



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Algemene voorwaarden Thuiswinkel kritisch bekeken

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2009). Algemene voorwaarden Thuiswinkel kritisch bekeken. *Tijdschrift Voor Internetrecht*, (5), 134-140. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47285>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47285>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Algemene voorwaarden Thuiswinkel kritisch bekeken

T.J. de Graaf*

In november 2008 kwamen de algemene voorwaarden van Thuiswinkel tot stand. In dit artikel becommentarieer ik een aantal artikelen uit die algemene voorwaarden in het licht van wet, jurisprudentie en marktgebruik.

In november 2008 kwamen in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (de CZ) van de Sociaal-Economische Raad (SER) de Algemene Voorwaarden van de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie (hierna: Thuiswinkel) tot stand. Deze voorwaarden traden op 1 januari 2009 in werking.¹ De voorwaarden kunnen worden gebruikt door alle leden van Thuiswinkel voor alle producten en diensten die zij op afstand (bv. via internet) aan consumenten 'verkopen', met uitzondering van financiële diensten als bedoeld in de Wft of diensten die onder toezicht staan van de AFM. De CZ stelt zich volgens de website van de SER 'tot taak het bevorderen van overleg tussen ondernemers- en consumentenorganisaties om te komen tot evenwichtige Algemene Voorwaarden.' Anders dan het eveneens onder toezicht oog van de CZ tot stand gekomen model internettoegang zijn de algemene voorwaarden van Thuiswinkel niet gebaseerd op de modelbepalingen opgenomen in de door het CZ-secretariaat opgestelde handleiding voor algemene voorwaarden.² Hoewel partijen blijkens deze handleiding 'volledig vrij zijn om hen moverende redenen van de handleiding af te wijken' wordt daarmee het door dat secretariaat gestelde 'streven naar een meer eenduidige en uniforme formulering van in de Algemene Voorwaarden voorkomende bedingen' ondermijnd.³ Hoe het ook zij, in het hiernavolgende zal ik een aantal artikelen uit de algemene voorwaarden van Thuiswinkel becommentariëren vanuit het standpunt van zowel de ondernemer als de consument. Daarbij concentreer ik me op de artikelen die vanuit het perspectief van het 'internetrecht' relevant zijn en laat ik buiten beschouwing de artikelen over prijsverhogingen, conformiteit, garanties, exoneraties, duur, opzegtermijn, klachten, rechtskeuze en forumkeuze.

1. Identiteit van de ondernemer

In art. 2 dient de ondernemer de volgende wettelijk verplichte gegevens met betrekking tot zijn identiteit in de algemene

voorwaarden te verwerken: (statutaire) naam, vestigingsadres en bezoekadres (art. 3:15d lid 1 sub a BW alsmede art. 7:46c lid 1 sub a en lid 2 sub c BW), e-mailadres (art. 3:15d lid 1 sub b BW), KvK-nummer (art. 3:15d sub c BW), BTW-identificatienummer (art. 3:15d sub f BW) en (kort gezegd) aanvullende gegevens indien de activiteiten aan een vergunningsstelsel zijn onderworpen (art. 3:15d sub d BW, denk aan vergunning voor mobiele telecommunicatiediensten) of de ondernemer een gereguleerd beroep uitoefent (art. 3:15d sub e BW, denk aan advocaten). Daarnaast dient de ondernemer ingevolge art. 2 zijn telefoonnummer te vermelden en de tijdstippen waarop hij telefonisch te bereiken is. Art. 3:15d sub b BW verplicht de ondernemer 'gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronisch postadres' toegankelijk te maken. Volgens het Europese Hof van Justitie in de deutsche internet versicherungszaak hoeft dat niet per se een telefoonnummer te zijn.⁴ Desalniettemin bepaalt art. 2 dat de ondernemer zijn telefoonnummer moet vermelden, alsmede de tijdstippen waarop hij telefonisch te bereiken is. Voor de consument is dit goed, voor de ondernemer kan het belastend zijn. Hij moet zorgen dat mensen beschikbaar zijn om de telefoon op te nemen of een callcentre inschakelen. Dat werkt niet alleen voor hem kostenverhogend, maar ook voor de consument want die kosten worden in de regel doorberekend in de prijs van het betreffende product of de betreffende dienst. Zowel ondernemer als consument zijn dus gebaat met meer vrijheid.

Ik vraag me af of het vermelden van al die gegevens in de algemene voorwaarden wel zo gelukkig is. De wet verplicht de ondernemer die gegevens 'gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk' te maken (art. 3:15d lid 1 BW) en 'op duidelijke en begrijpelijke wijze' te verstrekken (art. 7:46c lid 1 en 2 BW). Het opnemen van die gegevens in de algemene voorwaarden voldoet strikt genomen aan deze criteria. Toch ligt het mijns inziens meer voor de hand die gegevens te vermelden onder de bij vrijwel iedere website aanwezige hyperlink 'over ons' of 'about us'. Als de consument een klacht heeft over een gebrekkig product, zal hij in de regel daar gaan zoeken, en niet in de algemene voorwaarden.

2. Toepasselijkheid

Art. 3 lid 1 bepaalt dat de voorwaarden van toepassing zijn op 'op elk aanbod van de ondernemer en op elke tot stand

* Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en gastmedewerker bij eLaw@Leiden, Centrum voor recht in de informatiemaatschappij, Universiteit Leiden. Hij dankt Marlous Schrijvers voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. De voorwaarden zijn te vinden via www.consumentenvoorwaarden.ser.nl en direct op www.ser.nl/-/media/Files/Internet/Consumentenvoorwaarden/AV/cz_79.ashx.
2. Zie T.J. de Graaf 'SER-model internettoegang kritisch bekeken', *Computerrecht* 2008-3, p. 92-100.
3. De handleiding is te vinden op www.consumentenvoorwaarden.ser.nl, de geciteerde teksten op p. 18 van die handleiding.

4. HvJ EG 16 oktober 2008, C-298/07 *PB* C 223 van 22 september 2007 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände- Verbraucherzentrale Bundesverband eV/deutsche internet versicherung AG), waarover R.E. van Esch, 'Kort nieuws. Webwinkels en contactgegevens', *CR* 2009-1, p. 37-38 en C.C.M. de Raaij en R.J.J. Westerdijk, 'E-commerce: enkel contact via e-mail is niet voldoende', *Bedrijfsjuridische berichten* 2009-34, p. 163-164.

gekomen overeenkomst op afstand tussen ondernemer en consument.' Zo'n specifieke bepaling nodig natuurlijk uit om situaties te bedenken waarop de voorwaarden niet van toepassing zijn, maar wel zouden moeten zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de uitnodiging tot het doen van een aanbod. Te denken valt ook aan het gebruik van de website voordat de consument op een aanbod van de leverancier stuit. Dat laatste is 'traditioneel' het domein van de beruchte disclaimer⁵, maar het zou omwille van de uniformiteit en ter voorkoming van Avéro/Visser⁶ en Vos/Heipro⁷-achtige problemen goed zijn geweest de voorwaarden van toepassing te laten op alle rechtsverhoudingen tussen ondernemer en consument en disclaimer-achtige bepalingen in deze voorwaarden te integreren, even los van vragen naar toepasselijkheid⁸ en vernietiging wegens het niet voldoen aan de informatie *Obliegenheit*.⁹

5. Zie over disclaimers onder andere L.A.R. Siemerink, M. van Eijden & R.E. Esch, 'Uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid via disclaimers op een website', *Computerrecht* 2006-69, p. 143-149 en R.E. van Esch, 'Juridische aspecten van elektronische handel', *Serie Praktijkhandleidingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 171-173.
6. Bij verwijzing naar twee sets algemene voorwaarden zonder duidelijk te maken wat wanneer geldt, geldt geen van beide sets, HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 705 (*Avéro/Visser*).
7. Dat een specifieke bepaling in een overeenkomst prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden is geen (ongeschreven) rechtsregel, maar slechts een gezichtspunt bij de uitleg, HR 13 juni 2003, *NJ* 2003, 506 (*Vos/Heipro*).
8. Zie over toepasselijkheid met name art. 6:217, 6:231 sub c en 6:232 BW, relativerend (hoewel niet toetsend aan art. 6:231 sub c en 6:232 BW vanwege art. 6:247 lid 2 BW) HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 200 (*Petermann/Frans Maas*) en strenger T.H.M. van Wechem, 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden' (diss. Leiden) (proefschrifteditie) en *Serie Recht en Praktijk* nr. 152 (handelseditie), Deventer: Kluwer 2007.
9. Zie over vernietiging met name art. 6:233 sub b jo. 234 BW en relativerend HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 (*Geurtzen/Kampstaal*), Rechtbank Rotterdam 5 december 2002, *KG* 2003, 15 (*Netwise/NTS*) en T.J. de Graaf, 'Noot bij Rechtbank Rotterdam 5 december 2002 (*Netwise/NTS*)', *JAVI* februari 2003-1, p. 18-20 alsmede Rechtbank Haarlem 29 augustus 2007, *NJF* 2008, 42 (*Marijnontwerp*). Zie over de verplichting van de rechter tot ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden ten faveure van consumenten recentelijk HvJEG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201 (*Mostaza Claro/Centro Movil*), zij het dat ik me afvraag of de Nederlandse rechter verplicht is art. 6:233 sub b jo. 234 BW ambtshalve te toetsen omdat die uitspraak en de bevoegdheid van het HvJEG zijn gegrond op de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en die richtlijn (voornamelijk) ziet op de inhoud van algemene voorwaarden en niet de toepasselijkheid en het verstrekken van algemene voorwaarden. Een *Obliegenheit* is een 'verplichting' die niet rechtens afdwingbaar is, maar die bij niet nakomen leidt tot verval of beperking van de rechten of bevoegdheden van degene of wie de *Obliegenheit* rust, bv. het niet-nakomen van de klacht *Obliegenheit* van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW is niet rechtens afdwingbaar, maar leidt wel tot verval van alle rechten met betrekking tot het gebrek in de prestatie respectievelijk de non-conformiteit van het gekochte, vgl. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I**. *De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 11 die nog het voorbeeld van de schadebeperkings *Obliegenheit* van art. 6:101 BW noemen.

Art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 lid 1 sub a, b en c BW worden in gewijzigde vorm herhaald in art. 3 leden 2 en 3.¹⁰ Met het herformuleren van wettelijke bepalingen omwille van begrijpelijkheid is op zich niets mis, mits de betekenis en rechtsgevolgen maar niet veranderen. Bij het parafraseren van art. 6:234 lid 1 sub a BW - dat in bepaalde gevallen van *offline* postorderverkoop van toepassing zal zijn - gaat dat mijns inziens niet goed. Waar art. 6:234 lid 1 sub a BW spreekt over het ter hand stellen van algemene voorwaarden, rept art. 3 lid 2 over het beschikbaar stellen. Het eerste is iets anders dan het tweede. Bekeken vanuit het perspectief van de consument veronderstelt het ter hand stellen dat de ondernemer het initiatief moet nemen en de consument passief kan blijven totdat hij de voorwaarden van de ondernemer ontvangt en ze vervolgens kan lezen (of net zo weinig moeite moet doen, bijvoorbeeld bij het lezen van een bord boven de kassa).¹¹ Beschikbaar stellen omvat mijns inziens ook de situatie dat de consument het initiatief moet nemen om beschikbaar gestelde voorwaarden te bemachtigen. Daarmee is beschikbaar stellen ruimer dan ter hand stellen en art. 3 lid 2 dus niet in overeenstemming met art. 6:234 lid 1 sub a BW. Op zich is dat niet erg als de ondernemer zich in de praktijk maar aan art. 6:234 lid 1 sub a BW houdt. De niet-juridisch geschoolde ondernemer wordt met art. 3 lid 2 echter wel op het verkeerde been gezet. Zelfs al houdt hij zich keurig aan de voorwaarden, dan loopt hij in bepaalde gevallen toch nog het risico dat die voorwaarden vernietigd worden wegens niet-terhandstelling. Beter geformuleerd is art. 3 lid 4. Dat artikel bepaalt, geheel langs de lijnen van HCC/Dell II¹², dat als naast deze algemene voorwaarden ook specifieke product- of dienstenvoorwaarden van toepassing zijn, die product- en dienstenvoorwaarden eveneens beschikbaar moeten worden gesteld overeenkomstig de hiervoor besproken leden 2 en 3. Dat artikel bepaalt ook dat de consument zich in geval van tegenstrijdige algemene voorwaarden steeds mag beroepen op de toepasselijke bepaling die voor hem het meest gunstig is. Dat is aardig voor de consument omdat algemene voorwaarden, als ze daarvoor al iets regelen, normaliter bepalen dat bij zodanige tegenstrijdigheid de ondernemer (en dus niet de consument) de voor hem meest gunstige bepaling mag kiezen.¹³

10. Zie art. 6:227b lid 2 BW voor voorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden als bedoeld in art. 6:231 sub a BW. Overigens is door het opnemen van de art. 3 leden 2 en 3 de *Obliegenheit* van art. 6:233 sub b BW tot een contractueel afdwingbare verplichting verworden, maar dat geheel terzijde. Zie ook het wetsvoorstel Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 358, A, p. 19-20 (Gewijzigd Voorstel van Wet).
11. J.G.J. Rinkes, 'Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht' in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, 'Algemene voorwaarden', *Serie Recht en Praktijk* nr. 143, Deventer: Kluwer 2006, p. 149-151.
12. Hof Den Haag 22 maart 2005, *Computerrecht* 2005-43, p. 266-285 (*HCC/Dell II*, m.nt. R.J.J. Westerdijk).
13. Jongeneel lijkt te menen dat een bepaling op grond waarvan de ondernemer mag kiezen niet alleen een schending van de informatie *Obliegenheit* impliceert, maar ook inhoudelijk onredelijk bezwarend is, zie R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1991, p. 142.

Toch laat art. 3 lid 4 te wensen over omdat het niet duidelijk maakt op welke rechtsverhoudingen het van toepassing is. In veel gevallen zijn de specifieke product- of dienstvoorwaarden geschreven door de producent (en dus niet de ondernemer). In dat geval moet gedacht worden aan twee soorten voorwaarden voor twee soorten relaties. Ten eerste is denkbaar dat die voorwaarden bestaan uit een fabrieksgarantie die van toepassing dient te zijn (of kan zijn) in de relatie tussen producent en consument. Die relatie komt pas tot stand op het moment dat de consument het in de fabrieksgarantie besloten liggende aanbod tot het aangaan van een daardoor beheerste overeenkomst aanvaardt, bv. op het moment dat de producent het door de consument opgestuurde garantiebewijs ontvangt (art. 3:37 lid 3 BW) of op het moment dat de consument een beroep doet op de fabrieksgarantie.¹⁴ Ten tweede is denkbaar dat die voorwaarden verkoopvoorwaarden betreffen op grond waarvan de producent de producten verkoopt aan de ondernemer in het kader van een distributieovereenkomst. Onduidelijk is hoe in die gevallen art. 3 lid 4 dient te worden toegepast.

Moet worden aangenomen dat in die gevallen de voorwaarden van de producent (=derde) (eveneens) van toepassing zijn in de relatie tussen ondernemer en consument, dat wil zeggen dat bij fabrieksgaranties overal waar in die voorwaarden producent staat ondernemer dient te worden gelezen?¹⁵ In dat geval geeft (ook) de ondernemer een fabrieksgarantie af als ware hij producent. Er rijzen dan een aantal problemen. Ten eerste is het maar de vraag of de ondernemer aan de daaraan opgenomen verplichtingen kan voldoen, met name in de situatie dat de producent niet meewerkt. Dat de producent niet meewerkt is niet ondenkbeeldig. De producent is met de ondernemer vaak niet een soortgelijke fabrieksgarantie overeengekomen uit hoofde waarvan de ondernemer de producent kan aanspreken. Een vordering tot herstel van de consument jegens de ondernemer kan door de ondernemer dus niet één op één worden doorgezet naar de producent. Ten tweede zijn fabrieksgaranties opgesteld voor gebruik in de rechtsverhouding tussen de producent en de consument en niet voor gebruik in de rechtsverhouding tussen de ondernemer en de consument. Dat zijn twee verschillende soorten rechtsverhoudingen. Die rechtsverhoudingen hebben gemeenschappelijk dat zij beiden geschreven zijn voor een B2C-verhouding en voor een deel worden beheerst door art. 7:6a BW

op grond waarvan zij onder andere bij het afgeven van een garantie moeten vermelden dat de consumentkoper de rechten of vorderingen uit hoofde van de garantie kan uitoefenen onverminderd alle andere rechten of vorderingen die de wet de consumentkoper toekent (zoals dat is gebeurd in art. 10 lid 2 algemene voorwaarden).¹⁶

Belangrijker voor het door deze algemene voorwaarden bestreken geval van verkoop van roerende zaken is dat de verhouding tussen ondernemer en consument beheerst wordt door de regels met betrekking tot consumentenkoop en de verhouding tussen producent en consument niet.¹⁷ Dat heeft onder andere tot gevolg dat de ondernemer zich ten opzichte van de consument niet mag exonereren voor schade (vernietigbaar ex art. 7:24 jo. art. 7:6 lid 2 jo. art. 3:40 lid 2 BW), terwijl de exoneratie van de producent in de fabrieksgarantie 'slechts' wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 sub f BW). Het kan dus, zoals uit dit exoneratievoorbeeld blijkt, best zo zijn dat een bepaling wel door de beugel kan in de relatie tussen producent en consument (zodra deze door de fabrieksgarantie wordt beheerst), maar niet in de relatie tussen ondernemer en consument. Als de producent in zijn fabrieksgarantie dat soort vrijheden benut, dan past een zodanige fabrieksgarantie niet goed in de relatie tussen ondernemer en consument. Gezien de hiervoor geschetste problemen en hoewel het in de praktijk soms toch gebeurt, neem ik niet aan dat in de algemene voorwaarden bedoeld is fabrieksgaranties (ook) door de ondernemer aan de consument te laten verstrekken.

Maar wat is dan wel bedoeling? Is bedoeld de verkoopvoorwaarden op grond waarvan de producent in het kader van een distributieovereenkomst aan de ondernemer verkoopt *back-to-back* door te zetten in de rechtsverhouding tussen ondernemer en consument (dus dat die verkoopvoorwaarden (eveneens) van toepassing zijn in de rechtsverhouding tussen ondernemer en consument in dier voege dat overal waar producent staat ondernemer moet worden gelezen en overal waar ondernemer staat consument)? Hoewel ook dit in de praktijk soms gebeurt, lijkt me ook dat niet de bedoeling. Het hiervoor geschetste probleem dat de voorwaarden van toepassing worden verklaard in een relatie waarvoor zij niet zijn bestemd speelt hier nog sterker. In het hiervoor omschreven geval was het nog zo dat de fabrieksgarantie geschreven voor de ene B2C-relatie (tussen producent en consument) werd toegepast in een andere B2C-relatie (tussen ondernemer en consument). In dit geval worden verkoopvoorwaarden geschreven voor een B2B-relatie (tussen producent en ondernemer) toegepast in B2C-relatie (tussen ondernemer en consument). Dat kan nooit goed gaan. Om bij het exoneratievoorbeeld te blijven, in B2B-verkoopvoorwaarden zijn

14. R.H.C. Jongeneel, 'Garantiebewijzen', in: W.J. van der Nat-Verhage e.a., *Vorm en wezen: opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*. Utrecht: Lemma 1991, p. 117 en M.M. van Rossum, 'Rechtskarakter van een garantie', in: M.M. van Rossum 'Garanties in de rechtspraktijk', *Serie Recht en Praktijk nr. 120*, Deventer: Kluwer 2002, p. 41-44.

15. Ter inspiratie voor het *back-to-back* doorzetten van specifieke voorwaarden van de producent zij verwezen naar de ICT-Office Voorwaarden, meer in het bijzonder art. 12 module 1 licentie voor programmatuur en art. 7 module 11 verkoop van ICT-, telecommunicatie- en kantoorapparatuur en andere zaken, waarover T.J. de Graaf, 'Opbouw en aansprakelijkheidsregeling in ICT-Office Voorwaarden 2009 kritisch bekeken. Opbouw en aansprakelijkheidsregeling in vervanger van FENIT-, Kantoortechnologie en ICT Telecom-voorwaarden bevatten voor leverancier belangrijke verbeteringen, maar hadden voor hem ook beter gekund', *Contracteren* 2009-3, p. 71-79 alsmede over de daarmee corresponderende artikelen 27.1 en 31.1 van de daaraan voorafgaande FENIT-voorwaarden 2003 T.J. de Graaf, 'Cliënt niet beter af met de nieuwe FENIT-voorwaarden', *Contracteren* 2004-1, p. 19-20.

16. Art. 7:6a BW is opgenomen ter implementatie van de Richtlijn 99/44/EG inzake bepaalde aspecten van de verkoop van en garantie voor consumptiegoederen.

17. Jongeneel schrijft daarover, overigens voor inwerkingtreding van de Richtlijn 99/44/EG inzake bepaalde aspecten van de verkoop van en garantie voor consumptiegoederen: 'De fabrikant is jegens de consument tot niets verplicht, afgezien van de verplichtingen die hij op zich neemt krachtens een garantieovereenkomst, maar tot het aangaan daarvan is hij al evenmin verplicht.', zie R.H.C. Jongeneel, 'Garantiebewijzen', in: W.J. van der Nat-Verhage e.a., *Vorm en wezen: opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*. Utrecht: Lemma 1991, p. 117.

exoneraties (in beginsel) geoorloofd,¹⁸ in B2C-consumenten-koopvoorwaarden niet (vernietigbaar ex art. 7:24 jo. art. 7:6 lid 2 jo. art. 3:40 lid 2 BW).

Misschien regelt art. 3 lid 4 de situatie waarin er een bepaling in de voorwaarden tussen ondernemer en consument in strijd is met een bepaling in productvoorwaarden tussen producent en consument, in welk geval de consument de voor hem meest gunstige bepaling mag kiezen? Van tegenstrijdigheid kan in dat geval strikt genomen geen sprake zijn. We hebben dan immers van doen met twee aparte overeenkomsten tussen verschillende partijen, in het eerste geval ondernemer-consument en in het tweede producent-consument.¹⁹ Als beide overeenkomsten iets anders bepalen, kan de consument kiezen wie hij aanspreekt: de producent op grond van zijn overeenkomst met die producent en de ondernemer op grond van zijn overeenkomst met die ondernemer. Art. 3 lid 4 heeft in dat geval weinig zin.

Blijft over de situatie dat de ondernemer zelf specifieke product- of dienstvoorwaarden heeft geschreven en er tegenstrijdigheid is tussen die voorwaarden en deze algemene voorwaarden. Dat zal dan wel bedoeld zijn, maar dat de ondernemer zelf specifieke product- of dienstvoorwaarden schrijft en van toepassing verklaart in zijn verhouding met de consument lijkt me niet vaak voor te komen, in ieder geval minder vaak dan de situatie waarin de producent fabrieksgaranties afgeeft.²⁰

En om de verwarring helemaal compleet te maken: hoe verhoudt art. 3 lid 4 (waaruit blijkt dat als er naast de algemene voorwaarden ook specifieke product- of dienstvoorwaarden van toepassing zijn, de consument bij tegenstrijdigheid op de hem meest gunstige bepaling kan beroepen) zich tot art. 17 (dat bepaalt dat aanvullende of van de algemene voorwaarden afwijkende bepalingen niet ten nadele van de consument mogen zijn)? Als bv. een bepaling in de productvoorwaarden ten nadele van de consument afwijkt van een bepaling in de algemene voorwaarden (en daarmee dus ook in strijd komt met die bepaling in de algemene voorwaarden), 'mag' die bepaling in de productvoorwaarden dan niet (wat dat ook moge betekenen) of moet de consument dan nog voor de bepaling in de algemene voorwaarden kiezen? Overigens denk ik dat de Geschillencommissie Thuiswinkel of de rechter hier in de praktijk niet zo'n punt van zal maken en de consument, voor zover nodig, te hulp zal schieten.

3. Het aanbod

Leden 1 en 2 van art. 4 bevatten voor de consument gunstige, maar voor het overige weinig enerverende bepalingen over de voorwaarden waaronder een aanbod wordt gedaan (die moeten nadrukkelijk worden vermeld, art. 4 lid 1), de wijze

waarop producten en diensten moeten worden omschreven (volledig en nauwkeurig, art. 4 lid 2) en de mate waarin afbeeldingen de producten/diensten weergeven (waarheidsgetrouw, art. 4 lid 2, vgl. art. 7:17 lid 4 BW). Geruststellend voor de ondernemer is de bepaling dat kennelijke vergissingen of fouten in het aanbod de ondernemer niet binden (art. 4 lid 2). Thuiswinkel lijkt daarmee niet te willen vertrouwen op hetgeen in de art. 33 en 35 BW is bepaald en geprocedeer zoals in de Otto-zaak te willen voorkomen of, als het toch gebeurt, in voor de ondernemer gunstige banen te leiden.²¹ Art. 4 lid 3 verplicht de ondernemer zijn aanbod informatie te laten bevatten over prijs (inclusief belastingen), eventuele kosten van aflevering en de wijze van contracteren (onder andere totstandkoming, herroepingsrecht (waarover later meer), wijze van betaling/aflevering/uitvoering, termijn aanbod/prijs, archiveren overeenkomst, herstel fouten, talen, gedragscodes, duur overeenkomst). Dit alles is grotendeels een *copy-paste* van de art. 3:15d lid 2, 6:227b lid 1 en 7:46c lid 1 BW.

4. De overeenkomst

Het *copy-pasten* van wetteksten zet zich voort bij art. 5 lid 2, waar in licht geparafraseerde vorm art. 6:227c lid 2 BW wordt herhaald. Art. 6:227c lid 2 BW vereist dat de ondernemer de ontvangst van de aanvaarding 'zo spoedig mogelijk' bevestigt, terwijl volgens art. 5 lid 2 de ondernemer die ontvangst 'onverwijld' bevestigt. Bij de behandeling van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW memoreert Hijma onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat de wet de volgende aflopende reeks bevat: (i) terstond, (ii) onverwijld en (iii) met bekwame spoed en vat die tijdsaanduidingen als volgt samen: "Terstond" vereist een onmiddellijke reactie, 'onverwijld' geeft meer respijt, eist een handelen zonder vertraging, terwijl bij 'met bekwame spoed' ten slotte aan de betrokkene een nog ruimere tijd wordt toebemeten, waarbij onder meer de behoefte aan enig beraad of enig onderzoek een rol kan spelen.²² Hoe de tijdsaanduiding 'zo spoedig mogelijk' zoals opgenomen in art. 6:227c lid 2 BW daarin past, is me niet helemaal duidelijk, maar mij lijkt dat 'onverwijld' in de zin van art. 5 lid 2 sneller is dan 'zo spoedig mogelijk' in de zin van art. 6:227c lid 2 BW.²³ Dat betekent dat de ondernemer volgens de voorwaarden de ontvangst dus sneller moet bevestigen dan de wet vereist.

Eenzelfde consumentvriendelijke houding zet zich niet voort bij art. 5 lid 4, op grond waarvan de ondernemer kan onderzoeken of de consument aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen en zich op de hoogte kan stellen van het nogal vaag

18. Zie over exoneraties in B2B-verhoudingen T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden) en *Serie Recht en Praktijk nr. 141* (handelsed.), Deventer: Kluwer 2006.

19. Overeenkomsten gelden in de regel uitsluitend tussen partijen, zie voor uitzonderingen die in het kader van deze bijdrage relevant zijn de aankoopfinancieringszaken HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 (*Jans/FCN*), HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 (*Meissner von Hohenmeiss c.s./Arenda*) en art. 46e BW.

20. Overigens wijs ik de ondernemer die in één van de hiervoor omschreven situaties bekend raakt tussen producent en consument volledigheidshalve nog op art. 6:244 en 7:25 BW.

21. Hof Den Bosch 22 januari 1998, *NJF* 2008, 79 (*Stichting Postwanor-der/Otto*). Het ging in die zaak over LCD-TV's die per ongeluk voor 99 euro op de site van Otto werden aangeboden.

22. Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 545 onder verwijzing naar C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 162 (M.v.A. II). Zie ook B. Wessels, 'Termijnaanduidingen in het Nieuw BW', *Kwartalenbericht Nieuw BW* 1987-2, p. 37-39.

23. De tijdsaanduiding 'zo spoedig mogelijk' wordt overigens ook gebruikt in art. 3:51 lid 3, 6:149 lid 1 en 2, 7:46f lid 2, 7:7456, 7:753 lid 3, 7:908 lid 4 en 7:932 lid 1 BW.

omschreven 'al die feiten en factoren die van belang zijn voor een verantwoord aangaan van de overeenkomst op afstand.' Als de ondernemer op grond van dat onderzoek goede gronden heeft om de overeenkomst niet aan te gaan, dan 'is hij gerechtigd gemotiveerd een bestelling of aanvraag te weigeren of aan de uitvoering bijzondere voorwaarden te verbinden.' Zo'n onderzoek, bijvoorbeeld een BKR-toets, kan zeker gerechtvaardigd zijn, maar nergens staat binnen welke termijn dat onderzoek moet zijn afgerond en binnen hoeveel tijd de ondernemer de consument daarvan in kennis moet stellen. Niet duidelijk is hoe dit onderzoek en de gevolgen daarvan zich verhouden tot de totstandkoming van de overeenkomst. Moet de ondernemer bv. conform art. 5 lid 2 onverwijld de ontvangst van de aanvaarding bevestigen door te melden dat hij, met gebruikmaking van het door hem in art. 5 lid 1 bedoongen voorbehoud, een onderzoek start en er nog geen overeenkomst tot stand komt zolang dat onderzoek loopt? In ieder geval lijkt me niet dat 'onverwijld' voldoende tijd biedt voor de ondernemer om eerst het onderzoek te starten en af te ronden en pas daarna de ontvangst van de aanvaarding te bevestigen. Hoe het verder gaat als het onderzoek voor de consument negatief uitvalt, wordt bepaald door art. 5 lid 4. Op grond van dat artikel kan de ondernemer besluiten de bestelling of aanvraag te weigeren of aan de uitvoering bijzondere voorwaarden te verbinden als hij op grond van de resultaten van het onderzoek goede gronden heeft de overeenkomst niet aan te gaan. Ik vraag me af of de ondernemer op grond van de resultaten van het onderzoek wel eenzijdig bijzondere voorwaarden aan de bestelling kan verbinden. Daarmee wijzigt hij in feite eenzijdig de contractsinhoud en men moet zich daarom afvragen of het beding niet onder werkingssfeer van art. 6:237 sub c BW valt (zie hierna in het hoofdstuk 'wijzigingen') of dat het inroepen van het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). In de praktijk zal het niet zo'n probleem zijn, omdat de consument met gebruikmaking van zijn herroepingsrecht (zie hierna in het hoofdstuk 'herroepings-/ontbindingsrecht') toch onder de overeenkomst uit kan. Art. 5 lid 5 is grotendeels in overeenstemming met de informatie die op grond van art. 7:46c lid 2 BW tijdig bij de aankomst en uiterlijk bij de aflevering moet worden verstrekt. Ik schrijf 'grotendeels' want in art. 5 lid 5 zien we de volgende afwijking van de wet. De wet vereist dat de in art. 7:46c lid 2 BW opgesomde informatie 'schriftelijk of, voor zover het de in de onderdelen a en c-e bedoelde gegevens betreft, op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager' wordt verstrekt.²⁴ Alleen

24. In de memorie van toelichting op de wet ter implementatie van de Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten wordt voor een definitie van het begrip duurzame gegevensdrager verwezen naar een toen nog niet gepubliceerd ontwerp van de Richtlijn koop op afstand financiële diensten, zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 861, nr. 3, p. 19-20 (M.v.T.). De inmiddels definitieve versie van de Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad bevat in overweging 20 de volgende omschrijving: 'Onder duurzame dragers worden met name verstaan computerdiskettes, cd-rom's, DVD's en de harde schijf van de computer van de consument waarop de elektronische post wordt opgeslagen, maar niet internet-websites, tenzij die voldoen aan de in de definitie van duurzame drager opgenomen

de in a en c-e bedoelde gegevens (en dus niet de in b bedoelde gegevens: 'de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e lid 2') mogen naar keuze schriftelijk of op een andere duurzame gegevensdrager worden verstrekt. Anders gezegd, de in b bedoelde gegevens over het ontbindingsrecht mogen alleen schriftelijk (en dus niet op een andere duurzame gegevensdrager) worden verstrekt.²⁵ Art. 5 lid 5 geeft de ondernemer echter de mogelijkheid ook de in b bedoelde gegevens op zodanige wijze te verstrekken dat ze op een duurzame gegevensdrager kunnen worden opgeslagen. Dat is niet in overeenstemming met het blijktens art. 7:46j BW dwingendrechtelijke art. 7:46c lid 2 BW. Ook hier geldt dat als de ondernemer zich maar aan de wet houdt, er niets aan de hand is. In dit geval zal de niet-juridisch geschoolde ondernemer echter snel denken dat hij alle informatie (dus ook de informatie over het ontbindingsrecht) elektronisch op een duurzame gegevensdrager kan verstrekken en dat er dus niets op schrift hoeft. Overigens vind ik deze schriftelijkheidseis volstrekt onzinnig *in this day and age*, maar daar gaat het nu niet om.

Voor de volledigheid (en ter verdediging van Thuiswinkel) zij opgemerkt dat Van Esch onder verwijzing naar Loos een lans breekt voor de opvatting dat de informatie over het ontbindingsrecht ook per per e-mail kan worden verstrekt (en dat dit dus niet per se schriftelijk moet) omdat dit naar zijn mening past bij het doel van art. 7:46c lid 2 BW, te weten het bieden van de mogelijkheid aan de consument om de gegevens duurzaam op te slaan en te reproduceren.²⁶ Toch doet een ondernemer er goed aan zich voor de zekerheid aan de wettekst te houden en de informatie over het ontbindingsrecht schriftelijk te verstrekken. Thuiswinkel had er op haar beurt goed aan gedaan de voorwaarden op de wettekst af te stemmen. De ondernemer die denkt de informatie over het ontbindingsrecht alleen via de website te kunnen verstrekken handelt in ieder geval niet in overeenstemming met de wet, zelfs niet in de ruime opvatting van Van Esch.

criteria' en in art. 2 onder f de volgende definitie: 'ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt', zie ook de definitie van dat begrip in art. 1:1 Wft.

25. Zie ook *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 861, nr. 3, p. 19 (M.v.T.).
26. R.E. van Esch, *Juridische aspecten van elektronische handel. Serie Praktijkhandleidingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 53-54 onder verwijzing naar Loos, *Consumentenkoop. Monografiën Nieuw BW B65b*, Deventer: Kluwer 2004, p. 89 die meent dat een dergelijke benadering het best zou aansluiten bij de praktijk waarin elektronische berichten in toevallende mate papieren contracten vervangen en schriftelijk niet meer betekent dan dat het beding 'geschreven' is waarbij het gebruik van een traditionele of een nieuwe technologische toepassing zijns inziens minder van belang is. Zie ook M.M. Olthof in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. De tekst van de Boeken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009, art. 6:82 BW, aant. 2 waar zonder nadere toelichting een ingebrekestelling per e-mail wordt toegestaan ondanks het feit dat de wet uitdrukkelijk een schriftelijke ingebrekestelling vereist.

5. Herroepings-/ontbindingsrecht

In art. 6 leden 1 en 3 wordt de consument conform art. 7:46d en 46i leden 1 en 6 BW een recht gegeven de koop op afstand van producten respectievelijk diensten zonder opgave van redenen te ontbinden 'gedurende ten minste veertien dagen' na ontvangst van het product respectievelijk het aangaan van de overeenkomst. Positief voor de consument (en in lijn met art. 12 van het voorstel voor de maximumharmonisatierichtlijn betreffende consumentenrechten²⁷) is dat deze termijnen langer zijn dan voorgeschreven zeven werkdagen na ontvangst van de zaak (art. 7:46d lid 1 BW) respectievelijk het sluiten van de overeenkomst (art. 7:46i lid 6 BW). Onbegrijpelijk vindt ik echter dat een termijn van 'ten minste' veertien dagen wordt gegeven. Die termijn kan dus ook langer zijn, maar waar dat van afhangt is niet duidelijk. Of wordt wellicht bedoeld dat de termijn veertien dagen is, maar op grond van art. 7:46d lid 1 en 7:46i leden 1 en 6 BW drie maanden als de ondernemer zijn in art. 46c lid 2 BW genoemde informatieverplichtingen niet nakomt?

Interessant is verder dat in art. 6 leden 1 en 3 het recht wordt gegeven de overeenkomst zonder reden te ontbinden, maar in de rest van de voorwaarden het woord herroepingsrecht wordt gebruikt om naar dit ontbindingsrecht te refereren. Bij eerste lezing meen ik dat het Thuiswinkel niet vrij staat over een herroepingsrecht te spreken omdat de wet in art. 7:46d en 7:46i lid 1 BW over een ontbindingsrecht spreekt. De keuze van de Nederlandse wetgever om het uit art. 6 van de Richtlijn koop op afstand²⁸ afkomstige herroepingsrecht bij implementatie als een ontbindingsrecht in het Nederlandse systeem in te passen dient immers te worden gerespecteerd, ook al is die keuze geen gelukkige.²⁹

Bij tweede lezing begon die keuze voor het gebruik van het woord herroepingsrecht als definitie van voornoemd ontbindingsrecht mij echter wel te bekoren. Die keuze doet namelijk recht aan het feit dat de ontbinding in de zin van de artt. 7:46d en 7:46i lid 1 BW een andere rechtsfiguur is dan de ontbinding in de zin van art. 6:265 BW waardoor het beter is eerstgenoemd recht niet als een ontbindingsrecht aan te duiden.³⁰ Zowel de vereisten voor het inroepen alsook de rechtsgevolgen van beide ontbindingsmogelijkheden verschillen. Ontbinding ex art. 7:46d of 7:46i lid 1 BW kan zonder opgave van redenen geschieden, heeft geen waardevergoeding ex art. 6:272 BW voor gebruik gedurende de ontbindingster-

mijn tot gevolg³¹ en heeft wellicht zelfs terugwerkende kracht en goederenrechtelijk effect.³² Ontbinding ex art. 6:265 BW vereist onder andere een tekortkoming in de nakoming,³³ kan wel een waardevergoeding ex art. 6:272 BW tot gevolg hebben (zij het dat dat ingevolge het *Quelle*-arrest³⁴ onder omstandigheden³⁵ niet geldt voor overeenkomsten die onder de werkingssfeer van de Richtlijn verkoop van en garanties voor consumentengoederen vallen³⁶) en heeft geen terugwerkende kracht en goederenrechtelijk effect (art. 6:269 BW, wel ongedaanmakingsverbintenissen ex art. 6:271 BW).

De verdere uitwerking van het herroepingsrecht en de uitzonderingen daarop in de art. 6, 7 en 8 geschieden *grosso modo* langs de lijnen van art. 7:46d leden 2, 3 en 4 en art. 7:46i leden 3, 4 en 5 BW met wat verdere praktische uitwerkingen, ook in art. 11 algemene voorwaarden, die geen nadere toelichting behoeven, behalve dan art. 7 lid 2. Art. 7 lid 2 bepaalt namelijk dat als de consument een bedrag heeft betaald, de ondernemer dit uiterlijk binnen 30 dagen 'na de terugzending of herroeping' terug zal betalen. Het lijkt alsof de ondernemer mag kiezen tussen of de 30 dagen-termijn begint te lopen vanaf het moment van terugzending of herroeping. Dat is niet in overeenstemming met de wet. Art. 7:46d lid 3 BW bepaalt namelijk dwingendrechtelijk (art. 7:46j lid 1 BW) dat de teruggave in ieder geval binnen 30 dagen na de ontbinding plaats dient te vinden. Ik begrijp wel dat de ondernemer de *catch-22* in zijn voordeel heeft willen beslissen. Hij wil immers niet het geld terugbetalen als hij zijn producten niet terug heeft gekregen, maar de consument wil de producten niet terugsturen voordat hij zijn geld terug heeft gekregen.

27. Voorstel van 8 oktober 2008 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM (2009) 614 definitief, beschikbaar via http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm waarover onder andere R.R.R. Hardy & G.G. Hesen, 'Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten', *WPNR* 24 januari 2009/6783, p. 69-71.

28. Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.

29. Zie voor kritiek op deze keuze onder andere Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd. Preadviezen 2004 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 38-39.

30. Aldus ook over het Nederlandse recht E. Terryn, *Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming* (diss. KU Leuven 2005), Antwerpen-Oxford: Intersentia 2008, nr. 472.

31. Aan de koper kunnen ingevolge art. 7:46d lid 2 BW in geval van ontbinding ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak in rekening worden gebracht.

32. R.E. van Esch, 'Juridische aspecten van elektronische handel', *Serie Praktijkhandleidingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 164 onder verwijzing naar Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, 'Wettelijke bedenktijd', *Preadviezen 2004 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, par. 4. Zie echter C. Sander, 'Consumentenbescherming bij transacties op afstand', *ITeR-reeks nr. 44*, p. 58-59 verwijst naar *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 861, nr. 5, p. 24 waaruit blijkt dat de Minister van Justitie van mening is dat de artikelen 6:271 e.v. BW voor het bepalen van de rechtsgevolgen van een ontbinding in de zin van art. 7:46d en 7:46i lid 1 BW wel naar analogie (maar dus niet rechtstreeks) van toepassing zijn.

33. Anders dan vaak wordt verondersteld is de toerekenbaarheid van de tekortkoming niet relevant voor ontbinding, zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 514.

34. HvJ EG 17 april 2008, *NJ* 2008, 382 (*Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, m.nt. M.R. Mok).

35. Met annotator Mok ben ik van mening die uitspraak beperkt is (of in ieder geval: dient te worden) tot de omstandigheden van het bewuste geval. Gelukkig stond het HvJ in een koop op afstand zaak inmiddels toe dat de consument onder omstandigheden tot het betalen van een compenserende vergoeding kan worden verplicht als het gebruik 'heeft plaatsgevonden op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals dat van de goede trouw of van ongerechtvaardigde verrijking', HvJ EG 3 september 2009, *C-489/07 (Pia Messner/Firma Stefan Krüger)*.

36. Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

Toch denk ik, gesteund door art. 7:46d lid 3 BW, dat de consument aan het langste eind zal trekken.

6. Vooruitbetaling

Art. 13 lid 2 bepaalt, geheel in lijn met het vaak vergeten (dwingendrechtelijke, zie art. 7:6 lid 1 en 2 BW) art. 7:26 lid 2 BW, dat bij een consumentenkoop de consument niet in algemene voorwaarden kan worden verplicht meer dan 50% van de prijs vooruit te betalen.³⁷ Thuiswinkel is, mijns inziens terecht, kritisch op dit wettelijke verbod en stelt voor (wettelijk) vast te leggen dat de consument in algemene voorwaarden tot vooruitbetaling van 100% van de koopprijs kan worden verplicht.³⁸ Een vooruitbetaling van meer dan 50% bedingen mag echter wel bij individueel beding dat niet als algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 sub a BW kan worden aangemerkt. Als vooruitbetaling eenmaal (op die manier) is bedongen, dan kan de consument ingevolge art. 13 lid 2 geen enkel recht doen gelden ten aanzien van de uitvoering van de betreffende bestelling of diensten voordat de vooruitbetaling door de ondernemer is ontvangen.

7. Branche­garantie

Ook gunstig voor de consument is dat de Thuiswinkel op grond van art. 16 lid 1 de verplichtingen van de ondernemer voortvloeiend uit een bindend advies van Geschillencommissie Thuiswinkel overneemt als de ondernemer die niet nakomt. Volgens datzelfde artikel wordt de verplichting tot nakoming van de overgenomen verplichting opgeschort als het bindend advies binnen twee maanden na dagtekening daarvan ter toetsing aan de rechter is voorgelegd en vervalt die verplichting door het in kracht van gewijsde gaan van een vonnis waarbij de rechter het bindend advies onverbindend heeft verklaard. Die door Thuiswinkel als 'branche­garantie' aange­de­uide regeling (eigenlijk: schuldover­neming ex art. 6:156 BW) soroert pas effect als de consument zich daar schriftelijk op beroept bij de Thuiswinkel en hij zijn vordering op de ondernemer overdraagt aan Thuiswinkel, aldus art. 16 lid 2. Interessant wordt het als de ondernemer bij wijze van *boiler plate* in aanvulling op de algemene voorwaarden heeft bepaald dat de consument niet gerechtigd is de overeenkomst of zijn daarmee verband houdende rechten of verplichtingen over te doen nemen / over te dragen aan een derde. Zo'n bepaling leidt op grond van art. 3:83 lid 2 BW tot niet-overdraagbaarheid van de vordering en heeft ongeldigheid van een overdracht in strijd met dat beding tot gevolg.³⁹ Gelukkig bepaalt art. 17 nog dat aanvullende bepalingen, zoals zo'n *boiler plate*,

niet ten nadele van de consument mogen zijn.⁴⁰ Daarmee kan de consument (hopelijk) alsnog van de 'branche­garantie' gebruik maken.

8. Conclusie

Grosso modo zijn de Thuiswinkel-voorwaarden consumenten­vriendelijker dan hetgeen waartoe de wet de ondernemer verplicht. In de praktijk is de belangrijkste winst voor de consument het (bij wijze van anticipatie) oprekken van de herroepings-/ontbindingstermijn van art. 7:46d BW van zeven werkdagen tot ten minste veertien dagen. Toch bevatten de voorwaarden een aantal voor de consument onvriendelijke bepalingen, zoals de termijn waarbinnen de ondernemer een onderzoek kan doen naar 'feiten en factoren die van belang zijn voor een verantwoord aangaan van de overeenkomst op afstand' (art. 5 lid 4) en de gevolgen van zo'n onderzoek voor de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst. Verder valt op dat de voorwaarden niet altijd in overeenstemming zijn met de wet. In veel gevallen zijn de voorwaarden strenger voor de ondernemer dan de wet en leidt dit dus niet tot problemen. In sommige gevallen kunnen echter wel problemen ontstaan als de ondernemer zich aan de voorwaarden houdt in plaats van aan de wet, zoals in het geval hij (i) op grond van art. 3 lid 2 algemene voorwaarden beschikbaar stelt in een geval waarin de wet 'vereist' dat hij ze ter hand stelt (art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 lid 1 sub a BW) of (ii) verplicht is de consument te informeren over de vereisten voor de gebruikmaking van het herroepings-/ontbindingsrecht en hij dit op grond van art. 5 lid 5 op andere wijze dan schriftelijk doet, terwijl hij dat op grond van de wet schriftelijk moet doen (art. 7:46c lid 2 sub b BW). Tot slot bevatten de voorwaarden aardig wat onduidelijkheden, waarvan mij het meeste opvalt de wijze waarop wordt omgesprongen met product- en dienstenvoorwaarden die van toepassing zijn naast de algemene voorwaarden van derden (art. 3 lid 4 en 17).

37. Zie voor creative oplossingen van Dell op dat gebied Hof Den Haag 6 juli 2004, *NJ* 2004, 483 (*HCC/Dell I*) en Hof Den Haag 22 maart 2005, *Computerrecht* 2005-43, p. 266-285 (*HCC/Dell II*, m.nt. R.J.J. Westerdijk), waarover Westerdijk in zijn voornoemde noot, L.N. Phoelich, 'Toetsing van de algemene voorwaarden bij verkoop op internet. Enige kanttekeningen bij de collectieve actie van HCC tegen Dell', *JAVI* 2004-1, p. 9-15 alsmede M. van Tol, 'Succesvolle actie HCC tegen algemene voorwaarden Dell. Hof Den Haag 22 maart 2005 (HCC/Dell Computer B.V.)', *MvV* 2005-4, p. 73-75.

38. Werkgroep Betalingsverkeer Nederlandse Thuiswinkel Organisatie, *Position Paper. Online betalen in Nederland. 10 aanbevelingen*, Ede 5 maart 2009, p. 5, te vinden op www.thuiswinkel.org onder Nieuws & Publicaties/Position Papers van de bedrijven website.

39. HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 281 (*Oryx/Van Eesteren*).

40. Misschien moet de consument wel op grond van art. 3 lid 4 expliciet de keuze maken voor art. 16 in plaats van het daarmee strijdige art. 3 lid 4, zie hiervoor in het hoofdstuk 'toepasselijkheid'. Ook hier denk ik dat Geschillencommissie Thuiswinkel of de rechter er in de praktijk niet zo'n punt van zal maken en de consument, voor zover nodig, te hulp zal schieten.