



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Inpassing van Europese consumentenkoopregels

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2005). Inpassing van Europese consumentenkoopregels. *Bw-Krant Jaarboek, 21*, 97-111. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36868>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36868>

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

5 | Inpassing van Europese consumenten- koopregels

Jac. Hijma[■]

1 INLEIDING

Rechtshandeling, overeenkomst, wederkerige overeenkomst, koop, consumentenkoop. Vijf begrippen, vijf niveaus. In het Burgerlijk Wetboek passeren zij successievelijk de revue: voorop gaat de rechtshandeling (Boek 3), dan volgt de overeenkomst, met in haar kielzog de wederkerige overeenkomst (Boek 6), en ten slotte komt de koop, hand in hand met de consumentenkoop (Boek 7). Naar de gelaagde structuur van de wet zijn op iedere figuur niet alleen de daarvoor geschreven regels van toepassing, maar tevens de meer algemene, voorzover daarvan op de specifiekere niveaus niet is afgeweken.

Als op 1 januari 1992 het nieuwe vermogensrecht in werking treedt, ligt een doordacht complex ter tafel, waarvan de samenstellende delen weliswaar niet *aus einem Guss* zijn gevormd, maar wel vanuit een consistente visie zijn ontwikkeld. Ruim tien jaar later zijn consistentie en coherentie niet meer over de gehele linie vanzelfsprekend. Met name het kooprecht is inmiddels doorregen met regels van Europese origine, die naast het nationale recht tot ontwikkeling zijn gekomen en daarom niet op voorhand bij systeem en inhoud van het vigerende vermogensrecht aansluiten. Zeker bij richtlijnstelsels die geen nieuwe materie regelen¹ maar in de bestaande wet een voorganger hebben, die zij overboord werken, is de kans op kieren en barsten niet denkbeeldig.

In dit licht vraagt met name richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen – kort gezegd: de richtlijn consumentenkoop – de aandacht.² Deze richtlijn behandelt kwesties die naar hun aard niet tot de consumentenkoop beperkt blijven, maar

■ Jac. Hijma is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Zoals richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* L 144, die tot de tussenvoeging van een nieuwe afdeling 7.1.9A (art. 7:46a-46j) heeft geleid.

2 Over richtlijn 1999/44/EG en/of haar implementatie ten onzent is geschreven door J.M. Smits, 'Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht', *NJB* 2000, p. 1825-1830; C.A. Joustra, 'De richtlijn consumentenkoop: een vergelijking met het Weens Koopverdrag', *WPNR* 6430 (2001); J.M. Smits, 'De voorgenomen implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrekkig wetsvoorstel', *WPNR* 6470 (2001); J.M. Smits, 'De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht', in J.M. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, p. 1-27; Jac. Hijma, 'De rechtsmiddelen van de consument-

zich over het hele kooprecht uitstrekken en daar(en)boven doordringen tot het algemene overeenkomstenrecht. Dit opstel strekt ertoe te onderzoeken of deze richtlijn consumentenkoop, althans de wijze waarop zij in het Burgerlijk Wetboek is nedergedaald, een bedreiging van de eenheid – met name de systematische eenheid – van het nationale vermogensrecht betekent.

2 HARMONISATIE

De consumentenkooprichtlijn – verder korthedshalve veelal: de richtlijn – dateert van 25 mei 1999. Als deel van het Europese consumentenbeschermingsprogramma³ strekt zij ertoe de nationale rechtsstelsels op het punt van de koop door consumenten te harmoniseren. Niet alle aspecten van de consumentenkoop komen erin aan de orde: wel nonconformiteit, herstel, vervanging, ontbinding en prijsverlaging, maar niet opschorting, schadevergoeding, vooruitbetaling. De niet-geregelde aspecten blijven nationaal domein.

Iedere lidstaat dient zijn wetgeving aldus in te richten, dat de consument *ten minste* de in de richtlijn vervatte bescherming geniet (art. 8 lid 2 richtlijn). Het gaat derhalve om een minimumharmonisatie: een staat mag aan de consument wel een hogere graad van bescherming verlenen, maar niet een lagere. Hoewel kan worden gezegd – en volgehouden – dat het in 1992 van kracht geworden Nederlandse vermogensrecht de consument-koper ruwweg hetzelfde beschermingsniveau biedt als de richtlijn, zag de wetgever zich genoopt een flinke bundel aanpassingen te formuleren.

De vraag of het nationale recht aan de eisen van een richtlijn voldoet, wordt niet globaliter beantwoord, maar impliceert een beoordeling op detailniveau. Illustratief is de gang van zaken rond een eerdere consumentenbeschermingsrichtlijn, richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.⁴ Te dien aanzien nam Nederland het standpunt in dat de verschillen dermate gering zijn dat een ingreep in de bestaande wetgeving gevoeglijk achterwege kon blijven, temeer daar de rechter het nationale recht richtlijnconform zal interpreteren.⁵ De Europese Commissie achtte deze houding te gemakzuchtig. Zij verlangde aanvullende wetgevingsactiviteit, en vond daarin, het Nederlandse verweer ten spijt, het Europese Hof van Justitie aan

koper; richtlijn 1999/44 en de Nederlandse wet', in J.M. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, p. 29-39.

3 Vgl. art. 153 (voorheen 129A) van het EG-Verdrag.

4 *PbEG* L 95.

5 Zie voor de plicht tot richtlijnconforme interpretatie o.m. HvJ EG 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I-4941, NJ 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.); nationaal HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 (Assoud/SNS); M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001.

haar zijde.⁶ Zeker gezien deze recente tik op de vingers, lag het voor de hand dat ons land de nieuwe richtlijn nauwlettend zou implementeren.

3 IMPLEMENTATIE

Op 1 mei 2003, ruim een jaar na de deadline van 1 januari 2002 (art. 11 lid 1 richtlijn), trad de Wet tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen in werking.⁷ Het is een gedetailleerd stuk wetgeving, waarin niet alleen wordt *aangepast*, maar zeker ook wordt *ingepast*. De wetgever had het zich gemakkelijk kunnen maken door (de relevante gedeelten van) de richtlijntekst min of meer letterlijk tot nationale wet te verklaren. In andere landen is zo'n aanpak niet ongebruikelijk.⁸ Hij heeft het voordeel van een direct zichtbare Europese correctheid. Maar er is ook een nadeel: het onontkoombare puzzelwerk – wat is precies de relatie tot het overige recht? – komt op het bord van de rechter terecht, die telkens op *ad hoc* basis (een deel van) de puzzel zal moeten leggen. Dat de Nederlandse wetgever het netelige inpassingskarwei aan zich houdt,⁹ getuigt van een loffelijke taakopvatting.

In de implementatiewet zijn, in het voetspoor van de richtlijn, de navolgende onderwerpen geregeld: reikwijdte van de beschermingsregeling (art. 7:5, 7:6), handelsgaranties (art. 7:6a), nonconformiteit (art. 7:17, 7:18, 7:19), recht op herstel of vervanging (art. 7:21), recht op ontbinding (art. 7:22), recht op prijsvermindering (art. 7:22), klachtplicht van de koper (art. 7:23), regres op een voorschakel (art. 7:25). In het kader van het onderhavige onderzoek is hiervan lang niet alles relevant. De bepalingen die min of meer typisch consumentenkooprecht bevatten en op de hogere niveaus geen duidelijke pendant of parallel kennen, kunnen buiten het blikveld worden geplaatst; in een analyse van het vermogensrechtelijke bouwwerk spelen zij geen rol. Interessant zijn met name de bepalingen met betrekking tot de rechtsmiddelen: herstel of vervanging, ontbinding, prijsvermindering. Deze onderwerpen passeren hierna de revue, voorafgegaan door enkele observaties met betrekking tot de conformiteitsvraag.

6 HvJ EG 10 mei 2001, *Jur.* 2001, I-3541 (Europese Commissie/Nederland), waarover J.M. Smits, 'Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 6461 (2001); M.H. Wissink, 'Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen', *NTBR* 2002, p. 152-156.

7 *Stb.* 2003, 110 (wettekst); *Stb.* 2003, 151 (inwerkingtreding); *Kamerstukken* 2000/03, 27 809.

8 Zie in dezen bijv. de Belgische art. 1649bis-1649octies BW, toegevoegd op 1 januari 2005, waarover S. Stijns, 'De richtlijn consumentenkoop en het Belgische recht', in J.M. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, p. 41-78.

9 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 2 (e.v.).

4 NONCONFORMITEIT

Het terrein der (non)conformiteit geeft een aantal ingrepen te zien (art. 7:17, 7:18, 7:19), die in het kader van deze beschouwing niet bijster interessant zijn. Aan twee ervan besteed ik toch enige aandacht, omdat zij aan de kern van de conformiteitstoetsing raken en daarmee de grondslag van de hierna te bespreken rechtsmiddelen betreffen.

Oorspronkelijk bepaalde art. 7:17 lid 2 bondig, dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In het voetspoor van de richtlijn (art. 2 lid 2 sub d) is thans tussengevoegd: ‘mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan’. De inlas is een typisch voorbeeld van (over)ijverige implementatie zonder materieel belang. Reeds onder de oude wettekst werd algemeen aangeknoopt bij een passage in de parlementaire geschiedenis, die leert dat op alle omstandigheden van het geval moet worden gelet: de aard van de zaak, de hoogte van de prijs, het soort winkel, een eventuele bijzondere context zoals uitverkoop, de mededelingen van de verkoper, etc.¹⁰ De explicitering van twee van die aanknopingspunten doet ietwat willekeurig aan. Zij had m.i. achterwege kunnen blijven,¹¹ maar kan gezien het ‘mede’ ook weinig kwaad. Terecht heeft de wetgever haar niet tot de consumentenkoop beperkt, aldus een anomalie binnen het kooprecht vermijdend.

In het nieuwe art. 7:17 lid 5 is de bepaling opgenomen dat de koper zich niet op een nonconformiteit kan beroepen wanneer deze ‘hem ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn.’ Deze implementatie – van art. 2 lid 3 richtlijn – was evenmin noodzakelijk. Het gaat hier immers niet om (een regel van) kopersbescherming, maar juist om een insnoering van die bescherming, ten gerieve van de verkoper. In een stelsel van minimumharmonisatie mag zulks achterwege blijven. Kennelijk heeft de wetgever de positie van de verkoper, die er toch al op achteruitgaat,¹² niet door een eenzijdige implementatie verder in de verdrukking willen brengen. Dat uitgangspunt verdient bijval. Niettemin plaats ik bij de geciteerde toevoeging een vraagteken. De Europese uitzondering voor de situatie dat de afwijking de consument ‘redelijkerwijs niet onbekend kon zijn’ (‘could not reasonably be unaware’) is in onze wet terechtgekomen als ‘redelijkerwijs bekend kon zijn’, welke drempel lager ligt dan die van het origineel. Dit schept twee problemen. In de eerste plaats dat van de Europese beugel: naar onze wet is de uitzondering op de consumentenkoopbescherming ruimer dan naar

10 NvW 1, in W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991, p. 121.

11 Zie tevens MvT, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 809, nr. 3, p. 4.

12 Zie met name par. 5.

de richtlijn, waarmee de implementatie tekortschiet. In de tweede plaats ontstaat een probleem van systematiek. De vraag wat aan de koper bekend kon zijn is dermate verweven met de vraag wat hij mocht verwachten, dat zij reeds onder de eerdere leden van art. 7:17 zal worden meegenomen. Wat de toetsing in het vijfde lid daarna nog inhoudt, is onduidelijk. Voor de richtlijntekst geldt dit bezwaar nauwelijks of niet, omdat die op positieve bekendheid is georiënteerd en het 'niet onbekend kon zijn' daar slechts een objectivering aan toevoegt.¹³ De parlementaire stukken leren dat de wetgever bij de richtlijn heeft willen aansluiten en geen (nieuwe) onderzoeksplichten voor kopers beoogt,¹⁴ maar in de tekst van de wet komt die intentie ontoereikend tot uitdrukking.¹⁵ Wanneer men bij elkaar optelt dat in dezen geen implementatieplicht bestaat, dat het praktisch belang van de materie niet groot is, en dat ook uit de redelijkheid en billijkheid wel een bekendheidsuitzondering kan worden – en wordt – afgeleid,¹⁶ dan dringt de slotsom zich op dat ons kooprecht zonder de beschreven ingreep beter af was geweest.

5 RECHT OP HERSTEL OF VERVANGING

De nakomingsrechten van de koper – het recht op herstel en het recht op vervanging – varen in de Nederlandse vertaling van de richtlijn onder de gezamenlijke vlag 'genoegdoening,' een wat beladen aanduiding,¹⁷ zeker als men bedenkt dat de Engelse tekst eenvoudig van *remedies* spreekt. In de wettekst komt de genoegdoeningskoepel terecht niet voor.

De omzetting van de richtlijn heeft de nationale regeling op dit terrein zowel (wat) strenger als langer gemaakt. Om met het laatste te beginnen: de richtlijn treedt hier meer in detail dan de oude wet, en de wetgever heeft de Europese uitweidingen wijselijk overgenomen. Zo is aan art. 7:21 toegevoegd dat de verkoper aan de koper geen kosten in rekening kan brengen (lid 2) en dat herstel en vervanging binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper moeten plaatsvinden (lid 3); voorts is uitgewerkt wanneer herstel of vervanging van de verkoper niet kan worden gevergd (lid 5). Een en ander sluit m.i. aan bij hetgeen onder de voormalige wet reeds mocht worden aangenomen. Opvallenderwijs gelden de leden 2 en 3 voor iedere koop, maar is lid 5 tot de consumentenkoop beperkt. In mijn ogen zijn

13 Evenzo art. 35 lid 3 Weens Koopverdrag (CISG).

14 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 18; Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 8-9.

15 Vgl. J.M. Smits, in J.M. Smits (red.) 2003, p. 10.

16 *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel I, Koop en ruil*, zesde druk, bewerkt door Jac. Hijma, Deventer: Kluwer 2001, nr. 358.

17 De term komt vooral voor in de smartengeldsfeer; zie bijv. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1998, p. 38-45.

de in lid 5 vermelde aanknopingspunten voldoende flexibel ('in geen verhouding') en neutraal om tot het gehele kooprecht te worden uitgestrekt, waarmee de eenheid zou zijn gediend.

Materieel is een zekere verzwaring van de positie van verkopers te onderkennen. Het nieuwe art. 7:21 lid 4 brengt de in art. 7:21 lid 1 neergelegde uitzonderingen op het herstel- of vervangingsrecht voor consumentenkoop terug tot situaties waarin herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevegd kan worden (art. 3 lid 3 richtlijn). Tegelijk is het oorspronkelijke art. 7:21 lid 2 doorgehaald, dat een tot herstel of vervanging aangesproken verkoper bevoegd verklaarde te kiezen tussen vervanging en teruggave van de prijs (d.w.z. ontbinding). Dit 'achterdeurtje' was de verkoper evenwichtshalve gegund, als compensatie voor de sterke positie die de consumentkoper in het nieuwe wetboek is toebedeeld.¹⁸ Nu de richtlijn deze ontsnapingsroute niet kent, moest zij worden afgesloten, omdat anders het vereiste beschermingsniveau niet zou worden gehaald. Puur uit een oogpunt van rechtseenheid is de vergrendeling van de voormalige achterdeur eerder gunstig dan ongunstig: de algemene leer kent zulk een rem op het nakomingsrecht evenmin (art. 3:296).

6 RECHT OP ONTBINDING

Het recht van de consument-koper op ontbinding wordt sinds de richtlijnimplementatie bestreken door art. 7:22, dat als volgt luidt.

Art. 7:22 BW

1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan heeft bij een consumentenkoop de koper voorts de bevoegdheid om:
 - a. de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt;
 - b. de prijs te verminderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene.
2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden ontstaan pas wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, danwel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting als bedoeld in artikel 21 lid 3.
3. Voorzover daarvan in deze afdeling niet is afgeweken zijn op de in lid 1 onder b bedoelde bevoegdheid de bepalingen van afdeling 5 van titel 5 van Boek 6 omtrent ontbinding van een overeenkomst van overeenkomstige toepassing.
4. De rechten en bevoegdheden genoemd in lid 1 en de artikelen 20 en 21 komen de koper toe onverminderd alle andere rechten en vorderingen.

¹⁸ NvW 1, *Parl. Gesch. NBW, Boek 7*, p. 137-138.

De dubbele beperking in de aanhef van art. 7:22 lid 1 – tot consumentenkoop en tot nonconformiteit – is verrassend. Bestaat de bevoegdheid tot ontbinding niet evenzeer bij andere koop- en tekortkomingsvormen, en zo ja, waarom wordt zij hier dan in de wet genoemd? Uiteraard leent de bepaling zich niet voor redeneringen *a contrario* en bestaat er ook buiten haar poorten een ontbindingsrecht. Art. 7:22 lid 1 sub a is niet opgenomen om het recht op ontbinding vast te leggen, maar veeleer om de *inperking* ervan vast te leggen, in dier voege dat het deze terugsnijdt tot de in de richtlijn (art. 3 lid 6) toegestane maat.

De algemene ontbindingsbevoegdheid in Boek 6 kent twee uitzonderingen: ‘tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt’ (art. 6:265 lid 1). Art. 7:22 lid 1 sub a noemt alleen de geringe betekenis, en schrapt zodoende de uitzondering voor de bijzondere aard van de tekortkoming. In de praktijk zal dit verschil maar hoogst zelden merkbaar zijn. Het verwijderde criterium speelt in de rechtspraak nauwelijks een rol;¹⁹ het enige arrest van de Hoge Raad erover ziet op fraude bij een verzekeringscontract²⁰ en behelst voor de koop geen boodschap. Bovendien sluit het criterium ‘geringe betekenis’ niet uit dat naast kwantitatieve ook kwalitatieve aspecten in aanmerking worden genomen; in wezen gaat het om alle tekortkomingen die, om welke reden dan ook, niet *zwaar genoeg* zijn om de verlangde ontbinding – met haar gevolgen – te rechtvaardigen.²¹ Per saldo meen ik dat de wetgever er verstandig aan heeft gedaan de veilige weg te kiezen en de ‘bijzondere aard’ maar te schrappen. De beperking tot nonconformiteit bij consumentenkoop had daarbij zonder problemen achterwege kunnen blijven, waarmee de eenheid binnen het kooprecht zou zijn gediend. Op het gehele terrein van de koop lijkt voor de ‘bijzondere aard’ geen noemenswaardig emplot te bestaan, terwijl in voorkomend geval de sluis der ‘geringe betekenis’ voldoende flexibel is om ook de aard van een tekortkoming tot haar recht te brengen.

7 VERVOLG; GETRAPT STELSEL

Lastiger is de afwijking van art. 6:265 lid 2 die in de nieuwe consumentenkoopregeling is vervat. Kern van het probleem is dat de richtlijn niet van verzuim en ingebrekestelling rept, maar in plaats daarvan een *getrapt systeem* ten tonele

19 Zie het overzicht bij T. Hartlief, ‘Art. 6:265, aant. 7’, in E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

20 HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 m.nt. HB (Brusse & Sippel c.s./Hollandsche Assurantie Sociëteit; beter bekend als Benzol-arrest). Dat art. 6:265 lid 1 de bijzondere aard apart vermeldt, lijkt geheel op deze zaak terug te voeren: C.J. van Zeven en J.W. Du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, TM, p. 1005.

21 Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 496. Wat art. 7:22 betreft ligt deze vraag, gezien de richtlijnachtergrond, uiteindelijk in handen van het Europese Hof van Justitie.

voert, waarin de consument-koper in geval van nonconformiteit primair naar herstel of vervanging wordt geleid, en hij alleen wanneer die route doodloopt naar het wapen der ontbinding kan grijpen.

Art. 3 lid 5 richtlijn

De consument kan een passende prijsvermindering of de ontbinding van de koopovereenkomst verlangen:

- indien hij geen aanspraak kan maken op herstelling of vervanging, of
- indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn tot genoegdoening is overgegaan, of
- indien de verkoper niet zonder ernstige overlast voor de consument tot genoegdoening is overgegaan.

Legt men dit getrapte stelsel naast het nationale ontbindingsrecht, dan springen zowel overeenkomsten als verschillen in het oog. De belangrijkste overeenkomst is, dat de koper nooit zomaar tot ontbinding mag besluiten: hij moet de verkoper eerst tot herstel of vervanging uitnodigen (art. 3 richtlijn), respectievelijk in verzuim brengen (art. 6:265 lid 2). Beide stelsels kennen dus een *drempel* voor ontbinding, die beide malen aan het uitblijven van alsnog-nakoming is gerelateerd.²² Maar er zijn zeker ook verschillen. De belangrijkste divergentie is hierin gelegen, dat in het verzuimstelsel de koper in principe een ingebrekestelling moet uitbrengen, d.w.z. een schriftelijk stuk, waarin hij aan de verkoper een redelijke termijn voor nakoming stelt. Deze ingebrekestelling fungeert ten onzent als *bottleneck*, ter zake waarvan de koper tevens de bewijslast zal dragen.²³

De wetgever stond voor de lastige taak een stelsel dat materieel niet heel veel verschilt, maar systematisch aanzienlijk, in het nationale recht in te bouwen. Hij heeft daar merkbaar mee geworsteld. In het oorspronkelijke Voorstel van wet kwam het vereiste van verzuim tweemaal voor, eenmaal in negatieve zin en eenmaal in positieve zin.²⁴ Bij nader inzien acht de wetgever die vermeldingen overbodig.²⁵ Sedert het Gewijzigd voorstel van wet refereert de implementatietekst in het geheel niet meer aan de verzuimfiguur.

22 Het vergrootglas maakt nadere parallellen zichtbaar: in beide kaders figureert een redelijke termijn, en wordt een uitzondering gemaakt voor onmogelijkheidsgevallen.

23 Art. 150 Rv; daarom is een aangetekende brief aantrekkelijk, of een fax met ontvangstbericht.

24 Voorstel van wet, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 809, nr. 2. Art. 7:21 lid 3 van dit wetsvoorstel gaf aan dat indien de verkoper is tekortgeschoten in herstel of vervanging, de koper bevoegd is de overeenkomst te ontbinden zonder dat de verkoper in verzuim is. Art. 7:22 lid 2 ervan bepaalde dat behoudens indien herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevegd kunnen worden, de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat wanneer de verkoper in verzuim is.

25 Toegelicht in Nota n.a.v. nader verslag, *Kamerstukken II 2001/02*, 27 809, nr. 8, p. 3.

Bezieet men art. 7:22,²⁶ dan kost het moeite daarin te lezen dat de consument-koper die wegens nonconformiteit ontbinding verlangt nooit een ingebrekestelling behoeft uit te brengen. Het artikel zegt wel dat de koper de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden (lid 1 sub a), en ook dat die bevoegdheid pas ontstaat als de weg naar herstel of vervanging doodloopt (lid 2), maar zegt *niet* dat verzuim en ingebrekestelling daar geen rol meer bij spelen. Tegen de achtergrond van het gelaagde systeem van het wetboek spreekt dat laatste niet vanzelf. Kennelijk is het de gedachte van de wetgever dat art. 7:22 voor nonconformiteit bij consumentenkoop het algemene art. 6:265 *volledig* opzij zet, maar het zou nuttig zijn dat in het artikel te expliciteren.²⁷

De verdringing van het traditionele verzuimstelsel door het geschetste getrapte stelsel doet de vraag rijzen, of het consumentenkooprecht inmiddels nog wel met het bestaande wettelijke systeem valt te verenigen. Is sprake van een pijnlijk schisma? Ik ben geneigd de kwestie niet te overdrijven. Noch de afwezigheid van ingebrekestelling en verzuim, noch de aanwezigheid van getraptheid stelt ons voor onoverkomelijke problemen. Wat het eerste punt betreft: de situatie dat de consument-koper voor ontbinding geen schriftelijke aanmaning en termijnstelling meer hoeft uit te brengen, is in de totaliteit van het tekortkomingsleerstuk niet uniek. Zo zijn verzuim en ingebrekestelling buiten de orde wanneer nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is (art. 6:265 lid 2), waarbij mede aan onherstelbaar gebleken ondeugdelijkheid is te denken.²⁸ Voorts bevatten art. 6:82 lid 2 en art. 6:83 uitzonderingen op het ingebrekestellingsprincipe, terwijl de rechtspraak daar nog ongeschreven gevallen aan toevoegt.²⁹ Wat het andere punt – de aanwezigheid van trappen – betreft, past eveneens een relativering. De situatie dat een schuldeiser de schuldenaar de mogelijkheid tot nakoming (herstel of vervanging) moet laten, is ons recht niet wezensvreemd. In de eerste plaats vinden zulke overwegingen hun weg binnen de onmogelijkheidstoetsing van art. 6:265 lid 2.³⁰ In de tweede plaats is de schuldeiser bij de keuze tussen zijn rechtsmiddelen gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij, naar de Hoge Raad heeft uitgesproken,³¹ mede de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar een rol spelen.

26 Geciteerd in de vorige paragraaf.

27 De rechter is intussen ook zonder explicitering gehouden het artikel aldus – richtlijnconform – te interpreteren; vgl. par. 2.

28 Vgl. HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626 m.nt. CJHB (Automatic Signal/De Haas); HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Pelders); HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

29 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Götte); HR 22 oktober 2004, *RvdW* 2004, 119 (Endlich/Bouwmachines). Op het – verwante terrein – van de schadevergoeding valt nog te wijzen op art. 6:119a, dat de schuldenaar buiten verzuim aansprakelijk maakt voor de wettelijke handelsrente (zie MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, nr. 3, p. 9-10), maar ook die regeling berust op een Europese richtlijn (2000/35/EG).

30 Vgl. de zojuist genoemde jurisprudentie.

31 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

Al met al is de gesignaleerde incidentele overgang van verzuimstelsel naar getrappt stelsel uit een oogpunt van eenheid zeker niet ideaal, maar gaat het te ver haar als (welhaast) ondraaglijk te bestempelen. De vervolgvraag of zij zich dan evengoed over het gehele kooprecht had kunnen uitstrekken, beantwoord ik, conform de wetgever, ontkennend. De onvermijdelijke rimpel in het systeem kan het best rond een zo klein mogelijke eenheid worden gesitueerd, m.a.w. zij kan beter lopen tussen (nonconformiteit bij) consumentenkoop en koop, dan tussen koop en het algemene contractenrecht.

8 RECHT OP PRIJSVERMINDERING

Een ander heet hangijzer is het recht op prijsvermindering, zoals dat in art. 3 van de richtlijn aan consument-kopers wordt toegekend. Tot voor kort werd die mogelijkheid in de wet niet met zoveel woorden vermeld. Zij bestond echter wel degelijk, nu art. 6:265 lid 1 de schuldeiser de bevoegdheid geeft de overeenkomst geheel *of gedeeltelijk* te ontbinden. Gedeeltelijke ontbinding betekent een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties, in hoeveelheid of hoedanigheid (art. 6:270). Naar de algemene overtuiging kan de koper de overeenkomst onder meer in dier voege gedeeltelijk ontbinden, dat hij de prestatie(plicht) van de verkoper terugschroeft naar het feitelijk geleverde – te lage – niveau, waartegenover zijn prijsbetalingsplicht proportioneel afneemt.³²

De implementatie van het Europese prijsverminderingsrecht kent twee problematische aspecten. In de eerste plaats is er het cluster problemen dat de ontbinding over de gehele linie aankleeft, en dat hierboven reeds in het kader van het ontbindingsrecht werd besproken.³³ Deze kwesties liggen bij de prijsverlaging niet anders dan bij de volledige ontbinding; art. 7:22 stelt de beide rechtsmiddelen terecht op één lijn. In de marge teken ik aan dat de gedachte dat de wet het verzuim beter uitdrukkelijk had kunnen ecarteren,³⁴ bij de prijsvermindering nog pregnanter is dan bij de gewone ontbinding. Art. 7:22 lid 3 immers bepaalt dat de ontbindingsartikelen van (overeenkomstige) toepassing zijn '(v)oorzover daarvan in deze afdeling niet is afgeweken,' en plaatst daarmee een schijnwerper op de vraag welke afwijkingen er precies zijn aangebracht. Dat de wet niet aangeeft dat geen verzuim nodig is, valt aldus extra op. De wetgever gaat er kennelijk als vanzelfsprekend van uit dat art. 7:22 leden 1 en 2 in dezen van art. 6:265 lid 2 afwijken. Die afwijkende,

32 TM, *Parl. Gesch.* NBW, Boek 6, p.1018; Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, twaalfde druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005, nr. 525; Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 529. e.v.

33 Par. 6 en 7.

34 Par. 7.

en daarmee derogerende, natuur valt echter alleen met de nodige welwillendheid in het artikel te ontdekken.

Het tweede lastige aspect, typisch voor de prijsvermindering, is dat van de explicitering. Verlangt de richtlijn dat de consument zijn prijsverlagingsrecht met zoveel woorden in de wet aantreft? In eerste instantie meende de minister van niet.³⁵ Na kritiek uit de literatuur³⁶ en het parlement³⁷ heeft hij alsnog tot uitdrukkelijke vermelding besloten. Naar mijn smaak was de oude weg van gedeeltelijke ontbinding voldoende zichtbaar en inzichtelijk om in Europees verband de toets der kritiek te doorstaan. Dat de minister de Kamervragen niet met een duik in de loopgraven heeft beantwoord, is echter begrijpelijk. Veel kwaad lijkt vermelding niet te kunnen, en voor de consument – althans diens advocaat – kan het handig zijn dat de wet hem op de mogelijkheid van een prijsreductie attendeert.

Toch moet men hier niet al te licht over denken. De explicitering heeft zeker nadelen. Allereerst is er een systematisch bezwaar: de gelaagde structuur van het wetboek verzet zich ertegen dat op deelterreinen nog eens wordt uitgeschreven wat reeds uit de meer algemene regels volgt. Vervolgens doemt het gevaar op van redeneringen *a contrario*: als de wetgever het nodig vindt te bepalen dat bij nonconformiteit bij consumentenkoop een recht op prijsvermindering bestaat, suggereert hij dat zulks anders ligt – althans kan liggen – bij niet-consumentenkoop, bij andersoortige tekortkomingen, bij andersoortige overeenkomsten dan koop. Hoe reëel dit gevaar is, hangt mede af van de wettelijke formulering, en art. 7:22 boezemt op dit punt weinig vertrouwen in. Een derde voetangel komt in lid 3 aan de oppervlakte: de explicitering schept het risico dat de prijsvermindering tot een nestvlieder wordt, en afstand neemt van de regeling waaraan zij is ontsproten.³⁸ De wetgever maakt hier m.i. zelf een *faux pas* door te melden dat bij prijsvermindering de bepalingen van afdeling 6.5.5 van overeenkomstige toepassing zijn. Waarom *overeenkomstige*? Waarom analogie? Bezieet men de structuur van de tekortkomingsleer, dan gaat het – lees: behoort het te gaan – om een rechtstreekse toepassing van de ontbindingsartikelen. De stelling dat prijsreductie bij nonconformiteit bij consumentenkoop geen echte ontbinding oplevert, maar bij andere tekortkomingsstypen en andere overeenkomststypen wel, veroordeelt zichzelf.

9 DWINGEND RECHT

35 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 8-9; Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 1.

36 J.M. Smits, *WPNR* 6470 (2001).

37 Verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 5, p. 1-2; Nader verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 7, p. 3.

38 J.M. Smits, in J.M. Smits (red.) 2003, p. 18, waardeert een dergelijke ontwikkeling positief en acht de tijd rijp voor de erkenning van een zelfstandig recht op prijsvermindering.

De richtlijn is van dwingend recht: *contraire* 'bedingen of afspraken (...) binden, onder de in het nationale recht geldende voorwaarden, de consument niet' (art. 7 lid 1 richtlijn). Het nationale consumentenkoopregime was en is – uiteraard – eveneens dwingend (art. 7:6). Naar het vermogensrechtelijke systeem worden afspraken tot afwijking van consumentenbeschermende wetgeving getroffen door vernietigbaarheid. Zulks volgt uit (art. 7:6 lid 1 *jo.*) het algemene art. 3:40 lid 2: als de overtreden dwingende wetbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één van beide partijen, is (niet nietigheid maar) vernietigbaarheid de aangewezen sanctie, voorzover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

Sinds enige tijd is deze vernietigbaarheid niet langer een rustig bezit. Medio 2000 wees het Europese Hof van Justitie het veelbesproken arrest HvJ EG 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.), waarin het inzake richtlijn 93/13/EEG – betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – uitspreekt dat de bescherming die deze richtlijn de consumenten biedt, 'vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.' Deze uitspraak heeft betrekking op algemene voorwaarden en (be)treft ten onzent dus primair art. 6:233 sub a. Zij zet de in dat artikel genoemde sanctie van vernietigbaarheid – die een partijberoep verlangt – onder druk.³⁹ De vraag rijst, of en in hoeverre deze druk doorwerkt naar het terrein van de consumentenkoop.⁴⁰ Wij kunnen niet aan het probleem ontsnappen door te beklemtonen dat het Océano-arrest slechts over de algemene-voorwaardenrichtlijn gaat en niet over de consumentenkooprichtlijn. Dat argument moge formeel deugen, materieel is het tandenloos. De ratio van de uitspraak van het Europese Hof, hierin gelegen dat de rechter de consument te hulp moet kunnen schieten wanneer deze – bijvoorbeeld in een verstekzaak – nalaat de sanctie in te roepen en zo zijn bescherming dreigt mis te lopen, is bij de consumentenkoop niet minder actueel dan bij standaardbedingen.

De tekst van art. 7:6 laat alle mogelijkheden open. Het artikel rept niet van vernietigbaarheid, maar geeft – omfloerst – aan dat 'niet kan worden afgeweken' en dat 'niet kunnen worden uitgesloten', welke formules zeker ook een nietigheidslezing toelaten. Naar het systeem van het vermogensrecht, zoals dat rond art. 3:40 lid 2 is opgebouwd, ligt evenwel slechts vernietigbaarheid in de rede. Materieel liggen de kaarten dus nauwelijks anders dan bij art. 6:233, waarin met zoveel woorden voor vernietigbaarheid is gekozen.

39 Zie E.H. Hondius, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit', *WPNR* 6417 (2000); tevoren L.J.H. Molenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, diss. Limburg, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 456-457.

40 Zie hierover ook MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 12-13; Verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 5, p. 2; Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 2.

Is, waar het gaat om consumentenbescherming van Europese origine, het nationale sanctiesysteem achterhaald? Naar mijn oordeel behoeft die conclusie niet te worden getrokken. Bedacht zij dat de door het Hof van Justitie verlangde ambtshalve toetsingsmogelijkheid niet per se via art. 6:233 en/of art. 7:6 *zelf* haar beslag behoeft te krijgen. In een stelsel dat, zoals het onze, ervan uitgaat dat de ene wetbepaling de andere niet verdringt,⁴¹ is dit een perspectiefrijke observatie. Elders in de wet treffen wij art. 3:40 lid 1 aan: strijd met de goede zeden of de openbare orde leidt van rechtswege tot nietigheid. Deze bepaling zal slechts in evidente gevallen van nut zijn. Belangrijker daarom is de aanwezigheid van art. 6:248 lid 2, waarin de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd. Die werking is van rechtswege gegeven en kan dus door de rechter – aangenomen dat hij voldoende met de relevante feiten op de hoogte is – ambtshalve worden geconstateerd.⁴² Aan deze algemene bepaling doet de aanwezigheid van art. 7:6 m.i. niet af. Steun voor deze visie biedt HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro), waarin de Hoge Raad, in een procedure betreffende de relatie tussen art. 6:233 en art. 6:248 lid 2, als volgt overweegt:

‘Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren.’

Als art. 6:233 de werking van art. 6:248 lid 2 niet blokkeert, zal datzelfde van art. 7:6 mogen worden gezegd. De van rechtswege ingrijpende redelijkheid en billijkheid bieden de rechter zonodig alle kans de door de richtlijn verlangde bescherming van de consument-koper te effectueren. Aldus bezien zijn de mogelijkheden tot ambtshalve toetsing voldoende gewaarborgd buiten art. 7:6 om,⁴³ en bestaat er geen noodzaak tot een (partiële) omwenteling op het sanctiefront, die de samenhang binnen het algemene nulliteitenleerstuk zou aanknagen.

10 AFRONDENDE EVALUATIE

Ter afronding van deze beschouwingen breng ik de hoofdlijnen van het betoog samen in een aantal stellingen.

41 Zie m.n. HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).

42 Zie bijv. Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 315.

43 De minister neemt ditzelfde standpunt in, maar roept daartoe niet art. 6:248 lid 2, maar de slottournure van art. 3:40 lid 2 te hulp (‘een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit’): MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 12-13. De route via art. 6:248 houdt het nulliteitenleerstuk compacter en m.i. inzichtelijker.

- 1 Terecht benadert onze wetgever de Europese consumentenbeschermingsregels niet als *Fremdkörper*, maar beijvert hij zich deze in de nationale wetgeving in te passen.
- 2 De richtlijn consumentenkoop kent enkele haken en ogen, maar laat zich per saldo bevredigend in het bestaande stelsel onderbrengen. Belangrijkste – maar draaglijke – haak is de ecartering van de verzuimeis voor gehele ontbinding en prijsvermindering, ten faveure van een getrappt stelsel, waarin de weg primair naar herstel of vervanging leidt.
- 3 De relatie tot de algemene ontbindingsregeling is in het huidige art. 7:22 niet optimaal geregeld. Noch de relatie tot art. 6:265 lid 1, noch die tot art. 6:265 lid 2 komt helder uit de verf. Ongelukkig is art. 7:22 lid 3, dat de prijsvermindering van de ontbindingleer losweekt door de ontbindingsbepalingen slechts van overeenkomstige toepassing te verklaren.
- 4 Diverse tot (nonconformiteit bij) consumentenkoop beperkt gehouden bepalingen hadden gevoeglijk naar het algemene kooprecht kunnen worden doorgetrokken, waarmee de eenheid binnen dit rechtsgebied zou zijn gediend. Te noemen zijn art. 7:17 lid 5, art. 7:21 lid 5, art. 7:22 lid 1 sub a⁴⁴ en art. 7:22 lid 4.⁴⁵
- 5 De sanctie van vernietigbaarheid, systematisch verbonden aan art. 7:6 lid 1 *jo.* 3:40 lid 2, kan worden gehandhaafd, ook in het licht van de richtlijn consumentenkoop en het arrest HvJ EG 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.).

11 BESLUIT

Men kan zich afvragen of een aantal van de geconstateerde fricties wellicht is terug te voeren op het feit dat de gelaagde wettelijke structuur in titel 7.1 (Koop en ruil) anders – ja minder – is doorgevoerd dan elders in het wetboek gebruikelijk. Meestal wordt een bijzondere figuur *na* de meer algemene behandeld; zie ter illustratie afdeling 6.5.5 (wederkerige overeenkomst) en, toegespitst op consumentenbescherming in Boek 7, de afdelingen 7.12.2 (aanneming bouw consumentenwoning) en 7.14.2 (particuliere borgtocht). In de kooptitel zijn de regels betreffende de consumentenkoop niet apart gehouden, maar juist door het algemene kooprecht heen gespekt. Naarmate het aantal consumentenkoopbepalingen groeit, leidt deze aanpak tot een onoverzichtelijker beeld.

Met het nieuwe art. 7:22 zijn de grenzen naar mijn gevoel wel zo ongeveer bereikt. Exemplarisch is het vierde lid van dit artikel, dat in het vorenstaande nog onbesproken bleef: ‘De rechten en bevoegdheden genoemd in lid 1 en de artikelen 20 en 21 komen de koper toe onverminderd alle andere rechten en vorderingen.’ Gezien de plaatsing in art. 7:22, waarvan de eerste drie leden

44 Zie resp. par. 4, par. 5, par. 6.

45 Zie over deze laatste bepaling hieronder, par. 11.

uitdrukkelijk tot de consumentenkoop zijn beperkt, lijkt ook deze regel alleen voor de consumentenkoop geschreven. Die afgrenzing ontbreekt evenwel, terwijl de bepaling een universele boodschap bevat,⁴⁶ die zich vóór de richtlijnimplementatie wettelijk over het hele kooprecht uitstrekte (art. 7:21 *oud*). Moet het werkterrein van art. 7:22 lid 4 nu ruim (koop) of eng (consumentenkoop, nonconformiteit bij consumentenkoop) worden genomen? Geen van beide opties bevredigt. De eerste niet, omdat zij de bepaling tot een *lex fugitiva* maakt, de tweede niet, omdat zij de regel ongerijmd beknelt. Analoog toepassen dan maar?

Het komt mij voor dat dit soort ongemakken vermindert wanneer wij zouden overgaan tot het ontwikkelen van een nieuwe afdeling binnen titel 7.1, gewijd aan de consumentenkoop, waarin alle regels die typisch de consumentenkoop betreffen zijn bijeengebracht. De wettelijke regeling zou daar schoner, overzichtelijker en eenduidiger van worden, en *en passant* zou de wetgever de gelegenheid krijgen tekst en werkingsterrein van de verschillende regels nog eens na te lopen. Deze revisie zou ook een mooie aanleiding vormen om een nabijgelegen wetssystematisch vlekje weg te poetsen: de materie van afdeling 7.1.9A (Overeenkomsten op afstand), die de grenzen van het kooprecht overschrijdt, zou van Boek 7 naar Boek 6 dienen te worden overgeheveld.⁴⁷ Hoewel de inkt van het nieuwe Burgerlijk Wetboek nog relatief nat is, zie ik per slot van rekening voldoende grond om een dergelijke operatie in overweging te nemen.

46 Zie genoemd arrest HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).

47 Zie art. 7:46a sub a en b, waarover o.m. Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 94b.

