

Kroniek van het consumentenrecht/Europa in Nederland

PROF. MR. E.H. HONDIUS

Ewoud Hondius is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht en oud-medewerker van dit blad.

Wat te doen als een consument zich valselijk als ondernemer aandient en vervolgens na totstandkoming van de overeenkomst zijn ware hoedanigheid bekendmaakt? En over hoe de gelukkigste dag van iemands leven toch nog ongelukkig kan eindigen.

Deze kroniek beslaat (de) ontwikkelingen op het gebied van het consumentenrecht in de periode van 1 augustus 2004 tot 1 augustus 2006.¹ Alvorens nader op de inhoud van het consumentenrecht in te gaan, signaleer ik eerst enige algemene aandachtspunten (nr. 1) en nationale ontwikkelingen elders (nr. 2). Vervolgens maak ik aan de hand van een in hoofdzaak privaatrechtelijke benadering melding van recente ontwikkelingen op een aantal deelterreinen: producten aansprakelijkheid en veiligheid (nr. 3), koop, dienstverlening en algemene voorwaarden (nr. 4), reisovereenkomst en vervoer (nr. 5), krediet, bank en verzekering (nr. 6), reclame en andere handelspraktijken (nr. 7), e-commerce (nr. 8), geschillen (nr. 9) en internationaal privaatrecht (nr. 10). Zij wordt afgesloten met een bibliografie van de besproken periode. Een verkorte variant van deze kroniek is gepubliceerd in het *NJB*.

1. Algemeen

Een caleidoscoop aan algemene ontwikkelingen passeert allereerst de(ze) revue: (a) de Nederlandse Consumentenautoriteit en (b) een eventuele Europese zusterinstelling, (c) het *common frame of reference*, (d) de *European Consumer Law Group*, (e) de vraag wie consument is, (f) lokaal ruilverkeer en (g-k) recente literatuur.

(a) Welkom Nederlandse Consumentenautoriteit

Na de Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de OPTA en diverse andere toezichthouders krijgt Nederland ook een Consumentenautoriteit. Aanleiding is een Europese verordening, die nationale consumentenautoriteiten verplicht tot samenwerking.² Tijd om er dan meteen maar een in Nederland op te richten, besloot staatssecretaris Van Gennip. Het was nog wel even zoeken naar een goede taakafbakening met andere toezichthouders. Maar die is nu gevonden en het resultaat is neergelegd in de Wet handhaving consumentenbescherming die - mits door de Eerste Kamer goedgekeurd - binnenkort in werking zal treden.³ Toe te juichen valt dat de bevoegdheid van de nieuwe toezichthouder niet alleen op

¹ De vorige kroniek van het consumentenrecht in dit blad dateert van september 2004: *NJB* 2002, p. 1555-1564. Zij besloeg de periode 1 augustus 2002 - 1 augustus 2004.

² Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming 2006/2004, *Pb EU* L 364.

³ Wet handhaving consumentenbescherming, 2005/2006, nr. 30 411, op 7 juli 2006 aangenomen door de Tweede Kamer. Zie ook het Instellingsbesluit d.d. 15 november 2005.

grensoverschrijdende maar ook op strikt nationale consumentenaangelegenheden ziet.⁴ Te betreuen valt dat de bevoegdheid beperkt blijft tot zaken die in Europese richtlijnen en verordeningen zijn geregeld. Sommige gewone consumentenproblemen blijven daardoor aan kennisneming van de nieuwe functionaris onttrokken. De titel Consumentenautoriteit is dan ook licht misleidend.

(b) Naar een Europese Consumentenautoriteit?

Komt er ook een Europese Consumentenautoriteit? Op 6 april 2005 heeft de Europese Commissie ingestemd met het 'Programme of Community action in the field of Health and Consumer protection 2007-2013'. Dit programma voorziet in oprichting van een *Consumer institute*. Het behelst voorts de volgende voorstellen tot regelgeving: '(a) Completing the review of consumer law directives, developing a Common Frame of Reference for European contract law. (b) Analysis of the safety aspects of the growing cross-border market in services, full analysis of the General Product Safety directive, and more systematic use of standards. (c) Understand better national consumer policies: identify and promote best practice; setting benchmarks and recommendations; training policy and enforcers. (d) Examining how consumer interests are taken into account in standardisation, identify improvement needs. (e) Ensuring consumers are heard in EU policy-making, support effective consumer organisations at EU level and their participation in consultative bodies, forum groups, and specialist panels'.⁵ De voorgestelde samenvoeging van consumenten- en patiëntenbeleid lijkt overigens al weer van de baan.

(c) Common frame of reference

Het bovenbedoelde *common frame of reference*, waar momenteel in Brussel aan wordt gewerkt, wordt ons voorgespiegeld als een gereedschapskist voor de communautaire wetgever als deze nieuwe regelgeving moet ontwerpen. Die kan variëren van de algemene voorwaarden die de Europese Commissie met al haar contractuele wederpartijen overeenkomt (lees: aan hen oplegt) tot de oorspronkelijke gedachte van een wetboek of *Restatement*.⁶ Het is de bedoeling dat de te ontwerpen tekst een *opt-in* karakter krijgt. Dat zal er niet toe bijdragen dat het Europees wetboek vaak van toepassing zal zijn, zoals blijkt uit de Britse ervaringen met de LUF en de LUVI, de voorgangers van het Weense koopverdrag.⁷ Toch vindt de *opt-in* optie ook verdedigers.⁸ Welk

⁴ Zie hieromtrent W.H. van Boom, redactioneel, *TvC* 2006, p. 37, het nog te verschijnen themanummer 2006/5 van *TvC* en de overheidswebsite *ConsuWijzer*.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Healthier, safer, more confident citizens: a Health and Consumer protection Strategy/Proposal for a Decision of the European Parliament and the Council establishing a Programme of Community action in the field of Health and Consumer protection 2007-2013*, COM(2005)115 final. De Mededeling is vermoedelijk ook in de Nederlandse taal beschikbaar.

⁶ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council/European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, Brussel 11 oktober 2004 COM(2004) 651 final.

⁷ Het Verenigd Koninkrijk heeft de beide verdragen indertijd geratificeerd onder de voorwaarde dat zij alleen dan van toepassing zouden zijn indien partijen er naar zouden verwijzen. Ik heb nooit van een enkele Britse ondernemer gehoord die deze optie heeft benut.

⁸ Jan M. Smits, *Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid*, padvies Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer: Kluwer 2006, p. 57-104.

tijdspad heeft de Europese Commissie op het oog? In 2007 moet het rapport aan de Europese Commissie worden gepresenteerd, die de politieke besluitvorming in 2009 wil laten plaatsvinden.

De ophanden zijnde regeling heeft nog voordat zij in het ontwerpstadium is gekomen reeds kritiek mogen ontvangen. In een Manifest - de penvoerder is indertijd gepromoveerd op het contractenrecht en Marx - wijzen enige Europese coryfeeën van de harmonisatieclubs (Florence, SECOLA, Study Group, Trento; uit Nederland Martijn Hesselink en Jacobien Rutgers - het technocratisch kader van het streven van de Commissie van de hand.⁹ De kritiek is niet sterk, omdat de manifestanten zelf toegeven dat de huidige Europese verdragen geen grondslag bieden om meer te doen. Wel gerechtvaardigd is hun wens om in het toekomstige proces meer naar sociale rechtvaardigheid te streven, de Europese constitutie als grondslag te hanteren, er een democratisch proces van te maken en om ruimte te houden voor diversiteit.¹⁰ Een goede suggestie is die van Hesselink om in navolging van Meijers' vraagpuntenprocedure de politieke vragen aan het Europese parlement voor te leggen - de auteur heeft hiertoe reeds enig voorwerk verricht en vijftig vraagpunten geconcipeerd.¹¹

(d) European Consumer Law Group

Een van de meer effectieve lobbygroepen in Brussel is - of liever: was (de Europese Commissie heeft vorig jaar de geldkraan dichtgedraaid) - de *European Consumer Law Group* (ECLG). Deze bestaat uit telkens twee per EU-lidstaat: een academicus en iemand van een consumentenorganisatie. In 2005 publiceerde de ECLG een negentiental onlangs aan de Europese Commissie uitgebrachte adviezen.¹² Behalve met het uitbrengen van adviezen houdt de *European Consumer Law Group* zich ook bezig met uitwisseling van informatie. In 2005 zijn de hieruit resulterende overzichten voor het eerst gepubliceerd. Opgenomen zijn rapporten over alle 25 lidstaten inclusief Noorwegen, maar exclusief de Baltische staten, Cyprus, Luxemburg, Slowakije en Tsjechië. De informatie is niet per land, maar per thema geordend.¹³

(e) Wie is consument

De vraag wie als consument kan worden aangemerkt is niet onbelangrijk nu veel regels qua werkingssfeer zijn beperkt tot consumententransacties. Robert Hardy publiceerde hierover een vergelijkend overzicht - aan de orde komen Belgisch, Duits, Europees, Engels, Frans en Nederlands recht.¹⁴ Wat te doen indien een consument zich valselijk als ondernemer aandient en vervolgens na totstandkoming van de overeenkomst zijn ware hoedanigheid bekend maakt? Een

⁹ Study group on social justice in European private law, Social justice in European contract law: a manifesto, (2004) 10 *European Law Review* 653-674).

¹⁰ Zie ook de kritische opmerkingen van Mel Kenny, *Constructing a European Civil Code: Quis custodiet ipsos custodes?*, ZERP-Diskussionspapier 2/2006, Bremen 2006, 40 p.

¹¹ Martijn W. Hesselink, The politics of a European Civil Code, (2004) 10 *European Law Review* 675-697.

¹² European Consumer Law Group, *Opinions and Reports*, november 2003 - februari 2005, <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>.

¹³ European Consumer Law Group, *Compilation of national reports/Consumer policy developments 2003-2004 in 19 European countries*, 2005, 231 p., <<http://www.europeanconsumerlawgroup.org>>.

¹⁴ R.R.R. Hardy, 'De begrippen consument en ondernemer in het Europees contractenrecht', *TPR* 2005, p. 863-947.

Duitsers die deze truc uitvoert, kreeg in alle instanties ongelijk.¹⁵ Het is de vraag of dit ook in ons recht de uitkomst zou zijn. Opmerkelijk is overigens dat de nationale en de communautaire omschrijving van het begrip consument nogal uiteenloopt.¹⁶

(f) Local exchange trading systems

Vroeger waren er de coöperaties: gemeenschappelijke inkoopcentrales, die vrijwel overal uit het wereldbeeld zijn verdwenen. Tegenwoordig zijn er de *local exchange trading systems* (LETS): gemeenschappen van burgers die onderling goederen en diensten ruilen. Niet één op één, maar zo dat iemand die een product of een dienst afneemt, daarvoor betaalt in niet-converteerbare lokale courant. In Amsterdam heet die ‘noppes’, in Utrecht ‘sterren’; de waarde is gerelateerd aan de euro of aan een uur werken. In ons land zijn 90 LETS actief. Ruim een derde hiervan, met 900 aangesloten leden, worden geanalyseerd in de Groningse dissertatie van Corine Hoeben.¹⁷ In zijn Utrechtse dissertatie geeft Renaat Hoop hoog op van deze oefening in goed burgerschap.¹⁸ Allemaal goed en wel, maar waarom moet alles in het Engels? Kunnen we hier geen goede Nederlandse term voor bedenken zoals ‘locaal ruilverkeer’: de *Dienstenruilcentrale Over & Weer* te Amsterdam geeft het goede voorbeeld.

(g) Handboek en Jaarboek consumentenrecht

Bij Uitgeverij Paris verscheen onlangs de tweede editie van het Handboek consumentenrecht onder redactie van G.J. Rijken en uw kroniekschrijver.¹⁹ Het werd wel tijd, want de eerste druk dateert van elf jaar terug. En in die tijd is er op het gebied van het consumentenrecht veel gebeurd. Dat leidde bijvoorbeeld tot de opname van een nieuwe hoofdstuk over telecommunicatie, maar vooral tot veel wijzigingen in bestaande teksten. In 2005 verscheen het (aller)laatste Jaarboek consumentenrecht.²⁰ Het Jaarboek telt een elftal kronieken over respectievelijk Europees en Belgisch consumentenrecht, algemene voorwaarden, Warenwet en productveiligheid, dienstverlening, bankrecht, handelspraktijken, gelijke behandeling, civiele procedure, geschillencommissies en internationaal privaatrecht. De kronieken bestrijken de periode 2002-2003 en ten dele 2004.

(h) Europees consumentenrecht: nieuwe handboeken

¹⁵ BGH - achtste senaat - 22 december 2004, *NJW* 2005, p. 1045: ‘Die den Verbraucher schützenden Vorschriften (...) finden jedenfalls dann keine Anwendung, wenn der Vertragspartner des Unternehmers bei Abschluss des Vertrags wahrheitswidrig als Gewerbetreibender auftritt und dadurch einen gewerblichen Geschäftszweck vortäuscht’. Zie over het begrip consument in het Duitse recht uitvoerig Michael L. Ultsch, *Der einheitliche Verbraucherbegriff/§ 13, 14 BGB: Nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben*, Diss. München 2005, Baden-Baden; Nomos 2006, 304 p.

¹⁶ Zie mijn bijdrage ‘The notion of consumer: European Union versus member states’, *Sydney Law Review* 2006, p. 89-98.

¹⁷ Corine Hoeben, *LETS’ be a community/Community in Local exchange trading systems*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela 2004, 186 p.

¹⁸ Renaat Hoop, *Arbeidsplicht en burgerschap/Een politiek-filosofische analyse van de reïntegratieverplichting in de Nederlandse bijstandswet*, diss. Utrecht, Nijmegen: Wolf 2004, 313 p.

¹⁹ E.H. Hondius, G.J. Rijken (red.), *Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2006, 516 p.

²⁰ J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius, J.G.J. Rinkes (red.), *Jaarboek consumentenrecht 2003*, Antwerpen: Intersentia 2005, 170 p.

Het schrijven van een handboek over (Europees) consumentenrecht is een hele onderneming: nog voor het boek in druk verschijnt, is het gewoonlijk al verouderd. Van veel als handboek opgezette commentaren - Bourgoignie²¹, Howells/Wilhelmsson²², Krämer²³, Weatherill²⁴ - is na de eerste druk niets meer vernomen. Alleen Reich, nu samen met Micklitz, houdt het vol, maar zijn boek is wel in het Duits verschenen en dat is bij het hedendaagse onderwijs een belemmering.²⁵ Gelukkig zijn er recentelijk ook een Engels- en een Nederlandstalig commentaar verschenen. Het Engelstalige handboek van de hand van Paolisa Nebbia en Tony Askham draagt het karakter van een compendium.²⁶ De bespreking van een richtlijn is steeds volgens hetzelfde stramen: scope of application, contents, minimum harmonisation, implementation. Nagenoeg alle rechtsgebieden komen aan bod - met uitzondering van de toegang tot het recht. Spannend kan men het boek niet noemen. Ook in België verscheen een handboek over Europees consumentenrecht.²⁷

Net als het Engelse boek is de Belgische publicatie vooral op het Europese aspect van het Europees consumentenrecht geïntereerd; daarvan wordt een goede samenvatting gegeven. Anders dan Nebbia en Askham gaan De Witte en Vermeersch ook in op de toegang tot het recht.

(i) *De toekomst van het consumentenrecht: Europa*

Na het emeritaat van Norbert Reich is diens vroegere medewerker Hans Micklitz duidelijk de aanvoerder van de Europees-continentele groep deskundigen in het consumentenrecht. In oktober 2004 organiseerde Micklitz aan zijn universiteit een symposium met de veelbelovende titel 'eerste Bamberger consumentenrechtsdagen' (inmiddels heeft inderdaad een tweede editie - over de *Verbandsklage* - plaatsgevonden). In 2005 verschenen de *papers* voor de eerste conferentie in druk²⁸. Hans Micklitz ziet voor de toekomst vooral problemen. Reiner Schulze en Hans Schulte-Nölke zijn positiever: zij ontkennen dat het 'Verbraucherrecht derart "in die Jahre gekommen" ist, dass es seine Dynamik verliert. Vielmehr erwarten das Verbraucherrecht neue Aufgaben unter verschiedenen Perspektiven' (zoals de rol van pionier bij de ontwikkeling van een Europees contractenrecht, een Europees gemeenschappelijk referentiekader en de afbouw van de sociale rechtsstaat).

²¹ Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation/Au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve: Bruylant 1988.

²² Geraint Howells, Thomas Wilhelmsson, *European Consumer Law*, Aldershot: Ashgate, 1997, 464 p.

²³ L. Krämer, *EEC consumer law*, Brussel: Story-Scientia 1986, 432 p. (ook in het Duits en het Frans verschenen).

²⁴ Stephen Weatherill, *EU consumer law and policy*, tweede druk, Cheltenham: Elgar 2005, 253 p.

²⁵ Norbert Reich, Hans W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, vierde druk, Baden-Baden: Nomos 2003, 1268 p.

²⁶ Paolisa Nebbia, Tony Askham, *EU consumer law*, Richmond: Richmond Law & Tax 2004, 316 p.

²⁷ M. De Witte, A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Antwerpen: Maklu 2004, 286 p.

²⁸ Hans W. Micklitz (red.), *Verbraucherrecht in Deutschland - Stand und Perspektiven/Tagungsband der 1. Bamberger Verbraucherrechtstage 6.-8. Oktober 2004*, Baden-Baden: Nomos 2005, 458 p.

Bestaat er al zoiets als een Europees ‘consumentenprivaatrecht’? De vraag werd eerder voor het privaatrecht in het algemeen gesteld - en positief beantwoord - door Riesenhuber.²⁹ Thans wordt hetzelfde, maar dan beperkt tot het consumentendeel daarvan, gesteld door Ulrich Lienhard.³⁰

(j) De toekomst van het consumentenrecht: Nederland

Ook in ons land wordt over de toekomst van het consumentenrecht nagedacht. In Maastricht wijdde Jac. Rinkes zijn inaugurele rede aan de vraag wat het consumentenrecht inhoudt: ‘an instrument to protect reasonable expectations of honest men regarding their health, safety and economic interests on a European (or: global) market’.³¹ Dat duidt op een verband met zijn kort tevoren aan de OU uitgesproken inaugurele rede over ‘Reasonable expectations of honest men’. Voorts gaat het er om dat het voor ons allen gemeen is en dichterbij ons staat dan de meeste onderdelen van het privaatrecht. Maar dat laatste is aan het veranderen: ‘It is now practically all about transparency of markets, consumer information and market behaviour’.

Luttele weken later sprak de Amsterdamse hoogleraar Marco Loos eveneens een inaugurele rede uit waarin het consumentenrecht centraal staat.³² De auteur analyseert de spontane harmonisatie, waaronder hij verstaat de harmonisatie van nationaal recht op vrijwillige basis, zonder dat hiertoe een verplichting bestaat. Zo acht Loos het wenselijk dat bij de ontbinding van een overeenkomst tijdens de bedenktijd steeds de verzendtheorie wordt gehanteerd, ook als nationaal wellicht de ontvangsttheorie geldt. Bij spontane harmonisatie ten nadele van de consument bepleit hij wel voorzichtigheid.

(k) De consument als zwakke partij

In 2003 vond te Utrecht een symposium plaats over de plaats van de consumentenbescherming in het Europees contractenrecht. In 2004 werden de inleidingen gepubliceerd.³³ Opgenomen zijn bijdragen van Ton Hartlief, ‘Freedom and protection in contemporary contract law’, Dirk Staudenmayer, ‘The place of consumer contract law within the process on European contract law’, Hugh Beale, ‘Unfair terms in contracts: proposals for reform in the UK’, Thomas Wilhelmsson, ‘The abuse of the "confident consumer" as a justification for EC consumer law’, en Hans W. Micklitz, ‘The Principles of European Contract Law and the protection of the weaker party’.

2. Nationale ontwikkelingen van A tot Z

Het bestek van deze kroniek laat een bespreking van de ontwikkelingen in het consumentenrecht

²⁹ Karl Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin: De Gruyter 2003, 660 p.

³⁰ Ulrich Lienhard, *Der asymmetrisch standardisierte Vertragsschluss im EG-Privatrecht/Ein Beitrag zur Systembildung im Europäischen Verbraucherprivatrecht*, Baden-Baden: Nomos 2004, 204 p.

³¹ J.G.J. Rinkes, *European consumer law: making sense*, inaugurele rede Universiteit Maastricht 18 november 2005, digitale versie website UM, 15 p.

³² M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, inaugurele rede Universiteit van Amsterdam, Den Haag: Boom 2006, 76 p.

³³ Stephen Weatherill (red.), The protection of the weak party in a harmonised European contract law, 27 *Journal of Consumer Policy* 245-356 (2004).

in alle VN-lidstaten niet toe. In dit nr. worden slechts evenementen uit (a) Australië, (b) Duitsland, (c) Groot-Brittannië, (d) Hongarije, (e) Italië, (f) Peru, (g) Singapore en (h) Zwitserland aangestipt.

(a) Australië

In 2004 overleed in Sydney de nestor van het Australische consumentenrecht David Harland. Te zijner nagedachtenis publiceerde de *Sydney Law Review* van maart 2006 een zestal opstellen.³⁴ Iain Ramsay gaat in op regulering van het consumentenrecht via toezichthouders zoals onze ConsumentenAutoriteit. Norbert Reich bepleit de totstandkoming van een Europese verordening voor het consumentenovereenkomstenrecht. Geraint Howells waarschuwt tegen een al te snel grijpen naar het instrument van totale harmonisatie. Zelf vraag ik aandacht voor de tegengestelde definities van het begrip consument op Europees en lidstaat niveau.³⁵ Gail Pearson bekritiseert het Australische equivalent van onze Wet financiële dienstverlening. Paul O'Shea en Charles Rickett tenslotte breken een lans voor een autonoom consumentencontractenrecht.

(b) Duitsland

In Duitsland verschijnt over consumentenrecht bijna elke maand wel een *Habilitationsschrift* waarmee de auteur zich een hoogleraarsplaats hoopt te verwerven. Een interessant boek in deze reeks is dat van Bettina Heiderhoff over de structuur van nationaal en Europees consumentenovereenkomstenrecht. Haar boodschap is de volgende: 'Weil anfangs heftige Auswüchse unternehmerischen Machtmissbrauchs zu beklagen waren, und das Verbraucherschutzrecht dem Unterlegenen nur in den größten Fällen fehlender Vertragsparität beisprang, konnte eine solche Notfall-Kontrolle zugunsten der Vertragsgerechtigkeit noch von vielen befürwortet werden. Dagegen hat sich heute ein System ausgebildet, in welchem auf den Abschluss und den Inhalt des Vertrags auch in solchen Situationen recht erheblicher Einfluss genommen wird, in welchen sich ein Schutzbedürftigkeit nicht so sehr aufdrängt. Daher wird diesem System oftmals vorgeworfen, es beenge den Verbraucher (...) bereits zu sehr in seiner Vertragsfreiheit, als dass es durch allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen gedeckt sein könne'.³⁶ Van dezelfde auteur verscheen in *ZEuP* een gelijkgeschakeerd opstel.³⁷

Anders dan de Nederlandse wetgever heeft de Duitse overheid consumentenrichtlijnen jarenlang bij voorkeur in afzonderlijke wetgeving geïmplementeerd. Pas met de in 2002 gerealiseerde *Schuldrechtsreform* is dit beleid in Nederlandse zin bijgesteld. Niet tot genoegen van alle auteurs. Wiedenmann verzucht: 'Verbraucherschutz ist eine eigenständige Disziplin des Privatrechts. Gegen eine Eingliederung in das BGB, wie durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts geschehen, bestehen erhebliche Bedenken'.³⁸ Het consumentenrecht kan een

³⁴ Kevin Lindgren en anderen, 28 *Sydney Law Review* 7-170 (2006).

³⁵ Zie nr. 1 onder (e) hierboven.

³⁶ Bettina Heiderhoff, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München: Sellier, 2004, p. 298. Zie in deze richting ook Caroline Meller-Hannich, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, Habilitationsschrift Bonn 2005, Tübingen: Mohr 2005, 354 p.

³⁷ Bettina Heiderhoff, Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2003, p. 769-788.

³⁸ Kai Udo Wiedenmann, *Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht/Eine Untersuchung zur Störung der Vertragsparität im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis und den Instrumenten zu deren Kompensation*, Frankfurt: Lang 2004, p. 287.

voorbeeld nemen aan het arbeidsrecht, dat slechts zeer ten dele in het *BGB* is opgenomen.³⁹ Net als Heiderhoff wijst Wiedenmann op de uiteenlopende begrippen consument in het nationale en het Europese consumentenrecht. Ook Frotscher bepleit in zijn dissertatie codificatie van het consumentenrecht in een *Verbraucherschutzgesetz*.⁴⁰

(c) *Groot-Brittannië*

Een goed overzicht van Brits consumentenrecht biedt het boek *Consumer protection law* van Howells en Weatherill waarvan in 2005 een tweede editie verscheen.⁴¹ De beide auteurs vormen met hun expertise op het gebied van het consumentenrecht (Howells) en Europees recht (Weatherill) een bijkans ideaal koppel.

Een van de mogelijke ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk is een verregaande vereenvoudiging van het consumentenrecht. In de consultatie naar aanleiding van het rapport ‘Extending competitive markets’ van het Britse *Department of Trade and Industry* wordt gepleit voor het terugbrengen van het aantal consumentenwetten in het Verenigd Koninkrijk van 65 naar 3, het opzetten van een nationale telefoonlijn voor consumentenadviezen, voor het geven van meer bevoegdheden aan de *Office of Fair Trading* en voor de invoering van een ‘representative action for consumers’.⁴²

(d) *Hongarije*

Zijn afzonderlijke regels van consumentenbescherming wel nodig: we hebben immer een behoorlijk functionerend mededingingsrecht? Deze vraag stelt Katalin Cseres zich in haar Utrechtse dissertatie, waarvan in 2005 een handelseditie verscheen.⁴³ De auteur ziet voor consumentenbescherming nog wel degelijk een rol weggelegd. Interessant is de beschouwing over haar land van herkomst, Hongarije. Heeft de toetreding tot de Europese Unie van de tien nieuwe lidstaten ertoe bijgedragen dat de positie van de consument in deze landen is verbeterd? Vermoedelijk is dat wel het geval, maar niet overal en niet op alle fronten. Dat blijkt uit een tweede studie van Katalin Cseres, ditmaal naar het dreigende terugtreden van de Hongaarse mededingingsautoriteit uit het consumentenrecht, en de hiervan de vrees verslechtering van de positie van de Hongaarse consument.⁴⁴

(e) *Italië*

Er woedt in Europa al geruime tijd heftige gestreden over de wijze van inkadering van het privaatrechtelijk consumentenrecht. Dat kan het best in een afzonderlijk consumentenwetboek, zeggen de Finnen, Fransen, Oostenrijkers en Spanjaarden. Het gaat toch om privaatrecht, dus breng het onder in het BW, zeggen Nederlanders en sinds kort ook Duitsers (zoals we hierboven zagen, niet tot ieders genoegen). De kamp van het consumentenwetboek heeft een flinke slag

³⁹ Wiedenmann 2004, p. 35.

⁴⁰ Pierre Frotscher, *Verbraucherschutz beim Kauf beweglicher Sachen*, Frankfurt: Lang 2004, 320 p.

⁴¹ Geraint Howells, Stephen Weatherill, *Consumer protection law*, second ed., Aldershot: Dashgate, 2005, 679 p.

⁴² Extending competitive markets, <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics1/consumer_strategy.htm>.

⁴³ Katalin Judit Cseres, *Competition law and consumer protection*, diss. Utrecht 2004, Den Haag: Kluwer 2005, 450 p.

⁴⁴ Katalin Cseres, The Hungarian Cocktail of Competition Law and Consumer Protection: Should It Be Dissolved?, *Journal of Consumer Policy* 2004, p. 43-74.

geslagen met de invoering van een *Codice del consumo* in Italië.⁴⁵ Het wetboek stelt een achttal fundamentele rechten van de consument voorop: gezondheid, veiligheid, informatie, opvoeding, correctheid, associatie en goede openbare diensten. Dit wordt uitgewerkt in 146 artikelen, die ten dele uit de *Codice civile* zijn geplukt.

Vorig jaar promoveerde de Sardijnse juriste Anna Maria Mancaleoni op een studie over de consumentenovereenkomst.⁴⁶ Het proefschrift kon op geen beter ogenblik verschijnen: net bij de inwerkingtreding van de *Codice del consumo*. De consumentenovereenkomst in ruime zin is het thema van het centrale hoofdstuk, dat wordt voorafgegaan door een analyse van het begrip consument, algemene voorwaarden en de consumentenkoop.

(f) *Peru*

Latijns-Amerika heeft de afgelopen decennia enige opmerkelijke consumentenwetten voortgebracht. Onlangs verscheen een commentaar op de Peruviaanse *Ley de protección al consumidor* van 1991, dat werd verzorgd door 32 auteurs.⁴⁷ Deze vergelijken het Peruviaanse recht met dat van Chili, Guatemala en Panama en voorts met dat van de EU, Frankrijk, Italië en Spanje. Interessant is de integrale weergave van 31 'precedentes jurisprudenciales' zoals een uitspraak over de afgelasting van een concert van ene Rod Stewart, voor wiens uitvoering in luttele ogenblikken 6500 kaartjes voor US dollar 228 000 (€ 178 000) waren verkocht. Opmerkelijk is dat in deze rechtspraak met een beroep op de Spaanse vertaling van het proefschrift van Thierry Bourgoignie een ruim begrip consument wordt aangehangen: 'la noción de consumidor implica que utilizar un producto como "consumidor final" no significa necesariamente que dicho producto se encuentre reserrado al uso personal del adquirente'.

(g) *Singapore*

Ooit iets bij Raffles gekocht, dat niet blijkt te deugen? Wie meent dat het recht van Singapore een nauwkeurige reflectie van Engels recht is, zal bedrogen uitkomen.⁴⁸

(h) *Zwitserland*

In de jaren negentig heeft Zwitserland een drietal Europese richtlijnen - verkoop op afstand, pakketreizen, consumentenkrediet - in het nationale recht geïmplementeerd. Is de Zwitserse rechter nu ook gebonden aan de rechtspraak van het Europese Hof over deze drie richtlijnen. Formeel natuurlijk niet, want Zwitserland is geen EU-lid, maar toch dient de Zwitserse rechter het Hof volgens Stauder te volgen. De Zwitserse wetgever heeft indertijd bewust naar harmonisatie gestreefd en deze kan alleen door navolging van de Europese jurisprudentie worden bereikt, zo bepleit de auteur.⁴⁹ Dezelfde Stauder ontving in juli 2006 bij het bereiken van de 65-

⁴⁵ *Decreto legislativo recante il Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, N. 229.*

⁴⁶ Anna Maria Mancaleoni, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, diss. Cagliari, Napoli: Jovene 2005, 308 p.

⁴⁷ Juan Espinoza Espinoza (red.), *Ley de protección al consumidor*, Lima: Editorial Rodhas 2004, 863 p.

⁴⁸ Herbert Küpper, Die Fortentwicklung des Verbraucherschutzes in der Privatrechtsordnung Singapurs/Ein Meilenstein auf dem Weg der Loslösung vom englischen Recht, *RabelsZeitschrift* 2005, p. 308-340.

⁴⁹ Bernd Stauder, L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse, in: Franz Werro, Thomas Probst, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen/Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des*

jarige leeftijd een feestbundel met een dertigtal opstellen over consumentenrecht.⁵⁰

3. Productenaansprakelijkheid en veiligheid

Over productenaansprakelijkheid handelen (a-b) twee arresten van het Europese Hof. Er is voorts weer (c-d) het nodige over gepubliceerd. In de Verenigde Staten blijven (e) de processen tegen de tabaksproducenten ons bezig houden. Gaan de producenten van (f) *junk food* dezelfde kant op? Productenaansprakelijkheid is een Amerikaanse vinding en het is daarom goed dat hier nu (g) een historische studie aan is gewijd. Ook in (h) Japan is er een op de Europese richtlijn georiënteerde wet op de productenaansprakelijkheid. Het (i) levensmiddelenrecht stond nog in het teken van de genetisch gemodificeerde voedingsmiddelen, terwijl (j) de consumentenveiligheid met één arrest van de Hoge Raad wordt geïllustreerd.⁵¹

(a) Europees Hof: regres van leverancier op producent

Begin dit jaar wees het Europese Hof van Justitie twee arresten over de richtlijn productenaansprakelijkheid. De eerste zaak betrof een Deense salmonellavergiftiging die een consument had opgelopen na het kopen van van Skov afkomstige eieren uit de winkel van Bilka, geproduceerd door Skov. In eerste aanleg werd Bilka veroordeeld tot het betalen van de schade van de consument; in de regresprocedure werd Skov veroordeeld tot het dragen van deze schade. In appel stelde de rechter aan het Europese Hof een vijftal prejudiciële vragen over de richtlijn. Het Hof overwoog dat de richtlijn zich ertegen verzet dat de risicoaansprakelijkheid ingevolge de richtlijn op Bilka rust. Maar de richtlijn verzet zich niet tegen een nationale regeling volgens welke de aansprakelijkheid van de producent op de leverancier rust.⁵²

(b) Europees Hof: productenaansprakelijkheid in concernverband

In de tweede zaak ging het om de inenting van een kind met een hemofilievaccin. Omdat de ouders aanvankelijk de verkeerde rechtspersoon hadden gedagvaard, dreigde hun vordering - thans aan het juiste adres - te stranden op het verweer van verjaring. Dat hing af van de uitleg van het begrip 'in het verkeer brengen'. Op verzoek van de *Queen's Bench Division* bepaalde het Europese Hof dat artikel 11 van de richtlijn 'moet aldus worden uitgelegd dat een product in het verkeer is gebracht wanneer het het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie'.⁵³

(c) Productenaansprakelijkheid: Europa

Twee recente publicaties over de richtlijn zijn die van Fairgrieve en Whittaker. In 2001 speelde in Engeland de vraag of een bloedbank aansprakelijk kan worden gesteld voor transfusies met

contrats, Bern: Staempfli, 2004, p. 75-104.

⁵⁰ Luc Thévenoz, Norbert Reich (red.), *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law/Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève: Schulthess 2006, 622 p.

⁵¹ Er is over deze onderwerpen nog veel meer te berichten - zie het recente overzicht van C.J.M. van Doorn en W.H. van Boom in *TvC* 2004, p. 100-106.

⁵² HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03 inzake Skov Aeg tegen Bilka Lavprisvarehus A/S.

⁵³ HvJ EG 9 februari 2006, C-127/04 inzake Declan O'Byrne tegen Sanofi Pasteur MSD Ltd.

besmet bloed.⁵⁴ Het boek onder redactie van Fairgrieve werpt een nader licht op deze zaak, met de opname van commentaren van de beide advocaten in de zaak alsmede van de dienstdoende rechter.⁵⁵ Daarnaast bevat het boek hoofdstukken over productenaansprakelijkheid in een aantal (lid)staten: Centraal Europa, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Italië, Nederland (door Cees van Dam), Spanje, alsmede Japan en de VS (door Jane Stapleton). Tevens zijn vergelijkende beschouwingen opgenomen vanuit Europees en historisch perspectief (door Hans Claudius Taschner) alsmede over het verweer van het ontwikkelingsrisico (door Mark Mildred). De laatste auteur wijst er op dat het verweer opvallend weinig wordt gevoerd. Een wijziging van de richtlijn waarbij het verweer wordt afgeschaft, acht hij gelet op de sterke lobby van de industrie niet denkbaar.

Het boek van Whittaker heeft een geheel ander uitgangspunt. Dit boek is vooral interessant door het licht dat het werpt op een aantal onderscheiden in het recht: tussen civiele en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid, tussen civiel en strafrechtelijke aansprakelijkheid, tussen aansprakelijkheid uit contract en die uit onrechtmatige daad, tussen Engels en Frans recht en tussen de richtlijnen productenaansprakelijkheid en consumentenkoop.⁵⁶

(d) Marktaandeelaansprakelijkheid ook voor Duitsland?

Anders dan ons recht kent het Duitse recht niet zoiets als de hoofdelijke aansprakelijkheid van producenten voor in het verkeer gebrachte producten waarvan de producent niet valt te achterhalen (DES, *NJ* 1994, 535). Zelfs de minder vergaande marktaandeelaansprakelijkheid naar Amerikaans model is het Duitse recht vreemd. In zijn Frankfurter dissertatie concludeert Löschner dat deze situatie onbevredigend is.⁵⁷ Het Amerikaanse recht biedt bij de ontwikkeling hiervan slechts beperkte steun. Dat is toe te schrijven aan de ‘Rechtszersplitterung und Uneinheitlichkeit der Rechtslage’, terwijl ook de *Restatement* geen eenduidig beeld geeft. De dissertatie betreft overigens niet alleen DES-zaken, maar ook andere gevallen van hoofdelijkheid, terwijl voorts de medeschuld wordt besproken.

(e) Tabaksaansprakelijkheid

In Washington DC begon enkele jaren geleden in het kader van RICO, de antimaffiawet (!), een proces van de Amerikaanse federale overheid tegen de Amerikaanse sigarettenfabrikanten. De regering eiste in deze procedure US dollar 280 miljard (€ 228 miljard) boete wegens samenzwering bij het misleiden van het publiek over de gezondheidsrisico's van roken.⁵⁸ Aan het proces is een lange reeks van inleidende processuele schermutselingen, tot in Australië toe, voorafgegaan waarin de meeste obstructies van de tabaksindustrie van tafel zijn geveegd.⁵⁹ In

⁵⁴ *A & Others v National Blood Authority*, [2001] 3 *All ER* 289.

⁵⁵ Duncan Fairgrieve (red.), *Product liability in comparative perspective*, Cambridge: University Press, 2005, p. 13-41. De commentaren van de advocaten waren al eerder gepubliceerd in Guy Canivet, Mads Andenas, Duncan Fairgrieve (red.), *Comparative law before the courts*, London: British Institute of International and Comparative Law 2004, 319 p.

⁵⁶ Simon Whittaker, *Liability for products/English law, French law, and European harmonisation*, Oxford: University Press 2005, 687 p.

⁵⁷ Ramin Löschner, *Mehrere Produkthaftpflichtige und Mitverschulden des Geschädigten/Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Produkthaftungsrecht*, diss. Frankfurt 2003, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2004, p. 174-178.

⁵⁸ *Final proposed findings of fact* (2 543 p.) en *Final proposed conclusions of law* (2 delen, 309 p.).

⁵⁹ Wie de zaak wil volgen, kan terecht op de website van de federale overheid:

een zaak in Florida kende de jury aan een groep rokers een bedrag aan *punitive damages* van US dollar 145 miljard (€ 120 miljard) toe. En in 2005 wees een Californische jury aan een rookster een bedrag van US dollar 28 miljard (€ 23 miljard) toe. Weliswaar werd dit bedrag door de rechter nog in hetzelfde jaar teruggebracht tot US dollar 28 miljoen (€ 23 miljoen)⁶⁰, maar ook dat is - zelfs bij een slappe dollarkoers - nog best een aardig bedrag. Zijn die Amerikanen nu helemaal gek geworden, zal men zich wellicht afvragen. Zonder deze vraag op voorhand in ontkennde zin te willen beantwoorden, wijs ik op een artikel van twee auteurs die de hoge schadebedragen billijken.⁶¹ Alleen zo kan in hun ogen iets worden gedaan aan het verderfelijke optreden van de tabaksindustrie, die niet alleen de Amerikaanse bevolking heeft voorgelogen maar deze ook nog eens platprocedeert.

Een goede gids bij het Amerikaans recht inzake productenaansprakelijkheid is David Owen's 'Products liability law'.⁶² Het aantrekkelijke van dit boek is dat de auteur - anders dan sommige van zijn landgenoten - er bekend mee is dat er ook buiten de Verenigde Staten recht bestaat, zelfs op het gebied van de productenaansprakelijkheid. Een boek dat voor de Amerikaanse markt bestemd is, bevat gewoonlijk een vracht aan voetnoten en dat is ook hier het geval. Toch is er in dit boek ook - ruim voldoende - ruimte voor tekst.

Ook in Europa trekken de Amerikaanse tabakszaken de aandacht, getuige het Hamburgse proefschrift van Christian Thiele over *die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, dat de ontwikkeling van het Amerikaanse tabaksaansprakelijkheidsrecht schetst⁶³ en de Heidelberger dissertatie van Nina Fürer over *Die zivilrechtliche Haftung für Raucherschäden*. De laatste auteur wil in Duitsland de Amerikaanse kant op; zij beroept zich daartoe op een rechtseconomische analyse van de rokersschade. Fürer beroept zich ter ondersteuning van een hoofdelijke aansprakelijkheid van tabaksproducenten - tegenover rokers die niet trouw zijn aan één merk - op het Nederlandse DES-arrest.⁶⁴ In Europa is het nog niet zo ver: in Duitsland, Frankrijk, Italië en Spanje bedroeg het totale aantal rechtszaken in 2004 slechts 40.⁶⁵ De auteurs verklaren het verschil met de bekende argumenten als het alhier ontbreken van *punitive damages*, *pars quota litis* en forse schadevergoedingen. De afwijzing van de meeste schadeacties is gebaseerd op het ontbreken van een gebrek, van causaal verband, op risico-aanvaarding of op verjaring.

(f) *Junk food*

Regelmatig gebruik van *junk food* zoals Coca-Cola (een zoete, niet-alcoholische frisdrank) leidt -

<<http://www.usdoj.gov>>.

⁶⁰ Wat in de Verenigde Staten niet ongebruikelijk is, zoals blijkt uit de afwijzing in appel van een *class action* van 1,1 miljoen rokers van 'light' sigaretten, die in eerste aanleg ruim US dollar 10 miljard toegewezen hadden gekregen - *NRC Handelsblad* 16 december 2005.

⁶¹ Sara D. Guardino, Richard A. Daynard, Punishing tobacco industry misconduct: the case for exceeding a single digit ratio between punitive and compensatory damages, 67 *University of Pittsburgh Law Review* 1-65 (2005).

⁶² David G. Owen, *Products liability law*, St. Paul, MN: West 2005, 1385 p.

⁶³ Christian Thiele, *Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie*, diss. Hamburg 2003, Tübingen: Mohr 2003, 298 p.

⁶⁴ Nina Fürer, *Die zivilrechtliche Haftung für Raucherschäden*, diss. Heidelberg 2003, Frankfurt: Lang 2005, p. 179.

⁶⁵ Alejandro Ferreres Comella, Carlos Viladàs Jené, Algunas reflexiones en torno a las reclamaciones por danos y perjuicios derivados del consumo de tabaco en España y en Europa, *La Ley* 6123 (9 november 2004).

vooral bij sociaal zwakkeren - tot overgewicht en diabetes, is slecht voor botten en gebit en werkt verslavend. In haar Hamburger (geen grapje) dissertatie onderzoekt Maja Kraas welke juridische stappen naar Duits recht mogelijk zijn. Een aansprakelijkheid wegens een ondeugdelijk product acht zij niet verdedigbaar⁶⁶; wel bepleit zij een verplichting tot informatie over de aangeduide gevaren, hetgeen zij rechtseconomisch - de promotor was niet voor niets Michael Adams - onderbouwt. Een aantrekkelijk alternatief voor deze maatregelen ziet zij in een verhoging van de accijns.

(g) Productenaansprakelijkheid: the American way

Een van de bekendste Amerikaanse arresten over productenaansprakelijkheid is MacPherson v. Buick, gewezen door de beroemde Judge Cardozo. Wat deze uitspraak voor gevolgen heeft gehad voor de Amerikaanse auto-industrie wordt boeiend geanalyseerd in de *Law and history review*.⁶⁷ Enerzijds leidde het beleid van autoproducenten om afnemers aan zich te binden tot verhoging van de veiligheid, anderzijds bracht de wens om de aansprakelijkheid bij de dealer te leggen de ontwikkeling van distributie door franchising mee. Dit is nu eens een opstel over de economische gevolgen van het recht dat ook voor een gewoon jurist begrijpelijk is.

(h) Productenaansprakelijkheid op zijn Japans

Voor wie er aan gewend is, hoe weinig gebreken Japanse producten bij ons vertonen - wie heeft ooit een probleem met een Japanse auto - is het verrassend zoveel rampen als zich in Japan hebben voorgedaan: SMON, de Kanemi olie, thalidomide (bij ons bekend onder de naam Softenon), Morinaga melkpoeder. Snow Brand dieetmelk, de Mitsubishi cover-up van defecte auto's, gekke koeien, je kunt het zo gek niet bedenken of Nottage besteedt er aandacht aan. De rampen houden maar aan, vandaar dat veel Japanners om meer wetgeving vragen. De auteur plaatst vraagtekens bij de opportuniteit hiervan.⁶⁸ Het boek heeft als bijlagen de tekst van de Japanse wet op de productenaansprakelijkheid, alsmede onder andere een uitspraak van de rechter in Nagoya (McDonald's orange juice), een tabel van alle gepubliceerde uitspraken in de periode 1995-2001 en een uitgebreide bibliografie.

(i) Levensmiddelenrecht

De belangstelling in ons land voor het levensmiddelenrecht is, gelet op het praktisch belang, altijd verrassend klein geweest. In zijn boek *Productaansprakelijkheid voor levensmiddelen*, gebaseerd op zijn Utrechtse doctoraalscriptie, geeft Heeres een duidelijke schets van een deel van dit rechtsgebied, namelijk datgene wat betrekking heeft op de aansprakelijkheid.⁶⁹ Een van de meer contentieuze vragen van het levensmiddelenrecht is of genetisch gemodificeerde voedingsmiddelen in Europa moeten worden toegelaten. Van het *Centre de droit de la consommation* te Louvain-la-Neuve was sinds het vertrek van zijn vroegere directeur Thierry Bourgoignie niet zoveel meer vernomen. Maar in 2005 viel er weer iets aan te kondigen: een bundel over de genoemde voedingsmiddelen: 'organismes génétiquement modifiés' (OGM) in

⁶⁶ Maja Kraas, *Produkthaftung und Warnhinweise/Eine rechtsökonomische Analyse am Beispiel von Coca-Cola*, diss. Hamburg 2003, Frankfurt: Lang 2004, p. 99-106.

⁶⁷ Sally H. Clarke, Unmanageable risks: MacPherson v. Buick and the emergence of a mass consumer market, 23 *Law and history review* 1-52 (2005).

⁶⁸ Luke Nottage, *Product safety and liability law in Japan/From Minamata to mad cows*, London: RoutledgeCurzon 2004, 308 p.

⁶⁹ Heereluurt Heeres, *Productaansprakelijkheid voor levensmiddelen editie 2005*, Den Haag: Vermande 2004, 158 p.

het Frans.⁷⁰ Na een inleiding door de huidige directeur Paul Nihoul zijn opgenomen opstellen over Europees recht inzake OGM in het algemeen, de aansprakelijkheid van de landbouwer, de toepassing van het voorzorgbeginsel in de Europese rechtspraak, mondiaal OGM-recht en de situatie in België.

(j) Skeelers ‘voor eigen rekening en risico’

Een moeder van vier kinderen wil aan sport gaan doen. Zij geeft zich op voor een beginnerscursus skeelers van vier lessen. Daartoe ondertekent zij een formulier met de mededeling ‘Deelname is voor eigen rekening en risico’. Bij de derde les komt de cursiste - dodelijk - ten val. Zij draagt op dat moment geen valhelm. De cursusleider had bij de eerste les alleen gezegd dat de leerlingen een valhelm konden pakken als zij daar behoefte aan hadden. Anders dan de rechtbank acht het hof dit als waarschuwing onvoldoende. De Hoge Raad is het met dit oordeel eens. De vrijwillige aanvaarding van het risico van een val door de cursiste er niet aan in de weg dat de organisatie veiligheidsmaatregelen diende te treffen. De omkeringsregel brengt mee dat het *condicio sine qua non*-verband tussen het niet geven van advies en het letsel als vaststaand mag worden aangenomen tenzij de organisatie stelt en bewijst dat de cursiste in weerwil van dit advies toch geen helm zou hebben opgezet. Ten slotte is de voorwaarde onduidelijk in die zin dat de geciteerde woorden de ondertekenaar onvoldoende inscherpen dat die tekst er ook toe strekt aansprakelijkheid uit te sluiten voor ernstige vormen van schade.⁷¹

4. Koop, dienstverlening en algemene voorwaarden

Over de (consumenten)koop valt het nodige te melden, zoals (a) een nieuwe editie van het boek van Klik, (b) veel literatuur over de implementatie van de richtlijn consumentenkoop en de toepassing daarvan: (c) non-conformiteit, (d) de waarschuwingsplicht, (e) de rechtsmiddelen voor de koper en (f) de beklemde middenstander. Twee specifieke zaken komen aan de orde: (g) wasmachines en (h) bruidsjaoponnen. De (i) bedenktijd bij aankoop van een woning blijft in discussie, evenals (j) de aanneming van werk. Van de overeenkomst van opdracht komt in deze kroniek alleen de relatie met (k) de advocaat aan de orde. Tenslotte leverde de richtlijn oneerlijke contractsbedingen (l) veel literatuur en (m) een nieuw arrest van het Europese Hof, alsook (n-o) nationale rechtspraak op.

(a) Handboek koop en consumentenkoop

Er is weer een nieuwe druk van Kliks *Koop en consumentenkoop*, waarvan de eerste editie werd verzorgd door Jongeneel. In deze editie is er ruimschoots aandacht voor de regeling van de consumentenkoop, maar ook voor andere Euronova zoals de betalingsachterstand bij handelstransacties en de elektronische handtekening. Het boek is door de opname van meerkeuzevragen en casusposities - en de beantwoording hiervan - ook geëigend voor zelfstudie.⁷²

(b) Implementatie richtlijn consumentenkoop

⁷⁰ Paul Nihoul en Stéphanie Mahieu (red.), *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM - perspectives nationales, européenne et internationale*, Brussel: Larcier 2005, 348 p.

⁷¹ HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 131 inzake Eurosportief 2000/Wesselink.

⁷² P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2004, 240 p.

In 2004 vond te Santiago de Compostela een conferentie over de richtlijn consumentenkoop plaats. Nog in hetzelfde jaar werd de bundel met inleidingen gepubliceerd.⁷³ Een verrassend positief perspectief van de industrie wordt in deze bundel geboden door Christine de Saint Didier, die haar bijdrage opent met de volgende woorden: ‘Les professionnels saluent cette directive ...’. De implementatie van de richtlijn in België wordt toegelicht in een bundel van Sophie Stijns en Jules Stuyck.⁷⁴ Over de implementatie van de richtlijn in Duitsland en Frankrijk handelt de dissertatie van Ramona Peterl.⁷⁵

Verschillende Duitse proefschriften gaan over de omzetting van de richtlijn in de *Schuldrechtsreform*. De studie van Frank Wältermann over ondeugdelijke levering bij koop biedt een breed panorama van de vragen die aan de orde komen, onder andere ook bij verjaring en bij de bijzondere regelingen van koop en aanneming van werk.⁷⁶ Gisela Süle richt haar blik op een - in haar ogen belangrijk - deelprobleem: is § 464 *BGB* (oud)⁷⁷ bij de *Schuldrechtsreform* terecht of ten onrechte komen te vervallen.⁷⁸ De auteur komt in aansluiting op auteurs als Schlechtriem tot de slotsom dat de bepaling ten onrechte is komen te vervallen en dat de voor schrapping aangevoerde argumenten geen steek houden.⁷⁹ In haar Regensburger studie over het recht op levering is Mandy Kandler positief over het door de richtlijn consumentenkoop in het Duitse recht geïntroduceerde recht van de koper op reparatie en vervanging.⁸⁰ Ook kan zij instemmen met het recht van de verkoper op een tweede kans (‘Nacherfüllungsrecht’). Interessant is bij deze auteur iets over de achtergrond van de richtlijn te lezen.⁸¹

⁷³ Javier Lete Achirica (red.), *Garantías en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Santiago de Compostela: Imprenta Universitaria, 2004, 393 p.

⁷⁴ Sophie Stijns, Jules Stuyck (red.), *Het nieuwe kooprecht/De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen: Intersentia, 2005, 165 p.

⁷⁵ Ramona Peterl, *Deutsches und französisches Kaufrecht und die EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, diss. Rostock 2004, Hamburg: Kovacs, 2004, p. 223.

⁷⁶ Frank Waltermann, *Die Mängelhaftung im neuen Schuldrecht/Rechtsfolge, Tatbestand und Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz für den Mangelschaden und den Mangelfolgenschaden*, diss., Frankfurt: Lang 2004, 330 p.

⁷⁷ Dit artikel bepaalde ‘Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den Par. 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält’ (de bedoelde rechten zijn die op ongedaanmaking van de koopovereenkomst, vermindering van de prijs en schadevergoeding). Na kritiek hierop in de rechtsliteratuur (Peters sprak in *Archiv für die civilistische Praxis* 1988, p. 419, 422 van een ‘skandalöse Bestimmung’) is de bepaling in 2002 geschrapt.

⁷⁸ Gisela Süle, *Mängelkenntnis und Gewährleistung/Der Wegfall des Par. 464 BGB a.F. im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung*, diss. Freiburg 2003, Frankfurt: Lang 2004, 335 p.

⁷⁹ Zonder mij in deze intern-Duitse discussie te willen mengen, vraag ik mij af of Par. 442 *BGB* (nieuw) niet op afdoende wijze in deze kwestie voorziet.

⁸⁰ Mandy Kandler, *Kauf und Nacherfüllung*, diss. Regensburg 2002, Bielefeld: Giesecking 2004, 690 p.

⁸¹ Op één punt moet ik haar tegenspreken: op p. 24 vermeldt zij dat een deskundigencommissie bestaande uit E. Hondius en anderen een tekstvoorstel zou hebben voorbereid. dat vervolgens als te vergaand zou zijn verworpen. De werkelijkheid is dat de Europese Commissie een voorstel had voorbereid, dat vervolgens op twee punten door genoemde commissie is geamendeerd. De deskundigen konden allereerst niet instemmen met het voorstel om bij het criterium voor

Alexander Mittmann bepleit in zijn Hamburger dissertatie over *Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie* om het Weense kooprecht bij voorkeur te interpreteren in het licht van de - nadien totstandgekomen - richtlijn consumentenkoop.⁸²

Er wordt over de nieuwe regels inzake consumentenkoop heel wat geschreven, maar hoe gaat het in de praktijk eigenlijk toe? De Denen onderzochten het. Een opmerkelijke bevinding is dat van de 291 respondenten 45% meende dat het klachtgedrag van consumenten na inwerkingtreding van de nieuwe koopregels - die in Denemarken de klachttermijn met een jaar hebben verlengd - onveranderd was, 7% constateerde een verhoging, 9% een vermindering en 39% had geen mening.⁸³

(c) Vermoeden van non-conformiteit

Bij de parlementaire behandeling van de regeling van de consumentenkoop is in de Eerste Kamer heel wat te doen geweest over het wettelijk vermoeden van artikel 7:18 lid 2 BW. Een uitspraak van de Rechtbank Arnhem bevestigt dat het wel meevalt. Indien de aandoening van een kribbenbijter⁸⁴ zich binnen zes maanden na de koop openbaart, lijkt de verkoper krachtens artikel 7:18 lid 2 aannemelijk te moeten maken dat het paard de aandoening bij aflevering nog niet had. De voorzieningenrechter te Arnhem aanvaardt dit gevolg evenwel niet: 'De aard van de "afwijking" van [het paard] verzet zich (...) in dit geval tegen toepassing van dit wettelijk vermoeden van art. 7:18 lid 2 BW, omdat luchtzuigen, zoals door beide partijen erkend, gedrag betreft dat elk paard binnen een periode van veel korter dan zes maanden "spontaan" kan aanleren. [Verkopers] hebben in dit verband onweersproken gesteld dat in de voorwaarden bij de veiling van paarden standaard bedongen wordt dat de verkoper slechts een paar dagen in staat voor een dergelijk gebrek (...)'.⁸⁵

(d) Waarschuwingsplicht voor consument-koper

Krachtens artikel 7:23 moet ook de consument-koper de verkoper binnen bekwame tijd waarschuwen dat het geleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt. Waarop is deze elders niet bekende regel gebaseerd? En is zij wel juist? In zijn Utrechtse dissertatie van twee jaar terug - die onlangs in druk verscheen - verdedigt Jeloschek dat er inderdaad goede gronden zijn voor de regel, maar dat de sanctie van verval van rechten veel te ver gaat.⁸⁶

(e) Rechtsmiddelen voor de koper

ondeugdelijkheid af te wijken van het non-conformiteitsbeginsel van het Weense koopverdrag. Voorts konden de deskundigen evenmin akkoord gaan met het voorstel om het begrip 'consument' zodanig op te rekken dat ook de kleine zelfstandige daar onder zou vallen; niet dat de commissie hier inhoudelijk op tegen was, maar zij was faliekant tegen het verschillend invullen van het begrip 'consument' in uiteenlopende richtlijnen.

⁸² Alexander Mittmann, *Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, diss. Hamburg 2004, Frankfurt: Lang 2004, p. 65-70, 171.

⁸³ Bo Kristensen en anderen, *Nye regler om forbrugerkøb - en empirisk undersøgelse*, Juridisk Institut en LEFIC, 2005, 74 p.

⁸⁴ Een kribbenbijter is een paard dat op abnormale wijze lucht zuigt met als gevolg vergroting van de kand op een koliek en een slechtere conditie van het paard (*NJ* 1977, 521).

⁸⁵ Rb. Arnhem 24 mei 2004, *LJN* AP4372.

⁸⁶ Christoph Jeloschek, *Examination and notification duties in consumer sales law/How far should we go in protecting the consumer?*, diss. Utrecht 2004, München: Sellier 2006, 234 p.

Twee dissertaties zien op de rechtsmiddelen van de koper. De Bulgaarse Maia Tacheva geeft in haar Frankfurter dissertatie een overzicht van Bulgaars, Duits en Engels recht inzake de sancties die de teleurgestelde koper heeft: nakoming, gemodificeerde nakoming, prijsreductie, ontbinding en schadevergoeding.⁸⁷ Ook het Weens koopverdrag wordt in de beschouwingen betrokken. De auteur signaleert ondanks de op het eerste gezicht grote verschillen een opmerkelijke mate van overeenstemming in de praktische uitkomsten van de drie stelsels. Dat wordt mede in de hand gewerkt door de uniformerende invloed van Europese richtlijnen en Weens koopverdrag.

Hanna Sivesand komt in haar Utrechtse proefschrift tot wezenlijk dezelfde conclusies. In alle door haar onderzochte stelsels - Duitsland, Engeland, Frankrijk, de Noordse landen, de *Principles of European Contract Law* en het Weens koopverdrag - is sprake van een beperking van de oorspronkelijk aan de koper toegekende wettelijke rechten. Ten onrechte voor wat betreft de consumentenkoop, zo oordeelt de auteur, die voorts meent dat de consument niet te veel mag worden lastiggevallen met ingewikkelde juridische eisen, zoals mededeling van het gebrek en vervaltermijnen.⁸⁸

(f) De beklemden middenstander

De consumentenkoop heeft de figuur van de dwingendrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige verkoper tegenover de consument-koper geïntroduceerd. Een dergelijke aansprakelijkheid kan onbillijk uitpakken indien de verkoper zijnerzijds geen regres heeft op zijn voorschakel, bijvoorbeeld omdat deze zijn aansprakelijkheid heeft uitgesloten. Om een vergelijkbaar probleem het hoofd te bieden, heeft de Nederlandse wetgever in 1992 de figuur van de beklemden middenstander geïntroduceerd. In navolging hiervan bepaalt de richtlijn consumentenkoop in artikel 4 dat de jegens een consument aansprakelijke eindverkoper regres kan nemen op een voorschakel in de verkoopketen. Duitsland heeft hier in § 487 *BGB* uitvoering aan gegeven. In zijn Keulse dissertatie onderzoekt *Jens Böhle* hoe de regeling moet worden toegepast.⁸⁹ Het merkwaardige is dat de auteur op p. 26 melding maakt van de Europese herkomst van de regeling, maar daar verder (vrijwel) niets mee doet. Evenmin is hij op onderzoek uitgegaan hoe andere lidstaten met deze bepaling zijn omgegaan.

(g) Limoenen: meer macht voor de consument?

Met het woord 'lemon' wordt in Amerika een 'maandagochtendproduct' aangeduid: een product waar niets van deugt. Men kan het een en andermaal terugbrengen naar de leverancier, telkens duikt wel een nieuwe klacht op. Ontbinding van de overeenkomst is de enige juiste remedie. Maar naar Nederlands recht krijgt de consument die niet altijd (meteen). Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Geschillencommissie thuiswinkel.⁹⁰ Een consument had in 2001 voor bijna € 600 een wasmachine gekocht. Vervolgens was de monteur zesmaal langs geweest om diverse klachten te verhelpen. Na de laatste keer, toen de timer het had begeven, durfde de consument

⁸⁷ Maia Tacheva, *Rechtsbehelfe des Käufers im Warenkaufrecht/Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), des englischen Sale of Goods Act, des bulgarischen Kaufrechts und des deutschen Kaufrechts vor und nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, diss. Frankfurt, 2004, Frankfurt: Lang 2005, 382 p.

⁸⁸ Hanna Sivesand, *The buyer's remedies for non-conforming goods/Should there be free choice or are restrictions necessary?*, diss. Utrecht, München: Sellier 2005, 264 p.

⁸⁹ Jens Böhle, *Der Rückgriff in der Lieferkette gemäß der §§ 478, 479 BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, diss. Köln, Berlin: Duncker & Humblot 2004, 211 p.

⁹⁰ Geschillencommissie thuiswinkel 22 november 2005, THU05-0055.

haar was niet meer in de machine te doen. Zij vroeg niet eens ontbinding van de koop - die mijns inziens zeer gerechtvaardigd was - maar vroeg vervanging van de machine. Die werd door de commissie niet meteen toegekend: daartoe werd een deskundige aangesteld.

(h) De bruidsjaпон

De gelukkigste dag van iemands leven kan toch nog ongelukkig eindigen. Dat ondervond de bruid bij wie op de huwelijksdag na anderhalf uur de naden van het topje van het bruidsensemble (kosten € 1446,75) scheurden. Ook voor deze bruid gold dat elk nadeel zijn voordeel heeft: de Geschillencommissie textiel en schoenen wees een schadevergoeding van € 725 toe.⁹¹ Nog minder trof een andere bruid het. De beoogde echtgenoot ging er met een ander vandoor en de bruid - *it takes two to tango* - zat met een niet gedragen japon. Moest zij de kosten hiervan ad € 1239 toch betalen? Ja, inclusief de gedingkosten van de leverancier ad € 538, was het onverbidelijke oordeel van de Rechtbank Dordrecht.⁹² Alleen de eveneens gevorderde buitengerechtelijke kosten ad € 272 werden afgewezen.

(i) Bedenkingen bij de bedenktijd

Twee jaar geleden is voor de particuliere koper van een woning een bedenktijd van drie dagen geïntroduceerd. Reeds voorafgaande aan de invoering werd druk gespeculeerd over mogelijk misbruik. De praktijk lijkt de critici gelijk te geven. In *WPNR* bespreekt Van Velten de casus waarin de particuliere koper de mondeling gesloten overeenkomst gestand wil doen, maar de verkoper weigert te tekenen tenzij koper met een hogere prijs akkoord gaat. Kan de verkoper in rechte worden gedwongen om aan de verkoop zijn medewerking te verlenen? Nee, stelt Van Velten⁹³, mijns inziens ten onrechte, immers het is gewoonlijk in strijd met de precontractuele redelijkheid & billijkheid om de wettelijke bescherming van de consument-koper op deze wijze te misbruiken. De Commissie-Hammerstein heeft vorig jaar voorgesteld de wettelijke bedenktijd te vervangen door een notariële toets, maar de Minister van Justitie wil hier (nog) niet van weten.

(j) Aannemer mag niet afwijken van verkoopbrochure

Tijdens de bouw van een elf verdiepingen hoog appartementencomplex blijkt dat de aannemer afwijkt van de verkoopbrochure. De buitengevel van het complex is - anders dan overeengekomen - niet voorzien van puin in tweedeling met een schuifraam, maar in driedeling met draai/kiepramen en een vast deel. De Raad van Arbitrage voor de Bouw acht de handelwijze van de aannemer onjuist en acht het beroep van de aannemer op artikel 6 Algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementen (1999) ongegrond.⁹⁴

(k) Advocaten: meer macht voor de consument?

In 2006 lichtten twee rechtssociologen de advocatuur door vanuit het perspectief van de consument. Wat zijn hun conclusies: moet er meer marktwerking komen, dient het domeinmonopolie te worden opgeheven, moeten advocaten onbepaald kunnen adverteren ('2

⁹¹ Stichting geschillencommissies voor consumentenzaken, *Jaarverslag 2005*, Den Haag: SGC, Bordewijklaan 46, 2591 XR, 2006, p. 96.

⁹² Rb. Dordrecht 5 juli 2005, *LJN AU0583* inzake Modehuis Avenue.

⁹³ A.A. van Velten, *Eerste ervaringen met het vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW bij de consumentenkoop o.g.*, *WPNR* 2005, 6613.

⁹⁴ Raad van Arbitrage voor de Bouw 1 oktober 2003, *TvC* 2004, p. 115, noot M. Dierikx. Zie voorts E.M. Bruggeman, *Kroniek koop-/aanneming 2000-2004*, *TvC* 2005, p. 212-222.

vonnissen halen, 1 betalen’), dient een *no cure no pay* stelsel te worden geïntroduceerd? In een publikatie met een weinigzeggende titel analyseren Huls en Laclé al deze vragen, maar zij komen (nog) niet tot een eenduidige antwoord: ‘daarvoor is meer empirisch onderzoek voor nodig’.⁹⁵

(l) Implementatie richtlijn oneerlijke contractsbedingen

De richtlijn oneerlijke contractsbedingen van 1993 is voor zover mij bekend in alle lidstaten van de EU geïmplementeerd. In haar Bielefelder dissertatie onderzoekt Kirsten Baier hoe vier lidstaten het er in deze van af hebben gebracht.⁹⁶ In drie landen is de controle beperkt tot voorwaarden die niet in individuele onderhandelingen tot stand zijn gekomen; alleen Frankrijk is op dit punt ruimer. De vraag wanneer van individuele onderhandelingen sprake is, houdt de andere drie landen verdeeld. Het is jammer dat de auteur zich zo weinig uitspreekt. Symptomatisch is de vrijblijvende slotzin: ‘Ob die Umsetzung von Richtlinien (...) einmal durch die Schaffung eines europaischen Verbrauchergesetzbuchs oder sogar eines europaischen Zivilgesetzbuchs (...) überholt werden wird, wird die Zukunft zeigen’.⁹⁷

Een jaar tevoren had Klaus Herkenrath al precies hetzelfde onderwerp uitgezocht - ook hij bespreekt de omzetting van de richtlijn in Duitsland, Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk.⁹⁸ De auteur signaleert een aantal technische onvolkomenheden. Zo bevat de Italiaanse versie van de richtlijn een verkeerde vertaling: in artikel 3 lid 1 is ‘in strijd met de goede trouw’ vertaald met ‘malgrado il requisito della buona fede’. In plaats van op redelijkheid en billijkheid duidt deze term eerder op afwezigheid van kwade trouw. Ondanks het feit dat de doctrine hiervoor heeft gewaarschuwd, heeft de Italiaanse wetgever de tekst van de richtlijn woordelijk overgenomen. Natuurlijk zal dit te gelegener tijd wel weer goed komen met de richtlijnconforme interpretatie, maar tot er rechtspraak is zet de gekozen tekst de praktijk op het verkeerde been. Een ander punt is dat ‘oneerlijk’ door de Italiaanse wetgever is vertaald met ‘vessorie’, dat eigenlijk ‘chicaneus’ betekent. Hiermee heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de bestaande terminologie van de Italiaanse wet, hetgeen door Herkenrath met instemming wordt begroet. Dat men met zo’n keuze voor de eigen terminologie voorzichtig moet zijn, is ons in Nederland natuurlijk niet onbekend: de vraag of onze vernietigbaarheid overeenstemt met de in artikel 6 van de richtlijn voorziene onverbindendheid van oneerlijke bedingen heeft al heel wat commentaar opgeleverd. Belangrijker dan deze technische aangelegenheden acht hij, terecht, gebreken in de coördinatie, waarvan het naast elkaar bestaan van de *Unfair Contract Terms Act* en de *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*⁹⁹ het meest opvallende voorbeeld is.

⁹⁵ N.J.H. Huls, Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?/Een position paper ten behoeve van de Commissie Van Wijnen*, Den Haag: Boom 2006, 85 p.

⁹⁶ Kirsten Baier, *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln/Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, diss. Bielefeld 2003/2004, Hamburg: Kovac 2004, 240 p.

⁹⁷ Baier 2004, p. 209.

⁹⁸ Klaus Herkenrath, *Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien/Auswirkungen nationaler Umsetzungstechniken auf den Harmonisierungserfolg*, diss. Trier 2002, Frankfurt: Lang 2003, 205 p.

⁹⁹ Zie daarover Hugh Beale, Unfair terms in contracts: proposals for reform in the UK, *Journal of Consumer Policy* 27, p. 289-316 (2004).

Fleur Denkinger ziet het streven naar harmonisatie met de richtlijn oneerlijke contractsbedingen als mislukt. De Britse, Duitse, Franse en Zweedse wetgevers waren niet bereid 'ihre eigenen, weitergehenden Schutzkonzepte aufzugeben' en beperkten zich ertoe de richtlijn in hun eigen stelsel in te voegen.¹⁰⁰ De auteur gaat vervolgens na of harmonisatie wel wenselijk is en geeft na een bevestigende beantwoording van deze vraag aan dat een verordening daartoe het beste middel is. Vera Heine vergelijkt slechts twee van de vier bovengenoemde stelsels, te weten het Duitse en het Engelse recht met elkaar.¹⁰¹ De auteur komt tot de conclusie dat sprake is van harmonisatie, zij het dat de Duitse bescherming verder gaat. Uiteraard besteedt zij ook aandacht aan de merkwaardige Engelse spagaat van de *Unfair Contract Terms Act* en het implementatiedecreet van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, welke dankzij het werk van de *Law Commissions*¹⁰² vermoedelijk spoedig tot het verleden zal behoren. De vier Duitse auteurs zijn zich er kennelijk niet van bewust geweest dat de Italiaan Leone Niglia precies hetzelfde onderzoek veel beter heeft gedaan.¹⁰³ Het verschil zit hem hierin dat terwijl bijvoorbeeld Baier blijft steken in een vergelijking van *black letter rules*, Niglia zijn nek uitsteekt - en dan ook wel eens op zijn kop krijgt.¹⁰⁴

Geef Francesco Parisi een juridisch onderwerp op en binnen enkele weken schrijft hij er een rechtseconomische verhandeling bij. Zo onderwierp hij de richtlijn consumentenkoop aan een grondige economische beschouwing. Anders dan men uit deze hoek wellicht zou verwachten, is zijn oordeel in de *American Journal of Comparative Law* redelijk mild. De richtlijn kan weliswaar tot inefficiënties leiden, maar wellicht, zo stelt hij, zijn deze geboden door *market failure*. Wel waarschuwt hij: 'full warranties are not only unjustified but also unwise from an economic standpoint' (p. 430).¹⁰⁵

(m) Hofstetter: bevoegdheidsverdeling onredelijk bezwarende bedingen

Op 1 april 2004 wees het Europese Hof een belangrijk arrest over de verdeling van bevoegdheden tussen de nationale en de communautaire rechter waar het gaat om de vaststelling of een beding onredelijk bezwendend is.¹⁰⁶ Freiburger Kommunalbauten verkocht in 1998 aan het echtpaar Hofstetter een parkeerplaats voor privé-gebruik in een door haar te bouwen parkeergarage. Volgens artikel 5 van de overeenkomst werd de volledige koopprijs opeisbaar na overlegging van een waarborg door de ondernemer. In geval van te late betaling moest de koper vertragsrente betalen. Na verschaffing van de waarborg in de vorm van een bankgarantie weigerde het echtpaar te betalen. Het voerde daartoe aan dat artikel 5 in strijd was met § 9 AGB-Gesetz (thans § 307 BGB). Freiburger Kommunalbauten eiste vervolgens vertragsrente wegens te late betaling. Het Bundesgerichtshof neigde tot de opvatting dat het artikel geen oneerlijk beding vormt, maar was van mening 'dat gelet op de verscheidenheid aan regelingen

¹⁰⁰ Fleur Denkinger, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre rechtliche Bewältigung - Quo vadis, Europa?*, Magisterarbeit Saarbrücken 2003, Baden-Baden: Nomos 2004, p. 66.

¹⁰¹ Vera Heine, *Die Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen im englischen und deutschen Recht*, diss., Frankfurt: Lang 2005, 198 p.

¹⁰² Law Commission, Scottish Law Commission, *Unfair terms in contracts*, London: Stationary Office, 2005, 242 p., <http://www.lawcom.gov.uk>.

¹⁰³ Leone Niglia, *The Transformation of Contract in Europe*, diss. Florence (Europees Universitair Instituut), The Hague: Kluwer 2003, 235 p.

¹⁰⁴ Zie de wat zure aankondiging in *NTBR* 2003, p. 569.

¹⁰⁵ Francesco Parisi, The harmonisation of legal warranties in European sales law: an economic analysis, 52 *American Journal of Comparative Law* 403, 430 (2004).

¹⁰⁶ HvJ EG 1 april 2004, C-237-02 inzake Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter.

die binnen de lidstaten gelden, aan deze beoordeling kan worden getwijfeld'. Het Europese Hof oordeelde in navolging van advocaat-generaal Geelhoed dat het Hof in het kader van de hem bij artikel 234 EG toebedeelde bevoegdheid tot uitlegging van het gemeenschapsrecht de algemene door de gemeenschapswetgever gebruikte criteria kan uitleggen teneinde het begrip oneerlijk beding te definiëren. Het kan zich echter niet uitspreken over de toepassing van die algemene criteria op een specifiek beding dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval.

(n) Dell in de fout

Computergigant Dell mag consumenten in haar algemene voorwaarden niet meer dan 50% van de aanschafsom vooruit laten betalen. Dat besliste het Hof den Haag op 6 juli jl. in kort geding, vooruitlopend op een behandeling van het geschil waarin veel meer bepalingen uit de algemene voorwaarden van Dell ter discussie zijn gesteld.¹⁰⁷ Genoemde bepaling werd in strijd geoordeeld met artikel 7:26 lid 2 BW. De collectieve vordering was ingesteld door de HCC, een belangengroepering van particuliere computergebruikers. Dell heeft wel drie maanden de gelegenheid gekregen om de voorwaarden aan te passen.

(o) Schade in de wasstraat

Iemand rijdt met zijn auto door de wasstraat, niet eenmaal maar twee keer. In beide gevallen treedt er wat schade op aan buitenspiegels en antennes. Voor een beetje modale Duitse consument met een dikke Mercedes hangt daar al gauw een prijskaartje van DM 4676 (= € 2338) aan. De Algemene voorwaarden van de autowasserij bepalen dat de ondernemer, behoudens grove schuld, niet aansprakelijk is voor beschadigingen aan sierlijsten, spiegels, antennes en bijbehorende lakschade. Het *Bundesgerichtshof* acht deze bepaling evenwel onredelijk bezwarend en aanvaardt het beroep op vernietiging.¹⁰⁸ Terzijde teken ik aan dat het onderscheid consument/niet-consument in Duitsland belangrijker is dan bij ons, nu men er de reflexwerking van de zwarte en grijze lijst verwerpt.¹⁰⁹

5. Reizen en vervoer

Reizen kan een verfrissing van lichaam en geest opleveren, maar kan - de jurisprudentie van de Geschillencommissie reizen duidt er op - ook in teleurstelling en zelfs letsel verkeren. Een drietal gebeurtenissen uit de afgelopen twee jaar illustreren vooral dit laatste: (a) de belangen van de consument worden door de Consumentenbond niet goed behartigd, (b) bij ernstige ongevallen is de schadelimiet van de huidige wet onder de maat en (c) tegen overboeking wordt eindelijk iets gedaan.

¹⁰⁷ Hof Den Haag 6 juli 2004, *LJN* AP 8250 inzake HCC/Dell. Cassatie in het belang der wet aangevraagd.

¹⁰⁸ BGH (tiende senaat) 30 november 2004, *Neue juristische Wochenschrift* 2005, 411.

¹⁰⁹ Florian Pres, *Maßgaben für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Handelsverkehr*, diss. München 2004, Frankfurt: Lang 2005, p. 217: 'Ob [die Klauselverbote] Gerechtigkeitsgedanken zum Ausdruck bringen, die auch im Handelsverkehr gelten können, ist dort regelmäßig erst in zweiter Linie relevant. Da dies in der Diskussion über die Bedeutung der Klauselverbote weitgehend nicht berücksichtigt wird, ist diese insoweit bereits grundsätzlich fehlgeleitet'.

(a) Reiziger onvoldoende beschermd

Ooit vervulde de reisbranche een voortrekkersrol op het terrein van de consumentenbescherming. Maar de Consumentenbond onderhandelt niet goed en dreigt te ontaarden in 'een excuus-truus van de reisbranche'. Dat stelt P.N. Meijer in een bijdrage in *TvC*. De auteur heeft ook kritiek op de Stichting Garantiefonds Reisgelden en de ANVR.¹¹⁰

(b) Redelijkheid & billijkheid in het personenvervoer

K.F. Haak wijdde in 2005 de eerste 'Winterlezing' van de Erasmus Universiteit Rotterdam aan een arrest van het Hof Amsterdam¹¹¹ over een ernstig ongeval dat zich in 1998 voordeed toen een negentienjarige hbo-studente zich door de dichtklappende deuren van een vertrekkende trein naar binnen probeerde te wurmen. Door het slechte vertrekprotocol van NS gaf de conducteur die zag dat het meisje tussen de deuren beklemd raakte, abusievelijk het vertreksein. Vervolgens kon hij de machinist niet tijdig waarschuwen omdat diens mobiele telefoon een lege accu had. De studente werd meegesleurd en haar beide benen moesten worden geamputeerd. NS erkende aansprakelijkheid, maar beriep zich op de wettelijke aansprakelijkheidslimiet ad € 137 000 van artikel 8:105 BW. Het Hof Amsterdam verwerpt dit beroep met twee argumenten. In de eerste plaats is sprake van bewuste roekeloosheid; in de tweede plaats is een beroep op de exoneratie in strijd met redelijkheid en billijkheid. Haak acht de uitkomst juist, maar plaatst kritische kanttekeningen bij de argumentatie. *De lege ferenda* spreekt hij zich uit voor afschaffing van de wettelijke limiet, subsidiair voor een risico-aansprakelijkheid van de vervoerder tot € 220 000 met daarboven een schuldaansprakelijkheid met een stringent overmachtsverweer.¹¹²

(c) Consumentenbescherming in de lucht

Op 17 februari 2005 is de Europese Verordening 261/2004 inzake 'instapweigering' en annulering of langdurige vertraging van vluchten in werking getreden.¹¹³ De Verordening geeft vliegtuigpassagiers een betere bescherming tegen *overboeking* dan de eerdere Verordening van 1991. Zo is de bescherming uitgebreid tot chartervluchten. Ook voor geannuleerde en vertraagde vluchten biedt de Verordening een betere bescherming. Wordt een van deze regels door een luchtvaartmaatschappij overtreden, dan krijgt de passagier afhankelijk van de vliegafstand - en behoudens overmacht - compensatie ter hoogte van € 250-600.

6. Financiën, krediet en schuldsanering

De (a) Wet financiële dienstverlening, (b) aandelenlease en (c) andere beleggingsproducten, (d) een gemiste jackpot en (e) schuldsanering vormen de ingrediënten van het onderdeel financiën *cum annexis* van deze kroniek.

(a) Wet financiële dienstverlening

Op 1 januari 2006 trad de Wet financiële dienstverlening in werking. Samen met de Nadere regeling financiële dienstverlening vastgesteld door de Autoriteit financiële markten die op 20

¹¹⁰ P.N. Meijer, Reis en recht: het leed dat vakantie heet, *TvC* 2005, p. 141-149.

¹¹¹ K.F. Haak, *De exceptie van de redelijkheid en billijkheid in het personenvervoer*, Den Haag: Boom, 2005, 29 p.

¹¹² Haaks subsidiaire voorstel sluit aan bij een voorstel voor een Europese verordening betreffende rechten en verplichtingen van reizigers in het internationale treinverkeer.

¹¹³ *Pb.* L 046 van 17 februari 2004, p. 1-8.

februari 2006 van kracht werd, vormt deze wet het kader voor de relatie tussen bank en cliënt. Ooit is er bij ons wel eens voor gepleit deze regeling op te nemen in het Burgerlijk Wetboek. De regering heeft deze Italiaanse gedachte voor Nederland echter nooit overwogen. En nu zitten we met een wettelijke regeling geheel buiten het Burgerlijk Wetboek om, van Financiën nog wel. Het is te betreuren dat de regering de wettelijke eenheid van het privaatrecht heeft doorbroken - waarom eigenlijk? Inmiddels doet iedereen die zich met financiële dienstverlening bezighoudt, er goed aan de wettelijke regeling nauwgezet te bestuderen. Diverse bijdragen - ook vanuit Europees perspectief¹¹⁴ - kunnen hierbij van dienst zijn.¹¹⁵

Over het Engelse bankrecht verscheen een boek van Peter Cartwright.¹¹⁶ De auteur gaat uitvoerig in op de bescherming van de consument tegen bankbreuk - de economische theorie verzet zich tegen te veel bescherming, immers dan worden de zwakke banken huns ondanks in stand gehouden. Cartwright betwijfelt evenwel of dit argument in de praktijk wel op gaat.

(b) Aandelenlease

Een - heel - bijzondere vorm van financiële dienstverlening heeft geresulteerd in een van de grootste vaderlandse consumentenaffaires ooit. Een feuilleton, maar dan bijzonder onaangenaam voor zowel de bank als de gedupeerden, zo kan men de legiolease-affaire aanduiden. De aanleiding is bekend: honderdduizenden landgenoten kochten enkele jaren terug met geleend geld voor vele miljoenen aandelen. Toen de beurskoersen van de aandelen plotseling kelderden, bleek de inleg van de hoopvolle beleggers - anders dan hun was voorgehouden - niet te zijn verdriedubbeld, maar was er van het gespaarde of belegde geld weinig of niets over. In een *WPNR*-artikel begint Van Baalen zijn analyse van deze casus bij Genesis en het Lucas-evangelie (overigens nog in de oude Bijbelvertaling).¹¹⁷ In hetzelfde nummer geeft J.F. Verheijen een overzicht van de rechtspraak.¹¹⁸ Gelet op de vele zaken barstte er een discussie los over de vraag of het wenselijk en toelaatbaar is dat rechters tevoren overleg voeren.¹¹⁹ Vele rechtszaken volgden namelijk, ook collectieve, terwijl tevens de typisch Nederlandse methode van het compromis werd beproefd. Eerst was er een driemanschap bestaande uit Oosting, Du Perron en Sorgdrager, dat niet succesvol was.¹²⁰ Toen kwam er een bemiddelingsvoorstel van oud-

¹¹⁴ Stefan Grundmann, EC financial services, *European Review of Contract Law* 2005, p. 482-494.

¹¹⁵ Twee themanummers besteden aandacht aan de nieuwe wet: *AV&S* van augustus 2005, met bijdragen van R.M. Vriesendorp, Transparante bemiddeling door de Wet financiële dienstverlening?, J.H. Wansink, Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening, J.G.C. Kamphuisen, De volmacht in de Wfd: een zoektocht en Wfd en een nieuw verzekeringsrecht: twee vliegen ...? *TvC* 2005, 3, met bijdragen van J. Rinkes en E. van Wechem, D. Dankers-Hagenaars over de wet, M.B.M. Loos over de richtlijn financiële diensten op afstand en V. Heutger over het ontwerp voor een nieuwe richtlijn consumentenkrediet.

¹¹⁶ Peter Cartwright, *Banks, consumers and regulation*, Oxford: Hart 2004, 258 p.

¹¹⁷ S.B. van Baalen, 'Het leasen van effecten; over hoogmoed en de val', *WPNR* 6604.

¹¹⁸ J.F. Verheijen, De kwalificatie van een aandelenlease-overeenkomst; huurkoop-overeenkomst of overeenkomst sui generis, *WPNR* 6604.

¹¹⁹ Hendrik Kaptein, 'Rechters moeten in Dexia-zaak één lijn trekken', *NRC Handelsblad* 29 september 2004.

¹²⁰ Eindrapport Commissie-Oosting, *NRC Handelsblad* 15 juli 2004.

Europese bankpresident Duisenberg, dat ook al niet in ieders ogen genade vond.¹²¹

De consumentenorganisaties lijken wel blij met het voorstel-Duisenberg. Daags na zijn overlijden plaatsten zij een overlijdensadvertentie waarin hun dank werd verwoord. Inmiddels heeft Frenk voorgesteld om de Duisenberg-regeling via de wet collectieve afwikkeling massaschade algemeen verbindend te verklaren. Weliswaar is deze wet vooral voor schadevergoeding geschreven - de DES-zaak is een goed voorbeeld -, maar de auteur acht toepassing tevens mogelijk op gevallen van nietigheid.¹²²

(c) Andere beleggingsproducten

In een tweetal andere beleggingszaken trok de consument aan het langste eind. De Rechtbank Utrecht achtte de consument in een zaak betreffende het zogenaamde SprintPlan van Spaarbeleg gehouden de verstrekte informatie met de nodige oplettendheid te bestuderen. Maar de Rechtbank oordeelde tevens dat Spaarbeleg niet had voldaan aan haar zorgplicht om de belegger volledig, juist en op een begrijpelijke wijze te informeren over de omvang van de aan het SprintPlan verbonden financiële risico's. Dit brengt mee dat de belegger de SprintPlan-overeenkomsten in beginsel kan ontbinden.¹²³

Een tweede zaak betrof een beleggingsadviseur die in 1996 het beleggingsfonds Safe Haven - *what's in a name* - met een betaalrekening bij de Fortis Bank oprichtte. Safe Haven bleek een zeef: het door de 42 beleggers gestorte bedrag van ruim f 16 000 000 (= € 7 500 000) ging geheel verloren. De Hoge Raad acht dit - mede - te verwijten aan de bank, die bij de opening van de betaalrekening heeft nagelaten te toetsen of de beleggingsadviseur voldeed aan de eisen gesteld door de Wet toezicht effectenverkeer. Voorts aanvaardt de Hoge Raad de collectieve actie van de gedupeerde beleggers ex artikel 3:305a BW.¹²⁴

Veel uitspraken over beleggingen worden gewezen door de Klachtencommissie van het *Dutch Securities Institute* (DSI). In 2004 verscheen een handzame, beredeneerde samenvatting van de DSI-jurisprudentie, samengesteld door de secretaris en vice-voorzitter van deze commissie.¹²⁵

Het verschijnen van deze bundel is mede daarom nuttig, omdat de verschijning van het *Uitsprakenblad* van het NIBE, waarin alle uitspraken over financiële geschillen plachten te worden gepubliceerd, om onbekende reden lijkt te zijn gestaakt.

Ook internationaal - en Europees - is over beleggersbescherming veel te doen. In een boek over Amerikaans, Duits, Engels, Europees en Zwitsers recht komen Keßler en Micklitz tot de conclusie dat er nog veel te verbeteren valt.¹²⁶ Niet alleen verdient de bescherming uitbreiding, (interne) harmonisatie is eveneens geboden. Opmerkelijk is de tendens tot collectivering van de aansprakelijkheid in de meeste van de onderzochte stelsels.

(d) De gemiste jackpot

¹²¹ N.J.H. Huls, 'Is de Duisenberg-regeling royaal genoeg voor alle legitieme Dexiaclaims?', *NJB* 2005, p. 1386-1390.

¹²² N. Frenk, De wet collectieve afwikkeling massaschade en de aandelenlease-affaire, *WPNR* 2005, 6630.

¹²³ Rb. Utrecht 7 juli 2004, *LJN* AP 7092 inzake X/Aegon Bank. Deze zaak is door vele andere gevolgd.

¹²⁴ HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 14 inzake Fortis Bank Nederland/Stichting Volendam.

¹²⁵ M. van Luyn, C.E. du Perron, *Effecten van de zorgplicht/Klachten over effectendienstverlening in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2004, 377 p.

¹²⁶ Jürgen Keßler, Hans W. Micklitz (red.), *Anlegerschutz in Deutschland, Schweiz, Großbritannien, USA und der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos 2004, 366 p.

Elk jaar gebeurt het wel een keer. Blijkt de hoofdprijs van de Postcodeloterij in een bepaalde straat te zijn gevallen en hebben de bewoners van nr. 8 een week tevoren besloten om niet meer mee te doen. Zuur! Het kan nog erger. Een deelnemer in de Postcodeloterij mocht van zijn bank rood staan, maar op het moment dat de aankoopssom van zijn maandelijkse lot ad € 20 van zijn bankrekening zou worden afgeschreven, stond hij net iets te veel rood. En dus werd het bedrag niet afgeschreven. Laat nu op zijn - niet toegekende - lot de jackpot van € 11 500 000 vallen. Een vordering tegen de Postcodeloterij was natuurlijk niet mogelijk, maar ook de vordering tegen de bank werd afgewezen nu de gemankeerde miljonair inderdaad te veel rood stond.¹²⁷

(e) Schuldsanering

Voor wie er financieel niet meer uitkomt, biedt de schone lei van de schuldsanering steeds vaker een oplossing. Een van de eerste Europese landen met een wettelijke regeling hiervan was Frankrijk (1989). Met de *loi-Neiertz* is inmiddels zeventien jaar ervaring opgedaan. De Duitse wet schuldsanering natuurlijke personen dateert van 1998 en is heel anders van opzet dan de Franse wet. In zijn Mainzer dissertatie zet Michael Köhler de verschillen uiteen.¹²⁸ Kernachtig uitgedrukt, houdt de Duitse wet zich bezig met het vermogen van de schuldenaar en de Franse wet met de schuldenaar zelf. De auteur acht een Europese regeling onontkoombaar.¹²⁹ In afwachting hiervan kunnen de ervaringen in de twee landen ook voor ons land hun nut bewijzen, nu ook hier wetwijziging wordt overwogen - zie het rapport van de Commissie schone lei II (een subcommissie van de Commissie insolventierecht)¹³⁰ en de beschouwingen van Huls over schuldvergeving als rechtsprincipe.¹³¹ Voor het huidige recht schreef de Roermondse rechter-commissaris Dethmers een praktische gids.¹³²

‘A fresh start’, dat waren de gevleugelde woorden van de Amerikaanse wet op de schuldsanering, die ook de inspiratie vormden voor onze Wet schuldsanering natuurlijke personen. In 2005 is de Amerikaanse wetgeving drastisch overhoop gehaald, na een harde campagne van crediteuren tegen al dan niet vermeend misbruik van de Amerikaanse faillissementswet van 1978. De nieuwe wet kan - althans vanuit het gezichtspunt van debiteuren - worden gezien als een forse stap terug, zo blijkt uit een bijdrage van Charles Tabb.¹³³

7. Reclame en andere handelspraktijken

Het belangrijkste nieuws op het gebied van reclame en handelspraktijken is de komst van (a) de

¹²⁷ Hof Den Bosch 4 oktober 2005, *LJN AU8021*.

¹²⁸ Michael Köhler, *Entschuldung und Rehabilitierung vermögensloser Personen im Verbraucherinsolvenzverfahren/Ein Vergleich der Verfahrensreformen in Frankreich und Deutschland*, diss. Mainz 2002, Baden-Baden: Nomos 2003, 385 p.

¹²⁹ In deze zin ook Patrick Wautelet, *Quelques observations sur la dimension internationale du règlement collectif de dettes*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2004, p. 288-309.

¹³⁰ Commissie schone lei II, <www.minjus.gov.nl>.

¹³¹ Nick Huls, *Schuldvergeving als rechtsprincipe*, *R&R* 2003, p. 257-270.

¹³² H.H. Dethmers, *Van schuldsanering tot schone leid/Een praktische beschrijving van het wettelijk traject*, Nijmegen: Ars Aequi 2005, 227 p.

¹³³ Charles J. Tabb, *Top twenty issues in the history of consumer bankruptcy*, *University of Illinois College of Law/Law and Economics working papers 2005, paper 48*, <<http://law.bepress.com/uiuclwps/papers/art48>>.

richtlijn oneerlijke handelspraktijken en (b) de omschrijving van het begrip consument daarin. Verder besteed ik aandacht aan (c) consumenteninformatie, (d) colportage, (e) de uniforme regeling van de afkoelingsperiode en (f) discriminatie.

(a) Richtlijn handelspraktijken

Op 11 mei 2005 is de Europese richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken tot stand gekomen.¹³⁴ De richtlijn verbiedt (misleidende of agressieve) oneerlijke handelspraktijken. Een bijlage bij de richtlijn bevat een 31-tal voorbeelden, zoals het 'bedrieglijk beweren dat het produkt slechts gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn', 'bedrieglijk beweren dat een produkt ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen' en 'hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon'. De richtlijn geldt uitsluitend voor 'B2C'-transacties ('business to consumers'), hetgeen de vraag doet rijzen of wij er goed aan doen de nieuwe regels ook op 'B2B'-relaties te doen zien.

Twee jaar geleden wijdde SECOLA, een vereniging van academici en praktijkjuristen die zich met Europees contractenrecht bezig houden, in Londen een conferentie over de toen nog ontwerp-richtlijn. Hoewel de definitieve tekst op enkele belangrijke punten van het ontwerp verschilt, is het toch nuttig om van de inleidingen van toen kennis te nemen.¹³⁵ Voor een goed begrip van de richtlijn is het voorts nuttig kennis te nemen van de Groningse dissertatie van Radeideh.¹³⁶ De auteur is van mening dat de richtlijn niet echt nodig was, omdat een beginsel van *fair trading* reeds in het bestaande *acquis communautaire* te vinden is. Wat hij betreurt, is dat de oorspronkelijk voorziene totale harmonisatie heeft moeten plaats maken voor een vorm van minimumharmonisatie - zie hierover het Heidelberger proefschrift van Stefanie Conrad.¹³⁷

Op korte termijn zal ons land zich moeten beraden op de vraag of handelspraktijken onder het nieuwe regime nog wel uit de voeten kunnen met enkel enige regels in het Burgerlijk Wetboek. Moeten wij in navolging van België, Duitsland, Frankrijk en nog een hele reeks landen overgaan tot introductie van een Wet op de handelspraktijken? En zo ja, dient deze dan qua werkingssfeer beperkt te blijven tot praktijken die tegenover consumenten worden bedreven? Nee, de nieuwe wetgeving - waar zij ook komt te staan - moet worden aangevuld met een B2B - *business-to-business* - deel. Dat bepleit De Vrey in zijn Utrechtse dissertatie over oneerlijke handelspraktijken.¹³⁸ De Vrey betreurt het dat de Duitse wet op de handelspraktijken pas in 2004 in werking is getreden en daardoor minder invloed op de ontwikkelingen in Europa heeft kunnen hebben. Inspiratie kan voorts worden opgedaan uit de veel langere Scandinavische ervaring. Deze is niet zo een twee drie te vinden, maar gelukkig is er nu een Duitse dissertatie die het Zweedse, Noorse en Deense - de volgorde is van de auteur - recht voor ons openlegt.¹³⁹

¹³⁴ *PbEG* 2005, L 149/22. Zie M.F.H. Broekman, 'De richtlijn oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2005, p. 175-186.

¹³⁵ Hugh Collins (red.), *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices/Contract, consumer and competition law implications*, The Hague: Kluwer 2004, 293 p.

¹³⁶ Malek Radeideh, *Fair trading in EC law/Information and consumer choice in the internal market*, diss. Groningen, Groningen: Europa Law Publishing 2005, 339 p.

¹³⁷ Stefanie Conrad, *Das Konzept der Mindestharmonisierung: eine Analyse anhand der Verbrauchervertragsrichtlinien*, diss. Heidelberg 2002, Baden-Baden: Nomos 2004, 344 p.

¹³⁸ Rogier W. de Vrey, *Towards a European unfair competition law/A clash between legal families*, diss. Utrecht, Leiden: Brill 2005, 363 p.

¹³⁹ Jan Valentin Deichsel, *Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht in Skandinavien und Deutschland/Der verhältnismäßige Verbraucherschutz als Eingriffsmaßstab im nationalen und europäischen Lauterkeitsrecht*, diss. Greifswald 2005, Baden-Baden: Nomos 2006, 484 p.

(b) Oplettende consument, opgelet

Welke maatstaf legt de rechter aan bij het beoordelen van de vraag of een bepaalde reclame-uiting al dan niet misleidend is: is het de domme en zwakke consument of de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument? Het Europese Hof oordeelt in laatstgenoemde zin (Gut Springenheide - C-210/96) en die lijn wordt ook in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken gevolgd. Maar in zijn Amsterdamse inaugurele rede wijst Kabel er op dat de Nederlandse rechter niet gedwongen is de Europese standaard op nationale gevallen toe te passen.¹⁴⁰ De richtlijn oneerlijke handelspraktijken geeft de rechter nog zes jaar de gelegenheid strengere maatstaven te hanteren. De auteur wil aan de rechtspraak in elk geval hoge motiveringseisen stellen.

(c) Consumenteninformatie

In de strijd tegen oneerlijke handelspraktijken speelt goede voorlichting een belangrijke rol. In 2003 vond te Münster een conferentie plaats, welke beoogde een *follow-up* te zijn van het boek van Grundmann, Kerber en Weatherill over *Party autonomy and the role of information in the internal market*. De conferentie heeft geresulteerd in een bundel, welke een elftal opstellen bevat.¹⁴¹ Ik vermeld voorts een Duitse¹⁴² en een Zwitserse¹⁴³ dissertatie over dit onderwerp.

(d) Colportage

Bij twee uitspraken van 25 oktober 2005 heeft het Europees Gerechtshof bepaald dat de colportagerichtlijn van 1985 de consument geen recht op ongedaanmaking geeft als het gaat om de aankoop van onroerend goed, zelfs niet als deze geschiedt in het kader van een beleggingsproject.¹⁴⁴ Deze zaak verschilt dus van de Heiningers-zaak.

Anders dan de Europese rechter gaat de Nederlandse rechter ruimhartig met de Colportagewetgeving om. Niet alleen consumenten, ook kleine - in de zin van een kleine omzet of een klein personeelsbestand - ondernemers zijn er wel eens de dupe van: colportage wordt misschien niet meer bedreven met stofzuigers en een voet tussen de deur, maar wel met advertenties in niet of nauwelijks bestaande media en een glatte peptalk. De Colportagewet is op acties richting kleine ondernemers niet van toepassing, althans dat placht men tot dusver aan te nemen. De sectie kanton denkt daar - gelukkig - anders over.¹⁴⁵

(e) Bedenkingen tegen een uniforme bedenktijd

We kennen tegenwoordig allerhande bedenktijden in onze wet. De Vereniging voor burgerlijk recht heeft er enige jaren geleden aan de hand van preadviezen van Hijma en Valk over gedebat-

¹⁴⁰ J.J.C. Kabel, *Rechter en publikesopvattingen: feit, fictie of ervaring?/Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie*, inaugurele rede Amsterdam, Amsterdam: IVIR 2005, 31 p.

¹⁴¹ Geraint Howells, André Janssen, Reiner Schulze (red.), *Information rights and obligations/A challenge for party autonomy and transactional fairness*, Aldershot: Ashgate 2005, 231 p.

¹⁴² Christian Vogel, *Vom Anlegerschutz zum Verbraucherschutz/Informationspflichten im europäischen Kapitalmarkt, Anlegerschutz und Verbraucherschutz*, Baden-Baden: Nomos 2005, 293 p.

¹⁴³ Sandra Vigneron-Maggio-Aprile, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, diss. Genève 2004, Genève: Schulthess 2006, 531 p.

¹⁴⁴ HvJ EG 25 oktober 2005 inzake Schulte/Badenia, C-350/03, en Crailsheimer/Volksbank, C-229/04, waarover Norbert Reich en Ursula Rörig, *Verbraucher & Recht* 2005, p. 452.

¹⁴⁵ Ktr. Rotterdam 11 januari 2006, *LJN* AU9755.

teerd. Is het niet beter om tot één wettelijke regeling te komen? Lichtend voorbeeld voor ons land is Duitsland, waar sinds enige jaren één wettelijke regeling voor de bedenktijd - of afkoelingsperiode - bestaat. Binnenkort lijken ook de *Principles of European Contract Law* zo'n uniforme regeling te gaan inhouden.¹⁴⁶ Maar we valt ook het nodige op aan te merken, zoals blijkt uit de Zwitserse dissertatie van Neumann, die ook het Franse recht in zijn beschouwingen betreft. Neumann meent dat de Duitse uniforme regeling voor zo onderscheiden bedenktijden 'einen falschen Eindruck' wekt.¹⁴⁷ Hij heeft het in het algemeen niet zo op deze figuur begrepen: bezint eer ge begint, is veeleer zijn credo. Maar als er dan een afkoelingsperiode is, dan dient deze zoals in het Franse recht gepaard te gaan van een informatieplicht. Ook Anne Thole kan zich in haar dissertatie over de bedenktijd niet in de Duitse regeling vinden. Zij acht § 355 lid 1 in strijd met de Europese richtlijnen.¹⁴⁸ In GPR beveelt Hartmut Wicke aan om de bedenktijd achteraf te vervangen door een bedenktijd vóór de totstandkoming van de overeenkomst, alsmede om de verplichting tot informatieverstrekking te schrappen voor zover de tot stand te brengen overeenkomst notarieel wordt verleden.¹⁴⁹ Ten slotte vermeld ik op dit gebied de nog niet gepubliceerde Leuvense dissertatie van Evelyne Terryn.¹⁵⁰

(f) Discriminatie in Finse kapsalons: vrouwen betalen meer

Een van de handelspraktijken die in Noord-Europa momenteel de aandacht vragen, is de behandeling van vrouwen door kappers. Bij de Finse consumentombudsman komen veel klachten binnen van vrouwen die voor een knipbeurt meer moeten betalen dan mannen. De Consumentenombudsman heeft samen met de Ombudsman gelijke behandeling een missive doen uitgaan waarin staat dat de prijzen van het kappersbedrijf uitsluitend op de bestede tijd, niet op het geslacht van de gekapte mogen berusten.¹⁵¹

8. Consumers on line.com

De digitale consument kreeg de afgelopen twee jaar (a) in eigen land veel aandacht, waarbij (b) erotische websites en (c) spam bijzondere themata. Voorts is er aandacht voor (d) Europees en (e) Amerikaans perspectief en straks in nr. 10 onder (b) voor internationaal e-privatrecht.

De digitale consument kreeg de afgelopen twee jaar veel aandacht: (a) in eigen land en vanuit (b) Europees en (c) Amerikaans perspectief. (d) Erotische websites en (e) spam waren twee thema's, evenals het in nr. 10 hieronder te bespreken internationaal e-privatrecht.

¹⁴⁶ Christina Ramberg, Electronic commerce in the context of the European contract law project, *ERA-Forum* Special issue 2006, p. 48-66.

¹⁴⁷ Nils Neumann, *Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss/Verbraucherschutz durch Widerrufsrechte und verwandte Instrumente im deutschen und im französischen Recht*, diss. Lausanne 2004, Tübingen: Mohr 2005, p. 441.

¹⁴⁸ Anne Thole, *Das europäische verbraucherschützende Widerrufsrecht in § 355, 357 BGB/Hintergrund, Rechtswirkungen und Rechtsnatur in vergleichender Betrachtung des französischen und österreichischen Rechts*, Baden-Baden: Nomos 2004, 180 p.

¹⁴⁹ Hartmut Wicke, Anmerkungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen Verbraucher-vertragsrechts, *Zeitschrift für Gemeineuropäisches Privatrecht* 2005, p. 106, 108.

¹⁵⁰ Evelyne Terryn, *Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, diss. Leuven 2005, 550 p.

¹⁵¹ *Current issues on Consumer Law*, The Finnish Consumer Ombudsman's Newsletter 2/2006.

(a) De digitale consument

Vier jaar geleden vond te Leiden in het kader van een uitwisseling met Oxford een conferentie over elektronische handel plaats. De opstellen voor de conferentie verschenen in 2003 in druk¹⁵², maar kwamen eerst onlangs in mijn bezit. Henk Sniijders en Stephen Weatherill geven een algemene inleiding op het thema. Stephen Weatherill gaat vervolgens in op het land van oorsprong-beginsel. Rob van Esch schrijft over de elektronische handtekening, Cyril van der Net over de aansprakelijkheid van internet providers, Roderick Bagshaw over 'on-line torts', in het bijzonder over vier situaties: de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die digitaal zijn diensten aanbiedt, gebrekkige elektronische producten, aansprakelijkheid voor het onzorgvuldig uitlokken van onrechtmatigheid en schade aan *e-business*. Henk Sniijders stelt dat de ontvangsttheorie - in de vorm van de mailbox-theorie - en de vernemingstheorie tot dezelfde uitkomsten kunnen leiden, Hans Nieuwenhuis schrijft over '*caveat emptor* in digital times', Josh Holmes & Bronwen Morgan over de rol van de overheid, Dirk Visser over de richtlijnen inzake databescherming, Robert Stevens over internationaal privaatrecht en Hans Franken & Aernout Schmidt over Kazaa.

Ook Leidse studenten hielden zich met e-commerce bezig. Al vele jaren terug, lang voordat dit elders in de mode kwam, begon de Leidse faculteit - of liever haar hoogleraar Schermers - met extra onderwijs voor studenten met een gemiddelde van 'more than eight'. Dit *Mordenate College* organiseert eens in de drie jaar een congres, waarvan het laatste aan e-commerce was gewijd. De negen congresbijdragen zijn tot eind 2004 bijgewerkt en vervolgens gepubliceerd.¹⁵³ Het is alleen spijtig dat Jeroen van der Lee en Gerrit-Jan Zwenne in hun bijdrage over 'De internet-marktplaats' het boek van Christina Ramberg over dit onderwerp niet vermelden.¹⁵⁴

(b) Erotische websites leiden tot betaalde relatie

Er is weer een nieuwe loot aan de stam van inventief ondernemerschap. Deze bestaat in het aanbieden van een proefabonnement op een website, dat vervolgens automatisch - door niet te reageren (*negative option*) - wordt omgezet in een betaald abonnement. Kan dat zomaar? Nee dus. Zo bepaalde de kantonrechter te Utrecht onlangs dat een clause in de algemene voorwaarden voor een erotische website die hiertoe leidt onredelijk bezwarend is.¹⁵⁵ In gelijke zin, zij het voor een andere dienst, oordeelde het Kantongerecht Rotterdam.¹⁵⁶

(c) Spam

De Europese privacy-richtlijn van 31 juli 2002¹⁵⁷ heeft geleid tot wijziging van de Telecommunicatiewet. De OPTA ziet er thans op toe te zien dat het spammen - mailen van ongevraagde berichten - wordt ingeperkt. Zelf heb ik daar nog niet veel van gemerkt en ook de

¹⁵² H. Sniijders, S. Weatherill (red.), *E-commerce Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2003

¹⁵³ A. van Staden ten Brink, M. Goudkade, T. Elseman (red.), *E-commerce: juridische knelpunten praktisch belicht/Bundel naar aanleiding van het gelijknamig Mordenate congres*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, 150 p.

¹⁵⁴ Christina Ramberg, *Internet marketplaces/The law of auctions and exchanges online*, Oxford: University Press 2002, 206 p.

¹⁵⁵ Ktr. Utrecht 20 november 2005, *LJN* AU7198.

¹⁵⁶ Ktr. Rotterdam 17 november 2005, *LJN* AU6560.

¹⁵⁷ *Pb. E.G.L.* 201.

juridische literatuur is kritisch over de effectiviteit van de nieuwe regeling.¹⁵⁸

(d) Europees e-commercerecht: slecht voor de consument

Elektronische handel is een gebied *par excellence* waar consument en ondernemer goed gezamenlijk kunnen optreden. De consument is er bij gebaat dat zijn betaling via het internet niet in de handen van fraudeurs valt. De ondernemer heeft er voordeel bij als de vrees - bij 90% (zie p. 11) - van de consumenten voor fraude wordt weggenomen, zodat er meer van deze methode van afzet gebruik wordt gemaakt. In Nederland hebben consument en ondernemer elkaar gevonden in ECN.nl; in het buitenland zijn soortgelijke ontwikkelingen van zelfregulering te signaleren. Daarnaast is regelgeving gewenst en zoals op het terrein van het consumentenrecht gebruikelijk is het de EU die zich hier in eerste instantie mee bezighoudt. Is de huidige EU-regelgeving voldoende op de belangen van de consument toegesneden? Dickie meent in zijn Warwickse dissertatie dat dit niet het geval is.¹⁵⁹ Ook Cristina Coteanu komt in haar Leidse proefschrift tot de conclusie dat alleen een internationaal verdrag een afdoende oplossing biedt.¹⁶⁰ In zijn Münchener dissertatie onderzoekt Lutz Aye de Europese richtlijnen op het gebied van de bescherming van de consument tegen digitale ongerechtigheden en hun uitwerking in Duitsland en Frankrijk.¹⁶¹ De auteur ziet als belangrijkste kwestie niet zozeer juridische problemen alswel het ontbreken van vertrouwen in het betalingscircuit bij de consument. Het invoeren van certificering is in zijn ogen de beste oplossing.

Ten slotte wijs ik op 'The new legal framework for e-commerce in Europe', geredigeerd door Lilian Edwards.¹⁶² Een service-provider is niet aansprakelijk voor het beschikbaar houden van bestanden die een onrechtmatige mededeling behelzen en behoeft ook niet actief aan monitoring te doen om eventuele onrechtmatigheden op te sporen. Maar wat indien iemand wiens naam door het slijk wordt gehaald de provider vraagt dit bericht van het web te halen? In de Britse zaak *Godfrey v Demon Internet* werd een daartoe strekkende vordering toegewezen. Nog verder gaat een uitspraak van de Franse rechter, die de Amerikaanswe provider Yahoo! verbood om op het internet nazi-reliken aan te bieden. De Amerikaanse rechter weigerde op zijn beurt het Franse verbod te honoreren. In de Verenigde Staten valt de afweging tussen vrijheid van informatie en andere wetgeving vaker dan in Frankrijk ten gunste van de eerste uit. Edwards bespreekt de internationaal privaatrechtelijke problemen die deze uiteenlopende benaderingen opleveren. Voorts is er een interessante beschouwing van Sloan over discriminatie bij toegang tot het internet. Deze laatste bijdrage betreft de problemen die gehandicapte personen kunnen hebben bij de toegang tot en het hanteren van het web. In 2002 wees een rechter in Florida in de zaak *Access Now Inc and Robert Gumson v Southwest Airlines Co* de vordering af van een blinde

¹⁵⁸ Francis De Clippele, *Ongewenste reclame per elektronische post, blijf van mijn schijf*, *Rechtskundig Weekblad* 2003-2004, p. 1705-1718; M.Y. Schaub, *Spam en de wetgever*, *TvC* 2004, p. 12-18; E. Thole, *E-privacyrichtlijn maakt geen einde aan spam*, *NJB* 2004, p. 168-173; <www.spamklacht.nl>.

¹⁵⁹ John Dickie, *Producers and consumers in EU e-commerce law*, diss. Warwick, Oxford: Hart 2005, 152 p.

¹⁶⁰ Cristina Coteanu, *Cyber consumer law/State of the art and perspectives*, diss. Leiden, Boekarest: Humanitas, 2005, 318 p. (eerder in onrijpe versie gepubliceerd als *Cyber consumer law and unfair trading practices*, Dashwood: Ashgate 2005).

¹⁶¹ Lutz Aye, *Verbraucherschutz im Internet nach französischem und deutschem Recht*, diss. München, 2004, Frankfurt: Lang 2005, 520 p.

¹⁶² Lilian Edwards (red.), *The new legal framework for e-commerce in Europe*, Oxford: Hart, 2005, 521 p.

passagier die geen gebruik kon maken van de elektronische verkoop van vliegtickets. Hiertegenover staat een uitspraak van de Australische *Human Rights and Equal Opportunities Commission*, die de klacht van een blinde tegen de website van het Australisch Olympisch Comité toeweest.

(e) Electronisch contracteren op z'n Amerikaans

In Europa en Amerika is gebleken dat er behoefte bestaat aan regels inzake elektronisch contracteren. In Europa heeft dit tot ingrijpen van de communautaire wetgever geleid; in Amerika is een werkgroep van de *American Bar Association* aan de slag gegaan. De werkgroep heeft in twee tranches verslag over 'click-through' en 'browse-wrap agreements' uitgebracht¹⁶³ uitgebracht.¹⁶⁴

Interessant is de dissertatie van Markus Zehentner over Amerikaans en Europees (naast EU-vooral Duits en Oostenrijks) e-commerce recht.¹⁶⁵ Het Amerikaanse recht gaat veel meer dan het Europese van de zelfontplooiing van de consument uit. Het heeft een heilig vertrouwen in de marktwerking. Het is echter niet geheel juist om van 'het' Amerikaanse recht te spreken, want op het punt van de consumentenbescherming heeft iedere staat zijn eigen recht en zijn de modelwetten door lang niet alle staten in hun wetgeving opgenomen. Dat is wel het geval met de *Uniform Electronic Transaction Act* (UETA), welke door 43 staten is aangenomen, maar niet met de *Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA), welke pas in twee staten is aangenomen. Dat de acceptatiegraad zo verschilt, is wel te begrijpen, want de twee modelwetten hanteren een verschillende ontvangst-theorie. Krachtens de UETA geldt de traditionele *mailbox*-theorie: met de verzending van de verklaring van aanvaarding komt de overeenkomst tot stand. Daarentegen geldt bij de UCITA een gemodificeerde *mailbox*-leer: de overeenkomst komt pas bij ontvangst van de acceptatie tot stand.

In haar Münchener proefschrift over Pools internetrecht gaat Katarzyna Lasota achtereenvolgens in op de reclame, totstandkoming, nakoming, betaling, privacybescherming, handhaving en het internationaal privaatrecht.¹⁶⁶

9. Geschillen

¹⁶³ Waarin bestaat het verschil in tussen een 'click-through agreement' en een 'browse-wrap agreement'? Bij het eerste moet men denken aan een *button* met de tekst 'I agree' die moet worden ingetoetst om algemene voorwaarden van toepassing te doen zijn. Bij het tweede gaat het om voorwaarden waar de wederpartij stilzwijgend aan geacht wordt gebonden te zijn.

¹⁶⁴ Christina L. Kunz en anderen, Click-through agreements: strategies for avoiding disputes on validity of assent, 57 *Business lawyer* 401-429 (2001); Christina L. Kunz en (enige andere) anderen, Browse-wrap agreements: validity of implied assent in electronic form agreements, 59 *Business lawyer* 279-312 (2003).

¹⁶⁵ Markus Zehentner, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce/Ein Vergleich des US-amerikanischen und Europäischen Verbraucherschutzrechts*, Baden-Baden: Nomos 2004, 304 p.

¹⁶⁶ Katarzyna Lasota, *Verbraucherschutz im Internet nach polnischen Recht unter Berücksichtigung der europäischen Rechtsangleichung*, diss. München 2003, München 2004, 287 p.

Hoe vaak komen consumentengeschillen voor? (a) Het WODC verzamelde er gegevens over. (b) Op Europees niveau wordt gewerkt aan *small claims* procedure, terwijl op nationaal vlak (c) de Geschillencommissies zich nog steeds uitbreiden. Voorts is er aandacht voor (d) de rijdende rechter, (e) consumentenarbitrage elders en (f) de *class action*.

(a) Consumentengeschillen: enige getallen

Hoe vaak is de Nederlandse burger betrokken bij geschillen en hoeveel daarvan betreffen consumentenzaken? Daarover handelt een studie van het WODC. Opvallend is dat Nederlanders blijkens het onderzoek vaker klagen dan inwoners van het Verenigd Koninkrijk.¹⁶⁷ Tevens blijkt dat problemen over gebrekkige goederen en diensten in beide landen vaak door burgers zelf worden opgelost.

(b) Europese small claims procedure

Recht hebben is nog geen recht krijgen, zo luidt een van de adagia van het consumentenrecht. Een gerechtelijke procedure is gewoonlijk te duur en risicovol om van een doorsnee consumentenklacht werk te maken. In ons land bieden - buitengerechtelijke - geschillencommissies voor sommige van deze klachten een oplossing. Elders, vooral in *common law* landen, kent men de *small claims procedure* die zich binnen het gerechtelijk apparaat afspeelt. De Europese Commissie komt nu met een voorstel voor een verordening inzake een Europese *small claims procedure*, welke naast de nationale procedure een plaats zou moeten krijgen.¹⁶⁸ De procedure geldt alleen voor klachten beneden de € 2000 en heeft voor de consument het voordeel dat hij bij verlies van de procedure niet in de kosten van de wederpartij wordt veroordeeld.¹⁶⁹

(c) Geschillencommissies breiden uit

Eind 2005 waren 32 geschillencommissies aangesloten bij de Stichting geschillencommissies voor consumentenzaken (SGC). Als het aan de SGC ligt, zijn dat er eind dit jaar 42. Momenteel wordt in het kader van de SER onderhandeld over de betrokken algemene voorwaarden, een voorwaarde van consumentenzijde wil men met de betrokken brancheorganisatie in zee gaan. Dat is niet het enige lezenswaardige feit dat we in het Jaarverslag 2005 van de SGC aantreffen. Zo blijkt de behandelingsduur drastisch te zijn bekort.¹⁷⁰

(d) Rijdende rechter

Een vrouw met epilepsie schrijft zich in voor een danscursus, maar moet na enkele lessen afhaken omdat ze er draaierig en duizelig van wordt. Moet zij toch het hele cursusgeld ad € 200 betalen? Ja, oordeelt de Rijdende rechter: het niet inwinnen van medisch advies behoort tot de risicosfeer van de vrouw; redelijkheid en billijkheid eisen in de regel trouw aan het gegeven woord; de dansschool kon de nadelige gevolgen niet beperken door het opvullen van de

¹⁶⁷ B.C.J. van Velthoven, M.J. ter Voert, M. van Gammeren-Zoetewij, *Geschilbeslechtingsdelta 2003/Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom/WODC, 2004 (<www.wodc.nl>), p. 135.

¹⁶⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a European Small Claims Procedure, SEC(2005) 351/352.

¹⁶⁹ Zie mijn bijdrage 'Naar een Nederlandse small claims procedure?', *NJB* 2006, p. 197-202, met verdere verwijzingen.

¹⁷⁰ Stichting geschillencommissies voor consumentenzaken, *Jaarverslag 2005*, Den Haag: SGC, Bordewijklaan 46, 2591 XR, 2006, 136 p.

vrijgekomen plaats; ten slotte geraakt de consument door weigering van de lesgeldrestitutie niet in een noodsituatie.¹⁷¹ In zijn noot wijst Th.J.M. van Mierlo op een gelijksoortige, eerdere uitspraak van de Vliegende rechter over een vanwege psychische instabiliteit afgebroken vliegcurcus, waar de restitutie van lesgeld eveneens werd afgewezen. In die casus was daar te meer aanleiding toe, omdat de vlieschool had geadviseerd een vlieg-medische keuring te ondergaan, hetgeen de consument had nagelaten.

(e) Consumentenarbitrage elders

Ooit was geschillenbeslechting buiten rechte in consumentenzaken iets wat men alleen in Noord-West Europa aantrof. Thans lijken wij te worden ingehaald door het zuiden. In Italië, Portugal en Spanje zijn interessante vormen van consumentenarbitrage tot stand gekomen. In *TvC* brengt Mölenberg verslag uit van de Spaanse variant.¹⁷² In Duitsland moest men tot voor kort weinig hebben van buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Daar komt nu verandering in. In zijn Konstanzer dissertatie geeft Lars Weihe zich gewonnen: geschillenbeslechting door arbitrage (bindend advies kent men elders niet) heeft ook voordelen.¹⁷³ Zeker als de wetgever partijen verbiedt deze nog voor het ontstaan van een geschil af te spreken. Dan blijven we nog wel zitten met het probleem van de grensoverschrijdende transacties, aldus de auteur. In 2003 werd in Denemarken een nieuwe wet op de consumentenklachten van kracht. In 2004 verscheen een Engelse vertaling van deze wet.¹⁷⁴ De procedure lijkt qua samenstelling (par. 12/13) sprekend op onze - niet in de wet geregelde - geschillencommissies van de Stichting consumentengeschillen. Een sterk punt van de Deense wet is dat de verhouding tussen geschillencommissie en gewone rechter uitdrukkelijk is geregeld (in par. 3). Een zwak punt is het ontbreken van onze nakomingsgarantie afgegeven door de betrokken brancheorganisatie: in Denemarken bepaalt par. 4 lid 2 in zo'n geval: 'In the event of failure to comply with decisions or compromises reached in conjunction with processing a complaint, the Danish Consumer Agency may, at the request of the consumer, bring the case before the courts on behalf of the consumer'. Dat is alles; geen nakomingsgarantie dus.

(f) Class actions

Met onze wettelijke regeling van de massaschade komen wij in de buurt van de *class action*. Dat is een verschijnsel dat niet alleen in de Verenigde Staten kan worden aangetroffen, maar ook in andere *common law* landen. Een voortreffelijke studie van de regeling hiervan in een drietal jurisdicties, is die van Rachael Mulheron.¹⁷⁵ Besproken worden de federale *class actions* in Australië en de Verenigde Staten en de provinciale actie in Ontario (en in mindere mate die van British Columbia). Wat opvalt bij lezing van dit boek is hoe vaak een *class action* kan mislopen, bijvoorbeeld omdat het aantal *class* leden te klein is, degeen die zich opwerpt als vertegenwoordiger van de *class* niet in aanmerking komt of de vordering reeds is verjaard. In de Verenigde Staten mag de *class action* zich, net als de gewone schadeactie, nog altijd in een grote populariteit verheugen. Ooit gehoord van Madison County, Illinois? Nee, het is niet de titel

¹⁷¹ Rijdende rechter 21 mei 2003, uitzending 21 september 2003, *TvC* 2005, p. 4.

¹⁷² L.J.H. Mölenberg, *El sistema arbitral de consumo*, *TvC* 2004, p. 84-99.

¹⁷³ Lars Weihe, *Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, diss. Konstanz 2004, Frankfurt: Lang 2005, 352 p.

¹⁷⁴ Consumer complaints act 2003 (Denmark), [2004] *Commercial Laws of Europe* 1-8).

¹⁷⁵ Rachel Mulheron, *The class action in common law legal systems/A comparative perspective*, Oxford: Hart 2005, 535 p.

van een - overgewaardeerde - film, maar het moet een paradijs voor consumentenactivisten zijn, te oordelen naar de claims die er worden toegewezen. Een gepensioneerde metaalarbeider kreeg van een jury in deze voorstad van St. Louis US dollar 250 miljoen (€ 195 miljoen) toegewezen vanwege gedurende zijn dienstbetrekking opgelopen mesothelioom. De sigarettenfabrikant Philip Morris werd veroordeeld tot US dollar 10,1 miljard (€ 790 miljoen) omdat hij de 'Light' sigaretten als minder schadelijk voor de gezondheid aanpreeft. Jefferson County, Missouri is ook zo'n arrondissement. Toen de tv-zender CBS dit gebied vanwege de consumentvriendelijkheid (om het mild uit te drukken) als 'Jackpot Justice' aanduidde, werd hij prompt door negen veront-ruste burgers bestookt met een vordering tot schadevergoeding wegens laster ad US dollar 6,4 miljard (€ 5 miljard).¹⁷⁶

10. Internationaal privaatrecht

Het internationaal privaatrecht is voorwerp van een afzonderlijke Kroniek. Daarom hier geen aandacht voor 'Rome II'¹⁷⁷, maar slechts voor een tweetal typische consumentenzaken: (a) forumshopping en (b) het land van oorsprongbeginsel bij elektronische handel.

(a) Forumshopping

Op 11 november 2000 vond in een tunnel van de gletsjerbaan van Kaprun in de Oostenrijkse Alpen een treinongeval plaats, waarbij 155 doden te betreuren waren. Enige tijd nadien ontvingen de slachtoffers en hun nabestaanden een uitnodiging van een Amerikaanse advocaat om zich aan te sluiten bij een collectieve schadeactie voor een nader te bepalen Amerikaanse rechter. Daar hebben 50 Oostenrijkse, 20 Duitse en 10 Japanse (nabestaanden van) slachtoffers inmiddels (nu nog) dankbaar gebruik van gemaakt. Een rechter in de staat New York heeft zich bereid verklaard de vordering te ontvangen. Niet die tegen de Oostenrijkse Gletscherbahn AG; het feit dat deze een website heeft die ook in New York te lezen is, achtte de rechter ontoereikend. Wel is de rechter bereid om een schadeactie tegen producent Siemens te ontvangen, nu deze in New York reclameactiviteiten ontplooit. Een tegenvaller voor de Amerikaanse advocaat Ed Fagan¹⁷⁸ is dat de rechter Oostenrijks recht wil toepassen - niets geen eigen recht eerst¹⁷⁹ - en dat maakt, zo blijkt uit een analyse van Margareth Prisching, nogal wat uit. Zij wijst daartoe op de *punitive damages*, de *contingency fee* en andere bekende leerstukken

¹⁷⁶ Thomas Mahlich, in: Dieter C. Umbach, Daniel Dettling (red.), *Vom individuellen zum kollektiven Verbraucherschutz*, Frankfurt: Lang 2005, 135 p. 17-21.

¹⁷⁷ Groenboek over de conversie van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht toepasselijk op verbintenissen uit overeenkomst van 14 januari 2003, COM (2002) 654 final.

¹⁷⁸ Deze heeft nog meer *class actions* in voorbereiding. Na de slachtoffers van de *holocaust* - voor wie hij een miljarden-schikking met Zwitserse banken wist te bewerkstelligen (*New York Times* 8 september 2000) - heeft hij het thans gemunt op de bedrijven van de apartheid (en volgens sommigen op de slachtoffers daarvan). In Zuid-Afrika is hij op zoek naar mensen die zich willen aansluiten bij een vordering tegen het huidige regime (als rechtsopvolger van de Verwoerds en de Botha's) en in New York heeft hij blijkens een bericht in de *New Law Journal* van 2 april 2004 een vordering van \$ 1 miljard ingesteld tegen Lloyds te Londen en twee Amerikaanse verzekeraars van schepen waarmee ooit meer dan tien miljoen slaven van Afrika naar Amerika werden vervoerd (de rechter te Chicago heeft een soortgelijke vordering in januari jl. afgewezen).

¹⁷⁹ Vergelijk *NTBR* 2005, p. 31.

van Amerikaans recht.¹⁸⁰

(b) *Elektronische handel en land van oorsprong*

In 2004 werd in Den Haag een conferentie gehouden over de internationaalprivaatrechtelijke aspecten van elektronische handel. Naar aanleiding hiervan verscheen een bundel, waarin achtereenvolgens aandacht wordt besteed aan de precontractuele fase, de totstandkoming, de uitvoering en de postcontractuele fase van elektronische overeenkomsten.¹⁸¹

In zijn te Kiel verdedigde dissertatie onderzoekt Ganssaue welke rechter bevoegd is en welk recht toepasselijk wanneer een ondernemer en een consument via het internet een overeenkomst hebben gesloten.¹⁸² Hij doet dit naar Duits - en dus noodzakelijkerwijs ook Europees - en Amerikaans recht. Van de Verenigde Staten valt op het punt van het internationaal privaatrecht volgens Ganssaue niet veel te leren, of het moest zijn dat het ook met minder toe kan. Thünken komt in zijn Keulse dissertatie tot de conclusie dat het beginsel van het land van herkomst inmiddels een vaste plaats in het internationaal privaatrecht heeft verworven.¹⁸³ Hij verwerpt de gedachte dat er al zoiets als een *cyberlaw*, een *lex mercatoria* voor het internet, geheel onafhankelijk van nationale rechtsbronnen, zou bestaan.

Ook Borges komt in zijn Keulse *Habilitationsschrift* tot de conclusie dat het land van oorsprongbeginsel althans in het *Binnenkollisionsrecht* een 'kollisionsrechtlicher Grundsatz' is.¹⁸⁴ In het *Außenkollisionsrecht* is er een omgekeerde tendens om het Europese recht zodra er een band met Europa is 'durchzusetzen'.¹⁸⁵ Ook Schmidhuber komt in zijn Heidelberger dissertatie tot de conclusie dat het internet geen 'rechtsfreier Raum' is.¹⁸⁶ De beste regelgeving komt zijns inziens tot stand in een wisselwerking tussen overheid en particuliere regelgever. Andrea Schefold werpt in haar Heidelberger dissertatie de vraag op naar welk recht de Duitse adverteerder op het Internet zijn reclame-uitingen dient te richten.¹⁸⁷ Zij bepleit hiervoor het 'Marktort-beginsel' en verwerpt het land van herkomst-beginsel, omdat dan onderscheid dient te worden gemaakt tussen offline en online reclame. Cordelia Faulenbach gaat na welke betekenis het land van oorsprongbeginsel heeft in het Europese mededingingsrecht.¹⁸⁸ Graf-Peter Calliess

¹⁸⁰ Margareth Prisching, *Strategien amerikanischer Anwälte bei Katastrophenfällen mit internationalem Bezug - Versuche einer Schadenersatzmaximierung am Beispiel Kaprun*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 2004, p. 43-55.

¹⁸¹ Andrea Schulz (red.), *Legal aspects of an e-commerce transaction/International conference in The Hague 26 and 27 October 2004*, München: Sellier 2006, 361 p.

¹⁸² Niklas Ganssaue, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet: eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, diss. Kiel 2003, Tübingen: Mohr 2004, 316 p.

¹⁸³ Alexander Thünken, *Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip*, diss. Köln 2003, Frankfurt: Lang 2003, p. 299.

¹⁸⁴ Georg Borges, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr/Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht*, Habilitationsschrift Köln 2002, München: Beck 2003, p. 911.

¹⁸⁵ Borges 2003, p. 920.

¹⁸⁶ Martin Schmidhuber, *Verhaltenskodizes im nationalen und grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr/Zur Frage der Integration der Selbstregulierung durch Private in die Staatliche Rechtsordnung*, diss. Heidelberg 2004, Frankfurt: Lang 2004, 351 p.

¹⁸⁷ Andrea Verena Schefold, *Werbung im Internet und das deutsche Internationale Privatrecht*, diss. Heidelberg 2002, Frankfurt: Lang 2004, 249 p.

¹⁸⁸ Cordelia Faulenbach, *Der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt im europäischen*

tenslotte houdt het in zijn Frankfurter *Habilitationsschrift* op *rough consensus* en *running code* om het vertrouwen in elektronische transacties te waarborgen.¹⁸⁹

Wettbewerbsrecht: die Herkunftslandanknüpfung der E-Commerce-Richtlinie unter den Einfluss der Grundfreiheiten, diss. Trier 2003/2004, Frankfurt: Lang 2004, 293 p.

¹⁸⁹ Graf-Peter Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge/Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Habilitationsschrift Frankfurt 2005, Tübingen: Mohr 2006, 525 p.