

# Het vooruitbetalingsverbod van art. 7:26 lid 2 BW in tijden van e-commerce

Art. 7:26 lid 2 jo. art. 7:6 lid 2 BW bepaalt kort gezegd dat bij een consumentenkoop, op straffe van vernietigbaarheid, de consument niet bij algemene voorwaarden kan worden verplicht meer dan 50% van de koopprijs vooruit te betalen. In deze bijdrage wordt onderzocht hoe met dit vooruitbetalingsverbod in tijden van e-commerce wordt, mag en moet worden omgesprongen. Geconcludeerd wordt het volgende. De bestaande praktijk, om bij consumentenkoop op afstand de consument de keuze te laten tussen vooruitbetalen en betalen ten tijde of na aflevering, kan door de beugel. Bepleit wordt het vooruitbetalingsverbod met betrekking tot consumentenkoop op afstand af te schaffen, vooral omdat het verbod bij consumentenkoop op afstand in strijd is met de Richtlijn consumentenrechten en lijkt te zijn met de Geoblocking-verordening, maar ook gelet op verschillen tussen het tijdsgewricht waarin het vooruitbetalingsverbod werd bedacht en nu.

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Art. 7:26 lid 2 jo. art. 7:6 lid 2 BW bepaalt kort gezegd, dat bij een consumentenkoop<sup>2</sup> de consument niet bij algemene voorwaarden kan worden verplicht meer dan 50% van de koopprijs vooruit te betalen. Met vooruitbetalen wordt bedoeld het betalen voorafgaand aan de levering. Het verbod zal ik hierna het vooruitbetalingsverbod noemen. Als een consument door de verkoper tot vooruitbetaling wordt verplicht, kan hij het daartoe strekkende beding vernietigen omdat het beding als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt.<sup>3</sup> De consument kan wel bij individueel beding worden verplicht meer dan 50% van de koopprijs vooruit te betalen.<sup>4</sup> In deze bijdrage zal ik antwoord geven op de vraag hoe met dit vooruitbetalingsverbod in tijden van e-commerce wordt, mag en moet worden omgesprongen. Daartoe vat ik eerst in paragraaf 2 de parlementaire geschiedenis en in paragraaf 3 de e-commerce-rechtspraak met betrekking tot het vooruitbetalingsverbod samen. Vervolgens ga ik in paragraaf 4 na in hoeverre het in de praktijk vaak gehanteerde keuzemenu van betaalopties (waarmee de verkoper in overeenstemming met het vooruitbetalingsverbod probeert te handelen), door de beugel kan. In zo'n keuzemenu kan de consument kiezen tussen een of meerdere vooruitbetalingsopties en ten minste één betalingsoptie ten tijde of na aflevering. In paragraaf 5 beoordeel ik in hoeverre door betaling sprake is van een individueel beding waarmee van het vooruitbetalingsverbod wordt afgeweken en in paragraaf 6 in hoeverre, als in strijd met het vooruitbetalingsverbod wordt gehandeld, de gevolgen daarvan kunnen worden gemitigeerd. Tot slot bezie ik in de paragrafen 7 en 8 of het verbod in deze tijden van

e-commerce mag en moet worden gehandhaafd gelet op deze technologische ontwikkeling en daarop van toepassing zijnde regelgeving waarmee logischerwijs geen rekening is gehouden toen het vooruitbetalingsverbod werd vormgegeven. Deze technologische ontwikkeling vormt ook de aanleiding dit onderzoek te verrichten aan de hand van wetgeving, parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie.

## 2. Parlementaire geschiedenis

Eind jaren zeventig is het vooruitbetalingsverbod opgesteld en in de jaren tachtig besproken.<sup>5</sup> De voorloper van art. 7:26 lid 2 BW van het ontwerp-Meijers bevat de volgende tweede zin: 'De betaling moet geschieden ten tijde en ter plaatse van de aflevering.' In 1978 finaliseert het Ministerie van Justitie het voorontwerp inzake de consumentenkoop waarmee het ontwerp-Meijers wordt aangepast en aangevuld met een regeling inzake consumentenkoop. In dat voorontwerp wordt aan de verplichting ten tijde en ter plaatse van de aflevering te betalen de volgende zin toegevoegd: 'Bij een consumentenkoop kan hiervan slechts in zoverre ten nadele van de koper worden afgeweken, dat hij tot vooruitbetaling van ten hoogste de helft van de koopprijs kan worden verplicht.'<sup>6</sup> Verder wordt in de voorloper van art. 7:6 lid 1 BW bepaald dat van de wettelijke bepalingen inzake consumentenkoop niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. Daardoor kan volgens de memorie van toelichting ook niet van het vooruitbetalingsverbod worden afgeweken

\* Universitair hoofddocent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden

1. De auteur dankt prof. mr. Jac. Hijma en mr. L. Kremers voor hun commentaar op een eerdere versie.
2. Onder een consumentenkoop wordt verstaan: 'de koop met betrekking tot een roerende zaak die wordt gesloten door een verkoper die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit en een koper, natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit' (art. 7:5 lid 1 BW).
3. Op grond van art. 7:26 lid 2 jo. art. 7:6 lid 1 jo. lid 2 jo. art. 6:233 onderdeel a BW, zie Asser/Hijma 7-I\* 2013/569.
4. Ik realiseer me dat de verkoper in geval van een consumentenkoop 'enkel' verboden wordt bij algemene voorwaarden te bepalen dat meer dan de helft van de koopprijs vooruit moet worden betaald, en dat dus eigenlijk geen sprake is van een algeheel en ongeclausuleerd vooruitbetalingsverbod. Toch zal ik dit verbod het vooruitbetalingsverbod noemen omdat het korter en krachtiger is dan de volledige beschrijving ervan.
5. Zie voor een chronologisch overzicht en vindplaatsen *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. XIII-XIV en XIX-XXV.
6. *Kamerstukken II 1981/82, 16979, 1-2*, p. 6 (RO).

bij individueel beding.<sup>7</sup> Reden om ook afwijking daarvan bij individueel beding te verbieden is omdat daardoor ‘impliciet ook het opschortingsrecht uitgesloten’ wordt.<sup>8</sup> Pas in de memorie van antwoord uit 1986 wordt aangegeven dat, mede gelet op geuite bezwaren tegen invoering van dwingend recht over de gehele linie, er regels zijn waarbij een afwijking bij individueel beding zich laat indenken: regels met betrekking tot kwesties die in de winkel tijdens het verkoopgesprek ‘plegen te worden besproken’, zoals bezorging, prijs en levertijd.<sup>9</sup> Voor die kwesties heeft het volgens de memorie van antwoord ‘praktisch belang om slechts afwijking bij algemene voorwaarden te verbieden en partijen voor het overige vrij te laten.’ Bij de tweede nota van wijziging wordt de toepassing van het vooruitbetalingsverbod versoepeld door het alleen betrekking te laten hebben op bedingen in algemene voorwaarden.<sup>10</sup> Daarmee wordt toegestaan dat vooruitbetaling bij individueel beding wordt bedongen. Later benadrukt minister Korthals Altes: ‘Bij de koop van een artikel kan men in het overleg daarover heel gemakkelijk van een prijs afwijken.’, en dat het dus ‘heel redelijk is dat dit [het afwijken van de prijs, toevoeging auteur] aan individuele bepalingen is onderworpen.’<sup>11</sup>

### 3. Rechtspraak

Het Hof Den Haag constateert in de *HCC/Dell*-zaak dat de 100% vooruitbetalingsverplichting die Dell in haar algemene voorwaarden had opgenomen onredelijk bezwarend is op grond van art. 7:6 lid 2 BW. Het hof geeft Dell drie maanden de tijd haar verkoopproces daarop aan te passen.<sup>12</sup> Uit het vervolgarrest blijkt dat Dell haar verkoopproces in de tussentijd zodanig heeft aangepast dat consumenten ervoor kunnen kiezen hun creditcard pas bij aflevering te laten belasten.<sup>13</sup> Van die mogelijkheid kan een consument echter alleen gebruikmaken als hij telefonisch bestelt en € 4,85 aan administratiekosten betaalt. Het hof oordeelt dat dit door de beugel kan en acht daarbij relevant dat het type consument waaraan Dell op afstand verkoopt doorgaans over een creditcard en telefoon beschikt.<sup>14</sup> Westerdijk is kritisch en vindt de gebo-

den mogelijkheid telefonisch afspraken te maken over betaling bij of na aflevering geen reëel alternatief voor een Dell-computer die bij uitstek online wordt gekocht.<sup>15</sup> Van Tol verbaast het dat Dell vrij gemakkelijk onder het vooruitbetalingsverbod uitkomt, terwijl vooruitbetaling volgens de algemene voorwaarden van Dell toch de hoofdregel is.<sup>16</sup>

Rotterdamse en Utrechtse kantonrechters oordelen dat een vooruitbetalingsbeding, opgenomen in algemene voorwaarden op grond waarvan de consument wordt verplicht meer dan de helft van de koopprijs vooruit te betalen, rechtsgeldig door de consumentkoper kan worden vernietigd.<sup>17</sup> Een andere Utrechtse kantonrechter komt in 2012 tot een soortgelijk oordeel. Hij voegt eraan toe dat door het bieden van een keuze tussen vooruitbetaling en remboursbetaling niet in strijd met het vooruitbetalingsverbod wordt gehandeld, dat een remboursbetaling geen vooruitbetaling behelst en dat daarvoor € 8,95 aan kosten in rekening gebracht mogen worden.<sup>18</sup>

### 4. Conformereren aan vooruitbetalingsverbod door betaalkeuzemenu

De in de praktijk meest voorkomende manier voor een webshop om in overeenstemming met het vooruitbetalingsverbod te (proberen te) handelen, is de consument de keuze te bieden tussen allerlei vooruitbetalingsmogelijkheden en ten minste één mogelijkheid bij of na aflevering te betalen (bijvoorbeeld door rembours, acceptgiro of het belasten van een creditcard op of na aflevering) (hierna: het keuzemenu). Engelfriet,<sup>19</sup> Dirkzwager,<sup>20</sup> Schaub<sup>21</sup> en Thuiswinkel.org<sup>22</sup> menen dat daarmee niet in strijd met het vooruitbetalingsverbod wordt gehandeld. Zoals gezegd is de Utrechtse kantonrechter het daarmee eens.<sup>23</sup>

Strikt genomen bestaat het keuzemenu uit verschillende betalingsbedingen die bestemd zijn in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen (art. 6:231 onderdeel a BW) en is het vooruitbetalingsbeding uit dat menu dus een algemene voorwaarde. De bepaling waarmee vooruitbetaling wordt verlangd is immers een standaardbepaling,

7. *Kamerstukken II* 1981/82, 16979, 1-2, p. 2 (RO) en *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 67 (MvT).

8. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 69 (MvT).

9. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 76 (MvA II) onder verwijzing naar p. 69-70 (MvT).

10. *Kamerstukken II* 1985/86, 16979, 9, p. 3 (NvW 2).

11. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 88 (VC II).

12. Hof Den Haag 6 juli 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AP8250, NJ 2004/483 (*HCC/Dell I*).

13. Hof Den Haag 22 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT1762, r.o. 28-36, *Computerrecht* 2005/43, p. 266-285, m.nt. R.J.J. Westerdijk (*HCC/Dell II*).

14. Dat blijkt uit r.o. 35-36, waarin wordt verwezen naar de in HR 16 mei 1997, NJ 2000/1 (*Consumentenbond/EnergieNed*) opgesomde criteria.

15. R.J.J. Westerdijk in zijn noot bij Hof Den Haag 22 maart 2005, *Computerrecht* 2005/43, p. 266-285, punt 3 (*HCC/Dell II*).

16. M. van Tol, ‘Succesvolle actie HCC tegen algemene voorwaarden Dell. Hof Den Haag 22 maart 2005 (*HCC/Dell Computer B.V.*)’, *MvV* 2005, afl. 4, p. 74.

17. Ktr. Rotterdam 29 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6951, *Prg.* 2011/254, m.nt. P.J.M. Ros (*Tom Bikes*) en Rb. Midden-Nederland (ktr. Utrecht) 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2116, *Prg.* 2015/188, waarover B. Krijnen, ‘Uit de praktijk’, *TvC* 2015, afl. 5, p. 294.

18. Ktr. Utrecht 31 oktober 2012, r.o. 4.3, *TvC* 2013, afl. 3, p. 142-145, m.nt. M.Y. Schaub (*CleverCow*).

19. A.P. Engelfriet, ‘Hoe zit dat nu precies met de eis van achteraf betalen bij een internetaankoop?’, *ictrecht.nl* 25 februari 2011, <https://ictrecht.nl/2011/02/25/hoe-zit-dat-nu-precies-met-de-eis-van-achteraf-betalen-bij-een-internetaankoop/>.

20. Dirkzwager, ‘Vooruitbetalen bij internet bestellingen’, *blog Dirkzwager website* 19 september 2011, [www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/vooruitbetalen-bij-internet-bestellingen/](http://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/vooruitbetalen-bij-internet-bestellingen/).

21. M.Y. Schaub in haar noot bij Ktr. Utrecht 31 oktober 2012, *TvC* 2013, afl. 3, p. 142-145 (*CleverCow*), in ieder geval als het remboursbedrag niet te hoog is in vergelijking met de koopprijs.

22. Thuiswinkel.org, ‘Mag ik 100% vooruitbetaling eisen?’, *Thuiswinkel.org website* [www.thuiswinkel.org/bedrijven/faq/51/mag-ik-100-vooruitbetaling-eisen](http://www.thuiswinkel.org/bedrijven/faq/51/mag-ik-100-vooruitbetaling-eisen).

23. Ktr. Utrecht 31 oktober 2012, r.o. 4.3, *TvC* 2013, afl. 3, p. 142-145, m.nt. M.Y. Schaub (*CleverCow*), voor wat betreft de geboden keuze tussen vooraf- en remboursbetaling.

die voor elke consument hetzelfde is en deel uitmaakt van alle op basis daarvan gesloten overeenkomsten. Van een vooruitbetalingsverplichting is op dat moment echter nog geen sprake omdat (nog) niet voor vooruitbetaling gekozen is door de consument. Voordat een koopovereenkomst wordt gesloten dienen nog verschillende stappen te worden doorlopen, vgl. art. 6:227b lid 1 onderdeel a en art. 6:227c lid 1 BW. Van zo'n verplichting is uiteraard wel sprake op het moment dat de consument voor het vooruitbetalingsbeding kiest en de koopovereenkomst sluit. Dan maakt het vooruitbetalingsbeding deel uit van de koopovereenkomst en is het beding in strijd met het vooruitbetalingsverbod. Het bieden van keuzes tussen verschillende bedingen met verschillende prijzen is op het eerste gezicht niet voldoende om een wettelijk verbod te omzeilen. Stel dat een consument de keuze wordt geboden een tv te kopen voor (1) € 490 met uitsluiting van aansprakelijkheid of (2) voor € 500 zonder uitsluiting van aansprakelijkheid van de verkoper. Als de consument vervolgens voor optie (1) kiest, dan kan de betreffende aansprakelijkheidsuitsluiting nog steeds worden vernietigd op grond van art. 7:24 lid 1 jo. art. 7:6 lid 1 jo. art. 3:40 lid 2 BW. Dat komt met name omdat een aansprakelijkheidsuitsluiting, net als een beding dat in strijd is met het vooruitbetalingsverbod, per definitie vernietigbaar is. Tegenbewijs daartegen is niet mogelijk, zoals wel het geval is bij een aansprakelijkheidsuitsluiting in algemene voorwaarden die van toepassing zijn op een overeenkomst van opdracht, zie art. 6:233 onderdeel a jo. art. 6:237 onderdeel f BW. En ook andere omstandigheden spelen bij die beoordeling in beginsel geen rol, zoals wel het geval is bij de toetsing van een beding aan de algemene norm van art. 6:233 onderdeel a BW. Op welke wijze de consument die keuze wordt geboden en wat de inhoud van de keuzemogelijkheden is, is dus strikt genomen niet van invloed op het antwoord op de vraag of (in dit voorbeeld) de aansprakelijkheidsuitsluiting vernietigbaar is. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor een beding dat in strijd is met het vooruitbetalingsverbod. Tegen deze bezwaren pleit het door de literatuur omarmde zogeheten 'Tarifwahlsystem' waarin de consument een keuze wordt geboden tussen een 'slecht beding' met een lage prijs en een 'goed beding' met een hoge prijs. Zo vindt Loos dit systeem aanvaardbaar mits 'de keuzemogelijkheid uitdrukkelijk onder de aandacht van de wederpartij wordt gebracht' en 'de keuzemogelijkheid niet slechts schijn, maar reëel' is.<sup>24</sup> Hij wordt daarin bijgevalen door Jongeneel en Pavillon.<sup>25</sup> Hoewel ik sympathie koester voor deze gedachte, is het nog niet zo makkelijk haar in ons wettelijk systeem in te passen. Zo wordt in

de parlementaire geschiedenis een soortgelijke (want ook compenserende) gedachte geopperd dat het onredelijk bezwarend karakter van een beding kan worden weggenomen door 'de hoogte van de prijs of een voor de wederpartij uitgesproken en ongewoon gunstig beding, met name indien dit verband houdt met het bekritiseerde beding'.<sup>26</sup> Die gedachte wordt gegrondvest op de in art. 6:233 onderdeel a BW opgenomen maatstaf 'overige inhoud van de overeenkomst'.<sup>27</sup> Echter, die vrijheid om in het kader van art. 6:233 onderdeel a BW te kijken naar de 'overige inhoud van de overeenkomst' bestaat niet bij bedingen die op de zwarte lijst van art. 6:236 BW voorkomen. Die bedingen worden, net als bedingen in strijd met het vooruitbetalingsverbod, als onredelijk bezwarend aangemerkt. Wordt een beding eenmaal op grond van de wet als onredelijk bezwarend aangemerkt, dan mag omwille van de rechtszekerheid vervolgens niet worden gelet op de overige inhoud van de overeenkomst of de overige feiten en omstandigheden van het geval. Dat brengt mee dat het ook niet relevant is of er een compenserend voordeel tegenover het beding staat.<sup>28</sup> In navolging van Hijma meen ik dat een consument die eerst compenserende voordelen in ruil voor een onredelijk bezwarend beding overeenkomt en vervolgens het onredelijk bezwarend beding probeert te vernietigen, de pas kan worden afgesneden door hem op de voet van art. 6:248 lid 2 BW een beroep op de vernietigingsgrond van art. 6:233 onderdeel a jo. art. 6:236 BW te ontzeggen.<sup>29</sup> Zo beredeneerd omarm ook ik het 'Tarifwahlsystem' en daarmee het besproken keuzemenu.

Hoe het ook zij, wat het keuzemenu van betaaloverties wezenlijk anders maakt dan voorgaand exoneratievoorbeeld, is dat art. 7:26 lid 2 BW uitdrukkelijk toestaat dat bij individueel beding van het vooruitbetalingsverbod wordt afgeweken. Ten tijde van de parlementaire behandeling van dat artikel werd ervan uitgegaan dat de verkoopovereenkomst altijd door mensen gesloten wordt, er altijd een verkoopgesprek plaatsvindt en daarin kan worden afgeweken van het vooruitbetalingsverbod (zie paragraaf 2 hierboven). In tijden van e-commerce verloopt de verkoop volledig automatisch zonder menselijke tussenkomst, vindt geen verkoopgesprek meer plaats en bestaat dus geen mogelijkheid daarin van het vooruitbetalingsverbod af te wijken.<sup>30</sup> *The next best thing*, waarmee zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de ratio van het vooruitbetalingsverbod, is het bieden van een keuze tussen vooraf betalen of ten tijde (of na) aflevering. Als de consument vervolgens kiest voor een vooruitbetalingsoptie maakt hij een individuele keuze. Het vooruitbetalingsverbod wordt daarmee de facto niet overtreden.

24. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 213. Zie ook R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1991, nr. 294 en 312.

25. R.H.C. Jongeneel & C.M.D.S. Pavillon, 'Algemene vernietigingsgronden; de open norm', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk nr. CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7.4.

26. *Parl. Gesch. Boek 6, Inv. 3, 5 en 6*, p. 1580 (MvT Inv.) en p. 1625-1626 (MvT Inv.).

27. *Parl. Gesch. Boek 6, Inv. 3, 5 en 6*, p. 1580 (MvT Inv.) en p. 1625-1626 (MvT Inv.).

28. *Parl. Gesch. Boek 6, Inv. 3, 5 en 6*, p. 1648 (MvT Inv.); Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW, deel B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016/28; M.H. Wissink, 'De lijsten met "verboden" en "verdachte" bedingen', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk nr. CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 10.1; en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 254.

29. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW, deel B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016/28.

30. Zie L.N. Phoelich, 'Toetsing van de algemene voorwaarden bij verkoop op internet. Enige kanttekeningen bij de collectieve actie van HCC tegen Dell', *JAVI* 2004, afl. 1, p. 12, die erop wijst dat het maken van individuele afspraken voor webwinkels bijna onbegonnen werk is en er tijdens de parlementaire behandeling niet aan webstores werd gedacht.

Sterker nog, als in een webshop aan de consument een betalingskeuzemenu wordt voorgeschoteld, dan kan hij vrijwel altijd kiezen tussen *volledig* vooraf of *volledig* ten tijde van de aflevering betalen (of zelfs daarna). Doordat hij ook ervoor kan kiezen volledig ten tijde van de aflevering te betalen, gaat hij er in de webshopsituatie dus op vooruit ten opzichte van de aloude *brick-and-mortar*-situatie waarin de verkoper er in een individueel gesprek op kan staan dat hij 100% vooruitbetaald krijgt. Als de consument dat weigert en de verkoper niet wil voorfinancieren, kan de verkoper weigeren te contracteren. En dat de keuze voor volledige betaling ten tijde van de aflevering kosten voor de consument met zich brengt, betekent weliswaar dat die keuze minder aantrekkelijk is voor consument, maar dat is een logisch gevolg van het feit dat hij ervoor kiest bij een webshop te bestellen en het bestelde thuis te laten afleveren waardoor hij niet, zoals in een *brick-and-mortar*-situatie, fysiek bij de verkoper aan de kassa betaalt. Een verkoper maakt extra kosten als de consument op afstand koopt en pas bij aflevering wil betalen. De verkoper kan kiezen die extra kosten te verdelen over al zijn consumenten, of die specifieke kosten alleen in rekening te brengen bij de kleine groep consumenten die voor de betaling bij aflevering kiest. De verkoper kiest vrijwel altijd ervoor om op die specifieke groep deze kosten af te wentelen, en dat is toegestaan op grond van art. 6:230k lid 1 BW.

### 5. Afwijken van vooruitbetalingsverbod door betaling

De vraag rijst nu of het nodig is dat de verkoper een betaalkeuzemenu dient aan te bieden aan de consument om zo in overeenstemming met het vooruitbetalingsverbod te handelen. Tijdens de parlementaire behandeling is immers beargumenteerd dat betaling van de koopprijs onder omstandigheden geldt als een toegestane afwijking van het vooruitbetalingsverbod. Leden van de VVD-fractie wezen tijdens de parlementaire behandeling van de consumentenkoopregeling op het door Algra geopperde voorbeeld van goedkoop folder- en lesmateriaal dat door de Consumentenbond werd verkocht. In dat voorbeeld rekende Algra voor dat als geen 100% vooruitbetaling meer zou zijn toegestaan, er een wanverhouding zou ontstaan tussen enerzijds de prijs van dat folder- of lesmateriaal en anderzijds de administratie- en reboourskosten.<sup>31</sup> De leden van de VVD-fractie stelden over dat voorbeeld en de gesignaleerde wanverhouding de vraag of de mogelijkheid bij individueel beding van het vooruitbetalingsverbod af te wijken 'wel een oplossing biedt in gevallen als door Algra bedoeld'.<sup>32</sup> Daarop werd geantwoord: 'De vraag wordt bevestigend beantwoord. Het ingaan op een aanbod, zoals door de commissie bedoeld, door overmaking van de koopprijs is te beschouwen als

een door art. 7:1.1.4a lid 2 [art. 7:6 lid 2 BW, toevoeging auteur] toegestane afwijking van art. 7:1.4.1 lid 2, tweede zin [art. 7:26 lid 2 tweede zin BW, toevoeging auteur].<sup>33</sup> Eerlijk gezegd verbaast mij dit antwoord. Betekent dit dat door het enkele vooruitbetalen van 100% van de koopprijs ineens sprake is van een individueel beding waarmee op een door art. 7:6 lid 2 BW toegestane wijze wordt afgeweken van het vooruitbetalingsverbod? Als dat zo zou zijn, dan is dat het spreekwoordelijke konijn dat uit de hoge hoed kan worden getoverd teneinde alle vooruitbetalingen aan alle webshops in één klap te legitimeren en daarmee het vooruitbetalingsverbod te ecarteren. Die lezing verdraagt zich zo slecht met de tekst van art. 7:6 lid 2 BW dat het niet waar *kan* zijn. Het gegeven antwoord lijkt veeleer beperkt te zijn tot het geschetste geval. De daaruit af te leiden regel is in dat geval: als de met de rebooursbetaling verband houdende kosten groter zijn dan de koopprijs althans van een wanverhouding tussen beide sprake is, dan worden partijen geacht door middel van individueel beding te hebben afgeweken van het vooruitbetalingsverbod. Ook dat is een kromme redenering, maar verdraagt zich beter met de tekst van art. 7:6 lid 2 BW.

### 6. Gevolgen mitigeren van handelen in strijd met vooruitbetalingsverbod

Mocht in strijd met het vooruitbetalingsverbod worden gehandeld, dan rijst de vraag of de gevolgen daarvan kunnen worden gemitigeerd. Hijma is van mening dat een vooruitbetalingsbeding in algemene voorwaarden op grond waarvan 100% vooruit moet worden betaald met gebruikmaking van art. 3:41 BW moet worden teruggesneden tot een vooruitbetalingsplicht van 50%.<sup>34</sup> Loos is het daarmee oneens. Onder verwijzing naar het *Banesto*-arrest van het Hof van Justitie vindt hij dat de vernietiging tot algehele nietigheid van het beding leidt.<sup>35</sup> Dat ben ik met Loos eens voor zover het beding als oneerlijk in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 wordt aangemerkt, hetgeen overigens ambtshalve moet worden getoetst.<sup>36</sup> Mitigeren op grond van art. 3:41 BW zou de afschrikwekkende werking van de vernietigingssanctie te sterk ondermijnen. De verkoper zou altijd kunnen proberen 100% vooruitbetaling te bedingen. In dat geval is hij beter af dan in de situatie waarin hij zich van meet af aan zou houden aan de wet. Immers, als de consument geen actie onderneemt krijgt de verkoper 100% vooruitbetaald en als de consument wel actie onderneemt krijgt hij, net zoals het geval zou zijn als hij zich meteen aan de wet zou hebben gehouden, 50% vooruitbetaald.

31. N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1984, p. 27-29.

32. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 262 (EV II).

33. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 263 (Nota II).

34. Asser/Hijma 7-I\* 2013/569.

35. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW, deel B65b), Deventer: Kluwer 2014/41 onder verwijzing naar HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, r.o. 69 en 73, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2012, afl. 6, p. 285, m.nt. M.B.M. Loos (*Banesto*).

36. Zie over ambtshalve toetsing, het verbod van conversie en de daar genoemde, uitvoerige jurisprudentie Asser/Hartkamp 3-I 2018/249-253, waaronder HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (*Heesakkers/Voets*).

## 7. Strijd met Europese regelgeving

Nu onderzocht is hoe in overeenstemming met het vooruitbetalingsverbod kan worden gehandeld, rijst de vraag of het vooruitbetalingsverbod gehandhaafd mag en moet worden. Deze vraag is actueel omdat het vooruitbetalingsverbod werd bedacht in een tijd dat e-commerce en de daarmee verband houdende regelgeving niet bestond. Logischerwijs is met die technologische ontwikkeling en regelgeving geen rekening gehouden. In dat verband zal ik eerst beoordelen of het vooruitbetalingsverbod in strijd is met bepaalde nadien tot stand gekomen e-commerce regelgeving, en wel de Richtlijn consumentenrechten 2011/83 en de Geoblocking-verordening (EU) 2018/302.

### 7.1. Strijd met de Richtlijn consumentenrechten

Art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten bepaalt: 'De lidstaten verbieden de partijen bij de overeenkomst niet hun contractuele verplichtingen na te komen gedurende de herroepingstermijn.' Uit de definitie van het begrip 'koopovereenkomst' in art. 2 lid 5 van de richtlijn (en art. 7:26 lid 1 BW) blijkt dat de consument contractueel gehouden is de koopprijs te betalen. Uit art. 9 lid 1 en 2 richtlijn (en art. 6:230o lid 1 BW) blijkt dat de herroepingstermijn gaat lopen op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst en 14 dagen na aflevering verstrijkt.<sup>37</sup> De lidstaten mogen de consument dus in die periode niet verbieden zijn contractuele betalingsverplichting ten opzichte van de verkoper na te komen.

Nu zou de eerste reactie kunnen zijn dat het vooruitbetalingsverbod de consument niet verbiedt te betalen (zoals verboden door de richtlijn), maar enkel de verkoper verbiedt (bij algemene voorwaarden) meer dan de helft van de koopprijs vóór aflevering te laten betalen. In die lezing zou ons vooruitbetalingsverbod niet in strijd zijn met de richtlijn. Die lezing is naar mijn idee onjuist omdat zij, zoals ik hierna zal uitleggen, niet strookt met de tekst van art. 9 lid 3 van de richtlijn en de daarop betrekking hebbende parlementaire geschiedenis. Het richtlijnvoorstel dat aan het Europees Parlement werd voorgelegd bevatte het volgende art. 12 lid 4 (thans art. 9 lid 3): 'De lidstaten verbieden de partijen niet hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen gedurende de herroepingstermijn.'<sup>38</sup> Toen op 23 maart 2011 het Europees Parlement over dat voorstel debatteerde, liet

Liêm Hoang Ngoc (S&D) weten dat het voorstel onacceptabel voor hem was omdat het tot het volgende resultaat zou leiden: 'In Frankrijk zouden zodoende twee belangrijke verworvenheden afgeschaft moeten worden, namelijk de regeling met betrekking tot verborgen gebreken en het verbod voor huis-aan-huisverkopers om geld te innen voordat de herroepingstermijn is verstreken.'<sup>39</sup>

Vervolgens werd op 24 maart 2011 amendement 115 voorgesteld waardoor de volgende tweede zin aan art. 12 lid 4 zou worden toegevoegd: 'Voor buiten verkooppromten gesloten overeenkomsten kunnen de lidstaten evenwel bestaande nationale wetgeving waarbij het de handelaar wordt verboden om de betaling door de consument te innen gedurende een bepaalde periode na de sluiting van de overeenkomst, handhaven.'<sup>40</sup> Dat amendement werd aangenomen en maakt nu onderdeel uit van art. 9 lid 3 van de richtlijn. Daaruit volgt om twee redenen dat het verbod in art. 9 lid 3 onder andere inhoudt dat de verkoper niet mag worden verboden gedurende de herroepingstermijn van de consument geld te innen. Ten eerste, als dat verbod dat niet zou inhouden dat zou het amendement 115 niet aangenomen hebben hoeven worden omdat het zinledig zou zijn geweest. Ten tweede, door het gebruik van het woord 'evenwel' in art. 9 lid 3 wordt duidelijk dat de tweede zin van dat artikel een uitzondering vormt op de eerste zin en dat de eerste zin dus het omschreven inningsverbod behelst. Immers, als de eerste zin geen inningsverbod zou behelzen, zou daarop in de tweede zin geen uitzondering op hoeven te worden gemaakt door het woord 'evenwel' te gebruiken.

Verder blijkt, zoals gezegd, uit art. 9 lid 3 van de richtlijn dat nationale verboden om gedurende een bepaalde periode na het sluiten van een colportageovereenkomst (vooruit) te laten betalen gehandhaafd mochten worden. Bestaande soortgelijke verboden met betrekking tot andersoortige overeenkomsten die binnen de werkingssfeer van de richtlijn vielen, moe(s)ten dus *a contrario* sneuvelen.<sup>41</sup> Voor de handelaar is het Nederlandse vooruitbetalingsverbod mijns inziens de facto een inningsverbod gedurende de ontbindingstermijn van art. 6:230o BW. Het leidt in de voorgestane lezing immers ook ertoe dat de helft van de koopprijs niet mag worden geïnd in de periode tussen het moment waarop de koopovereenkomst wordt gesloten en het moment waarop het gekochte wordt afgeleverd. Naar mijn idee had dus het vooruitbetalingsverbod bij implementatie van de Richtlijn consu-

37. Art. 6 lid 1 Richtlijn koop op afstand 97/7 (en art. 7:46d BW) bepaalden overigens dat de termijn voor het uitoefenen van het herroepingsrecht inging op het moment van aflevering en eindigde zeven werkdagen daarna, waardoor de vraag rees of de consument een koop op afstand vóór aflevering kon ontbinden. Dat dat kon is onder andere uitgemaakt in Ktr. Assen 15 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP8079, *Prg.* 2011/99 (*Bonus Bikes*) en Ktr. Arnhem 22 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BS1751, *Prg.* 2011/253, m.nt. P.J.M. Ros (*Tom Bikes*). Gelukkig zijn art. 9 lid 1 en 2 Richtlijn consumentenrechten (en art. 6:230o lid 1 BW), die art. 6 lid 1 Richtlijn koop op afstand en art. 7:46d BW vervangen, op dat punt (wel) duidelijk.

38. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten SEC(2008)2544, SEC(2008)2545, SEC(2008)2547, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX%3A52008PC0614>.

39. [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20110323+ITEM-020+DOC+XML+V0//NL](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20110323+ITEM-020+DOC+XML+V0//NL).

40. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XP0116&from=NL>.

41. Met enige creativiteit zou overigens nog wel kunnen worden geprobeerd te betogen dat het vooruitbetalingsverbod buiten het door de richtlijn bestreken gebied valt omdat het handelen in strijd daarmee de geldigheid van de overeenkomst (geheel of gedeeltelijk) aantast doordat het vooruitbetalingsbeding kan worden vernietigd. Overweging 14 van de richtlijn maakt duidelijk dat de richtlijn 'het nationale recht inzake bijvoorbeeld het sluiten of de geldigheid van een overeenkomst' onverlet laat en de richtlijn dus voornoemde vernietigingsmogelijkheid onverlet laat. Uit de meteen op het vorige citaat volgende woorden 'zoals in het geval van het ontbreken van overeenstemming' blijkt echter dat het toepassingsbereik van die uitzondering op een ander vlak ligt. Naar mijn idee ziet die uitzondering niet op (vooruit)betalingsverboden, maar op regelingen met betrekking tot bijvoorbeeld aanbod en aanvaarding (art. 6:217, 3:33 en 3:35 BW) en wilsgebreken (bedrog, bedreiging, misbruik van omstandigheden en dwaling ex art. 3:44 en 6:228 BW). Overweging 14 is ook niet relevant omdat de vernietiging van het vooruitbetalingsverbod alleen het vooruitbetalingsbeding treft en dus niet, zoals overweging 14 vereist, invloed heeft op de geldigheid van de (hele) overeenkomst.

mentenrechten geschrapt moeten worden voor zover het betrekking heeft op consumentenkoop op afstand. Dat het vooruitbetalingsverbod ‘maar’ de helft van de koop-prijs betreft en alleen betrekking heeft op ‘maar’ een deel van de ‘verboden’ periode,<sup>42</sup> maakt de strijd met de richtlijn wellicht minder erg, maar dat neemt niet weg dat van strijd nog steeds sprake is. Dat bij individueel beding kan worden afgeweken van het vooruitbetalingsverbod maakt het op het eerste gezicht ook minder erg. Ook daarvoor geldt dat van strijd nog steeds sprake is omdat de hoofdregel nog steeds een (dwingendrechtelijk) inningsverbod behelst en afwijking bij individueel beding in de (e-commerce) praktijk erg lastig zo niet ondoenlijk is.

Bovendien lijkt de mening dat het vooruitbetalingsverbod geschrapt had moeten worden bij implementatie van de Richtlijn consumentenrechten in het verlengde te liggen van die van de Belgische wetgever, die op de volgende wijze met een soortgelijk inningsverbod is omgesprongen. Ter gelegenheid van de implementatie van de Minimum-harmonisatierichtlijn koop op afstand, werd art. 80 lid 3 toegevoegd aan de Wet Handelspraktijken van 14 juli 1991 (WHPC). Dat artikel bepaalde dat vóór het einde van de herroepingstermijn van (toen nog) 7 werkdagen van de consument ‘geen enkel voorschot of betaling [kan] worden geëist’. Dat verbod ging verder dan hetgeen waartoe de richtlijn verplichtte. In de *Santurel*-zaak oordeelde het Hof van Justitie dat het inningsverbod op zichzelf niet in strijd was met de Richtlijn koop op afstand (want minimumharmonisatie).<sup>43</sup> Een ander ook aan de leverancier opgelegd verbod om het nummer van de betaalkaart van de consument te vragen ging echter verder dan nodig om het nagestreefde doel te verwezenlijken: de daadwerkelijke uitoefening van het herroepingsrecht. Daarmee was het in strijd was met het evenredigheidsbeginsel. Naar verluidt vormde dit arrest, samen met de wens om vooruit te lopen op de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten, de aanleiding om het bewuste inningsverbod te schrappen.<sup>44</sup> Dat geschiedde op 12 mei 2010.<sup>45</sup>

Aan de strijd van het Nederlandse vooruitbetalingsverbod met art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten is overigens ook geen aandacht besteed bij de implementatie van die richtlijn in het BW. Dat blijkt onder andere uit de bij de memorie van toelichting gevoegde transponeringstabel.<sup>46</sup> In die tabel staat bij art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten onder het kopje ‘Artikel wetsvoorstel’: ‘Behoeft geen implementatie’; en onder het kopje ‘Beleidsruimte’: ‘Betreft mogelijkheid tot handhaving verbod op betaling buiten de verkoopprijsruimte’; en onder het kopje ‘Toelichting keuze beleidsruimte’: ‘Nederland kent een dergelijk verbod niet. Van deze optie kan daarom geen gebruik wor-

den gemaakt.’<sup>47</sup> Door in de transponeringstabel en de daaraan gegeven uitleg met betrekking tot art. 9 lid 3 alleen te spreken over buiten verkoopprijsruimten gesloten (met andere woorden: colportageovereenkomsten) lijkt de wetgever het volgende te vinden: art. 9 lid 3 heeft uitsluitend betrekking op colportage en niet (ook) op het vooruitbetalingsverbod in art. 7:26 lid 2 tweede zin BW voor zover van toepassing op consumentenkoop op afstand. Aannemende dat art. 7:26 lid 2 BW in strijd is met art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten, is de transponeringstabel en de daarbij gegeven uitleg op dat punt dus onjuist of in ieder geval onvolledig.

## 7.2. Strijd met de Geoblocking-verordening

De strijd tussen het vooruitbetalingsverbod en Europese regelgeving is vervolgens aan de orde gekomen in het kader van de Geoblocking-verordening (EU) 2018/302. De ACM gaf de Staatssecretaris van EZ en Klimaat in overweging het vooruitbetalingsverbod aan te passen voor zover van toepassing op koop- of dienstenovereenkomsten die onder de werkingssfeer van de Geoblocking-verordening vallen, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming.<sup>48</sup> De ACM deed dit in verband met art. 5 van die verordening. Lid 1 van dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat een handelaar voor een betalingstransactie geen verschillende voorwaarden mag toepassen die verband houden met nationaliteit, verblijf-/vestigingsplaats, plaats van de betaalrekening, vestigingsplaats van de betalingsdienstaanbieder of afgifteplaats van het betaalinstrument binnen de Europese Unie wanneer aan drie voorwaarden wordt voldaan. Die voorwaarden zijn dat: ‘a) de betalingstransactie plaatsvindt door middel van een elektronische transactie door overmaking, automatische afschrijving of een op kaarten gebaseerd betaalinstrument binnen hetzelfde betaalmerk en dezelfde categorie; b) is voldaan aan de authenticatievoorschriften op grond van Richtlijn (EU) 2015/2366, en c) de betalingstransacties in een valuta luiden die de handelaar aanvaardt.’ Art. 5 lid 2 bepaalt vervolgens: ‘Indien zulks om objectieve redenen gerechtvaardigd is, belet het in lid 1 vastgestelde verbod de handelaar niet om de levering van de goederen of de verrichting van de dienst op te schorten totdat hij een bevestiging heeft ontvangen dat de betalingstransactie correct is ingeleid.’

Volgens de ACM leek op grond van dat art. 5 lid 2 ‘in sommige gevallen een volledige vooruitbetaling geëist te mogen worden door de handelaar voordat er geleverd wordt’ terwijl art. 7:26 lid 2 BW ‘daarentegen bepaalt dat voor een consumentenkoop (...) tot vooruitbetaling van

42. Te weten tussen het moment van sluiten van de overeenkomst en het moment van aflevering in plaats van tussen het moment van sluiten van de overeenkomst en 14 dagen na aflevering.

43. HvJ EG 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:730, NJ 2009/216, m.nt. M.R. Mok (*Lodewijk Gysbrechts/Santurel Inter BVBA*).

44. Aldus R. Steennot, ‘The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract’, *Computer Law & Security Review* 2013/29, p. 114.

45. 12 mei 2010 was de dag dat de Wet marktpraktijken en consumentenbescherming van 6 april 2010 (WMPC) in werking trad. De WMPC is inmiddels vervangen door het Wetboek van economisch recht.

46. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 68 (MvT).

47. Overigens lijkt Nederland een dergelijk verbod wel te hebben gehad in art. 25 lid 5 Colportagewet en dat verbod, met gebruikmaking van de in art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten geboden mogelijkheid, in gewijzigde vorm te hebben gehandhaafd in art. 6:230t lid 5 BW, waarover *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 49 (MvT).

48. Brief 24 mei 2018, kenmerk ACM/UIT/496749, *Kamerstukken II* 2018/19, 35046, bijlage bij 3, p. 2 (MvT).

ten hoogste de helft van de koopprijs kan worden verplicht'.<sup>49</sup> Aangezien de Geoblocking-verordening prevaleert boven ons BW voor zover het gaat om overeenkomsten die onder de werkingssfeer van die verordening vallen, zou, aldus de ACM art. 7:26 lid 2 BW op dat punt moeten worden aangepast. Op die mededelingen werd in de memorie van toelichting geantwoord dat het vooruitbetalingsverbod niet gewijzigd behoeft te worden gelet op: (i) de strekking van het vooruitbetalingsverbod dat geen dwingend recht bevat omdat afwijking bij individueel beding mogelijk is en (ii) art. 5 lid 2 dat betrekking heeft op de bevestiging dat de betalingstransactie goed is ingeleid.<sup>50</sup>

Dit antwoord vind ik niet bevredigend. Ten eerste is, zoals hierboven uitgelegd, in e-commerce transacties afwijking bij individueel beding niet zo *straightforward* als het antwoord veronderstelt. Ten tweede maakt art. 5 lid 2 duidelijk dat de handelaar bij betaling niet mag discrimineren, maar dat verbiedt hem niet zijn leveringsverplichting op te schorten totdat zeker is dat hij zijn geld zal ontvangen. Daarmee wordt weliswaar strikt genomen niet een Unierechtelijk opschortingsrecht in het leven geroepen. Het lijkt er echter sterk op dat de Europese wetgever veronderstelt dat de handelaar moet kunnen eisen dat er vooruitbetaald wordt voordat hij levert, en dat hij niet hoeft te leveren voordat zeker is dat er vooruitbetaald is. Die veronderstelling is ook in lijn met art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten waarin, zoals betoogd, is bepaald dat lidstaten de verkoper niet mogen verbieden gedurende de herroepingstermijn betaling te innen. Dit zijn sterke aanwijzingen dat het vooruitbetalingsverbod ook in strijd is met de Geoblocking-verordening.

## 8. Is het vooruitbetalingsverbod van deze tijd?

Voor zover men van mening is dat het vooruitbetalingsverbod niet in strijd is met de Richtlijn consumentenrechten of de Geoblocking-verordening en om die reden moet worden afgeschaft, rijst de vraag of het verbod nog wel van deze tijd is en zo niet, of het om die reden zou moeten worden afgeschaft. Daarover merk ik allereerst op dat het vooruitbetalingsverbod, zoals gezegd, in de oorspronkelijke versie van dwingend recht was. Pas later is de mogelijkheid toegevoegd om van het verbod af te wijken. Die mogelijkheid om af te wijken bij individueel beding was in die tijd reëel. Toen werden of konden individuele verkoopsgesprekken worden gevoerd en bestond dus een reële mogelijkheid mondeling en 'heel gemakkelijk'<sup>51</sup> af te wijken van het vooruitbetalingsverbod. Door technologische ontwikkelingen worden bij internetverkoop geen verkoopsgesprekken meer gevoerd. In die gevallen ontbreekt daardoor een reële mogelijkheid om bij individueel beding af te wijken van het vooruitbetalingsverbod en blijkt de bij memorie van antwoord geïntroduceerde versoepeling achteraf gezien een dode letter. Daartegen zou kunnen worden aangevoerd dat bij internetverkoop de afwijking door remboursbetaling in de plaats is gekomen voor de afwijking tijdens het verkoopsgesprek en dat

die afwijking door remboursbetaling ook 'heel gemakkelijk is'. Die redenering miskent echter dat van een door de parlementaire geschiedenis bedoelde afwijking vóór aflevering geen sprake is en, getuige de aan de consument doorberekende rembourskosten, het onder rembours afleveren verhoudingsgewijs veel handelingen vergt en geld kost waardoor van gemak nauwelijks sprake is. Bovendien was de afwijking bij individueel beding ooit bedoeld om de verkoper tegemoet te komen. Van die tegemoetkoming komt tijdens een internetverkoop weinig terecht omdat er geen individueel gesprek meer wordt gevoerd. Voor internetverkoop kan het verbod daarom mijns inziens beter worden afgeschaft. Voor die afschaffing pleiten nog een aantal andere argumenten die gemeen hebben dat zij hun oorsprong vinden in verschillen tussen de tijd dat het verbod is ontworpen en de tijd waarin we nu leven. Die argumenten zal ik hierna behandelen en daarbij telkens tegenargumenten bespreken.

### 8.1. Sterkere positie van consument

De economische en juridische positie van de consument is sinds de parlementaire behandeling van het vooruitbetalingsverbod aanzienlijk verbeterd, waardoor er nu minder noodzaak is (dan toen) de consument met een vooruitbetalingsverbod te beschermen. Economisch gezien is de positie van de via het internet kopende consument beter omdat door de opkomst van het internet verkopers, producten, diensten, verkoop- en betalingsvoorwaarden met geringe inspanning en tegen geen of verwaarloosbare kosten te vergelijken zijn. Ook kunnen de producten vaak vanuit de hele wereld tegen geen of geringe kosten van een lokale winkel worden gekocht. Mede daardoor is de concurrentie sterk toegenomen. Dat was anders in de tijd waarin alleen *brick-and-mortar*-winkels bestonden en de consument winkels moest gaan afstruinen of reclamefolders doornemen om producten met elkaar te vergelijken alvorens ze aan te schaffen. Dat kostte niet alleen tijd, maar bracht ook reiskosten met zich waardoor het aanbod geografisch beperkt was, en er dus minder concurrentie was. Het was economisch gezien immers niet rationeel om bijvoorbeeld van Maastricht naar Groningen te reizen om te bezien of een product daar *f* 10 goedkoper was, laat staan om nogmaals die reis te maken om het product daar vervolgens aan te schaffen. Ook juridisch gezien is de positie van de via internet kopende consument verbeterd, niet alleen als gevolg van allerlei Europeesrechtelijke invloeden (denk m.n. aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Garantierichtlijn 1999/44 (inmiddels vervangen door de Verkooprichtlijn (EU) 2019/771) en de ambtshalve toetsende rechter), maar vooral door specifieke e-commerce regelgeving (denk m.n. aan de e-commerce Richtlijn 2000/31 en de (voorloper van de) Richtlijn consumentenrechten 2011/83<sup>52</sup>). Het is met name dankzij de implementatie van (thans) art. 9, 13 en 14 Richtlijn consumentenrechten in (thans) art. 6:230o, 230r en 230s BW dat de consument veel sterker is komen te staan. Op grond daarvan mag hij de consumentenkoop op afstand zonder tekortkoming of

49. Brief 24 mei 2018, kenmerk ACM/UIT/496749, *Kamerstukken II* 2018/19, 35046, bijlage bij 3, p. 2 (MvT).

50. *Kamerstukken II* 2018/19, 35046, 3, p. 4 (MvT).

51. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 88 (VC II).

52. De voorloper is de Richtlijn koop op afstand 97/7.

reden ontbinden binnen 14 dagen na ontvangst van de zaak, waarna hij de zaak moet terugsturen en hij de door hem betaalde koopprijs terug moet krijgen.

Waar tijdens de parlementaire behandeling van art. 7:6 BW nog werd opgemerkt dat door een vooruitbetalingsbeding het opschortingsrecht (wegens gebreken aan het gekochte) impliciet werd uitgesloten en daarom verboden moest worden,<sup>53</sup> is er bij een internetverkoop mijns inziens vrijwel geen noodzaak meer vast te houden aan het vooruitbetalingsverbod *teneinde* de consument een mogelijkheid te bieden van zijn opschortingsrecht gebruik te maken. Het uitoefenen van het ontbindingsrecht (ex art. 6:230o BW) is voor de consument immers vele malen effectiever en efficiënter dan zijn opschortingsrecht in te roepen. Bij het uitoefenen van een opschortingsrecht moet hij debatteren over de vraag of al dan niet sprake is van een tekortkoming en of die tekortkoming van voldoende gewicht is om de opschorting te rechtvaardigen (art. 6:262 lid 2 BW), terwijl hij dat debat niet hoeft te voeren als hij gebruikmaakt van zijn ontbindingsrecht bij consumentenkoop op afstand. Anders gezegd, de consument heeft er door het toekennen van het ontbindingsrecht (zonder tekortkoming) bij consumentenkoop op afstand een recht bij gekregen waardoor de noodzaak kleiner is geworden van een opschortingsrecht (wegens een tekortkoming) gebruik te moeten maken, terwijl juist die noodzaak toentertijd een belangrijke reden vormde het vooruitbetalingsverbod in te voeren.

Overigens werd tijdens de parlementaire behandeling van art. 7:6 BW al door Algra kritisch gereageerd op de reden het vooruitbetalingsbeding te verbieden: het is onaanvaardbaar dat door zo'n beding het opschortingsrecht impliciet wordt uitgesloten. Algra gaf aan dat dat geen steek houdt 'omdat gebreken aan het gekochte zich doorgaans pas ná de aflevering plegen te openbaren en de koper al bij aflevering verplicht is de koopsom te voldoen. Een verband met het opschortingsrecht – zoals ook de MvT schijnt te suggereren – mag dus niet gelegd worden'.<sup>54</sup>

### 8.2. *Risico van consument wordt steeds kleiner, maar er blijft een restrisico*

Daarbij komt dat de periode waarin de consument een risico loopt steeds kleiner wordt. Ten tijde van de parlementaire behandeling van het vooruitbetalingsverbod waren er twee smaken. Ofwel het product was in de winkel op voorraad. In dat geval kon de consument het na betaling meteen meenemen. Ofwel het was niet op voorraad. In dat geval moest het besteld worden en kon het geruime tijd duren voordat de consument het in de winkel af kon halen. Vaak duurde dat een paar dagen,

soms een paar weken. Als een product besteld moest worden en tenzij bij individueel beding anders werd overeengekomen, beschermde het vooruitbetalingsverbod de consument tegen (1) voorfinanciering met meer dan de helft van de koopprijs en (2) faillissement van de verkoper tussen het moment van voorfinanciering en afhalen. Tegenwoordig worden producten sneller geleverd dan toen: meestal de volgende en soms nog dezelfde dag. Daardoor is in veel gevallen de periode van voorfinanciering en de periode waarin een faillissementsrisico wordt gelopen veel kleiner dan toen.

Ook voorziet de markt in een mogelijkheid voor consumenten het faillissementsrisico af te dekken.<sup>55</sup> Zo geldt voor betaling met PayPal<sup>56</sup> een zogeheten 'aankoopbescherming' en voor bepaalde MasterCard en Visa creditcards<sup>57</sup> een zogeheten 'aflevergarantie' op grond waarvan de consument, onder bepaalde voorwaarden, zijn geld terugkrijgt als de internetbestelling niet wordt afgeleverd. Bij betaling met iDEAL bestaat die mogelijkheid overigens niet.<sup>58</sup> Verder kan de consument zijn risico's verkleinen door alleen te bestellen bij betrouwbare, bekende webshops met keurmerk, en door alleen producten te bestellen die op voorraad zijn. Ook zal een webshop die niet of niet op tijd het bestelde levert of het vooruitbetaalde terugbetaalt door snel verspreidende negatieve recensies snel *out-of-business* zijn. Daar gaat een preventieve werking van uit.

Dit alles neemt niet weg dat er altijd consumenten zullen zijn die tussen wal en schip vallen. Voor hen zal het in de praktijk knap lastig kunnen zijn alsnog het geleverde te krijgen of het geld terug te ontvangen. En als de handelaar failliet gaat, blijft de consument doorgaans met de gebakken peren zitten.

### 8.3. *Geen of nauwelijks behoefte aan betalen bij afleveren*

Een andere reden het vooruitbetalingsverbod te schrappen is omdat aan dat verbod in de praktijk geen of nauwelijks behoefte (meer) is. Na vernietiging van het vooruitbetalingsverbod moet de consument immers alsnog bij aflevering betalen. Dat betekent volgens Loos dat consumenten er geen belang bij hebben te gaan procederen en dat heeft er zijns inziens toe geleid dat de door het verbod beoogde bescherming 'in de praktijk grotendeels een dode letter is geworden en in zijn huidige formulering valse verwach-

53. *Parl. Gesch. Boek 7, Inv. 3, 5 en 6*, p. 69 (MvT). Zie in dat verband E.H. Hondius & G. Serraris-Perrick, 'Het voorontwerp inzake de consumentenkoop', *NJB* 1979, afl. 34, p. 779, die erop wijzen dat de consument door vooruitbetaling te accepteren zijn opschortingsrecht prijsgeeft.

54. N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1984, p. 30.

55. Zo vermeldt Klik dat in art. 7:26 BW wordt uitgegaan van traditionele betalingsmethoden en stelt hij zich de vraag of bij andere dan traditionele betaalmethoden 'de bescherming niet ligt in de mogelijkheid de betaling achteraf terug te draaien', zie P. Klik, *Koop en Consumentenkoop*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 8.2, p. 232-233.

56. Zie art. 13 van de Gebruikersovereenkomst voor PayPal-services, [www.paypal.com/nl/webapps/mpp/ua/useragreement-full#13](http://www.paypal.com/nl/webapps/mpp/ua/useragreement-full#13).

57. Zie [www.yourmastercard.nl/voordelen/verzekeringen/](http://www.yourmastercard.nl/voordelen/verzekeringen/) en [www.worldcard.nl/voordelen/verzekeringen/](http://www.worldcard.nl/voordelen/verzekeringen/). Zie ook art. 17.1 van de algemene voorwaarden, die voor wat betreft de 'aflevergarantie' voor beide kaarten gelijkkluidend lijken te zijn, te vinden via [www.yourmastercard.nl/algemene-voorwaarden/](http://www.yourmastercard.nl/algemene-voorwaarden/) en [www.worldcard.nl/algemene-voorwaarden/](http://www.worldcard.nl/algemene-voorwaarden/).

58. Bij de veelgestelde vragen meldt iDEAL dat de betaalmethode losstaat van de levering, de betaling door de bank niet ongedaan kan worden gemaakt op initiatief van de consument en de consument zich tot de verkoper moet wenden, zie [www.ideal.nl/consumenten/veelgestelde-vragen/](http://www.ideal.nl/consumenten/veelgestelde-vragen/).

tingen kan wekken (...) [en] dan ook beter geschrapt [kan] worden'.<sup>59</sup>

Verder lijkt het aantal remboursbetalingen bij consumentenkoop op afstand erg klein en lijkt de consument nauwelijks behoefte te hebben aan betaling bij aflevering, de meest voor de hand liggende betalingsvorm om aan te bieden teneinde in overeenstemming met het vooruitbetalingsverbod te handelen.<sup>60</sup> Gelet op de kosten verbaast het niet dat daar nauwelijks behoefte aan is. Om een idee te krijgen van de bedragen die aan de verkoper in rekening worden gebracht: bij DPD, PostNL en UPS worden tarieven in rekening gebracht variërend tussen 1 en 2% van het remboursbedrag, in sommige gevallen vermeerderd met een startbedrag van € 6.<sup>61</sup> Die kosten worden in de regel doorberekend aan de consument. Volgens art. 6:230k lid 1 BW mag dat, zoals gezegd, en wel voor 'ten hoogste de kosten van het gebruik daarvan door de handelaar'. Het remboursbedrag minus kosten wordt vervolgens binnen 72 uur tot 10 werkdagen overgemaakt naar de verkoper. In vergelijking met een vooruitbetaling is een remboursbetaling dus ook voor de verkoper niet aantrekkelijk, en wel vanuit cashflow oogpunt niet.

Wat wel in toenemende mate in een behoefte lijkt te voorzien, is achterafbetaling (op krediet).<sup>62</sup> Die betalingsmogelijkheid kan hier echter buiten beschouwing worden gelaten. Het is immers niet een betalingsmogelijkheid waartoe het vooruitbetalingsverbod verplicht. Juridisch gezien moet er uiterlijk op het moment van aflevering worden betaald (art. 7:26 lid 1 BW). Alles wat er daarna gebeurt, gebeurt op basis van een commerciële (en niet juridisch verplichte) keuze van de verkoper, en is in dit verband dus niet relevant.

#### 8.4. Risico op misbruik neemt toe

Verder lopen de webshops die de mogelijkheid bieden na aflevering te betalen een risico op misbruik. Onderzoek van 'RTL Nieuws' laat zien dat gehackte webshopaccounts kunnen worden gebruikt om producten op achterafbetaling te laten leveren op een nieuw adres of afleverpunt, waar de besteller het in ontvangst neemt respectievelijk ophaalt en vervolgens met de noorderzon vertrekt voordat het misbruik wordt ontdekt.<sup>63</sup> Als verkopers om commerciële redenen een mogelijkheid tot achteraf betalen bieden en (daarmee) dit risico (bewust of onbewust) nemen, dan is daar niets mis mee. Als verkopers zich echter door het vooruitbetalingsverbod gedwongen voelen dat risico te nemen, zoals Engelfriet

suggereert,<sup>64</sup> dan is dat een steunargument om voor afschaffing van het verbod te pleiten.

Loos ziet nog een andere vorm van misbruik, en wel door consumenten zelf. De consument kan bij consumentenkoop op afstand zijn ontbindingsrecht (ex art. 6:230o BW) uitoefenen en bij gebreke aan vooruitbetaling 'de verkoper op kosten (...) jagen zonder dat de verkoper enige zekerheid heeft of zijn inspanningen leiden tot enige betaling'.<sup>65</sup> De verkoper kan op zijn beurt, zo vervolgt Loos, door vooruitbetaling te verlangen, 'wellicht al te lichtzinnige bestellingen voorkomen'.

Tegelijkertijd kan het ook zo zijn dat een webshop misbruik maakt van de vooruitbetaling door niet of traag te leveren of zelfs failliet gaat, en de consument (zoals hiervoor in paragraaf 8.2 aangegeven) aan het kortste eind trekt.

## 9. Conclusie en hoe verder

Ik vat samen. Het vooruitbetalingsverbod is niet meer van deze tijd. De bestaande praktijk is om de consument bij koop op afstand de keuze te laten tussen vooruitbetalen en betalen ten tijde of na aflevering. Gelet op het te billijken 'Tarifwahlsystem' en de ratio van het vooruitbetalingsverbod, kan die praktijk door de beugel. Aan andere besproken oplossingen kleven haken en ogen. Er spreekt veel voor het afschaffen van het vooruitbetalingsverbod. De belangrijkste reden daarvoor is dat het vooruitbetalingsverbod bij consumentenkoop op afstand naar mijn idee in strijd is met de Richtlijn consumentenrechten en ook in strijd lijkt te zijn met de Geoblocking-verordening, voor zover die overeenkomst binnen de werkingsfeer daarvan valt. Ook andere redenen pleiten voor afschaffing. Ten opzichte van de tijd waarin het vooruitbetalingsverbod werd bedacht, is de economische en juridische positie van de consument veel sterker geworden, hoeft de consument minder lang voor te financieren, is het faillissementsrisico dat de consument loopt kleiner geworden, kan hij zich tegen risico's van niet leveren of faillissement van de handelaar juridisch en feitelijk beter wapenen, is zijn behoefte ten tijde van de aflevering te betalen verminderd en is het risico van de verkoper op misbruik groter geworden. Natuurlijk blijven er altijd consumenten tussen wal en schip vallen, maar al met al spreken meer en zwaardere argumenten voor als tegen het afschaffen van het vooruitbetalingsverbod.

59. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW, deel B65b), Deventer: Kluwer 2014/41.

60. Zie [www.thuiswinkel.org/nieuws/3714/klarna-en-afterpay-grootste-stijgers-onder-thuiswinkelaars-ideal-blijft-koploper](http://www.thuiswinkel.org/nieuws/3714/klarna-en-afterpay-grootste-stijgers-onder-thuiswinkelaars-ideal-blijft-koploper), waar uit een grafiek blijkt hoeveel procent van de onlineaankopen met welke betaalmethode werd betaald in de periode januari tot en met december 2017. Remboursbetalingen worden in die grafiek niet als afzonderlijke betalingsmethode genoemd en gelden vermoedelijk als 'Andere betaalwijze'. Daaruit lijkt te volgen dat in die periode 3% van de onlineaankopen gedaan werd met remboursbetalingen en andere betalingsmethoden.

61. DPD: [www.dpd.com/nl/business\\_customers/over\\_dpd/infocentrum/tarieven\\_en\\_toeslagen\\_special\\_link](http://www.dpd.com/nl/business_customers/over_dpd/infocentrum/tarieven_en_toeslagen_special_link) bij tarieven en toeslagen onder optie cash-on-delivery; PostNL: [www.postnl.nl/versturen/pakket-versturen/verzendopties/betaalservice/](http://www.postnl.nl/versturen/pakket-versturen/verzendopties/betaalservice/); en UPS: [www.ups.com/nl/nl/shipping/services/value-added/cod.page](http://www.ups.com/nl/nl/shipping/services/value-added/cod.page) en [www.ups.com/nl/nl/shipping/zones-and-rates/value-added.page](http://www.ups.com/nl/nl/shipping/zones-and-rates/value-added.page). De tarieven geven alleen een indicatie op basis van openbaar beschikbare informatie. Vermoedelijk zullen de kosten na onderhandeling lager uitvallen, zeker naarmate het volume stijgt.

62. Zie [Thuiswinkel.org](http://Thuiswinkel.org), 'Klarna en AfterPay grootste stijgers onder thuiswinkelaars. iDEAL blijft koploper', *Thuiswinkel.org website* 23 maart 2018, [www.thuiswinkel.org/nieuws/3714/klarna-en-afterpay-grootste-stijgers-onder-thuiswinkelaars-ideal-blijft-koploper](http://www.thuiswinkel.org/nieuws/3714/klarna-en-afterpay-grootste-stijgers-onder-thuiswinkelaars-ideal-blijft-koploper).

63. RTL Nieuws, 'Van Zalando tot Bol.com: duizenden gehackte webshopaccounts doorverkocht', *rtlnieuws.nl* 20 juli 2018, [www.rtl-nieuws.nl/tech/artikel/4298786/duizenden-gehackte-webshopaccounts-doorverkocht-op-het-internet](http://www.rtl-nieuws.nl/tech/artikel/4298786/duizenden-gehackte-webshopaccounts-doorverkocht-op-het-internet).

64. A.P. Engelfriet, 'Is achterafbetalen een wettelijk beveiligingsgat?', *Ius mentis* 30 juli 2018, <https://blog.iusmentis.com/2018/07/30/is-achterafbetalen-een-wettelijk-beveiligingsgat/>.

65. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW, deel B65b), Deventer: Kluwer 2014/41.

Gelet op al deze bezwaren tegen het vooruitbetalingsverbod rijst de vraag: hoe verder? Het zou het beste zijn als het vooruitbetalingsverbod op korte termijn zodanig wordt aangepast dat het geen betrekking meer heeft op consumentenkoop op afstand. Dat kan bijvoorbeeld door aan art. 7:26 lid 2 tweede zin BW als volgt de volgende cursieve woorden toe te voegen: 'Bij een consumentenkoop, *niet zijnde een overeenkomst op afstand bedoeld in artikel 230g lid 1 onder e van Boek 6*, kan de koper tot vooruitbetaling van ten hoogste de helft van de koopprijs worden verplicht.'

In de tussentijd zou bij consumentenkoop op afstand art. 7:26 lid 2 tweede zin BW opzij kunnen worden gezet met gebruikmaking van art. 6:248 lid 2 BW.<sup>66</sup> Opzijzetten kan ook bij bepalingen van dwingend recht, zoals hier, zij het dat in zo'n geval meer terughoudendheid gepast is dan normaliter bij toepassing van de derogerende toepassing van de redelijkheid en billijkheid, en dat aan de rechtelijke motivering daarvan hoge eisen worden gesteld.<sup>67</sup> Naar mijn idee zijn de hierboven aangevoerde argumenten daarvoor van voldoende gewicht.

---

66. Dat de redelijkheid en billijkheid een dwingende wetsbepaling opzij kunnen zetten blijkt uit *Parl. Gesch. Boek 6* (EV I), p. 72-73 en *Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6*, p. 1020 (MvT Inv.). Zie ook H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW, deel A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017/36.1.

67. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, r.o. 4.2.1, NJ 2012/396 (*ABN AMRO/X*). Zie ook HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 (*VGZ/verweerders of Bosentan*) over niet verdisconteerde bijzondere omstandigheden.