

Actualia

contractspraktijk

Herziening consumentenrechten: verkenning van Richtlijn 2019/771

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

De offline consumentenkoop is tot dusverre goeddeels geregeld in titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De kooptitel is overzichtelijk en bepaalt waar partijen over en weer jegens elkaar recht op hebben. De kooptitel is jegens consumenten grotendeels van dwingend recht, aldus artikel 7:6 BW. De kern van de kooptitel wordt wat mij betreft gevormd door de conformiteitsbepalingen van de artikelen 7:17 tot en met 7:23 BW. Deze artikelen bepalen wat de koper redelijkerwijze mag verwachten bij de koop van een zaak en welke middelen hem ten dienste staan indien het gekochte niet aan de redelijke verwachtingen beantwoordt.

De kooptitel leek lang een rustig nationaal bezit, met enige invloed van Richtlijn 1999/44/EG (Garanties bij consumentenkoop).¹ De rechtspraak van de Hoge Raad concentreerde zich dan ook vooral op de afbakening tussen juridische en feitelijke conformiteit, de samenwerking tussen de artikelen 7:15 en 7:17 BW, alsmede op de stelplicht en bewijslast over de klachtplicht van artikel 7:23 BW en de vraag wanneer tijdig geklaagd was in de zin van dat artikel.

Op 20 mei 2019 werd Richtlijn 2019/771 (Conformiteit en remedies bij consumentenkoop) aangenomen (hierna:

Richtlijn Consumentenkoop).² De Richtlijn Consumentenkoop gaat, zoals hierna wordt uitgewerkt, de bepalingen over consumentenkoop in titel 7.1 BW danig veranderen. De richtlijn kan wat mij betreft niet los worden gezien van Richtlijn 2011/83 (Consumentenrechten),³ die in de artikelen 6:230g tot en met 6:230z BW is geïmplementeerd, en evenmin van de eveneens op 20 mei 2019 gepubliceerde Richtlijn 2019/770 (Levering van digitale content).⁴

De Richtlijn Consumentenkoop zal een verschuiving in het consumentenkooprecht teweegbrengen en zal ook de contractanten dwingen hun overeenkomsten te herzien. In deze bijdrage sta ik stil bij enkele aspecten uit de richtlijn.

115

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij family LAW advocatuur in Nieuwkoop en Hoofddorp en adviseur bij La Gro Geelkerken Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Deze richtlijn was een zogeheten minimumharmonisatierichtlijn en hoefde door de lidstaten niet letterlijk te worden geïmplementeerd; de minimale bescherming moest geboden worden.

2. Richtlijn (EU) 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, PbEU 2019, L 136/28. Zie over de totstandkoming van de Richtlijn Consumentenkoop V. Mak, Op weg naar een Europese 'Digital Single Market', NJB 2016/397, p. 518-524. Nader over deze richtlijnen M.B.M. Loos, Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aangaande, TvC 2019/3, p. 106-116.

3. PbEU 2011, L 304/64.

4. Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, PbEU 2019, L 136/1. De koppeling ontleen ik aan onder meer de overwegingen 6, 11, 13, 16, 26, 38 en 62 bij Richtlijn 2019/771.

2. Reikwijdte richtlijn en afbakening van goederen ten opzichte van digitale diensten en digitale content

2.1 Doel richtlijn

De Richtlijn Consumentenkoop heeft tot doel bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en te zorgen voor een hoog niveau van consumentenbescherming door gemeenschappelijke regels vast te leggen over met name de conformiteit van goederen, garanties, remedies en de wijze waarop de remedies kunnen worden uitgevoerd, aldus artikel 1 van de Richtlijn Consumentenkoop. De richtlijn streeft grotendeels een maximale harmonisatie na.⁵ Op onderdelen bevat de richtlijn minimumnormen. Voorbeelden zijn artikel 10 lid 3 van de richtlijn (dat bepaalt dat lidstaten een aansprakelijkheidstermijn van langer dan twee jaar mogen invoeren), artikel 11 lid 2 van de richtlijn (dat bepaalt dat de termijn van het bewijsvermoeden van lid 1 – alle gebreken die binnen één jaar na levering optreden, worden vermoed uit non-conformiteit voort te komen – kan worden verlengd van één naar twee jaar) en artikel 13 lid 7 van de richtlijn (dat bepaalt dat de lidstaten in regelgeving kunnen bepalen in hoeverre remedies worden aangetast door eigen schuld aan de zijde van de consument). Op een enkel onderdeel vindt geen harmonisatie plaats. Artikel 16 van de richtlijn bepaalt bijvoorbeeld aan het slot dat het de lidstaten vrij staat de wijzen van terugzending en terugbetaling van goederen na ontbinding van de koopovereenkomst te bepalen.

2.2 Inwerkingtreding

Er staat nogal wat te veranderen op basis van de Richtlijn Consumentenkoop, maar de nationale wetgevers en contractanten krijgen tijd om aan de richtlijn te wennen. De bepalingen uit de richtlijn dienen uiterlijk 1 juli 2021 te zijn omgezet. De bepalingen dienen te gelden vanaf 1 januari 2022 en gelden uitsluitend voor vanaf 1 januari 2022 gesloten overeenkomsten.⁶ Op vóór 1 januari 2022 gesloten overeenkomsten blijft de huidige wet dus van toepassing.

2.3 Reikwijdte richtlijn

De Richtlijn Consumentenkoop is van toepassing op consumentenkoopovereenkomsten, waarbij de verkoper een professionele partij is en de koper een consument.⁷ De consument wordt gedefinieerd als de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf, handel of ambacht.⁸ Echter, het staat de lidstaten vrij te bepalen dat in geval van gemengde overeenkomsten (waarbij de goederen deels zakelijk en deels privé worden aangeschaft) te bepalen dat de bepa-

lingen uit de Richtlijn Consumentenkoop (althans: de implementatie daarvan) ook van toepassing zijn als het handelsoogmerk beperkt is.⁹ Dit roept de vraag op hoe beperkt het handelsoogmerk moet zijn. Dient hierbij de (open) norm uit de considerans bij de Richtlijn Consumentenrechten te worden gehanteerd? Dan geldt het volgende: 'Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt.'¹⁰

De afbakening wanneer een koper consument is, kan ook onder deze norm tot problemen leiden. Hoe omvangrijk is 'beperkt'?¹¹ Daarnaast blijven oproepen of de consumentenbescherming ook moet worden uitgebreid naar zzp'ers onbeantwoord.¹²

De verkoper is iedere natuurlijke of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf, handel of ambacht.¹³ Ook deze definitie kan tot afbakeningsproblemen leiden, met name met de steeds groter wordende informele economie op verkoopportalen als Marktplaats.¹⁴

De koopovereenkomst omvat niet alleen goederen die al geproduceerd zijn, maar ook goederen die nog vervaardigd of geproduceerd moeten worden, aldus artikel 3 lid 2 van de richtlijn. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de vervaardiging van een fotoboek of een mok met opdruk ten behoeve van de consument. Ook goederen die nog in elkaar moeten worden gezet, hetzij door de verkoper, hetzij door de koper met gebruikmaking van door de verkoper geleverde instructies, vallen onder het koopbegrip.¹⁵ De vraag rijst hoever het 'nog te produceren' of 'nog te vervaardigen' mag gaan. Wanneer is nog sprake van koop en wanneer wordt het aanneming van werk? Deze vraag wordt lastiger doordat consumentenkoop op grond van de richtlijn richtlijnconform moet worden uitgelegd en aanneming van werk een nationaalrechtelijk begrip is.¹⁶ In het Schottelius-arrest lijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU¹⁷) voor de kwalificatie als koop doorslaggevend te achten dat het dienstverleningsaspect (de aannemingscomponent) van ondergeschikt belang is.¹⁷

5. Art. 4 Richtlijn Consumentenkoop.

6. Art. 24 Richtlijn Consumentenkoop.

7. Art. 3 lid 1 Richtlijn Consumentenkoop.

8. Art. 2 onder 2 Richtlijn Consumentenkoop.

9. Overweging 22 bij de Richtlijn Consumentenkoop.

10. Richtlijn 2011/83 (Consumentenrechten), overweging 17.

11. Zie ook M.Y. Schaub, *Wie is consument?*, TvC 2017/1, p. 30-40.

12. Deze handschoen is opgevat door o.a. H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren (oratie EUR)*, Den Haag: BJU 2018 en C.M.D.S. Pavillon, *De zzp'er verdient betere bescherming maar welke bescherming precies?*, TvC 2019/3, p. 102-105.

13. Art. 2 onder 3 Richtlijn Consumentenkoop.

14. Zie ook: M.Y. Schaub, *Wie is handelaar?*, TvC 2019/2, p. 5-13.

15. Overweging 17 bij de Richtlijn Consumentenkoop. De instructiebepaling komt ook voor in de conformiteitsbepaling van art. 8 van de richtlijn, die ik – gelet op de bekendste leverancier van nog in elkaar te zetten goederen – de IKEA-clausule noem.

16. Over dit onderwerp C.M.D.S. Pavillon, *De Titel Aanneming van werk in consumentenrechtelijk perspectief*, TBR 2018/136, par. 3.

17. HvJ EU 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:638 (Schottelius), waarover ook C.M.D.S. Pavillon, *Trends en ontwikkelingen in het Europees verbintenissenrecht*, WPNR (2018) 7199, p. 485.

De Richtlijn Consumentenkoop is niet van toepassing op de aanschaf van digitale diensten of digitale content,¹⁸ zoals streamingdiensten als Netflix of Spotify. Ook softwarediensten als Office365 vallen onder het bereik van digitale content.¹⁹ Die diensten vallen onder het bereik van het ‘zusje’ van de richtlijn, Richtlijn (EU) 2019/770 inzake de levering van digitale inhoud en digitale diensten (de Richtlijn Digitale inhoud). Onder het bereik van de Richtlijn Digitale inhoud valt ook de aanschaf van gegevensdragers waarop de digitale content of digitale diensten zich bevinden.²⁰ Indien de consument een dvd koopt met daarop een film of software (bijvoorbeeld een Office-pakket), wordt daarop de Richtlijn Digitale inhoud van toepassing. De Richtlijn Consumentenkoop is evenwel van toepassing op de situatie waarin de digitale inhoud of digitale diensten zijn verwerkt in apparaten en worden meegeleverd.²¹ Hierbij kan gedacht worden aan apparaten die onder het internet of things gemeengoed zijn, zoals slimme koelkasten en smart-tv’s. Overweging 15 bij de Richtlijn Consumentenkoop is duidelijk: indien de zaak niet zonder de digitale inhoud kan functioneren, vormt de digitale inhoud onderdeel van de koopovereenkomst. De vraag of sprake is van een dergelijke afhankelijkheid van de digitale inhoud, is een kwestie van uitleg van de koopovereenkomst, aldus ook overweging 15 bij de Richtlijn Consumentenkoop.

Indien de zaak zonder de digitale inhoud correct op zichzelf functioneert, vormt de digitale inhoud geen onderdeel van het gekochte. Overweging 16 bij de Richtlijn Consumentenkoop noemt het voorbeeld van een spel dat in een appstore wordt gedownload om op de smartphone gespeeld te worden. Het gaat daarbij om onafhankelijke content. Indien de content normaliter in het apparaat hoort te zitten, maar het niet meer doet terwijl het apparaat op zichzelf wel functioneert, is sprake van een koopovereenkomst onder het bereik van de Richtlijn Consumentenkoop, aldus ook artikel 3 lid 3 van die richtlijn. Hierbij kan gedacht worden aan de app op de smart-tv.

De consument mag immers verwachten dat de digitale content aanwezig is. De omstandigheid dat zijn slimme koelkast of auto ook zonder internetverbinding of boordcomputer functioneert, doet daar niet aan af.²²

18. Art. 3 lid 3 Richtlijn Consumentenkoop.

19. Richtlijn 2019/770, art. 3 en 5.

20. Art. 3 lid 4 Richtlijn Consumentenkoop.

21. Art. 3 lid 3 Richtlijn Consumentenkoop.

22. Vgl. wat betreft de conformiteit van een auto zonder boordcomputer Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4629, NJF 2015/348, r.o. 3.19: ‘Het hof is daarbij, anders dan [appellanten], van oordeel dat indien een auto over een boordcomputer beschikt, een functionerende boordcomputer heden ten dage moet worden beschouwd als een voor het normaal gebruik van de auto noodzakelijke functie, nu een boordcomputer informatie levert over de toestand van diverse, vitale, functies van de auto en de bestuurder van de auto, met het oog op de aan de veiligheid te stellen eisen, er op behoort te kunnen vertrouwen dat de boordcomputer naar behoren werkt. De door [appellanten] gestelde omstandigheid dat de auto ook zonder een functionerende boordcomputer aan het verkeer kan deelnemen leidt niet tot een ander oordeel. De tevens door [appellanten] genoemde omstandigheid dat de auto APK goedgekeurd is en dus ook mocht deelnemen aan

Overigens zijn dit vragen die al meer aan de conformiteit dan aan het toepassingsbereik van de Richtlijn Consumentenkoop raken.

De Richtlijn Consumentenkoop is niet van toepassing op executoriale verkoop.²³ Dit strookt deels met de huidige Nederlandse wet, waar executieverkoop wel onder het bereik van titel 7.1 BW valt, maar de conformiteitsbepalingen van de artikelen 7:17 e.v. BW niet van toepassing zijn op executieverkoop (art. 7:19 BW). De lidstaten zijn gerechtigd te bepalen dat de richtlijn evenmin van toepassing is op de verkoop van tweedehandsgoederen op openbare veilingen en op de verkoop van levende dieren.²⁴ De huidige Nederlandse wetgeving verklaart de kooptitel en het conformiteitsbegrip wel van toepassing op tweedehandsgoederen en levende dieren.²⁵ Ik kan me daarom voorstellen dat de Nederlandse wetgever geen gebruik maakt van de mogelijkheid deze koopovereenkomsten buiten de consumentenkoopregeling te houden.²⁶

De richtlijn laat andere consumentenbeschermende regelingen onverlet. Hierbij kan worden gedacht aan de regeling over oneerlijke handelspraktijken in de artikelen 6:193a e.v. BW, de consumentenovereenkomstenregeling van de artikelen 6:230g e.v. BW en de algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW.

3 Wat regelt de richtlijn niet?

Artikel 3 lid 6 van de richtlijn bevat duidelijke regels over de onderwerpen die buiten het bereik van de richtlijn vallen. De totstandkoming van overeenkomsten, de geldigheid, nietigheid en gevolgen van een overeenkomst, waaronder de gevolgen van ontbinding (voor zover in de richtlijn niet geregeld) en schadevergoeding vallen buiten het bereik van de richtlijn.²⁷

Dit betekent dat Nederlandse leerstukken zoals de totstandkoming van overeenkomsten en het gerechtvaardigd vertrouwen,²⁸ dwaling en schadevergoeding wegens tekortkoming buiten het bereik van de richtlijn vallen. Voor dwaling kan dat problematisch zijn, omdat in de visie van de Hoge Raad het beoordelingskader bij

het verkeer brengt niet mee dat [geïntimeerde] minder mocht verwachten dan hiervoor vermeld.’

23. Art. 3 lid 4 Richtlijn Consumentenkoop.

24. Art. 3 lid 5 Richtlijn Consumentenkoop.

25. Waarbij met betrekking tot tweedehandsgoederen vooral de verwachtingen die de koper mag koesteren, worden gestuurd. Zie o.a. HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, NJ 1995/614, m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus); Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4629, NJF 2015/348. Voor dieren zie o.a. HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:228, NJ 2019/92 (Conformiteit dressuurpaard).

26. Nog afgezien van de omstandigheid dat de non-conformiteit van dieren vaak interessante en lezenswaardige jurisprudentie heeft opgeleverd.

27. Zie ook overwegingen 18-20 bij de Richtlijn Consumentenkoop.

28. Zie hierover J.H.M. Spanjaard, Vertrouwen is goed, controle is beter, Contracteren 2019/2, p. 84-85. Vgl. Hof Den Bosch 22 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2420, NJF 2008/79 (Postwanorder/Otto); Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 2 oktober 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6239, NJ 2018/203 (AMC/Leen Bakker); Rb. Rotterdam 23 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9596, NJF 2019/54 (Bijenkorf).

dwaling gelijk loopt met dat van non-conformiteit.²⁹ Indien mededelings- en onderzoeksplichten bij non-conformiteit richtlijnconform moeten worden beoordeeld, is dat mede van invloed op de dwaling. De mededelings- en onderzoeksplichten zouden dan ook – waar dwaling en non-conformiteit op dezelfde feitelijke grondslag berusten – richtlijnconform moeten worden getoetst, waarbij de blik strak op het HvJ EU moet worden gericht. Het risico bestaat mijns inziens dat dan ook de eventuele schadevergoedingsvordering die na dwaling of non-conformiteit wordt opgelegd, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad, (deels) aan de hand van de remedies in de Richtlijn Consumentenkoop moet worden toegepast, zodat voor Nederlandse leerstukken zoals redelijkheid en billijkheid, het eigenschuldleerstuk en matiging van schade geen of nauwelijks ruimte bestaat. Indien het verweer van de verkoper is dat de koper, als hij meer onderzoek zou hebben gedaan, ook zelf had ingezien dat mededelingen niet konden kloppen en de schade al dan niet voor een deel op grond van het leerstuk van de eigen schuld volgens artikel 6:101 BW voor rekening en risico van de koper moet blijven, moet dit verweer richtlijnconform worden getoetst.³⁰ Immers, de mededelings- en onderzoeksplichten worden in dat geval ontleend aan de Richtlijn Consumentenkoop (althans: de implementatie in de nationale wetgeving). Daarmee kan het Nederlandse recht aan flexibiliteit inboeten, die het huidige BW toelaat. Persoonlijk acht ik dat niet wenselijk.

De Richtlijn Consumentenkoop kan dus ook invloed hebben op onderdelen die naar de letter van de richtlijn buiten haar bestek zouden vallen.

4. Non-conformiteit

4.1 Inleiding

De kern van de Richtlijn Consumentenkoop vormen de non-conformiteitsbepalingen van de artikelen 5 tot en met 18 van de richtlijn. Deze artikelen bepalen allereerst wat conformiteit inhoudt (artikelen 5 tot en met 9) en vervolgens welke remedies de consument tot zijn beschikking heeft (artikelen 10 tot en met 18). In deze paragraaf bespreek ik kort de non-conformiteit en de remedies.

29. Zie HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, TBR 2017/152, m.nt. J.J. Dammingh (Woonboerderij); HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel); HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 (Van Dalfsen/Kampen).

30. Vgl. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, TBR 2017/152, m.nt. J.J. Dammingh (Woonboerderij). In dit kader is overigens interessant hoe de Nederlandse wetgever art. 13 lid 7 van de Richtlijn Consumentenkoop, dat bepaalt dat de lidstaten mogen bepalen in hoeverre eigen schuld van de consument zijn aanspraak op remedies aantast, implementeert. Wat mij betreft vindt een niet-terughoudende implementatie plaats en geldt art. 6:101 BW (over eigen schuld bij schade) als leidraad, zodat adequaat rekening kan worden gehouden met verwijtbaar onvoorzichtige consumenten.

4.2 Non-conformiteit

De non-conformiteit is hoofdzakelijk geregeld in de artikelen 6 en 7 en valt uiteen in een subjectief en een objectief conformiteitsvereiste. Het subjectieve conformiteitsvereiste bepaalt dat de goederen wat betreft beschrijving, type, hoeveelheid en kwaliteit, functionaliteit, compatibiliteit, interoperabiliteit en andere kenmerken voldoen aan de koopovereenkomst. Daarnaast dienen de goederen geschikt te zijn voor het door de consument gewenste gebruik, mits de consument dat vooraf heeft meegedeeld en de verkoper dat gewenste gebruik heeft aanvaard. De bepaling lijkt op artikel 7:17 lid 1 en 2 BW. De ‘digitale’ elementen over functionaliteit, compatibiliteit en interoperabiliteit zijn nieuw ten opzichte van artikel 7:17 BW. Echter, op basis van een teleologische toepassing van artikel 7:17 BW lijken die onderwerpen ook onder de huidige wetgeving al onder het conformiteitsbegrip te vallen.

De term ‘functionaliteit’ heeft betrekking op de manieren waarop de goederen met betrekking tot hun doel hun functies kunnen vervullen. De interoperabiliteit ziet op de wisselwerking van de goederen met hardware of software die anders is dan die waarmee goederen van hetzelfde type gewoonlijk worden gebruikt.³¹

Verder moeten de goederen met alle toebehoren en instructies worden geleverd en moeten zij ook van updates worden voorzien.³² Deze updates zullen vooral gelden bij meegeleverde software (bijvoorbeeld *embedded software*) en niet voor alle goederen.³³ Als bijvoorbeeld een hardcopy wetboek versie 2019 wordt gekocht, mag de consument er niet op vertrouwen dat hij in 2020 de versie 2020 ontvangt. Datzelfde geldt naar mijn mening voor een digitaal leerboek, dat een nieuwe druk krijgt. De updates moeten worden verstrekt gedurende de periode die de consument redelijkerwijze kan verwachten. Hoelang die periode is, zal aan de rechtspraak worden overgelaten.³⁴ De verkoper is overigens niet aansprakelijk indien de koper verzuimt de updates te installeren of de consument de op zichzelf correcte installatie-instructies niet uitvoert.³⁵

Indien de instructies niet deugdelijk zijn en als gevolg daarvan de installatie niet deugdelijk wordt uitgevoerd, levert dat eveneens non-conformiteit op.³⁶ Datzelfde geldt als de verkoper de goederen heeft geïnstalleerd. Deze regel stemt inhoudelijk overeen met artikel 7:18 lid 3 BW.

De objectieve non-conformiteit bepaalt dat de goederen geschikt moeten zijn voor normaal gebruik en moeten voldoen aan de gerechtvaardigde verwachtingen die de consument van het gekochte type goederen mag koesteren. Indien een monster of model is getoond, dienen de

31. Overweging 27 bij de Richtlijn Consumentenkoop.

32. Art. 6 Richtlijn Consumentenkoop.

33. Vgl. overweging 28 bij de Richtlijn Consumentenkoop.

34. Dit doet denken aan de discussie die tussen de Consumentenbond en Samsung bestaat c.q. heeft bestaan over de periode waarin Samsung updates aan haar smart devices moest uitvoeren. Zie www.bnr.nl/nieuws/technologie/10341558/samsung-moet-langer-updaten.

35. Art. 7 lid 4 Richtlijn Consumentenkoop.

36. Art. 8 Richtlijn Consumentenkoop.

goederen daarmee overeen te stemmen.³⁷ Deze norm stemt inhoudelijk overeen met artikel 7:17 lid 2 tot en met 4 BW.

De verkoper kan zich in geval van publieke mededelingen disculperen van de objectieve non-conformiteit indien hij niet bekend was en evenmin redelijkerwijze bekend hoefde te zijn met de betreffende publieke mededeling, indien de publieke mededeling in kwestie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gerectificeerd was of de beslissing tot aankoop van de goederen niet door de publieke mededeling beïnvloed kon zijn.³⁸ Deze bepaling spoort met artikel 7:18 lid 1 BW.

Ook is de verkoper niet aansprakelijk indien hij de koper uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat de te leveren goederen van de gangbare eigenschappen afwijken en de consument die afwijkingen uitdrukkelijk en afzonderlijk heeft aanvaard.³⁹ De richtlijn bepaalt niet hoe aan het uitdrukkelijkheidsvereiste kan worden voldaan. Een algemene disclaimer lijkt onvoldoende te zijn.⁴⁰ Voor de praktijk is het raadzaam de consument een instemmingsformulier te laten ondertekenen.

Een bepaling gelijk aan artikel 7:17 lid 5 BW (de koper kan niet klagen over gebreken die hij kende of kon kennen) ontbreekt in de richtlijn.⁴¹ Onduidelijk is of voor deze bepaling ruimte is. Ik neig naar 'nee', omdat de richtlijn een maximaal beschermingsniveau biedt. Hooguit kan de verkoper zich in geval van een vernietigingsvordering dan beroepen op de omstandigheid dat de beslissing van de koper niet door de eigenschappen van het gekochte (waarvan hij wist c.q. kon weten dat er gebreken waren) werd beïnvloed.

De verkoper is aansprakelijk voor gebreken die binnen twee jaar na levering van het goed aan het licht komen.⁴² Daarbij kunnen langere termijnen worden gelast in de wetgeving van de lidstaten. Deze termijn komt overeen met de conformiteitstermijn die in Richtlijn 99/44 (Garanties bij consumentenkoop) is opgenomen. In het BW is deze termijn niet overgenomen, omdat de wetgever meende dat de termijn van artikel 7:23 BW (de koper moet binnen bekwame tijd klagen, waarna een verjaringstermijn van twee jaar gaat lopen) een ruimer beschermingsniveau bood dan Richtlijn 99/44. Ik kan me voorstellen dat de Nederlandse wetgever de huidige regeling handhaaft, eventueel met de kanttekening dat vorderingen, behoudens in geval van bederfelijke goederen, niet binnen twee jaar na levering kunnen vervallen om zo de tweejaarstermijn in de Richtlijn Consumentenkoop te benadrukken.

Indien het gebrek zich binnen één jaar na levering manifesteert, wordt het goed vermoed non-conform te zijn.⁴³ Als ik de richtlijn goed lees, is dit vermoeden weerleg-

baar. Deze bepaling is ruimer dan de periode van het bewijsvermoeden van artikel 7:18 lid 2 BW, die – in navolging van Richtlijn 99/44 – zes maanden bedraagt. Als garantievoorzwaarden zijn geënt op deze periode van zes maanden, dienen zij bij implementatie van de richtlijn te worden herzien.

4.3 Remedies bij non-conformiteit

In geval van non-conformiteit heeft de consument recht op kosteloos herstel van het gebrekkige of levering van het ontbrekende, prijsvermindering of ontbinding. Daarbij heeft de consument gedurende de herstelperiode recht op gratis vervangingsgoederen.⁴⁴ De verkoper is ontslagen van herstel of (her)levering indien dit onmogelijk is of ten opzichte van de andere remedies tot onevenredige kosten leidt. Daarbij wordt met name gelet op de waarde die de goederen zonder het conformiteitsgebrek zouden hebben, de omvang van het conformiteitsgebrek en de vraag of de alternatieve remedie concreet mogelijk is zonder ernstige overlast voor de consument. Het recht op prijsvermindering of ontbinding bestaat indien de verkoper weigert tot herstel of (her)levering over te gaan of daarin niet slaagt, het gebrek niet kan worden hersteld, het gebrek zo ernstig is dat onmiddellijke prijsvermindering of ontbinding gerechtvaardigd is, of herstel c.q. (her)levering niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument mogelijk is. De consument heeft geen recht te ontbinden indien het gebrek gering is.⁴⁵

De bepaling doet denken aan artikel 7:21 BW.⁴⁶ Dit betekent dat het kosteloos herstel daadwerkelijk geëffectueerd dient te worden en dat de rechter de naleving van het kosteloos herstel ambtshalve moet toetsen.⁴⁷ Onduidelijk is, hoe gering de tekortkoming dient te zijn, om (a) kosteloos herstel te blokkeren en (b) het recht op prijsvermindering en ontbinding te blokkeren. Dat zal een kwestie van uitleg zijn. Verkopers doen er goed aan in hun algemene voorwaarden te benadrukken dat geringe gebreken geen aanleiding voor ontbinding vormen.⁴⁸ Overigens bepaalt de richtlijn dat de ontbinding door een buitengerechtelijke verklaring kan geschieden en dat de ontbinding geheel of gedeeltelijk kan plaatsvinden. Gedeeltelijke ontbinding is de uitsluitende remedie indien de non-conformiteit slechts een deel van de goederen raakt. Indien van vijftien geleverde telefoons er vijf non-conform zijn, blijft in het systeem van de richtlijn de koopovereenkomst voor de tien overige telefoons in stand.⁴⁹

37. Art. 7 Richtlijn Consumentenkoop.

38. Art. 7 lid 2 Richtlijn Consumentenkoop.

39. Art. 7 lid 5 Richtlijn Consumentenkoop.

40. Vgl. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/258, m.nt. JH (Blijd/Westminster); HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (NVM Meetinstructie).

41. Zie over dit artikel ook HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275 (KTDC/Impro).

42. Art. 10 Richtlijn Consumentenkoop.

43. Art. 11 Richtlijn Consumentenkoop.

44. Art. 14 lid 4 Richtlijn Consumentenkoop.

45. Art. 13 en 14 Richtlijn Consumentenkoop.

46. Zie ook Loos 2019, p. 110-114.

47. Vgl. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, NJ 2016/148 (Faber).

48. Daarmee kan de discussie over de ontbinding en de 'tenzij-formule' van artikel 6:265 BW gestuurd worden. Zie ook HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, AA 2019/293, m.nt. H.N. Schelhaas (Eigen Haard).

49. Art. 16 Richtlijn Consumentenkoop.

5. Commerciële garanties

Artikel 17 van de Richtlijn Consumentenkoop bevat een bepaling voor commerciële garanties. Het artikel bepaalt – kort gezegd – dat als de garant (dat kan de verkoper zijn, maar ook de producent van het goed of een derde) een garantie geeft, hij aan die garantie kan worden gehouden gedurende de looptijd van de garantie. Veelal wordt de garantie vormgegeven in een garantiebewijs, lijkt artikel 17 van de Richtlijn Consumentenkoop te suggereren. Het kan voorkomen dat een bepaalde garantie wordt gegeven in reclames.⁵⁰ Als in een reclame een ruimere garantie wordt gegeven dan in het garantiebewijs, is de reclame in beginsel leidend, tenzij de reclame voor sluiting van de overeenkomst wordt gecorrigeerd in hetzelfde of een soortgelijk medium waarin de reclame is gepubliceerd.

Het garantiebewijs moet uiterlijk op het tijdstip van de levering van de goederen op een duurzame gegevensdrager aan de consument worden verstrekt. Een duurzame gegevensdrager is volgens artikel 2 onder 11 van de richtlijn ‘ieder hulpmiddel dat de consument of de verkoper in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die past bij het doel waarvoor de informatie is bestemd, en die een ongewijzigde weergave van de opgeslagen informatie mogelijk maakt’. Deze bepaling maakt duidelijk waaraan een duurzame gegevensdrager moet voldoen, maar niet *wat* een duurzame gegevensdrager is. Richtlijn 2011/83 (Consumentenrechten) en het Content Services-arrest kunnen hier behulpzaam zijn.⁵¹ Overweging 23 bij Richtlijn 2011/83 bepaalt dat in ieder geval onder duurzame gegevensdrager valt: ‘Dergelijke gegevensdragers dienen in het bijzonder papier, usb-sticks, cd-rom’s, dvd’s, geheugenkaarten of de harde schijven van computers alsmede e-mails te omvatten.’ Volgens het Content Services-arrest valt een hyperlink naar een website er niet onder. In het kader van de internetconsultatie over het voorontwerp voor de franchisewet is door Buren N.V. geopperd dat ook een digitaal portaal onder het begrip duurzame gegevensdrager zou moeten vallen.⁵² Hoe aantrekkelijk deze gedachte ook is, ben ik bang dat de suggestie dat ook een digitaal portaal als duurzame gegevensdrager wordt gezien, op basis van de huidige rechtspraak en Europese regelgeving een stap te ver is.⁵³

De richtlijn bevat ook voorschriften voor de inrichting en inhoud van het garantiebewijs. Zo moet het garantiebewijs de naam en het adres van de garant bevatten, en

tevens de procedure die de consument moet volgen om de uitvoering van de commerciële garantie te verkrijgen, de aanduiding van de onder de garantie vallende goederen en de commerciële garantievooraarden.⁵⁴ Op zichzelf is dit geen hogere wiskunde en ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat deze elementen standaard in een garantiebewijs zijn opgenomen. Echter, de informatie dient daarbij naar mijn mening duidelijk en begrijpelijk te worden opgenomen.⁵⁵ Daarbij mag de nationale wetgever aanvullende eisen aan het garantiebewijs stellen, zoals taalvereisten. Naar mijn mening zou de Nederlandse wetgever in de regelgeving mogen opnemen dat garantiebewijzen in ieder geval ook in de Nederlandse taal gesteld moeten zijn indien de verkoper zich op een Nederlandse consument richt. Een uitzondering is denkbaar indien het product naar zijn aard in een vreemde taal wordt ‘geconsumeerd’ of uitsluitend voor een publiek bestemd is dat de betreffende vreemde taal (bijvoorbeeld het Engels, dat in (online) gaming gangbaar is) beheerst. De bewijslast ter zake zou wat mij betreft op de verkoper moeten rusten.

6. Afronding

De deken van het consumentenrecht wordt opgeschud door de invoering van de Richtlijnen 2019/771 en 2019/770. Echt veel nieuws onder de zon bevat de eerstgenoemde richtlijn niet. Veel concepten die in de Richtlijn Consumentenkoop zijn opgenomen, zijn in Nederland in de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek al gemeengoed. Maar omdat de richtlijn op onderdelen tot maximumharmonisatie verplicht, zal een wetgevingsoperatie om de elementen uit de Richtlijn Consumentenkoop hun plaatsje te geven, nodig zijn. De bepalingen moeten immers (deels) een-op-een in het BW worden overgenomen. Dat kan wat mij betreft door vervanging van de huidige bepalingen die het onderwerp regelen, zodat de huidige structuur zo veel mogelijk gelijk blijft.

Voor contractenschrijvers zal er genoeg te doen zijn onder de nieuwe regelgeving. Met name in het verwachtingsmanagement – wat mag de consument van de goederen verwachten en hoe worden garanties ingericht? – zal de slag geslagen kunnen worden. Er valt dus veel te beleven en op de uitdagingen die wachten kan niet vroeg genoeg worden geanticipeerd.

50. Hierbij kan worden gedacht aan autoproducent Kia, die een garantie van zeven jaar afgaf in zijn reclames.

51. Richtlijn 2011/83, PbEU 2011, L 304/64; HvJ EU 5 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:419 (Content Services).

52. www.internetconsultatie.nl/wet_franchise/reactie/6b868b54-65bd-4c91-8b2e-77561b8f5541, p. 4, voetnoot 11, laatstelijk geconsulteerd op 11 juli 2019.

53. In deze zin ook M.Y. Schaub in haar noot onder HvJ EU 25 maart 2017, C-375/15, TvC 2017/4, p. 178-182, waarin zij dezelfde conclusie trekt over een mailbox op de website van een bank.

54. Art. 17 lid 2 Richtlijn Consumentenkoop.

55. Vgl. art. 5 van Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten).