

Vergaderjaar 2013–2014

33 520

Wijziging van de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijke Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van 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 199/44/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 L 304/64) (Implementatiewet richtlijn consumentenrechten)

D

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR VEILIGHEID EN JUSTITIE¹

Vastgesteld 21 januari 2014

De memorie van antwoord van 9 december 2013 geeft de commissie aanleiding tot het maken van de volgende nadere opmerkingen en het stellen van de volgende nadere vragen.

1. Inleiding

De leden van de fractie van **D66** hebben met belangstelling kennis genomen van de memorie van antwoord. Deze nodigt echter nog wel uit tot het stellen van nadere vragen. De leden van de fracties van de **VVD** en het **CDA** sluiten zich bij deze vragen aan.

2. Overeenkomsten op afstand: de levering van digitale inhoud

In het voorlopig verslag hebben de leden van de **D66**-fractie – samen met de leden van de fractie van de **VVD** en het **CDA** – onder meer gevraagd naar de betekenis en het belang van de toevoeging van een vijfde lid aan artikel 7:5 BW dat zo geformuleerd is dat ook de levering van digitale

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Kneppers-Heijner (VVD), Kox (SP), Engels (D66), Franken (CDA), Thissen (GL), Witteveen (PvdA), Nagel (50PLUS), Ruers (SP), Van Bijsterveld (CDA) (*vice-voorzitter*), Duthler (VVD) (*voorzitter*), Koffeman (PvdD), Kuiper (CU), Quik-Schuijt (SP), Strik (GL), Knip (VVD), Hoekstra (CDA), Lokin-Sassen (CDA), Scholten (D66), Schouwenaar (VVD), De Boer (GL), De Lange (OSF), Ter Horst (PvdA), Beuving (PvdA), Koole (PvdA), Schrijver (PvdA), Reynaers (PVV), Popken (PVV), Frijters-Klijnen (PVV), Swagerman (VVD)

inhoud op een niet materiële drager naar analogie van de consumentenkoop in artikel 7:5 lid 1 onder de regeling van consumentenkoop gaat vallen.

De regering heeft daarop geantwoord dat – anders dan de leden van de fracties van D66, de VVD en het CDA veronderstellen – artikel 7:5 lid 5 BW er niet toe leidt dat contracten betreffende digitale inhoud die niet op een materiële drager worden geleverd als een vorm van koop worden gekwalificeerd. Volgens de regering zorgt genoemd artikellid er slechts voor dat enkele bepalingen van titel 7.1 BW expliciet van toepassing worden uitgezonderd. Er zou dus geen sprake zijn van extra nationaal beleid maar een uit de richtlijn voortvloeiende aanpassing van het huidige recht. De regering verwijst naar artikel 17 lid 1 van de richtlijn waaruit deze wijze van implementatie logischerwijs zou volgen.

De regering verwacht dat hiermee een misverstand is opgelost, zo blijkt uit de memorie van antwoord, maar op dit punt hebben de leden van de D66-fractie toch behoefte aan een nadere toelichting. Artikel 7:5 lid 1 BW beschrijft wat onder consumentenkoop moet worden verstaan en het voorgestelde lid 5 verklaart de bepalingen van consumentenkoop (en dus van koop) van overeenkomstige toepassing op onder meer de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd. Consumentenkoop is te beschouwen als een species van de koopovereenkomst. Het in lid 5 van toepassing verklaren van de regels van consumentenkoop op genoemd contract leidt er dus toe dat deze overeenkomst als koop zal worden gekwalificeerd. De drie uitgezonderde bepalingen (artikelen 7:9, 11 en 19a BW) bevestigen eerder dat bedoeld contract onder consumentenkoop valt dan dat deze bepalingen die interpretatie ontkrachten. Kan de regering de aan het woord zijnde leden daarom nog eens uitleggen waarom zij stelt dat het voorgestelde artikel 7:5 lid 5 BW er niet toe leidt dat een contract betreffende digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd als een vorm van koop wordt gekwalificeerd?

Daarnaast vragen de genoemde leden zich af waarom de regering in haar betoog blijft steunen op het Beeldbrigade-arrest². De casus daarvan betrof de levering van ondeugdelijke standaardsoftware welke volgens de Hoge Raad moet worden gezien als een vermogensrecht dat vatbaar is voor koop. De Hoge Raad heeft zich in dat arrest niet uitgelaten over de vraag of een contract betreffende levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd als een zodanig vermogensrecht zou moeten worden gekwalificeerd. De aan het woord zijnde leden blijven zich daarom vooralsnog op het standpunt stellen dat hier – anders dan de regering betoogt – wel sprake is van extra nationaal beleid. De richtlijn schrijft implementatie daarvan niet voor. De richtlijn zegt immers niets over een implementatieplicht van bedoelde overeenkomsten naar analogie van de koopregels. De richtlijn draagt de lidstaten uitsluitend op de in artikel 17 lid 1 van de richtlijn genoemde «koopregels» betreffende de levering en de risico-overgang expliciet uit te zonderen van de toepassing van het kooprecht, en de in artikel 17 lid 2 van de richtlijn genoemde «koopregels» betreffende de vergoeding voor het gebruik van betaalmiddelen, de communicatie per telefoon en extra betalingen uitdrukkelijk wel toe te passen op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. De in artikel 17 lid 2 genoemde bepalingen zijn, in tegenstelling tot de in artikel 17 lid 1 van de richtlijn genoemde bepaling, niet in titel 7.1 BW opgenomen maar in de nieuwe afdeling 6.5.2B, respectievelijk in de artikelen 6:230j en 6:230k. Door artikel 17 lid 1 van de richtlijn te implementeren in artikel 7:5 lid 5 BW en niet in de nieuwe afdeling 6.5.2B heeft deze oplossing tot gevolg dat de overeenkomsten tot levering van digitale inhoud met uitzondering van de bepalingen van de artikelen 7:9, 11 en 19a zijn onderworpen aan de resterende koopregels,

² Hoge Raad 27 april 2012, NJ 2012/293, De Beeldbrigade/Hulskamp.

terwijl de aard van de overeenkomst zich daartegen kan verzetten. Dat is voor de levering van software of een muziekbestand dat voor herhaald gebruik ter beschikking wordt gesteld nog wel te verdedigen, maar zeker ten aanzien van overeenkomsten tot het streamen van digitale inhoud – welke slechts eenmaal kan worden bekeken – zou eerder een analogie met huur dan wel opdracht voor de hand liggen. Toepassing van het kooprecht op dergelijke gevallen heeft grote gevolgen voor bijvoorbeeld de klachtplicht van artikel 7:23 lid 1 BW (een klacht gedaan binnen 2 maanden na een storing is tijdig) en de bijzondere verjaringsregel van artikel 7:28 BW (de vordering tot betaling zou twee jaar na levering van de digitale inhoud verjaren). Het is de vraag of dergelijke gevolgen wenselijk en beoogd zijn.³

De leden van de D66-fractie verzoeken de regering op het voorgaande te reageren, alsmede op de volgende vragen: Stel dat artikel 7:5 lid 5 BW middels een novelle uit het wetsvoorstel zou worden gehaald, welke bescherming ontberen de contractspartijen van «streaming service» als bedoeld in genoemde overeenkomsten dan? Gaat hun positie er op achteruit? Mist de koper de met de richtlijn bedoelde bescherming wanneer bedoelde overeenkomst niet naar analogie als een koopovereenkomst wordt gekwalificeerd? Zou harmonisatie van de richtlijn, zoals deze in het algemeen overeenkomstenrecht is gecodificeerd onder de voorgestelde afdeling 2B in Boek 6 BW onder artikel 6:230g e.v. BW, niet als voldoende kunnen worden aanvaard? De aan het woord zijnde leden horen graag de opvatting hierover van de regering.

3. Middellijke vertegenwoordiging

Een volgende vraag betreft de positie van de vertegenwoordiger in het voorgestelde artikel 7:5 lid 1 BW. Volgens de voorgestelde omschrijving gaat het daarbij om iemand «die handelt in het kader van zijn handelsbedrijf- ambachts- of beroepsactiviteit, *al dan niet mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt*». De wetgever heeft hier als gevolg van de volledige harmonisatie weinig ruimte. Het probleem zit in de gearceerde zin. De leden van de fractie van **D66**, alsmede die van de fracties van **VVD** en **CDA**, haken aan bij een opmerking hierover van hoogleraar privaatrecht Loos in het hiervoor aangehaalde artikel. Hij schrijft daarin: «In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 15–16) wordt ten aanzien van dat begrip opgemerkt dat nu de richtlijn volgens overweging (16) van de preambule het nationale vertegenwoordigingsrecht niet raakt, de vraag of sprake is van rechtsgeldige vertegenwoordiging wordt beoordeeld aan de hand van artikel 3:66 en 61 lid 2 BW. Problematisch is echter dat iemand ook als «verkoper» in de zin van artikel 7:5 BW kan handelen indien een tussenpersoon niet in zijn naam, maar wel «voor zijn rekening» optreedt, dat wil zeggen om gevallen van *middellijke* vertegenwoordiging.» Het punt van de middellijke vertegenwoordiging betreft vooral de vraag naar de positie van de tussenpersoon. Naar geldend Nederlands recht wordt de tussenpersoon die in eigen naam handelt, partij bij de overeenkomst met de consument. Volgens de richtlijn en het voorgestelde 7:5 lid 1 BW wordt de als professionele partij handelende achterman partij bij de koopovereenkomst. Op die koopovereenkomst is de consumentenkoopregeling van toepassing. Onduidelijk is echter of ook de tussenpersoon gebonden is aan de overeenkomst, zodat de koper twee partijen zou kunnen aanspreken tot nakoming en zo ja, of ook die overeenkomst een consumentenkoop is:

- indien de tussenpersoon net als de achterman een professionele partij is;

³ M.B.M. Loos, «Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht», *NJB* 2013/2255, p. 2685.

- indien de tussenpersoon geen professionele partij is maar de achterman wel.

Verduidelijking op dit punt is voor de rechtspraak van groot belang, omdat ze de vraag betreft welke partij de consument bij non-conformiteit kan aanspreken. De leden van de D66-fractie verzoeken de regering hierop te reageren.

4. De aansluit- en transportovereenkomst

Een derde punt is door Energie-Nederland aangedragen. Deze schrijft de leden van de Kamer: «Sinds 1 augustus 2013 zijn energieleveranciers wettelijk verplicht ook aansluit- en transportovereenkomst (ATO) tussen netbeheerders en consumenten bij de consument in rekening te brengen. Leveranciers dragen op hun beurt de ontvangen tarieven voor netbeheer af aan de regionale netbeheerder.» Het voorliggende wetsvoorstel definieert «aanvullende overeenkomsten» in artikel 230g, eerste lid, onder l als «een overeenkomst waarbij een consument zaken of diensten verwerft in verband met een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkoopprijs, en deze zaken of diensten door de handelaar worden geleverd of door een derde partij op basis van een afspraak tussen die derde partij en de handelaar». Volgens Energie-Nederland is een ATO geen aanvullende overeenkomst, omdat het gefactureerde niet het resultaat is van een afspraak tussen «die derde partij en de handelaar», zoals het artikel bepaalt, maar het gevolg is van een wettelijke verplichting. Wanneer een consument switcht naar een andere leverancier, blijft de ATO dan ook in stand. De ATO is immers niet aan de persoon, maar aan het perceel gebonden. Bij verhuizing krijgen consumenten wel de ATO toegezonden. Dan kan verwarring ontstaan, omdat consumenten zouden kunnen menen dat zij niet expliciet hebben ingestemd met deze ATO. Dat zou tot discussies kunnen leiden over de vraag of de ATO nu wel of niet een kernbeding is en of de ATO onder de definitie van «aanvullende overeenkomst» valt. Artikel 230j schrijft voor dat de consument niet gebonden is aan een verbintenis tot een aanvullende betaling van een geldsom ter verkrijging van een prestatie die niet de kern van de prestatie is, tenzij hij uitdrukkelijk heeft ingestemd. In het uiterste geval zou dat kunnen leiden tot het feit dat de consument recht heeft op terugbetaling van de betaalde geldsom – de kosten voor netbeheer –, terwijl de leverancier nog steeds wettelijk verplicht is die geldsom af te dragen aan de netbeheerder.

Om deze en andere denkbare misverstanden te voorkomen verzoeken de leden van de fractie van **D66**, mede namens de leden van de fracties van **VVD** en **CDA**, de regering de vraag te beantwoorden of het juist is dat een aansluit- en transportovereenkomst geen «aanvullende overeenkomst» is in de zin van artikel 230g, eerste lid, onder l.

De leden van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie zien de reactie van de regering – bij voorkeur binnen vier weken – met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie,
Duthler

De griffier van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie,
Van Dooren