

CONSUMENTENRECHT

AAK20178265

Ewoud Hondius

1 Weatherill over Europees contractenrecht

We beginnen ditmaal met een reeks nieuwe boeken over Europees consumenten- en contractenrecht, altijd nuttig om inspiratie voor een scriptie of werkstuk uit op te doen. Een meer uitvoerige aankondiging is te vinden in de kroniek Algemeen van het februarinummer van *NTBR*. Een van de meest vooraanstaande auteurs over Europees recht is Stephen Weatherill. Als zo'n auteur zich toelegt op het contractenrecht, ontstaat iets moois. Te meer nu Weatherill een vlotte pen heeft en gemakkelijk is te volgen. Hij begint zijn nieuwe boek over Europees contractenrecht met een overzicht: 'The landscape of contract law in the EU'. Dan volgen hoofdstukken over autonomie, de EU als bron van wetgeving, een analyse van het *acquis*, 'improving the regulatory environment', minimum- en maximumharmonisatie en een afweging van de kritiek. In hoofdstuk 4, getiteld 'Themes and principles in the EU's contract law *acquis*', komen achtereenvolgens aan de orde consument & totstandkoming, consument & handhaving, 'regulatory contract law', passagiers, energie, handelsrecht, aanbesteding, medezeggenschap en een conclusie. Alle paragrafen zijn opgezet volgens hetzelfde stramien: 1 Bevoegdheid, 2 Inhoud, 3 Hof van Justitie en 4 *Themes, principles and policy*. Uit zijn analyse van Europese richtlijnen concludeert Weatherill, dat 'the pursuit of "coherence" cannot be compressed into an apolitical and blandly technical packaging'. (Stephen Weatherill, *Contract law of the internal market*, Cambridge: Intersentia 2016, 273 p.)

2 Oral history en de consument

Weatherill was nog bij een tweede publicatie betrokken, ditmaal – samen met Dorota Leczykiewicz – als redacteur. Het boek telt een negentiental opstellen. In een openingshoofdstuk werken de redacteurs het thema uit en geven zij een overzicht van de inhoud van de bundel. Dan volgen hoofdstukken van Hans Micklitz over constitutionele

aspecten, Albertina Albors-Llorens en Alison Jones over mededingingsrecht, Angus Johnston over dienstverlening, Norbert Reich over de zwakke consument, Iain Ramsay over de drie paradigma's van het consumentencrediet die door de economische crisis van 2008 verloren gingen ('that people made rational decisions when given sufficient information, that markets are self-correcting and that ... if you oversee distribution channels – the right products get to the right people'), Christian Twigg-Flesner over het begrip 'confident consumer' (dat zijns inziens 'overemphasises the role of detailed legal rules in boosting consumer confidence'), Stefan Grundmann over 'targeted consumer protection' (waarin hij tot tegengestelde conclusies komt aan die van Howells *infra*: hij acht de informatieverplichtingen *wel* een geschikt middel, hetgeen ook geldt voor de gemiddelde consument), Christopher Hodges over 'the consumer as regulator' (waarmee hij bedoelt dat de ADR-richtlijn als 'game changer' kan fungeren bij de overgang naar een stelsel waarbij gegevens over consumentengedrag worden gegeneerd), Dorota Leczykiewicz over 'systemic blindness of EU law to considerations of distributive justice', Lucinda Miller over ethische consumptie – biologisch, niet-gemodificeerd, *fair trade*, *low carbon footprint*, dolfinvriendelijk, energie-arm – en de binnenmarkt, Hugh Collins over conformiteit, netwerken en nogmaals de ethische consument, Gareth Davies over 'the consumer, the citizen, and the human being', Graeme Dinwoodie en Dev Gangjee over merkenrecht, Vanessa Mak over Europees privaatrecht, Sybe de Vries over de consument in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (waarin hij verdergaande bescherming van de niet-rationele consument bepleit), Geraint Howells over 'Europe's lack of vision' (met kritiek op de overmaat aan informatieverplichtingen, de onrealistische omschrijving van de gemiddelde consument en de maximumharmonisatie) en Sidney Freedman over 'A history of consumer policy in the EU'.

Die laatste bijdrage verdient aandacht als voorbeeld van 'oral history'. Freedman was in de vorige eeuw betrokken bij het opstarten van het Europese consumentenbeleid in Brussel. Veel van wat hij te melden heeft, is minder bekend. Bijvoorbeeld dat consumentenzaken – als politiek volstrekt onbelangrijk – gewoonlijk werden toevertrouwd aan een Eurocommissaris uit een kleine lidstaat zoals Griekenland of Ierland. En dat de ambtelijke dienst zo onderbemenst was dat het dossier over productenaansprakelijkheid moest worden toevertrouwd aan een belendend directoraat-generaal, dat van interne markt (Hans Taschner). (Dorota Leczykiewicz, Stephen Weatherill (red.), *The images of the consumer in EU law. Legislation, free movement and competition law*, Oxford: Hart Publishing 2016, 470 p.)

3 Rise and fall of the Common European Sales Law as seen by Hugh Beale

Een tweede publicatie over Europees contracten- en consumentenrecht wordt ons geboden door meergenoemde Twigg-Flesner en zijn team (onder wie zes Nederlandse

auteurs). Vooral het verhaal van Beale verdient de aandacht. Beale heeft als participierend observator deel uitgemaakt van veel van de commissies en werkgroepen die zich met het voorstel voor een Common European Sales Law (CESL) hebben beziggehouden. Zijn schets van opkomst en verval van CESL kan worden gezien als functioneel equivalent van een memorie van toelichting (die nooit is gepubliceerd). Deel I van het boek telt acht hoofdstukken. Adam Cygan zet de constitutionele bezwaren tegen harmonisatie van consumenten- en contractenrecht uiteen. Guido Comparato, Hans Micklitz en Yane Svetiev analyseren 'The regulatory character of European private law', Fryderyk Zoll de implementatie van richtlijnen in nationaal recht, Michele Graziadei de Europese identiteit door consumenten- en contractenrecht en Olha Cherednychenko de impact van fundamentele rechten. Het is haar op het lijf geschreven: Barbara Pozzo schrijft over 'The challenges of a multi-lingual approach'. Internationaal privaatrecht mag in een handboek als het onderhavige niet ontbreken en dat doet het dankzij Lorna Gilles ook niet. Chantal Mak analyseert 'Free movement and contract law'.

In deel II zijn tien bijdragen over consumentenrecht opgenomen. Dit deel vangt aan met een hoofdstuk van Peter Cartwright over 'The consumer image within EU law'. Precontractuele informatieverplichtingen worden belicht door Christoph Busch. Jonathan Watson analyseert bedenktijden, Rick Canavan kooprecht, Peter Rott oneerlijke contractbedingen, Vanessa Mak financiële dienstverlening, Eric Tjong Tjin Tai dienstverlening inclusief diensten van algemeen belang, Josep Bech Serrat pakketreizen en Willem van Boom oneerlijke handelspraktijken. Geraint Howells sluit dit onderdeel af met een beschouwing over handhaving en toegang tot het recht.

Deel III ten slotte bevat hoofdstukken over contractenrecht. Hugh Beale schetst de reeds gememoreerde 'story of EU contract law – from 2001 to 2014'. Esther Arroyo Amayuelas gaat in op het optioneel wetboek, Giuditta Cordero-Moss op algemene voorwaarden als alternatief voor wetgeving, Martijn Hesselink op 'Contract theory and EU contract law' en Jacobien Rutgers op *social justice*. Jan Smits belicht de toekomst van het contractenrecht in Europa. (Christian Twigg-Flesner (red.), *Research handbook on EU consumer and contract law*, Cheltenham: Elgar 2016, 591 p.)

4 Consumentenkoop na implementatie van de Europese richtlijn

Op 13 november 2012 deed het Italiaanse Corte di Cassazione Civile in *sezioni unite* uitspraak in een kwestie van non-conformiteit tussen twee ondernemers (b2b). Het hooggerechtshof bepaalde dat de koper in geval van non-conformiteit geen recht had op vervanging of herstel van de gekochte zaak. Deze sanctie kent het Italiaanse recht alleen onder bijzondere omstandigheden: als zij uitdrukkelijk is overeengekomen, als een handelsgarantie is afgegeven of wanneer het om een b2c-transactie gaat. Dit is een andere benadering dan in de meeste EU-lidstaten,

die nochtans aan dezelfde Richtlijn consumentenkoop zijn onderworpen. Hoe zit dat? Giovanni De Cristofaro en Alberto De Franceschi (beiden Ferrara) zochten deze en andere vragen voor ons uit. Hun boek opent met een algemene inleiding verzorgd door Giovanni De Cristofaro. Dan volgen nationale berichten van België door Evelyne Terryn, Duitsland door Martin Schmidt-Kessel, Frankrijk door Carole Aubert de Vincelles, Italië door Giovanni De Cristofaro, Nederland door Marco Loos, Oostenrijk door Christiane Wendehorst en Oliver Peschel, Polen door Fryderyk Zoll, Portugal door Jorge Morais Carvalho, Spanje door Mauricio Troncoso en het Verenigd Koninkrijk door Christian Twigg-Flesner.

De bundel wordt niet afgesloten met conclusies – die moeten we in het inleidend hoofdstuk zoeken. Daaruit valt de navolgende informatie te putten. De Richtlijn consumentenkoop is thans in alle lidstaten geïmplementeerd en komt daarom in aanmerking voor het in dit boek gepresenteerde onderzoek. De werkingssfeer is in alle lidstaten op gelijke wijze geïmplementeerd. Alleen Frankrijk heeft de precontractuele informatieverplichtingen en de afkoelingsperiode tot transacties *hors établissement* uitgebreid. Op het punt van het begrip ‘consument’ zijn er grote verschillen tussen de lidstaten. (Giovanni De Cristofaro & Alberto De Franceschi (red.), *Consumer sales in Europe. After the implementation of the Consumer rights directive*, Cambridge: Intersentia 2016, 205 p.)

5 Numeriek consumentenrecht

Er is nog een tweede publicatie over consumentenkoop c.a. In haar Maastrichtse dissertatie over *Convergence in European sales law. A comparative and numerical approach* onderzoekt Catalina Goanta de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten in zeven EU-lidstaten: België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Nederland, Roemenië en het Verenigd Koninkrijk. Zij doet dat aan de hand van een rechtsvergelijkende en een numerieke (*numerical*) benadering. Met die laatste sluit zij aan bij het werk van Matthias Siems. Goanta’s bedoeling is aan de hand van kwantitatieve gegevens te onderzoeken welke voortgang het harmonisatieproces maakt. Daartoe heeft zij een *Convergence index* ontworpen. Op Europees niveau kent deze index variabelen zoals recht versus beleid, richtlijn versus verordening, minimum- versus maximumharmonisatie, verwijzing naar zelfregulering, open norm, zwarte lijst, rechtspraak van het Europese Hof en op nationaal niveau: implementatietechniek, nieuwe begrippen, open normen, verwijzing naar Europees recht in wetgeving, tijdige implementatie en inbreukprocedures. Aan de hand van deze variabelen toetst de auteur een vijftal richtlijnen: colportage, oneerlijke contractsbedingen, verkoop op afstand, consumentenkoop en oneerlijke handelspraktijken. Dit zijn de resultaten: de Colportagerichtlijn, verkoop op afstand en consumentenkoop lijken op elkaar – ze zijn alle drie beknopt, leggen duidelijke criteria aan en ofschoon ze een grijs gebied hebben, heeft het Hof van Justitie er niet al te veel problemen mee. De richtlijnen oneer-

lijke contractsbedingen en oneerlijke handelspraktijken daarentegen geven aanleiding tot zorg. Zorg is er met name vanwege het grote aantal arresten inzake oneerlijke contractsbedingen.

De auteur gaat ervan uit ‘that the more case law exists on a given topic, the less likely it is that the instrument on which it is based would lead to convergence’. Mijn eigen ervaring wijst precies in tegengestelde richting: aanvankelijk was er (Freiburger) weinig jurisprudentie over de Richtlijn oneerlijke contractsbedingen, maar naarmate deze toenam (Aziz, Constructora, Kásler) werd het beeld – althans voor mij – steeds duidelijker. Zelf ben ik meer in het algemeen nog niet gewonnen voor de numerieke benadering. (Catalina Goanta, *Convergence in European sales law. A comparative and numerical approach*, Cambridge: Intersentia 2016, 401 p.)

6 Europese productenaansprakelijkheid

We hadden er een tijd niets van vernomen: de *European Group on tort law*. Maar nu is de groep er weer, met een *update* van het recht inzake productenaansprakelijkheid. De nieuwe bundel bestaat uit vier delen. In deel I geven Duncan Fairgrieve (Londen, Parijs), Geraint Howells (Hong Kong), André Janssen (Hong Kong), Piotr Machnikowski (Wroclaw), Peter Møgelvang-Hansen (Kopenhagen), Reiner Schulze (Münster), Gert Straetmans en Dimitri Verhoeven (beiden Antwerpen) algemene beschouwingen. Die zien op het ontstaan van productenaansprakelijkheid in de Verenigde Staten als afzonderlijk leerstuk (*MacPherson v Buick Motor Co*, 1916), de opzet van de richtlijn, de verschillende dragende elementen, de schade en het causaal verband, verjaring en andere Europese regelgeving. Deel I wordt voorafgegaan door een inleiding waarin de hoofdredacteur het doel van de studie uiteenzet.

Deel II beslaat een vijftiental nationale rapporten. Tien hiervan komen uit de EU-lidstaten Denemarken (Marie-Louise Holle & Peter Møgelvang-Hansen, Kopenhagen), Duitsland (Ulrich Magnus, Hamburg), Engeland en Wales (Ken Oliphant, Bristol & Vanessa Wilcox, Wenen), Frankrijk (Jaen-Sébastien Borghetti, Paris II), Italië (Giovanni Comandé, Pisa), Nederland (Anne Keirse, Utrecht), Oostenrijk (Bernhard Koch, Innsbruck), Polen (Ewa Baginska), Spanje en de Tsjechische republiek (Lubos Tichy, Praag). Vijf landenberichten komen van elders: Canada (Marie-Eve Arbour, Québec), Israël (Israel Gilead, Jeruzalem), Noorwegen (Bjarte Askeland, Bergen), de Verenigde Staten (Michael Green & Jonathan Cardi, Wake Forest) en Zuid-Afrika (Johann Neethling, Bloemfontein).

Deel III bevat een rechtseconomische analyse van de hand van – wie anders? – Michael Faure (Maastricht) en deel IV de conclusies van de eindredacteur.

Wat heeft Anne Keirse ons over Nederlands recht te berichten? Ik licht er twee punten uit. In de eerste plaats werpt zij de vraag op waarom de invoering van de wettelijke regeling niet tot de gevreesde zondvloed aan claims heeft geleid. Keirse suggereert drie verklaringen.

De regeling zou zo duidelijk zijn dat schikkingen buiten rechte de overhand hebben. Vaak voorziet afname van een product toch al in serviceverplichtingen van de producent. Ten slotte hebben sociale verzekeraars geen regres. Dan is er de vraag wat nieuwe technologieën nog voor ons in petto hebben. Zelfrijdende auto's zijn in haar ogen zeker een product in de zin van de richtlijn. *Cloud computing* daarentegen valt niet onder de werkingssfeer, evenmin als *3D-printing*. Nanotechnologie is nog onzeker, maar toepassing van productenaansprakelijkheid acht Keirse denkbaar. (Piotr Machnikowski (red.), *European product liability. An analysis of the state of the art in the era of new Technologies*, Cambridge: Intersentia 2016, 705 p.)

7 Oneerlijke contractsbedingen: nietig is nietig

In haar Maastrichtse dissertatie wijst Catalina Goanta op het grote aantal uitspraken van het Europese Hof over de Richtlijn oneerlijke contractsbedingen. In haar ogen een slechte, in mijn ogen een goede zaak. Maar goed of slecht, daar gaat het nu even niet om. Aan de orde is de Spaanse regeling van de nietigheid. Die wijkt af van die in andere Europese landen in die zin dat nietigheid naar Spaans recht niet meebrengt dat alle getroffen uitvoeringsmaatregelen nu ongedaan moeten worden gemaakt. Niets mee te maken, zegt het Europese Hof: nietig is nietig, ook in Spanje. (C-154/15 (*Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco SAU*), C-307/15 (*Ana Maria Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*), C-308/15 (*Banco Popular Espanol SA c Emilio Iries López, Teresa Torres Andreu*).)

8 De opgedrongen vitaminepillen

Vanwege de opdringerigheid van de telefonische verkoper gaat een consument akkoord met een proefzending vitaminepillen. Er ontstaat een geschil over de vraag of de consument het proefabonnement tijdig heeft beëindigd. De kantonrechter begrijpt uit de geluidsopname van het verkoopgesprek dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Maar, zegt de kantonrechter, omdat het een koop op afstand betreft, was verkoper ingevolge artikel 6:230m lid aanhef en onder h BW gehouden om gedaagde een modelformulier voor ontbinding te verstrekken. Nu hij dit niet heeft gedaan, is de ontbindingstermijn met twaalf maanden verlengd. Maar... op grond van artikel 230s lid 1 BW rustte op gedaagde de verplichting de vervolgzending terug te sturen. Zij heeft dit niet gedaan en is daarom gehouden het geleverde te betalen. Maar... de gevorderde vergoeding van buitengerechtigde kosten komt niet voor toewijzing in aanmerking nu in de aanmaning aan gedaagde niet een betalingstermijn van 14 dagen is gegeven. Kritiek krijgt de kantonrechter van annotator Loos: de kantonrechter had gelet op de ambtshalve toepassing partijen het hoor en wederhoor moeten gunnen en was dan mogelijk tot een andere beslissing gekomen (Ktg. Midden-Nederland 11 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4541, *TvC 2016/6* (m.nt. M.B.M. Loos).)

9 Handhaving en effectiviteit

De Académie internationale de droit comparé (AIDC) staat bekend om haar grootschalige vierjaarlijkse congressen, die afwisselend in Europa en elders in de wereld worden gehouden (2006 Utrecht, 2010 Washington, 2014 Wenen, 2018 Fukuoka). Sinds kort worden daarnaast tussendoor thematische congressen georganiseerd, dit jaar te Montevideo. Daar stond het thema handhaving en effectiviteit op de agenda, met een algemeen rapport van Jürgen Basedow en een rapport toegesneden op het consumentenrecht van Hans Micklitz en Geneviève Saumier. Het rapport is gebaseerd op 34 nationale rapporten (het Nederlandse rapport werd verzorgd door Vanessa Mak). Micklitz en Saumier signaleren een trend naar handhaving door consumentenautoriteiten. De auteurs zijn nog niet helemaal overtuigd van het nut van geschillencommissies ('due to the lack of sound statistics, which is, partially, the consequence of confidentiality of consumer ADRs, as nobody knows what kind of cases are decided via consumer ADRs and what kind of conflicts are reaching court' – ook in ons land zijn er klachten over het gebrek aan informatie van de zijde van de geschillencommissies). Aangekondigd is dat beide rapporten bij Springer in druk zullen verschijnen, maar ze zijn ook al op het internet te vinden. (Hans-W. Micklitz & Geneviève Saumier, *Enforcement and effectiveness of Consumer Law* (Draft General Report), <http://iuscomparatum.info>.)

10 Consument en bestuursrecht

Consumentenrecht wordt vaak gezien als consumentencontractenrecht. Niet geheel ten onrechte, want de overeenkomst tussen consument en ondernemer is een centraal begrip van het consumentenrecht. Maar er is meer dan privaatrecht alleen. Het consumentenbestuursrecht kwam op 25 november jl. aan de orde op de jaarvergadering van de Jonge VAR (Vereniging voor administratief recht). Overkoepelend thema van de bijeenkomst was grensoverschrijdend bestuursrecht. In ons bestuursrecht zijn territoriale grenzen van groot belang voor de bevoegdheid van het bestuursorgaan om op te treden. Door technologische ontwikkelingen en de toenemende mobiliteit van mensen zijn territoriale grenzen echter steeds minder een natuurlijke barrière. Een voorbeeld is dat van de Chinese onderneming die haar producten via een Belgische website aanbiedt aan Nederlandse consumenten. Raoul Klein en Ralph Tak gaan in op grensoverschrijdende inbreuken en grensoverschrijdende handhaving binnen het mededingingsrecht en consumentenrecht. In hun preadvies staan ze expliciet stil bij de territoriale reikwijdte van de normen binnen deze rechtsgebieden, waarna onderzocht wordt hoe de specifieke stelsels voor grensoverschrijdende opsporing en handhaving in de praktijk werken. (Raoul Klein & Ralph Tak, *Grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht* (preadviezen Jonge VAR), 2016.)

11 1636: de eerste trekken van het poldermodel

Oud-SER-medewerker Thom van Mierlo ontpopt zich na zijn pensionering als geschiedschrijver van het consumentenrecht. Eerder berichtte hij over het ontstaan van de Consumentenbond. In *TvC* 2016, afl. 6, schrijft hij over de Gouden Eeuw. Tulpen waren toen het statussymbool van de nieuwe rijkdom. Na een gestage stijging piekten de prijzen vanaf najaar 1636. Op het hoogtepunt betaalde men voor een tulp soms wel driemaal het jaarsalaris van een meester timmerman. Dat kon niet goed gaan. In februari 1637 kelderden de prijzen van de bollen in één klap. Dit leidde tot grote onrust in de Hollandse steden en vele geschillen tussen kopers en verkopers.

Bij het afwikkelen van de tulpenmanie zijn volgens Van Mierlo al trekken zichtbaar van het hedendaagse poldermodel. Dat blijkt vooral uit een resolutie van de Staten van Holland, waarin – in een tijd van rechtsonzekerheid – het rechtskarakter van tulpencontracten onbeslist wordt gelaten en de steden maar moeten proberen de partijen alsnog te verenigen. Haarlem, het centrum van de tulpenhandel, komt daarop met de eerste branchegeschillencommissie ooit. De tulpenmanie zelf biedt ons een beeld van vroegmoderne handelspraktijken. Er bestaat wel al kopersbescherming, maar het consumentenrecht is nog niet uitgevonden. (Th.J.M. van Mierlo, 'Na de tulpenmanie: eerste trekken van het poldermodel', *TvC* 2016, afl. 6, p. 292.)

12 Hoe de consument te informeren

Veel consumentenwetgeving gaat uit van de premisse dat goede informatie voorkomt dat de consument in de narigheden komt. Tegenwoordig zijn het de aanhangers van de *behavioural law & economics* die dit paradigma in twijfel trekken. Willem van Boom is (nog) niet zo ver. Als bijvoorbeeld in het geval van consumentenkrediet blijkt dat de gegeven informatie niet wordt gebruikt door bepaalde consumenten omdat deze te moeilijk of te langdradig is, of op het verkeerde moment wordt aangeboden, dan kan dat aanleiding zijn voor een aanpassing of verfijning van de beleidstheorie. Die kan volgens Van Boom eisen stellen aan de hoeveelheid en volgorde van informatie, het tijdstip van aanbieden, de wijze van aanbieden, de bewoordingen, structuur, visualisering en lettertype. (W.H. van Boom, 'Experimenteren met informeren', *Justitiële Verkenningen* 2016, afl. 6, p. 95-110).