



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (I)

Loos, M.B.M.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

DOI:
[10.5553/NtER/138241202016022003007](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202016022003007)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Loos, M. B. M. (2016). Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (I). *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 22(3), 114-120.
<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202016022003007>

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.

Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (I)

Prof. dr. M.B.M. Loos*

Op 9 december 2015 heeft de Europese Commissie onder meer een voorstel ingediend voor een richtlijn voor online of anderszins op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van zaken. In dit artikel wordt aandacht besteed aan het toepassingsgebied van de richtlijn, de conformiteit van op afstand gekochte zaken en de remedies bij non-conformiteit. Daarnaast wordt ingegaan op de vraag of de invoering van *nog* een regeling voor het kooprecht wel werkbaar is voor de rechtspraak.

- *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, COM(2015)635 final*
- *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, COM(2015)634 final*

Inleiding

Op 9 december 2015 heeft de Europese Commissie de eerste drie voorstellen gedaan ter uitvoering van de

Digital Single Market Strategy,¹ de voorstellen dienen er ook toe barrières voor het sluiten van grensoverschrijdende overeenkomsten weg te nemen door privaatrechtelijke regels voor dergelijke overeenkomsten te harmoniseren in het kader van de interne markt.² Het eerste voorstel betreft een verordening voor de grensoverschrijdende portabiliteit van onlinecontentdiensten in de interne markt.³ Dit voorstel moet ertoe leiden dat in de Europese Unie woonachtige gebruikers van online-inhoudsdiensten die een overeenkomst met een leverancier van dergelijke diensten (zoals Netflix) hebben gesloten in hun eigen lidstaat, maar tijdelijk in een andere lidstaat verblijven, toegang blijven houden en gebruik kunnen blijven maken van die diensten tijdens het verblijf in de andere lidstaat. Dit voorstel is in dit tijdschrift reeds uitgebreid besproken⁴ en zal om die reden hier niet verder aan de orde komen.

Het tweede voorstel betreft een richtlijn voor de levering van digitale inhoud.⁵ Het derde voorstel betreft een richtlijn voor online of anderszins op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van zaken.⁶ Deze twee

* Prof. dr. M.B.M. (Marco) Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrechten, bij het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam, lid van het Bestuur van de Onderzoeksschool Ius Commune en medewerker van dit blad. Dit artikel is mede gebaseerd op presentaties tijdens de *Workshop Digital Single Market: Stakeholders' Perspective on proposed new Contract Rules*, georganiseerd door het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam en de ministeries van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie in het kader van het Nederlandse voorzitterschap van de Europese Unie op 4 februari 2016, en tijdens de op 18 februari 2016 in Brussel gehouden *Conference New EU Rules for digital contracts*, georganiseerd door ERA.

1. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa, 6 mei 2015, COM(2015)192 final.
2. Zie over de vraag of dit doel wel kan worden bereikt met de hier uitgebreid besproken voorstellen betreffende online verkoop en digitale inhoud (zie noot 4 en 5) terecht kritisch V. Mak, 'Op weg naar een Europese "Digital Single Market"', *Nederlands Juristenblad* 2016/8, p. 519 en 524.
3. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de totstandbrenging van de grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten, COM(2015)627 final.
4. Zie D.J.G. Visser en P.J. Kreijger, 'Online diensten over de grens', *NTER* 2016/2, p. 61-67.
5. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, COM(2015)634 final.
6. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, COM(2015)635 final.

richtlijnvoorstellen gaan uit van volledige harmonisatie⁷ en moeten elkaar aanvullen. De richtlijnvoorstellen worden hierna aangeduid als: richtlijn online verkoop en richtlijn digitale inhoud.

In deze bijdrage, die in twee delen zal verschijnen, zal de inhoud van de beide richtlijnvoorstellen globaal worden besproken. Daarbij zal ik eerst ingaan op de richtlijn online verkoop en vervolgens, in het volgende nummer van *NTER*, op de richtlijn digitale inhoud. Het tweede deel zal worden afgesloten met enkele afrondende opmerkingen. Ik begin dit eerste deel echter met een prealabele vraag: is het wel wenselijk om een afzonderlijk regime voor op afstand gesloten consumentenkoopovereenkomsten toe te voegen aan het bestaande pallet van koopregelingen?

Nog meer verschillende kooprechtelijke regelingen?

De richtlijn online verkoop bevat regels voor op online of anderszins op afstand gesloten koopovereenkomsten op het gebied van de conformiteit en de remedies voor non-conformiteit. Voor deze consumentenkoopovereenkomsten moeten de bepalingen van de richtlijn online verkoop in de plaats komen van de huidige regeling van de richtlijn consumentenkoop;⁸ deze oude richtlijn blijft echter wel van toepassing op consumentenkoopovereenkomsten die niet op afstand zijn gesloten.⁹

Wanneer de richtlijn online verkoop in ongewijzigde vorm zou worden aanvaard, zou de Nederlandse wetgever voor de keuze komen te staan hoe deze geïmplementeerd zou moeten worden. Met de systematische toevoeging van afzonderlijke regels voor op afstand gesloten consumentenkoopovereenkomsten zou het Nederlandse recht in feite vijf verschillende kooprechtelijke regimes kennen. In de eerste plaats is er het gewone kooprecht voor koopovereenkomsten tussen twee particuliere partijen en voor binnenlandse handelskoopovereenkomsten. Daarbij gelden dan nog een aantal bijzondere regels voor de koop van onroerende zaken (art. 7:2-3 BW). Voor internationale handelskoopovereenkomsten geldt in plaats van het gewone kooprecht het Weens Koopverdrag, tenzij partijen de toepasselijkheid van dat verdrag hebben uitgesloten, in welk geval weer het gewone kooprecht van toepassing is. Voor overeenkomsten waarbij de koper een consument is en de verkoper een professionele partij, geldt de regeling van de consumentenkoop, met daarbij afzonderlijke regels voor consumentenkoopovereenkomsten die in of buiten een verkoopruimte zijn gesloten en consumentenkoopovereenkomsten die op afstand gesloten zijn. En daar bovenop is er nog een afzonderlijk systeem voor de consumentenkoop van digitale inhoud op basis van de in het volgende

nummer van *NTER* te bespreken richtlijn digitale inhoud. Voor zover de richtlijnwetgever uiteindelijk niet tot uitbreiding van de reikwijdte van de richtlijn overgaat (waarover hierna meer), zal de Nederlandse wetgever (alsnog) voor de keuze komen te staan om het bestaan van vijf kooprechtelijke regimes te accepteren, dan wel de regels voor niet op afstand gesloten overeenkomsten 'spontaan' te harmoniseren met die van de richtlijn online verkoop ten einde onnodige verschillen tussen wel en niet op afstand gesloten overeenkomsten te voorkomen. Dat onaantrekkelijke vooruitzicht betekent echter ook dat de Nederlandse onderhandelaars binnen de Raad van Ministers – en voor de andere lidstaten geldt natuurlijk hetzelfde – zich ervan bewust moeten zijn dat de uitkomst van de onderhandelingen ook buiten het geharmoniseerde terrein gevolgen zal hebben.

Het probleem van de vele koopregimes heeft uiteraard direct aandacht gekregen van nationale onderhandelaars, maar ook van praktijkjuristen en wetenschappers: in de eerste publicaties en tijdens de eerste workshops en symposia over de richtlijnvoorstellen is er van diverse kanten op aangedrongen om de regels voor op afstand gesloten consumentenkoopovereenkomsten zo veel mogelijk gelijk te houden aan de regels voor consumentenkoopovereenkomsten die in of buiten een verkoopruimte zijn gesloten.¹⁰ Een medewerker van de Europese Commissie merkte zowel tijdens een workshop in Amsterdam als tijdens een symposium in Brussel¹¹ op dat het eerdere voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, dat wel in een uniforme regeling voorzag, op veel kritiek stuitte omdat dit voorstel volgens veel lidstaten een veel te ruim toepassingsgebied had.¹² De Europese Commissie heeft het voorstel om die reden uiteindelijk ingetrokken en aangekondigd dat het in het kader van de *Digital Single Market Strategy* zou komen met veel beperktere voorstellen.¹³ Voor online en anderszins op afstand gesloten overeenkomsten kon de Commissie aantonen dat er behoefte was aan

7. Zie art. 3 richtlijn online verkoop en art. 4 richtlijn digitale inhoud.

8. Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12.

9. Zie art. 19 lid 1 voorstel richtlijn online verkoop.

10. In deze zin ook Mak 2016, p. 524; J.M. Smits, *The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies. In-depth analysis*, Briefing note for the Legal Affairs Committee of the European Parliament, PE 536.492, 2016, p. 7-8 en 9; deze paper is beschikbaar op <www.europarl.europa.eu/committees/nl/events-workshops.html?id=20160217CHE00181> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016). Zie ook R. Maňko, *Contracts for online and other distance sales of goods*, Briefing note of the European Parliamentary Research Service for the European Parliament, p. 8-9, waarin de op dit punt veelal kritische standpunten van consumentenorganisaties, brancheorganisaties, organisaties van praktijkjuristen en wetenschappers worden weergegeven. Deze *briefing note* kan worden gedownload via <www.ssrn.com/abstract=2733004> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).

11. Het betreft de in deze bijdrage genoemde publicaties en de in de kop van dit artikel genoemde bijeenkomsten. De Europese Commissie werd zowel in Amsterdam als in Brussel vertegenwoordigd door D. Staudenmayer, als Head of Unit binnen DG Justice verantwoordelijk voor de verdediging van deze voorstellen.

12. Zie over dit voorstel C. Jeloschek, '(Uit)eindelijk een optioneel instrument voor Europees contractenrecht. De conceptverordening voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht', *NTER* 2012/5, p. 186-193.

13. *Commission Work Programme 2015, A New Start*, Strasbourg, 16 december 2014, COM(2014)910 final, Annex 2, nr. 60.

harmonisatie, op het gebied van verkoopruimten kon zij dat nog niet. De medewerker van de Europese Commissie merkte echter op dat in het kader van de binnenkort uit te voeren *fitness check* van de bestaande richtlijn consumentenkoop kan blijken dat die behoefte er wel is, en dat in dat geval het toepassingsgebied van de richtlijn online verkoop zal worden uitgebreid. Op de vraag van diverse deelnemers waarom dan niet met de richtlijn online verkoop gewacht kon worden totdat deze *fitness check* afgerond is, kon echter geen overtuigend antwoord worden gegeven. Het werkelijke antwoord lijkt dan ook te zijn dat hier een politieke keuze is gemaakt: in haar voordracht in Brussel liet EU-Commissaris Jourová doorschemeren dat zij ‘een resultaat’ wilde tijdens haar termijn als Commissaris, en dat daarom niet kon worden gewacht op de uitvoering van de *fitness check*. Tot zover de ambitie van ‘better regulation’, zo schamperden diverse deelnemers aan dat symposium.

Toepassingsgebied richtlijn online verkoop

Het toepassingsgebied van de richtlijn online verkoop is nadrukkelijk beperkt tot *consumentenkoopovereenkomsten*,¹⁴ net zoals dat thans het geval is bij de richtlijn consumentenkoop. Overeenkomsten tussen handelaren, ook als een van hen tot het mkb behoort, vallen derhalve niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn.¹⁵ Ofschoon de richtlijn online verkoop, gelet op de titel, betrekking lijkt te hebben op aspecten betreffende overeenkomsten ‘voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen’, komt het begrip ‘online’ in de richtlijn zelf niet voor – afgezien van de vermelding van de term op enkele plaatsen in de preambule en de vermelding van de naam van de richtlijn in artikel 19, dat het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 2006/2004¹⁶ en van Richtlijn 2009/22/EG¹⁷ uitbreidt tot deze richtlijn.¹⁸ In werkelijkheid gaat het dan ook om regels voor *op afstand* gesloten consumentenkoopovereenkomsten. De richtlijn online verkoop bevat in het

bijzonder regels betreffende (non-)conformiteit (art. 4–8) en de gevolgen van non-conformiteit (art. 9–14) van de geleverde zaken. Deze richtlijn heeft echter geen betrekking op roerende zaken waarop digitale inhoud is opgeslagen, zoals dvd’s en cd’s: dergelijke overeenkomsten vallen onder het toepassingsgebied van de richtlijn digitale inhoud.¹⁹ Voor overeenkomsten waarmee zowel zaken als diensten worden geleverd, is de richtlijn slechts van toepassing op de levering van de zaken, zo volgt uit artikel 1 lid 2 richtlijn online verkoop. In overweging (12) van de preambule wordt in dit verband gesteld dat deze beperking in overeenstemming zou zijn met de richtlijn consumentenrechten. Overweging (5) in de preambule bij de richtlijn²⁰ lijkt de Europese Commissie op dit punt gelijk te geven, nu deze overweging bepaalt dat voor wat betreft de gevolgen van de uitoefening van het herroepingsrecht tijdens de bedenktijd de regels over de terugzending van de zaken van toepassing zijn op de geleverde zaken, en die van de compensatie voor diensten voor de geleverde diensten. Een dergelijke bepaling ontbreekt echter in de tekst van de richtlijn zelf. Bovendien wordt een dergelijke overeenkomst (afgezien wellicht dus het geval van de afwikkeling van de herroepen overeenkomst) voor het overige juist (alleen) gezien als een koopovereenkomst.²¹ Dat is voor het toepassingsgebied van die richtlijn met name van belang voor het moment waarop de bedenktijd gaat lopen, aangezien dat moment verschilt naar gelang het gaat om de levering van zaken of van diensten: bij koop is dat het moment van aflevering van de (laatste) zaak, bij diensten het moment van contractsluiting.²² Een overeenkomst waarbij een nog te produceren zaak wordt verkocht, wordt overigens alleen als een koopovereenkomst beschouwd,²³ terwijl bij overeenkomsten waarbij een roerende zaak niet alleen wordt verkocht maar ook geïnstalleerd door of onder verantwoordelijkheid van de verkoper, een gebrek in de installatie wordt gelijkgesteld met de non-conformiteit van die zaak.²⁴ Van aflevering is bovendien pas sprake indien de consument of een door hem aangewezen derde de fysieke macht over de zaken heeft verkregen. Daarvan is sprake als de consument de zaken heeft opgehaald of laten ophalen, dan wel deze zaken zijn bezorgd bij de consument of bij een door deze aangewezen vervoerder. Tot dat moment geldt dat de zaken voor risico zijn van de verkoper,²⁵ zodat eventuele beschadigingen van de geleverde zaak vóór dat moment een non-conformiteit van de zaak opleveren.²⁶

14. Zie art. 1 lid 1 en art. 2 onder (a) richtlijn online verkoop.

15. Zie hierover kritisch H. Beale, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, In-Depth Analysis*, Briefing note for the Legal Affairs Committee of the European Parliament, PE 536.493, 2016, p. 11; deze paper is beschikbaar op <www.europarl.europa.eu/committees/nl/events-workshops.html?id=20160217CHE00181> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).

16. Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEG* 2004, L 364/1.

17. Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEU* 2009, L 110/30.

18. Tijdens het op 18 februari 2016 in Brussel gehouden symposium heeft U. Pacht (BEUC) terecht gevraagd waarom niet ook het toepassingsgebied van de Richtlijn ADR consumenten (Richtlijn 2013/11/EU, *PbEU* 2013, L 165/63) en de Verordening ODR consumenten (Verordening (EU) nr. 523/2013, *PbEU* 2013, L 165/1) werd gewijzigd. Hierop kon Staudenmayer geen antwoord geven.

19. Zie art. 1 lid 3 richtlijn online verkoop en art. 3 lid 3 richtlijn digitale inhoud.

20. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2011, L 304/64).

21. Zie de definitie van de koopovereenkomst in art. 2 onder (5) richtlijn consumentenrechten.

22. Zie art. 9 lid 2 richtlijn consumentenrechten.

23. Zie de definitie van de koopovereenkomst in art. 2 onder (a) richtlijn online verkoop; deze definitie stemt overeen met de omschrijving van dit begrip in art. 1 lid 4 richtlijn consumentenkoop.

24. Zie art. 6 richtlijn online verkoop; zo ook 2 lid 5 richtlijn consumentenkoop.

25. Zie art. 20 richtlijn consumentenrechten.

26. Zie art. 8 lid 1 richtlijn online verkoop.

Dat betekent dat artikel 1 lid 2 richtlijn online verkoop kennelijk ziet op diensten die niet direct met het gebruik of de daaraan voorafgaande levering van de zaken samenhangen, zoals opslag of onderhoud van de al afgeleverde zaken. Of gebreken aan de zaken die zijn ontstaan tijdens dergelijk opslag of onderhoud wanprestatie opleveren, moet dan ook naar nationaal recht worden beoordeeld; bij opslag zijn dan naar Nederlands recht de bepalingen van de bewaarneming (art. 7:600-609 BW) van toepassing, bij onderhoud die van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400-413 BW).

Het toepassingsgebied van de richtlijn online verkoop is verder beperkt tot ‘bepaalde aspecten’ van de verkoop op afstand, zoals de titel van de richtlijn online verkoop aangeeft. De regeling heeft met name geen betrekking op bepalingen van algemeen contractenrecht, zoals de regels over contractsluiting, geldigheid en de gevolgen van overeenkomsten, voor zover als deze niet in de richtlijn online verkoop zijn geregeld.²⁷ Een dergelijke bepaling komt vaker in Europese richtlijnen voor,²⁸ maar is zeker in het kader van deze richtlijn problematisch. Zo regelt de richtlijn uitdrukkelijk dat de consument bij non-conformiteit recht heeft op herstel of vervanging (art. 11), dan wel op prijsvermindering of ontbinding (art. 12-13). Volgens de toelichting op de richtlijn online verkoop kan de consument daarnaast schadevergoeding overeenkomstig het nationale recht verdienen, nu het recht op schadevergoeding niet door de richtlijn online verkoop geharmoniseerd zou worden.²⁹ Het is twijfelachtig of de bewoordingen van de richtlijn online verkoop deze bedoeling van de Europese Commissie goed weergeven, nu artikel 9 richtlijn online verkoop een limitatieve opsomming van de rechten van de consument bij non-conformiteit lijkt te bevatten. Artikel 1 lid 1 richtlijn online verkoop bepaalt bovendien dat de richtlijn in het bijzonder betrekking heeft op conformiteit, remedies bij non-conformiteit en de modaliteiten voor de uitoefening van deze remedies, terwijl lid 4 van datzelfde artikel wel uitdrukkelijk aangeeft dat de gevolgen van ontbinding van de overeenkomst door het nationale recht worden geregeld. Ten slotte verwijst ook de preambule niet naar het nationale recht voor wat betreft het recht op schadevergoeding. Opmerkelijk is bovendien dat het voorstel voor een richtlijn digitale inhoud wel een expliciete bepaling over schadevergoeding bevat. Deze onduidelijkheid zal tijdens de behandeling van de richtlijn online verkoop moeten worden weggenomen.

Een andere onduidelijkheid betreft het recht van de consument om zich op een wilsgebrek te beroepen. Met

name ten aanzien van het recht van de consument om zich op dwaling te beroepen lijkt een expliciete bepaling gewenst. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de consument in veel gevallen zich in plaats van op non-conformiteit, ook op dwaling zou kunnen beroepen op basis van hetzelfde feitencomplex. Onder het Weens Koopverdrag wordt in dit verband aangenomen dat in een dergelijk geval geen beroep op dwaling kan worden gedaan, omdat anders de uniforme regels over non-conformiteit worden ontweken.³⁰ Naar geldend Nederlands recht wordt eenzelfde soort redenering gehanteerd om ook het beroep op dwaling (en bedrog en onrechtmatige daad) onder de werking van de klachtplicht van artikel 7:23 lid 1 BW te brengen.³¹ Een vergelijkbare redenering zou ook onder de werking van de richtlijn online verkoop kunnen worden ontwikkeld, met name omdat deze richtlijn erin voorziet dat aan de consument slechts dan een beroep op de remedies voor non-conformiteit toekomt voor gebreken die zich binnen twee jaar na aflevering hebben gemanifesteerd.³² Mijs inziens dient de richtlijn zich hierover expliciet – en ontkennend – uit te spreken.

Conformiteit van op afstand gekochte zaken en de aard van de harmonisatie

De conformiteitsregeling is tot in detail vormgegeven: in de richtlijn online verkoop zijn hier maar liefst vijf artikelen aan gewijd (art. 4-8), terwijl het geldende Nederlandse recht het met twee artikelen doet (art. 7:17-18 BW). De vier belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het geldende recht zullen hier worden besproken.³³ Daarbij is van belang dat het in de richtlijn online verkoop gaat om volledige harmonisatie.³⁴ Dat brengt mee dat op het geharmoniseerde terrein de lidstaten niet minder, maar ook niet meer bescherming mogen bieden aan consumenten dan uit de richtlijn voortvloeit. Dat zal voor Nederland gevoelig liggen ten aanzien van de duur van de conformiteitsperiode, die in de richtlijn online

117

27. Art. 1 lid 4 richtlijn online verkoop.

28. Zie bijv. art. 3 lid 5 richtlijn consumentenrechten en art. 3 lid 3 richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEG* 2005, L 149/22). Zie ook art. 3 lid 9 van het hierna te bespreken voorstel voor een richtlijn digitale inhoud.

29. Zie art. 1 lid 4 richtlijn online verkoop; vgl. ook het Explanatory Memorandum bij de richtlijn online verkoop, p. 3. Op dit moment kennen slechts drie lidstaten een langere periode voor de omkering van de bewijslast dan zes maanden, zie het Explanatory Memorandum, p. 6.

30. Vgl. M. Djordjevic, ‘Comment 21 to art. 4 CISG’, in: S. Kröll, L. Mistelis en P. Perales Viscasillas, *UN Convention for the International Sale of Goods (CISG)*, München: C.H. Beck 2011, p. 71.

31. Zie M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Mon. BW B-65b, Deventer: Kluwer, derde druk, 2014, nr. 40, p. 94-95.

32. Zie art. 14 richtlijn online verkoop, waarover meer in de volgende paragraaf.

33. Zie voor enkele andere wijzigingen ook Mak 2016, p. 520; Smits 2016.

34. Zie art. 3 richtlijn online verkoop.

verkoop beperkt is tot twee jaar na aflevering.³⁵ In het geldende Nederlandse recht kan een koper ook geruime tijd na die periode nog klagen over non-conformiteit, mits hij bewijst dat het gebrek al bestond op het moment van aflevering en dat hij zijn klachtplicht niet heeft geschonden. Beslissend is daarbij of de koper op het moment van contractsluiting mocht verwachten dat de af te leveren zaak gedurende een bepaalde periode zonder problemen zou kunnen worden gebruikt, en hij teleurgesteld wordt in die verwachtingen.³⁶ Zo zal een koper van een tweedehandsauto die drie jaar na aflevering constateert dat ten tijde van de aflevering de kilometerstand was teruggedraaid en hierover kort na ontdekking van het gebrek klaagt, de overeenkomst nog kunnen ontbinden. Een koper van een nieuwe auto behoeft niet te verwachten dat de remmen van de auto na vijf jaar zo zijn versleten dat de auto een gevaar op de weg vormt. Als deze koper tijdig klaagt, zal hij recht hebben op kosteloos herstel. Daarbij is naar geldend Nederlands recht niet van belang of de overeenkomst op afstand of in de showroom van een garage tot stand is gekomen en of het om een consumentenkoop, een koop tussen twee particulieren of een handelskoop gaat.³⁷ Als de richtlijn online verkoop in ongewijzigde vorm wordt aanvaard, zou dat dus voor op afstand gesloten overeenkomsten een aanzienlijke beperking van de rechten van de consument-koper betekenen, ook in vergelijking tot de positie van de consument-koper bij in een verkoopruimte tot stand gekomen overeenkomst als in vergelijking tot de positie van de handelskoper.

De Europese Commissie is op dit punt vasthoudend: in het oorspronkelijke voorstel voor de richtlijn consumentenrechten was een dergelijke beperking eveneens voorzien.³⁸ Dat voorstel ging eveneens uit van volledige harmonisatie, maar ging vrijwel nergens boven het minimumniveau van consumentenbescherming uit dat voortvloeide uit de richtlijn consumentenkoop. Dat zou hebben betekend dat nationale wetgevers aanvullende nationale beschermingsbepalingen zouden moeten

afschaffen zonder dat daar op andere punten een verhoging van de consumentenbescherming voor in de plaats zou komen.

Dat is in het voorstel voor de richtlijn online verkoop anders: tegenover de verkorting van de duur waarbinnen een consument rechten kan doen gelden wegens non-conformiteit, staan in ieder geval drie punten waar de Nederlandse consument duidelijk meer bescherming ontvangt dan onder het geldende recht het geval is. In de eerste plaats wordt voor onder deze regeling vallende koopovereenkomsten de in artikel 7:23 lid 1 BW vervatte klachtplicht afgeschaft.³⁹ De 'winst' voor de consument is overigens beperkt tot gevallen waarin de verkoper zou kunnen bewijzen dat de consument het gebrek daadwerkelijk al meer dan twee maanden geleden had ontdekt – wat de verkoper vermoedelijk alleen zal lukken indien de consument dit zelf heeft erkend.⁴⁰ In de tweede plaats wordt de positie van de consument verbeterd ten aanzien van gebreken die hij op het moment van de contractsluiting al kende. Volgens artikel 7:17 lid 5 BW komt de consument in een dergelijk geval geen beroep op non-conformiteit toe, terwijl artikel 4 lid 3 richtlijn online verkoop meebrengt dat de consument dat recht alleen verliest indien hij het gebrek op het moment van contractsluiting niet alleen kende, maar ook uitdrukkelijk accepteerde.⁴¹ Dat voorkomt in ieder geval discussie over de vraag of de consument mocht verwachten dat de verkoper het gebrek voor aflevering zou herstellen, dan wel dat hij het gebrek ervan juist stilzwijgend heeft aanvaard.

De belangrijkste verbetering van de positie van de consument betreft echter de verlenging van de omkering van de bewijslast van zes maanden⁴² naar twee jaar.⁴³ Deze laatste maatregel brengt mee dat de verkoper gedurende de gehele periode waarbinnen de consument rechten kan doen gelden wegens non-conformiteit, de bewijslast draagt dat de non-conformiteit niet al bestond op het moment van aflevering. Aan die bewijslast voldoet hij slechts door te bewijzen dat het gebrek nog niet bestond op dat moment.⁴⁴ Net als onder de richtlijn consumentenkoop is het bewijsvermoeden niet van toepassing indien de aard van de zaak of de aard van het gebrek zich hiertegen verzet, in welk geval de consument (net als onder de richtlijn consumentenkoop) de

35. Zie art. 14 richtlijn online verkoop. Volgens het Explanatory Memorandum, p. 6, zou de periode van twee jaar thans in 23 lidstaten worden gehanteerd en zouden alleen Nederland, Finland, Groot-Brittannië, Ierland en Zweden een langere periode kennen. Daarbij wordt echter over het hoofd gezien dat in België na afloop van de periode van twee jaar de consument gebruik kan maken van de regeling voor verborgen gebreken, zie Loos 2014, nr. 7, p. 10-12; H. Schulte-Nölke, Chr. Twigg-Flesner en M. Ebers (eds.), *EU Consumer Law Compendium, Comparative analysis*, 2008 (online beschikbaar via <www.eu-consumer-law.org/study_en.cfm>, laatstelijk bezocht op 30 maart 2016), p. 701. In België, Hongarije, Malta, Slowakije, Spanje en Tsjechië geldt dat de periode van twee jaar is opgeschort gedurende de periode dat de zaken worden gerepareerd en de consument deze als gevolg daarvan niet kan gebruiken, of dat tussen partijen onderhandelingen over een vordering tot nakoming plaatsvinden, zie Schulte-Nölke, Twigg-Flesner en Ebers 2008, p. 682-683. Voor al deze landen betekent dit dat de periode van twee jaar onder omstandigheden kan worden verlengd.

36. Vgl. Loos 2014, nr. 10, p. 69.

37. Bij de laatste twee soorten koopovereenkomsten zijn natuurlijk wel contractuele beperkingen van het recht van de koper mogelijk, aangezien titel 7.1 BW alleen voor de consumentenkoop van dwingend recht is, vgl. art. 7:6 BW.

38. Vgl. hierover kritisch M.B.M. Loos, 'Een auto die na 3 jaar kapot gaat? Pech gehad!', *Nederlands Juristenblad* 2008/37, p. 2370-2371.

39. Zie overweging (25) in de preambule bij de richtlijn online verkoop en het Explanatory Memorandum, p. 3. Naar geldend Nederlands recht dient de consument-koper, op straffe van het verlies van alle rechten die met de non-conformiteit samenhangen, binnen bekwame tijd nadat hij de non-conformiteit heeft ontdekt hiervan mededeling te doen aan de verkoper, waarbij een mededeling die binnen twee maanden na ontdekking is gedaan, in ieder geval als tijdig wordt beschouwd, zie art. 7:23 lid 1 BW. In totaal kennen zeventien lidstaten een klachtplicht voor non-conformiteit, zie het Explanatory Memorandum, p. 6.

40. Vgl. ook Beale 2016, p. 17.

41. Zie ook Beale 2016, p. 16.

42. Zie art. 5 lid 3 richtlijn consumentenkoop en art. 7:18 lid 2 BW.

43. Zie art. 8 lid 3 richtlijn online verkoop en overweging (26) in de preambule bij die richtlijn; zie ook het Explanatory Memorandum, p. 12-13.

44. Zie HvJ 4 juni 2015, zaak C-497/13, *Faber*, ECLI:EU:C:2015:357; anders Smits 2016, p. 10, die het voldoende acht dat de verkoper voldoende twijfel zaait over de juistheid van het bewijsvermoeden.

bewijslast draagt van het feit dat de zaak al op het moment van aflevering gebrekkig was.

Remedies bij non-conformiteit van op afstand gekochte zaken

Uit artikel 9 lid 3 richtlijn online verkoop wordt duidelijk dat de Europese Commissie de rangorde voor remedies – primair nakoming, subsidiair ontbinding of prijsvermindering – uit de richtlijn consumentenkoop heeft overgenomen.⁴⁵ Deze rechten komen de consument, zoals hierboven reeds opgemerkt, echter slechts toe voor zover de non-conformiteit zich binnen twee jaar na aflevering heeft gemanifesteerd. Voor zover de consument op grond van het nationale recht een recht op schadevergoeding zou hebben, lijkt ook dat recht beperkt tot twee jaar na aflevering. Voor een dergelijke beperking is eigenlijk geen goed argument te vinden – dat de verkoper niet gehouden is tot herstel of reparatie en niet geconfronteerd hoeft te worden met ontbinding van de overeenkomst is misschien nog wel te verdedigen, maar een wettelijke uitsluiting van het recht op schadevergoeding na (slechts) twee jaar is nauwelijks te rechtvaardigen.⁴⁶

Ten aanzien van het recht op herstel en vervanging wordt uitdrukkelijk bepaald dat de *consument* degene is die tussen de beide remedies mag kiezen en dat alleen indien de gekozen remedie disproportioneel is voor de verkoper, voor de consument slechts de andere nakomingsvordering openstaat.⁴⁷ Daarnaast is het arrest *Weber/Wittmer*⁴⁸ gecodificeerd in die zin dat wanneer de consument de zaken voor het ontdekken van de non-conformiteit overeenkomstig hun aard en bestemming had geïnstalleerd of aangebracht, de verkoper gehouden is de kosten voor het verwijderen van de zaken en het opnieuw installeren of aanbrengen van de zaken te dragen.⁴⁹ De bepaling dat de consument bij vervanging geen vergoeding hoeft te betalen voor het gebruik van de zaak voorafgaand aan de vervanging,⁵⁰ kan als codificatie van het *Quelle*-arrest worden gezien.⁵¹

45. Zie ook het Explanatory Memorandum, p. 3. Deze rangorde is in Nederland al bij de implementatie van de richtlijn consumentenkoop ingevoerd. Uit de toelichting blijkt dat acht landen hiertoe alsnog verplicht zouden worden, zie het Explanatory Memorandum, p. 6.

46. Zo ook Beale 2016, p. 19-20.

47. Art. 11 richtlijn online verkoop.

48. HvJ 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, *Weber/Wittmer* resp. *Putz/Medianess*, ECLI:EU:C:2011:396, *Jur.* 2011, p. I-5257; zie hierover M.Y. Schaub, 'Nadere vormgeving van de bescherming van Richtlijn 1999/44/EG', *NTER* 2011/10, p. 342-349; J.A. Luzak, 'Wie draagt het risico van verwijdering van een non-conform goed?', *TvC* 2012/1, p. 18-28; J.A. Luzak, 'Een storm in een glas water? Over de rechtsmiddelen van een consument bij non-conforme goederen na de beslissing van het Hof van Justitie in *Weber* en *Putz*', *TvC* 2014/5, p. 231-238.

49. Zie art. 10 lid 2 richtlijn online verkoop.

50. Art. 10 lid 3 richtlijn online verkoop.

51. HvJ 17 april 2008, zaak C-404/06, *Quelle AG*, ECLI:EU:C:2008:231, *Jur.* 2008, p. I-2685, *NJ* 2008/382, m.nt. M.R. Mok.

De richtlijn maakt overigens niet duidelijk of, indien de non-conformiteit bijvoorbeeld na anderhalf jaar is gebleken, de consument bij vervanging recht heeft op een nieuwe zaak, dan wel een zaak die op dat moment al anderhalf jaar oud is. Als het laatste het geval is, zal vervanging een stuk minder bezwaarlijk voor de verkoper kunnen zijn, aangezien de geretournerde zaak dan door de verkoper kan worden gerepareerd en als vervangend exemplaar kan dienen voor een volgende non-conforme zaak die vervangen moet worden. Een hierbij aansluitende vraag is of de consument na de vervanging wederom twee jaar aanspraak kan maken op de remedies bij non-conformiteit of dat hij alleen de resterende duur van de oorspronkelijke conformiteitstermijn kan inroepen, eventueel aangevuld met de periode tussen de melding van de non-conformiteit en de ontvangst van het vervangende exemplaar, zoals op dit moment in België, Hongarije, Malta, Slowakije, Spanje en Tsjechië wordt aangenomen.⁵² Verduidelijking op deze punten, al dan niet door een overweging in de preambule, zou voor de praktijk zeer welkom zijn.

Voor ontbinding overeenkomstig artikel 13 richtlijn online verkoop is een mededeling vereist, die echter in iedere vorm kan plaatsvinden. Anders dan naar geldend Nederlands recht is voor ontbinding dus geen schriftelijke verklaring vereist,⁵³ laat staan dat hiervoor een gang naar de rechter is vereist.⁵⁴ De richtlijn bepaalt echter niet wanneer de ontbindingsverklaring haar werking heeft.⁵⁵ Nu dit aan het nationale recht is overgelaten, dient overeenkomstig de Rome I-verordening te worden bepaald welk nationale recht op de overeenkomst van toepassing is. Als dat het Nederlandse recht is, dan zal hier de ontvangsttheorie gelden.⁵⁶

Bovendien is ontbinding ook mogelijk indien het gebrek gering is,⁵⁷ waar artikel 7:22 lid 1 onder a BW ontbinding uitsluit indien de tekortkoming vanwege haar geringe betekenis ontbinding niet rechtvaardigt.⁵⁸ Over de vraag of het wenselijk is dat de consument ook bij (zeer) geringe tekortkomingen (zoals een kras op een nieuwe auto) kan ontbinden, kan verschillend worden gedacht, maar aangezien de consument pas recht op ontbinding heeft indien de verkoper weigert of er niet in slaagt het gebrek weg te nemen, zal deze wijziging vermoedelijk weinig problemen opleveren, en mogelijk een ingewikkelde discussie kunnen voorkomen.

Na ontbinding dient de verkoper de koopprijs binnen veertien dagen na ontvangst van de ontbindingsverklaring terug te betalen, terwijl de consument de zaken binnen veertien dagen na verzending van de ontbindings-

52. Vgl. Schulte-Nölke, Twigg-Flesner en Ebers 2008, p. 682-683.

53. Zie art. 6:267 lid 1 BW. Een elektronische verklaring volstaat volgens die bepaling alleen indien de overeenkomst geheel langs elektronische weg tot stand is gekomen.

54. Zo ook Mak 2016, p. 521.

55. Smits 2016, p. 13-14.

56. Zie art. 3:37 lid 3 BW.

57. Zie overweging (29) in de preambule bij de richtlijn online verkoop en het Explanatory Memorandum, p. 3, 13 en 15; zie ook Smits 2016, p. 13.

58. In deze zin ook Mak 2016, p. 520-521.

verklaring dient terug te zenden.⁵⁹ Dat impliceert dat de verbintenis van de consument als eerste opeisbaar wordt, zodat de verkoper de terugbetaling kan opschorten totdat de koper aan zijn ongedaanmakingsverbintenis heeft voldaan. Een dergelijke regeling is goed verdeelbaar bij de ontbinding tijdens de bedenktijd,⁶⁰ waarbij de ontbinding volledig voor rekening van de consument komt, maar niet bij ontbinding wegens non-conformiteit, welke ontbinding immers het gevolg is van het feit dat de verkoper zijn verplichtingen op grond van de koopovereenkomst niet correct is nagekomen – en gelet op de rangorde van remedies in veel gevallen reeds meerdere malen.⁶¹ Bovendien wijkt de bepaling stilzwijgend af van de voor het Nederlandse recht normale situatie dat de verplichting tot terugbetaling opeisbaar wordt op het moment van ontbinding.⁶²

Artikel 13 lid 3 onder (c) richtlijn online verkoop bepaalt voorts dat wanneer de zaken niet kunnen worden geretourneerd omdat deze teniet of verloren zijn gegaan, de consument de geldelijke waarde van de zaken moet vergoeden die deze zouden hebben gehad op het moment waarop de terugzendingsverplichting opeisbaar werd indien zij tot dat moment in ongeschonden staat door de consument werden gehouden, tenzij het teniet of verloren gaan van de zaken het gevolg is van de non-conformiteit. Een soortgelijk resultaat, maar op veel eenvoudiger wijze geformuleerd, wordt bereikt door artikel 7:10 lid 3 BW, volgens welke het risico van verlies of tenietgaan van de zaken voor rekening van de verkoper is indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding of vervanging heeft ingeroepen. Op de koper rust evenwel een zorgplicht vanaf het moment dat hij redelijkerwijs met de ontbinding of de vervanging rekening dient te houden, zo bepaalt artikel 7:10 lid 4 BW in navolging van artikel 6:273 BW. Bovendien lijkt de bewijslast voor de consument onder het Nederlandse recht gunstiger dan onder het richtlijnvoorstel: naar Nederlands recht zal de verkoper moeten bewijzen dat de consument de zorgplicht heeft geschonden, terwijl het richtlijnvoorstel lijkt mee te brengen dat de consument moet bewijzen dat het tenietgaan van de zaak het gevolg is van de non-conformiteit. Een dergelijk bewijs lijkt moeilijk te leveren voor de consument.

Op het eerste gezicht lijkt opmerkelijk dat een bepaling als artikel 6:272 BW ontbreekt. Volgens deze bepaling is de koper eveneens een waardevergoeding verschuldigd indien de aard van de zaak uitsluit dat de koper deze terugzendt aan de verkoper, terwijl slechts de werkelijke waarde die de zaak voor de koper had, behoeft te wor-

den vergoed indien de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordde. Deze bepaling is echter vooral van belang voor de levering van diensten en voor de levering van zaken als elektriciteit, gas en water, die direct na levering worden verbruikt. De koop van dergelijke zaken is echter van het toepassingsgebied van de richtlijn online verkoop uitgezonderd doordat het geen zaken in de zin van de richtlijn betreft.⁶³

Anders dan het Nederlandse recht bevat het richtlijnvoorstel wel een duidelijke regeling over de vraag of de consument een gebruiksvergoeding dient te bepalen voor het kunnen gebruiken van de zaak voorafgaande aan de ontbinding. Artikel 13 lid 3 onder (d) richtlijn online verkoop bepaalt dat de consument slechts gehouden is tot een vergoeding van het waardeverlies voor zover de waardedaling groter is dan zou voortvloeien uit het normale gebruik van de zaken. Daarmee wijkt het richtlijnvoorstel ook af van overweging (15) in de preambule bij de richtlijn consumentenkoop, die het aan lidstaten nadrukkelijk toestaat om de consument te verplichten te betalen voor het gebruik van de non-conforme zaken voorafgaande aan de ontbinding.

Wordt vervolgd

59. Art. 13 lid 3 onder (a) en (b) richtlijn online verkoop.

60. Zie daarvoor art. 6:230r en 6:230s BW en art. 13 en 14 richtlijn consumentenrechten.

61. In deze zin ook Notaries of Europe, *Position Paper on the proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (COM (2015) 635) and a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (COM (2015) 634)*, p. 2. Deze position paper kan worden gedownload via <www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=13390> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).

62. Art. 6:271 jo. 6:38 BW. Ook de verbintenis tot vergoeding van de wettelijke rente begint vanaf dat moment te lopen, zie art. 6:83 sub b BW.

63. Zie art. 2 onder (d) sub (b) richtlijn online verkoop. Ook de richtlijn consumentenkoop is op dergelijke zaken niet van toepassing, zie art. 1 lid 2 onder (b) richtlijn consumentenkoop.