

4 | Samenloop in een meerlagige rechtsorde

Verval en verjaring in het Europees contractenrecht

A.G. Castermans & R. de Graaff [▪]

1 INLEIDING

De laatste reis van het dressuurpaard Poëtin II voerde langs enkele Europese landen: in Duitsland beslag gelegd, in Nederland geveild, verkocht aan de Franse stoeterij *Haras de Hus*. Slechts drie maanden na de veilingkoop moest de aanwinst wegens gezondheidsproblemen worden afgemaakt. De Franse eigenaar kon de aanzienlijke schade echter niet verhalen op verkoper ING, omdat niet tijdig bij de juiste persoon over de medische toestand was geklaagd. Niet alleen zijn rechtsvorderingen gebaseerd op non-conformiteit, maar ook die gebaseerd op dwaling en bedrog werden door het niet in acht nemen van de klachttermijn (art. 7:23 lid 1 BW) geraakt (par. 2).

Dit gegeven vormt aanleiding het leerstuk samenloop nog eens onder de loep te nemen, eerst in nationale, Nederlandse context (par. 3) en daarna in de meerlagige Europese rechtsorde (par. 4). Betoogd wordt dat de voorrang van het Europese recht niet per definitie de grond aan een dreigende samenloop ontnemt, maar dat het nuttig en soms noodzakelijk is de traditionele samenloopcriteria te gebruiken bij het oplossen van nieuwe situaties van interactie. Voorbeelden schuilen in het door de Europese Commissie voorgestelde Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (par. 5-6) en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (par. 7). Beide Europeesrechtelijke instrumenten geven aanleiding tot samenloopproblemen, maar ook ruimte om een oplossing te zoeken binnen het nationale privaatrecht.

2 DE LOTGEVALLEN VAN POËTIN II

ING heeft krediet verstrekt aan Stoeterij De Keizershoeve en tot zekerheid een pandrecht verkregen op al de aan De Keizershoeve toebehorende paarden. Nadat De Keizershoeve in gebreke blijft, neemt ING op 25 augustus 2005 het dressuurpaard Poëtin II in beslag bij Pferdeklíník Kerken in Duitsland. Op

▪ A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. R. de Graaff begint per 1 september 2013 als PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 september 2005 wordt het paard door Cees Lubbers Veilingen B.V. (Zwolle) geveild. Tijdens deze veiling wordt medegedeeld dat het paard mogelijk een irritatie aan de sesamschede heeft. Ook wordt het paard getoond en voert het passage- en galopwisselingen uit. Uiteindelijk verkoopt ING Poëtin II voor ruim 1,1 miljoen euro via een tussenpersoon aan stoeterij Haras de Hus in Petit Mars, vlakbij Nantes in Frankrijk.

Vervolgens wordt Poëtin II op 2 september 2005 naar Parijs vervoerd. Daar constateert een veearts dat het paard in goede conditie verkeert, maar dat lopen moeizaam gaat en pijnlijk is. De advocate van Haras de Hus laat Lubbers Veilingen daarom op 9 september 2005 per fax weten dat haar cliënt zich alle rechten voorbehoudt. Voor het geval Lubbers Veilingen niet als vertegenwoordiger van de verkoper geldt, verzoekt zij het bericht door te leiden aan ING – hetgeen niet gebeurt. Poëtin II ontwikkelt vervolgens een zware vorm van “hoefbevangenheid” – een plotseling optredende kreupelheid – als gevolg waarvan het paard op 13 december 2005 moet worden afgemaakt.

Drie maanden later, op 13 maart 2006, laat de advocate van Haras de Hus aan ING weten dat haar cliënt ING aansprakelijk stelt. Volgens de stoeterij wist ING, of behoorde zij te weten, dat het paard bij Pferdeklíník Kerken langdurig was behandeld en zware medicijnen kreeg toegediend wegens chronische kreupelheid en een peesontsteking. De presentatie aan het veilingpubliek en het vervoer naar Frankrijk zouden de gezondheidsschade bovendien hebben verergerd.

ING betwist deze vorderingen en de hoogte van de schade, maar belangrijker nog, zij beroept zich op de klachtplicht van artikel 7:23 lid 1 BW:

‘De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. (...)’

Omdat Haras de Hus niet tijdig bij ING heeft geklaagd, kan hij zich volgens ING niet meer op non-conformiteit beroepen. De rechter gaat hier in mee:

‘Het beroep van ING op artikel 7:23 BW slaagt. [Haras de Hus] had ING als verkoper op de hoogte dienen te stellen dat het paard niet aan de overeenkomst beantwoordde.’¹

Het feit dat Lubbers Veilingen het bericht van 9 september 2005 niet heeft doorgestuurd aan ING, komt voor het risico van Haras de Hus:

‘Het feit dat hij bij Lubbers Veilingen heeft geklaagd is niet voldoende. Gesteld noch gebleken is dat ING tijdig op de hoogte is gesteld, of dat aan ING zou zijn

1 Rechtbank Amsterdam 8 augustus 2007, L/JN: BB4552.

toe te rekenen dat de klacht haar niet binnen bekwame tijd heeft bereikt. Het feit dat Lubbers Veilingen de brief van de raadvrouw van [Haras de Hus] niet heeft doorgeleid aan ING of haar heeft meegedeeld tot wie zij zich diende te wenden, komt voor risico van [Haras de Hus].'

Aangezien ING de klacht pas een half jaar na de constatering van de Parijse veearts en drie maanden na het overlijden van Poëtin II, ontving, is de klacht volgens de rechter niet 'binnen bekwame tijd' geuit:

'De jurisprudentie hanteert in het licht van de wetsgeschiedenis veelal een termijn van twee maanden. [Haras de Hus] was op de hoogte van de kreupelheid van het paard bij aankomst van het paard in Petit Mars op 3 september 2005. Echter pas bij faxbericht van 13 maart 2006 heeft de raadvrouw van [Haras de Hus] ING op de hoogte gesteld van het gebrek. In dit geval is geen grond aangevoerd, waarom de klachttermijn is overschreden. [Haras de Hus] heeft ook geen feiten of omstandigheden gesteld, waarom een beroep op de termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Nu [Haras de Hus] niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW ING heeft geïnformeerd dat het paard niet aan de overeenkomst beantwoordde, komt hem geen beroep op non-conformiteit toe.'

Ook de subsidiaire vorderingen, gestoeld op bedrog en (wederzijdse) dwaling, stranden vanwege artikel 7:23 lid 1 BW:

'Met ING is de rechtbank van oordeel dat de klachttermijn van 7:23 BW ook geldt voor vorderingen gegrond op dwaling, bedrog of onrechtmatige daad. Het artikel strekt tot bescherming van de belangen van de verkoper en is van toepassing op iedere rechtsovereenkomst van de koper die feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, of die vordering nu is gebaseerd op een wilsgebrek, wanprestatie of op onrechtmatige daad.'

Haras de Hus laat het hier niet bij zitten en gaat in hoger beroep. Het hof sluit zich in zijn tussenarrest aan bij het oordeel van de rechtbank: overschrijding van de in art. 7:23 lid 1 BW gestelde termijn brengt niet alleen mee dat geen beroep op non-conformiteit kan worden gedaan, maar leidt in beginsel ook tot afwijzing van de vorderingen die gebaseerd zijn op dwaling of bedrog.²

Mocht echter vast komen te staan dat ING het veilingpubliek *opzettelijk* onvolledige informatie heeft verstrekt, dan acht het hof het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat ING zich aan de gevolgen van dat onrechtmatig handelen zou kunnen onttrekken door zich te beroepen op de vervaltermijn van artikel 7:23 lid 1 BW. Om de overeenkomst vernietigd te krijgen zal Haras de Hus dus moeten bewijzen dat sprake is van bedrog

² Het tussenarrest is niet gepubliceerd, maar de beslissing wordt aangehaald in het eindarrest: Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, *LJN*: BU7787.

(artikel 3:44 lid 3 BW). Daarvoor is vereist dat Haras de Hus door ING *opzettelijk* in dwaling is gebracht. ING moet hebben beoogd de informatie te verzwijgen en moet tevens hebben beoogd daardoor het veilingpubliek te bewegen tot de aankoop. Het achterhouden van de informatie moet bovendien de keuze van Haras de Hus hebben beïnvloed.

Hoewel wordt aangenomen dat voorwaardelijk opzet volstaat, blijkt het in de praktijk toch moeilijk bedrieglijke verzwijging te bewijzen.³ Ook Haras de Hus slaagt hier niet in. Volgens het hof staat niet vast dat Poëtin II ten tijde van de veiling leed aan artrose of een peesontsteking, noch dat ING bekend was met een ontsteking in het kogelgewricht waardoor ernstige kreupelheid zou zijn ontstaan.⁴ Van misleiding is dus geen sprake; de schade is door ING niet opzettelijk veroorzaakt.⁵ De uitkomst is nadelig voor de Franse stoeterij: het dressuurpaard leeft niet meer, de 1.1 miljoen euro komt niet terug en aan ING moet bovendien ruim 37.000 euro proces- en advocaatkosten worden betaald.⁶

Het blijkt dat de rechter bij non-conformiteit verschillende diverse wettelijke regelingen met elkaar moet verzoenen. Verschillende rechten en verplichtingen die door het aangaan van een contract in het leven worden geroepen, vragen om afstemming: enerzijds de grondslagen waar de koper zich op kan beroepen (ontbinding wegens wanprestatie, vernietiging wegens bedrog of dwaling), anderzijds de plicht die op hem rust de verkoper tijdig over non-conformiteit te informeren. Hoe dienen dergelijke samenloopproblemen volgens het nationale privaatrecht te worden opgelost?

3 Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden, 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 143; C.C. van Dam in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechts-handeling en overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk recht, Deel 3, Deventer: Kluwer 2010, nr. 178; A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-III**, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 252; Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-I, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 253. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 augustus 2011, *NJF* 2011, 477, r.o. 4.7-4.8. In een procedure voor het Gerechtshof Amsterdam lukte het eisers wel een bank (toevallig ook ING) veroordeeld te krijgen tot schadevergoeding, wegens het achterhouden van essentiële informatie. Het ging hier om schending van een *contractuele* verplichting om die informatie te verstrekken, waarbij de bank zich niet aan aansprakelijkheid kon onttrekken door zich te beroepen op het verlopen van de contractuele klachttermijn van 45 dagen, zie Hof Amsterdam 6 november 2012, *LJN*: BY8291, r.o. 4.36.

4 Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, *LJN*: BU7787, r.o. 2.4.

5 Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, *LJN*: BU7787, r.o. 2.6.

6 In eerste aanleg 11.089 euro en in hoger beroep 25.932 euro: Gerechtshof Amsterdam, 6 december 2011, *LJN* BU7787.

3 SAMENLOOP IN HET NATIONALE PRIVAATRECHT

In het Nederlands privaatrecht spreken wij van samenloop van rechtsregels als op één feitencomplex twee of meer regels voor toepassing in aanmerking komen.⁷ De vraag is welke invloed de ene rechtsregel heeft op het toepassingsbereik van een andere rechtsregel. Komen zij voor gelijktijdige toepassing in aanmerking of behoort één van die rechtsregels niet te worden toegepast, gelet op de strekking van de regels? Moet tussen de voor toepassing in aanmerking komende rechtsregels een keuze worden gemaakt?

Voor het nationale privaatrecht zijn de samenloopregels redelijk uitgekristalliseerd. Indien een geval onder het toepassingsbereik van verschillende rechtsregels valt, mag de belanghebbende kiezen op welke regels hij een beroep wenst te doen: de *keuzevrijheid* staat voorop. De Hoge Raad verwoordt het als volgt:

‘Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.’⁸

Kunnen de rechtsgevolgen niet gelijktijdig intreden dan moet de belanghebbende kiezen tussen de verschillende rechtsregels (*keuzeplicht*), tenzij de wet voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt dat er geen keuze is (*exclusiviteit*).⁹

7 C.A. Boukema, *Samenloop* (Mon. nieuw BW; A21), Deventer: Kluwer 1992, nr. 1; W. Sniijders, ‘Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW’, in: J.F. Glastra van Loon (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 454; L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Kluwer: Deventer 2005, p. 93; I.S.J. Houben, ‘Exclusiviteit’, in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 23), Deventer: Kluwer 2007, p. 25; A.G. Castermans & H.B. Krans, ‘Samenloop en de toegang tot de rechter’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 156. Wij gaan hier niet nader in op de discussie over de vraag of moet worden gesproken van ‘rechtsfeit’ of ‘feitencomplex’. Daarover J.F.M. Janssen, ‘Wanneer is sprake van samenloop?’, in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 23), Deventer: Kluwer 2007, p. 18-23; Sniijders 1973, p. 454.

8 HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621, r.o. 4.2 (*Fernhout/Essent*). De Hoge Raad spreekt hier van samenloop van rechtsgronden voor een vorderingsrecht. Samenloop doet zich ook voor bij gronden van verweren of bij bevoegdheden. Vandaar dat wij van samenloop van rechtsregels spreken. Vergelijk ook art. 6:215 BW, sprekend over ‘bepalingen’.

9 De terminologie wijkt af van de veel gebruikte begrippen ‘cumulatie’ en ‘alternativiteit’. *Keuzevrijheid* brengt beter tot uitdrukking dat de belanghebbende vrij is om de verschillende grondslagen van haar vordering te kiezen, terwijl ‘cumulatie’ suggereert dat de verschillende mogelijke grondslagen toegepast *dienen* te worden, implicerend dat de rechter ambtshalve zou moeten aanvullen – hetgeen niet het geval is. *Keuzeplicht* brengt, beter dan ‘alternativiteit’, tot uitdrukking dat de belanghebbende expliciet een keuze moet maken tussen verschillende rechtsregels, indien de rechtsgevolgen niet naast elkaar kunnen

De rechter zal dus uit de aard en de strekking van de betrokken regels moeten afleiden of sprake is van keuzevrijheid, keuzeplicht of exclusiviteit.

Naar Nederlands recht kan de koper bij non-conformiteit (art. 7:17 BW) een heel scala aan rechtsvorderingen instellen, gegrond in zowel het contractuele als het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁰ Hier speelt een samenloopprobleem, omdat die rechtsvorderingen elk een eigen verval- of verjaringsregeling kennen. De verjaringstermijn van een op bedrog gebaseerde vordering bedraagt drie jaar nadat het bedrog is ontdekt (art. 3:52 lid 1 onder c in verbinding met art. 3:44 lid 3 BW). Bij een op non-conformiteit gebaseerde vordering (art. 7:17 BW) dient op straffe van verval van de desbetreffende vordering binnen bewakende tijd te worden geklaagd (art. 7:23 lid 1 BW).¹¹ De klacht luidt een verjaringstermijn in van twee jaar (art. 7:23 lid 2 BW). Op een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad zijn op grond van artikel 3:310 lid 1 BW twee verjaringstermijnen van toepassing: 'een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt'.¹²

Geldt de klachttermijn van artikel 7:23 lid 2 BW voor alle rechtsvorderingen, of gelden de termijnen uit Boek 3? In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:23 lid 1 BW worden ratio en gevolg van de klachtplicht toegelicht:

'Hier gaat het om de onderzoeks- en waarschuwingsplicht van de koper, die ertoe strekt de verkoper voor late en moeilijk meer betwistbare klachten te behoeden. (...) Indien de koper niet aan zijn verplichting krachtens lid 1 voldoet, verliest hij alle rechten terzake van de tekortkoming, daaronder begrepen de in het tweede lid, tweede zin, bedoelde bevoegdheid tot vermindering van de koopprijs'.¹³

intreden. Hierover nader A.G. Castermans & H.B. Krans, 'Samenloop en de toegang tot de rechter', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 156-159; over de verwarring die de begrippen 'cumulatie' en 'alternativiteit' veroorzaken ook A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 154.

10 Aflevering, herstel of vervanging (art. 7:22 BW), vergoeding van de schade wegens tekortkoming in de nakoming (art. 6:74 BW), vernietiging van de koopovereenkomst op grond van bedrog of dwaling (art. 3:44 en 6:228 BW) en vergoeding voor schade als gevolg van misleidende reclame (art. 6:194 BW). Daarnaast kan hij zich tot de producent of leverancier wenden (art. 6:185 BW).

11 Zou Haras de Hus niet een stoeterij zijn geweest, maar een consument-koper met een voorliefde voor exclusieve paarden, dan staat de Richtlijn Consumentenkoop toe dat lidstaten voor deze koper een termijn van twee maanden bepalen, hetgeen in ons Burgerlijk Wetboek in artikel 7:23 lid 1 is opgenomen; zie Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumentengoederen, *Pb. EG* 1999, L 171/12, art. 5 lid 2.

12 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112, m.nt. C.E. du Perron, r.o. 3.4 (*Saelman*).

13 *MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 152.

De koper, particulier of professioneel, heeft vervolgens maximaal twee jaar om in actie te komen. Artikel 7:23 lid 2 BW bepaalt immers:

‘Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving.’

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever, in het belang van koper én verkoper, met artikel 7:23 lid 2 BW een uniforme verjaringstermijn van twee jaar bedoelde te creëren, ook voor de vorderingen uit onrechtmatige daad.¹⁴ De Hoge Raad volgde de wetgever en oordeelde dat de tweejaarstermijn geldt voor ‘iedere rechtsvordering van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd’.¹⁵ Een jaar later verklaarde de Hoge Raad het regime van artikel 7:23 BW ook van toepassing op vorderingen gebaseerd op dwaling.¹⁶ Op deze manier haalde de Hoge Raad de angel uit deze samenloopproblemen: de belanghebbende behoudt zijn vrijheid een grondslag te kiezen voor een vordering wegens een conformiteitsgebrek, maar die keuze blijft wel zonder gevolgen voor de bescherming die artikel 7:23 BW beoogt te bieden.¹⁷ Bij samenloop van non-conformiteit en dwaling of onrechtmatige daad zal de koper dus steeds tijdig moeten klagen en binnen twee jaar daarna zijn vordering(en) moeten instellen.

Over samenloop van non-conformiteit en het wilsgebrek bedrog heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten. In de rechtspraak valt wel een duidelijke lijn te ontdekken: steeds wordt geoordeeld dat artikel 7:23 BW zich ook uitstrekt

14 Zie uitgebreid par. 4.8-4.20.1 Conclusie A-G Spier voor HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (*Inno Holding/Gemeente Sluis*); zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 7 Inv., p. 152 en 154.

15 Zie uitgebreid Conclusie AG Spier voor HR 21 april 2006, NJ 2006, 272, (*Inno Holding/Gemeente Sluis*) par. 4.8-4.20.1; herhaald in HR 23 november 2007, NJ 2008, 552, r.o. 4.8.2. (*Ploum/Smeets*).

16 HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636, r.o. 3.8. (*Pouw/Visser*).

17 Deze methode is vaker door de HR gebruikt. Vgl. HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621, m.nt. K.F. Haak (bij aanvaring heeft de eiser de keuze tussen een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of uit aanvaring, maar voor beide vorderingen geldt de kortere verjaringstermijn van art. 8:1793 BW); HR 2 december 2011, NJ 2012, 197, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (langere verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW verwijst onder meer naar de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen uit art. 6:175 BW, maar is ook van toepassing als een dergelijke vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad); HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, m.nt. J.B.M. Vranken (langere verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW is ook van toepassing als vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad).

tot vorderingen gebaseerd op bedrog.¹⁸ Hier valt wel wat voor te zeggen, indien bij het bepalen van de bewakende termijn waarbinnen moet worden geklaagd rekening kan worden gehouden met het eventueel bedrieglijk verborgen houden van de verwachte eigenschappen.¹⁹ Artikel 7:23 lid 3 BW bepaalt immers dat de ‘termijn’ niet loopt zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper. Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever voor toepassing van artikel 7:23 BW mede het oog heeft gehad op gevallen van bedrog:

‘Indien de koper de afwijking niet ontdekt heeft en derhalve daarvan niet binnen de in lid 1 gestelde termijn kennis heeft gegeven, omdat de verkoper deze afwijking bewust verborgen heeft gehouden of opzettelijk nagelaten heeft deze mede te delen, gaat het recht van de koper niet verloren.’²⁰

Maar als de koper, zoals in het geval van de Franse stoeterij, het gebrek eenmaal kent, biedt artikel 7:23 lid 3 BW geen soelaas. Voor de bedrogen koper rest niets anders dan te onderzoeken of het bedrog losstaat van de nonconformiteit, zoals Hijma schrijft:

‘Vertrekkende bij nonconformiteit, prent het artikel [7:23 BW, AGC/RdG] ons in dat wanneer een beroep daarop niet meer mogelijk is en de koper een andersoortig middel inzet, men goed zal moeten onderzoeken of dit alternatief in zijn uitwerking wellicht zozeer tegen een nonconformiteitsberoep aanleunt, dat het het lot daarvan moet delen.’²¹

Niettemin betoogt hij, in lijn met andere schrijvers, dat de schuldeiser bij bedrog juist ontheven zou moeten zijn van de klachtplicht, mede omdat een bedriegende schuldenaar geen recht zou mogen hebben op de bescherming die de klachtplicht hem biedt.²² Deze discussie zal ook op het niveau van

18 Hof ‘s-Hertogenbosch 4 oktober 2011, *LJN*: BT6945, r.o. 4.5; Hof ‘s-Gravenhage 16 maart 2010, *NJF* 2010, 170, r.o. 13; Hof ‘s-Hertogenbosch 3 juni 2008, *LJN*: BD9792, r.o. 4.4.1-4.4.3; Hof ‘s-Gravenhage 25 april 2007, *NJF* 2007, 288, r.o. 7; Rb. Leeuwarden 19 maart 2008, *NJF* 2008, 218, r.o. 4.3; Rb. Zwolle 5 maart 2008, *LJN*: BD8262, r.o. 6.6.-6.9.; Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB4552. Hof Arnhem laat in het midden of de klachtplicht ook geldt voor een vordering op grond van bedrog, maar verklaart art. 7:23 BW wel van toepassing op art. 6:230 lid 2 jo 6:228 BW, zie Hof Arnhem 29 april 2008, *NJF* 2008, 355, r.o. 4.9. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (Mon. BW; A6b), nr. 39 en ‘De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties’, *RMThemis* 2007/1, p. 22 onder f.

19 Zie H.N. Schelhaas, ‘Klagen over bedrog! (redactioneel)’, *NTBR* 2013/6.

20 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 147.

21 Jac. Hijma, ‘Klachtplicht en bedrog’, *WPNR* 2009/6781, p. 18-21, par. 7.

22 S. Tamboer, ‘De klachtplicht van de koper in het Nederlandse kooprecht’, *TvC* 2008/6, p. 222. C. Bollen, T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant’, *NJB* 2009/43; Hijma 2009, p. 18-21 (voorzichtig instemmend: G.T. de Jong, Differentiatie in grondslag en aard van wettelijke vervaltermijnen in het vermogensrecht en de gevolgen voor de toepassing daarvan, *WPNR* 2012/6945, par. 4); J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen’, *NTBR*

het Europese contractenrecht kunnen worden gevoerd, want ook daar buitelen de verschillende termijnen en klachtplichten over elkaar heen.

4 SAMENLOOP IN EEN MEERLAGIGE RECHTSORDE

Rechtsvinding in de Europese rechtsorde waarin de koop van de kreupele Poëtin II zijn beslag kreeg, wordt gekenmerkt door verschillende lagen aan regelgeving, van privaats- en publiekrechtelijke aard, afkomstig uit zowel het Europese als het nationale recht. Afstemming is op verschillende niveaus nodig.²³ Daarbij kunnen de traditionele samenloopregels een nuttig raamwerk vormen.²⁴ Volgens Smith wordt de rechter immers niet geconfronteerd met wezenlijk nieuwe problemen, en kan hij dan ook gebruikmaken van de bestaande instrumenten in zijn 'gereedchapskist'.²⁵

Nieuwe gevallen van interactie nodigen wel uit de klassieke definitie van samenloop bij te stellen. De definitie van Boukema luidde:

'Van samenloop van rechtsregels is sprake als op één rechtsfeit twee of meer regels van *eenzelfde rechtsstelsel* voor toepassing in aanmerking komen.' (curs. AGC/RdG)²⁶

Hartkamp betwijfelt het nut van de voorwaarde dat de rechtsregels tot eenzelfde rechtsstelsel moeten behoren. Het vereiste levert overigens geen directe problemen op als men samenloop tussen Europees en nationaal recht wil onderzoeken, daar de toepasselijke regels van Europees recht strikt genomen

2010/5. J.G.H. Meijerink, 'De klachtplicht in Europees perspectief', *NTBR* 2010, 16 (met een beroep op rechtsvergelijking). Een mogelijkheid is het gedrag van de verkoper te toetsen aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die met zich mee zouden brengen dat een beroep op art. 7:23 BW onaanvaardbaar zou zijn, als sprake zou zijn van bedrog. Het Hof Amsterdam erkende deze mogelijkheid in de zaak Haras de Hus/ING, maar de koper slaagde er daar niet in bedrog te bewijzen. Zie Gerechtshof Amsterdam 6 december 2011, *LJN*: BU7787.

23 Zie ook W. Snijders, 'Twintig jaar nieuw BW', *AA* 2012, p. 952-954 (december 2012, afl. 11).

24 Anders: F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009-6796, par. 3.1: 'Zou men ook deze problematiek onder het begrip samenloop willen vatten, dan zou het oeverloos worden.'

25 C.E. Smith, 'Meergelaagdheid van rechtsordes: oude wijn in nieuwe zakken?', *AA* 2011, p. 753-757, p. 755 (oktober 2011, afl. 9), onder verwijzing naar J.B.M. Vranken, C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 75.

26 C.A. Boukema, *Samenloop* (Monografieën nieuw BW. A-serie; 21), Deventer: Kluwer 1992, nr. 1. De beperking tot regels van hetzelfde rechtsstelsel is overigens niet terug te vinden in zijn proefschrift: C.A. Boukema, *Civilrechtelijke samenloop* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966. Anders: Brunner spreekt van samenloop 'als op één rechtsfeit verschillende normen van objectief recht van toepassing kunnen zijn'. Zie C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1; Bakels noemt het vereiste evenmin: F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009-6796, p. 337.

tot hetzelfde rechtsstelsel behoren.²⁷ Toch is het te verkiezen de voorwaarde weg te laten. De definitie van samenloop blijft dan overeind, maar zij wordt beter hanteerbaar voor nieuwe gevallen van samenloop, tussen grondslagen uit het nationale recht en uit andere, internationale rechtsbronnen.²⁸ De herkomst van de regels blijft wel van belang om vast te stellen of zij gelijktijdig voor toepassing op de betreffende casus in aanmerking komen.

Binnen het Europees recht gaat het eerst en vooral om regels die door de belanghebbende voor de rechter kunnen worden ingeroepen, om regels die *directe* werking hebben. Dit hangt af van het type regel (verdragsbepalingen, verordeningen, algemene rechtsbeginselen) en soms ook van de rechtsverhouding: op richtlijnen kan wél een beroep worden gedaan door een burger tegenover een overheid (directe verticale werking), maar niet in een geschil tussen particuliere partijen (directe horizontale werking). Daarom concludeert Hartkamp dat in die situaties geen sprake kan zijn van samenloop: '[e]en richtlijn kan (...) in zo'n verhouding niet samenlopen met bijvoorbeeld de nationale uitvoeringswet'.²⁹

Maar indien een nationale regel met Europese wortels samenloopt met een andere nationale regel – eventueel ook met Europese wortels – dan zal toch zoveel als mogelijk recht moeten worden gedaan aan de richtlijn of richtlijnen.³⁰ Ook al hebben de richtlijnen geen directe werking, zij zullen wel moeten worden verzoend, met elkaar en met regels van nationaal recht

27 A.S. Hartkamp 2011, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 157.

28 Hoewel geen onderwerp van onderzoek in deze bijdrage, is het ook denkbaar dat samenloop optreedt tussen toepasselijke regelingen van internationaal en Europees recht. Daar betreft het wel duidelijk regels die afkomstig zijn uit verschillende rechtsordes. Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ EG 10 januari 2006, nr. C-344/04 (*IATA & ELFAA*), waar het HvJ geconfronteerd werd met twee toepasselijke regelingen: het Verdrag van Montreal en Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 295/91 (*PbEU* 2004, L 46/1).

29 A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 158. Centraal in zijn bijdrage staat overigens (vanaf p. 159) de samenloop tussen Europeesrechtelijke regels onderling en de wijze waarop het HvJ hierover beslist. Dit type samenloop komt niet in onze bijdrage aan de orde.

30 Vgl. HvJ EG 22 april 1999, nr. C-423/97 (*Travel Vac SL/Sanchis*), r.o. 22-23, waarin het HvJ overwoog dat indien op een feitencomplex twee richtlijnen van toepassing zijn, de desbetreffende richtlijnen in beginsel beide van toepassing zijn. Dit is slechts anders indien een van beide richtlijnen bepalingen bevat die de toepassing van de andere richtlijn uitsluiten. Over deze zaak A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I**, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 171.

die in de gegeven situatie ook voor toepassing in aanmerking komen.³¹ In sommige richtlijnen kan bijvoorbeeld een potentieel samenloopprobleem zijn ingebouwd, zoals in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is bepaald dat de richtlijn het contractenrecht onverlet laat.³² Zijn dit nu gevallen van samenloop, waarbij de rechter moet nagaan of het Europees recht partijen enige vrijheid laat, dan wel exclusiviteit toekent aan de regel met Europese wortels?

Zeker is in ieder geval dat bij een onderzoek naar de verhouding van Europese regelgeving tot het nationale privaatrecht het uitgangspunt keuzevrijheid moeilijk denkbaar is. Hiërarchie speelt immers een belangrijke rol. Het Europese (constitutionele) recht bepaalt wanneer Europese regels moeten worden toegepast en beoogt te garanderen dat deze regels en hun doelstellingen zoveel mogelijk worden verwezenlijkt. Dit gebeurt onder meer door middel van beginselen als voorrang, directe werking, gelijkwaardigheid en doelmatigheid, en door methoden als de richtlijnconforme interpretatie. De uitkomst van een geschil wordt dan niet alleen bepaald door 'wetsuitleg', maar ook 'door staatsrechtelijke beginselen van normenhiërarchie en voorrang', aldus Hartkamp.³³

31 Ook zonder directe werking blijft het EU-recht invloed uitoefenen; vgl. de invloed van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie op de keuzevrijheid van de rechter bij de uitleg van het nationale recht: ook dan zal zoveel mogelijk recht worden gedaan aan het doel van de richtlijn. Zie Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 274 e.v. In sommige gevallen wordt de rechter door het HvJ uitdrukkelijk aan deze interpretatieplicht herinnerd. Zie bijv. HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 (*Dominguez*), waarin het Cour de Cassation aanvankelijk had gesteld dat richtlijnconforme uitleg van het Franse recht niet mogelijk was (r.o. 26), maar na de uitspraak van het HvJ toch besliste dat de lagere rechter richtlijnconform moest uitleggen; zie Cour de Cassation, Chambre sociale (Frankrijk) 3 juli 2012, *Mme X c. Centre-Ouest Atlantique* [2012] Publié au bulletin, nr. 08-44.843. Ook in andere arresten laat het HvJ de uiteindelijke keuze over aan de nationale rechter, maar suggereert het wel dat richtlijnconforme interpretatie mogelijk is; zie bijv. HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03 (*Pupino*), hoewel niet in een privaatrechtelijke kwestie, en voor overige voorbeelden: P. Craig & G. De Burca, *EU Law (5th ed.)*, Oxford: OUP 2011, p. 204. Over de verhouding tussen voorrang en directe werking ook A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I**, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 11.

32 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU2005, L149/22*), art. 3 lid 2: 'Deze richtlijn laat het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet.' Voor overige voorbeelden, zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I**, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 171.

33 A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europees privaatrecht', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169, p. 158; vgl. F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009-6796, par. 3.1; zie nader over de verhouding tussen

Mocht het in een procedure draaien om een conflict tussen een Europese regel met directe werking en een daarmee strijdige nationale regel, dan lijkt de uitkomst helder: de nationale regel moet buiten toepassing worden gelaten. In samenloopstermen is dan sprake van *exclusieve* werking van de Europese regel. Volgens Sieburgh is er echter geen sprake van samenloop, omdat het voorrangsbeginsel 'de grond aan een dreigende samenloop' ontnemt. Na toepassing van het voorrangsbeginsel blijft wel 'ruim spel voor samenloop', bijvoorbeeld tussen de Europese regel en een bepaling van nationaal recht die niet door het voorrangsbeginsel buiten werking is gesteld.³⁴

Op voorhand kan evenwel niet worden uitgesloten dat een direct werkende Europese regel enige werking van een regel van nationaal recht toelaat. Voorrang betekent niet per definitie exclusiviteit, ook niet als de nationale regel op het eerste gezicht conflicteert met de Europese. Dit willen wij in het vervolg van deze bijdrage laten zien aan de hand van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (par. 5-6). Vervolgens richten wij de blik op nationale regels met Europese wortels: de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (par. 7). Door nationale samenloopcriteria te gebruiken dient een oplossing zich aan.

5 VERVAL EN VERJARING ONDER HET GEMEENSCHAPPELIJK KOOPRECHT

De Europese Commissie wil partijen uit verschillende lidstaten in staat stellen hun contractuele rechtsverhouding te laten beheersen door één Gemeenschappelijk Europees kooprecht (GEKR³⁵). De Commissie heeft daartoe in oktober 2011 een voorstel gedaan, waarin ook de tekst van de door de Raad en het Europese Parlement aan te nemen Verordening is opgenomen.³⁶

Volgens de Commissie zouden ondernemers en consumenten die nu nog worden geconfronteerd met 27 verschillende Europese rechtssystemen, in staat moeten worden gesteld te kiezen voor 'a single uniform set of contract laws', dat 'the full life cycle of a contract' zou moeten beheersen.³⁷ Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om een veilingkoopovereenkomst, zoals die tussen

Europees recht en Nederlands vermogensrecht A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I**, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 8-21.

34 C.H. Sieburgh, 'Ich weiß nicht was soll es bedeuten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239-267, p. 249-250, zie ook p. 243. Sieburgh wijst op verschillende mogelijkheden van samenloop, waarvoor binnen het nationale recht, met inachtneming van Europeesrechtelijke beginselen, een oplossing moet worden gezocht. Zij doelt daarbij op samenloopproblemen die ontstaan *nadat* door toepassing van het voorrangsbeginsel een strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet blijven.

35 In het Engels: Common European Sales Law (CESL).

36 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635.

37 COM (2011) 635, p. 16, par. 6.

Haras de Hus en ING is gesloten: een executoriale verkoop van een roerend goed tussen twee partijen uit verschillende EU-lidstaten.³⁸

Artikel 11 van de concept-Verordening kent *exclusieve werking* toe aan dit Europese kooprecht, mits partijen daar rechtsgeldig voor hebben gekozen:

'Where the parties have validly agreed to use the Common European Sales Law for a contract, only the Common European Sales Law shall govern the matters addressed in its rules. Provided that the contract was actually concluded, the Common European Sales Law shall also govern the compliance with and remedies for failure to comply with the pre-contractual information duties.'

In considerans 27 worden leerstukken genoemd die, voor zover ze niet door de Verordening worden geregeld, door het nationale recht worden beheerst. Het gaat dan bijvoorbeeld om het goederenrecht en de onrechtmatige daad. In considerans 28 wordt overwogen dat de Verordening zich nadrukkelijk *niet* uitstrekt tot onderwerpen die zich buiten de werkingssfeer van het contractenrecht bevinden, zoals informatieplichten die partijen moeten beschermen tegen gezondheids- en veiligheidsrisico's:

'The Common European Sales Law should not govern any matters outside the remit of contract law. This Regulation should be without prejudice to the Union or national law in relation to any such matters. For example, information duties which are imposed for the protection of health and safety or environmental reasons should remain outside the scope of the Common European Sales Law. This Regulation should further be without prejudice to the information requirements of Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.'

Grofweg heeft een keuze voor het GEKR de volgende tweedeling tot gevolg: het contractenrecht wordt grotendeels beheerst door de Verordening, het buitencontractuele gedeelte door het nationale privaatrecht. Samenloop kan zich vervolgens voordoen als de aansprakelijkheid van de verkoper zowel gegrond kan worden op het Gemeenschappelijk kooprecht als op een andere grondslag uit het BW. De vraag dringt zich op in hoeverre de ene grondslag kan worden toegepast naast de andere, in het bijzonder wanneer de verjarings- of vervaltermijnen verschillen.

Stel dat ING en Haras de Hus de veilingkoopovereenkomst hadden gesloten onder het GEKR. Hun rechtsverhouding zou worden beheerst door 186

38 Ervan uitgaand dat Haras de Hus een 'small or medium-sized enterprise' (SME) is: minder dan 250 werknemers, met niet meer dan 50 miljoen euro omzet of 43 miljoen euro op de balans; zie art. 7 concept-Verordening, European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635, p. 26.

wetsartikelen, die als bijlage bij de concept-Verordening zijn gepubliceerd.³⁹ De artikelen 48 en 49 geven de koper de mogelijkheid de overeenkomst te vernietigen als sprake is van dwaling of bedrog. De verkoper dient tijdig over de vernietiging geïnformeerd te worden, wil deze effect hebben: binnen zes maanden bij dwaling (art. 52 lid 2 sub a), binnen een jaar bij bedrog (art. 52 lid 2 sub b). Deze termijnen vangen aan op het moment dat ‘the avoiding party becomes aware of the relevant circumstances or becomes capable of acting freely’ en gelden zowel voor de consument als voor de professional.

Welke remedies zijn er bij non-conformiteit? De teleurgestelde koper kan nakoming vorderen (art. 110), zijn eigen prestatie opschorten (art. 113), de overeenkomst ontbinden (art. 114) en de koopprijs terugvorderen (art. 172), de prijs verminderen (art. 120) en schadevergoeding eisen (art. 159).⁴⁰ Uit het GEKR blijkt niet duidelijk welke verjaringstermijn op de rechtsvordering tot ontbinding van toepassing is.⁴¹ Artikel 178 bepaalt:

‘A right to enforce performance of an obligation, and any right ancillary to such a right, is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with this Chapter.’

De ontbinding kan moeilijk als een ‘right to enforce performance’ worden gekwalificeerd, daar de actie juist het tegenovergestelde wil bereiken.⁴² Het European Law Institute concludeert dan ook over de huidige tekst van het GEKR:

‘It is still unclear within the CESL whether remedies for nonperformance are subject to prescription.’⁴³

39 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels 11.10.2011, COM (2011) 635, p. 33-110. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de artikelen uit de concept-Verordening en artikelen uit het GEKR.

40 De professionele koper kan de overeenkomst ontbinden ‘if the seller’s non-performance under the contract is fundamental’ (art. 114 lid 1); voor de consument geldt een lagere drempel: de non-conformiteit mag niet ‘insignificant’ mag zijn, voor het overige kan hij ontbinden (art. 114 lid 2).

41 In ons Burgerlijk Wetboek is hiervoor een aparte bepaling opgenomen: artikel 3:311 BW bepaalt de verjaringstermijn voor een rechtsvordering tot ontbinding. Art. 6:268 BW bepaalt dat verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding ook de bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding doet vervallen.

42 Ook in het commentaar van Møgelvang-Hansen bij art. 178 wordt verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding niet besproken: ‘the prescription rules concern enforcement of the rights to performance of an obligation under CESL (P), be they contractual or non-contractual, monetary or non-monetary’, en in de daaropvolgende opsomming wordt de ontbinding niet genoemd, zie Schulze (red.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 2012, p. 724.

43 J. Thomas e.a. (red.), *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on the Common European Sales Law*, ELI: Vienna 2012, p. 321 (te raadplegen via www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/).

Wel bepaalt artikel 119 lid 1 dat het recht te ontbinden *vervalt* als hij de verkoper niet 'within a reasonable time' informeert, na het ontstaan van het recht of nadat hij bekend werd met de non-conformiteit. De consument moet de verkoper wel informeren over de ontbinding, wil deze effect hebben (art. 118), maar voornoemde vervalttermijn is niet op hem van toepassing (art. 119 lid 2 sub a). Uit het GEKR blijkt inderdaad ook niet welke termijn wél van toepassing zou zijn.⁴⁴

De professionele koper is voorts belast met onderzoeks- en klachtplichten. Na aflevering dient deze koper zo snel mogelijk, of in ieder geval binnen veertien dagen, de goederen te (laten) onderzoeken (art. 121 lid 1). Is sprake van non-conformiteit, dan moet de verkoper hierover binnen redelijke termijn worden geïnformeerd (art. 122 lid 1). Twee jaar na aflevering *vervallen* de rechten van de professionele koper:

'The buyer loses the right to rely on a lack of conformity if the buyer does not give the seller notice of the lack of conformity within two years from the time at which the goods were actually handed over to the buyer in accordance with the contract.'
(art. 122 lid 2)

De bepaling kent geen bijzondere voorziening voor het geval de non-conformiteit verband houdt met bedrog.⁴⁵ Verder lijkt artikel 122 lid 1 GEKR zich, net als artikel 7:23 lid 2 BW, uit te strekken tot iedere rechtsvordering van de koper die feitelijk gegrond is op de non-conformiteit, zij het uitsluitend met betrekking tot de professionele koper. Ook Zoll komt tot de conclusie dat 'the buyer can no longer exercise the remedies for the lack of conformity'.⁴⁶

Stel dat Haras de Hus een consument was geweest, met een voorliefde voor exclusieve paarden. Welke termijnen zijn dan op zijn vorderingen van toepassing? Voor zover zij zijn gebaseerd op non-conformiteit (nakoming, schadevergoeding en terugvorderen koopprijs), gelden de termijnen uit Chapter

44 Kritisch hierover zijn tevens S. Vogenauer, de Law Commission en de Scottish Law Commission, die voorstellen ook voor consumenten een termijn te bepalen. Zo wordt voorkomen dat discussie ontstaat over de vraag op welk moment de consument niet meer zou mogen ontbinden, omdat dit in strijd zou komen met de plicht zich jegens de wederpartij 'in accordance with good faith and fair dealing' te gedragen (art. 2 GEKR), zie S. Vogenauer, 'The Drafting of the CESL: An Assessment and Suggestions for Improvement', 15 oktober 2012, beschikbaar via: <http://www.europarl.europa.eu/studies>, p. 18 (geraadpleegd 12 februari 2013); The Law Commission [of England and Wales] and The Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government*, 10 November 2011, beschikbaar via: http://www.scotlawcom.gov.uk/index.php/download_file/view/931/468/ (geraadpleegd 12 februari 2013), par. 4.136.

45 Zoals de mogelijkheid om bij het bepalen van de bekwame tijd waarbinnen moet worden geklaagd rekening te houden met het bedrog (art. 7:23 lid 3 BW).

46 Commentaar F. Zoll bij artikel 122 GEKR in: Schulze (red.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 2012, p. 531.

18 onverkort. Er is sprake van een *korte* termijn van twee jaar (art. 179 lid 1).⁴⁷ Daarnaast bestaat een *lange* termijn van tien jaar (art. 179 lid 2).

De eerste twee leden van artikel 180 bepalen wanneer de verjaringstermijnen aanvangen:

- '1. The short period of prescription begins to run from the time when the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts as a result of which the right can be exercised.
2. The long period of prescription begins to run from the time when the debtor has to perform or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right.'

Dit zijn tegelijkertijd de enige verjaringstermijnen waar de consument-koper rekening mee hoeft te houden. Kiest hij voor een actie wegens non-conformiteit, dan rusten op hem geen verdere onderzoeks- of klachtplichten (art. 106 lid 3). Dat is gunstig voor de consument: hij raakt zijn rechten niet op korte termijn kwijt. Toch kleeft er uit het perspectief van de consument ook een nadeel aan: bij bekendheid van de klacht gaat de verjaringstermijn van twee jaar meteen lopen.⁴⁸ Naar Nederlands recht is dat pas het geval nadat is geklaagd.

6 SAMENLOOP ONDER HET GEKR

Het GEKR geeft de teleurgestelde koper dus verschillende remedies om in actie te komen als het geleverde niet voldoet aan de overeenkomst. Zoals de casus Haras de Hus/ING illustreert kan daarbij tevens sprake zijn van dwaling of bedrog. Voor samenloop tussen de verschillende contractuele remedies bevat artikel 57 GEKR de volgende regel:

'A party who is entitled to a remedy under this Chapter ['Defects in consent', AGC/RdG] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either of those remedies.'

⁴⁷ De korte termijn van twee jaar is opmerkelijk. In het DCFR, de UNIDROIT Principles en de PECL wordt een termijn van drie jaar gehanteerd, in de UN Convention on the Limitation of Periods in the International Sale of Goods vier jaar (zie art. III-7:201 DCFR, art. 10.2 lid 1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, art. 14:201 PECL, art. 8 LPISG). Bovendien is deze verjaringstermijn een jaar korter dan de termijn van drie jaar die de consument krijgt om dezelfde schade bij de producent te verhalen, op grond van de Richtlijn Productaansprakelijkheid (art. 6:191 lid 1 BW).

⁴⁸ Bij de consument-koper lijkt, op basis van de tekst van art. 180 lid 1 ('prescription begins to run from the time when the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts'), in ieder geval ruimte te zijn om bij het bepalen van het aanvangsmoment het bedrog mee te wegen (zoals onder art. 7:23 lid 3 BW mogelijk is, bij het bepalen van de bekwame tijd waarbinnen moet worden geklaagd).

Ook hier staat de keuzevrijheid voorop. Uit het GEKR blijkt bovendien niet dat de (kortere) verjaringstermijn voor vernietiging wegens dwaling of bedrog exclusief is bedoeld.⁴⁹ Bovenstaande bepaling benadrukt dat eiser de vrijheid heeft om na verloop van die termijn zijn vorderingsrechten wegens de non-conformiteit uit te oefenen.

Maar er ontstaan meer samenloopproblemen. Er kunnen namelijk ook grondslagen voor schadevergoeding bestaan in het nationale buitencontractuele recht, bijvoorbeeld de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of misleidende reclame (art. 6:194 BW). De koper kan zich bovendien tot de producent of leverancier wenden (art. 6:185 e.v. BW). De keuze voor het GEKR stelt immers alleen het nationale contractenrecht buiten werking.

De rechter kan dus geconfronteerd worden met verschillende, klassieke samenloopvragen – niet alleen binnen het GEKR, maar ook tussen dat instrument en het nationale buitencontractuele recht. Hoe moeten die vragen worden beantwoord? Volgens considerans 27 is het de bedoeling dat de rechter de nationale samenloopregels toepast:

'All the matters of a contractual or non-contractual nature that are not addressed in the Common European Sales Law are governed by the pre-existing rules of the national law outside the Common European Sales Law that is applicable under Regulations (EC) No 593/2008 and (EC) No 864/2007 or any other relevant conflict of law rule. These issues include legal personality, the invalidity of a contract arising from lack of capacity, illegality or immorality, the determination of the language of the contract, matters of non-discrimination, representation, plurality of debtors and creditors, change of parties including assignment, set-off and merger, property law including the transfer of ownership, intellectual property law and the law of torts. Furthermore, the issue of whether concurrent contractual and non-contractual liability claims can be pursued together falls outside the scope of the Common European Sales Law.'
(curs. AGC/RdG)

Dit is bijzonder. Een verordening verwijst naar de nationale samenloopregels en laat de rechter de vrijheid deze te gebruiken. Zo zijn wij dus terug bij de criteria die wij in paragraaf 3 beschreven. Uit de aard en de strekking van de betrokken regels moet worden afgeleid of sprake is van keuzevrijheid, keuzeplicht of exclusiviteit. Het ligt bovendien in de rede dat partijen, ook als zij onder het GEKR hebben gecontracteerd, vrij zijn de grondslag voor hun vordering of verweer te kiezen, ook als deze grondslag ligt in het nationale recht.⁵⁰

49 Onder het BW is de situatie precies tegenovergesteld: de verjaringstermijn voor een vordering o.g.v. bedrog is langer dan die voor een vordering o.g.v. non-conformiteit (zie par. 3).

50 Met dien verstande dat het GEKR ten opzichte van het nationale kooprecht prevaleert, zie art. 11 concept-Verordening, European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels

Indien er, onafhankelijk van de non-conformiteit, sprake is van een onrechtmatige daad, bijvoorbeeld omdat het product schade heeft veroorzaakt bij de koper, dan kan de koper zijn vordering tot schadevergoeding baseren op onrechtmatige daad. Voor deze vordering geldt naar Nederlands recht een verjaringstermijn van vijf jaar, zodra de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden (art. 3:310 lid 1 BW). Deze termijn is aanzienlijk langer dan de termijn die geldt voor contractuele remedies.

De jurisprudentie van de Hoge Raad volgend zou bij vorderingen die verband houden met conformiteit moeten worden aangesloten bij de verjarings-termijnen die van toepassing zijn op de contractuele vorderingsrechten.⁵¹ Daarmee zijn dus de termijnen uit het GEKR van toepassing, hetgeen implicaties heeft voor het aanvangsmoment (bekendheid bij consument-koper, aflevering bij professionele koper), het rechtsgevolg (verjaring of verval) en de duur van de termijn.⁵²

De keuze van partijen voor de termijnen uit het GEKR zou deze oplossing kunnen steunen, zeker als de koper een consument is. Dan ligt immers een door de Europese regelgever voorgeschreven formulier aan de rechtsverhouding ten grondslag waarin de korte verjaringstermijn uitdrukkelijk aan de orde komt, en wel in de volgende bewoordingen:

'The contract you are about to conclude will be governed by the Common European Sales Law, which is an alternative system of national contract law available to consumers in cross border situations. These common rules are identical throughout the European Union, and have been designed to provide consumers with a high level of protection.'⁵³

Over de periode waarbinnen de koper zijn rechten uit kan oefenen wordt geschreven:

'You have 2 years to claim your rights after you realise or should have realised that the trader has not done something as agreed in the contract. Where such problems become apparent very late, the last possible moment for you to make such a claim is 10 years from the moment the trader had to deliver the goods, supply the digital content or provide the related service.'⁵⁴

11.10.2011, COM (2011) 635.

51 Zie par. 3.

52 Zie uitgebreid par. 5.

53 Annex II (Standard Information Notice) bij het Verordeningvoorstel, COM (2011), 635, p. 114.

54 Annex II (Standard Information Notice) bij het Verordeningvoorstel, COM (2011), 635, p. 115.

Toch is ook een andere visie verdedigbaar, op grond waarvan aangesloten zou moeten worden bij de verjaringstermijnen uit artikel 3:310 BW. De Europese wetgever heeft immers geen aanwijzingen gegeven – zoals de Nederlandse wetgever bij artikel 7:23 BW wel heeft gedaan – dat GEKR-verjaringstermijnen ook voor vorderingen op grond van onrechtmatige daad zouden moeten gelden. Het uitgangspunt voor samenloopkwesties is nu eenmaal dat de eiser de keuze wordt gelaten een grondslag voor zijn vordering te kiezen. Als de keuze valt op een Nederlandse delictuele grondslag, dan is dat in beginsel inclusief de daarbij behorende verjaringstermijn.

Deze andere visie is van belang voor de verkoper, met name bij letselschade. Indien de benadeelde zijn vordering op een kwalitatieve aansprakelijkheid wil baseren – in verband met bewijsperikelen – terwijl de termijn van vijf jaar inmiddels is verstreken, zou hij zich dan kunnen beroepen op de lange verjaringstermijn van dertig jaar bij letselschade (art. 179 lid 3 GEKR)?⁵⁵ Wij kunnen ons voorstellen dat een rechter overweegt vast te houden aan de nationale verjaringstermijn die voor een vordering op grond van onrechtmatige daad is gegeven, en een desbetreffende vraag voorlegt aan het Hof van Justitie, met het verzoek te beoordelen of de voorgenomen uitspraak in lijn is met het effectiviteitsbeginsel. Wat ons betreft ligt een positieve beantwoording in de rede, aangezien de Europese regelgever er uitdrukkelijk voor kiest grote delen van het vermogensrecht buiten de reikwijdte van het GEKR te laten.⁵⁶ Bovendien staat het GEKR toe dat samenloop tussen non-conformiteit en onrechtmatige daad naar nationale criteria wordt beoordeeld.

Vergeleken met het Nederlandse recht zou een koper als Haras de Hus er onder het GEKR dus beter van af zijn, indien, zoals in zijn geval, de non-conformiteit kort na aflevering is ontdekt. Weliswaar dient een koper als Haras de Hus de verkoper daarover binnen redelijke termijn te informeren (art. 122 lid 1 GEKR), maar de vervaltermijn is veel langer: twee jaar na aflevering (art. 122 lid 2 GEKR), in plaats van binnen een bekwame tijd na ontdekking (art. 7:23 lid 1 BW). Dat deze termijnen ook gelden indien de koper zijn vordering baseert op onrechtmatige daad, ligt in de rede indien de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake verval en verjaring bij non-conformiteit wordt gevolgd. Een alternatieve redenering, waarin wordt vastgehouden aan de nationale voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad geldende verjaringstermijn, is evenwel verdedigbaar.

55 De langste termijn uit het GEKR – bij letselschade – blijft echter onvermeld in de Standard Information Notice. Ook al wordt in de Notice gewaarschuwd dat het slechts om een opsomming gaat, toch zullen zowel het formulier als de tekst van het GEKR bij verkoper en koper de indruk wekken dat het gaat om een sluitend systeem van gemeenschappelijke Europese regels. Daarover eerder al kritisch: A.G. Castermans, 'De niet-welgeïnformeerde consument', *MvV* 2012/7-8, p. 218-220.

56 Europeesrechtelijke beginselen als effectiviteit en non-discriminatie kunnen wel een duidelijke rol spelen bij de uitleg van het GEKR, voor zover dat ziet op het contractenrecht.

7 ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN

Was Haras de Hus een natuurlijke persoon die niet handelde in de uitoefening van een beroep op bedrijf, dan zou hij een vordering tot schadevergoeding hebben kunnen baseren op artikel 6:193b BW en volgende, de regeling van oneerlijke handelspraktijken. Deze heeft Europese wortels, de Europese richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Die regeling is erop gericht de consument te beschermen tegen misleiding bij het nemen van zijn beslissing tot het aangaan van een overeenkomst. Dat blijkt al uit de inleidende overweging 14 waarin onder misleidende handelspraktijken wordt verstaan die praktijken waarbij de consument wordt belet een geïnformeerde en dus efficiënte keuze te maken.⁵⁷ Daarmee lijkt de richtlijn gericht op het bevorderen van de contractuele autonomie. Toch is de regeling, althans in Nederland, geïmplementeerd in de sfeer van de onrechtmatige daad. Als oneerlijk wordt onder meer gezien de misleidende handelspraktijk (art. 6:193b lid 3 onder a) waaronder onder meer wordt verstaan de ‘misleidende omissie’ (art. 6:193d lid 1 BW). Van zo’n omissie is sprake, indien een handelaar essentiële informatie die de consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, niet of op onduidelijke wijze verstrekt en de ‘gemiddelde consument’ daardoor een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (art. 6:193d lid 3 BW).

Doordat de richtlijn is gericht op de ‘gemiddelde consument’ liggen samenloopproblemen op de loer. Verschillende leerstukken uit het contractenrecht bieden immers een grondslag om recht te doen aan de autonomie van contractspartijen, en dus aan de autonomie van de *individuele* consument. Indien de verkoper van een paard ten tijde van de verkoop het paard passage- en galopwisselingen laat uitvoeren zonder te zeggen dat het in werkelijkheid kreupel is, zou niet alleen sprake kunnen zijn van een oneerlijke handelspraktijk (misleidende omissie) maar ook van het schenden van een mededelingsplicht in het kader van dwaling (art. 6:228 BW) of non-conformiteit (art. 7:17 BW). Ook zou het misleidende gedrag van de handelaar een rol kunnen spelen bij de beoordeling van zijn beroep op de vervaltermijn van artikel 7:23 lid 1 BW of artikel 122 lid 2 GEKR, of bij de beoordeling van een beroep op een exoneratieclausule.

Komt de regeling van oneerlijke handelspraktijken in Boek 6 BW exclusieve werking toe, omdat de richtlijn maximumharmonisatie beoogt (art. 4 van de richtlijn)?⁵⁸ Of kan de koper kiezen, omdat artikel 3 lid 2 van de richtlijn

57 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU*2005, L 149/22).

58 Dat wil zeggen dat nationale regels die meer of minder bescherming bieden dan de richtlijn niet zijn toegestaan.

bepaalt dat de richtlijn 'het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet [laat]'?

Met artikel 3 lid 2 van de richtlijn lijkt de keuzevrijheid van de consumenten wel vast te staan: zij kunnen bijvoorbeeld vernietiging op grond van dwaling nastreven, alsmede schadevergoeding vragen wegens oneerlijke handelspraktijken. De Nederlandse regering gaat hier ook van uit, blijkens haar reactie op de suggestie wettelijk vast te leggen dat een overeenkomst bij oneerlijke handelspraktijken vernietigbaar is:

'Een dergelijke bepaling zou kunnen worden gezien als een extra «sanctie» voor een handelaar. Wij zijn van mening dat een dergelijke bepaling niet noodzakelijk is, omdat wij veronderstellen dat met de vaststelling dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, doorgaans tevens zal zijn voldaan aan de voorwaarden voor vernietiging van de overeenkomst op basis van een van de wettelijke vernietigingsgronden (Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, p. 3). Wij zijn echter bereid de ontwikkelingen te volgen en zo nodig de wet op basis van opgedane ervaringen aan te passen.'⁵⁹

Toch wordt in de literatuur gewaarschuwd voor de spanning tussen de maximumharmonisatiedoelstelling van de richtlijn enerzijds en het onverlet laten van het verbintenissenrecht anderzijds. Indien een geval van verzwijging naar Nederlands recht wel vernietiging op grond van dwaling oplevert, maar naar Europees recht niet een oneerlijke handelspraktijk, dan zou de strengere mededelingsplicht bij dwaling de harmoniserende werking van de regeling van oneerlijke handelspraktijken kunnen frustreren. Daarom zou volgens artikel 3 (2) van de richtlijn een vordering tot vernietiging op grond van dwaling alleen mogelijk zijn, indien ook een vordering tot schadevergoeding op grond van de regeling oneerlijke handelspraktijken succesvol zou zijn. Indien een bepaalde praktijk op grond van de regeling oneerlijke handelspraktijken ontoelaatbaar is, zou het niet mogelijk zijn om op grond van dwaling vernietiging van de overeenkomst te bewerkstelligen.⁶⁰

Het is niet denkbeeldig dat toepassing van beide regelingen tot verschillende uitkomsten leidt. De regeling oneerlijke handelspraktijken gaat immers uit van de 'gemiddelde consument', terwijl de dwaling de concrete partij als

⁵⁹ *Kamerstukken I, 2007–2008, 30 928, E, p. 3 (Nadere MvA).*

⁶⁰ M.Y. Schaub, 'De invloed van de Wet OHP op dwaling', *NTBR* 2011/78. Verkade wijst op de een negatieve reflexwerking van de regeling oneerlijke handelspraktijken op de dwalingsregeling: 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.

uitgangspunt neemt. Weliswaar behoeven die verschillen niet groot te zijn⁶¹ en mag worden verwacht dat bij de toepassing van de twee leerstukken sprake zal zijn van reflexwerking,⁶² toch moet er rekening mee worden gehouden dat het resultaat uiteenloopt.⁶³ Het is dan ook terecht dat schrijvers aandacht vragen voor het samenloopprobleem, niet alleen in het kader van de samenloop met dwaling zoals Schaub doet, maar ook in het kader van de samenloop met andere regelingen. Zo onderzocht Pavillon de samenloop van oneerlijkheidsnormen – bijvoorbeeld inzake oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen – en kwam ook tot de conclusie dat de oplossing niet duidelijk is.

Haar oplossing luidt dat steeds voor die norm moet worden gekozen die de consument de meeste bescherming biedt.⁶⁴ Dan is wat ons betreft keuzevrijheid de beste oplossing, omdat de belanghebbende consument in de concrete situatie het best kan bepalen welke oplossing voor hem het beste is, terwijl zowel zijn keuze als de keuze van de wederpartij kan worden getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Hiermee is het samenloopprobleem bij een oneerlijke handelspraktijk gegeven. Kwaliceert de casus eveneens voor een beroep op dwaling of onrechtmatige daad, dan zal de keuze voor verval- en verjaringstermijnen worden bepaald door het Nederlandse recht. Indien de consument in een contractuele rechtsverhouding staat tot de handelaar en de oneerlijke handelspraktijk

61 M.Y. Schaub 2011, par. 3.2 en 3.3, en K.J.O. Jansen 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013/7, par. 3.5.

62 Van Boom, Verkade en Castermans benadrukken het verschil tussen de subjectieve benadering (dwaling als wilsgebrek) en de objectieve benadering (gemiddelde consument bij oneerlijke handelspraktijken). Zie W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008, p. 8-9, D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW; B49a), nr. 72, en A.G. Castermans ('Misleidende omissie bij het aangaan van overeenkomsten', *MvV* 2011, p. 206, over de reflexwerking van de regeling oneerlijke handelspraktijken op de leerstukken dwaling en uitleg) benadrukken het verschil tussen de subjectieve benadering (dwaling als wilsgebrek) en de objectieve benadering (gemiddelde consument bij oneerlijke handelspraktijken). Zie ook S. Whittaker, 'The relationship of the unfair commercial practices directive to European and national contract laws', in: S. Weatherill and U. Bernitz, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29, New rules and new techniques*, Hart Publishing 2007, p. 140-144; C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of contract law, current controversies in law*, London: Routledge 2008, p. 52; T. Wilhelmsson, 'Scope of the Directive', in: G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 72-73.

63 A.G. Castermans en P.W. den Hollander 'Dwaling tussen publiek- en privaatrecht', *WPNR* 2012 (6940), p. 563-574, zien hiervoor een aanwijzing in HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 (*De Treek/Dexia*) m.nt. J.B.M. Vranken onder HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 184 (*GeSp/Aegon*), waar het een verschil tussen de beoordeling in het kader van dwaling en onrechtmatige daad betrof.

64 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 530.

betrekking heeft op de verwachtingen van de koper, dan zal artikel 7:23 BW de doorslag geven.⁶⁵

8 AFRONDING

Een veilingkoop met Europese dimensies vormde de aanleiding om het leerstuk samenloop nader te belichten. De casus laat zien met welke samenloopproblemen de Nederlandse rechter wordt geconfronteerd en hoe hij die oplost. Deze methode blijkt ook te kunnen worden gebruikt bij het bestuderen van nieuwe situaties van interactie, tussen Europees recht en nationaal privaatrecht. Vanzelfsprekend spelen Europeesrechtelijke beginselen als voorrang, directe werking en effectiviteit hierbij een rol. Toch kan ook bij deze samenloopproblemen een rol zijn weggelegd voor het leerstuk samenloop uit het nationale privaatrecht. Op voorhand kan immers niet worden uitgesloten dat een direct werkende Europese regel enige werking van een regel van nationaal recht toelaat: voorrang betekent niet per definitie exclusiviteit, ook niet als de nationale regel op het eerste gezicht conflicteert met de Europese. Het leerstuk blijkt nuttig om de samenloop van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en dwaling te benaderen en zelfs noodzakelijk om het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht af te stemmen met het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Door nationale samenloopcriteria te gebruiken dient een oplossing zich aan.

65 Ervan uitgaande dat art. 7:23 BW niet in de weg staat aan de bescherming die de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beoogt te bieden, en de toepassing van de in art. 7:23 BW opgenomen termijnen niet in conflict komen met het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel. Er is reden aan te nemen dat dit niet het geval is. In het kader van 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 (*PbEU*1999, L 171) wordt een vervaltijd van twee maanden voor een beroep op non-conformiteit door een consument-koper immers acceptabel geacht (art. 5 lid 2); zie art. 7:23 lid 1 BW, eventueel te verlengen o.g.v. art. 7:23 lid 3 BW (zie par. 3).

