

Wat is een overeenkomst op afstand in de zin van art. 7:46a BW?

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2002). Wat is een overeenkomst op afstand in de zin van art. 7:46a BW? *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 6500, 585-587.

Document status and date:

Published: 01/01/2002

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

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.

Wat is een overeenkomst op afstand in de zin van art. 7:46a BW?

J.M. Smits*

1. Sinds 1 februari 2001 kent het BW speciale bepalingen voor 'overeenkomsten op afstand' (art. 7:46a-j BW).¹ Deze zijn ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 97/7.² Kern van de regeling is dat in geval van een koop of dienstverleningsovereenkomst op afstand, gesloten tussen een professionele verkoper of dienstverlener enerzijds en een consument anderzijds, de consument het recht heeft om de overeenkomst gedurende zeven werkdagen zonder opgave van redenen te ontbinden (art. 7:46d). Die termijn gaat bij koop in op het moment van ontvangst van de zaak, bij dienstverlening op het moment dat de overeenkomst is gesloten (art. 7:46i lid 6). Daarnaast schrijft art. 7:46c voor dat voorafgaand aan en na het sluiten van de overeenkomst bepaalde informatie aan de consument moet worden verschaft. Geschiedt dat niet, dan wordt de termijn van zeven werkdagen verlengd tot drie maanden.³

Deze nieuwe regeling gaat ver: de consument heeft bij de overeenkomst die hij in de praktijk het meeste sluit (koop of dienstverlening) een recht op ontbinding zonder dat voldaan behoeft te zijn aan de eisen van art. 6:265 BW. De eis dat sprake moet zijn van een overeenkomst 'op afstand' is de belangrijkste inperking van het toepassingsbereik van de regeling. Maar wanneer bestaat zo een overeenkomst op afstand? Daarover is verschil van mening goed mogelijk.

2. Blijkens art. 7:46a dient daartoe voldaan te zijn aan vier eisen. In de eerste plaats dient sprake te zijn van een koopovereenkomst of een overeenkomst tot het verrichten van diensten. In de tweede plaats dient deze overeenkomst te zijn gesloten 'in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand'. Ten derde is vereist dat 'tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand'. Blijkens de Europese Richtlijn⁴ moet daarbij onder meer worden gedacht aan de overeenkomst gesloten via drukwerk, standaardbrief, telefoon, epost, televisie of fax. Ten slotte moet de overeenkomst zijn gesloten tussen een professioneel handelende wederpartij en een consument. Met deze laatste drie vereisten is nauwgezet de definitie van art. 2 van de Richtlijn overgenomen. Ook de uitsluitingen van art. 3 Richtlijn zijn overgenomen in het BW (namelijk in art. 7:46i BW).⁵

3. Een minder nauwkeurige implementatie van de Richtlijn betreft de eerste eis. In art. 2 van de Richtlijn wordt namelijk onder een overeenkomst op afstand verstaan 'elke overeenkomst (...) inzake goederen of diensten' die op afstand wordt gesloten. Dat is een ruime definitie, die implementatie in Boek 7 minder voor de hand liggend maakt.⁶ Wie art. 7:46a leest, realiseert zich waarschijnlijk niet dat de regeling ook geldt voor huurovereenkomsten (inclusief die inzake onroerende zaken), aanneming van werk ten aanzien van roerende zaken, de vervoerovereenkomst en de overeenkomst van opdracht.⁷ Delen van afdeling 7.1.9A gelden voorts voor weddenschappen en loterijen en voor overeenkomsten ten aanzien van logies, vervoer en restaurantbedrijf. Wie enkel afgaat op de tekst en de plaats van de afdeling in het BW, wordt op het verkeerde been gezet.

* Hoogleraar Europees Privaatrecht, Universiteit Maastricht.

¹ Wet van 21 december 2000, Stb. 2000, 617 (zie Stb. 2001, 24 voor de inwerkingtreding).

² Richtlijn 97/7 van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, Pb. EG L 144/19.

³ Indien de wederpartij de informatie pas op een later moment binnen de drie maanden-termijn verstrekt, dan geldt de termijn van zeven werkdagen vanaf dat moment. Vgl. TK 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 22 (MvT).

⁴ Bijlage I bij de Richtlijn; vgl. TK 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 15 (MvT).

⁵ Zie voor de van het herroepingsrecht uitgesloten overeenkomsten art. 6 lid 3 Richtlijn en art. 46d lid 4 BW.

⁶ Vgl. Asser-Hijma 5-I, 6de dr., Deventer 2001, no. 94b.

⁷ TK 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 6 en 14 (MvT).

4. Het meest problematische onderdeel van de omschrijving van art. 7:46a BW betreft echter de tweede eis. Noch in de Richtlijn (of de voorbereidende stukken daarbij), noch in het BW wordt nader omschreven wanneer sprake is van 'een georganiseerd systeem' voor verkoop of dienstverlening op afstand. Toch is die vraag hoogst relevant. Kennelijk valt niet elke overeenkomst die niet in de fysieke aanwezigheid van beide partijen wordt gesloten, onder de omschrijving. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt gesteld dat sprake moet zijn 'van een stelselmatige en niet van een min of meer toevallige gebruikmaking van één of meer middelen voor communicatie op afstand'. De MvT meldt dat dit zeker zo is bij postorderverkoop, bij 'regelmatige' advertenties in kranten en tijdschriften met bestelbonnen of met de mededeling dat bijvoorbeeld per telefoon of fax kan worden besteld, bij 'structureel' gedane aanbiedingen per telefoon of fax, bij 'met regelmaat terugkerende' reclamespotjes op radio of televisie met telefonische bestelmogelijkheid en bij 'van tijd tot tijd terugkerende' e-mail met aanbiedingen via het internet.⁸ Kennelijk is de frequentie van de gebruikmaking van het communicatiemiddel hier bepalend. Indien een consument op eigen initiatief telefonisch iets bestelt bij een winkelier die geen georganiseerd systeem voor de verkoop op afstand hanteert, is de afdeling niet van toepassing. Dat is weer anders indien de consument op eigen initiatief een catalogus aanvraagt of een website bezoekt van een verkoper die wel zo een systeem heeft.⁹ Van het in de wet opnemen van een criterium ziet de wetgever echter expliciet af omdat anders het risico wordt gelopen dat de implementatie te beperkt is: de rechter heeft het laatste woord.¹⁰ Kennelijk weet de wetgever niet goed hoe de eis te implementeren. De kans dat de rechter het wel weet, lijkt me niet groot.

5. Ook in de ons omringende landen wordt geworsteld met de vraag wat een 'georganiseerd systeem' eigenlijk is. De Britse *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*¹¹ reppen in art. 3 van een 'organised distance sales or service provision scheme', zonder duidelijk te maken wat daaronder te verstaan. Op de website van het *Consumer Affairs Directorate*¹² wordt enkel gesteld dat de richtlijn 'waarschijnlijk' niet geldt indien een bedrijf normaliter niet aan consumenten verkoopt via brief, telefoon of email. Wie dat een enkele keer wel doet, heeft zijn organisatie daar niet op ingericht en behoeft niet in overeenstemming met de richtlijn te worden gehandeld.

In het Duitse recht wordt niet zozeer de frequentie van de verrichtingen als wel de 'Struktur' van de wederpartij centraal gesteld. Blijkens het ontwerp voor Par. 312b BGB, ingevoerd bij de herziening van het Duitse wetboek per 1 januari 2002 maar zakelijk al eerder deel van de *Fernabsatzgesetz* van 27 juni 2000, is noodzakelijk dat de ondernemer 'die organisatorische Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmässig im Fernabsatz zu tätigende Geschäfte zu bewältigen'.¹³ De leverancier die toevallig eens per email een contract sluit, valt niet onder het toepassingsbreik. Dat de ondernemer alleen maar door middel van afstandsovereenkomsten contracteert, behoeft echter ook weer niet: hij kan zowel 'in de winkel' als op afstand verkopen, waarbij elk type van verkoop een eigen juridisch regime heeft.

In België vond implementatie van de Richtlijn plaats door wijziging van de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (WHP), waarin een nieuwe afdeling 'Overeenkomsten op afstand' is ingevoegd.¹⁴ De definitie die in het nieuwe art. 77 van de wet wordt gegeven van overeenkomsten op afstand is echter vrijwel letterlijk die van de Richtlijn, met alle onduidelijkheid van dien.

6. Ik meen zelf dat voor de interpretatie van art. 7:46a de doelstelling van de Europese Richtlijn bepalend is. Die doelstelling is het bevorderen van de grensoverschrijdende verkoop op afstand door

⁸ TK 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 13-14 (MvT).

⁹ TK 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 13-14 (MvT).

¹⁰ TK 1999-2000, 26 861, nr. 4, p. 7 (Verslag) en nr. 5, p. 17 (Nota).

¹¹ SI 2000, No. 2334.

¹² <http://www.dti.gov.uk>.

¹³ Geciteerd bij Gerhard Ring, Der Verbraucherschutz, Rn. 36, in: Barbara Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002, p. 343 v.

¹⁴ Wet nr. 99-1921 van 25 mei 1999.

een betere bescherming van de consument, mede omdat hij het product voor de sluiting van de overeenkomst niet daadwerkelijk kan zien.¹⁵ Dat motief pleit voor een zo ruim mogelijk opgevatte interpretatie van de term ‘georganiseerd systeem’. Ik zie niet in waarom het in het licht van de *doelstelling* van de Richtlijn (maar toegegeven zij dat de tekst tot iets anders lijkt te nopen) nodig is een onderscheid te maken tussen de consument-koper die op eigen initiatief een bestelling doet bij een winkelier die geen georganiseerd systeem voor de verkoop op afstand hanteert (waarbij volgens de Nederlandse MvT de afdeling niet van toepassing is) en een winkelier die dat wel doet (wat zou betekenen dat de overeenkomst wel een afstandsovereenkomst is). Het is voor deze consument doorgaans ook onmogelijk om vast te stellen of de winkelier de verkoop op afstand heeft georganiseerd of niet. Maar ook voor de consument die een aanbieding krijgt toegezonden, is vaak niet zeker of dat is geschied via een georganiseerd systeem voor de verkoop. Dat is wel duidelijk indien de aanbieding afkomstig is van een postorderbedrijf, maar veel minder indien het bijvoorbeeld een brief betreft die aan de consument persoonlijk is gericht (hetgeen bij de huidige marketingmethoden steeds vaker het geval is: gepersonaliseerde brieven kunnen bij tienduizenden tegelijk worden verzonden). Dit wringt vooral omdat indien de consument een overeenkomst sluit op basis van een dergelijke brief, en hij de overeenkomst vervolgens wil ontbinden, het naar huidig Nederlands recht aan hem is om te bewijzen dat de wederpartij een georganiseerd systeem voor de verkoop hanteerde. Tegenover de eis tot ontbinding op grond van art. 7:46d zal de verkoper of dienstverlener immers inbrengen dat de overeenkomst niet via een georganiseerd systeem tot stand is gekomen. Het aantonen dat dit toch wel zo was, is voor de consument niet altijd even eenvoudig. Het motief van de consumentenbescherming komt daarmee in het gedrang.

7. Ik wil daarom ter concretisering van de ruime interpretatie van de term ‘georganiseerd systeem’ een omkering van de bewijslast bepleiten. Indien uitsluitend een techniek voor communicatie op afstand is gehanteerd voor de sluiting van een overeenkomst tussen een consument en een professioneel handelende wederpartij, dan mag daarmee mijns inziens worden vermoed dat die wederpartij ook een georganiseerd systeem voor de verkoop heeft gehanteerd. Slechts indien de wederpartij kan aantonen dat deze overeenkomst niet is gesloten via zo een systeem (bijvoorbeeld omdat hij daarover niet beschikt), is afdeling 7.1.9A niet van toepassing. Art. 150 Rv. biedt de rechter voldoende gelegenheid om deze omkering van de bewijslast te bewerkstelligen.

In Duitsland is deze oplossing van omkering van de bewijslast zelfs bij wet neergelegd. Par. 312b (1) BGB bepaalt namelijk:

‘Fernabsatzverträge sind Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt’.

Deze formulering impliceert dat een op afstand gesloten overeenkomst wordt vermoed een ‘Fernabsatzvertrag’ te zijn. Dat wettelijk vermoeden wijkt indien de leverancier aantoont dat niet via een georganiseerd systeem werd gecontracteerd. Die Duitse oplossing lijkt mij ook voor het Nederlandse recht aangewezen.

¹⁵ Preambule van de Richtlijn, no. 3, 5 en 14.