



Reactie op Wetsvoorstel afkoelperiode colportage

Het ministerie van Justitie en Veiligheid heeft mij gewezen op de Internetconsultatie Wetsvoorstel afkoelperiode colportage en uitgenodigd om vanuit mijn expertisegebied – het Europees consumentenrecht – op dit voorstel te reageren. Dit doe ik graag en ik heb hierbij ook de kennis en expertise van mijn collega dr. Tigelaar ingewonnen.

Kwalificatie van de na de afkoelperiode gesloten overeenkomst

Wij plaatsen vraagtekens bij de passage in de MvT die benoemt hoe de overeenkomst na drie dagen wordt gesloten, mét behoud van de extra bescherming die hoort bij de overeenkomst gesloten op afstand en buiten de verkooppriimte (par. 2.1). Overweging 21 van de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) geeft echter aan dat een overeenkomst, die op een later tijdstip met behulp van een middel voor communicatie op afstand tot stand komt, na een *vrijblijvend* thuisbezoek (zoals in het voorstel voorzien), juist geen overeenkomst gesloten buiten de verkooppriimte is. De consument heeft dan immers rustig de tijd gehad om over het aanbod na te denken.

“De definitie van „buiten verkooppriimten gesloten overeenkomst” mag niet gelden voor situaties waarin een handelaar bij een consument thuis komt uitsluitend om op te meten of een kostenraming te geven zonder enig verplichting voor de consument, en de overeenkomst pas op een later tijdstip op basis van de kostenraming van de handelaar wordt gesloten in de verkooppriimten van de handelaar of met behulp van een middel voor communicatie op afstand. In die gevallen mag de overeenkomst niet worden beschouwd als zijnde onmiddellijk gesloten nadat de handelaar de consument heeft aangesproken, als de consument tijd heeft gehad om over de kostenraming van de handelaar na te denken alvorens de overeenkomst te sluiten.”

Overigens is, gelet op de tekst van art. 6:230g lid 1 onder e BW, in combinatie met overweging 20 van de considerans bij de Richtlijn consumentenrechten, evenmin gegeven dat wanneer de overeenkomst vervolgens met een middel voor communicatie op afstand (telefoon of mail) wordt gesloten, er uiteindelijk sprake is van een overeenkomst gesloten op afstand (zoals in par. 2.1 MvT wordt verondersteld). Daarvoor is tevens vereist dat sprake is van een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand.

Wij kunnen ons bovendien voorstellen dat handelaren, nu hierover niets is bepaald in de nieuwe regeling, op zoek zullen gaan naar wijzen van contractsluiting die de consumentenbeschermende regelgeving bij overeenkomsten gesloten op afstand of buiten de verkooppriimte omzeilen: de consument in de winkel ‘uitnodigen’ of de consument het initiatief laten nemen om de vervolgspraak te maken thuis. In genoemde gevallen is immers sprake van een overeenkomst

gesloten anders dan op afstand of buiten de verkooppriimte. Art. 6:230ta lid 1 BW laat hiervoor alle ruimte.

Niet in de laatste plaats betekent de tweede optie genoemd in par. 2.1 MvT dat de consument een tweede keer wordt 'lastiggevalen'. Hij wordt de tweede keer denkkelijk niet overvallen, maar de bepaling creëert voor de handelaar een tweede mogelijkheid om de consument in zijn vertrouwde thuisomgeving over de streep te trekken. Kwetsbare consumenten blijven ook bij een tweede bezoek weerloos. Het leed wordt hoogstens een drietal dagen uitgesteld.

De afkoelperiode (en uitzonderingen hierop) in relatie tot de ontbindingstermijn

Betoogd kan worden dat een afkoelperiode in verbintenissenrechtelijke zin van andere aard is dan de ontbindingsperiode uit de richtlijn en dat het in acht nemen van die periode een totstandkomingseis vormt naar nationaal recht (art. 3 lid 5 Richtlijn consumentenrechten). Omdat de regering zich alsdan *buiten* het terrein van het Europees consumentenrecht begeeft, is het feit dat bepaalde overeenkomsten/diensten hiervan zijn uitgezonderd dan welbeschouwd geen valide argument om die van de nieuwe regeling uit te zonderen (par. 2.2 van de MvT).

Niettemin zien wij veel overeenkomstigheid tussen de ratio achter de ruime afkoelperiode en die achter de herroepingstermijn bij de buiten de verkooppriimte gesloten overeenkomst. Hierbij merken wij op dat een totale periode van 17 dagen – zij het opgeknipt – wel binnen de sinds de Moderniseringsrichtlijn toegestane 30 dagen-termijn past. De aansluiting tussen afkoelperiode en ontbindingstermijn verdient in het licht van genoemde overeenkomstigheid meer aandacht. We begrijpen dat de regering zelf aansluiting heeft gezocht bij de richtlijn. Toch komen de in art. 6:230ta lid 3 BW opgenomen uitzonderingen op de afkoelperiode tamelijk willekeurig over, zoals de kranten, tijdschriften en weekbladen en excursies. De vraag rijst ook waarom andere uitzonderingen op het ontbindingsrecht uit art. 6:230p BW in art. 6:230ta lid 3 BW ontbreken. Wij verwachten dat dit vragen zal oproepen bij de Europese Commissie.

Vanuit een oogpunt van coherentie zou bij de uitzonderingen die genoemd zijn in art. 6:230ta lid 3 onder a en c BW voor de formulering van art. 6:230p onder b en onder f, subonderdeel 7 BW kunnen worden gekozen. De uitzondering betreffende de bezoeken thuis, op uitnodiging van de consument verdient volgens ons een nadere verduidelijking. Er wordt in de MvT verwezen naar spoedreparaties maar niet naar de aannemers die worden uitgenodigd voor een verbouwing. Hierbij is gelet op de hiervoor aangehaalde overweging 21 van de considerans bij de Richtlijn consumentenrechten doorgaans geen sprake van dienstverlening buiten de verkooppriimte. Dit zou benadrukt moeten worden.

De combinatie van afkoelperiode én ontbindingstermijn is, zoals Loos terecht aangeeft, erg ongebruikelijk. De handhaafbaarheid van de afkoelperiode roept ook vragen op.

Het schriftelijkheidsvereiste

Anders dan Prof. Loos, zien wij overigens weinig reden om te twijfelen aan de mogelijkheid om een schriftelijkheidsvereiste – een vormvereiste in de zin van art. 3:39 BW – in te voeren naar het model van art. 6:230v lid 6 BW. Naar analogie met art. 6:230v lid 6 BW, zou de (op een later tijdstip) *schriftelijk* bevestigde overeenkomst, in weerwil van overweging 21 van de richtlijn, toch als overeenkomst gesloten buiten de verkooppriimte kunnen worden gekwalificeerd. Het vormvereiste

uit dit artikel verandert immers niets aan de kwalificatie van de overeenkomst als “op afstand gesloten”.

De regels betreffende de totstandkoming van de overeenkomst zijn uitgezonderd van de Richtlijn consumentenrechten. Lidstaten mogen in het licht van art. 3 lid 5 richtlijn zelf bepalen hoe de overeenkomst tot stand komt. Het is volgens ons goed mogelijk om aan de overeenkomst gesloten buiten de verkooppriimte de formele eis te stellen dat deze schriftelijk wordt aangegaan. Dit sluit ook goed aan bij de informatieverplichting uit art. 6:230t lid 2 BW, dat bepaalt dat van een buiten de verkooppriimte gesloten overeenkomst aan de consument altijd een afschrift op papier of duurzame gegevensdrager wordt verstrekt. Wanneer hij de overeenkomst schriftelijk bevestigt, kan de consument er overigens voor kiezen om afstand te doen van zijn ontbindingsrecht (art. 6:230t lid 3 BW).

Het vereiste is tot slot in de geest van overweging 55 van de Moderniseringsrichtlijn. Wij menen dat de door deze richtlijn doorgevoerde aanpassingen aan de Richtlijn consumentenrechten er enkel toe strekken om apert tegenstrijdige wetgeving te voorkomen (door lidstaten expliciet toe te staan om uitzonderingen op het ontbindingsrecht op te heffen). Hieruit kan niet worden afgeleid dat de invoering van een schriftelijkheidsvereiste niet is toegestaan.

Het ‘verbod op het aanbod’ en de informatieverstreking

Waar de schoen in dit voorstel volgens ons vooral wringt, is het moment van het doen van het aanbod en de bijbehorende vereisten ten aanzien van de informatieverstreking. Zonder aanbod – een overeenkomst mag immers niet eens gesloten worden – is onduidelijk of een handelaar een precontractuele informatieplicht heeft op grond van de Richtlijn consumentenrechten.

De informatieverstreking bij verschillende soorten overeenkomsten geschiedt op de wijze genoemd in de richtlijn. Zonder concreet aanbod kan niet (goed) worden voldaan aan de vereisten van art. 6:230m BW. De informatieplichten uit deze bepaling zijn zo specifiek geformuleerd dat de informatieverstreking wel een aanbod moet omvatten, wil de handelaar aan de informatieplichten voldoen. Wij doelen dan met name op art. 6:230m lid 1 onder a en e BW. Het verstrekken van informatie zonder ‘aanbod’ heeft weinig zin: de te geven informatie ziet in beginsel op een zaak/dienst en de prijs hiervan. De handelaar zal in werkelijkheid tijdens het eerste bezoek dan ook veelal een aanbod doen, maar deze handeling mag niet als zodanig worden uitgelegd en gekwalificeerd. Dit vergt de toevoeging van een aanvullend lid aan art. 6:230q BW, waarin expliciet wordt afgeweken van art. 6:217 BW e.v.

Informatieverstreking zonder concreet aanbod, gekoppeld aan het verbod tot aanvulling van de informatie op het moment van het doen van het aanbod, levert ook praktische problemen op. De consument krijgt bij het eerste bezoek mogelijk geen op het daadwerkelijke aanbod toegesneden informatie of informatie die niet relevant is voor dit aanbod. Dat maakt dat de consument gedurende de drie dagen die daarop volgen niet kan ‘afkoelen’, want er ligt geen concreet aanbod waarover hij of zij kan nadenken. De handelaar doet er goed aan om bij het aanbod dat na drie dagen volgt, alsnog alle informatie te verstrekken. De precontractuele informatieverstreking wordt door het voorgestelde artikel aldus opgedeeld in twee fases, wat voor handelaren belastend en voor consumenten mogelijk verwarrend is.

Vanuit de richtlijn is slechts de juiste informatie betreffende het ‘echte’ aanbod (na drie dagen) verplicht: deze informatie moet voldoen aan de richtlijneisen en voor de sluiting van de

overeenkomst zijn verstrekt, ongeacht wat eerder al is overhandigd. Art. 6:230n lid 2 (en 4) BW ziet niet op de informatie verstrekt tijdens het eerste huisbezoek, maar op de informatie die op het concrete aanbod is toegesneden. Niets in die richtlijn verhindert dat de precontractuele informatie wordt aangevuld of gewijzigd, zolang zij nog geen onderdeel is van de overeenkomst.

Als er verschil bestaat tussen de informatie verstrekt tijdens het eerste en het tweede huisbezoek, dan is kan er wel sprake zijn van een misleidende handelspraktijk. Dat de consument de handelaar een tweede keer te woord staat en een overeenkomst sluit, is dan een mogelijk gevolg van de bij het eerste bezoek verschaft informatie. Als die eerdere informatie niet blijkt te kloppen, dan is sprake van een misleidende omissie of handelspraktijk, niet van een schending van art. 6:230n lid 2 BW (die toepassing van art. 3:40 lid 2 BW rechtvaardigt). Bij een oneerlijke handelspraktijk kan de consument de overeenkomst vernietigen op grond van art. 6:193j lid 3 BW.

Een passender alternatief betreft naar wij menen een afkoelperiode die aanvangt *na het aanbod* (de eenzijdige rechtshandeling) van de handelaar en bijbehorende op grond van de richtlijn verplichte informatieverstrekking ex art. 6:230m BW (vgl. de standstill-periode van maar liefst 4 weken voor het sluiten van de franchiseovereenkomst: art. 7:914 BW). Daartoe zou aangesloten kunnen worden bij de Belgische wet, die de Europese Commissie heeft geaccordeerd.

Handhaving en effectiviteit van privaatrechtelijke regelgeving

De vernietigingssanctie die volgens de regering op schending van art. 6:230ta BW staat, valt als we de vaste rechtspraak van de Hoge Raad bezien, buiten de reikwijdte van de verplichte ambtshalve toetsing, daar het om nationaal recht gaat. Dit is anders indien deze bepaling als een regel van openbare orde wordt bestempeld. Het aanhaken bij de in de Moderniseringsrichtlijn aangereikte doelen van bescherming van de privésfeer van de consument en van diens recht op privacy, biedt hiervoor mogelijk een aanknopingspunt.

De intentie achter dit voorstel is goed maar wij vragen ons af of de consument die het slachtoffer is van colportagepraktijken met deze privaatrechtelijke regeling zoveel beter wordt beschermd. De huidige regels bieden houvast voor publiekrechtelijke handhaving door de ACM en daar zouden meer middelen naartoe kunnen gaan. Daarnaast is een publiekrechtelijke regeling als een 'bezoek-me-niet'-register mogelijk veel effectiever dan een lastig te controleren afkoelperiode.

Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het consumentenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen

Mr. dr. L.B.A. Tigelaar, universitair docent verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen