> De vraag rijst of binnen de Unie wel voldoende duidelijk is welke algemene beginselen aan de CESL ten grondslag liggen. Aannemelijk is dat de Europese Commissie voor ogen

69. Naar huidig recht hebben partijen niet de vrijheid het recht dat hun overeenkomsten beheerst volledig zelf te bepalen. Op grond van het geldende internationaal privaatrecht moeten bepalingen van bijzonder dwingend recht die openbare belangen beschermen – zoals de politieke, sociale of economische organisatie van een betrokken land – worden toegepast onafhankelijk van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is (art. 9 Rome I Verordening). Voor overeenkomsten aangaande vervoer, consumentenzaken, verzekering en arbeid beperkt het internationaal privaatrecht de rechtskeuze van partijen (art. 5 t/m 8 Rome I Verordening). In dit verband is met name het regime voor de internationale consumentenovereenkomst van belang. Wanneer in een overeenkomst met een consument een ander recht is gekozen dan dat van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft en dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest, kan het contract er niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest die hij op grond van zijn eigen rechtsstelsel geniet. Deze regel beoogt te garanderen dat consumenten op het hun vertrouwde beschermingsniveau kunnen vertrouwen.

70. Vgl. N. Kornet, De aanvulling van leemten in het Weens Koopverdrag, MvV 2007/7-8, p. 150-156.

heeft dat hiervoor ook kan worden teruggevallen op het DCFR. Een groot verschil met LUVI is vanzelfsprekend dat het Europese Hof van Justitie in zijn rechtspraak zal kunnen aangeven welke algemene beginselen relevant zijn bij de toepassing van de CESL. Hoewel dit gegeven in de eerste periode waarin de CESL wordt toegepast de rechtsonzekerheid nog niet zal wegnemen, kan dit in een latere fase wel zo zijn.

#### 4.5 Inhoud van de CESL

Deel I van de CESL bevat een aantal algemene bepalingen en tevens bepalingen inzake de uitleg van de CESL. Hierin is onder meer een definitie gegeven van algemene voorwaarden, dat wil zeggen voorwaarden waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (art. 7 CESL).<sup>71</sup> Deel II betreft de totstandkoming van overeenkomsten. Het gemeenschappelijk Europees kooprecht bevat omvangrijke informatieverplichtingen voor de verkoper. In artikel 20 CESL is neergelegd welke informatie een handelaar moet verstrekken indien hij met een consument onderhandelt. De genoemde informatieverplichtingen gelden voor alle overeenkomsten tussen een handelaar en een consument die onderworpen zijn aan de CESL. De Europese regelgever is vrij consistent geweest: deze bepaling stemt globaal overeen met artikel 5 van de Richtlijn Consumentenrechten (vergelijk paragraaf 2.3). Voor overeenkomsten op afstand en voor buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten gelden aanvullende informatieverplichtingen (art. 13 t/m 19 CESL). Ook deze bepaling sluit aan bij de regeling in de Richtlijn Consumentenrechten (vergelijk paragraaf 2.4).

Interessant is de uitzondering in artikel 20 lid 2 CESL, waarin is bepaald dat de genoemde informatieverplichtingen niet gelden wanneer de overeenkomst betrekking heeft op dagelijkse transacties die onmiddellijk na het sluiten van de overeenkomst worden verricht. Hierbij kan worden gedacht aan de boodschappen bij de supermarkt. Maar valt de aanschaf van een iPad hier ook onder? Hierover is het laatste woord vast nog niet gezegd. Ook voor een handelaar die onderhandelt met een andere handelaar geldt overigens een – zij het minder vergaande – informatieverplichting (art. 23 CESL). Daarnaast bevat de verordening een aantal aanvullende informatieverplichtingen voor op afstand elektronisch gesloten overeenkomsten (art. 24 en 25 CESL).

Expliciet bepaalt de verordening dat de handelaar de bewijslast draagt dat hij de genoemde informatie heeft verstrekt (art. 21 en 26 CESL). Dit zal in de praktijk betekenen dat de handelaar zal verzoeken om een ontvangstbevestiging van de betreffende informatie, of een extra handtekening op basis waarvan blijkt dat de wederpartij of consument de betreffende informatie heeft ontvangen. Voor op afstand elektronisch gesloten overeenkomsten zal in het softwaresysteem worden ingebouwd dat een bestelling pas kan worden afgerond

71. Art. 2(d) van de Verordening betreffende het gemeenschappelijk kooprecht en art. 7 CESL definiëren de term 'standaardvoorwaarden' als voorwaarden waarover niet apart onderhandeld is.

nadat elektronisch – bijvoorbeeld door middel van een muisklik – is bevestigd dat de informatie is verkregen. Overigens zijn alle bepalingen inzake de informatieverplichtingen dwingendrechtelijk van aard voor contracten met consumenten (art. 22 en 27 CESL).

De bepalingen in deel II regelen voorts de totstandkoming van overeenkomsten via aanbod en aanvaarding (art. 30 t/m 38 CESL). Het verrast dat in deze bepalingen geen aandacht is besteed aan de vraag op welke wijze een partij haar algemene voorwaarden kan opnemen in de overeenkomst; hierop zal in het vervolg van deze bijdrage nader worden ingegaan. De vraag naar de zogenoemde *battle of the forms* komt daarentegen wel expliciet aan de orde. Het is een uitstekende gedachte dat de CESL een regeling bevat voor het geval beide partijen verschillende algemene voorwaarden hanteren. Inhoudelijk is de desbetreffende regeling evenwel opmerkelijk te noemen.

Artikel 39 lid 1 CESL bepaalt dat wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt, maar er in het aanbod en de aanvaarding naar tegenstrijdige algemene voorwaarden wordt verwezen, er toch een overeenkomst is gesloten. De algemene voorwaarden – in de CESL aangeduid als standaardvoorwaarden – maken dan onderdeel uit van de overeenkomst voor zover zij ‘in wezen’ overeenstemmen. De Engelse tekst van de CESL is duidelijker: ‘(t)he standard contract terms are part of the contract to the extent that they are common in substance’. Dit is slechts anders indien een partij vooraf uitdrukkelijk – en niet middels algemene voorwaarden – aangeeft dat zij niet gebonden wil zijn door een dergelijke overeenkomst of indien een partij de wederpartij zonder onnodige vertraging in kennis stelt van een dergelijke intentie (lid 2). Deze bepaling bevat de zogenoemde ‘knock out’-theorie en is duidelijk gebaseerd op de voorlopers van het gemeenschappelijk Europees kooprecht.<sup>72</sup>

Deze bepaling wijkt af van het Nederlandse recht, dat blijkens artikel 6:225 lid 3 BW het zogenoemde ‘first shot’-model hanteert, op grond waarvan alleen de eerste verwijzing naar de algemene voorwaarden bepalend is. De algemene voorwaarden waarnaar als eerste is verwezen, maken onderdeel uit van de overeenkomst, tenzij de wederpartij de toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wijst. De CISG bevat geen expliciete bepalingen betreffende algemene voorwaarden. De vraag of een partij toestemming heeft verleend tot de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, wordt echter wel beheerst door de daarop betrekking hebbende regeling in het verdrag. Tot de onderwerpen die door de CISG worden geregeld behoort immers ook de vraag of een partij haar toestemming heeft verleend tot de totstandkoming van een

koopovereenkomst en daarvan deel uitmakende algemene voorwaarden.<sup>73</sup> De heersende leer ter zake de ‘battle of the forms’ in de CISG lijkt de zogenoemde ‘last shot’-theorie te zijn, dat wil zeggen dat de bepalingen die van toepassing worden verklaard in het laatst verzonden geschrift onderdeel gaan uitmaken van de overeenkomst.<sup>74</sup> Deze uitleg van het Weens Koopverdrag is in de literatuur veel bekritiseerd.<sup>75</sup> Onder meer speelt hierbij een rol dat de keuze om de laatst verzonden algemene voorwaarden te laten gelden een willekeurige lijkt te zijn. In de literatuur wordt veelal verdedigd dat beide sets algemene voorwaarden buiten toepassing blijven, behoudens overeenstemmende bepalingen: de ‘knock out’-theorie. Het stemt blij verrast dat deze regeling nu ook in de CESL is opgenomen.<sup>76</sup>

Voor overeenkomsten op afstand en voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten geldt dat de consument een herroepingsrecht heeft (art. 40 t/m 47 CESL). Voor een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst geldt deze regeling echter alleen indien de prijs van de overeenkomst meer bedraagt dan 50 euro (art. 40 lid 1 CESL). Deze regeling is van dwingend recht (art. 47 CESL). De consument kan gedurende 14 dagen na – kort gezegd – ontvangst van de goederen zonder opgave van redenen de overeenkomst herroepen (art. 40 lid 1 jo. art. 42 CESL). In het zogenoemde Aanhangel 2 bij de verordening is een standaardformulier opgenomen voor het herroepen van de overeenkomst. Dit kan echter ook op andere wijze, mits middels een ondubbelzinnige verklaring hiertoe (art. 41 lid 2 CESL). Hierop gelden echter ook weer zoveel uitzonderingen, dat hier een compleet mijnenveld lijkt te ontstaan voor online verkopers en voor organisaties die hun klanten meenemen naar een speciale locatie om hun producten aan te bieden. De gevolgen van herroeping zijn neergelegd in de artikelen 43 tot en met 46 CESL: herroeping beëindigt de op beide partijen rustende verbintenissen.

Daarnaast valt het op dat de CESL – anders dan de CISG – een regeling biedt voor dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden. Deze vier wilsgebreken leiden tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Expliciet is bepaald dat in het geval een partij op grond van een van deze wilsgebreken de overeenkomst kan vernietigen en deze partij tevens een ander rechtsmiddel kan instellen op grond van niet-nakoming, deze partij een keuze heeft uit deze verschillende materiële rechtsmiddelen (art. 57 CESL). Waar dus de tekortschietende schuldenaar het in hem gestelde vertrouwen heeft beschaamd, is het aan de teleurgestelde schuldeiser om een keuze te doen uit het sanctiearsenaal.

73. HR 28 januari 2005, NJ 2006, 517 (Vergo/Grootscholten).

74. Vgl. T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2007, p. 178-187.

75. Vgl. o.m. J.O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Londen: Kluwer Law International 1999, p. 192.

76. Vgl. V. Ventsch & P. Kluth, Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts, IHR 2003/2, p. 63-64.

72. De bepaling in art. 39 CESL komt inhoudelijk overeen met art. 2.1.22 UNIDROIT Principles, art. 2:209 Principles of European Contract Law, art. II. – 4:209 Draft Common Frame of Reference en art. 38 Feasibility Study for an Optional Instrument.

Stelt hij opnieuw vertrouwen in de schuldenaar en zet hij, bijvoorbeeld na vergoeding van eventueel geleden schade, de contractuele relatie met hem voort, of vernietigt hij de overeenkomst en gaat hij op zoek naar een andere wederpartij die hem niet zal teleurstellen? De vraag in welke omstandigheden een contractspartij een vordering op grond van niet-nakoming kan instellen, wordt geregeld in de delen IV, V en VI van de CESL, die later in deze paragraaf aan de orde komen.

Deel III van de CESL bevat bepalingen inzake de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst. Hierin zijn bepalingen opgenomen inzake de uitleg van overeenkomsten (art. 58 t/m 65 CESL). Tevens is in deel III een bepaling opgenomen inzake algemene voorwaarden. Artikel 70 CESL bepaalt dat algemene voorwaarden alleen tegen een wederpartij kunnen worden ingeroepen wanneer die partij daarvan op de hoogte was of wanneer de partij die de voorwaarden heeft bedongen ‘redelijke maatregelen heeft getroffen om deze vóór of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij te brengen’. Deze bepaling is van dwingend recht, zowel in transacties tussen handelaren onderling als in transacties tussen een handelaar en een consument.

In geval van een overeenkomst tussen een handelaar en een consument geldt dat de enkele verwijzing naar de algemene voorwaarden niet voldoende is om deze voorwaarden onder de aandacht van de consument te brengen.<sup>77</sup> Anders dan in het Nederlandse recht heeft de vraag of algemene voorwaarden ter hand moeten worden gesteld in de CESL, geen consequenties voor de geldigheid van deze voorwaarden. De vraag of partijen overeenstemming hebben bereikt over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, moet worden beantwoord aan de hand van artikel 70 CESL en de bepalingen inzake aanbod en aanvaarding. De CESL kent een aparte, dwingendrechtelijke regeling voor oneerlijke voorwaarden zowel voor overeenkomsten tussen een handelaar en een consument als voor overeenkomsten tussen handelaren (art. 79 t/m 86 CESL).

De bepalingen in deel IV van de CESL zien op de verbintenissen van de contractspartijen en de mogelijke vorderingen die partijen kunnen instellen op basis van een overeenkomst die beheerst wordt door de CESL. Hierin wordt gedefinieerd in welke omstandigheden een tekortkoming al dan niet toerekenbaar is (art. 88 CESL). Tevens is hierin een regeling opgenomen voor wijziging van omstandigheden (art. 89 CESL). De bepalingen inzake conformiteit zijn opgenomen in de artikelen 99 en volgende van de CESL. Deze bepalingen zijn duidelijk gebaseerd op de Richtlijn Consumentenkoop en de CISG. Mogelijke vorderingen van de koper staan genoemd in artikel 106 CESL.

Hierbij valt op dat een contractspartij de overeenkomst in beginsel alleen kan ontbinden wanneer de niet-nakoming wezenlijk is (art. 114 en 134 CESL). Niet-nakoming van een verbintenis door een partij is wezenlijk in de gevallen genoemd in artikel 87 lid 2 CESL. Daarvan is in beginsel sprake als de schuldenaar de schuldeiser wezenlijk datgene onthoudt wat laatstgenoemde op grond van de overeenkomst mocht verwachten of als er redelijkerwijs geen vertrouwen meer is dat de schuldenaar in de toekomst alsnog zal nakomen. Een contractspartij kan de overeenkomst tevens ontbinden wanneer hij een aanvullende termijn stelt voor de nakoming, en de tekortschietende partij niet binnen deze termijn nakomt (art. 115 en 135 CESL). Deze regeling voor ontbinding komt inhoudelijk grotendeels overeen met de bepalingen in de artikelen 49 en 64 CISG. Ook de definitie van wezenlijke niet-nakoming komt grotendeels overeen met artikel 25 CISG.

De regeling inzake de onderzoeks- en klachtplicht is – anders dan op het eerste gezicht wellicht logisch zou lijken – niet bij de bepalingen inzake conformiteit opgenomen. De regeling hiervoor geldt alleen voor overeenkomsten tussen handelaren en volgt na de bepalingen inzake de vorderingen van de koper. De onderzoeks- en klachtplicht is neergelegd in artikel 121 CESL en is vrijwel identiek aan de regeling in artikel 38 CISG: de koper moet het geleverde (laten) onderzoeken binnen een zo kort mogelijke termijn na aflevering. Opmerkelijk is dat de CESL hieraan toevoegt dat deze termijn niet langer is dan 14 dagen. De vraag rijst of een dergelijke termijn lang genoeg is voor het inschakelen van een expert in het geval de koper zelf over onvoldoende expertise beschikt om de zaken te kunnen keuren. Rechtspraak op basis van de CISG laat zien dat deze termijn soms langer wordt bemeten.<sup>78</sup> Ook de regeling betreffende de klachtplicht in artikel 122 CESL volgt in grote lijnen de bepalingen in de artikelen 39 en 40 CISG: de koper moet de verkoper binnen een redelijke termijn informeren over non-conformiteit van de zaken. Deze termijn vangt aan op het moment van aflevering of, indien dit later is, op het moment waarop de koper het gebrek ontdekt of had behoren te ontdekken. Een concrete kwantificering van de termijn die in dit verband niet langer redelijk wordt geacht, wordt niet gegeven.

Deel IV bevat tevens een regeling voor risico-overgang, in de artikelen 140 tot en met 145. De bepalingen in deel V van de CESL zien op de verbintenissen en mogelijke vorderingen die partijen kunnen instellen op grond van een dienstenovereenkomst. De bepalingen in deel VI zien op schadevergoeding en rente. Anders dan in de CISG heeft een schuldeiser op grond van de CESL slechts recht op schadevergoeding in geval van toere-

77. Ook deze bepaling is duidelijk gebaseerd op art. 2:104 lid 1 Principles of European Contract Law, art. II. – 9:103(1) Draft Common Frame of Reference en art. 67a Feasibility Study for an Optional Instrument.

78. Vgl. bijv. Bundesgerichtshof 3 november 1999, CLOUT nr. 319.

kenbare niet-nakoming (art. 159 CESL).<sup>79</sup> De schuldenaar is bovendien, net als in artikel 74 CISG, slechts aansprakelijk voor de schade die hij op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst voorzag of had behoren te voorzien als gevolg van de niet-nakoming (art. 161 CESL).

Zowel artikel 78 CISG als artikel 166 CESL bepaalt dat rente moet worden vergoed. Anders dan in de CISG bepaalt de CESL nadrukkelijk welke rentevoet moet worden gehanteerd. Hierbij wordt uitgegaan van de rentevoet die door de Europese Centrale Bank wordt gehanteerd voor de meest recente basisherfinancieringstransactie. De bepalingen in deel VII zien op de verbintenis tot teruggave in geval van vernietiging of ontbinding. Verjaring is geregeld in deel VIII.

#### 4.6 Voordelen van de CESL

Op grond van artikel 6 van de Rome I Verordening kan een consument bescherming ontlenen aan het recht van het land van zijn gewone verblijfplaats indien de verkoper zijn activiteiten richt op dat land. In de arresten *Pammer* en *Hotel Alpenhof* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie deze eis nader ingevuld.<sup>80</sup> Daaruit blijkt dat al snel wordt aangenomen dat een ondernemer zich 'richt' op een bepaald land. Zo blijkt een dergelijke intentie van de ondernemer onder meer uit de vermelding dat hij zijn diensten of goederen aanbiedt in één of meerdere bij name genoemde lidstaten, of uit het feit dat hij betaalt voor een door een exploitant van een zoekmachine aangeboden zoekmachineadvertentiedienst, ten einde de consumenten die in verschillende lidstaten woonplaats hebben, gemakkelijker toegang te verlenen tot zijn website. Dit betekent dat de toepassing van de CESL voor een dergelijke ondernemer grote voordelen kan impliceren. De ondernemer die expliciet overeenkomt dat de CESL van toepassing is op de overeenkomst met de consument, hoeft zich dan namelijk niet meer druk te maken over de bepalingen van consumentenrecht in de diverse lidstaten. Ook voor consumenten kan dit aantrekkelijk zijn, nu de verordening een vrij hoog niveau van consumentenbescherming biedt.

## 5. Verwachtingen waargemaakt?

Door de talrijke debatten, documenten, onderzoeken en publicaties van de afgelopen jaren over Europees contractenrecht – waarover in het tijdschrift *Contracteren* is

bericht – zijn hoge verwachtingen gecreëerd. De vraag is of de Europese regelgever erin is geslaagd deze verwachtingen waar te maken.

Onze conclusie is dat, hoewel de Richtlijn Consumentenrechten veel minder onderwerpen regelt dan eerder werd beoogd en bovendien niet in alle opzichten leidt tot maximumharmonisatie, de Europese Commissie hiermee toch een duidelijke stap heeft gezet in de richting van (verdere) maximumharmonisatie van het contractenrecht voor consumenten. Ondernemingen die zich richten op consumenten in verschillende landen in de Unie kunnen daardoor – in ieder geval op een aantal terreinen – dezelfde voorwaarden in hun overeenkomsten hanteren in de verschillende landen in de Unie.

Om tegemoet te komen aan het feit dat de richtlijn niet alle onderwerpen van contractenrecht regelt wil de Europese Commissie ook via een andere weg ondernemingen de mogelijkheid bieden om dezelfde contractvoorwaarden te hanteren in de verschillende landen van de Unie. Daartoe heeft de Europese Commissie een voorstel gepubliceerd voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht (CESL). Door te kiezen voor de bepalingen in het gemeenschappelijk Europees kooprecht hoeven ondernemingen die zich richten op consumenten in verschillende landen in de Unie zich niet langer te bekommeren om de verschillende niveaus van consumentenbescherming in de verschillende landen. Evenwel ook op het terrein van dit optioneel instrument is de ambitie van de Europese Commissie (nog) niet volledig waargemaakt. Het optioneel instrument bevat immers met name bepalingen voor grensoverschrijdende koopovereenkomsten en biedt niet een volledig stelsel van contractenrecht voor Europa. Het is echter verheugend te constateren dat de Europese regelgever ook op dit gebied duidelijk aan de weg timmert en de mogelijkheden van optioneel recht benut.<sup>81</sup> Het wachten is op de inwerkingtreding van de verordening betreffende het gemeenschappelijk Europees kooprecht.

Ook voor transacties tussen ondernemingen onderling kan het gemeenschappelijk Europees kooprecht worden gebruikt. De inzet van de Europese Commissie is dat de CESL ook in dit opzicht de werking van de interne markt zal kunnen bevorderen. Voor internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken bestaat echter ook al het Weens Koopverdrag (CISG). Na inwerkingtreding van de verordening gemeenschappelijk Europees kooprecht zal er dus internationaal (CISG), Europees (CESL) en nationaal kooprecht bestaan. De verwachting is dat concurrentie zal ontstaan tussen deze verschillende instrumenten. Hopelijk leidt dit in ieder geval tot verbetering van het nationale recht.

79. De CISG bepaalt in art. 45 lid 1 en art. 61 lid 1 dat de koper (c.q. verkoper) een vordering tot ontbinding, prijsvermindering of schadevergoeding kan instellen indien de verkoper (c.q. koper) tekortschiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen. Niet vereist is dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming. De CISG kent slechts twee bepalingen op grond waarvan een verkoper of koper bevrijd kan zijn van aansprakelijkheid, art. 79 en 80 CISG, deze bepalingen zijn echter uitsluitend in specifieke omstandigheden van toepassing.

80. HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 (*Pammer*) en C-144/09 (*Hotel Alpenhof*).

81. Zie over de voordelen van optioneel recht onder meer A.L.M. Keirse, Sleutel tot succes: het 28<sup>ste</sup> stelsel van contractenrecht als sociale norm, in: M.W. Hesselink e.a., *Het Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 133-145; J.M. Smits, *Beter recht: recht als optie*, NTBR 2011/11.

Aangezien een aantal van de bepalingen in de CESL en in de Richtlijn Consumentenrechten inhoudelijk overeen lijkt te komen, is de verwachting gewettigd dat het Europese Hof van Justitie concepten die in beide instrumenten worden gehanteerd eenduidig zal interpreteren. Veel bepalingen in de CESL zijn eveneens gebaseerd op het DCFR en de CISG. Mogelijk zal het Hof bij interpretatie van de bepalingen in de CESL tevens te rade gaan bij het DCFR, de CISG en de rechtspraak op basis van de CISG. Met de komst van de CESL en de Richtlijn Consumentenrechten zijn concrete stappen naar een eenvormig Europees contractenrecht gezet. Op basis van de ervaringen met deze instrumenten zal de Europese regelgever ongetwijfeld volgende initiatieven ontplooiën om te komen tot een Europees contractenrecht.