

## De invloed van de Wet OHP op dwaling

M.Y. Schaub<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Indien sprake is van een misleidende handelspraktijk kan ook dwaling aan de orde zijn. Dwaling het sluiten van een overeenkomst onder een onjuiste voorstelling van zaken. Aanleiding voor de onjuiste voorstelling kan zijn een zwijgen of een onjuiste mededeling van de wederpartij.<sup>2</sup> Dit is vergelijkbaar met een misleidende handelspraktijk, waarbij sprake is van onjuiste of ontbrekende informatie, welke de consument misleidt of kan misleiden.<sup>3</sup> Dat betekent dat er in geval van een onjuiste inlichting of zwijgen al snel overlap zal zijn tussen dwaling en de Wet oneerlijke handelspraktijken (Wet OHP).

In gevallen van samenloop, rijst de vraag wat heeft te gelden. Uitgaande van de beginselen die gelden bij samenloop, gelden in beginsel alle toepasselijke regels naast elkaar (cumulatie). Als de regels niet tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn, heeft degene die zich op de regels kan beroepen de keuze (alternativiteit). Indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt, dan geldt exclusiviteit, waarbij de ene regel ten koste van een andere als enige van toepassing is.<sup>4</sup> In aanvulling op deze klassieke uitgangspunten geldt dat de regels elkaar onderling kunnen beïnvloeden.<sup>5</sup> Bij de beoordeling wat bij samenloop heeft te gelden, speelt de strekking van de regels een belangrijke rol, maar ook de achtergrond en de doelstelling van de verschillende leerstukken zijn van belang.

De regelgeving ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken komt voort uit richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken.<sup>6</sup> Volgens art. 3(2) van de richtlijn laat deze uitdrukkelijk het verbintenissenrecht in het algemeen en in het bijzonder de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet. Met andere woorden: cumulatie of alternativiteit met dwaling is mogelijk.

Tegelijkertijd beoogt de richtlijn maximumharmonisatie.<sup>7</sup> Dat wil zeggen dat het de lidstaten niet is toegestaan om bepalingen te handhaven die strenger zijn dan de bepalingen van de richtlijn. Dit is geen probleem voor zover het nationale verbintenissenrecht dezelfde of minder bescherming biedt dan de richtlijn, maar wat als dwaling een verdergaande bescherming biedt? Geldt dan dat de richtlijn dit onverlet laat? Of moet de nationale regel buiten toepassing blijven wegens strijd met de beoogde maximumharmonisatie?

Maximumharmonisatie binnen het verbintenissenrecht door middel van richtlijnen is niet zonder problemen.<sup>8</sup> Door verschillende auteurs is gesignaleerd dat er

---

<sup>1</sup> Martien Schaub is als universitair docent privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> Art. 6:228 lid 1 sub a en b BW. De wederzijdse dwaling heeft niet direct een raakvlak met oneerlijke handelspraktijken en blijft verder buiten beschouwing.

<sup>3</sup> Art. 6:193c en d BW. Het misleidende kan ook gelegen zijn in de presentatie van de verschaft informatie.

<sup>4</sup> C.A. Boukema, Samenloop. Mon BW A21, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 11-15.

<sup>5</sup> Vergelijk F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', *WPNR* 2009/6796 en 6797, nr. 30, hij duidt deze benadering aan als vloeiend verbintenissenrecht zonder breukvlakken of scherpe onderscheidingen.

<sup>6</sup> Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEU* L 149, p. 22.

<sup>7</sup> Art. 4 van richtlijn 2005/29/EG.

<sup>8</sup> Reich noemt de volledige harmonisatie een 'highly controversial issue', zie N. Reich, 'Book review of C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law - Current Controversies in Law*', *Journal of Consumer Policy* 2008/4, p. 502. Met name in het kader van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten is veel geschreven over de problematiek die maximumharmonisatie met zich meebrengt, zie onder meer M. Faure, 'Towards a

onduidelijkheid is over de vraag hoe maximumharmonisatie van bepaalde aspecten van het verbintenissenrecht zich verhoudt met algemene en specifieke bepalingen van het nationale verbintenissenrecht.<sup>9</sup>

Deze bijdrage gaat in op de vraag hoe de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (geïmplementeerd door middel van de Wet OHP) de toepassing van nationaal contractenrecht, in het bijzonder de dwaling, beïnvloedt.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is ten eerste de reikwijdte van de richtlijn van belang (paragraaf 2). Als gevolg van de maximumharmonisatiedoelstelling verliezen lidstaten in beginsel de bevoegdheid om verdergaande regels toe te passen op terreinen die binnen de reikwijdte van de richtlijn vallen. Vervolgens is van belang om vast te stellen in hoeverre dwaling en de Wet OHP elkaar overlappen en wat het beschermingsniveau is dat door de regels wordt geboden (paragraaf 3). Immers, zoals hierboven gesignaleerd, is er geen probleem indien het nationale verbintenissenrecht geen verdergaande bescherming biedt dan de richtlijn. Betoogd zal worden dat de dwaling, in elk geval in theorie, meer bescherming kan bieden dan de Wet OHP, waardoor de vraag relevant wordt hoe de regels zich tot elkaar verhouden. In paragraaf 4 wordt besproken dat ondanks het bepaalde in art. 3(2) van de richtlijn, i.e. dat het verbintenissenrecht onverlet wordt gelaten, de maximumharmonisatiedoelstelling niettemin kan meebrengen dat de richtlijn het nationale contractenrecht beïnvloedt. Als laatste wordt meer concreet gezien wat dit zou betekenen voor gevallen van samenloop (paragraaf 5). Afgerond wordt met enkele slotopmerkingen in paragraaf 6.

## 2. Inhoud en reikwijdte van de Wet OHP

### 2.1 Brede reikwijdte van de Wet OHP

De reikwijdte van de richtlijn, en daarmee de Wet OHP, is breed. De richtlijn bevat een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken. Een handelspraktijk is oneerlijk als deze in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar beperkt of kan beperken.<sup>10</sup> Meer bijzonder is een handelspraktijk oneerlijk als deze misleidend of agressief is.<sup>11</sup>

Een handelspraktijk is gedefinieerd als iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.<sup>12</sup> Het is niet nodig dat er een overeenkomst is gesloten; waar het om gaat, is dat het vermogen van de consument om een geïnformeerde beslissing te nemen is beïnvloed. Een

---

maximum harmonization of consumer contract law?!', *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2008/4, p. 433-445, P. Rott, E. Terryn, 'The proposal for a directive on consumer rights: no single set of rules', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2009/3, p. 458-464, M.B.M. Loos, *De koopregeling in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 in voetnoot 4.

<sup>9</sup> Vergelijk T. Wilhelmsson, 'Full harmonization of consumer contract law?', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008/2, p. 226, hij wijst erop dat er een chaotische juridische situatie ontstaat wanneer grote onderdelen van het consumentenrecht geharmoniseerd worden zonder dat het algemene contractenrecht geharmoniseerd wordt. Zie ook C.A.N.M.Y. Cauffman, M. Faure, T. Hartlief, 'Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?', *Contracteren* 2010/3, p. 74. C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of contract law, current controversies in law*, London: Routledge Cavendish 2008, p. 53-54. Twigg-Flesner signaleert dat als gevolg van dit artikel geen verplichting voor de lidstaten bestaat om contractenrecht aan te passen. Maar dat neemt volgens hem niet weg dat de richtlijn effect kan hebben op contractenrecht.

<sup>10</sup> Art. 6:193b BW.

<sup>11</sup> Art. 6:193b lid 3 BW.

<sup>12</sup> Art. 6:193a sub d BW.

product kan verder zowel een zaak als een dienst zijn.<sup>13</sup> De Wet OHP richt zich op de verhouding professionele handelaar-consument en wel op praktijken voor, gedurende en na totstandkoming van een (potentiële) overeenkomst.<sup>14</sup>

De richtlijn bevat een gedragsnorm, dat wil zeggen dat de richtlijn bepaalt welk gedrag van de handelaar ten opzichte van consumenten niet door de beugel kan.<sup>15</sup> De richtlijn formuleert daartoe ten eerste een algemene norm, het is niet toegestaan te handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding. Vervolgens wordt nader omschreven wat verstaan wordt onder misleidende en agressieve praktijken. Als laatste wordt in zwarte lijsten opgesomd welke praktijken zonder meer als oneerlijk zijn aan te merken.<sup>16</sup>

De richtlijn zegt niets over de wijze waarop de gedragsnorm gesanctioneerd zou moeten worden en bevat ook geen verjarings- of vervaltermijnen. Invulling daarvan is overgelaten aan de lidstaten.<sup>17</sup> In Nederland is wat betreft de civielrechtelijke sanctionering aangeknoopt bij de onrechtmatige daad. Indien een handelaar een oneerlijke praktijk verricht, handelt hij ingevolge art. 6:193b BW onrechtmatig jegens de consument en kan de gedupeerde consument op grond van art. 6:162 BW schadevergoeding vorderen.

## 2.2 Beschermingsniveau van de Wet OHP

De Wet OHP beschermt de redelijk geïnformeerde omzichtige en oplettende consument. Een handelspraktijk kan slechts oneerlijk zijn als deze de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Onder de gemiddelde consument wordt verstaan: *'de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument waarbij tevens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren'*.<sup>18</sup> De bewoordingen omzichtig en oplettend geven aan dat de consument zelf heeft te waken voor zijn belangen. De consument die dat niet doet, valt niet binnen de bescherming van de Wet OHP.<sup>19</sup> Dat wil zeggen dat een objectieve maatstaf wordt gehanteerd om te beoordelen of sprake is van een oneerlijke praktijk. Een zwakkere consument dan de gemiddelde consument wordt in beginsel niet beschermd.

Dit uitgangspunt wordt genuanceerd door art. 6:193a lid 2 BW.<sup>20</sup> Indien de handelspraktijk gericht is op een specifieke groep, dan geldt als gemiddelde consument het gemiddelde lid van die groep. Bijvoorbeeld een advertentie in een tienerblad dat fantastische werkmogelijkheden belooft na een modellenopleiding richt zich op werkloze jongeren. Ook als de handelspraktijk niet uitdrukkelijk op een bepaalde doelgroep is gericht, kan sprake zijn van gerichtheid op een specifieke groep. Bijvoorbeeld oplichting via loterijen of advertenties voor magnetische armbanden die pijn zouden verlichten, treffen in praktijk vaak een specifieke groep

---

<sup>13</sup> Art. 6:193a sub c BW.

<sup>14</sup> Art. 3(1) richtlijn 2005/29/EG.

<sup>15</sup> Art. 6:193a lid 1 sub d BW. De richtlijn laat regulering van gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten ongemoeid, hetzelfde geldt voor de regulering van gereguleerde beroepen en deels voor financiële diensten en onroerend goed, zie art. 3(3), 3(8) en 3(9) van richtlijn 2005/29/EG.

<sup>16</sup> Zie art. 6:193b-h BW.

<sup>17</sup> De richtlijn bevat enkel de algemene opdracht dat oneerlijke praktijken gesanctioneerd moeten worden, zie art. 11 en 13 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 928, nr. 3, p. 14. Vergelijk overweging 18 bij richtlijn 2005/29/EG.

<sup>19</sup> Vergelijk B.B. Duivenvoorde, 'De "gemiddelde consument" als rationele actor', *WPNR* 2010/6849 in zijn commentaar bij Hof van Justitie 24 maart 2010, Zaak C-540/08 (*Mediaprint*). Over de achtergrond en de reikwijdte van het begrip zie R. Incardona, C. Poncibo, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', *Journal of Consumer Policy*, 2007/30, p. 21-38.

<sup>20</sup> Vergelijk art. 5(3) van richtlijn 2005/29/EG.

kwetsbare consumenten.<sup>21</sup> Als gevolg van deze nuancering kunnen ook kwetsbare consumenten bescherming aan de Wet OHP ontleen, mits ze kunnen aantonen dat de handelspraktijk impliciet of expliciet is gericht op de groep waar zij deel van uitmaken.<sup>22</sup> Opgemerkt kan worden dat een oneerlijke praktijk doorgaans altijd met name kwetsbare consumenten zal raken. Zo beschouwd zal dan al snel sprake kunnen zijn van gerichtheid op een specifieke (en kwetsbare) groep.

### 3. Misleidende praktijken en dwaling

#### 3.1 Overlap in de reikwijdte

De reikwijdte van dwaling is enerzijds breder dan de reikwijdte van de Wet OHP, omdat art. 6:228 BW op alle (privaatrechtelijke) verhoudingen ziet en niet enkel op de verhouding handelaar-consument. Daarentegen ziet dwaling enkel op de totstandkomingsfase en is ook enkel van toepassing indien daadwerkelijk een overeenkomst is gesloten. Op dit punt is het toepassingsbereik van de Wet OHP weer breder, nu deze ziet op praktijken voor, gedurende en na de totstandkoming en ook van toepassing kan zijn als er geen overeenkomst tot stand komt.

De regels ten aanzien van dwaling en oneerlijke handelspraktijken kennen een aanzienlijke overlap, namelijk daar waar het gaat om een interactie tussen een consument en een ondernemer als gevolg waarvan een overeenkomst tussen beide tot stand is gekomen.

#### 3.2 Vergelijking van de materiële vereisten

De formulering van de bepalingen verschilt, maar de vereisten zijn in zekere mate met elkaar vergelijkbaar. Ten eerste is er in beide gevallen een mededeling of een zwijgen vereist. In het kader van de Wet OHP is expliciet gesteld dat het moet gaan om een onjuiste mededeling of een misleidende mededeling of omissie. Dwaling vereist dit niet expliciet, maar dat zal doorgaans wel nodig zijn om te kunnen komen tot de vereiste onjuiste voorstelling van zaken.<sup>23</sup>

Evenals bij dwaling geldt in het kader van de Wet OHP een causaliteitsvereiste. De misleidende praktijk moet tot gevolg hebben dat de consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen.<sup>24</sup> In het kader van dwaling is een onjuiste voorstelling en een als gevolg daarvan gesloten overeenkomst vereist. De Wet OHP vereist niet dat de consument daadwerkelijk is misleid en een ander besluit genomen heeft. Dat de gemiddelde consument *kan* zijn misleid is voldoende. Toch zijn ook het genomen besluit en de al dan niet gesloten overeenkomst bij de toepassing van de Wet OHP wel degelijk van groot belang. Voor een succesvolle vordering tot schadevergoeding zijn causaal verband en schade vereist. Als de consument niet daadwerkelijk is misleid en geen overeenkomst heeft

---

<sup>21</sup> De voorbeelden zijn ontleend aan een uitgave van de DG Gezondheid en consumentenbescherming, *Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, Nieuwe wetten om oneerlijk gedrag jegens consumenten een halt toe te roepen*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2006, zie p. 11 en p. 17. beschikbaar via <[http://ec.europa.eu/consumers/rights/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/index_en.htm)>.

<sup>22</sup> Dit kan ook tot gevolg hebben dat juist een zwaardere toets moet worden toegepast, omdat de handelspraktijk is gericht op een specifieke groep waar hogere eisen aan kunnen worden gesteld, bijvoorbeeld advocaten en notarissen, vergelijk D.W.F. Verkade, *Oneerlijke praktijken jegens consumenten*, Mon BW B49a, Deventer: Kluwer 2009, p. 33.

<sup>23</sup> Uit de formulering 'had behoren in te lichten' art. 6:228 lid 1 sub b BW volgt dat voor de wederpartij een spreekplicht moet bestaan.

<sup>24</sup> Art. 6:193c laatste zin van lid 1 en lid 2 BW. Verkade wijst er op dat de redactie van de bepaling tot verwarring leidt en dat de slotzinnen betrekking hebben op het hele artikellid, zie D.W.F. Verkade, *Oneerlijke praktijken jegens consumenten*, Mon BW B49a, Deventer: Kluwer 2009, p. 27.

gesloten, dan ontbreekt zeer waarschijnlijk de schade en het causale verband. In ieder geval wordt het lastig om te bewijzen dat aan deze vereisten is voldaan.

Art. 6:228 biedt geen uitkomst als is gedwaald omtrent uitsluitend toekomstige omstandigheden. Indien evenwel door de wederpartij inlichtingen worden verstrekt die een bepaalde toekomstverwachting rechtvaardigen, is een beroep in de meeste gevallen wel mogelijk.<sup>25</sup> Een beroep op dwaling is niet mogelijk als de dwaling gezien de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Uit deze zinsnede volgt de zogenaamde onderzoeksplicht voor de dwalende. Deze heeft zelf de plicht om te voorkomen dat hij onder een onjuiste voorstelling van zaken een overeenkomst aangaat.<sup>26</sup> Deze eigen verantwoordelijkheid van de consument vindt in de Wet OHP neerslag in het begrip *gemiddelde consument*, waarop hiervoor reeds is ingegaan.

Belangrijk punt is dat art. 6:228 BW veel ruimte biedt voor het meewegen van de omstandigheden van het geval. Met name een genuanceerde afweging tussen onderzoeksplichten en spreekplichten is mogelijk. Ook de Wet OHP biedt evenwel impliciet (door gebruik van open normen), maar ook expliciet (door er naar te verwijzen) ruimte voor de omstandigheden van het geval. De vraag of iets misleidend kan misleiden, is een kwestie van uitleg en daar ligt de mogelijkheid voor de waardering van de betrokken belangen.

De conclusie na deze (korte) vergelijking van de materiële vereisten van dwaling en misleidende handelspraktijken is dat indien sprake is van een misleidende handelspraktijk, en er een overeenkomst tot stand is gekomen, ook vaak een geslaagd beroep op art. 6:228 BW mogelijk zal zijn.<sup>27</sup>

De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling van de Wet OHP meerdere keren aangegeven dat de consument vermoedelijk bijna altijd met succes een beroep op een wilsgebrek zal kunnen doen, en dat de formulering van de Wet OHP nauw aansluit bij de wilsgebreken, in het bijzonder dwaling.<sup>28</sup> De regering houdt wel een kleine slag om de arm door te stellen dat ‘doorgaans tevens zal zijn voldaan aan de voorwaarden voor vernietiging van de overeenkomst op basis van een van de wettelijke vernietigingsgronden’.<sup>29</sup> Een directe koppeling is niet gemaakt, zodat de consument die zich naast een beroep op de Wet OHP ook op dwaling wil beroepen ook zal moeten stellen en bewijzen dat aan alle vereisten van dwaling is voldaan.

Belangrijk verschil is dat de Wet OHP een objectieve toets hanteert, met als toetssteen de gemiddelde consument en de dwaling een subjectieve toets kent. In de volgende paragraaf wordt nader bezien in hoeverre het beschermingsniveau van beide leerstukken als gevolg hiervan verschilt.

---

<sup>25</sup> Zie over dit onderwerp J.L.P. Cahen, ‘Het toekomstaspect bij de dwaling’, in: *Omwille van de consument* (Clausing-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

<sup>26</sup> Hoewel het hier gebruikelijk is te spreken van een onderzoeksplicht, duidt dit niet op een rechtens afdwingbare plicht, maar schending heeft tot gevolg dat een succesvol beroep op dwaling niet meer mogelijk is.

<sup>27</sup> In die zin ook D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Mon BW B49a, Deventer: Kluwer 2009, p. 81. Met de aantekening dat afdeling 6.3.3A BW en art. 6:228 misschien wel vaak kunnen samenvallen, maar dat dit niet altijd het geval behoeft te zijn. De overlap wordt verder gesignaleerd door W.H. van Boom, ‘Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2008/1, p. 8.

<sup>28</sup> *Kamerstukken I* 2007/08, 30 928, nr. E, p. 3. Zie ook *Kamerstukken I*, 30 928, nr. C, p. 3, de regering houdt ook hier een kleine slag om de arm door te stellen dat ‘vrijwel altijd’ ook sprake zal zijn van bedrog of dwaling in geval van misleidende of agressieve handelspraktijken.

<sup>29</sup> *Kamerstukken I* 2007/08, 30 928, nr. E, p. 3. Iets stilliger op dit punt is de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 17, waar wordt gesteld dat in een belangrijk deel van de gevallen waarin een oneerlijke handelspraktijk wordt vastgesteld, de consument de overeenkomst zal kunnen vernietigen op grond van art. 3:44 of art. 6:228 BW.

### 3.3 Objectieve toets versus subjectieve toets

Als gezegd, kent art. 6:228 BW, in tegenstelling tot de Wet OHP, een subjectieve toets. De vraag is daar niet of de gemiddelde consument zou zijn beïnvloed, maar of de consument in kwestie onder invloed van dwaling een overeenkomst is aangegaan. Het is mogelijk dat met toepassing van deze subjectieve toets wel een geslaagd beroep op dwaling mogelijk is, terwijl de gemiddelde consument niet beïnvloedt zou zijn. Toch is de vraag of dit verschil in een concreet geval ook tot verschillende uitkomsten zal leiden, niet zonder meer te beantwoorden. De afwegingen die in het kader van een beroep op de Wet OHP tot de conclusie kunnen leiden dat de gemiddelde consument (al dan niet van een bepaalde groep) niet misleid zou zijn, kunnen in het kader van dwaling tot een afwijzing leiden op basis van art. 6:228 lid 2 BW, namelijk dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven.<sup>30</sup> Bovendien bevatten zowel art. 6:228 BW als de Wet OHP open normen en bieden de leerstukken ruimte voor een toetsing aan de omstandigheden van het geval, waardoor het moeilijk in zijn algemeenheid is vast te stellen of de bescherming gelijklopend of verschillend is.<sup>31</sup> Ook de Wet OHP biedt, evenals dwaling, ruimte om de zwakkere consumenten te beschermen.<sup>32</sup> Zelfs de formulering van de oneerlijke praktijken die genoemd zijn op de zwarte lijst van de Wet OHP staan bloot aan interpretatie, waarmee niet op voorhand zonder meer vast te stellen is wat er wel en wat er niet onder valt.<sup>33</sup>

Uit verschillende uitspraken van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de dwaling de onvoorzichtige wederpartij beschermt, zie met name *Van der Beek/van Dartel*<sup>34</sup> en *Offringa/Vinck*.<sup>35</sup> Dit wordt onder meer in 2007 nog door de Hoge Raad bevestigd, door te overwegen dat de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 BW strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling.<sup>36</sup> Maar, dit is niet onbegrensd.

Uit onder meer *Booy/Wisman* vloeit voort dat contractspartijen gehouden zijn om binnen redelijke grenzen te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteren.<sup>37</sup> De bescherming die de dwaling biedt, reikt volgens de uitspraken van de Hoge Raad in de aandelenleasezaken uit 2009 niet zover dat de consument (indringend) moet worden gewaarschuwd voor de risico's die aan een overeenkomst verbonden zijn.<sup>38</sup> Uit deze zaak vloeit voort dat van de consument in het kader van een beroep op dwaling redelijke inspanningen worden gevergd om aangeboden informatie te begrijpen en dat een zeker kennisniveau mag worden

<sup>30</sup> Verkade signaleert dat de verhouding tussen informatieplichten en onderzoeksplichten in het kader van de dwaling in vergelijking tot de Wet OHP nadeliger voor de consument kan uitpakken, zodat de dwaling juist minder bescherming biedt. D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Mon BW B49a, Deventer: Kluwer 2009, p. 79.

<sup>31</sup> W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2008/1, p. 5. Over de problemen die de open normen in de Wet OHP voor de praktijk op kunnen leveren zie L. Kroon en C.S. Mastenbroek, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijk complicaties in de praktijk', *IER* 2008/5, p. 253-264.

<sup>32</sup> S. Weatherill, 'Who is the 'average consumer'?', in: S. Weatherill, U. Bernitz, *The regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005/29. New rules and techniques*, Hart Publishing 2007, p. 134.

<sup>33</sup> Vergelijk L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder loep genomen, een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland', *NTER* 2007/7-8, p. 126.

<sup>34</sup> HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Dartel*).

<sup>35</sup> HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (*Offringa/Vinck*).

<sup>36</sup> HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63 (*Kranendonk/Maatschap A*).

<sup>37</sup> HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (*Booy/Wisman*).

<sup>38</sup> HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683, 684 en 685 (*Aandelenleasezaken*). Overigens valt de regelgeving betreffende financiële diensten buiten de maximumclausule van richtlijn 2005/29/EG, zie art. 3(9).

verondersteld.<sup>39</sup> De toets die in de aandelenleasezaken voor de beoordeling van dwaling wordt geformuleerd, komt dicht bij, of zelfs vrijwel overeen met *de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument* uit de Wet OHP.

Daar moet weer bij worden opgemerkt dat de Hoge Raad van meet af aan aantekent dat bij de beoordeling in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van het product, de wijze waarop het is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer. Hiermee blijft uitdrukkelijk ruimte voor een subjectieve beoordeling. De conclusie is dat art. 6:228 BW dankzij deze subjectieve toets de dwalende consument in elk geval theoretisch meer bescherming kan bieden dan de Wet OHP. In het kader van de Wet OHP bevindt de consument zich evenwel op een aantal punten in een gunstiger bewijspositie, met name ten aanzien van de handelspraktijken die genoemd zijn op de zwarte lijsten, en dankzij art. 6:193j BW.

De vraag is vervolgens of en hoe de regels van de Wet OHP bij samenloop de toepassing van dwaling kunnen beïnvloeden.

#### 4. De gevolgen van maximumharmonisatie

##### 4.1 Lessen van de richtlijn productaansprakelijkheid

Bij maximumharmonisatie door middel van richtlijnen is het van groot belang om vast te stellen wat wel en wat niet onder de reikwijdte van de richtlijn valt.<sup>40</sup> Op het gebied dat binnen de reikwijdte valt, verliezen de lidstaten de bevoegdheid om regels toe te passen die een verdergaande bescherming bieden.<sup>41</sup> Dit geldt in ieder geval voor bijzondere regels, maar dit kan ook de toepassing raken van algemene regels die verdergaande bescherming bieden.

Over de verhouding tussen maximumharmonisatie en algemeen verbintenissenrecht zijn enige lessen te trekken uit de geschiedenis van de richtlijn 1985/374/EG, de richtlijn productaansprakelijkheid. Deze richtlijn bevat een risicoaansprakelijkheid van producenten voor producten met veiligheidsgebreken. Hoewel een expliciete clause hiertoe ontbreekt, bepaalde het Hof van Justitie dat deze richtlijn binnen haar reikwijdte een volledige harmonisatie beoogt.<sup>42</sup>

Met name de zaak *Commissie v. Frankrijk* laat zien welke ruimte er nog is voor de nationale wetgeving. Frankrijk had bij de implementatie van de richtlijn een strenger regime opgenomen.<sup>43</sup> Een verdergaande bescherming dan de richtlijn mocht volgens het Hof van Justitie niet geboden worden. Het Hof stelde dat het inroepen van nationaal recht om de strekking van de Europese regelgeving te beperken niet mogelijk is aangezien dat de eenheid en doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht bedreigt. Maar, een aansprakelijkheid die op een andere grondslag berust, blijft naast deze richtlijn wel mogelijk.

<sup>39</sup> HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 683, r.o. 4.4.2 en r.o. 4.4.4.

<sup>40</sup> Hesselink onderscheidt hier twee vragen: 1) de vraag naar de materiële en personele toepassingsgebied en 2) de vraag of alle aspecten binnen dat toepassingsbereik uitputtend worden geregeld. Zie M. Hesselink, 'Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c?' in: M. Hesselink en M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: Bju 2009, p. 77.

<sup>41</sup> Behoudens de uitzonderingen genoemd in art. 3 van richtlijn 2005/29/EG. Zie C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of contract law, current controversies in law*, London: Routledge Cavendish 2008, p. 40-41.

<sup>42</sup> HvJ EG 25 april 2002, *Commissie/Frankrijk*, C-52/00, HvJ EG 25 april 2002, *Commissie/Griekenland*, C-154/00, HvJ EG 25 april 2002, *González Sánchez/Medicina Asturiana*, C-183/00. Over deze zaken zie A.L.M. Keirse, 'Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming en Recht deel 42-II, Deventer: Kluwer 2007, p. 28-36.

<sup>43</sup> Met name de franchise uit de richtlijn was niet overgenomen, de aansprakelijkheid van de distributeur was breder en de verweermiddelen waren beperkter.

Het is lidstaten met andere woorden niet toegestaan om producenten voor veiligheidsgebreken in hun producten een verdergaande aansprakelijkheid op te leggen dan die van de richtlijn. Aansprakelijkheid op andere grondslag, bijvoorbeeld een contractuele aansprakelijkheid of een schuldaansprakelijkheid ten aanzien van schade die binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, zijn wel toegestaan. Dit volgt uit de art. 13 van de richtlijn productaansprakelijkheid. Deze bepaling is vergelijkbaar met art. 3(2) van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en bepaalt dat het recht inzake contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid onverlet blijft.

Ook in de prejudiciële vraag gesteld in de zaak van *González Sánchez v. Medicina Asturiana*<sup>44</sup> kwam het Hof van Justitie tot de conclusie dat het niet is toegestaan een verdergaande algemene risicoaansprakelijkheid dan de aansprakelijkheid op grond van de richtlijn op te leggen aan een distributeur. Dat betekent dat de bescherming die aan consumenten wordt geboden in sommige gevallen lager wordt door de implementatie van de richtlijn. Het was de Spaanse wetgever niet toegestaan een verdergaande risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten op te leggen aan de distributeur, maar een aansprakelijkheid op een andere grondslag (schuld of contractuele aansprakelijkheid) is ook hier gezien art. 13 van de richtlijn wel mogelijk.<sup>45</sup>

Een probleem hierbij is dat een aansprakelijkheid gebaseerd op schuld zodanig kan worden toegepast dat deze praktisch gezien neerkomt op een risicoaansprakelijkheid. Zo heeft de Hoge Raad in het kader van de onrechtmatige daad voor de beoordeling van de onrechtmatigheid de maatstaf van de richtlijn productaansprakelijkheid als uitgangspunt genomen. Vervolgens wordt deze daad in de regel al snel aan de producent toegerekend.<sup>46</sup> Dat betekent dat via een andere grondslag alsnog feitelijk een algemene risicoaansprakelijkheid kan worden aangenomen die overeenkomt met het regime uit de richtlijn. Voor zover dit niet verder gaat dan de richtlijn, wordt de maximumharmonisatie hierdoor niet doorkruist. Gaat dit wel verder dan betekent dat de maximumharmonisatie alsnog omzeild wordt.

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn met betrekking tot de verjarings- en vervaltermijn van de richtlijn. De richtlijn productaansprakelijkheid bevat een verjaringstermijn van drie, en een vervaltermijn van tien jaar. Na die termijn via de onrechtmatige daad een aansprakelijkheid aannemen die feitelijk neerkomt op een risicoaansprakelijkheid als neergelegd in de richtlijn productaansprakelijkheid, doorkruist dan de maximumharmonisatiedoelstelling.

Het is niet duidelijk of dit is toegestaan. Als de absolute werking van maximumharmonisatie als uitgangspunt wordt genomen, zou dit niet mogelijk moeten zijn. Indien als uitgangspunt wordt genomen dat contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid onverlet worden gelaten, dan mag dit wel, maar dan geldt de maximumharmonisatie dus niet absoluut.<sup>47</sup>

Mijns inziens brengen de bovengenoemde uitspraken van het Hof van Justitie mee dat geen aansprakelijkheid mag bestaan die feitelijk neerkomt op een

---

<sup>44</sup> HvJ EG 25 april 2002, *González Sánchez v. Medicina Asturiana*, C-183/00.

<sup>45</sup> Over dit onderwerp zie ook (in dezelfde zin) HvJ EG 25 april 2002, *Commissie/Griekenland*, C-154/00 en HvJ 10 januari 2006, *Skov/Bilka*, C-402/03.

<sup>46</sup> HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 (*Koolhaas/Rockwool*), zie over dit punt A.L.M. Keirse, 'Richtlijn 1985/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming en Recht deel 42-II, Deventer: Kluwer 2007, p.45-46.

<sup>47</sup> In die zin V. Mak, zij stelt dat de Richtlijn omzeild kan worden door praktisch een zelfde resultaat te behalen door middel van het toepassen van een andere grondslag, zie V. Mak, 'The degree of harmonisation in the proposed consumer directive: a review in light of liability for products', in: G. Howells, R. Schulze, *Modernising and harmonising consumer contract law*, Munchen: Sellier European Law Publishers 2009, p. 308-309.



risicoaansprakelijkheid buiten de grenzen zoals die door de richtlijn zijn vastgelegd, aangezien dit de ‘eenheid en doeltreffendheid’ van het gemeenschapsrecht bedreigt.<sup>48</sup> De maximumharmonisatiedoelstelling brengt mee dat een verdergaande algemene risicoaansprakelijkheid niet mag, maar art. 13 brengt mee dat een aansprakelijkheid op een andere grondslag wel mag. Ook zonder art. 13 zou dit voor mogelijk gehouden kunnen worden. Schuld- of contractuele aansprakelijkheid worden door de richtlijn immers niet bestreken en betreffen inhoudelijk een andere norm dan de richtlijn productaansprakelijkheid beoogt vast te leggen.

#### **4.2 Volledige harmonisatie van een breed terrein**

Belangrijk verschil tussen de richtlijn productaansprakelijkheid en de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is dat de richtlijn productaansprakelijkheid zeer specifieke regels bevat. Zo bepaalt de richtlijn productaansprakelijkheid onder welke omstandigheden, welke personen, voor welke schade aansprakelijk zijn en bevat de richtlijn tevens een verjarings- en vervaltermijn. Dat maakt het een stuk makkelijker om te bepalen welke nationale regelgeving binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

De richtlijn oneerlijke handelspraktijken bevat een algemene gedragsnorm met een breed toepassingsbereik (het is handelaren verboden om zich oneerlijk ten opzichte van consumenten te gedragen). De richtlijn beoogt de wettelijke bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van consumenten schaden te harmoniseren.<sup>49</sup> Vervolgens volgt uit art. 3(1) dat dit van toepassing is op praktijken van ondernemingen jegens consumenten voor, gedurende en na een economische transactie. Wil deze maximumharmonisatie daadwerkelijk bereikt worden, dan zal elk leerstuk dat (impliciet of expliciet) dezelfde gedragsnorm kent binnen dit toepassingsbereik geraakt worden.<sup>50</sup> Wel maakt de richtlijn enkele uitzonderingen, zo vallen financiële diensten expliciet buiten de maximumharmonisatiedoelstelling.<sup>51</sup>

Uit de dwalingsregeling volgt een vergelijkbare algemene gedragsnorm, met name met betrekking tot informatieplichten. Bovendien beoogt dit leerstuk de economische belangen van de onoplettende (zwakkere) wederpartij te beschermen. Zo bezien valt dwaling zonder meer binnen het toepassingsbereik van de richtlijn.<sup>52</sup> Maar, op grond van art. 3(2) rijst de vraag of het ook de bedoeling van de Europese wetgever is geweest om de algemene nationale verbintenisrechtelijke leerstukken te raken. Meer algemeen kan hier bijvoorbeeld ook gedacht worden aan de toepassing van art. 6:248 BW. Problematisch is dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken met zijn algemene en breed toepasselijke gedragsnorm geen duidelijk afgebakend terrein bestrijkt.

#### **4.3 Richtlijnvoorstel inzake consumentenrechten**

---

<sup>48</sup> In die zin met verdere verwijzingen naar meer zaken van het Hof van Justitie: T. Riehm, ‘Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien’, in: B. Gsell und C. Herresthal (eds), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, p. 84 e.v.

<sup>49</sup> Art. 1 richtlijn 2005/29/EG.

<sup>50</sup> In die zin met betrekking tot Engels recht C. Twigg-Flessner, D. Parry, ‘The challenges posed by the implementation of the directive into domestic law – a UK perspective’, in: S. Weatherill, U. Bernitz, *The regulator of unfair commercial practices under EC directive 2005/29. New rules and techniques*, Hart publishing 2007, p. 220-222. Met betrekking tot Duits recht in het kader van het richtlijnvoorstel consumentenrechten: T. Riehm, ‘Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien’, in: B. Gsell und C. Herresthal (eds), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, p. 84-111.

<sup>51</sup> Art. 3(9) richtlijn 2005/29/EG.

<sup>52</sup> Anders op dit punt: V. Mak in haar bijdrage in dit nummer gaat zij er vanuit dat op grond van art. 3 van richtlijn 2005/29/EG claims van individuele consumenten zonder meer buiten het bereik van de richtlijn vallen.

Vergelijkbare problematiek speelt in het kader van het (inmiddels verouderde) voorstel voor een richtlijn consumentenrechten uit 2008, welke ook maximumharmonisatie op een breed toepassingsgebied beoogde. Een ten opzichte van dit voorstel ingrijpend gewijzigde tekst voor een nieuwe richtlijn consumentenrechten is onlangs aangenomen.<sup>53</sup> Het oorspronkelijke richtlijnvoorstel bevat onder meer informatieplichten voor professionele partijen ten opzichte van consumenten. Cauffman, Faure en Hartlief stellen in dat kader dat een beroep op art. 6:248 BW er niet toe zal mogen leiden dat de consument een verdergaande bescherming wordt geboden, omdat dit in strijd is met de maximumharmonisatiedoelstelling.<sup>54</sup> Dezelfde auteurs vragen zich af of maximumharmonisatie van informatieplichten impliceert dat toepassing van algemene contractenrechtelijke leerstukken zoals de wilsgebreken achterwege moet blijven wanneer zij zou leiden tot het sanctioneren van niet door het richtlijnvoorstel vermelde informatieplichten.<sup>55</sup> Van Boom wijst er op dat volledige harmonisatie van informatieplichten illusoir is als het maximumkarakter van de harmonisatie doorbroken kan worden met een beroep op klassieke leerstukken als dwaling.<sup>56</sup> Wissink stelt dat een dergelijke vergaande strekking waarbij de algemene leerstukken zoals de wilsgebreken beïnvloed worden waarschijnlijk niet bedoeld is, omdat hij had verwacht dat dit dan nadrukkelijk gemotiveerd zou zijn. Maar hij weet ook geen argumenten te noemen die buiten twijfel stellen dat dit niet de bedoeling zou zijn.<sup>57</sup> Stelliger in dit verband is Riehm. Hij meent dat in het licht van de maximumharmonisatiedoelstelling van het richtlijnvoorstel alle algemene rechtsvoorschriften die dat doel doorkruisen niet meer toegepast zouden kunnen worden.<sup>58</sup>

Belangrijk verschil tussen het richtlijnvoorstel consumentenrechten en de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is dat de eerste geen bepaling bevat vergelijkbaar met art. 3(2) van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Wel is in de toelichting bij het voorstel vermeld dat het niet de bedoeling is dat de voorgestelde richtlijn raakt aan algemene concepten van verbintenissenrecht.<sup>59</sup>

#### **4.4 Het Hof van Justitie over de richtlijn oneerlijke handelspraktijken**

Er is geen uitspraak van het Hof van Justitie in het kader van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken over de verhouding tussen het algemene verbintenissenrecht, meer in bijzonder de betekenis van art. 3(2), en de maximumharmonisatiedoelstelling (art. 4). Wel zijn er inmiddels twee uitspraken die gaan over de invloed van de richtlijn op specifieke regelgeving. Daaruit valt af te leiden dat het Hof de maximumharmonisatie

---

<sup>53</sup> Op 10 oktober 2011 is de tekst van de nieuwe richtlijn vastgesteld, zie persbericht van 10 oktober 2011, MEMO/11/675, te vinden via <<http://europa.eu/rapid/>>. Deze nieuwe richtlijn richt zich met name op overeenkomsten op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten en bevat nog slechts een enkele bepaling die ziet op de consumentenkoop in het algemeen.

<sup>54</sup> C. Cauffman, M.G. Faure, T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa, consequenties voor Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 103.

<sup>55</sup> C.A.N.M.Y. Cauffman, M.G. Faure, T. Hartlief, 'Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?', *Contracteren* 2010/3, p. 74.

<sup>56</sup> W.H. van Boom, 'De ontwerprichtlijn Consumentenrechten: gemaakte keuzes en gekozen onderbouwing', in: H.W. Hesselink, M.B.M. Loos, *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 17.

<sup>57</sup> M.H. Wissink, 'Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn consumentenrechten', in: M.W. Hesselink, M.B.M. Loos, *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 39.

<sup>58</sup> T. Riehm, 'Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien', in: B. Gsell und C. Herresthal (eds), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, p. 84.

<sup>59</sup> COM (2008) 614, p. 9.

niet snel zal willen doorbreken door toepassing van nationale wetgeving, zie de gevoegde zaken *VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma*.<sup>60</sup> Het ging hier om een specifiek verbod op koppelverkoop en niet om een regel van algemeen verbintenissenrecht zoals de dwalingsregeling. Het Hof benadrukt dat de volledige harmonisatie betekent dat geen strengere maatregelen meer vastgesteld mogen worden, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen. Als de rechtsverhouding binnen de reikwijdte van de richtlijn valt, en de toets van de richtlijn kan doorstaan, dan is de praktijk geoorloofd. Terryn merkt in haar bespreking van deze uitspraak op dat indien de richtlijn uitputtend een bepaalde rechtsverhouding regelt, alle nationale maatregelen die betrekking hebben op een dergelijke rechtsverhouding, aan de richtlijn getoetst dienen te worden.<sup>61</sup> Dat heeft tot gevolg dat op de punten waar de wet verdergaande bescherming biedt de regels aangepast zullen moeten worden, en wel zodanig dat het beschermingsniveau wordt verlaagd tot het niveau dat de richtlijn beoogd.<sup>62</sup> In *Mediaprint* bevestigt het Hof opnieuw dat de maximale harmonisatie tot gevolg heeft dat de lidstaten geen strengere regelingen mogen handhaven of invoeren.<sup>63</sup> Ook in deze zaak ging het om een specifieke regel die een principiële verbod bevatte. Maar, om de maximumharmonisatie daadwerkelijk te kunnen bewerkstelligen zal ook het algemene recht niet verder mogen gaan dan de door de richtlijn beoogde bescherming. Indien de dwaling meer bescherming biedt en deze bescherming naast de Wet OHP wordt toegepast, heeft dat immers tot gevolg dat de regeling van de richtlijn kan worden omzeild. Tot die conclusie komt ook Verkade in zijn bespreking van de invloed van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op het nationale recht.<sup>64</sup>

#### **4.5 Art. 3(2) en de maximumharmonisatiedoelstelling**

Zo bezien doet art. 3(2) van richtlijn 2005/29/EG afbreuk aan de maximumharmonisatiedoelstelling van de richtlijn.<sup>65</sup> Uit de hierboven aangehaalde uitspraken van het Hof van Justitie lijkt evenwel te volgen dat ook dát volgens het Hof niet de bedoeling kan zijn geweest. Het Hof neemt de maximumharmonisatiedoelstelling als uitgangspunt en daaruit volgt dat gedrag dat volgens de richtlijn is toegestaan, niet alsnog via een ander leerstuk gesanctioneerd kan worden.<sup>66</sup>

Er is echter een interpretatie van art 3(2) mogelijk, waarbij de volledige harmonisatie wel wordt gerealiseerd, zonder dat de algemeen verbintenisrechtelijke leerstukken

---

<sup>60</sup> HvJ EG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07 (*VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma*).

<sup>61</sup> E. Terryn, 'Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie: een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009/5, p. 169.

<sup>62</sup> H.N. Schelhaas, 'Volledige harmonisatie: goed voor de Europese consument?', *NTBR* 2009/2, p. 35; M.B.M. Loos, 'Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht: voorzichtigheid geboden!', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009/2, p. 34.

<sup>63</sup> HvJ EG 24 maart 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), overweging 61.

<sup>64</sup> D.W.F. Verkade, 'Misleidende en vergelijkende reclame, en oneerlijke handelspraktijken', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 42-II), Deventer: Kluwer 2007, p. 10-11.

<sup>65</sup> Vergelijk W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2008/1, p. 9 in voetnoot 34. Hij stelt dat het op grond van art. 3(2) van richtlijn 2005/29/EG wel is toegestaan dat het dwalingsleerstuk een betere bescherming biedt. In die zin ook . S. Whittaker, 'The relationship of the unfair commercial practices directive to European and national contract laws', in: S. Weatherill, U. Bernitz, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29, New rules and new techniques*, Hart Publishing 2007, p. 145.

<sup>66</sup> Vergelijk S. Parlak, 'Het arrest VTB-VAB NV tegen Total Belgium NV & Galatea BVBA tegen Sanoma Magazines Belgium NV. Het Belgische verbod op 'koppelverkoop' definitief van de baan', *NTER* 2009/7, op p. 254: alleen handelspraktijken die in de richtlijn als oneerlijke zijn gekwalificeerd, zijn oneerlijk.

buiten spel worden gezet. Deze interpretatie behelst dat het bereik van art. 3(2) wordt beperkt door art. 4 (in plaats van andersom). Dat brengt mee dat het nationale verbintenissenrecht op grond van art. 3(2) naast de regeling die voortvloeit uit de richtlijn van toepassing kan zijn, voor zover dit niet in strijd komt met de volledige harmonisatie. Dat betekent concreet dat bij een geslaagd beroep op de Wet OHP naast de mogelijkheid tot schadevergoeding ook vernietiging op grond van dwaling gevorderd kan worden. Maar indien een bepaalde praktijk op grond van de Wet OHP toelaatbaar is, is het niet mogelijk om op grond van dwaling alsnog vernietiging van de overeenkomst te bewerkstelligen. In die zin oordeelt ook Verkade. Hij stelt op basis van art. 3(2) dat de richtlijn niet wil tornen aan de mogelijkheid om de overeenkomst te vernietigen, maar dat dit op grond van art. 4 niet mogelijk kan zijn als dat de maximumharmonisatie doorkruist. Hij duidt dit aan als een vorm van 'negatieve reflexwerking', iets wat op grond van de richtlijn niet verboden is, zou niet alsnog via een algemeen leerstuk als ontoelaatbaar aangemerkt moeten kunnen worden.<sup>67</sup>

Uit de richtlijn komt niet duidelijk naar voren wat het primaat heeft, de volledige harmonisatie op grond van art. 4 of het ongemoeid laten van het algemene verbintenissenrecht op grond van art. 3(2). De parlementaire geschiedenis bij de Wet OHP zwijgt hierover, daar in is wel gesproken over de mogelijkheid van dwaling naast een beroep op de Wet OHP, maar niet over een beroep op dwaling in strijd met de beoogde maximumharmonisatiedoelstelling. Wel zijn naar aanleiding van de richtlijn enkele bijzondere regels aangepast.<sup>68</sup>

Ook in de literatuur is geen eenduidig standpunt te vinden over de precieze betekenis van art. 3(2). Bijvoorbeeld Whittaker stelt dat deze bepaling een onderscheid beoogt te maken tussen de bescherming van consumenten tegen oneerlijke praktijken via bestuurlijke en strafrechtelijke regels enerzijds en de regulering van de contractenrechtelijke relatie anderzijds.<sup>69</sup> De bepaling vindt volgens hem zijn oorsprong in het lopende debat over de harmonisering van Europees contractenrecht. De bepaling is zijns inziens bedoeld om duidelijk te maken dat de richtlijn geen beperking vormt voor de ontwikkelingen op dat vlak.<sup>70</sup>

Twigg-Flesner stelt dat de bepaling meebrengt dat er in ieder geval geen verplichting is om wijzigingen aan te brengen in contractenrecht, maar dat de impact op het contractenrecht van de richtlijn verder zeer onzeker is.<sup>71</sup> Zowel Whittaker als Twigg-Flesner betogen evenwel dat de richtlijn wel invloed zal hebben op contractenrecht, met name door middel van de interpretatie van het gemene contractenrecht in het licht van de richtlijn.

Het is te betreuren dat de richtlijn zelf op dit cruciale punt niet meer duidelijkheid verschaft. Op een aantal andere punten is wel enige verduidelijking over de reikwijdte

---

<sup>67</sup> D.W.F. Verkade, 'Misleidende en vergelijkende reclame, en oneerlijke handelspraktijken', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 42-II), Deventer: Kluwer 2007, p. 10-11.

<sup>68</sup> De Colportagewet, de Gaswet, de Electriciteitswet 1998 en de Wet op de vaste boekenprijs, zie Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 4.

<sup>69</sup> S. Whittaker, 'The relationship of the unfair commercial practices directive to European and national contract laws', in: S. Weatherill, U. Bernitz, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29, New rules and new techniques*, Hart Publishing 2007, p. 140.

<sup>70</sup> S. Whittaker, 'The relationship of the unfair commercial practices directive to European and national contract laws', in: S. Weatherill, U. Bernitz, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29, New rules and new techniques*, Hart Publishing 2007, p. 144.

<sup>71</sup> C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of contract law, current controversies in law*, London: Routledge 2008, p. 52.

van de volledige harmonisatie gegeven. Zo is zonder meer duidelijk dat de lidstaten de vrijheid houden om de rechten en plichten van de partijen bij een consumentencontract te regelen indien dit gebaseerd is op minimumrichtlijnen. Overweging 15 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken stelt expliciet dat nationale regels gebaseerd op minimumrichtlijnen niet geraakt worden door de volledige harmonisatie. Ook met betrekking tot financiële diensten is een verdergaande bescherming mogelijk, vergelijk art. 3(9) van de richtlijn. Maar over algemene verbintenissenrechtelijke leerstukken (die niet gebaseerd zijn op minimumrichtlijnen) zegt de richtlijn niets.

Dit klemmt temeer nu art. 4 en art. 3(2) hetzelfde terrein betreffen. Waar zou de grens tussen het verbintenissenrecht (meer bijzonder het contractenrecht) enerzijds en maximale harmonisatie van oneerlijke handelspraktijken anderzijds moeten liggen?<sup>72</sup> Aangezien het in de richtlijn gaat om de verhouding tussen handelaren en consumenten bij het (al dan niet) sluiten van overeenkomsten, gaat het onvermijdelijk om verbintenissenrechtelijke posities. De richtlijn komt aldus onvermijdelijk in het vaarwater van dwaling, maar ook van de andere wilsgebreken en van niet-nakoming en non-conformiteit.<sup>73</sup> Deze leerstukken verbinden ook consequenties aan onjuiste mededelingen en verzwijgingen door contractspartijen.

Geconcludeerd kan worden dat de bepalingen 3(2) en art. 4 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken tegenstrijdig zijn. Het is niet mogelijk om volledige harmonisatie te realiseren op het brede vlak van oneerlijke handelspraktijken en tegelijkertijd het verbintenissenrecht onverlet te laten.

Hierin moet aldus een principiële keuze gemaakt worden: ofwel de maximumharmonisatie werkt absoluut en begrenst het toepassingsbereik van art. 3(2) Ofwel art. 3(2) geldt als uitgangspunt, wat meebrengt dat de maximumharmonisatie doorkruist kan worden door middel van de toepassing van algemene leerstukken. Op grond van de eerder aangehaalde uitspraken lijkt het erop dat het Hof van Justitie zal kiezen voor de volledige harmonisatie met het oog op de realisatie van eenheid en doeltreffendheid van het communautaire recht. Voor zover dit niet in strijd komt met de volledige harmonisatie van de richtlijn, kan het nationale verbintenissenrecht op grond van art. 3(2) dan nog wel naast de richtlijnregeling van toepassing zijn. Deze bepaling geeft dan aan wat heeft te gelden bij samenloop, namelijk dat bij een geslaagd beroep op de Wet OHP naast de mogelijkheid tot schadevergoeding, nog altijd vernietiging op grond van dwaling kan worden gevorderd of ontbinding op grond van niet-nakoming van de overeenkomst.<sup>74</sup>

## **5. Wat heeft te gelden bij samenloop**

### **5.1 Algemene uitgangspunten bij samenloop**

Indien de maximumharmonisatiedoelstelling van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken als uitgangspunt moet worden genomen en art. 3(2) een regel van

---

<sup>72</sup> Zie hierover ook T. Wilhelmsson, 'Scope of the Directive', in: G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 72-73.

<sup>73</sup> Regelgeving die een ander doel heeft dan de relatie tussen handelaar en consument wordt door de richtlijn waarschijnlijk niet geraakt, bijvoorbeeld regelgeving die ziet op oneerlijke mededinging. Onzeker is bijvoorbeeld of regelgeving die ziet op verkoop met verlies binnen het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt. De regelgeving treft de verhouding tussen handelaars en consumenten, maar is ook, of hoofdzakelijk, bedoeld om oneerlijke mededinging tegen te gaan.

<sup>74</sup> Zie ook overweging 9 bij richtlijn 2005/29/EG, de richtlijn vormt geen beletsel voor het instellen van individuele vorderingen door degene die schade hebben geleden ten gevolgen van oneerlijke handelspraktijken.

samenloop geeft, wat zijn dan de gevolgen voor de toepassing van dwaling? Genoemd uitgangspunt brengt niet mee dat de dwaling buitenspel wordt gezet, maar wel dat de dwaling dan in zijn toepassing wordt beïnvloedt door de richtlijn.

Als gezegd, geldt bij samenloop in beginsel cumulatie, dat wil zeggen beide regels zijn naast elkaar van toepassing. Als dat niet mogelijk of onlogisch is, bijvoorbeeld omdat de rechtsgevolgen niet naast elkaar kunnen intreden, dan geldt alternativiteit, degene die zich op de regels kan beroepen heeft dan de keuze. Indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt geldt exclusiviteit, waarbij één van de regels ten koste van de andere als enige van toepassing is.<sup>75</sup> Exclusieve gelding van een regel ten koste van een andere, vormt zo gezien de uitzondering. Deze klassieke uitgangspunten bij samenloop kunnen aangevuld worden met een uitgangspunt dat is aan te merken als coördinatie of onderlinge beïnvloeding, wat inhoudt dat de samenlopende normen elkaar in meer of mindere mate kunnen beïnvloeden.<sup>76</sup> Art. 3(2) sluit in beginsel aan bij deze uitgangspunten. De regeling van de richtlijn geldt naast de dwaling en de consument kan zich, indien aan de vereisten van beide regelingen is voldaan, op beide beroepen. Hij kan schadevergoeding op grond van de Wet OHP vorderen, of vernietiging op grond van dwaling of beide. Maar wel met dien verstande dat als de consument kiest voor vernietiging en daarmee ook de schade is weggenomen, niet ook nog schadevergoeding gevorderd kan worden. Er is pas een (samenloop)probleem als de toepasbare regels niet cumulatief of alternatief van toepassing kunnen of mogen zijn, omdat deze elkaar tegenspreken of doorkruisen. In dat geval kan exclusieve werking of onderlinge beïnvloeding een oplossing bieden.

## 5.2 De invloed van de Wet OHP op dwaling

In elk geval theoretisch is het mogelijk dat zich een geval voordoet dat binnen het toepassingsbereik van de richtlijn valt en dat geen oneerlijke handelspraktijk oplevert, maar wel dwaling. Dit zal het geval kunnen zijn als de objectieve toets van de Wet OHP geen bescherming biedt, maar aan de hand van de subjectieve toets wel een geslaagd beroep op dwaling mogelijk is. Bijvoorbeeld een casus waarin de gemiddelde consument niet zou zijn misleidt, maar waarin de (zwakke) wederpartij van een professionele handelaar dwaalt zonder dat dit voor zijn of haar rekening dient te blijven.

Zoals hierboven is betoogd, zal de beoogde maximumharmonisatie niet worden bewerkstelligd, als in een dergelijk geval alsnog een beroep op art. 6:228 BW kan worden gedaan. In dit verband kan worden opgemerkt dat de gevolgen van beide regelingen verschillend zijn. De Wet OHP biedt (slechts) de mogelijkheid tot schadevergoeding, met bijbehorende mogelijkheden tot vermindering en matiging op grond van art. 6:1.10 BW. Dwaling heeft in beginsel de relatief zware alles-of-niets remedie vernietiging tot gevolg.<sup>77</sup> De gevolgen en daarmee de strekking van beide regelingen is daarmee verschillend, wat een argument is om hier geen exclusieve werking van de ene regeling ten koste van de andere aan te nemen. Aan de andere kant kan gezegd worden dat inhoudelijk de kern van beide regelingen is dat een norm voor het gedrag van de professionele wederpartij van een consument wordt bepaald. De volledige harmonisatie brengt mee dat dit vastgelegd is op het niveau van de richtlijn.

---

<sup>75</sup> C.A. Boukema, Samenloop. Mon BW A21, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 11-15.

<sup>76</sup> Vergelijk F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', *WPNR* 2009/6796 en 6797, nr. 30, hij duidt deze benadering aan als vloeiend verbintenissenrecht zonder breukvlakken of scherpe onderscheidingen.

<sup>77</sup> Bij dwaling is ook een meer genuanceerde uitkomst mogelijk op grond van art. 6:230 BW.

Om nu te voorkomen dat deze norm wordt doorkruist door de dwaling, zijn twee oplossingen mogelijk. Ofwel op een handelen dat binnen de reikwijdte van de richtlijn valt, maar dat geen oneerlijke handelspraktijk oplevert, mag niet alsnog de dwaling worden toegepast, dat wil zeggen volledige exclusieve werking van de Wet OHP bij een dergelijk geval. Een andere oplossing is om bij de beoordeling van een dwalingsgeval dat binnen de reikwijdte van de richtlijn valt rekening te houden met de norm van de Wet OHP, met andere woorden onderlinge beïnvloeding.<sup>78</sup> Dwaling en daarmee vernietiging blijft dan naast schadevergoeding op grond van de Wet OHP mogelijk (als zich een oneerlijke praktijk voordoet). Daarmee wordt betekenis gegeven aan art. 3(2). De bescherming die art. 6:228 BW biedt kan evenwel niet verdergaan dan de bescherming die op grond van de richtlijn wordt geboden, waardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de volledige harmonisatie.

Groot nadeel is dat de zwakkere consument de bescherming die hij vóór de invoering van de Wet OHP aan de dwaling kon ontlenen verliest.<sup>79</sup> Waarschijnlijk blijft dit effect slechts beperkt tot een enkel theoretisch geval. Uit de vergelijking van de vereisten hierboven volgt dat de materiële vereisten van beide leerstukken, hoewel niet gelijk, dicht bij elkaar liggen. Verder is reeds betoogd dat net als de dwalingsregeling, ook de Wet OHP ruimte biedt voor een afweging van belangen en middels de nuancering van art. 6:193a lid 2 BW komen de zwakkere consumenten voor bescherming door deze wet in aanmerking. Bovendien is binnen de dwaling de bescherming van de onoplettende consument niet onbegrensd, met name door de onderzoeksplicht neergelegd in art. 6:228 lid 2 BW. Het is lastig een voorbeeld te bedenken waarbij wel een beroep op dwaling, maar geen beroep op de Wet OHP mogelijk zal zijn. Maar het kan niet bij voorbaat worden uitgesloten dat zich in de praktijk ooit een dergelijk geval voor zal doen.

Aan de andere kant is ook een positief effect van de richtlijn op het beschermingsniveau van de consument binnen de dwaling mogelijk. De bewijsvoordelen van de Wet OHP kunnen doorwerking vinden binnen dat leerstuk. Tijdens de parlementaire geschiedenis is door de regering zelfs opgemerkt dat de omkering van de bewijslast zonder meer van toepassing is als de consument een beroep doet op de wilsgebreken.<sup>80</sup>

## 6. Slot

Wanneer sprake is van een misleidende handelspraktijk en er is een overeenkomst gesloten, dan zal ook vaak een beroep op dwaling mogelijk zijn. Als gevolg van de subjectieve toets die geldt bij dwaling, biedt dit leerstuk, in elk geval theoretisch, materieel gezien meer bescherming dan de Wet OHP. Volgens art. 3(2) van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt het nationale verbintenissenrecht door de richtlijn (en daarmee de Wet OHP) onverlet gelaten. Dwaling kan dus naast of in plaats van de Wet OHP worden toegepast als de gedupeerde daarvoor kiest. Maar, de theoretisch verdergaande bescherming die geboden wordt door dwaling, kan een probleem vormen voor de door richtlijn 2005/29/EG beoogde maximumharmonisatie.

---

<sup>78</sup> Over onderlinge beïnvloeding van regels bij samenloop zie F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', *WPNR* 2009/6796 en 6797, nr. 22.2. Onderlinge beïnvloeding van regels is terug te vinden in stap 2 van het door hem voorgestelde driestappenplan bij samenloopkwesities.

<sup>79</sup> Het Hof van Justitie heeft in verschillende uitspraken geoordeeld dat een hogere bescherming van de consument niet de concurrentieverstorende effecten van verschillen in regelgeving tussen de lidstaten kan rechtvaardigen, zie S. Parlak, 'Het arrest VTB-VAB NV tegen Total Belgium NV & Galatea BVBA tegen Sanoma Magazines Belgium NV. Het Belgische verbod op 'koppelverkoop' definitief van de baan', *NTER* 2009/7, p. 255, zie met name voetnoot 11 voor verdere verwijzingen naar uitspraken van het Hof.

<sup>80</sup> Handelingen, 2007/08, 30 928, nr. 14, p. 938.

Indien een handelspraktijk niet oneerlijk is in de zin van de Wet OHP, maar nog wel een beroep op dwaling mogelijk zou zijn, zou dit de beoogde maximumharmonisatie kunnen doorkruisen.

Art. 3(2) en art. 4 van de richtlijn zijn dan niet met elkaar te verenigen. Het is evenwel mogelijk om art. 3(2) zodanig te interpreteren dat de volledige harmonisatie wel wordt bereikt, namelijk door het nationale verbintenissenrecht toe te passen op een wijze die niet in strijd komt met de door de richtlijn beoogde norm. Dit kan worden bereikt door bij de toepassing van dwaling rekening te houden met de norm die voortvloeit uit de Wet OHP. Een dergelijke beïnvloeding ligt ook zonder de maximumharmonisatiedoelstelling voor de hand, omdat de Wet OHP concretere normen bevat, met name op het gebied van mededelingsplichten en onderzoeksplichten die bij de beoordeling van een geval van dwaling van belang kunnen zijn.<sup>81</sup> Voor zover gezegd kan worden dat de dwaling potentieel meer bescherming biedt, betekent een dergelijke beïnvloeding een verlaging van het beschermingsniveau van art. 6:228 BW. Dit blijft waarschijnlijk (en hopelijk) beperkt tot een enkel theoretisch geval, omdat de leerstukken wat betreft gedragsnorm en beschermingsniveau dicht bij elkaar liggen.

Of deze uitleg ook daadwerkelijk moet worden toegepast, is op grond van de richtlijntekst niet te zeggen. Uit de richtlijn blijkt niet wat voorrang heeft, art. 4 of art. 3(2). Het lijkt erop dat de Europese wetgever niet doordacht heeft, of in ieder geval is het niet uitgewerkt, wat de betekenis en de gevolgen zijn van art. 4 in combinatie met art. 3(2). Het Hof van Justitie heeft zich hierover (nog) niet uitgesproken. De parlementaire geschiedenis bij de Wet OHP zwijgt op dit punt. In de literatuur wordt het probleem wel gesignaleerd, maar worden, behalve door Verkade, geen duidelijke conclusies getrokken. Wel geven verschillende auteurs aan dat niet is uitgesloten dat het algemene verbintenissenrecht ondanks art. 3(2) wordt beïnvloed.

Deze kwestie is overigens niet alleen van belang voor de toepassing van art. 6:228 BW, maar ook voor andere leerstukken die raken aan het gebied waar de richtlijn op ziet, met name de andere wilsgebreken, maar ook niet-nakoming en meer bijzonder non-conformiteit. Vergelijkbare vragen spelen met betrekking tot de verhouding tussen de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en andere richtlijnen die zien op het gedrag van handelaren ten opzichte van consumenten. Hier kan onder meer gedacht worden aan de (herziene) timeshare-richtlijn en de nieuwe richtlijn consumentenrechten welke richtlijnen op deelgebieden voorzien in maximumharmonisatie.<sup>82</sup> Ook daar kan sprake zijn van een onderlinge beïnvloeding. In deze bijdrage is hier omwille van de afbakening van het onderwerp niet op ingegaan, maar voorstelbaar is dat het probleem zich bij de toepassing van art. 3:44 BW nog meer doet voelen, nu de daar geregelde wilsgebreken nog sterker dan dwaling een subjectieve toets inhouden.

Duidelijk is inmiddels dat maximumharmonisatie niet zonder problemen is. Met name de vraag hoe maximumharmonisatie van bepaalde aspecten binnen het verbintenissenrecht door de Europese regelgever zich verhoudt tot algemene bepalingen van het nationale verbintenissenrecht is van belang en verdient aandacht. Als men volledige harmonisatie op het brede terrein waar de richtlijn op ziet, wil

---

<sup>81</sup> Een dergelijke mogelijk doorwerking van de richtlijn werd ook al gesignaleerd door T. Wilhelmsson, 'Scope of the directive', in: G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 72.

<sup>82</sup> Over de herziene time-sharerichtlijn zie J.M. Milo, 'Ontvlugt nu de steden, wie vreugde begeert', *WPNR* 2011/6897, p. 6650671.



realiseren, dan is het onvermijdelijk dat het algemene verbintenissenrecht geraakt wordt. Als art. 4 van de richtlijn het primaat zou krijgen boven art. 3(2) heeft dit een vergaande impact op de toepassing van algemene leerstukken.<sup>83</sup> Anderzijds is volledige harmonisatie illusoir als het op grond van art. 3(2) doorbroken kan worden met een beroep op de klassieke leerstukken zoals dwaling.<sup>84</sup> Maximumharmonisatie lijkt dan ook slechts mogelijk als het toepassingsbereik van het te harmoniseren gebied beperkt is.<sup>85</sup> Dat is ook de lijn die in de aangenomen tekst voor een richtlijn consumentenrechten is gekozen, namelijk doelgerichte maximumharmonisatie van specifieke onderwerpen waarvan het toepassingsbereik duidelijk af te bakenen is.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> H. Schulte-Nolke, 'Scope and role of the horizontal directive and its relationship to the CFR', in: G. Howells, R. Schulze, *Modernising and harmonising consumer contract law*, Munchen: Sellier European law publishers 2009, p. p. 45: a full harmonisation directive without any exception would disintegrate Member States' laws and severely damage them.

<sup>84</sup> W.H. Van Boom, 'De ontwerprichtlijn Consumentenrechten: gemaakte keuzes en gekozen onderbouwing', in: M.W. Hesselink, M.B.M. Loos, *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 17.

<sup>85</sup> V. Mak, 'The Degree of Harmonisation in the proposed Consumer Rights directive: A review in light of liability for products', in: G. Howells, R. Schulze, *Modernising and harmonizing consumer contract law*, Munchen: Sellier European law publishers 2009, p. 309. H. Schulte-Nolke, 'Scope and role of the horizontal directive and its relationship to the CFR', in: G. Howells, R. Schulze, *Modernising and harmonising consumer contract law*, Munchen: Sellier European law publishers 2009, p. 42.

<sup>86</sup> Te vinden op de site van het Europese Parlement, zoek op de site <[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)> onder nummer 2008/0196 (COD).