

Consumentenrecht: een zaak voor de Europese Unie?

Een kritische beschouwing over het ontwerp voor een Europese richtlijn consumentenrechten

J.M. Smits*

* Jan Smits is hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de UvT (TICOM) en gasthoogleraar aan de Universiteit van Helsinki. Deze bijdrage is gebaseerd op de lezing gehouden op het congres 'De Ontwerp EG-richtlijn consumentenrechten' (UvA, 28 januari 2009).

1 Zie het historisch overzicht bij E.H. Hondius, *Consumentenrecht* (Monografieën NBW A-8), Deventer: Kluwer 1992, no. 4.

2 Van richtlijn nr. 85/374/EEG van de Raad van de Europese Unie van 25 juli 1985 (*PbEG* 1985, L 210/29) inzake productenaansprakelijkheid tot richtlijn nr. 2008/48/EG (*PbEG* 2008, L 133/66) inzake kredietovereenkomsten voor consumenten.

3 Niet alleen bevatten Richtlijn 85/374/EEG inzake productenaansprakelijkheid en Richtlijn 2005/29/EG (*PbEG* 2005, L 149/22) inzake oneerlijke handelspraktijken maximumharmoonisatie, dit werd ook bepleit bij de evaluatie van de colportage-richtlijn. Zie ook R.R.R. Hardy & G.G. Hesen, 'Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten', *WPNR* 6783 (2009), p. 69. Art. 4 Voorstel richtlijn consumentenrechten schrijft ook maximumharmoonisatie voor (zie onder).

4 J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid' (Preadvies NJV 2006), in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2006-1*, Deventer: Kluwer 2006, p. 57 e.v.

5 Die vraag is al voorwerp geweest van vele beschouwingen. Een Nederlandstalige samenvatting vindt men bijvoorbeeld in Asser-Hartkamp 3-I*: *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

In oktober 2008 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Dit voorstel breekt met de huidige Europese praktijk van minimumharmoonisatie: het beoogt een volledige harmonisatie van een aantal belangrijke terreinen van consumentenrecht. Deze bijdrage is kritisch over deze ontwikkeling. Bepleit wordt een gedifferentieerde benadering: of minimum- of maximumharmoonisatie de voorkeur verdient hangt af van diverse factoren.

1 Inleiding

In de afgelopen decennia is het consumentenrecht meer en meer een Europese zaak geworden. Waar nationale wetgever en rechter al veel langer actief trachtten om de consument te beschermen,¹ is die taak inmiddels grotendeels overgenomen door de Europese wetgever en (in mindere mate) de Europese rechter. Met een beroep op de noodzaak de Europese interne markt verder te ontwikkelen, heeft Europa minstens twaalf richtlijnen het licht doen zien die in toenemende mate de kern van het nationale vermogensrecht raken.² Niet alleen worden steeds meer *typen* overeenkomsten door Europees recht beheerst, ook zijn er over steeds meer *aspecten* van die overeenkomsten Europese regels. Bovendien is de mate van invloed steeds groter: de tendens is weg van minimumharmoonisatie en naar maximumharmoonisatie.³

Hiermee behoeft aan de snel toenemende betekenis van het Europees privaatrecht voor de Nederlandse rechtsorde niet te worden getwijfeld. Een kleine inventarisatie in 2006⁴ leerde dat van de ruim 650 artikelen in de Boeken 3 en 6 en Titel 7.1 BW er 65 het resultaat zijn van implementatie van Europese richtlijnen. Dat is tien procent van het totale aantal bepalingen en gelet op de grote ambities van zowel de Europese Commissie als het Europees Parlement op het terrein van het Europees privaatrecht, is de verwachting dat deze invloed de komende jaren alleen nog maar zal toenemen.

Dient het consumentenrecht in toenemende mate een Europese zaak te zijn?

In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de vraag hoe deze toenemende invloed van Europa op het nationale consumentenrecht te duiden.⁵ In plaats daarvan staat een andere vraag centraal: dient het consumentenrecht inderdaad in toenemende mate een Europese zaak te zijn? Met de recente publicatie van het voorstel voor een richtlijn

Alle 'privaatrechtelijke' richtlijnen zijn in de Engelse taal opgenomen in J.M. Smits & V. Mak (eds.), *Ars Aequi wetseditie European Private Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008 en de oudere in het Nederlands ook in J.H.M. van Erp & J.M. Smits (red.), *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag: BJu 2001.

betreffende consumentenrechten⁶ dringt die normatieve vraag zich eens te meer op: het richtlijnvoorstel beoogt maximumharmonisatie, waarmee het consumentenrecht op de terreinen die het voorstel bestrijkt pas écht een Europese zaak wordt. Aanvaarding van het voorstel zou betekenen dat de nationale wetgever en rechter⁷ op die terreinen niet langer bevoegd zijn om afwijkende regels op te stellen. Die vergaande consequentie rechtvaardigt een vraag die tot nu toe nog onvoldoende is gesteld: op welk niveau van regulering dient consumentenbescherming eigenlijk plaats te vinden: het nationale of het Europese niveau? In deze bijdrage wordt betoogd dat dit afhangt van een aantal factoren. Het criterium is in elk geval niet of een regel ligt op het terrein van consumentenbescherming, zoals de Europese Commissie lijkt te menen.

Deze bijdrage bestaat in hoofdzaak uit twee delen. Paragraaf 2 is gewijd aan de vraag hoe de Europese Commissie de noodzaak van consumentenbescherming op Europees niveau ziet en waarom die visie kan worden bekritiseerd. Paragraaf 3 bespreekt vervolgens enkele parameters van regulering: wat bepaalt of consumentenrecht bij voorkeur op nationaal of op Europees niveau moet worden geregeld en hoe kan het op de beste wijze worden ingericht om grensoverschrijdend verkeer te bevorderen? Paragraaf 4 bevat enkele conclusies.

2 Consumentenbescherming op Europees niveau: de argumentatie van de Europese Commissie bekritiseerd

2.1 De argumentatie van de Europese Commissie

De argumenten die in het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten naar voren worden gebracht voor een Europese regulering van het consumentenrecht zijn bekend uit eerdere richtlijnen en uit Europese beleidsdocumenten.⁸ De Europese Commissie heeft drie argumenten waarom de Europese wetgever zich dient te bewegen op het terrein van het consumentenrecht.⁹

In de eerste plaats zou de rechtvaardiging voor Europees optreden er in liggen dat de door de richtlijnen behandelde onderwerpen van zodanig belang zijn dat verschillen in wetgeving tussen de lidstaten de werking van de interne markt verstoren. In de visie van de Commissie vormen verschillen tussen de lidstaten in de regulering van con-

sumentenovereenkomsten immers 'ernstige belemmeringen voor het goede functioneren van de interne markt, ten nadele van het bedrijfsleven en van consumenten.'¹⁰ Die ondervinden dat grensoverschrijdende transacties kostbaarder zijn dan transacties die binnen het eigen land plaatsvinden; die hoge kosten kunnen zelfs leiden tot in het geheel niet over de grens contracteren. Dit argument is direct gebaseerd op artikel 95 EG-Verdrag en hoewel de meeste richtlijnen consumentenbeschermende wetgeving bevatten, is dat dus niet primair uit idealisme jegens de zwakke consument. Het primaire motief is het voorkomen van concurrentievervalsing door uniformering van nationale markten voor de verkoop van goederen en het aanbieden van diensten.¹¹

De Europese Commissie heeft drie argumenten waarom de Europese wetgever zich dient te bewegen op het terrein van het consumentenrecht

In de tweede plaats is specifiek aan het huidige richtlijnvoorstel dat het maximumharmonisatie beoogt. De Commissie voert hiervoor als reden aan dat de huidige praktijk van minimumharmonisatie leidt tot versnippering van regelgeving: het betekent dat op de terreinen waarop de Europese wetgever actief is nog altijd uiteenlopende implementaties van richtlijnen bestaan. Dat zou weer een belemmering voor het functioneren van de interne markt opleveren. De Commissie meent dat door volledige harmonisatie 'de rechtszekerheid voor zowel de consumenten als het bedrijfsleven aanzienlijk (zal) verbeteren.'¹²

Ten slotte streeft het voorstel naar de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming. Dit argument is meer verborgen, maar het is wel degelijk één van de doelstellingen van het richtlijnvoorstel om een juist evenwicht te vinden tussen het bevorderen van het concurrentievermogen van het bedrijfsleven en het bieden van een hoog beschermingsniveau voor de consument.¹³

2.2 De argumentatie bekritiseerd

Hoe te oordelen over deze argumenten? Dragen zij de vergaande interventie (door maximumharmonisatie) die de Europese Commissie met het richtlijnvoorstel beoogt?

6 Voorstel van de Europese Commissie van 8 oktober 2008, COM (2008) 614 def.

7 De Nederlandse vertaling rept van 'wetgeving', maar bedoeld zijn ook de regels die de rechter geeft (in de Engelse vertaling staat 'law', in de Duitse 'in-nerstaatliche Rechtsvorschriften' en in de Franse 'droit national').

8 Zie, behalve de bestaande richtlijnen, vooral het Groenboek Herziening van het consumentenacquis van 8 februari 2007, COM (2006) 744 def., waarover bijvoorbeeld M.B.M. Loos, *Review of the European consumer acquis*, München: Sellier 2008, idem, 'Review of the European consumer acquis', *GPR* 2008, p. 117 e.v. en idem, 'Herziening van het Europese consumentenrecht' *NTER* 2008, p. 29 e.v. en p. 74 e.v.

9 Zie ook: M. Faure, 'Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (15) 2008, p. 433 e.v.

10 Voorstel richtlijn consumentenrechten (COM (2008) 614 def.), considerans, nummer 7, p. 13-14.

11 Zie bijvoorbeeld ook de preambule bij Richtlijn nr. 93/13/EEG van de Raad van de Europese Unie van 5 april 1993 (*PbEG* 1990, L 95/29) inzake oneerlijke bedingen.

12 Voorstel richtlijn consumentenrechten (COM (2008) 614 def.), considerans, nummer 8, p. 14: 'Het wegnemen van deze barrières is alleen mogelijk door uniforme regels op communautair niveau vast te stellen'.

13 Voorstel richtlijn consumentenrechten (COM (2008) 614 def.), considerans, nummers 2 en 4, p. 12-13.

14 Zie bijvoorbeeld R. van den Bergh, 'The uneasy case for harmonizing consumer law', in: K. Heine & W. Kerber (eds.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa*, Stuttgart 2007, p. 184 e.v. en idem, 'De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief', in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: BJu 2003, p. 79 e.v.



15 De studie van Vogenauer en Weatherill biedt wel enige aanknopingspunten: zie S. Vogenauer & S. Weatherill, 'The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debate', in: S. Vogenauer & S. Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford: Hart 2006, p. 105 e.v.

16 G. Wagner, 'The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law', *Common Market Law Review* (39) 2002, p. 1016 e.v. wijst er op dat uit Zwitsers onderzoek blijkt dat de consument gemiddeld 6,8 km aflegt om af te nemen wat hij nodig heeft.

17 Vergelijk M. Faure, 'Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (15) 2008, p. 438: wie in België woont en in Nederland een televisie koopt wordt geconfronteerd met afwijkende stekkers die gebruik van het toestel in België ernstig bemoeilijken.

Opvallend aan de redenering van de Commissie is dat zij argumenten gebruikt die in de literatuur uitgebreid zijn bestreden.¹⁴ Op deze kritiek wordt thans ingegaan.

Opvallend aan de redenering van de Commissie is dat zij argumenten gebruikt die in de literatuur uitgebreid zijn bestreden

Het eerste argument van de Commissie verwijst naar het effect van uniformering van

recht op het gedrag van bedrijven en consumenten. Rechtsdiversiteit zou een ongunstig effect hebben op grensoverschrijdende handel. De juistheid van dit economisch argument is echter nimmer empirisch bewezen.¹⁵ Zo is weinig waarschijnlijk dat verschillen in consumentenrecht (of in contractenrecht in het algemeen) het achterblijven van grensoverschrijdende handel kunnen verklaren. Andere factoren, zoals taal, cultuurverschillen, afstanden¹⁶ en verschillen in technische regels¹⁷ zijn veel belangrijker. Voor zover het recht al een rol speelt, zijn het eerder verschillen in belastingrecht of procesrecht die een barrière vormen

om over de grens te contracteren. Nog belangrijker is de wens van de consument om, in geval hij niet tevreden is over het gekochte product, de verkoper zonder al te veel moeite te kunnen aanspreken. Ook dat verklaart waarom de consument doorgaans niet ver van zijn woonplaats winkelt. De consument koopt producten waarvoor geen *after sales service* nodig is (zoals boeken en cd's) wel steeds vaker via internet, maar daar lijkt nu juist al wel een internationale markt te bestaan die zich heeft ontwikkeld zonder uniform consumentenrecht.¹⁸

Hiermee koppelt de Europese Commissie consumentenbescherming met een omslachtige redenering aan de ontwikkeling van de interne markt. Dat is enerzijds begrijpelijk gelet op de noodzaak om artikel 95 EG-Verdrag als basis voor het richtlijnvoorstel te gebruiken, maar anderzijds is dat wel zeer gewrongen. In de considerans¹⁹ wordt haast een direct verband gesuggereerd tussen enerzijds het feit dat de grensoverschrijdende verkoop op afstand de laatste jaren minder is gegroeid dan de binnenlandse verkoop en anderzijds de verschillen in consumentenwetgeving tussen Europese landen. In een persmededeling van de Commissie over het richtlijnvoorstel²⁰ wordt zelfs een verband gesuggereerd tussen rechtsdiversiteit en de soms grote prijsverschillen die in Europa tussen producten bestaan.

De Europese Commissie koppelt consumentenbescherming met een omslachtige redenering aan de ontwikkeling van de interne markt

Hieraan moet nog worden toegevoegd dat, zelfs als harmonisatie van consumentenrecht zou leiden tot meer grensoverschrijdende aankopen, dat belang bij harmonisatie moet worden afgewogen tegen andere factoren. Zo is één andere factor dat harmonisatie hoge kosten met zich brengt: in een puur economische analyse moeten die worden afgezet tegen de kostenbesparing door harmonisatie. Juist bij maximumharmonisatie zijn de kosten van implementatie hoog, al was het maar omdat het zonder veelvuldig ingrijpen van de Europese rechter buitengewoon lastig is tot een uniforme interpretatie van begrippen en regels te komen. Een andere factor is dat bestaande

verschillen in regelgeving vaak uiting zijn van verschillende preferenties:²¹ op nationaal niveau democratisch gelegitimeerde keuzes over bijvoorbeeld het gewenste niveau van consumentenbescherming zouden bij harmonisatie opzij worden gezet. Dit wil niet zeggen dat preferenties per se gelijk lopen aan de Europese landsgrenzen, maar wel dat in Europa duidelijk verschillende visies bestaan over wat het niveau van bescherming moet zijn.

Leidt volledige harmonisatie echt tot een minder gefragmenteerd recht?

In de tweede plaats wil de Europese Commissie versnippering van regelgeving tegengaan door maximumharmonisatie. Maar leidt volledige harmonisatie echt tot een minder gefragmenteerd recht? Ook hier is de Commissie naar mijn mening veel te optimistisch. Vanuit Europees perspectief leidt maximumharmonisatie inderdaad tot minder ruimte voor de lidstaten en dus tot een grotere mate van uniformiteit (zij het dat het gebruik van open normen – zoals die ook in het richtlijnvoorstel opgenomen zijn²² – dit nadelig kan beïnvloeden). Maar vanuit het perspectief van de gebruiker is dit geheel anders. Het recht waar de consument en het bedrijfsleven dagelijks mee te maken hebben is vooral het *nationale* recht waarin de Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd. Het consumentenrecht, hoe volledig geharmoniseerd ook, maakt daarvan slechts een klein deel uit. Wat de nationale wetgever en rechter niet langer mogen op de terreinen die door de maximaal geharmoniseerde regel worden bestreken, mogen zij wel met aanpalende regels. In dit opzicht is maximumharmonisatie een relatief concept.²³ Mak wijst op het voorbeeld van de richtlijn productenaansprakelijkheid: hoewel de richtlijn maximumharmonisatie beoogt, laat deze onverlet dat slachtoffers op basis van andere grondslagen (zoals niet-nakoming van de overeenkomst) jegens de producent kunnen ageren.²⁴ Hiermee kan maximumharmonisatie de facto worden omzeild. Een ander voorbeeld betreft de informatieplichten in artikel 5 van het richtlijnvoorstel. Zeer onaannemelijk is dat maximumharmonisatie zou betekenen dat alle andere informatieplichten (zoals die ontwikkeld door de Hoge Raad in het kader van precontractuele fase en dwaling,

18 Zie: G. Wagner, 'The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law', *Common Market Law Review* (39) 2002, p. 1016 e.v. en M. Faure, 'Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (15) 2008, p. 439.

19 Voorstel richtlijn consumentenrechten (COM (2008) 614 def.), considerans, nummers 5-8, p. 13-14.

20 'Frequently asked questions on the proposed consumer rights directive', MEMO 08/609 van 8 oktober 2008.

21 Vergelijk C. Tiebout, 'A Pure Theory of Local Expenditures', *Journal of Political Economy* (64) 1956, p. 416 e.v.; de gedachte is toegepast op het Europees privaatrecht door onder meer A. Ogus, 'Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law', *ICLQ* (48) 1999, p. 405 e.v. en door J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid' (Preadvies NJV 2006), in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2006-1*, Deventer: Kluwer 2006, p. 57 e.v.

22 Zie bijvoorbeeld artikel 32 lid 1 van het Richtlijnvoorstel, dat beoogt om artikel 3 lid 1 van richtlijn 93/13/EEG (*PbEG* 1993, L 095/29) inzake oneerlijke bedingen te vervangen en dus verwijst naar 'de goede trouw'.

23 Zie V. Mak, 'Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?', *ERPL* 2009, p. 55 e.v.

24 Zie HvJ EG 25 april 2002, nr. C-52/00, *Jur.* 2002, p. I-03827 (Commissie/Frankrijk), waarover Mak, o.c., p. 60 en M. Faure, 'Product liability and product safety in Europe: harmonization or differentiation?', *Kylos* (53) 2000, p. 467.

maar ook de plicht om informatie te geven over hoe gevaarlijk een gekocht product is of hoe het te gebruiken en te onderhouden) dienen te verdwijnen. Ook andere nationale leerstukken zoals redelijkheid en billijkheid²⁵ en het matigingsrecht zullen een rol blijven vervullen. Dit wil niet zeggen dat maximumharmonisatie soms niet kan leiden tot echte uniformiteit. Met name waar het gaat om meer technische regels (zoals de herroepingstermijn van veertien dagen, neergelegd in artikel 12 lid 1 van het richtlijnvoorstel), de wijze van herroeping (art. 14) en de zwarte lijst van oneerlijke bedingen (in bijlage II) is succesvolle harmonisatie goed denkbaar. Maar overigens lijkt het privaatrecht niet zeer geschikt voor het instrument van maximumharmonisatie. Daar leidt consistentie op Europees niveau alleen maar tot meer inconsistenties op nationaal niveau.

Overigens is de gedachte dat door maximumharmonisatie de consument een uniform niveau van bescherming verkrijgt om nog een andere reden onzinnig. Verreweg het meeste dat de consument koopt, koopt hij bij grotere winkels. Deze hebben hun elk hun eigen algemene voorwaarden met eigen regels en garanties die vaak boven de wettelijke regels uitgaan. Ook deze verschillen zullen blijven. Dit maakt veel belangrijker dat de consument informatie verkrijgt over zijn rechten in diverse jurisdicties dan dat wordt getracht om deze rechten te harmoniseren.

Het derde argument van de Europese Commissie ten slotte is dat een hoog niveau van consumentenbescherming dient te worden bereikt. Nog daargelaten of het huidige richtlijnvoorstel dit hoge niveau biedt;²⁶ zeker is dat er geen criterium is om vast te stellen wat het 'beste' niveau van maximumbescherming voor iedereen in Europa is. Dit niveau zal altijd te laag zijn voor sommige lidstaten (zoals Duitsland en Nederland) en te hoog voor andere (zoals enkele van de Oost-Europese lidstaten).

De Commissie denkt te weten welk niveau het beste is en dat zonder enige nadere motivering en zonder zich af te vragen of bestaande verschillen niet het gevolg kunnen zijn van verschillende preferenties in de lidstaten.²⁷ Hiermee wordt de bekende waarschuwing van Frank Easterbrook in de wind geslagen dat *'producing a level playing field by chopping down the heights, forcing all of us to live in the valleys, has nothing to recommend it.'*²⁸

De conclusie van deze paragraaf kan kort zijn: naar mijn mening wordt de vergaande interventie die de Europese Commissie met de beoogde maximumharmonisatie nastreeft niet gedragen door de gebruikte argumenten.²⁹ Het voornaamste doel dat het richtlijnvoorstel nastreeft (meer grensoverschrijdende handel) wordt met de gekozen maatregelen niet bereikt. Bij deze fundamentele kritiek op het richtlijnvoorstel wil ik het echter niet laten. In de volgende paragraaf wordt getracht om enkele factoren te identificeren die bepalen hoe consumentenrecht idealiter wordt geregeld. Waar het richtlijnvoorstel er haast klakkeloos van uit gaat dat het Europese niveau het beste niveau van regulering is, laat paragraaf 3 zien dat dit niet noodzakelijkerwijs zo is.

Naar mijn mening wordt de vergaande interventie die de Europese Commissie met de beoogde maximumharmonisatie nastreeft niet gedragen door de gebruikte argumenten

3 Consumentenrecht in een multilevel rechtsorde

Eén van de belangrijkste ontwikkelingen van de afgelopen decennia is dat privaatrecht niet langer afkomstig is uit enkel nationale rechtsbronnen, maar ook regels kent die het product zijn van zelfregulering en – vooral – van Europese activiteit. Dat leidt tot nieuwe vragen die tot nu toe nog onvoldoende zijn gesteld. Eén van die vragen is welk (geografisch) niveau van regulering eigenlijk het optimale niveau is.³⁰ Aan andere dan rechtseconomische criteria om dit vast te stellen ontbreekt het thans nog grotendeels. Toch valt er ook nu al meer over te zeggen dan de Europese Commissie doet voorkomen.

In de eerste plaats geldt specifiek voor het consumentenrecht dat dit typisch een terrein is waarop bepaalde beleidsdoelen worden nagestreefd. In de woorden van de Europese Commissie gaat het om het vinden van het juiste evenwicht tussen het bevorderen van het concurrentievermogen van het bedrijfsleven en het bieden van een hoog beschermingsniveau voor de consument.³¹ In de visie van de Commissie zijn hiertoe vooral twee doelen belangrijk: naast

²⁵ Zie het voorbeeld van de klachtplicht van de koper bij M.B.M. Loos, 'Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 174.

²⁶ Dit wordt in Nederland betwist door R.R.R. Hardy & G.G. Hesen, 'Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten', *WPNR* 6783 (2009), p. 69 e.v. en M.B.M. Loos, 'Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 173 e.v. ('Het lijkt er veel meer op dat het beschermingsniveau van de bestaande richtlijnen – die gebaseerd zijn op minimumharmonisatie – als uitgangspunt voor het nieuwe maximum is genomen').

²⁷ Zie boven, par. 2.1.

²⁸ F. Easterbrook, 'Federalism and European Business Law', *International Review of Law and Economics* (14) 1994, p. 132. Zie over dit paternalisme van de Commissie ook M. Faure, 'Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (15) 2008, p. 441-442, die in dit verband ook terecht verwijst naar het inzicht van Coase dat meer consumentenbescherming betekent dat de prijzen van producten en diensten zullen stijgen. De beslissing daarover moet niet op centraal niveau worden genomen, maar op het niveau waar de meeste informatie beschikbaar is om preferenties vast te stellen: het nationale niveau. Algemeen over dit type paternalisme: P. Burrows, 'Analyzing legal paternalism', *International Review of Law and Economics* (15) 1995, p. 459 e.v.

²⁹ Zie in dezelfde zeer kritische zin M. Faure, *MJ* 15 (2008), o.c., p. 445: 'the recent proposal by the Commission should (...) be considered as either an interesting thought experiment or a political mistake'.

³⁰ Een andere (maar verwante) vraag is hoe te reguleren. Zie daarover, toegepast op consumentenrecht, bijvoorbeeld R. Brownsword, 'Contract, Consent, and Civil Society: Private Governance and Public Imposition', in: P. Odell & C. Willett (eds.), *Civil Society*, Oxford: OUP 2008, p. 5 e.v.

³¹ Zie boven, par. 2.1.

het handhaven van een hoog beschermingsniveau is dat het bevorderen van grensoverschrijdende transacties door consumenten. Hoe deze doelen te bereiken?

Ten aanzien van de bescherming van de consument zagen we al eerder dat er geen ideaal niveau van bescherming is: preferenties tussen landen kunnen verschillen.³² Maar juist waar het gaat om het nastreven van beleidsdoelen is er nog een andere reden waarom het nuttig is om niet te streven naar één uniforme oplossing: wanneer verschillende rechtsstelsels verschillende oplossingen hebben voor hetzelfde probleem kunnen die stelsels van elkaar leren. Over de gedragseffecten van privaatrecht weten we immers weinig.³³ Of de wijze waarop consumentenbescherming thans is vormgegeven de consument werkelijk beschermt is een open vraag. Oud Amerikaans empirisch onderzoek³⁴ toont aan dat bijvoorbeeld informatieplichten van de professionele wederpartij – die een centrale plaats hebben in het richtlijnvoorstel – juist de positie van de consument met een hoger inkomen verbeteren en niet de positie van de zwakkere consument die het meer nodig heeft. De premisse is dat door informatieplichten consumenten bepaalde producten niet meer zullen kopen of zorgvuldiger zijn bij het kiezen van het product. De praktijk wijst echter uit dat de keuze van de consument er zelden door wordt beïnvloed.³⁵

In het geval van het richtlijnvoorstel behoeft het weinig betoog dat over de kwaliteit van de gekozen oplossingen kan worden getwist

Dit argument impliceert dat maximumharmonisatie alleen dient te worden gekozen indien men er absoluut zeker van is dat de gekozen regel het beoogde doel het beste bereikt. In geval van onzekerheid is het beter om te leren van de bestaande variëteit aan oplossingen. In het geval van het richtlijnvoorstel behoeft het weinig betoog dat over de kwaliteit van de gekozen oplossingen kan worden getwist. De beperking van de actie op grond van non-conformiteit tot twee jaar na overgang van het risico op de consument (art. 28 lid 1) en het ontbreken van voldoende duidelijke definities van de in de richtlijn gebruikte begrippen zijn slechts twee voorbeelden.

Het tweede beleidsdoel van de Commissie is het bevorderen van grensoverschrijdende transacties door consumenten. Opvallend is dat in de considerans bij het richtlijnvoorstel in het geheel niet de vraag wordt gesteld welke *inhoudelijke* regels dat doel het beste verwezenlijken. Het voorstel bevat vooral klassieke contractenrechtelijke regels zoals we die op nationaal niveau kennen. Evenmin lijkt de Commissie zich rekenschap te geven van de specifieke moeilijkheid in het consumentenrecht dat het geldelijk belang vaak relatief klein is en dat de remedies daarop dienen te worden afgestemd.³⁶

Onder bepaalde omstandigheden is Europese maximumharmonisatie wel degelijk nuttig

Er zijn met name twee regels in het richtlijnvoorstel die de grensoverschrijdende aankopen door consumenten niet zullen bevorderen. De eerste is de voorgestelde klachtplicht van de koper in artikel 28 lid 4: de koper dient de handelaar binnen twee maanden na ontdekking van het gebrek op de hoogte te stellen. Juist bij de grensoverschrijdende transacties is dat een korte termijn omdat het meest waarschijnlijke scenario is dat, indien het gekochte niet bevalt, pas bij het volgende bezoek aan de buitenlandse winkel geklaagd zal worden. Het vinden van naam en adres van de winkel via het internet is niet steeds eenvoudig.³⁷ Een meer flexibele regel, waarbij in geval van een grensoverschrijdende aankoop juist méér tijd wordt gegund aan de koper, lijkt dan ook beter.³⁸

Een andere regel die weinig geschikt lijkt om grensoverschrijdende aankopen te bevorderen is die waarin de zogenaamde hiërarchie van acties is neergelegd. Artikel 26 vervangt artikel 3 van richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop³⁹ en bestendigt de regel dat de consument-koper in geval van non-conformiteit primair recht heeft op herstel of vervanging (zij het dat nu de *verkoper* mag bepalen waaraan hij de voorkeur geeft). Daarna kan de koper ontbinden of prijsvermindering vorderen. Grensoverschrijdende transacties zullen door deze regels niet worden gestimuleerd: herstel en vervanging eisen dat de consument in contact treedt met de verkoper, wat bij aankoop in het buitenland vaak lastig is. Een eenvoudige

³² Zie boven, par. 2.2.

³³ Zie voor een Nederlandstalig overzicht van onze kennis op dit vlak W.H. van Boom e.a. (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008.

³⁴ W.C. Whitford, 'The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions', *Wisconsin LR* 1973, p. 400 e.v.

³⁵ Zie ook S. Haupt, 'An Economic Analysis of Consumer Protection Law', *German Law Journal* (4) 2003, No. 11, p. 14 e.v.

³⁶ Vergelijk R. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen 2003, p. 111 die 'the difficulty of devising effective legal remedies where the stakes are small' als het grootste probleem van het consumentenrecht ziet.

³⁷ Vergelijk G. Howells & R. Schulze, 'An overview of the proposed consumer rights directive', in: G. Howells & R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München: Sellier 2009 (te verschijnen).

³⁸ Artikel 7:27 lid 1 BW biedt die flexibiliteit wel.

³⁹ Richtlijn 99/44/EG (*PbEG* 1999, L171/12).

ontbindingsmogelijkheid is dan effectiever,⁴⁰ maar die optie staat nu pas open als eerst herstel of vervanging is gevorderd.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld welke regels zich precies lenen voor maximumharmonisatie. Het bovenstaande betekent namelijk niet dat consumentenbescherming altijd alleen maar op minimum-niveau kan plaatsvinden: onder bepaalde omstandigheden is Europese maximumharmonisatie wel degelijk nuttig. Het relevante criterium is daarbij niet of de regel beoogt om de consument te beschermen, maar of dit type harmonisatie inderdaad bij kan dragen aan de beoogde doelstellingen van de richtlijn in kwestie. Hierboven werden al drie mogelijke terreinen genoemd waarop dit het geval is: de herroepingstermijn van artikel 12 lid 1 van het richtlijnvoorstel, de wijze van herroeping van artikel 14 en de zwarte lijst van oneerlijke bedingen in bijlage II. Zij lijken zonder problemen in de nationale rechtsorde te kunnen worden geïmplementeerd.

4 Consumentenrecht een Europese zaak?

De centrale vraag van deze bijdrage is of consumentenrecht bij uitsluiting een Europese zaak dient te zijn, zoals het richtlijnvoorstel suggereert door maximumharmonisatie voor te staan op de door het voorstel bestreken terreinen. Het voorafgaande laat zien dat het antwoord op deze vraag genuanceerd is. Waar de argumenten van de Europese Commissie voor maximumharmonisatie niet overtuigend zijn, is de weg vrij voor een meer principiële discussie over het

optimale niveau van regulering van consumentenrecht. In die discussie moeten enkele factoren worden meegewogen. Behalve het bestaan van verschillende preferenties omtrent de mate van bescherming van de consument is een argument voor regulering op nationaal niveau dat daarmee kan worden geleerd van ervaringen elders.

Waar de argumenten van de Europese Commissie voor maximumharmonisatie niet overtuigend zijn, is de weg vrij voor een meer principiële discussie over het optimale niveau van regulering van consumentenrecht

Daar is in het geval van het richtlijnvoorstel eens te meer reden voor nu de er in vervatte oplossingen zeker niet steeds de beste zijn. Wat met name opvalt is dat het voorstel niet de regels kiest die het sluiten van grensoverschrijdende transacties door consumenten bevorderen. Dit betekent niet dat maximumharmonisatie op deelreinen niet mogelijk of nuttig is, maar wel dat de huidige benadering van de Europese Commissie om een belangrijk deel van het consumentenrecht volledig te harmoniseren verkeerd is. In plaats daarvan verdient een gedifferentieerde benadering de voorkeur: het hangt af van diverse factoren of minimum- of maximumharmonisatie beter is. Het richtlijnvoorstel zou zich daarvan veel meer rekenschap moeten geven.

⁴⁰ Zie in die zin ook C. Twigg-Flesner, 'Not fit for purpose? The proposals on Sales', in: G. Howells & R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München: Sellier 2009 (te verschijnen).