

Kroniek consumentenkoop 2019

Citation for published version (APA):

Cauffman, C. (2020). Kroniek consumentenkoop 2019. *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, (5), 275-282.

Document status and date:

Published: 01/10/2020

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/323382634>

Cauffman, C., (2018). Kroniek consumentenkoop 2016. TvC (pp. 19–27).

Article · January 2018

CITATIONS
0

READS
656

1 author:



Caroline Cauffman
Maastricht University

163 PUBLICATIONS 187 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Private enforcement (general) [View project](#)



Researching discrimination in e-commerce and online advertising [View project](#)

Consumentenkoop 2016

Deze kroniek geeft een overzicht van de belangrijkste tendensen in de rechtspraak betreffende de consumentenkoop tijdens het jaar 2016. In de eerste plaats wordt het arrest *Wathelet* van het Hof van Justitie besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot de beoordeling van de conformiteit van tweedehandsauto's en van huisdieren, inmiddels traditionele topics in de kroniek Consumentenkoop. Er wordt ook stilgestaan bij de ontbindingssanctie en de taakverdeling tussen de rechter en de partijen in het proces. Tot slot volgt een korte update over de stand van zaken met betrekking tot de richtlijnvoorstellen betreffende de online en andere verkoop op afstand van goederen en de levering van digitale inhoud.

1. Inleiding

In 2016 verduidelijkte het Hof van Justitie dat een handelaar die als tussenpersoon voor een particulier optreedt en die de consument hiervan niet naar behoren op de hoogte heeft gebracht, rekening houdende met de omstandigheden van het geval, als de verkoper kan worden beschouwd. In par. 2 wordt onderzocht of deze uitspraak leidt tot een wezenlijke wijziging van het geldende Nederlandse recht. Zoals dat ook de afgelopen jaren het geval was, blijkt de rechtspraak het in 2016 moeilijk te hebben gehad met de criteria voor de beoordeling van de conformiteit van tweedehandsauto's (par. 3) evenals met de beoordeling van de conformiteit van ongezonde huisdieren en de toerekenbaarheid daarvan aan de verkoper (par. 4). Zowel in de rechtspraak als de rechtsleer blijkt er bovendien nog heel wat onduidelijkheid te bestaan omtrent de sanctie van de ontbinding (par. 5). Verder wordt stilgestaan bij de taakverdeling tussen de rechter en de partijen in het licht van de groeiende tendens om het Europese consumentenrecht ambtshalve toepasbaar te achten (par. 6). Hierna wordt ingegaan op een vruchteloze poging om de tweejarige verjaringstermijn te omzeilen (par. 7). Tot slot volgt een korte update over de stand van zaken met betrekking tot de richtlijnvoorstellen betreffende de online en andere verkoop op afstand van goederen en de levering van digitale inhoud (par. 8).

In de rechtsleer werd in 2016 verder nog heel wat aandacht besteed aan de zgn. mobieltjeszaken.¹ Aangezien deze reeds in de vorige kroniek aan de orde werden gesteld,² wordt hierop in deze kroniek niet meer ingegaan.

2. De zaak *Wathelet*: de tussenpersoon als verkoper

2.1. De prejudiciële procedure

Een Belgische dame, Sabrina Wathelet, kocht in april 2012 als consument een tweedehandswagen bij de garage Bietheres voor € 4000. Zij betaalde de koopsom aan de garage. De garage liet het voertuig op eigen kosten technisch keuren en verzocht de bevoegde Belgische dienst

om inschrijving van het voertuig. De koper betaalde de kosten van de inschrijving.

In juli 2012 leverde mevvr. Wathelet het defect geraakte voertuig voor herstel af bij de garage Bietheres. De garage stelde vast dat de motor stuk was en herstelde het voertuig. Zij weigerde het voertuig echter aan de dame terug te geven, tenzij deze € 2000 betaalde voor het herstel. Mevr. Wathelet weigerde deze som te betalen omdat zij vond dat de garage, als verkoper van het voertuig, het herstel onder de wettelijke garantie diende uit te voeren. Middels een brief van 17 november 2012 deelde de garage mee dat zij niet de verkoper van het voertuig was, maar het voertuig had verkocht als tussenpersoon, handelend voor rekening van een gewone particulier.

Ter staving van deze stelling hechtte de garage aan de brief een ontvangstbewijs van het bedrag van € 4000, met de hand aangevuld met de voornaam en de naam van de beweerde niet-professionele eigenaar (mevr. Donckels) en van de koper (mevr. Wathelet). Het document was echter enkel door de beweerde niet-professionele eigenaar ondertekend.

In december 2012 dagvaardde de garage mevvr. Wathelet tot betaling van de factuur van € 2000, vermeerderd met de interesten. Mevr. Wathelet betwistte de vordering en stelde een tegenvordering in tot ontbinding van de verkoop van het voertuig, met terugbetaling van het door haar betaalde bedrag van € 4000, te vermeerderen met de interesten, en tot betaling van een schadevergoeding van € 2147,46.

In eerste aanleg werd mevvr. Wathelet veroordeeld tot betaling van de factuur, vermeerderd met de interesten. De door haar ingestelde tegenvordering werd afgewezen. Mevr. Wathelet stelde hoger beroep in tegen dit vonnis.

Het Hof van Beroep stelde een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie teneinde te weten te komen of 'het begrip "verkoper" van consumptiegoederen in artikel 1649 bis van het Belgische Burgerlijk Wetboek (dat de implemen-

* Universitair docent, Universiteit Maastricht en vaste medewerker van dit tijdschrift

1. Zie bijv. N. de Boer, noot bij 12 februari 2016, *JIN* 2016/85; M.R. Hebly & I. Tillema, 'De "gratis" telefoon die niet gratis was ... en dat toch werd?', *MvV* 2016, afl. 9, p. 235-242; C.M.D.S. Pavillon, 'Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjesuitspraak van de Hoge Raad', *TvC* 2016, afl. 5, p. 236-242; W.H. van Boom, 'Afwikkeling van een ongeldig telefoonabonnement', *AA* 2016, afl. 5, p. 363-370; J.H.M. Spanjaard, noot bij 12 februari 2016, *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 57-63; J.M. van Poelgeest & J.W.A. Biemans, noot bij 12 februari 2016, *JOR* 2016/127.

2. C. Cauffman, 'Consumentenkoop 2014-2015', *TvC* 2016, afl. 5, p. 211-223.

tatie vormt van artikel 1, lid 2, onder c), Richtlijn Consumentenkoop³), aldus moet worden uitgelegd dat het niet enkel betrekking heeft op een handelaar die in de hoedanigheid van verkoper de eigendom van een consumptiegoed overdraagt aan een consument, maar ook op een handelaar die optreedt als tussenpersoon voor een niet-professionele verkoper, ongeacht of hij voor zijn bemiddeling een vergoeding ontvangt en ongeacht of hij de kandidaat-koper erover heeft ingelicht dat de verkoper een particulier is’.

Het Hof van Justitie oordeelde dat uit de stukken bleek dat de garage bij de verkoop van een consumptiegoed, beroepsmatig als tussenpersoon had gehandeld voor rekening van de particuliere eigenaar van het goed, die met de verkoop had ingestemd. De prejudiciële vraag komt er volgens het Hof van Justitie op neer dat moet worden nagegaan of de tussenpersoon in die omstandigheden kan worden beschouwd als verkoper in de zin van de Richtlijn consumentenkoop.

Het antwoord van het Hof van Justitie op deze vraag is dat het begrip ‘verkoper’ in de zin van artikel 1 lid 2 sub c Richtlijn consumentenkoop aldus moet worden uitgelegd ‘dat het mede ziet op een handelaar die tussenpersoon voor een particulier is en die de consument niet naar behoren op de hoogte heeft gebracht van het feit dat de eigenaar van het verkochte goed een particulier is, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval. Voor deze uitlegging maakt het geen verschil of de tussenpersoon al dan niet voor zijn bemiddeling wordt vergoed’. In het motiverend gedeelte van het arrest geeft het Hof een aantal voorbeelden van omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de nationale rechter om te bepalen of de consument kon begrijpen dat de tussenpersoon voor rekening van een particulier handelde. Het betreft: de mate van betrokkenheid en de intensiteit van de inspanningen van de tussenpersoon bij de verkoop, de omstandigheden waarin het goed aan de consument is aangeboden en het gedrag van de consument.

Ter staving van zijn antwoord wijst het Hof van Justitie erop dat het begrip ‘verkoper’ voor de toepassing van de Richtlijn consumentenkoop moet worden beschouwd als een autonoom begrip dat op het grondgebied van de Unie uniform moet worden uitgelegd. Aangezien de specifieke omschrijving van het begrip ‘verkoper’ in artikel 1 lid 2 sub c Richtlijn consumentenkoop enkel in die richtlijn voorkomt, moet dit begrip bovendien worden uitgelegd in het licht van de door die richtlijn beoogde doelen en rekening houdend met de specifieke functie van de ‘verkoper’ in het kader van deze richtlijn. Het Hof wijst er verder op dat het begrip ‘verkoper’, zoals omschreven in de richtlijn, een objectief begrip is dat is gebaseerd op elementen als het bestaan van een ‘overeenkomst’, de verkoop van een ‘consumptiegoed’ en de ‘uitoefening van een bedrijf of beroep’. De richtlijn defi-

niert het begrip ‘verkoper’ meer bepaald als ‘iedere natuurlijke of rechtspersoon die uit hoofde van een overeenkomst in het kader van zijn bedrijf of beroep consumptiegoederen verkoopt’. Het Hof acht deze bewoordingen verzoenbaar met de uitlegging van het begrip ‘verkoper’ die het voorstaat in voorliggende zaak. Zoals het Hof terecht opmerkt, vindt deze uitlegging ook steun in een teleologische interpretatie van de richtlijn, die immers gericht is op het bieden van een hoog niveau van consumentenbescherming, staat zij toe de richtlijn nuttig effect te geven en is zij in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof volgens welke het door de EU-richtlijnen uitgewerkte stelsel van consumentenbescherming berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan de verkoper beschikt. Het begrip ‘verkoper’ beperkt de kring van personen tegen wie de consument de rechten kan doen gelden die hij ontleent aan de Richtlijn consumentenkoop. In omstandigheden, waarin de consument makkelijk op een dwaalspoor kan worden gebracht gezien de context waarin de verkoop plaatsvindt, moet de aansprakelijkheid van de verkoper op grond van de Richtlijn consumentenkoop kunnen worden opgelegd aan de tussenpersoon die, wanneer hij zich aan de consument voorstelt, een risico op verwarring bij de consument scheidt door hem te doen geloven dat hij de eigenaar van het verkochte goed is. Een andersluidende uitlegging doet volgens het Hof van Justitie afbreuk aan de algehele doelstelling die de Unieregeling inzake consumentenbescherming nastreeft en die in artikel 169 VWEU is neergelegd, te weten een hoog niveau van consumentenbescherming en bijgevolg het waarborgen van het vertrouwen van de consumenten.

2.2. *Verhouding tot de regels van het BW*

Artikel 7:5 lid 2 BW bevatte reeds voor het arrest *Wathelet* een regel ter bescherming van het vertrouwen van de consument-koper aan wie een tussenpersoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf een zaak verkoopt. Volgens deze bepaling wordt zo’n koop ‘aangemerkt als een consumentenkoop, tenzij de koper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst weet dat de volmachtgever niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’. Deze bepaling leidt er dus toe dat de consument die een zaak koopt van een tussenpersoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kan genieten van de bescherming geboden door de regels inzake consumentenkoop, tenzij hij kennis had van de particuliere hoedanigheid van de volmachtgever. Deze bepaling heeft echter geen invloed op de identiteit van de personen tussen wie de koop wordt gesloten. De koop komt tot stand tussen de koper en de volmachtgever. Artikel 7:5 lid 2 BW impliceert echter dat deze c2c-koopovereenkomst onderworpen wordt aan de regels inzake consumentenkoop die normaliter slechts gelden voor b2c-koopovereenkomsten.⁴

3. 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 (*PbEG* 1999, L 171, p. 12).

4. Vgl. Groenboek betreffende de herziening van het consumentenacquis (8 februari 2007, COM(2006)744 def.) waarin de Commissie de vraag opwierp of overeenkomsten tussen consumenten waarbij de consument-verkoper zich liet vertegenwoordigen door een professionele tussenpersoon onderworpen dienden te worden aan het consumentenrecht.

Over de totstandkoming van een overeenkomst tussen de tussenpersoon en de koper zegt artikel 7:5 lid 2 BW niets. Wel werd in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat de koper veelal een beroep zou kunnen doen op een vordering uit onrechtmatige daad jegens de tussenpersoon wanneer deze laatste bewust een zaak met een gebrek had verkocht.⁵ Op grond van het arrest *Wathelet* wordt de professionele tussenpersoon die de consument niet naar behoren op de hoogte heeft gebracht van het feit dat hij handelt namens de particuliere eigenaar van de verkochte zaak, echter *zelf* als verkoper, als contractspartij, beschouwd.⁶ Of de tussenpersoon ten tijde van de verkoop kennis had van het gebrek is hierbij niet relevant.

Is deze regel volledig nieuw voor het Nederlandse recht? Toch niet, volgens de heersende leer is immers slechts sprake van vertegenwoordiging als het voor de wederpartij van de tussenpersoon kenbaar is dat deze laatste beoogt als vertegenwoordiger te handelen (dit is het zgn. kenbaarheidsvereiste).⁷ Hiervoor is bepalend wat de tussenpersoon en de wederpartij jegens elkaar hebben verklaard en wat zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.⁸ Aangenomen wordt dat in dit verband rekening kan worden gehouden met verklaringen, gedragingen en andere omstandigheden die plaatsvinden nadat de handeling is verricht.⁹ Als de tussenpersoon slechts na de totstandkoming van de overeenkomst verklaart als vertegenwoordiger te hebben gehandeld en de wederpartij hiertegen geen bezwaar maakt, zou deze verklaring zelfs beslissend zijn.¹⁰

Tot slot valt nog te wijzen op artikel 6:238 lid 1 sub a BW dat bepaalt dat in een overeenkomst tussen een gebruiker van algemene voorwaarden en een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, geen beroep kan worden gedaan ‘op het feit dat de overeenkomst in naam van een derde is gesloten, indien dit beroep berust op het enkele feit dat een beding van deze strekking in de algemene voorwaarden voorkomt’.

2.3. Belang voor de handel via platforms

In de literatuur is aandacht besteed aan de vraag of het arrest *Wathelet* dienstig kan zijn voor consumenten die contracten sluiten via online platformen. Mak wijst erop dat vele platformen bijvoorbeeld in hun algemene voorwaarden vermelden dat zij geen partij zijn bij de overeenkomst. Airbnb vermeldt bovendien uitdrukkelijk dat zij ook geen vertegenwoordiger (*agent*) zijn. In deze gevallen biedt het arrest *Wathelet*, volgens Mak, geen soelaas. Echter, wanneer het niet voldoende duidelijk zou zijn dat de klant met een particulier contracteert via een platform zoals bijvoorbeeld Amazon, dan kan het arrest *Wathelet* volgens haar van belang zijn.¹¹ Mak verwijst in dit verband naar de in 2016 gepubliceerde richtsnoeren voor de toepassing en tenuitvoerlegging van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken¹² waarin de Commissie uit deze richtlijn¹³ afleidt dat een platform dat als handelaar kan worden beschouwd gepaste maatregelen dient te nemen om aan de consument-gebruikers duidelijk te maken wie hun contractuele wederpartij is en dat zij enkel kunnen genieten van de bescherming van het Europese consumentenrecht indien hun wederpartij een professionele handelaar is. In dit document suggereert de Commissie dat de uitkomst van de (op het moment van de publicatie van de richtsnoeren nog hangende) zaak *Wathelet* geldt ongeacht of de tussenpersoon offline dan wel online handelt.¹⁴ Dit lijkt inderdaad zo te zijn. Wel is het zo dat het arrest *Wathelet* de oplossing om de tussenpersoon onder bepaalde omstandigheden zelf gebonden te houden aan de overeenkomst verbindt aan de interpretatie van het begrip ‘verkoper’ in de *Richtlijn consumentenkoop*. Deze oplossing kan dus, zoals Mak terecht aangeeft, niet zonder meer worden getransponeerd naar andere overeenkomsten.¹⁵

Wanneer het platform de informatie over de hoedanigheid van de contractuele wederpartij en de rol van het platform verstrekt in algemene voorwaarden moet bovendien worden nagegaan of deze algemene voorwaarden volgens

5. Handelingen Tweede Kamer OCV/UCV 1987/88, 6 juni 1988, p. 61-17. Zie ook M.M. van Rossum, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 7:5 BW, aant. 14.
6. B. Devolder (‘Tussenpersonen bij consumentenkoop. Vertrouwen op de schijn van professionele hoedanigheid bij C2C-transacties’, *DCCR* 2017, afl. 1, p. 30) merkt terecht op dat het Hof van Justitie hiermee aansluit bij de benadering voorgesteld door B. Heiderhoff & M. Kenny, ‘The Commission’s 2007 Green paper on the consumer acquis: deliberate deliberation’, *ELR* 2007, afl. 5, p. 745 en bij artikel 7 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, COM(2008)614def. – 2008/0196(COD), p. 26. Deze bepaling is echter niet opgenomen in de definitieve tekst van de Richtlijn consumentenrechten.
7. Asser/Kortmann 3-III *Volmacht en vertegenwoordiging*, 2017, p. 10 en 75. Zie ook S. Janssen, ‘De garage als tussenpersoon bij de verkoop van tweedehandswagens aan consumenten’, *DCCR* 2016, afl. 3, p. 60; B. Devolder, o.c., *DCCR* 2017, afl. 1, p. 14-15.
8. HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521, m.nt. GJS, *AA* 1977, p. 589, m.nt. G; HR 16 april 1982, *NJ* 1983/309; HR 18 november 1983, *NJ* 1984/345; HR 20 mei 1988, *NJ* 1988/781; HR 13 januari 1989, *NJ* 1989/336; HR 29 januari 1993, *NJ* 1994/172; HR 8 september 2000, *NJ* 2000/734, m.nt. ARB, *AA* 2000, p. 863, m.nt. TH; HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/494, m.nt. WMK, *JOR* 1996/93, m.nt. JJvH; Asser/Kortmann 3-III *Volmacht en vertegenwoordiging*, 2017, p. 75.
9. Vgl. P. van Schilfgaarde, ‘Volmachtverlening, verborgen vertegenwoordiging en bekrachtiging in 3.3 NBW’, in: *Gratia commercii: opstellen aangeboden aan Prof. mr. A. van Oven ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 314. Anders: W.A.M. van Schendel, ‘Toerekening, doorwerking, partij. Enkele opmerkingen over het begrip “vertegenwoordiging”’, *WPNR* 1981, afl. 5556, p. 170-173.
10. Asser/Kortmann 3-III *Volmacht en vertegenwoordiging*, 2017, p. 75.
11. V. Mak, noot onder HvJ EU 9 november 2016, *TvC* 2017, afl. 2, p. 89.
12. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2011, L 304, p. 64).
13. Meer bepaald uit artikel 2 sub h, artikel 5 lid 2, artikel 6 en artikel 7.
14. Commission Staff Working Document Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe’s citizens and businesses, SWD(2016)163 def., p. 115 e.v.
15. V. Mak, o.c., *TvC* 2017, afl. 2, p. 90.

het toepasselijke nationale recht wel op een rechtsgeldige wijze deel uitmaken van de overeenkomst. In rechtsstelsels die daartoe vereisen dat de algemene voorwaarden ter kennis zijn gebracht van de wederpartij en door hem zijn aanvaard, kan daarover onder meer discussie ontstaan wanneer de algemene voorwaarden ergens op de website zijn vermeld, maar de consument er niet uitdrukkelijk mee heeft ingestemd.¹⁶ Naar Nederlands recht rijst de vraag of het hiervoor reeds vermelde artikel 6:238 lid 1 sub a BW zo geïnterpreteerd kan worden dat een platform zich niet kan beroepen op een beding in algemene voorwaarden dat bepaalt dat niet het platform zelf, maar een derde de verkoper is, als dat niet ook uit andere elementen blijkt.¹⁷

3. Criteria voor de beoordeling van de non-conformiteit van auto's

Het criterium voor de beoordeling van de conformiteit van de afgeleverde zaak wordt door artikel 7:17 lid 2 BW als volgt omschreven:

‘Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.’

Artikel 7:17 lid 3 BW voegt daar nog aan toe:

‘Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.’

Zoals in eerdere kronieken reeds werd aangegeven, wordt bij de beoordeling van conformiteit van tweedehandsauto's in de rechtspraak bij de nadere invulling van dit criterium nog veelvuldig gebruikgemaakt van een criterium dat in 1994 werd geformuleerd door de Hoge Raad:

‘Ingeval een (tweedehands) auto wordt gekocht om daarmee, naar de verkoper bekend is, aan het verkeer deel te nemen, zal als regel moeten worden aangenomen dat

de auto niet beantwoordt aan de overeenkomst, indien als gevolg van een eraan klevend gebrek dat niet op een eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld, zodanig gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren.’¹⁸

Uit een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch blijkt dat de koper van een tweedehandsauto een rapport voorlegde van de RDW waaruit onder meer bleek dat de remslang overmatige roestvorming vertoonde, het stoelbevestigingspunt linksvoor roestschade vertoonde en twee dorpels ontbraken. Het hof oordeelde dat daarmee nog niet vaststond dat de auto een gevaar voor de verkeersveiligheid opleverde en bijgevolg non-conform was. De consument wordt wel in de gelegenheid gesteld dit bewijs te leveren.¹⁹

Het hof lijkt bijgevolg aan te nemen dat een tweedehandsauto slechts dan non-conform is, als hij een gevaar oplevert voor de verkeersveiligheid. Zoals de Hoge Raad in 2005 terecht oordeelde sluit de formulering van artikel 7:17 BW echter niet uit dat een auto, ook als hij geen gevaar oplevert voor de verkeersveiligheid, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.²⁰ Mogelijk is de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch mede ingegeven door het feit dat de auto werd gekocht voor de prijs van slechts € 750. Het hof kan (impliciet) geoordeeld hebben dat een consument in zo'n geval niet meer kan verwachten dan dat met de auto aan het verkeer kan worden deelgenomen zonder een gevaar te creëren voor de verkeersveiligheid.

Vermeldenswaard is verder dat zowel het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden²¹ als de Rechtbank Overijssel²² bij de beoordeling van wat de consument op grond van de overeenkomst mag verwachten (mede) rekening houden met een clause waarin de verkoper verklaart geen garantie te bieden. Nochtans zou zo'n clause ook als een verboden en dus vernietigbare beperking van de wettelijke rechten van de consument kunnen worden beschouwd.²³ Gelet op de tendens tot ambtshalve toepassing van regels van Europees consumentenrecht kan men zich afvragen of de rechter de vernietigbaarheid niet onder de aandacht van de consument diende te brengen, zelfs indien deze laatste niet zelf een beroep deed op die vernietigbaarheid.²⁴

16. Zie hierover voor het Belgische recht: C. Heeb, 'Overeenkomsten via het internet – enkele bijzondere vraagstukken i.v.m. elektronische handel, consumentenbescherming en tussenpersonen', *DCCR* 2016, afl. 4, p. 78; Q. Van Enis, 'L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?', in: M. Berlingin, *Les conditions générales. Questions spéciales: Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Mons le 26 mars 2009*, Brussel: Anthemis 2009, p. 9-34.

17. Over deze bepaling, zie B. Wessels & C.M.D.S. Pavillion, 'Algemene voorwaarden, volmacht en vertegenwoordiging', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 469-473 waarin echter niet wordt ingegaan op de hier gestelde vraag.

18. HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338, *NJ* 1995/614, m.nt. C.J.H. Brunner, *Ars Aequi* AA19940821 m.nt. Jac. Hijma, *NTBR* 1994, p. 224, m.nt. M.M. van Rossum.

19. Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, *AR* 2016/1602, ECLI:NL:GSHE:2016:41.

20. HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3097, *NJ* 2006/22. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7336, *AR* 2016/2692; P. Klik, *Koop en Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2014, p. 124.

21. Ibidem.

22. Rb. Overijssel 26 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:449.

23. Zie artikel 7:6 lid 1 BW.

24. Zie ook par. 6 Taakverdeling tussen de rechter en de partijen.

4. Non-conformiteit en toerekenbaarheid bij de verkoop van huisdieren

Anders dan voor het ontstaan van een recht op herstel, vervanging, prijsvermindering of ontbinding, is voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding wegens non-conformiteit vereist dat de niet-conformiteit aan de verkoper toerekenbaar is.²⁵ In een vonnis van 3 februari 2016 oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland, in de lijn van het arrest *Oerlemans/Driessen* van de Hoge Raad,²⁶ dat bij een industrieel vervaardigde zaak de non-conformiteit (in beginsel) steeds aan de verkoper kan worden toegerekend. Volgens de Rechtbank Midden-Nederland is dat bij de verkoop van een dier niet automatisch het geval.²⁷ De reikwijdte van het arrest *Oerlemans/Driessen* is inderdaad beperkt tot industrieel vervaardigde zaken,²⁸ zodat dit vonnis verzoenbaar is met het betreffende arrest. De Rechtbank Amsterdam ging nog een stap verder en oordeelde dat de aanwezigheid van heupdysplasie bij een doorgefokte rashond zoals een Duitse herder of een labrador, niet steeds een (al dan niet toerekenbare) non-conformiteit uitmaakt, omdat men er nooit van mag uitgaan dat zo een hond vrij is van dit gebrek.²⁹

5. Ontbindingsperikelen

Wat de remedies betreft, blijkt er vooral onzekerheid te bestaan omtrent de ontbindingsbevoegdheid. Strijbos wijdde een artikel aan de vraag of de bijzondere ontbindingsregeling van artikel 7:22 BW de gemeenrechtelijke ontbindingsregeling opzijzet. Hij stelt vast dat de parlementaire geschiedenis hieromtrent geen duidelijkheid schept en dat de rechtspraak en de rechtsleer verdeeld zijn. De auteur betoogt dat ook bij de levering van een non-conforme zaak ter uitvoering van een overeenkomst van consumentenkoop een beroep op de gemeenrechtelijke ontbindingsregels mogelijk dient te zijn. Minstens dient deze mogelijkheid te bestaan indien de verkoper in verzuim is wat betreft de nakoming van zijn verplichting tot herstel of vervanging. Het belangrijkste voordeel van de toepasselijkheid van de gemeenrechtelijke regels is dat de consument tot ontbinding mag overgaan indien de verkoper weigert een gebrekkige zaak te herstellen of te vervangen of indien duidelijk is dat de zaak niet voor de afloop van een fatale termijn zal zijn hersteld of vervangen (artikel 6:83 BW), zonder dat hij het verstrijken van een redelijke termijn hoeft af te wachten.³⁰

5.1. Gevolgen van ontbinding – Omvang van de zorgplicht: impliceert zorgen voor het behoud van de zaak ook een plicht tot verzekering?

In een arrest van 4 oktober 2016 gaf het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een vergaande invulling aan de zorgplicht volgend op de ontbinding door de consument. In casu was een non-conforme boot na de ontbinding door de consument tenietgegaan door brand. Het hof oordeelt terecht dat als gevolg van de ontbinding op grond van artikel 6:271 BW ongedaanmakingsverbintenissen zijn ontstaan.³¹ Bijgevolg diende de consument er vanaf de ontbinding rekening mee te houden dat hij de boot zou moeten terugleveren. Dat impliceert dat hij een zorgplicht had voor de boot. Uit de stellingen van de partijen leidt het hof af dat het gebruikelijk is dat een eigenaar van een boot *als in casu* aan de orde deze verzekert, zodanig dat hij, als de boot door een verzekerbare oorzaak zoals brand zou tenietgaan, de door de verzekeraar verschuldigde som aan de verkoper kan overmaken. In casu had de koper de verzekering echter op enig moment vóór de brand opgezegd. Het tenietgaan van de boot komt daarom voor rekening van de koper. Nu de koper wat resteert van de boot wil houden, kan hij het gedeelte van de koopprijs dat overeenstemt met het bedrag dat hij van de verzekeraar zou hebben ontvangen indien hij de boot verzekerd had, niet eisen van de verkoper.³²

De verplichting van de koper om na de ontbinding zorg te dragen voor de zaak, lijkt derhalve volgens het hof ook een verplichting in te houden om zorg te dragen voor het behoud van de waarde van de zaak indien de zaak zelf door een verzekerbare oorzaak teniet zou gaan. Een schending van deze plicht leidt tot een verplichting tot schadevergoeding. Een onderscheid naargelang de verzekerbare oorzaak, in casu de brand, al dan niet toerekenbaar was aan de koper wordt niet gemaakt. Vindt deze interpretatie steun in het systeem van de wet? Het uitgangspunt voor de regeling van het risico na ontbinding van een koopovereenkomst is te vinden in artikel 7:10 BW. In afwijking van de algemene regel dat het risico van de verkochte zaak in beginsel op de koper overgaat bij de aflevering (artikel 7:10 lid 1 BW) dan wel indien bij een consumentenkoop de zaak wordt bezorgd door de verkoper of een door deze aangewezen vervoerder, de bezorging (artikel 7:11 lid 1 BW),³³ blijft de verkochte zaak voor risico van de verkoper, indien de koper op goede gronden het recht op ontbinding van de koop of op vervanging van de zaak inroept (artikel 7:10 lid 3 BW). Wanneer de zaak na de aflevering voor risico van de verkoper is gebleven, is het tenietgaan of de achteruitgang ervan door toedoen van de koper eveneens voor rekening van de verkoper. De koper moet echter vanaf het ogenblik

25. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2541, NJ 1998/272 (*Brok/Huberts*); Rb. Amsterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5243. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016 (geen toerekenbaarheid vereist voor ontbinding).

26. HR 27 april 2001, NJ 2002/213, m.nt. Jac. Hijma, AA 2001/982, m.nt. T. Hartlief, NTBR 2002/210, m.nt. P. Klik.

27. Rb. Midden-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:480, r.o. 4.10, AR 2016/421.

28. Zie ook Jac. Hijma, noot onder HR 27/42001, NJ 2002/213.

29. Rb. Amsterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5243.

30. F.P.C. Strijbos, 'Ontbinding van een consumentenkoop na levering van een gebrekkige zaak', NTBR 2016/36, afl. 8.

31. De rechtbank zal de teruggave van hetgeen ontvangen is ter uitvoering van de ontbonden overeenkomst evenwel enkel bevelen als deze gevorderd wordt, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3808, Prg. 2016/180.

32. Hof 's-Hertogenbosch 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4414.

33. Indien de koper een vervoerder aanwijst en de keuze voor deze vervoerder niet door de verkoper wordt aangeboden, gaat het risico op de koper over op het moment van ontvangst van de zaak door de vervoerder (artikel 7:11 lid 2 BW).

dat hij redelijkerwijs rekening moet houden met het feit dat hij de zaak zal moeten teruggeven, als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan zorgen. Indien een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, heeft de schuldeiser met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel. Bestaat dit voordeel uit een vordering op een derde, dan kan de schuldenaar volstaan met de overdracht van die vordering (artikel 7:10 lid 4 BW juncto artikel 6:78 BW).

De wettelijke regeling gaat uit van een onderscheid tussen de toerekenbare en de niet-toerekenbare niet-nakoming van de ongedaanmakingsverplichting (teruggave van de zaak) die ontstaat als gevolg van de ontbinding. In geval van een *toerekenbare* niet-nakoming is de schuldenaar van de ongedaanmakingsplicht verplicht tot schadevergoeding. Ingeval van *niet-toerekenbare niet-nakoming* slechts tot vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking – indien deze heeft plaatsgevonden. Bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de niet-nakoming van de verplichting tot teruggave van de gekochte zaak is echter rekening te houden met diens verplichting om *zorg te dragen voor het behoud van de zaak*. De invulling van deze zorgplicht wordt bepaald overeenkomstig artikel 6:27 BW: de koper is dus verplicht voor de terug te geven zaak zorg te dragen op de wijze waarop een zorgvuldig schuldenaar dit in de gegeven omstandigheden zou doen.³⁴ Volgens de parlementaire geschiedenis is voor de concretisering van deze verplichting onder meer rekening te houden met ‘de inhoud en de strekking der verbintenis, de gewoonte, de aard van het door de schuldenaar uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen waarover een schuldenaar in een zodanig beroep of bedrijf pleegt te beschikken’.³⁵ Het hof was in casu van oordeel dat een zorgvuldig eigenaar (lees: schuldenaar) de zaak zou laten verzekeren en (impliciet) dat de koper toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming hiervan. De sanctie op de schending van de zorgplicht is dan schadevergoeding conform artikel 6:74 e.v. BW.³⁶

Zou men niet kunnen argumenteren dat de koper, voor zover de *brand* hem niet toerekenbaar was, slechts gehouden was tot een vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking? Zou dit betekenen dat hij slechts tot afgifte van de verzekeringsvergoeding verplicht zou zijn, *indien* hij daartoe gerechtigd zou zijn? De doctrine leert in de eerste plaats dat de toepassing van artikel 6:78 BW waar artikel 7:10 lid 4 in fine BW in voorziet, geen beperking inhoudt van de zorgplicht, maar slechts een verwijzing naar een grondslag voor een schuldvordering van

de verkoper jegens de koper die niet tot teruggave van de zaak in staat is ten gevolge van het tenietgaan van de zaak op een moment dat er nog geen zorgplicht op hem rustte, dan wel op een moment waarop er wel een zorgplicht op hem rustte, maar deze niet op een toerekenbare wijze werd geschonden.³⁷ Dit voert ons dan echter terug naar de vraag of de zorgplicht een verplichting tot verzekering kan inhouden, *id est* een verplichting niet tot behoud van de zaak zelf, maar van de waarde van de zaak indien deze door overmacht tenietgaat. In zijn conclusie in de zaak *Van Laar/Bouwconsulting* in verband met de zorgplicht in geval van schuldeisersverzuim (artikel 6:64 BW) spreekt de advocaat-generaal in dit verband van een ‘secundaire zorgplicht’. Zoals voor de primaire zorgplicht wordt het bestaan (en de inhoud) van een secundaire zorgplicht volgens hem hoofdzakelijk bepaald door verkeersopvattingen. Hij pleit ook voor het in aanmerking nemen van de ‘naar redelijkheid en billijkheid te beoordelen omstandigheden van het geval’ die rekening houden met de persoonlijke ervaring en kennis van de persoon op wie de zorgplicht rust.³⁸ De Hoge Raad diende zich in casu niet uit te spreken over het bestaan van een zorgplicht (de zaak was verzekerd), maar slechts over de vraag of het Hof van Beroep zich schuldig had gemaakt aan een rechts- of motiveringsdwaling door genoeg te nemen met een verzekering voor het bedrag van de marktwaarde die lager was dan de koopprijs. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend.³⁹ Dat de zorgplicht een verplichting tot verzekering kan omvatten wordt ook aangenomen in verband met de door het Weens Koopverdrag voorziene zorgplicht van de koper die voornemens is de gekochte zaak te weigeren of die geweigerd heeft deze in ontvangst te nemen.⁴⁰ De hiervoor vermelde uitspraak van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch lijkt derhalve, hoewel consumentonvriendelijk, verzoenbaar met het systeem van de wet (in materiële zin).

5.2. *Gevolgen van ontbinding – Een gebruiksvergoeding is slechts uitzonderlijk verschuldigd*

Het principe dat de partijen na de ontbinding zo goed mogelijk in de toestand van voor de contractsluiting moeten worden gesteld, gaat niet zover dat de consument die de niet-conforme zaak teruggeeft aan de verkoper in de regel ook een vergoeding is verschuldigd voor het gebruik van de zaak sedert de levering. Het Nederlandse recht biedt de consument op dit punt meer bescherming dan vereist door het Europese recht. In de zaak *Quelle* oordeelde het Hof van Justitie immers dat van de consument geen gebruiksvergoeding mag worden gevraagd in geval van vervanging van het niet-conforme goed, maar achtte het Hof – verwijzend naar de preambule van de Richtlijn consumentenkoop – een dergelijke vergoeding

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985, r.o. 2.4.

35. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 155.

36. Vgl. i.v.m. artikel 6:273 BW: M.M. Olthof, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Zorgplicht ontvanger bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, artikel 273.

37. Vgl. artikel 6:273 BW: M.M. Olthof, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Zorgplicht ontvanger bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, artikel 273.

38. Conclusie A-G Verkade voor HR 3 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO7821, r.o. 4.7, *NJ* 2004/586.

39. HR 3 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO7821, r.o. 3.4, *NJ* 2004/586.

40. Zie bijv. Christiaens & Van Wechem, *T&C Vermogensrecht*, commentaar op artikel 86 Weens Koopverdrag; Christiaens & Van Wechem, *T&C Vermogensrecht*, commentaar op artikel 85 Weens Koopverdrag.

wel toelaatbaar bij ontbinding.⁴¹ Uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 7:21 BW blijkt dat de Nederlandse wetgever bewust geen specifieke bepaling met betrekking tot een gebruiksvergoeding bij ontbinding heeft voorzien. Aangezien de zaak krachtens artikel 7:10 lid 3 BW na de levering voor risico van de verkoper blijft, wanneer de koper (later) op goede gronden de overeenkomst ontbindt, zal het zich volgens de wetgever slechts bij uitzondering voordoen dat het redelijk zou kunnen zijn dat de koper een gebruiksvergoeding ontvangt. In die uitzonderlijke gevallen zou een verplichting tot vergoeding door de rechter op ongerechtvaardigde verrijking of op de redelijkheid en billijkheid kunnen worden gebaseerd.⁴² Dit principe werd in 2016 meermaals bevestigd in de rechtspraak. Bij het oordeel dat er geen uitzonderlijke situatie was die vergoeding rechtvaardigde werd in het geval van de installatie van een defecte pelletketel in aanmerking genomen dat de consument de zaak niet ongestoord had kunnen gebruiken doordat zich herhaaldelijk storingen en gebreken voordeden, dat de ketel niet leidde tot verminderde stookkosten en dat de verkoper na de ontbinding op geen enkele wijze geprobeerd heeft de ketel terug te nemen.⁴³ Op vergelijkbare wijze werd een gebruiksvergoeding afgewezen in een zaak met betrekking tot een non-conforme camper: de consument werd voortdurend geconfronteerd met gebreken en moest inspanningen doen om de camper gerepareerd te krijgen en de verkoper voerde naast het feit dat de consument gebruik kon maken van de zaak, geen feiten of omstandigheden aan die een gebruiksvergoeding rechtvaardigden.⁴⁴ In eerdere rechtspraak werd bijvoorbeeld wel een gebruiksvergoeding toegekend in een zaak betreffende de ontbinding van een tweedehandsauto waar koper ruim 50 000 km had gereden met de non-conforme wagen en met hem door de verkoper ter beschikking gestelde vervangwagens.⁴⁵

5.3. *Gevolgen van ontbinding – Consequenties van het gebruik van het goed na de ontbinding resp. het moment waarop de consument met de ontbinding rekening diende te houden*

Ook al bestaat er in principe geen verplichting tot het betalen van een gebruiksvergoeding, toch houdt het verder gebruik van de zaak na de vaststelling van het gebrek en zeker na de ontbinding risico's in voor de consument. Zo werd geoordeeld dat de consument die een zaak na het uitbrengen van een ontbindingsverklaring verder bleef gebruiken en bleef meewerken aan herstelpogingen door de verkoper daarmee zijn recht had verwerkt om zich op de eerder uitgebrachte ontbindingsverklaring te beroepen.⁴⁶ Uit de hiervoor reeds besproken zorgplicht vloeit bovendien voort dat de consument de zaak niet meer mag gebruiken vanaf het moment dat hij redelijkerwijze reke-

ning moet houden met het feit dat hij de zaak zal moeten teruggeven. Doet de consument dat toch, dan moet hij krachtens artikel 6:74 BW instaan voor de daardoor veroorzaakte schade.⁴⁷

5.4. *Gevolgen van ontbinding – Doorverkoop na eindvonnis dat vergeet te veroordelen tot teruggave van de non-conforme zaak*

Tot slot kan nog gewezen worden op een arrest van de Hoge Raad met betrekking tot het gewone kooprecht dat echter ook voor de consumentenkoop van belang is. In casu had de koper de koopovereenkomst met betrekking tot een non-conforme motorboot buitengerechtelijk ontbonden en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch verzocht de ontbinding te bevestigen dan wel uit te spreken en in beide hypothesen de verkoper te veroordelen tot teruggave van de speedboot die de koper ter partiële betaling van de gekochte motorboot had ingeleverd, tegen inlevering van de motorboot en met veroordeling van verkoper tot betaling van het restant van de prijs in geld, € 1750, althans, als teruggave van de speedboot niet meer mogelijk is, de verkoper te veroordelen om aan de koper de volledige koopprijs van € 9950, terug te betalen onder teruggave van de motorboot. Het gerechtshof verzuimde in het eindarrest de teruggave van de motorboot te bevelen. De advocaat van de verkoper verzocht tot aanvulling van het arrest op grond van artikel 32 Rv maar dit verzoek werd afgewezen omdat de koper de motorboot na het eindarrest zou hebben verkocht en dus niet meer tot teruggave in staat was. De Hoge Raad vernietigde de ongeclausuleerde veroordeling tot terugbetaling van de koopsom. Indien de koper niet meer tot teruggave in staat zou blijken, dan kan – aldus de Hoge Raad – de voorwaarde verbonden aan de veroordeling van verkoper tot terugbetaling, daarop worden afgestemd. De Hoge Raad voegt hier nog aan toe dat de koper die zelf de overeenkomst buitengerechtelijk had ontbonden en vervolgens in rechte ontbinding van de overeenkomst had gevorderd, ook na het eindarrest van het hof rekening diende te houden met de daaruit voortvloeiende verbintenis tot teruggave van de motorboot (artikel 6:273 en 7:10 lid 4 BW). De Hoge Raad baseert zijn beslissing mede op het feit dat het hof de koper meer heeft toegewezen dan gevorderd.⁴⁸ Dit is juist. Evenwel blijkt uit de beschrijving van de vorderingen van de partijen niet dat de verkoper had gevorderd dat de koper, ingeval de ontbinding zou worden bevestigd en uitgesproken, jegens hem zou worden veroordeeld tot teruggave van de motorboot. Indien het standpunt van de Hoge Raad wordt gevolgd, wordt aan de verkoper dus in feite iets toegekend dat hij niet gevorderd heeft.

41. HvJ EG 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:231, C-404/06, *Jur.* 2008, p. I-02685 (*Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*).

42. MvT artikel 7:21, *Parl. Gesch. Inv.*, p. 136/137 en MvA II artikel 7:21, *Parl. Gesch. Inv.*, p. 141.

43. Rb. Midden-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:229, r.o. 4.14, *AR* 2016/348, *NJF* 2016/422.

44. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985, r.o. 2.3.

45. Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, *NJF* 2006/66, *AR* 2016/1583.

46. Rb. Midden-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:229, *AR* 2016/348, *NJF* 2016/422.

47. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985, r.o. 2.4.

48. HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:852, *JIN* 2016/135, m.nt. P.H. Bossema-de Greef, *TvPP* 2016, afl. 4, p. 101, *NJB* 2016/1043, *JWB* 2016/185, *AR* 2016/1328, *RvdW* 2016/618, *Bb* 2016/39.1, *AR* 2016/2167, *RCR* 2016/63.

6. Taakverdeling tussen de partijen en de rechter

Een consument kocht op 21 december 2011 een boot van een professionele handelaar. In april 2012 vertoonde de boot een lekkage en werd door de verkoper een noodreparatie uitgevoerd. Op 2 juni 2013 bleek de boot nog steeds te lekken en stelde de consument de boot opnieuw ter beschikking aan de verkoper voor reparatie. Bij brief van 19 september 2013 heeft de consument de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden. In eerste aanleg oordeelde de rechter dat de consument de overeenkomst op goede gronden had ontbonden en aanspraak kon maken op terugbetaling van de aankoopprijs. In hoger beroep wierp de verkoper de vraag op of de consument wel gerechtigd was tot ontbinding en wees hij erop dat herstel nog mogelijk was. Dit wordt bevestigd door het rapport van een deskundige voorgelegd door de verkoper. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat de bewijslast dat het herstel onmogelijk was rust op de consument en dat hij faalt in dit bewijs. Aangezien de consument niet had gesteld dat de verkoper tekortgeschoten zou zijn in zijn verplichting om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper, te voorzien in kosteloos herstel of kosteloze vervanging (artikel 7:21 lid 3 BW), wordt dit door het hof niet verder onderzocht.⁴⁹ Nochtans lijkt uit de beschrijving van de feiten te volgen dat de verkoper niet aan die verplichting heeft voldaan. Dit arrest lijkt in te druisen tegen de tendens die blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad om in toenemende mate van de rechter te eisen dat hij overgaat tot ambtshalve toepassing van bepalingen van consumentenrecht. Voor een beschrijving van deze tendens verwijs ik naar het artikel 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties' van Ancery en Krans dat in november 2016 werd gepubliceerd in *Ars Aequi*.⁵⁰

7. Verjaringstermijn

Een verkoper van online tickets besloot in 2016 een aantal consumenten te dagvaarden die in 2012 tickets hadden

gekocht en die niet hadden betaald. Om de korte tweejarige verjaringstermijn van artikel 7:28 BW te omzeilen voerde de verkoper aan dat zijn vordering geen vordering tot nakoming was, maar een vordering tot schadevergoeding. Dit argument werd door de rechtbank telkens verworpen omdat de vordering tot schadevergoeding was gesteund op dezelfde feitelijke grondslag waarop ook een vordering tot betaling kon worden ingesteld.⁵¹ De Rechtbank Zeeland-West-Brabant meende hiervoor steun te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2006 waarin geoordeeld werd dat de tweejarige verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW geldt voor iedere vordering (met inbegrip van een vordering uit onrechtmatige daad) die feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst.⁵² Slechts wanneer de verjaring telkens binnen de twee jaar op geldige wijze was gestuit, werd de vordering toegekend.⁵³

8. Nieuw recht op komst

In de vorige kroniek werd gewezen op twee richtlijnvoorstellen die op 9 december 2015 gepubliceerd werden door de Europese Commissie: een richtlijnvoorstel betreffende 'bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen' en een richtlijnvoorstel dat voorziet in een aparte regeling voor (consumenten)overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud.⁵⁴ Een belangrijk bezwaar tegen het richtlijnvoorstel met betrekking tot de koop op afstand van goederen was dat het leidde tot een nog verdergaande fragmentering van het reeds sterk gefragmenteerde kooprecht.⁵⁵ In 2016 werden deze richtlijnvoorstellen bediscussieerd in de Raad van de Europese Unie en het Economisch en Sociaal Comité. Met betrekking tot het richtlijnvoorstel betreffende de digitale inhoud wordt thans spoedig een stemming in het Europees Parlement verwacht, waarna trilogie zullen worden opgestart. Van het richtlijnvoorstel betreffende de goederen, heeft de Commissie op 31 oktober 2017 een aangepaste versie aangenomen⁵⁶ waarvan het toepassingsgebied nu alle consumentenkoopovereenkomsten van (roerende) goederen bestrijkt.⁵⁷ Hierop wordt spoedig nader ingegaan in een ander artikel in dit tijdschrift.

49. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10340.

50. A. Ancery & B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *AA* 2016, afl. 11, p. 825-830.

51. Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, *AR* 2016/2109, *Prg.* 2016/245.

52. HR 21 april 2006, *NJ* 2006/272.

53. Rb. Amsterdam 22 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9036, *AR* 2016/4086, *Prg.* 2017/38 (vordering toegekend); Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, *AR* 2016/2109, *Prg.* 2016/245 (vordering afgewezen).

54. 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 def. – 2015/0288(COD); 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 def. – 2015/0287(COD).

55. Zie bijv. 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*, 2016, p. 5-8, online beschikbaar op www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/3f55190a-e9dc-43f0-a977-b7ee0e824485/pe_536.492_en_print.pdf.

56. Hoewel de Commissie aanvankelijk van oordeel was dat dit niet nodig was en de wijziging van het richtlijnvoorstel, inclusief de uitbreiding van het toepassingsgebied kon plaatsvinden middels amendementen van het Europees Parlement en de Raad, zie Letter from Ms Vera Jourova, Member of the European Commission for Justice, Consumers and Gender Equality to Mr Urmas Reinsalu, President of the Council Justice and Home Affairs, 31 juli 2017, medegegeerd aan de delegaties van de Raad op 4 augustus 2017, Interinstitutional File 2015/0288 (COD).

57. Gewijzigd 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, tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad, COM/2017/0637 def. – 2015/0288 (COD).

9. Besluit

In 2016 vormde de uitspraak in de zaak *Wathelet* de voornaamste ontwikkeling in het EU-recht inzake consumentenkoop. Volgens deze uitspraak kan een handelaar die tussenpersoon is voor een particulier en die de consument niet naar behoren op de hoogte heeft gebracht van het feit dat de eigenaar van het verkochte goed een particulier is, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval, als de verkoper van het goed worden beschouwd. Deze uitspraak ligt in de lijn van hetgeen naar Nederlands recht reeds kon worden bereikt op grond van de gemeenrechtelijke regels inzake vertegenwoordiging. Wat betreft de richtlijnvoorstellen betreffende de levering van digitale inhoud enerzijds en de online verkoop en andere verkoop op afstand van goederen werd in 2016 niet veel vooruitgang geboekt. Met betrekking tot het richtlijnvoorstel betreffende de digitale inhoud wordt thans spoedig een stemming in het Europees Parlement verwacht, waarna trilogieën zullen worden opgestart. Van het richtlijnvoorstel betreffende de online en andere verkoop op afstand van goederen, heeft de Commissie op 31 oktober 2017 een aangepaste versie aangenomen waarvan het toepassingsgebied nu alle consumentenkoopovereenkomsten van (roerende) goederen bestrijkt.

De lagere rechtspraak bleef worstelen met de beoordeling van de conformiteit van tweedehandsvoertuigen en de (toerekenbaarheid van) de non-conformiteit van huisdieren. Bovendien bleken er veel vragen en geschillen te rijzen met betrekking tot de ontbinding van consumentenkoopovereenkomsten wegens non-conformiteit en de gevolgen daarvan. In de literatuur werd ervoor gepleit om de consument, ondanks het bestaan van een specifieke regel voor de ontbinding van consumentenkoopovereenkomsten, een beroep op de gemeenrechtelijke ontbindingsregels toe te staan. De lagere rechtspraak leek ook niet volledig mee te gaan in de toenemende tendens om regels van consumentenrecht ambtshalve toe te passen. Of dit veranderde in 2017 zien we in de volgende kroniek.