UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht

Loos, M.B.M.

Publication date

2006

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2006). *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*. (Oratiereeks). Vossiuspers UvA.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht

Marco B.M. Loos

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht

Vossiuspers UvA is een imprint van Amsterdam University Press.
Deze uitgave is totstandgekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Nauta & Haagen, Oss
Opmaak: JAPES, Amsterdam
Foto omslag: Carmen Freudenthal, Amsterdam

ISBN 978 90 5629 426 7
© Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2006

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j0 het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht

Rede

Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
in het Privaatrecht, in het bijzonder Europees Consumentenrecht,
aan de Universiteit van Amsterdam
op vrijdag 3 februari 2006

door

Marco B.M. Loos

VOSSIUSPERS UvA

*Mijnheer de Rector Magnificus,
Geachte aanwezigen,¹*

1. Inleiding

Een voetbalveld is een voetbalveld. Officiële voetbalvelden zullen dus overal even groot zijn. Zou dat niet het geval zijn, dan zouden de demarrages van Marc Overmars en Boudewijn Zenden immers weinig effectief zijn geweest, omdat de achterlijn plotseling 10 meter eerder zou opduiken dan Overmars of Zenden verwachten. Dat zou men tenminste denken. Regel 1 van de Spelregels Veldvoetbal van de KNVB² bepaalt echter wel dat een voetbalveld rechthoekig moet zijn, maar dat de lengte mag variëren van 90-120 meter en de breedte van 45-90 meter. Voor internationale wedstrijden geldt een krappere marge: de lengte kan variëren van 100-110 meter, de breedte van 64-75 meter.³ Dat betekent echter dat zelfs bij interlandwedstrijden de lengte en de breedte van een voetbalveld meer dan 10% kunnen variëren. Het voetbal loopt hierbij overigens nogal achter op andere sporten. Zo bepaalt artikel 1 van de Tennisspelregels 2005 van de Koninklijke Nederlandse Lawn Tennis Bond dat het speelveld 23,77 meter lang en voor enkelwedstrijden 8,23 meter breed en voor dubbelwedstrijden 10,97 meter breed dient te zijn.⁴ Zou het niet voor de hand liggen om ook voor het voetbal tot wat meer eenheid te komen?

Als daarvoor gezorgd zou worden, zou dat waarschijnlijk gebeuren onder druk van een internationale organisatie, in dit geval de FIFA (de wereldvoetbalbond). In feite is er dan sprake van harmonisatie van de (spel-)regels. Die harmonisatie kan geschieden doordat de internationale organisatie verplicht de nationale regels aan te passen, maar het is goed mogelijk – en misschien ook wel waarschijnlijk – dat de *verplichte* harmonisatie beperkt blijft tot die regels die gelden voor internationale wedstrijden. Indien de wijziging door de nationale bond echter *onverplicht* wordt doorgetrokken naar zuiver nationale gevallen – de wedstrijden van mijn

vroegere voetbalvereniging Sint George tegen andere plaatselijke amateurverenigingen – kan worden gesproken van ‘spontane harmonisatie’.

Over deze ‘spontane harmonisatie’,⁵ ofwel aanpassing van nationale regels aan internationale regels zonder dat daartoe een verplichting bestaat, wil ik het in deze rede hebben, maar dan toegespitst op het gebied van het contracten- en consumentenrecht en op regels van de Europese Unie.^{6,7}

2. Recht en regelgeving als systeem

Het recht is gericht op de behandeling van casus, en die casus moeten, althans volgens een continentaal jurist, op systematische en logische wijze worden opgelost.⁸ Het systeem staat aanpassingen aan nieuwe ontwikkelingen toe, maar het uitgangspunt is toch dat het recht een coherent systeem vormt met eenduidige antwoorden.⁹ Het systeem moet leiden tot duidelijkheid en een grote mate van rechtszekerheid voor rechtzoekenden en voor de andere bij een procedure betrokken actoren, zoals rechters en advocaten.¹⁰

Gezien deze nadruk op het recht als systeem en op het systematische karakter van dat recht is het niet verwonderlijk dat zeker continentale juristen gruwen van inconsistenties in regelgeving. Inconsistenties ontstaan wanneer er verschillende regels gelden voor op elkaar gelijkende situaties, zonder dat voor die verschillen goede redenen bestaan. De inconsistenties verstoren het beeld dat het recht een samenhangend geheel van rechtsregels vormt. Zij maken de uitslag van een juridische procedure moeilijk voorspelbaar en staan in de weg aan de zo gewenste systematisering van het recht. Anders gezegd: inconsistenties in het recht bedreigen de coherentie van het recht als systeem.

Die inconsistenties zijn echter niet geheel te voorkomen. Recht is mensenwerk, en dus worden bij het opstellen van rechtsregels fouten gemaakt. Vrijwel steeds zijn bij het opstellen van nieuwe regels verschillende actoren betrokken, zoals ministeries, parlement en lobbyende belangenorganisaties. Het bewaken van de coherentie van het systeem is al lastig op nationaal niveau, maar nog veel moeilijker op Europees niveau.¹¹ In een zo complexe wereld ligt het voor de hand dat regels niet optimaal op elkaar zijn afgestemd. Het is dan aan de rechter, en in diens voetsporen aan de wetenschap, om de inconsistenties zoveel mogelijk ‘weg te interpreteren’ door te wijzen op overeenkomsten en verschillen tussen de conflicte-

SPONTANE HARMONISATIE

rende bepalingen en vast te stellen welke bepaling de regel en welke de uitzondering is.

Tot een jaar of twintig geleden raakte dit alles het privaatrecht nauwelijks. Het karakter van het privaatrecht is echter fundamenteel veranderd met de invoering, vanaf de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw, van Europese richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht, milieurecht, verzekeringsrecht en gelijkebehandelingsrecht, en met de deregulering van vroegere overheidsmonopolies op het gebied van post en telecommunicatie, energie en vervoer.¹² Deze regelgeving betreft in steeds grotere mate niet alleen afgezonderde marktsegmenten, maar raakt meer en meer het hart van het vermogensrecht.

3. Invloed van Europese regelgeving op de coherentie van het nationale recht

Een steeds groter wordend deel van het vermogensrecht is inmiddels (mede) gebaseerd op uit Brussel afkomstige regelgeving. Hierdoor ontstaat een 'Europees' privaatrecht dat als zodanig lang niet altijd consistent is.¹³ De Europese privaatrechtelijke regelgeving dwingt tot aanpassing van het nationale recht en doorbreekt daarmee de met de invoering van het nieuwe BW nagestreefde consistentie van het privaatrecht. Zo heeft de wetgever beoogd een duidelijke afbakening tussen nietige en vernietigbare rechtshandelingen te scheppen; in Europese regelgeving worden echter termen gehanteerd als (bedingen die de consument) 'niet binden'. Terwijl het naar Nederlands recht gaat om vernietigbare afwijkingen van het recht, dwingt de rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁴ de rechter tot het ambtshalve buiten toepassing laten van de 'niet-bindende' contractuele bedingen. Dat lijkt meer op nietigheid dan op vernietigbaarheid.¹⁵

In dit soort gevallen dwingt de Europese privaatrechtelijke regelgeving tot aanpassing van het nationale recht. Door de inpassing van het Europese privaatrecht in het nationale recht ontstaan 'eilandjes' van Europees recht in een verder niet geharmoniseerd nationaal privaatrecht. De inpassing van de nieuwe regel in het bestaande systeem 'wringt' en veroorzaakt een zekere 'irritatie' in het bestaande nationale systeem: door de opname van de nieuwe regel ontstaan allerlei nieuwe, onverwachte vragen die samenhangen met de rol die de nieuwe regel moet vervullen in het bestaande recht.¹⁶

De overname van onbekende rechtsfiguren kan positief of negatief worden gevonden, maar leidt vrijwel steeds tot ‘irritatie’ in het bestaande recht: de eenheid van het nationale recht wordt er soms in geringe, soms in sterke mate door doorbroken, en vaak geschiedt dat op volkomen onvoorspelbare wijze.¹⁷ Dat brengt mee dat de Europese regelgeving de coherentie van het eigen nationale systeem in gevaar kan brengen.

4. Bevoegdheid tot en wenselijkheid van Europese codificatie?

Zo bezien leidt harmonisatie weliswaar op detailgebied tot een in alle Europese rechtsstelsels uniforme regeling van deelonderwerpen, maar leidt zij binnen die rechtsstelsels tot fragmentatie tussen wel en niet geharmoniseerde onderwerpen.¹⁸ De ogenschijnlijk beste manier om aan die fragmentatie een einde te maken, is door *alle* onderwerpen te uniformeren.¹⁹ Anders gezegd, de vraag rijst of het Europees vermogensrecht niet (uiteindelijk) volledig geharmoniseerd zou moeten worden in de vorm van een Europees Burgerlijk Wetboek. In de uitgewerkte vorm van deze rede zal ik uiteenzetten dat die vraag, wat mij betreft, alleen dan positief beantwoord kan worden indien in een dergelijke regeling voldoende aandacht is besteed aan waarden als maatschappelijke solidariteit, waarden die tot dusver in het Europees privaatrecht minder voorop hebben gestaan dan in de nationale rechtsstelsels.²⁰ Bovendien zal voor een eventueel Europees BW een afzonderlijk verdrag noodzakelijk zijn, daar het EG-verdrag thans onvoldoende basis voor de uitvaardiging van een dergelijke regeling biedt. Het duurt dus nog wel even voordat een dergelijk Europees BW van kracht zal worden.

5. Toelaatbaarheid en wenselijkheid van spontane harmonisatie

Of er nu in de toekomst wel of geen Europees BW ontstaat, al dan niet naast het bestaande nationale recht, waarschijnlijk zullen we nog gedurende lange tijd rekening moeten houden met de verstorende werking die het Europees privaatrecht heeft op het nationale systeem.²¹ Die verstorende werking van het Europese recht doet zich vooral gevoelen bij de inpassing van regels van Europese origine in het bestaande nationale systeem. De wetgever is gehouden de nieuwe Europese regels

SPONTANE HARMONISATIE

loyaal om te zetten in nationale wetgeving. Het nationale recht heeft dan de keuze om de irritatie, de verstoring van de coherentie van het eigen systeem, voor lief te nemen, of deze aan te pakken door de bestaande nationale regelgeving aan te passen aan de Europese regeling, ook wanneer de richtlijn daartoe niet dwingt. *Spontane* harmonisatie dus.

Tegen spontane harmonisatie pleit dat zij een verdere inbreuk lijkt te vormen op de nationale soevereiniteit. Spontane harmonisatie gebeurt echter uitsluitend op vrijwillige basis; een *verplichting* om het nationale recht aan te passen aan het Europese recht geldt uitsluitend op die gebieden waarvoor Europees recht tot stand is gekomen.²² Daarvan is op het niet-geharmoniseerde terrein nu juist geen sprake. Het Europese recht verzet zich er in beginsel ook niet tegen dat de Europese regel als *regel van nationaal recht* wordt toegepast op niet onder het geharmoniseerde terrein vallende situaties. *Of* wordt overgegaan tot spontane harmonisatie is daarmee uitdrukkelijk een zaak voor de nationale wetgever of rechter: het Europese recht bemoeit zich daar niet mee.²³ Spontane harmonisatie zal dan ook alleen plaatsvinden indien de nationale wetgever of rechter dit wenselijk en mogelijk acht. In dit opzicht kan de irritatie die de Europese regeling veroorzaakt ook positief worden gezien: ze kan ertoe leiden dat verouderde concepten in het nationale recht heroverwogen worden en dat nieuwe, wellicht meer sociale elementen het privaatrecht binnenkomen.²⁴

De vraag of spontane harmonisatie wenselijk is, is daarmee in de eerste plaats een vraag voor de nationale wetgever.

6. Spontane harmonisatie door de wetgever

Verdient het aanbeveling voor de nationale wetgever om het nationale recht op niet-geharmoniseerde terreinen in overeenstemming te brengen met het Europese recht, zodat de coherentie van het nationale recht in ieder geval gedeeltelijk kan worden hersteld? Of kan de wetgever er beter voor kiezen om de Europese eilandjes binnen het nationale recht vooral zo, dus als geïsoleerde eilandjes, te benaderen?

De Nederlandse wetgever heeft de neiging om voor de tweede optie te kiezen.²⁵ Een voorbeeld daarvan biedt de implementatie van richtlijnen die een bedenktijd kennen. In het algemeen wordt in het Nederlandse recht ten aanzien van

verklaringen de ontvangsttheorie gehanteerd. Dat brengt met zich dat de rechtshandeling pas voltooid is indien de verklaring door de wederpartij is ontvangen.²⁶ In de colportagerichtlijn,²⁷ de *timeshare*-richtlijn²⁸ en de richtlijn financiële diensten op afstand²⁹ is daarentegen uitdrukkelijk bepaald dat indien de consument de ontbindingsverklaring gedurende de bedenktijd heeft verzonden, dit tot ontbinding van de overeenkomst leidt. Dat betekent dat, in afwijking van het gewone Nederlandse recht, voor de tijdens de bedenktijd afgelegde ontbindingsverklaring niet de ontvangsttheorie, maar de verzendtheorie dient te worden gehanteerd.

De Nederlandse wetgever heeft voor de hier bedoelde regelingen de verzendtheorie trouw gecodificeerd in de desbetreffende omzettingsregelingen. Ook de richtlijn koop op afstand³⁰ kent een bedenktijd, maar deze richtlijn zwijgt over de vraag of een tijdens de bedenktijd verzonden ontbindingsverklaring haar werking heeft indien zij pas na het aflopen van de bedenktijd wordt ontvangen. De Nederlandse regering was hierover bij de behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn koop op afstand duidelijk: nu de richtlijn zwijgt, is Nederland vrij om te doen wat het wil. Artikel 3:37 lid 3 BW brengt dan volgens de regering mee dat een ontbindingsverklaring die tijdens de bedenktijd is verzonden, maar pas na het verstrijken daarvan aankomt bij de geadresseerde, in beginsel geen werking heeft.³¹ In het kader van deze rede is niet zozeer relevant of de regering hiermee gelijk heeft.³² Waar het hier echter thans op aankomt, is dat de Nederlandse wetgever er duidelijk voor gekozen heeft om op dit punt de gewone regels van het nationale recht toe te passen in een situatie waarin hij ook de Europese regel had kunnen doortrekken naar een verwant terrein. Ook voor de bedenktijd bij de koop van woningen is met zoveel woorden gekozen voor toepassing van de ontvangsttheorie, omdat toepassing van de verzendtheorie, volgens de wetgever, te zeer afbreuk zou doen aan het gerechtvaardigde belang van de verkoper om zo spoedig mogelijk zekerheid te hebben omtrent de bestendigheid van de koopovereenkomst.³³ De wetgever heeft er bij deze twee bedenktijden kennelijk voor gekozen om de afwijking van het 'zuiver' nationale recht zo beperkt mogelijk te houden. Dat daarmee incoherentie binnen het Nederlands recht als geheel is ontstaan, is daarbij op de koop toe genomen.

Nu moet worden erkend dat welke keuze de wetgever ook zou maken, dit zou leiden tot incoherenties, nu in het door het Europese recht aangepaste nationale recht meestal gebruik moet worden gemaakt van de ontvangsttheorie, maar soms van de verzendtheorie. Het zal echter duidelijk zijn dat één categorische uitzonde-

SPONTANE HARMONISATIE

ring voor alle verklaringen die betrekking hebben op ontbinding tijdens een bedenktijd beter hanteerbaar is voor de praktijk (en beter uit te leggen aan de Nederlandse burger) dan een uitzondering die voor sommige bedenktijden wel, en voor sommige bedenktijden niet geldt.

De incoherentie kan natuurlijk ook op fundamentele schaal worden bestreden: de wetgever kan ervoor kiezen om geen specifieke uitzonderingen op de hoofdregel te formuleren, maar om hier de hoofdregel zelf te wijzigen. Waarom zou de in artikel 3:37 lid 3 BW vervatte ontvangsttheorie niet kunnen worden vervangen door een regel inhoudende dat een verklaring in beginsel haar werking heeft als de afzender bewijst dat die verklaring tijdig is verzonden én dat zij de geadresseerde ook heeft bereikt? De praktijk heeft ten aanzien van de rechtsgeldigheid van verklaringen vooral behoefte aan duidelijkheid en rechtszekerheid. De *inhoud* van de geldende regel lijkt daarbij ondergeschikt te zijn aan het belang van rechtszekerheid. In de praktijk zal het in het overgrote deel van de gevallen ook niet uitmaken of de verzend- dan wel de ontvangsttheorie als hoofdregel geldt, daar de verklaring in het normale geval volgens beide theorieën rechtsgeldig is, dan wel volgens beide theorieën werking ontbeert. (Simpel gezegd: die brief is angekommen, of niet.) Bovendien gaat het hier om aanvullend recht en kunnen partijen dus desgewenst zelf andersluidende afspraken maken.

Duidelijk is dat de wetgever deze fundamentele keuze niet (opnieuw) onder ogen heeft willen zien. Dat is op zichzelf wel begrijpelijk, aangezien de hercodificatie van het burgerlijk recht nog maar kort geleden is afgerond, en deze op sommige gebieden ook nu nog niet is voltooid. De natuurlijke, zo u wilt conservatieve, reactie is dan om een dergelijke keuze af te houden.³⁴

7. Spontane harmonisatie door de rechter

Dat betekent echter niet dat de vraag hoe moet worden omgegaan met de Europese eilandjes binnen ons nationale recht, steeds kan worden genegeerd. Wanneer de wetgever die vraag niet onder ogen wil zien, kan de rechter ervoor komen te staan. Spontane harmonisatie door de rechter zal kunnen plaatsvinden door analoge interpretatie: regels en beginselen van Europees recht worden door de nationale rechter toegepast op een niet-geharmoniseerd deel van het vermogensrecht

om ongewenste inconsistenties tussen het wel en het niet geharmoniseerde deel van het vermogensrecht weg te nemen.³⁵

Van een verplichting tot analoge of richtlijnconforme interpretatie van het recht voor niet door een richtlijn bestreken gevallen is geen sprake: in een zaak betreffende de handel in en het gebruik van bestrijdingsmiddelen heeft het Hof van Justitie met zoveel woorden duidelijk gemaakt dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie alleen geldt voor zover het door een rechter te beslissen geval onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt.³⁶ Dat betekent ook dat bepalingen van het niet-geharmoniseerde deel van het vermogensrecht alleen dan richtlijnconform zullen worden uitgelegd indien de nationale rechter dit wenselijk en mogelijk acht. Het gaat dan dus om spontane harmonisatie, harmonisatie op vrijwillige basis.

Of een rechter overgaat tot spontane harmonisatie, hangt vooral af van de vraag in hoeverre het niet-geharmoniseerde deel van het vermogensrecht de ruimte biedt voor spontane harmonisatie en in hoeverre de rechter daartoe bereid is.³⁷ De ruimte daartoe ontbreekt veelal indien sprake is van een duidelijke en concrete regel. De toepassing van de ontvangsttheorie van artikel 3:37 lid 3 BW op de ontbindingsverklaring bij de koop van woningen lijkt hiervan een mooi voorbeeld te zijn. Het zou merkwaardig zijn om voor alle bedenktijden de verzendtheorie te hanteren, met uitzondering van de bedenktijd bij de koop van woningen. Toepassing van de verzendtheorie op deze situatie is echter duidelijk in strijd met de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever. Spontane harmonisatie is hier alleen mogelijk door de wettelijke regel buiten toepassing te laten. Het lijkt mij dat een dergelijke stap zelfs voor de in dit opzicht vaak liberale Nederlandse rechter er één te ver is. Spontane harmonisatie is hier eigenlijk alleen door de wetgever mogelijk.

In gevallen waarbij we te maken hebben met meer open normen is de ruimte voor spontane harmonisatie groter. Ik beperk me vandaag tot één voorbeeld. In tal van Europese richtlijnen is het zogenaamde ‘transparantiebeginsel’ opgenomen.³⁸ Volgens dit beginsel dient een professionele verkoper of dienstverlener zich jegens de consument in ‘begrijpelijke en duidelijke taal’ uit te drukken. Het transparantiebeginsel is onder meer in artikel 6:238 lid 2 BW opgenomen voor het geval algemene voorwaarden tegenover een consument worden gehanteerd. De bepaling is in het BW opgenomen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, maar is niet van toepassing op gevallen waarin de wederpartij zelf in de uitoefening van beroep of bedrijf handelt. Dat betekent echter niet dat de profes-

SPONTANE HARMONISATIE

sionele wederpartij geen behoefte zou hebben aan begrijpelijke, duidelijke algemene voorwaarden. De bepaling van artikel 6:238 lid 2 BW leent zich voor analoge toepassing op deze situatie.

In het verbintenissenrecht komen echter nog veel meer mededelings- en informatieplichten voor. De ingebrekestelling dient ertoe de schuldenaar ervan op de hoogte te stellen dat deze tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen en om hem duidelijk te maken dat de schuldeiser wil dat de schuldenaar alsnog tot nakoming overgaat.³⁹ Een in onduidelijke of onbegrijpelijke bewoordingen gestelde ingebrekestelling kan deze functie niet vervullen en zal dus zonder gevolg blijven. Toepassing van het transparantiebeginsel brengt dan met zich dat een dergelijke mededeling niet als een ingebrekestelling in de zin van de wet kan worden beschouwd en dat de schuldenaar niet in verzuim geraakt indien hij niet alsnog binnen de gestelde termijn tot nakoming overgaat. Exit mogelijkheid om vertragingsschade te claimen of om de overeenkomst te ontbinden. Zo zou ook een onduidelijke ontbindingsverklaring niet tot ontbinding moeten kunnen leiden. En wanneer een opdrachtnemer op redelijke gronden weigert om een aanwijzing van de opdrachtgever uit te voeren, zal hij zowel de weigering als de gronden daartoe in begrijpelijke taal aan zijn opdrachtgever moeten mededelen. Doet hij dat niet, dan moet de situatie mijns inziens op dezelfde wijze worden behandeld als die waarin in het geheel geen redelijke grond voor de weigering bestond en pleegt de opdrachtnemer dus wanprestatie omdat hij op grond van artikel 7:402 BW in beginsel gehouden is de aanwijzing van de opdrachtgever gewoon op te volgen. De volgens mij op dit punt gewenste spontane harmonisatie door de rechter zal in deze gevallen dus directe gevolgen hebben voor het contractuele aansprakelijkheidsrecht.

8. Negatieve spontane harmonisatie⁴⁰

Spontane harmonisatie zal, zoals gezegd, slechts plaatsvinden indien de wetgever of rechter de door het Europese recht geboden oplossing ook aantrekkelijk vindt om toe te passen op een niet-geharmoniseerd deel van het recht. Omdat de spontane harmonisatie leidt tot een meer coherent systeem, zal ze in veel gevallen positief kunnen worden beoordeeld. Dit is echter niet altijd het geval. Dat brengt mij bij mijn laatste punt, dat van de *negatieve* spontane harmonisatie.

Spontane harmonisatie zal in veel gevallen leiden tot een uitbreiding van de bescherming van zwakkere contractspartijen. Spontane harmonisatie kan echter ook een stap terug betekenen in de bescherming van zwakke contractspartijen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de al bestaande nationale regeling een reeks rechten toekent aan een consument, maar een latere Europese regeling consumenten alleen *bepaalde* rechten toekent. Bij volledige harmonisatie heeft de wetgever uiteraard geen keus, maar bij minimumharmonisatie *behoeft* hij in een dergelijk geval bestaande rechten niet in te perken. Waar hij dat wel doet, zou men van 'negatieve spontane harmonisatie' kunnen spreken.

Een eerste voorbeeld biedt de implementatie van de richtlijn consumentenkoop. De richtlijn kent een rangorde toe aan de sancties die de consument-koper heeft in het geval van non-conformiteit. Op grond daarvan zou de koper de verkoper in eerste instantie in staat moeten stellen om de zaak te repareren of te vervangen. Pas indien deze er niet in slaagt om het herstel of de vervanging te doen plaatsvinden binnen een redelijke termijn en zonder de koper ernstige overlast te berokkenen, staat volgens de richtlijn de mogelijkheid tot ontbinding of prijsvermindering open.⁴¹ Voordat deze richtlijn werd omgezet, kende het Nederlandse recht een dergelijke rangorde niet voor de (consumenten-) koop, maar het op dat moment bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel tot regeling van de aanneming van werk bevatte een soortgelijke voorrang voor het recht op herstel boven dat op ontbinding.⁴² Bij Nota van Wijziging is de implementatiewet in soortgelijke zin aangepast, ofschoon de richtlijn daar niet toe dwong. Waar ontbinding onder het sinds 1992 geldende recht – in ieder geval wanneer sprake was van een fatale termijn – direct tot de mogelijkheden behoorde, is dat thans op grond van artikel 7:22 lid 2 BW voor een consumentenkoop niet langer het geval.⁴³ In dit geval worden onder invloed van een Europese richtlijn bestaande rechten van de consument ingeperkt, waardoor diens positie vergelijkbaar is met de positie van een consument-opdrachtgever én de professionele opdrachtgever onder de thans geldende regeling voor een overeenkomst tot aanneming van werk. Opmerkelijk is overigens dat tegelijk met deze negatieve spontane harmonisatie ook een verdere *verstoring* van de eenheid van het nationale recht is opgetreden, aangezien de wetgever de rangorde *niet* heeft ingevoerd voor koopovereenkomsten die niet onder de regeling van de consumentenkoop vallen. Vanuit het oogpunt van coherentie van regelgeving lijkt een aanpassing van de wettelijke regeling van de niet-consumentenkoop gewenst.⁴⁴

SPONTANE HARMONISATIE

Een tweede voorbeeld betreft de uitleg van de term ‘consument’ zelf. In vrijwel alle regelingen op het gebied van het consumentenrecht wordt uitgegaan van een eenduidig begrip ‘consument’: de consument is een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden die niet gelegen zijn in de uitoefening van een beroep of bedrijf.⁴⁵ Op degene die stelt als consument te handelen, rust daarvan de bewijslast.⁴⁶ Bij overeenkomsten die zowel voor privé-doeleinden als voor zakelijke doeleinden gesloten kunnen zijn, zoals de koop van een computer, zal veelal uit de omstandigheden van het geval kunnen worden afgeleid welke bestemming de koper aan de gekochte zaak wil geven. Problematisch is het indien de zaak zich niet alleen leent om te worden gebruikt voor zowel privé- als zakelijke doeleinden, maar de koper de gekochte zaak ook daadwerkelijk voor beide doeleinden bestemt: de gekochte computer wordt gebruikt om er fanatiek via het internet mee te *gamen*, maar ook als tekstverwerker, bijvoorbeeld voor het schrijven van een oratie. De vraag rijst of in een dergelijk geval het feit dat met de sluiting van de overeenkomst *tevens* beroepsmatige doeleinden worden gediend, meebrengt dat de koper geen consument is en dus niet wordt beschermd. In een dergelijke situatie is de koper niet deskundiger dan een ‘gewone’ consument, verkeert hij ook niet in een betere onderhandelingspositie dan een gewone consument en zal hij de zaak ook mede gebruiken voor privé-doeleinden. Naar geldend Nederlands recht wordt daarom in het algemeen aangenomen dat zolang het zakelijk gebruik van de zaak niet de overhand heeft, de consumentenbescherming van kracht blijft.⁴⁷

De vraag is inmiddels ook aan de orde gekomen in het recente Gruber-arrest van het Hof van Justitie.⁴⁸ In deze zaak had de Oostenrijker Gruber bij een bedrijf in Duitsland dakpannen gekocht ten behoeve van zijn boerderij, die voor 60% als woonruimte en voor 40% als bedrijfsruimte werd gebruikt. Gruber ontbond de overeenkomst wegens wanprestatie en vorderde terugbetaling van de koopprijs en aanvullende schadevergoeding. Volgens de hoofdregel van artikel 2 van het EEX zou hij daarvoor in principe naar de Duitse rechter moeten gaan. Gruber stelde echter dat hij een consument in de zin van artikel 13 EEX was en voldeed aan de overige in dat artikel gestelde voorwaarden, zodat in dit geval ook de Oostenrijkse rechter bevoegd was en hij dus gewoon in eigen land kon procederen. De vraag of Gruber als consument kon worden beschouwd, werd voorgelegd aan het Hof van Justitie. Het Hof stelde voorop dat wanneer een persoon contracteert in verband met zijn beroepsactiviteit, hij wordt geacht in een gelijkwaardige onderhandelingspositie te verkeren als zijn wederpartij, zodat toepassing van de consumentenbe-

schermende bepalingen van de oude artikelen 13-15 EEX niet gerechtvaardigd is. Dat is niet anders indien de overeenkomst mede voor privé-doeleinden is gesloten, aldus het Hof. Dat brengt mee dat indien een persoon bij de sluiting van een overeenkomst zowel voor privé- als voor beroepsmatige doeleinden contracteert, hij zich in beginsel niet op deze bepalingen kan beroepen, tenzij de partij die zich op de consumentenbescherming beroept, bewijst dat de beroepsmatige activiteit bij de overeenkomst in kwestie slechts een onbetekenende rol speelt.⁴⁹ In een verhouding van 60-40%, zoals in het Gruber-arrest het geval is, is het zakelijke karakter zeker niet 'onbetekenend': daarvoor moet mijns inziens worden gedacht aan in ieder geval minder dan 25% van de transactie. Het Hof begon zijn motivering met de opmerking dat een restrictieve uitleg van het begrip 'consument' steun vindt in de definitie van het begrip, nu het begrip uitdrukkelijk in restrictieve bewoordingen en negatief is geformuleerd: iemand is alleen dan een consument indien de overeenkomst gesloten is voor een gebruik dat niet-beroepsmatig is. Die negatieve formulering treffen we ook aan in nagenoeg alle Europese richtlijnen. Dat doet vermoeden dat de betekenis van het arrest verder reikt dan alleen het internationaal privaatrecht.

Als we het Gruber-arrest toepassen op het geval waarin iemand een computer koopt om deze te gebruiken voor zowel het schrijven van een oratie als voor het doen van spelletjes via internet, dan betekent dat deze koper geen consument in de zin van het Europese recht is. Daarmee is de richtlijn consumentenkoop en de daarin vervatten consumentenbescherming niet van toepassing. Verdedigbaar is dat de positie van deze 'niet-consument' niet geraakt wordt door het Europese recht.⁵⁰ Voor het niet door een richtlijn bestreken deel van het recht is de bevoegdheid van een lidstaat om een aangelegenheid te regelen zoals het hem goeddunkt, niet ingeperkt. In deze optiek zou het Nederland vrijstaan om het begrip 'consument' ruimer te definiëren dan op grond van de richtlijn verplicht is. Zo bezien, *behoeft* de restrictieve uitleg van het begrip 'consument' geen gevolgen te hebben voor de reikwijdte van de consumentenbescherming op nationaal niveau.

Indien een rechter echter wat dit betreft tot spontane harmonisatie zou overgaan, zou de koper niet als consument kunnen worden aangemerkt, zodat de dwingendrechtelijke bescherming van de regeling van de consumentenkoop niet van toepassing zou zijn. Ik vermoed dat het Gruber-arrest inderdaad op nationaal niveau zal worden aangegrepen om ook in Nederland het begrip 'consument' enger te interpreteren en bij overeenkomsten met een gemengd privé- en beroeps-

SPONTANE HARMONISATIE

of bedrijfsmatig karakter in beginsel aan te nemen dat de consumentenbeschermende bepalingen niet van toepassing zijn, ongeacht de vraag of het nu gaat om een geharmoniseerd rechtsgebied of een terrein waarbij alleen sprake is van nationale consumentenbescherming. Als dat vermoeden werkelijkheid blijkt te worden, is het Gruber-arrest een duidelijke stap terug ten opzichte van het streven naar een socialer Europa. In dit geval is mijns inziens spontane harmonisatie dan ook niet gewenst.⁵¹

9. Conclusie

Ik kom tot een afronding. Spontane harmonisatie geschiedt volledig op vrijwillige basis: vanuit het Europese recht bestaat geen enkele verplichting om het niet door een harmoniserende regeling getroffen recht aan te passen aan wel geharmoniseerde regels. Spontane harmonisatie zou daarom alleen dan moeten plaatsvinden indien de wetgever of rechter dat als wenselijk voorkomt. Spontane harmonisatie lijkt goed mogelijk op het gebied van de talloze informatieplichten die in het contractenrecht gelden: voor elk van deze mededelingen en verklaringen lijkt toepassing van het Europese transparantiebeginsel – zeg het in duidelijke en begrijpelijke woorden – gewenst.

Of *negatieve* spontane harmonisatie wenselijk is, is minder duidelijk. De invoering van de rangorde voor de remedies die de consumentkoper heeft bij non-conformiteit, is in lijn met de algemene tendens om de ontbindingsbevoegdheid te beperken. Het is in mijn ogen echter niet aanvaardbaar om de rechten van de consument hier te beperken, maar de rechten van de professionele koper in tact te laten. De wel zeer restrictieve uitleg die het Hof van Justitie aan het begrip ‘consument’ geeft voor gevallen waarin de koper of opdrachtgever voor zowel privé- als beroepsmatige doeleinden contracteert, zou mijns inziens niet moeten worden gevolgd. Een dergelijke koper of opdrachtgever zal in de regel immers niet deskundiger zijn dan de meeste andere consumenten. Dit laatste voorbeeld geeft aan dat de wetgever of rechter niet blind moet zijn voor de gevolgen van de spontane harmonisatie: ook hier past enige voorzichtigheid. De vraag of aanpassing aan het Europese recht in de gegeven omstandigheden gewenst is, dient per afzonderlijk geval te worden beantwoord.

De bereidheid voor wetgevers en rechters om over te gaan tot spontane harmonisatie hangt mede af van de vraag of het Europees contractenrecht eenduidige en coherente regels kent. Zoals gezegd, is dat helaas nog lang niet altijd het geval. Dat maakt het voor de nationale wetgever of rechter moeilijk om tot spontane harmonisatie over te gaan: *welke* van de onderling tegenstrijdige Europese regels zou moeten worden overgenomen? Een meer coherent Europees contractenrecht zou in dit opzicht het animo voor spontane harmonisatie ongetwijfeld doen verbeteren. In dit verband kan het streven van de Europese Commissie om door middel van het Gemeenschappelijk Referentiekader te komen tot een meer coherent Europees contractenrecht slechts worden toegejuicht. Aangenomen mag worden dat hierdoor het belang van spontane harmonisatie in de toekomst alleen maar groter zal worden.

In deze rede ben ik niet ingegaan op een ander mogelijk gevolg van spontane harmonisatie. Zoals gezegd, staat niet alleen de Nederlandse wetgever of rechter voor de vraag hoe hij moet omgaan met de inconsistenties in het nationale recht die het gevolg zijn van de implementatie van Europese richtlijnen: hetzelfde geldt voor de Duitse, de Griekse en de Litouwse wetgevers en rechters. Ook deze zullen in voorkomende gevallen kunnen overgaan tot spontane harmonisatie. Wanneer dit op grote schaal zou gebeuren, zouden de rechtsstelsels van de landen van de Europese Unie, zonder dat de lidstaten daartoe verplicht zijn, naar elkaar toe groeien. Harmonisatie van onderaf dus. Daarmee zou het *acquis communautaire* indirect de basis kunnen worden van een nieuw *ius commune*, ongeacht de vraag of een Europees Burgerlijk Wetboek nu wel of niet tot stand komt. Dat is, wat mij betreft, een prikkelend vooruitzicht voor het rechtswetenschappelijk onderzoek in de komende jaren.

10. Dankwoord

Dames en heren, in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen is onlangs het protocol voor oraties aangepast: thans is het in het barre noorden niet langer toegestaan om aan het einde van een oratie een dankwoord uit te spreken.⁵² Voor spontane harmonisatie op dit punt zie ik evenwel geen enkele reden. Graag maak ik daarom gebruik van de gelegenheid om mij tot enkele personen te richten.

SPONTANE HARMONISATIE

Ik richt me in de eerste plaats tot de Heer. Ik dank U dat ik hier mag staan en ik hoop dat ik vanuit dit ambt aan Uw werk kan bijdragen.

Ik ben de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam dankbaar voor het in mij gestelde vertrouwen. De instelling van een nieuwe leerstoel Privaatrecht met bijzondere aandacht voor het Europees Consumentenrecht geeft aan dat de faculteit, ook in een tijd waarin het minder gaat met de economie, het sociale karakter van het recht een warm hart toedraagt. Ik ben blij te mogen werken bij een dergelijke instelling. De collega's aan de faculteit, en in het bijzonder die van de Afdeling Privaatrecht A en het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, dank ik voor het warme welkom dat ik 4 jaar geleden mocht ontvangen en voor de goede contacten die ik in de afgelopen jaren met hen heb mogen opbouwen. Tezamen met Jacobien Rutgers hebben Martijn Hesselink, Edgar du Perron en Arthur Salomons mij bijna 4,5 jaar geleden naar Amsterdam gehaald; hoewel ik het in Tilburg altijd erg naar mijn zin heb gehad, heb ik geen moment spijt gehad van mijn keuze. Het is fijn om met hen en met Barbara Reinhartz en Jannet Pontier leiding te mogen geven aan de Afdeling Privaatrecht A. Marieke Oderkerk is van onschatbare hulp geweest bij het doen functioneren van het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht. Het was een genoegen om de afgelopen jaren tezamen met Yolanda Bos, Gerard de Vries, Roon Wiersma en Diana Dankers het vak Contractenrecht te geven. De onderlinge bereidheid om van elkaar taken over te nemen, waardeer ik zeer. Mijn vroegere collega's in Utrecht en Tilburg dank ik voor de tijd die ik bij hen mocht doorbrengen en voor de vele dingen die ik van hen heb mogen leren.

Dear Rui, Chantal, Izabela, Aneta, Joasia, and Sacha. You are the future of legal science in Europe. It is a great joy to be able to contribute to your further development as scholars, lawyers and, possibly, as persons.

Beste Ewoud. In het voorwoord van mijn proefschrift heb ik jou bedankt voor het in mij gestelde vertrouwen. Die dank herhaal ik vandaag. Zonder jouw vertrouwen in mij zou ik nooit in de wetenschap zijn terechtgekomen of daarin zijn gebleven. Je hebt mij ook op het pad van de rechtsvergelijking gezet en hebt mij laten zien hoe mijn werk hierdoor beter en interessanter kan worden. Dat het contact tussen ons sinds mijn toetreding tot de redactie van het *Tijdschrift voor*

Consumentenrecht en handelspraktijken weer intensiever is geworden, doet mij veel vreugd. Je blijft in veel opzichten een voorbeeld voor mij.

Beste Maurits. Jij slaagt erin talenten in mensen naar boven te halen die ze zelf niet kennen. Je hebt, door mij in te schakelen bij het Europees BW-project, mij op een pad gezet dat ik uit mijzelf niet zou hebben betreden, maar dat mij de afgelopen jaren veel plezier en intellectuele uitdagingen heeft opgeleverd. Ik heb veel geleerd van onze samenwerking in dat project, de eerste jaren in Tilburg en later vanuit Amsterdam. Onder jouw hoede heb ik mij tot een generalist in het contractenrecht, tot een specialist op het gebied van het dienstverleningsrecht en tot een bestuurder kunnen ontwikkelen, en daar pluk ik nog altijd de vruchten van. Jouw creativiteit is een blijvende bron van inspiratie.

Beste Ivo en Chris. Het is niet ongebruikelijk dat goede collega's ook goede vrienden worden, maar het is daarom niet minder bijzonder. Ik heb altijd genoten van de discussies die wij voerden, met de collega's binnen het Tilburgse Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht of op een van de kamers in het oude Y-gebouw. Gelukkig is het contact de afgelopen jaren, na mijn vertrek naar Amsterdam, niet veel minder geworden. Met Chris onder andere niet doordat hij ten dele mijn rol binnen het Europees BW-project heeft overgenomen, met Ivo niet doordat onze wekelijkse squashsessies steeds een vervolg krijgen in een nabijgelegen café, waar de toestand van de wereld en onze plaats daarin onder het genot van een paar biertjes in alle vertrouwdeheid kan worden besproken.

Lieve papa en mama, Frank, Erica, Cynthia, Linda en Niels. Jullie zijn altijd een rots in de branding geweest op momenten waarin dingen niet gingen zoals ik zou willen. Het is fijn om een thuis te hebben tussen mensen die altijd ruimte voor je hebben. Ik hoop dat ik er ook voor jullie ben wanneer dat nodig is.

Ik draag deze rede op aan de nagedachtenis van mijn eerste leermeester, Roelf Stutterheim, die mij reeds in mijn studententijd stimuleerde kritisch na te denken en die mij de liefde voor het verbintenissenrecht in het algemeen en het consumentenrecht in het bijzonder bijbracht. Roelf heeft het consumentenrecht aan deze faculteit gedoceerd vanaf 1981 tot kort voor zijn overlijden in 2002 en dit altijd in het kader gezet van het recht van en voor de burger. Zijn uitgangspunt daarbij was dat consumentenrecht het noodzakelijk complement was van het ar-

SPONTANE HARMONISATIE

beidsrecht: waarom zou je staken voor een loonsverhoging van *f* 1,00 per maand, terwijl aan de andere kant hetgeen je met dat zuurverdiende geld hebt gekocht binnen enkele weken waardeloos blijkt te zijn, zonder dat je recht op reparatie of ontbinding van de koopovereenkomst hebt of dat recht kunt effectueren vanwege de daaraan verbonden hoge proceskosten. Daarnaast heeft Roelf altijd opgemerkt dat een goed consumentenrecht noodzakelijk is voor een effectieve mededinging en, zo vul ik aan, daarmee voor een efficiënt contractenrecht. Zo bezien is het consumentenrecht dus een essentieel onderdeel van het algemene privaatrecht en, op Europese schaal, noodzakelijk voor een werkelijke interne markt van goederen en diensten. Ik ben dankbaar dat ik Roelfs werk aan de Oudemanshuispoort mag voortzetten.

Ik heb gezegd.

Noten

1. Met dank aan Netty-van Buren-Dee, Ivo Giesen en Martijn Hesselink voor hun kritische kanttekeningen bij eerdere versies van deze tekst. Het onderzoek voor deze rede werd afgesloten op 24 december 2005.
2. Regel 1 van de Spelregels Veldvoetbal, zoals geldend sinds 1 juli 2005, jo. art. 15 lid 1 sub a en art. 20 lid 1 van het Reglement Wedstrijden Amateur Veldvoetbal, laatstelijk gewijzigd in de algemene ledenvergadering amateurvoetbal van 4 juni 2005, resp. jo. art. 3 lid 1 sub b van het Reglement Wedstrijden Betaald Voetbal, laatstelijk gewijzigd in de algemene vergadering betaald voetbal van 30 mei 2005, zie en <http://www.knvb.nl/organisatie/reglementen> (laatstelijk gecheckt op 12 december 2005).
3. Keurt de FIFA dat zomaar goed? Het antwoord blijkt ja te zijn: de genoemde lengtes en breedtes zijn opgenomen in Law 1, The field of play, van de Laws of the Game, zoals gewijzigd tijdens de 119e International Football Association Board (IFAB) meeting in Londen op 26 februari 2005, inwerkingtreding 1 juli 2005, zie (laatstelijk gecheckt op 12 december 2005).
4. Zie (laatstelijk gecheckt op 12 december 2005). De tennisbond geeft aan dat de regels een zo getrouw mogelijke vertaling van de regels van de International Tennis Federation zijn.
5. M.H. Wissink, 'De invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1999, p. 6, spreekt over 'intern doorharmoniseren'; M.H. Wissink, *Richtlijnenconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer, 2001, nr. 15 en 330, over 'spontaan doorharmoniseren'.
6. Spontane harmonisatie komt ook voor op andere terreinen. Een voorbeeld hiervan wordt geboden door de Nederlands Mededingingsautoriteit op het gebied van het nationale mededingingsrecht; zie M.Ph.M. Wiggers, 'Dun ijs? Kraakt het standpunt van de NMa ten aanzien van de toekomstige zorgverzekeraars?', *Ars Aequi* 2005, p. 1010.
7. De term 'spontane harmonisatie' wordt ook gehanteerd voor de vrijwillige aanpassing van nationaal recht aan het recht van een ander land, bijvoorbeeld omdat de daar gehanteerde regel efficiënt of sociaal wenselijk blijkt te zijn; vgl. in deze betekenis R. van den Bergh, 'Forced harmonisation of contract law in Europe: not to be continued', in: S. Grundmann, J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002, p. 264-265. In dat geval is de rechtsregel die gekopieerd wordt niet van internationale aard maar enkel afkomstig uit een ander nationaal rechtstelsel. Een wezenlijk *inhoudelijk* verschil met de in deze rede bedoelde vorm van spontane harmonisatie lijkt evenwel niet te bestaan; kenmerkend voor beide vormen van harmonisatie is dat zij *onverplicht* zijn, d.w.z. niet dwingend zijn opgelegd door een centrale wetgever.

8. J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer, 2005, nr. 5 e.v.
9. Zie hierover M.W. Hesselink, *The new European legal culture*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 9, 11. De systematisering van het recht, zoals deze vooral op het continent plaatsvindt, wordt versterkt en medeveroorzaakt door het codificatie-ideaal; vgl. M.W. Hesselink, 'The ideal of codification and the dynamics of Europeanization: The Dutch experience', *European Law Journal* 2006, afl. 2 (op het moment van het ter perse gaan van deze publicatie nog niet verschenen), onder III.
10. Ook het onderwijs in het privaatrecht wordt gedomineerd door dit systeemdenken; zie Asser-Vranken, nr. 6; Hesselink 2001, p. 17-20.
11. Zie ook D. Staudenmayer, 'The Commission Communication on European contract law: what future for European contract law?', *European Review for Private Law* 2002, p. 255-256; M.W. Hesselink, 'The European Commission's Action Plan: Towards a more coherent European contract law?', *European Review of Private Law* 2004, p. 410.
12. Zie hierover H.-W. Micklitz, 'The concept of competitive contract law', *Penn State International Law Review* 2005, p. 550 en 558.
13. J.M. Smits, 'Toward a multi-layered contract law for Europe', in: S. Grundmann, J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002, p. 389.
14. HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano); HvJ 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-1875, *NJ* 2003, 703 (Cofidis/Fredout).
15. Vgl. in deze zin ook M.W. Hesselink, 'The European Commission's Action Plan: Towards a more coherent European contract law?', *European Review of Private Law* 2004, p. 405-409.
16. Zie G. Teubner, 'Legal irritants: good faith in British law', *Modern Law Review* 1998, p. 12; W. Van Gerven, 'A common law for Europe: the future meeting the past?', *European Review of Private Law* 2001, p. 490-491; J.M. Smits, 'Toward a multi-layered contract law for Europe', in: S. Grundmann, J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002, p. 389. Van Gerven spreekt in dit verband van de duistere kant van harmonisatie en van een de-harmoniserend of verstorend effect van het Europese privaatrecht.
17. Vgl. J.M. Smits, 'Toward a multi-layered contract law for Europe', in: S. Grundmann, J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002, p. 389.
18. Ph. Hellwege, 'Consumer protection in Britain in need of reform', *Cambridge Law Journal* 2004, p. 713; J.M. Smits, 'Toward a multi-layered contract law for Europe', in: S. Grundmann, J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002, p. 389-390.

19. Th. Kadner Graziano, 'Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa. Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen? Überlegungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2005, p. 531. Ook M.W. Hesselink, 'The European Commission's Action Plan: Towards a more coherent European contract law?', *European Review of Private Law* 2004, p. 412, gaat ervan uit dat het probleem van een gebrekkige coherentie van het privaatrecht alleen dan volledig kan worden opgelost indien de nationale rechtsordes *volledig* geabsorbeerd zullen worden door een gemeenschappelijke Europese rechtsorde. Te recht merkt hij op dat een dergelijke algehele absorptie weinig realistisch is.
20. Vgl. Micklitz, *PSLR* 2005, p. 553.
21. Hesselink 2001, p. 45-46.
22. Wissink, *NTBR* 1999, p. 6. Vgl. ten aanzien van het in dit verband verwante leerstuk van de richtlijnconforme interpretatie uitdrukkelijk HvJ 7 november 1989, zaak 125/88, *Jur* 1989, p. 3533 (Nijman).
23. In deze zin ook W. van Gerven, 'Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?', *European Review of Private Law* 1997, p. 466; Wissink 2001, nr. 62 en 271.
24. Vgl. Th. Wilhelmsson, 'Private law in Europe: harmonised or fragmented Europeanisation?', *European Review of Private Law* 2002, p. 91. In dit verband verdient opmerking dat de bescherming van consumenten een tamelijk nieuw concept is, en dat veel regels waarin die consumentenbescherming centraal staat, van Europese origine zijn.
25. Hesselink, *ELJ* 2006, onder V.A., merkt zelfs op dat 'The Dutch legislator seems to focus exclusively on *initial* coherence and desperately tries to limit the impact of disturbing directives.'
26. Zie art. 3:37 lid 3 BW.
27. Art. 5 lid 1 colportagerichtlijn (richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten, *Pb EG* 1985, L 372/31).
28. Art. 5 lid 2 timesharerichtlijn (richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, *Pb EG* 1994, L 280/83).
29. Art. 6 lid 6 richtlijn financiële diensten op afstand (richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG, *Pb EG* 2002, L 271/16).
30. Art. 6 lid 1 richtlijn koop op afstand (richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *Pb EG* 1997 L 144/19).

31. Nota naar Aanleiding van het Verslag, *Bijl. H.TK.* 1999/2000, 26 861, nr. 5, p. 23-24. Daarbij heeft de regering zich overigens niet de vraag gesteld of, nu de richtlijn dit onderdeel niet met zoveel woorden heeft geregeld, het de nationale wetgever vrijstaat om zelf te bepalen of ten aanzien van deze ontbindingsverklaring de verzendtheorie dan wel de ontvangsttheorie moet worden gehanteerd.
32. Dat dit niet het geval is, heb ik reeds eerder verdedigd; zie M.B.M. Loos, 'Op afstand gesloten overeenkomsten met consumenten', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2001, p. 135, en M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2003, p. 14-15
33. Zie de Memorie van Antwoord Eerste Kamer, *Bijl. H.EK.* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 2. De CDA-fractie in de Eerste Kamer had in de korte duur van deze bedenktijd (3 dagen) juist een argument gezien om de verzendtheorie toe te passen; zie Voorlopig Verslag Eerste Kamer, *Bijl. H.EK.* 200/02, 23 095, nr. 178a, p. 1.
34. Vgl. Hesselink, *ELJ* 2006, onder II.A.
35. W. van Gerven, 'A common law for Europe: the future meeting the past?', *European Review of Private Law* 2001, p. 492, spreekt in dit verband van het 'spill-over effect' van het Europees privaatrecht.
36. Zie HvJ 7 november 1989, zaak 125/88, *Jur* 1989, p. 3533 (Nijman).
37. Vgl. in dit verband ook O. Lando, 'Optional or mandatory Europeanisation of contract law', *European Review of Private Law* 2000, p. 67.
38. Het transparantiebeginsel is opgenomen in art. 5 lid 1 richtlijn oneerlijke contractsbedingen, art. 3 lid 2 richtlijn pakketreizen, art. 4 lid 2 richtlijn koop op afstand, art. 5 en 10 richtlijn elektronische handel (richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel in de interne markt, *Pb EG* 2000, L 178/1) en art. 3 lid 2 richtlijn financiële diensten op afstand. Micklitz, *PSILR* 2005, p. 566-569, stelt dat het transparantiebeginsel een algemeen toepasselijk beginsel van Europees (privaat-)recht is geworden dat inmiddels ook geldt in handelsrelaties (in Euro-jargon: B2B-contracten), zoals bijvoorbeeld het geval is bij de richtlijn elektronische handel en bij de richtlijnen tot liberalisering van de telecomunicatie- en energiemarkten.
39. HR 22 oktober 2004, Rechtspraak van de Week 2004/119 (Schildersbedrijf Endlich/Bouwmachines).
40. Deze paragraaf is een bewerking van M.B.M. Loos, 'Het begrip "consument" in het Europese en Nederlandse privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 771-772.
41. Vgl. art. 3 lid 3 en 5 richtlijn consumentenkoop.
42. Zie *Bijl. H. EK.* 2001/02, 23 095, nr. 178. De desbetreffende bepaling (art. 7.12.8) is inmiddels in werking getreden als art. 7:759 BW.

43. Zie in dit verband nader M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer, 2004, nr. 29.
44. Daarvoor pleiten overigens ook andere argumenten; vgl. Loos 2004, nr. 27, met nadere verwijzingen.
45. Zie bijv. art. 2 van de colportagerichtlijn; art. 2 onder b richtlijn oneerlijke contractbedingen; art. 2 van de *timeshare*-richtlijn; art. 2 richtlijn koop op afstand; art. 1 lid 2 onder a richtlijn consumentenkoop (richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Pb EG* 1999, L 171/12).
46. Zie uitdrukkelijk HvJ 20 januari 2005, zaak C-464/01, Jur. 2005, p. I-439 (Gruber/Bay Wa AG), punt 46.
47. Vgl. Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten I (Koop en ruil)*, Deventer: Tjeenk Willink, zesde druk 2001, nr. 79.
48. HvJ 20 januari 2005, zaak C-464/01, Jur. 2005, p. I-439 (Gruber/Bay Wa AG).
49. HvJ 20 januari 2005, zaak C-464/01, Jur. 2005, p. I-439 (Gruber/Bay Wa AG), punt 39-41 en 46-47.
50. Vgl. het eerdergenoemde arrest HvJ 7 november 1989, zaak 125/88, *Jur* 1989, p. 3533 (Nijman).
51. Vgl. ook J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie*, p. 17, die voorstelt om zolang en voor zover het Europese recht de Nederlandse rechter daartoe niet dwingt, ten aanzien van het recht inzake misleidende reclame in nationale gevallen niet de Europese norm van een 'wakkere' consument, maar die van een 'gemiddelde' consument te hanteren, omdat de Europese norm zijns inziens te restrictief is.
52. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom, 2004, p. 30.