

Wettelijke bedenktijd

Wettelijke bedenktijd

Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Prof. mr. Jac. Hijma

Hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden

Mr. W.L. Valk

Raadsheer in het gerechtshof te Arnhem

KLUWER 

2004

Grafische vormgeving
Bert Arts BNO

ISBN 90 13 01533 6
NUR 822-203

© 2004 Jac. Hijma en W.L. Valk

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570 – 673449.

Inhoud

Voorwoord	VII
Bedenktime in het contractenrecht <i>prof. mr. Jac. Hijma</i>	1
Wanneer is een bedenktimeeregeling gerechtvaardigd? <i>mr. W.L. Valk</i>	87

Voorwoord

Dit boekje bevat twee preadviezen over dezelfde materie, maar met een verschillende invalshoek. Preadviseur Hijma richt het vizier op het rechtskarakter van de wettelijke bedenktijd en op de inpassing van deze figuur in het systeem van het Nederlandse overeenkomstenrecht. Preadviseur Valk kiest het perspectief der wenselijkheid, en onderzoekt onder welke voorwaarden een keuze voor het bedenktijdinstrument gerechtvaardigd mag heten.

Eerstgenoemde dankt Jaap Corthals en Adriaan Versluis, student-assistenten burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, voor het aanbrengen van nuttig materiaal. Laatstgenoemde dankt zijn collega's van de tweede civiele kamer van het Arnhemse hof voor hun klankbord en aanmoediging.

Zoeterwoude/Klarenbeek, januari 2004

*Jaap Hijma
Lodewijk Valk*

Bedenktijd in het contractenrecht

Prof. mr. Jac. Hijma

Inhoudsopgave

1. INLEIDING	5
1. Introductie	5
2. Terminologie	5
3. Internationale dimensies	6
4. Plan van behandeling	7
2. INVENTARISATIE	7
2.1. Bedenktijdstelsels	7
5. Colportage	7
6. Koop van timeshares	9
7. Overeenkomsten op afstand	9
8. Koop van woningen c.a.	11
9. Levensverzekering	12
2.2. Randfiguren	13
10. Contractuele bedenktijd	13
11. Contractueel verlengde bedenktijd	15
12. Informele bedenktijd	15
13. Valse bedenktijd	16
3. ACHTERGRONDEN	18
3.1. Doeleinden	18
14. Consumentenbescherming	18
15. Tegenover professionals	19
16. Invalshoeken	19
17. Bescherming tegen tekort aan weerstand	20
18. Bescherming tegen tekort aan informatie	21

19.	Vervolg; wispelturigheid	22
20.	Overige kandidaten	23
3.2.	Schaduwzijden	23
21.	Rechtsonzekerheid	23
22.	Uitblijven gunstiger alternatief	24
23.	Aantasting andere rechtsmiddelen	25
24.	Spanning met 'pacta sunt servanda' (1)	26
25.	Spanning met 'pacta sunt servanda' (2)	28
4.	SYSTEMATISCHE INPASSING	29
4.1.	Rechtskarakter	29
26.	Uitgangspositie	29
27.	Wettelijke optie c.a.	30
28.	Herroeping	32
29.	Vernietiging	32
30.	Ontbinding	34
31.	Opzegging	35
32.	Rechtsvergelijkende notities	37
33.	Evaluatie	38
4.2.	Consequenties	39
34.	Terugwerkende kracht (1)	39
35.	Terugwerkende kracht (2)	40
36.	Vervolg; uitzonderingen	41
37.	Goederenrechtelijk effect	42
38.	Ongedaanmaking	43
5.	INTERIMPERIODE	44
5.1.	Nakoming	44
39.	Uitgangspositie	44
40.	Verschuldigde betaling	44
41.	Nakoming vorderen (1)	45
42.	Nakoming vorderen (2)	46

5.2. Verdere vragen	48
43. Andere vorderingen	48
44. Afstand van recht (1)	49
45. Afstand van recht (2)	50
46. Eigendom en bezit	51
47. Schade feiten	51
6. BEDENKTERMIJN	52
6.1. Lengte	52
48. Diversiteit (1)	52
49. Diversiteit (2)	53
50. Harmonisering	54
51. Nuancering	55
52. Verlenging	56
6.2. Van start tot finish	57
53. Startmoment (1)	57
54. Startmoment (2)	58
55. Vervolg; uitwerking	60
56. Eindmoment	62
7. RECHTSUITOEFENING	63
57. Karakter	63
58. Vorm	64
59. Inhoud	66
60. Gedeeltelijke terugtred	66
61. Voorwaardelijke terugtred	68
62. Uiterste moment	68
63. Werkingsmoment	70
64. Tweede eindmoment?	71
8. BELEMMERINGEN	73
8.1. Directe belemmering	73
65. Contractuele aantasting	73
66. Vervolg; sanctionering	74
67. Inperking door ongeschreven recht	75
68. Vervolg; casuïstiek	77

JAC. HIJMA

8.2. Indirecte belemmering	79
69. Onthordingsstreven	79
70. Kosten(vergoeding)	79
71. Schadevergoeding	81
72. Vervolg; casuïstiek	82
73. Financieringscontracten	83
9. AFRONDING	85
74. Hoofdlijnen	85
75. Besluit	86

1. INLEIDING

1. *Introductie*

Met de figuur van de *bedenktijd* biedt de wetgever een contractspartij gedurende zekere tijd de mogelijkheid zich eenvoudig aan een door haar gesloten overeenkomst te onttrekken, indien zij dit bij nader inzien wenselijk acht.

Hoewel het fenomeen een alleszins moderne indruk maakt, gaan de wortels ervan vrij ver terug; reeds in de negentiende eeuw stelde de Duitse auteur Heck voor aan kopers op afbetaling een wettelijk *Reurecht* toe te kennen.¹ De gedachte heeft een dobberend bestaan geleid totdat zij, met de opkomst van de consumentenbescherming in de zeventiger jaren van de twintigste eeuw, de wind goed in de zeilen kreeg. In 1975 verscheen in ons land de eerste wettelijke bedenktijdregeling, voor via colportage tot stand gebrachte overeenkomsten. Nadien werden vier andere stelsels toegevoegd (levensverzekering, koop van timeshares, overeenkomsten op afstand, koop van woningen c.a.). Het einde van de reeks is nog niet in zicht; inmiddels is aan de horizon een volgende bedenktijdregeling verschenen ('verkoop' op afstand van financiële diensten).

2. *Terminologie*

Zowel in de parlementaire geschiedenis als in de literatuur treft men naast de term bedenktijd ook de aanduiding *afkoelingsperiode* aan.² Dikwijls worden deze begrippen min of meer door elkaar gebruikt; Mok noemt de eerste term iets neutraler.³ Anders dan bijvoorbeeld in Duitsland, waar de figuur als *Widerrufsrecht* door het leven gaat, plaatsen de Nederlandse etiketten het accent niet op de aard maar op het doel van de terugtreedmogelijkheid: de contractant verkrijgt een zekere tijd om 'zich te bedenken' respectievelijk 'af te koelen'. In de eerste term staat een proces van vernieuwde gedachtevorming centraal (heroverweging), in de tweede een proces van psychische normalisatie (opheffing van oververhitting). Deze processen vallen niet samen en kunnen los van elkaar bestaan. Uiteindelijk is de heroverweging datgene waar alles om draait, en is de afkoeling niet meer dan een voorstation, dat soms

1 Ph. Heck, Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentags, 1891, 2. Band, blz. 180-182.

2 De laatste benaming wordt ook in andere juridische kaders wel gehanteerd, zoals in dat van het faillissementsrecht (art. 63a Fw).

3 M.R. Mok, Pacta sunt servanda; ja toch?, afscheidscollege, 1997, blz. 13.

nodig is om die heroverweging te kunnen verrichten. Tegen deze achtergrond heb ik in het algemeen een voorkeur voor de term *bedenktijd*: deze geeft scherper de kern van het leerstuk aan, en biedt een betere overkoepeling van de problematiek in haar totaliteit.⁴

3. *Internationale dimensies*

De in de Nederlandse wet neergelegde bedenktijdstelsels berusten voor het leeuwendeel op Europese richtlijnen. De aangesneden problematiek is daarmee in meer dan één opzicht van grensoverschrijdende aard.

In de eerste plaats in horizontale, comparatieve, zin. De overige landen van de Europese Gemeenschap kennen grotendeels dezelfde, en in ieder geval zakelijk overeenstemmende, bedenktijdregelingen. Temidden van een zee aan diversiteit vormt de bedenktijd aldus een eiland van harmonie, dat een bouwsteen(tje) kan opleveren voor een eventuele Europese codificatie op het terrein van het overeenkomstenrecht. Nationale wetgevers volstaan er nogal eens mee een richtlijn min of meer letterlijk over te nemen, de inpassing in het rechtssysteem aan de rechter overlatend. Het siert de Nederlandse wetgever dat hij zich wél over die inpassing pleegt te buigen en uit te spreken. In toewijding wordt hij nog voorbijgestreefd door zijn Duitse collega, die het ontstane beeld te brokkelig bevond en medio 2000 een aantal overkoepelende wetsartikelen in het algemene deel van het overeenkomstenrecht heeft ingelast.⁵

In de tweede plaats is de materie grensoverschrijdend in verticale, hiërarchische, zin. De Nederlandse rechter mag bij de uitleg en toepassing van de bedenktijdstelsels niet enkel op eigen kompas varen, maar is krachtens de vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie – en van de Hoge Raad – gehouden tot richtlijnconforme interpretatie: hij moet de bedenktijdregelingen zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de achterliggende richtlijn(en).⁶

In het vervolg van het betoog komen, op concrete punten, deze internationale dimensies nader ter sprake.

4 Zie nader nr. 16 e.v.

5 § 355-359 BGB, in werking getreden op 1 januari 2002; voordien § 361a-361b BGB, in werking getreden op 30 juni 2000. De (geringe) verschillen tussen de beide versies worden genoemd door Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 2002, Einf v § 355, Rn. 2.

6 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 e.v. (Océano/Murciano Quintero et al.), Jur. 2000, I-4941, NJ 2000, 730; HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/SNS); uitvoerig M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss., 2001.

4. *Plan van behandeling*

Dit preadvies strekt ertoe het rechtskarakter van de wettelijke bedenktijd te analyseren, en het bedenktijdfenomeen te positioneren in het krachtenveld van het bestaande Nederlandse overeenkomstenrecht. Daartoe zal het vizier op de grotere lijnen worden gericht, met voorbijgaan aan details.

Na een inventarisatie van de bedenktijdstelsels (hoofdstuk 2) en een analyse van doeleinden en schaduwzijden van het instrument (hoofdstuk 3) volgen beschouwingen inzake het karakter van het terugtreedrecht (hoofdstuk 4) en de rechtstoestand gedurende de bedenkt termijn (hoofdstuk 5). Vervolgens gaat de aandacht uit naar enkele op uitwerkingsniveau te situeren capita: termijnkwesties (hoofdstuk 6) en vragen van rechtsuitoefening (hoofdstuk 7). Het onderzoek wordt afgerond met een bespreking van potentiële blokkades en hindernissen (hoofdstuk 8). Een korte nabeschuiving (hoofdstuk 9) besluit het preadvies.

2. INVENTARISATIE

2.1. Bedenktijdstelsels

5. *Colportage*

Het succesverhaal van de bedenktijd vangt aan op 1 augustus 1975, wanneer, in de voorhoede van de consumentenbeschermingsgolf, de Colportagewet (Cw) in werking treedt.⁷ Agressief optreden door colporteurs is in die dagen een nijpend maatschappelijk euvel, waartegen de wetgever de consument, die zich nogal eens iets laat aansmeren, een effectief schild wil bieden.⁸ Colportage tot het deelnemen aan een geldkrediet wordt verboden (art. 6 Cw), op straffe van vernietigbaarheid door de kredietnemer (art. 23 Cw).⁹ Andersoortige colportage blijft in principe toegestaan, maar het aansmeergevaar wordt beteugeld. Partijen moeten, op straffe van nietigheid, een akte ondertekenen in tweevoud,

7 Wet van 7 september 1973, Stb. 438 (diverse malen gewijzigd), editie Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992. Zie o.a. P.R. Rodrigues, in Hondius & Rijken (red.), Consumentenrecht, 1996, blz. 310-313; L. Dommering-van Rongen, Krediet, afbetaling en colportage, 1979, blz. 89-120.

8 Nader W.L. Valk in het zusterpreadvies, nr. 16-22.

9 Aanvankelijk werd gewerkt met een – naar huidige inzichten op vernietigbaarheid neerkomende – relatieve nietigheid.

waarvan beiden een exemplaar ontvangen (art. 24 Cw). Aansluitend bestaat een eenvoudige uitstapmogelijkheid (art. 25 Cw).¹⁰

Art. 25 Cw

— 1. Een overeenkomst als in artikel 24, eerste lid, bedoeld is ontbonden, zodra de partij, die door de colporteur tot het deelnemen aan het goederenkrediet of het sluiten van de overeenkomst is bewogen, met inachtneming van het in het tweede lid bepaalde aan de wederpartij dan wel aan de betrokken leverancier of kredietgever heeft medegedeeld, dat hij ontbinding van de overeenkomst of van een tot het goederenkrediet behorende overeenkomst verlangt.

— 2. De in het eerste lid bedoelde mededeling dient uiterlijk te worden gedaan op de achtste dag na die, waarop voor de eerste maal een exemplaar van de desbetreffende akte door de in het derde lid bedoelde Kamer van Koophandel en Fabrieken van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien.

— 3. (...).

— 4. Een brief of briefkaart, die blijkens een bewijs van terpostbezorging uiterlijk op de in het tweede lid bedoelde achtste dag aangetekend aan het in artikel 24, tweede lid, onder *a*, bedoelde adres is verzonden, wordt, behoudens tegenbewijs, geacht een mededeling te bevatten als in het eerste lid bedoeld. Zodanige brief of briefkaart wordt geacht de geadresseerde te hebben bereikt op het tijdstip, waarop die brief of briefkaart voor de eerste maal aan bedoeld adres ter uitreiking is aangeboden.

— 5. Artikel 23, vijfde lid, is in geval van ontbinding als bedoeld in het eerste lid van overeenkomstige toepassing. Deze ontbinding heeft terugwerkende kracht.

— 6. Nakoming van een uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis kan door ieder der partijen eerst worden gevorderd op de negende dag na die van de in het tweede lid bedoelde dagtekening van een exemplaar van de akte.

Inmiddels is de getroffen regeling niet langer een nationale aangelegenheid. Tien jaar na haar invoering werd in Europees verband richtlijn 85/577/EEG vastgesteld, betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten (PbEG L 372). Als gevolg hiervan heeft de Colportagewet naderhand, in een aan de richtlijn aangepaste versie, het karakter van implementatiewetgeving verkregen.

¹⁰ Geciteerd wordt de thans geldende wettekst, die op het springende punt – de eenzijdige ontbindingsbevoegdheid – niet van de oorspronkelijke versie afwijkt.

6. *Koop van timeshares*

Op 11 juli 1997 veroverde de bedenktijd haar plaats in het Burgerlijk Wetboek, zij het op een specieus en voor het vermogensrecht acentraal te noemen terrein. Op die datum werd een nieuwe afdeling 7.1.10A BW (Koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken) van kracht, gewijd aan, kort gezegd, de koop van *timeshares*.¹¹ Deze afdeling vormt de omzetting van richtlijn 94/47/EG betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende zaken (PbEG L 280). Haar bedenktijdregeling ziet er, voor zover thans van belang, als volgt uit.

Art. 7:48c BW

— 1. Gedurende tien dagen na de terhandstelling van de akte of en afschrift daarvan overeenkomstig artikel 48b lid 2 heeft de koper het recht de koop zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien de akte niet alle bij algemene maatregel van bestuur bepaalde gegevens vermeldt, wordt deze termijn verlengd met de tijd die is verstreken vanaf de terhandstelling van de akte of een afschrift daarvan totdat alle ontbrekende gegevens alsnog schriftelijk aan de koper zijn verstrekt, doch ten hoogste met drie maanden.

— 2. De koper oefent zijn in lid 1 bedoelde recht de overeenkomst te ontbinden uit door binnen de gestelde termijn een daartoe strekkende verklaring te richten tot de verkoper of tot degene die daartoe overeenkomstig het in de algemene maatregel van bestuur bepaalde in de akte is vermeld. De verklaring wordt gedaan op een wijze die voor bewijs vatbaar is naar het volgens Nederlands internationaal privaatrecht toepasselijke recht. De gestelde termijn is in acht genomen, indien een schriftelijke verklaring binnen die termijn is verzonden.

— 3. In geval van ontbinding overeenkomstig de leden 1-2 is de koper aan de verkoper geen enkele vergoeding verschuldigd.

7. *Overeenkomsten op afstand*

Op 1 februari 2001 werd wederom een bedenktijdregeling aan de wettelijke kooptitel toegevoegd. Sindsdien is afdeling 7.1.9A BW (Overeenkomsten op afstand) van kracht, geschreven voor overeenkomsten waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor commu-

¹¹ Over deze afdeling o.a. Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 150a-150l, met verdere verwijzingen.

nicatie op afstand (art. 7:46a sub a), zoals e-mail, telefoon, fax of post.¹² De koop op afstand vormt hiervan een deelgebied (art. 7:46a sub b). Afdeling 7.1.9A is de implementatie in onze wet van richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144). De in de nieuwe afdeling vervatte bedenktijdregeling luidt als volgt.

Art. 7:46d BW

— 1. Gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden. De eerste zin is van overeenkomstige toepassing vanaf de voldoening binnen de in de tweede zin bedoelde termijn aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen.

— 2. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 kan de verkoper, behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak, aan de koper geen vergoeding in rekening brengen.

— 3. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 heeft de koper recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding plaatsvinden.

— 4. (...).

Dat dit regelcomplex in het kooprecht is geplaatst in plaats van in het algemene overeenkomstenrecht, vindt zijn verklaring in het feit dat nogal wat dienstenovereenkomsten zijn buitengesloten (art. 7:46i). De wetgever moest kiezen tussen een te ruim en een te eng kader, en heeft de voorkeur gegeven aan het laatste.

Met betrekking tot een belangrijke groep buiten afdeling 7.1.9A gelaten contracten, die betreffende *financiële diensten* (art. 7:46i lid 2 sub a), is inmiddels een nieuwe Europese richtlijn vastgesteld: richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop¹³ op afstand van financiële diensten aan consumenten (PbEG L 271). Daarmee is ook voor dit type overeenkomsten een bedenktijd voor de afnemer in zicht!¹⁴

12 Over deze afdeling o.a. Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 94a-94o, met verdere verwijzingen.

13 Lees: 'verkoop'.

14 Uiterste implementatiedatum is 9 oktober 2004 (art. 21 lid 1 richtlijn).

Richtlijn 2002/65/EG, Art. 6 (Herroepingsrecht):

— 1. De lidstaten zorgen ervoor dat de consument beschikt over een termijn van 14 kalenderdagen om de overeenkomst zonder boete en zonder opgave van redenen te herroepen. Voor overeenkomsten op afstand betreffende levensverzekeringen die onder Richtlijn 90/619/EEG vallen en verrichtingen met betrekking tot individuele pensioenen bedraagt de termijn 30 kalenderdagen. (...).

8. *Koop van woningen c.a.*

Bij de invoering van het nieuwe BW in 1992 werd aan het begin van de kooptitel ruimte gereserveerd voor twee artikelen betreffende de koop van onroerende zaken. Op 1 september 2003 traden deze bepalingen, na een decennium discussie, in werking.¹⁵ De in het verse art. 7:2 neergelegde bedenktijdregeling strekt tot de bescherming van de consument die een woning aanschaf en is dienovereenkomstig begrensd. Zij luidt, voor zover hier relevant, als volgt.

Art. 7:2 BW

— 1. De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.

— 2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat dit recht niet opnieuw.

— 3. (...).

— 4. Van het in de leden 1-3 bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.

— 5. (...).

Deze bedenktijd bij de aankoop van woningen is in de juridische literatuur kritisch ontvangen. De overgrote meerderheid der schrijvers geeft

¹⁵ Wet van 5 juni 2003, Stb. 238 (wettekst); beschikking van 12 juni 2003, Stb. 239 (vernummerde tekst); besluit van 25 juni 2003, Stb. 272 (inwerkingtreding).

de voorkeur aan verplichte bijstand door een deskundige – in beginsel de notaris – in de koopfase.¹⁶ De minister betoogt dat het voorstel het resultaat is van de afweging van twee beleidsdoelstellingen: enerzijds het marktproces niet meer beperken dan noodzakelijk is, anderzijds het bewerkstelligen van een evenwichtige verhouding tussen koper en verkoper. Hij sluit niet uit, dat de verplichte inschakeling van een deskundige ‘een nog evenwichtiger verhouding tussen de verkoper en de consument-koper tot gevolg zou kunnen hebben.’¹⁷ Het belang van de juridische argumentatie wordt daarmee, op dit deelterrain, wezenlijk gerelativeerd.¹⁸

In samenhang met dit art. 7:2 bepaalt de nieuwe – op dezelfde dag van kracht geworden – regeling betreffende *aanneming van werk*, dat eveneens een driedaagse bedenktijd toekomt aan degene die als consument tot de bouw van een nieuwe woning opdracht geeft. Deze extensie brengt geen nieuwe bijzonderheden en komt daarom in dit preadvies niet meer afzonderlijk aan de orde. Zie:

Art. 7:766 BW

— 1. (...).

— 2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de opdrachtgever ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst te ontbinden. (...).

— 3. (...).

9. *Levensverzekering*

Hebben vorengenoemde regelingen geheel of vooral betrekking op koopovereenkomsten, ook los van dat terrein valt de wettelijke bedenktijd te signaleren. Met betrekking tot de overeenkomst van levensverzekering trad op 20 mei 1993 een bedenktijdregeling in werking,¹⁹ die op

16 J. de Boer, NJB 1993, blz. 1243-1244, A.A. van Velten, WPNR 6138 (1994), en de overige schrijvers genoemd bij Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 136; zie ook W.L. Valk, zusterpreadvies, nr. 43; M.B.M. Loos, NTBR 2002, blz. 356-367; W.G. Huijgen en C.G. Breedveld-de Voogd, in Hartlief, Hijma & Reurich (red.), Coherente instrumenten in het contractenrecht, 2003, blz. 111-127.

17 Verslag van een schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 17-18.

18 Over de lotgevallen van en schermutselingen rond het wetsvoorstel W.L. Valk in het zusterpreadvies, nr. 27-33; A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, 2003, blz. 100-106.

19 Art. 50q WTV, Stb. 1992, 441.

1 juli 1994 werd vervangen door art. 53 van de nieuwe Wet toezicht verzekeringsbedrijf (WTV) 1993.²⁰ De laatste bepaling luidt als volgt.²¹

Art. 53 WTV 1993

Een levensverzekeraar draagt er zorg voor dat in individuele overeenkomsten van levensverzekering die een looptijd van meer dan zes maanden hebben, uitdrukkelijk wordt bepaald dat de verzekeringsnemer beschikt over een termijn van ten minste twee weken, gerekend vanaf het tijdstip waarop de verzekeringnemer ervan in kennis wordt gesteld dat de overeenkomst is gesloten, om de overeenkomst met onmiddellijke ingang schriftelijk op te zeggen. De kennisgeving van de verzekeraar geschiedt schriftelijk binnen vier weken na het sluiten van de overeenkomst. De opzegging door de verzekeringnemer heeft ten gevolge dat hij en de verzekeraar met ingang van het tijdstip waarop de verzekeraar deze opzegging heeft ontvangen, worden ontheven van alle uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen.

Ook dit bedenktijdstelsel berust op een Europese gedachteontwikkeling.²² Opmerking verdient nog dat het Verbond van Verzekeraars de ingezette koers – bij wege van zelfregulering – heeft doorgetrokken naar het terrein van de schadeverzekering; het raadt verzekeraars aan om in overeenkomsten van schadeverzekering een contractuele bedenktijd van zeven dagen op te nemen.²³

2.2. Randfiguren

10. Contractuele bedenktijd

Uiteraard hebben en houden partijen de vrijheid om zelf – los van de wettelijke stelsels – enigerlei bedenktijd overeen te komen, ten gunste van één hunner of desgewenst ten gerieve van hen beiden. De modali-

20 Stb. 1994, 252. Zie over dit wetsartikel G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheids-toezicht en privaatrecht*, diss., 2001, blz. 361-365; Ph.H.J.G. van Huizen, *Verzekering en informatieverstrekking*, preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1999/2000, 2002, blz. 25-29.

21 Zie over dit bedenktijdstelsel met name nr. 31 (opzegging), 36 (terugwerkende kracht), 58 (schriftelijke vorm). In art. 2 lid 2 sub l-m van de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers (RIAV) 1998, Stcrt. 134, wordt art. 53 WTV enigszins uitgewerkt.

22 De zogeheten tweede en derde richtlijn levensverzekering, 90/619/EEG (PbEG L 330) en 92/96/EEG (PbEG L 360).

23 Asser-Clausing-Wansink 5-VI, 1998, nr. 61, 75. Zie inzake de contractuele bedenktijd nr. 10.

teiten van zulk een overeengekomen bedenktijd kunnen partijen in principe zelf bepalen, zowel wat betreft de eisen voor als wat betreft de gevolgen van de inroeping.²⁴ De Algemene termijnenwet, die blijkens haar inleidende artikelen voor ‘in de wet gestelde’ termijnen is geschreven, is niet van toepassing.²⁵

Een illustratie ontmoetten wij reeds in het vorige nummer (schadeverzekering). Een voorbeeld – uit vele – op het terrein van de koop biedt het welbekende arrest HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex) m.nt. CJHB. Aan de koper van een bloemsteekpiepschuimsnijmachine was het recht toegekend tot ‘eind 1976 (...) de machine terug te geven voor f 20 000 exclusief BTW’. De verkoper interpreteerde dit beding aldus dat de koper het apparaat slechts om gegronde redenen mocht teruggeven, waarmee het geval in de wanprestatiesfeer belandt. Rechtbank, Hof en A-G evenwel gaan uit van een mogelijkheid tot annulering zonder opgaaf van redenen, en daarmee van een ware bedenktijd.²⁶

In de marge van de Haviltex-procedure kwam de relatie ter sprake tussen een koop met overeengekomen bedenktijd en een *koop op proef*.²⁷ Naar de theorie ligt het verschil hierin, dat bij een koop op proef het voortbestaan van de overeenkomst van een bepaalde proefneming of proefperiode afhankelijk is (art. 7:45: ‘dat de zaak de koper voldoet’),²⁸ terwijl in geval van een bedenktijd de koper volledig vrij is zijn gebondenheid te heroverwegen. In de praktijk is dit onderscheid echter allesbehalve scherp: enerzijds kan bij een koop op proef (zeer) veel ruimte bestaan voor subjectieve waarderingen,²⁹ anderzijds kan bij een overeengekomen bedenktermijn de vrijheid van de koper aan banden zijn gelegd.

24 Uiteraard met inachtneming van de normale grenzen. Zo kan contractueel niet worden bereikt dat een terugtred terugwerkt tot de contractssluiting: het is partijen niet gegeven de loop des rechts achteraf te corrigeren. Wel kunnen zij overeenkomen dat de situatie tussen hen zoveel mogelijk zal zijn *alsof* er terugwerkende kracht was; bedingen met terugwerkende pretentie zullen in de regel in deze zin mogen worden opgevat.

25 Evenzo minister Donner, Handelingen 2002-2003, nr. 27, EK, blz. 833.

26 Hof rov. 22; cassatiemiddel sub V-C; conclusie A-G Franx sub 9. De Hoge Raad casseert omdat het Hof te taalkundig argumenteerde, maar toont anderzijds voor de stellingen van verkoper weinig sympathie (rov. 10).

27 Conclusie A-G Franx, sub 9. Vgl. A.F. Salomons, WPNR 6427 (2000), blz. 901.

28 Vgl. de proeftijd bij arbeidsovereenkomst (art. 7:652, 7:676).

29 Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 113-114.

11. *Contractueel verlengde bedenktijd*

Een mengvorm van wettelijke en contractuele bedenktijd dient zich aan wanneer een bepaalde door de wet toegekende bedenktijd door partijen bij overeenkomst wordt verlengd. De wet staat aan een dergelijke begunstiging van de bedenktijdgerechtigde niet in de weg.³⁰ Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake de woningkoop heeft de minister herhaaldelijk op deze mogelijkheid gewezen en haar zelfs min of meer gepropageerd.³¹ Een illustratie biedt het modelcontract van het garantie-instituut voor de woningbouw (GIW), waarin de wettelijke termijn van drie dagen tot ‘één kalenderweek’ is opgerekt.³²

Welbeschouwd is bij een overeengekomen termijnverlenging het terrein van de wettelijke bedenktijd verlaten.³³ Het gaat om een contractuele bedenktijd, die krachtens de overeenkomst veelal volledig naar de wettelijke voorganger zal zijn gemodelleerd.³⁴ Uiteraard is ook mogelijk dat partijen een verlengde bedenktijd overeenkomen die qua vereisten of qua gevolgen afwijkt van de voorafgaande wettelijke periode.

12. *Informeel bedenktijd*

Naast de eigenlijke bedenktijd wordt soms de informele bedenktijd gesteld. De term duikt op bij de parlementaire behandeling van art. 7:2 betreffende de bedenktijd bij de koop van woningen door consumenten, welk artikel voor zulk een koop de schriftelijke vorm verlangt.³⁵

‘Dat de verkoper zich na mondelinge overeenstemming met de koper niet zonder meer mag terugtrekken, lijkt evident, aldus de leden van de fractie van D66. Toch lijkt er een schemergebied te kunnen ontstaan tussen het moment van het mondelinge akkoord en het tekenen van de schriftelijke overeenkomst. Deze tijdsspanne zou men kunnen aanduiden als de <<informele bedenktijd>>. Soms zal de verkoper zijn gebonden, maar soms ook niet.’

30 Nr. 65.

31 Nadere MvA, EK 23 095, nr. 38a, blz. 3, 20.

32 Zie www.giw.nl.

33 Dit zou anders zijn als de wet zelf de bedenktijd verlengbaar zou verklaren, *quod non*.

34 Wat partijen niet zelf kunnen bewerkstelligen (nr. 10, noot 24), kunnen zij m.i. ook niet langs de weg van een verlenging bereiken. In zoverre is de zegswijze dat partijen de wettelijke bedenktijd kunnen verlengen niet geheel zuiver op de graat.

35 Citaat uit Eindverslag, TK 23 095, nr. 7, blz. 3.

Hoewel de benaming ook in de literatuur ingang heeft gevonden,³⁶ kan zij wat mij betreft in de vergeethoek worden bijgezet.³⁷ Het in het citaat gesignaleerde schemergebied heeft met een heroverwegingsmogelijkheid niets van doen, en bestaat alleen bij de gratie van het toevallige feit dat naar positief recht vooralsnog onvoldoende is uitgekristalliseerd in hoeverre verkopers door hun mondelinge toestemming gebonden raken.³⁸ Inderdaad kan een koper die schemer benutten om af te haken. Daarom van een (informele) bedenktijd te spreken, brengt echter eerder verduistering dan verheldering. Men kan dan ook de aan het akkoord voorafgaande onderhandelingsperiode wel als – wederzijdse – informele bedenktijd aanmerken, met alleen een verdere begripsverwatering als resultaat.

13. *Valse bedenktijd*

Tot slot zij gewezen op een verwante figuur die men als ‘valse bedenktijd’ kan betitelen. Deze komt voor in het toekomstige art. 6:227b, ontworpen ter voldoening aan richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*e-commerce*) (PbEG L 178).³⁹ Dat artikel verplicht degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent – zoals een internetverkoper – om de wederpartij op een aantal punten duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig te informeren (lid 1). Niet-naleving van deze plicht wordt op tweeërlei wijze gesanctioneerd. Verzuimen inzake informatie die voor de wils- of oordeelsvorming doorgaans essentieel is (lid 1 sub a, c en d) maken de overeenkomst vernietigbaar als de wederpartij onder invloed daarvan heeft gecontracteerd (lid 4). Daarnaast staat het uitblijven van informatie die slechts omwille van de transparantie moet worden verstrekt (lid 1 sub b en e: archivering overeenkomst, gedragscodes dienstverlener). Te dien

36 M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 2003, blz. 157-158.

37 Kritisch ook S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), *Koop!*, BW-krant Jaarboek 14, 1998, blz. 84.

38 Zie inzake die problematiek o.a. minister Donner, Antwoord op Kamervragen, TK 2003-2004, Aanhangsel Handelingen, blz. 383-384, nr. 178; M.B.M. Loos, in Dankers-Hagenaars & Piepers (red.), *Aan Wil besteed*, 2003, blz. 251-164; M.W. Hesselink en H.J. van Kooten, in Van Buren-Dee, Hondius & Kottenhagen-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen* (Van Delft-Baas-bundel), 1996, blz. 69-82; Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 136.

39 Zie inmiddels het Gewijzigd voorstel van wet d.d. 11 november 2003, EK 28 197, A.

aanzien is gekozen voor een mogelijkheid tot ontbinding (lid 5), die mede van toepassing is verklaard op het geval dat de contractsvaarden niet deugdelijk ter beschikking zijn gesteld (lid 2).

Art. 6:227b BW (voorstel van wet)

— 5. Gedurende de tijd dat de dienstverlener de informatie, bedoeld in lid 1, onder b en e en lid 2, niet heeft verstrekt, kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden.

Het gekozen sanctioneringssysteem, dat niet in ieder opzicht even geslaagd lijkt,⁴⁰ wordt in de Memorie van Toelichting als volgt onderbouwd.⁴¹

‘De informatieplichten onder b en e zijn van belang om de transparantie voor de wederpartij zo groot mogelijk te maken. Mocht deze informatie echter onverhoopt niet voor het sluiten van de overeenkomst zijn verschaft dan kan deze ook nog naderhand ter beschikking worden gesteld. Om de dienstverlener er toe aan te sporen om deze informatieplichten na te komen is in lid 5 bepaald dat de wederpartij van de dienstverlener de overeenkomst kan ontbinden gedurende de tijd dat deze laatste de gegevens onder b en e niet heeft verstrekt.’

Hoewel de wederpartij het aldus gegeven ontbindingsrecht kan benutten om haar gebondenheid te heroverwegen en desgewenst terug te treden, is van een ware bedenktijd geen sprake. Oogmerk van de wetgever is puur het onder druk zetten van dienstverleners om ook deze facetten van hun informatieplicht serieus te nemen. De wederpartij die de overeenkomst wil ontbinden, zal dat hier niet, zoals bij bedenktijden gebruikelijk, eenvoudig zonder opgaaf van redenen kunnen doen.⁴² Zij dient naar het informatiegebrek te verwijzen.⁴³ Dat het haar daar feitelijk niet om gaat, zal gewoonlijk helder zijn, maar staat aan de rechtsuitoefening niet in de weg. Aldus bestaat een spanning tussen enerzijds het effect (bedenktijd) en anderzijds de aard en het doel van de regeling (geen bedenktijd), die de mogelijkheid om zich te bedenken tot een enkel fei-

40 Met name rijst de vraag of de terbeschikkingstellingsmaterie (lid 2) niet in de sfeer van wils- en oordeelsvorming thuishoort en daarom beter bij de vernietigbaarheid (lid 4) had kunnen worden ondergebracht.

41 MvT, TK 28 197, nr. 3, blz. 55-56.

42 Vgl. nr. 14, 59.

43 Richtlijn 2000/31/EG maakt dat m.i. niet anders.

telijke maakt en haar als wettelijke bedenktijd diskwalificeert. In dit preadvies blijft dit verschijnsel verder buiten beschouwing.

3. ACHTERGRONDEN

3.1. Doeleinden

14. *Consumentenbescherming*

Reeds een vluchtige blik op de opgesomde stelsels leert, dat de wet de bedenktijd slechts gunt aan een partij die als *consument* optreedt: een natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.⁴⁴ Nu de meeste regelingen aan het Europese consumentenbeschermingsprogramma ontspruiten, is zulks weinig verwonderlijk. Maar ook waar sprake is van zuiver nationaal recht, zoals bij de koop van woningen en aanvankelijk bij colportage, blijft het regime tot consumenten beperkt. Hoewel in potentie ook niet-consumenten in aanmerking komen, kan de bedenktijd naar positief recht als een instrument van consumentenbescherming worden gekarakteriseerd.

Kardinaal kenmerk van het bedenktijdinstrument is het ongecompliceerde karakter ervan. Het klassieke contractenrecht biedt partijen diverse mogelijkheden om zich aan een gesloten overeenkomst te onttrekken, maar verbindt daaraan stevige inhoudelijke eisen: art. 3:33-35 (ontbreken van wil), art. 3:44 (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden), art. 6:228 (dwaling), art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden), art. 6:265 (contractsschending). Zulke vereisten betekenen niet alleen een – uiteraard welbewust aangebrachte – juridische drempel,⁴⁵ maar vormen tegelijk een psychologische belemmering, nu de onontkoombaar flexibele omlijning van vele voorwaarden tot gevolg heeft dat contractspartijen, en zeker de leken onder hen, lastig kunnen inschatten of er in een bepaald geval in rechtens toereikende mate aan is voldaan. De wettelijke bedenktijd kent geen inhoudelijke eisen en daardoor evenmin een psychologische rem. De consument behoeft geen betoog te bouwen, geen kansen in te schatten, geen risico's te nemen.

44 De Duitse wet bevat inmiddels een algemene begripsbepaling: 'Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann' (§ 13 BGB). Aansluitend wordt het begrip *Unternehmer* omschreven (§ 14 BGB).

45 Nader W.L. Valk in het zusterpreadvies, nr. 11-14.

Een simpele, ongemotiveerde – zo men wil: botte – uitstapverklaring volstaat: ‘Ik doe het toch maar niet.’⁴⁶ Daarmee levert de bedenktijd consumentenbescherming *in optima forma*.

15. *Tegenover professionals*

De meeste bedenktijdregelingen stellen niet alleen hoedanigheidseisen aan de kant van de gerechtigde, maar evenzeer aan de kant van de wederpartij: deze moet beroeps- of bedrijfsmatig handelen, mag dus juist niet de status hebben van een particulier. Aldus is de situatie bij colportage (art. 1 Cw), koop van timeshares (art. 7:48a), overeenkomsten op afstand (art. 7:46a), levensverzekering (art. 1 WTV). Gemeenlijk ligt aan de bedenktijd derhalve een ongelijkheid – althans ongelijksoortigheid – van partijen ten grondslag, die men compact kan weergeven met de populaire rebus *B2C*.⁴⁷

Een opvallende uitzondering is art. 7:2 (koop van woningen): ook hier moet de koper als consument handelen, maar aan de zijde van de verkoper worden geen eisen gesteld. De bedenktijd bestaat hier dus ook als de verkoper een eenvoudige particulier is. Het eminente belang van het onderhavige contract voor de koper en diens financiën, gevoegd bij het feit dat woningen in de praktijk nu eenmaal meestal tussen particulieren worden verhandeld, heeft hier tot een afwijking van het uitgangspunt der ongelijksoortigheid geleid. Op zichzelf is die afwijking begrijpelijk, maar zij heeft wel tot gevolg dat de regeling van art. 7:2 als een atypische eend in de bijt is te beschouwen. In het vervolg van het betoog komt deze *status aparte* nader ter sprake.⁴⁸

16. *Invalshoeken*

En daarmee staan wij voor de vraag waartegen de consument precies in bescherming wordt genomen. Bezieet men het mozaïek van de bedenktijdstelsels, dan valt op dat zij verschillende invalshoeken hebben: sommige zijn betrokken op overeenkomsten die in een bepaalde *context* worden gesloten (colportage, overeenkomsten op afstand), andere hebben het oog op overeenkomsten met een bepaalde *inhoud* (koop van timeshares, koop van woningen, levensverzekering).⁴⁹ Regelingen van het eerste type zullen met name strekken tot het ecarteren van de nadelige gevolgen van de bijzondere context, terwijl die van de tweede groep

46 Nr. 59.

47 Business to consumer.

48 Zie m.n. nr. 51 (termijnduur), 53 (bewijslast), 54-55 (voorlichtingsplicht).

49 Vgl. C.-W. Canaris, AcP 200 (2000), blz. 348-349.

een meer structurele beschutting bij het bewuste overeenkomsttype beogen. In de praktijk loopt een en ander door elkaar heen: zo berust de bedenktijd bij de koop van timeshares mede op het feit dat de verkopers nogal eens agressief optreden,⁵⁰ waarmee deze inhoudsgeoriënteerde regeling een contextgekleurde achtergrond heeft.

Verplaatsen wij het onderzoek naar een meer concreet niveau, dan komen met name twee oogmerken aan het licht: bescherming tegen een tekort aan weerstand (in geval van overrompeling) en bescherming tegen enigerlei tekort aan informatie.⁵¹

17. *Bescherming tegen tekort aan weerstand*

Bij de parlementaire behandeling van de Colportagewet betoogde de minister dat het erom ging ‘de toepassing van zogenaamde agressieve methoden bij de verkoop buiten de normale verkooppunten’ te beteugelen, waarover de klachten zich opstapelden: ‘Misleiding, psychologische druk en overrompeling worden al dan niet in combinatie toegepast om de koper tot een aankoop (...) te bewegen.’⁵² De considerans van de latere Europese colportagerichtlijn rept minder van de handelaar en zijn technieken, en legt het accent op de positie van de consument: deze heeft zich in de regel niet op de besprekingen voorbereid, wordt overvallen, is dikwijls niet in staat kwaliteit en prijs van het aanbod met andere aanbiedingen te vergelijken.⁵³ De bedenktijd dient hier allereerst als afkoelingsperiode.⁵⁴ Ook bij de koop van timeshares berust de bedenktijd mede op de wens overrompeling van kopers, veelal door agressieve handelaren, tegen te gaan.⁵⁵ En voor de overeenkomsten op afstand, althans sommige typen daarvan, geldt hetzelfde.⁵⁶ Daarmee krijgt een eerste concreet oogmerk gestalte, dat aan diverse – zij het niet alle – bedenktijdstelsels ten grondslag ligt: de wetgever wil de consument in bescherming nemen tegen diens potentiële weerstandstekort bij overrompeling, hetwelk door de wederpartij nogal eens wordt uitgebuit.

50 Zie MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 1.

51 Nr. 17-18. G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 9-11, spreekt respectievelijk van *psychische Schwäche* en *informationelle Schwäche*.

52 MvT 1971, te kennen uit Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. IX-XI.

53 Richtlijn 85/577/EEG, PbEG L 372, inleidende overwegingen.

54 MvT 1971, t.a.p.; vgl. nr. 2.

55 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 1.

56 Overweging 5 voor richtlijn 97/7/EG; te denken is bijv. aan ‘telefoonterreur’.

18. *Bescherming tegen tekort aan informatie*

Een tweede motor achter het bedenktijdfenomeen is de gedachte, dat consumenten niet zelden over te weinig informatie beschikken om weloverwogen een hen definitief bindende overeenkomst te sluiten. De bedenktijd biedt betrokkene de mogelijkheid om alsnog de nodige informatie te verwerven en zich, indien zijn bevindingen hem onvoldoende aanstaan, van de overeenkomst terug te trekken. Hierbij is de term *informatie* zeer ruim te verstaan. Hij ziet niet alleen op gegevens die door een waar onderzoek worden verkregen, maar ook op allerlei feiten van meer oppervlakkige aard (hoe ziet de zaak er precies uit, hoe voelt zij aan, etc.). Voorts is de term niet tot het voorwerp van de transactie beperkt; het kan evengoed gaan om de verwerving van nadere kennis van – of inzicht in – andersoortige feiten of omstandigheden, inclusief de eigen financiële armslag. Deze wens tot bescherming van de consument tegen informatietekorten ligt, in sterke of minder sterke mate, aan alle wettelijke bedenktijdstelsels ten grondslag. Daarmee heeft een tweede concreet oogmerk gestalte.

In samenhang met de vraag of het om een contextgeoriënteerde of om een inhoudsgeoriënteerde regeling gaat,⁵⁷ bestaan van dit oogmerk twee varianten. Bedenktijdregelingen die naar aanleiding van een bepaalde *context* zijn opgesteld (colportage, overeenkomsten op afstand), strekken er primair toe de *achterstand* weg te werken die in die context ten opzichte van de ‘normale situatie’ bestaat. Degene die via internet of postorder een boek koopt, staat ten achter bij iemand die dat boek in de winkel kan oppakken en doorbladeren; de bedenktijd maakt het hem mogelijk het boek thuis in te zien, en het ‘niet te nemen’ als de kennisgeving hem tegenvalt. Bij fitnessapparaten, gezondheidskussens e.d., zoals die naar aanleiding van langademige televisiespotjes telefonisch aan de man (m/v) worden gebracht, is a fortiori duidelijk dat gegadigden eerst een volwaardige aankoopbeslissing kunnen nemen nadat zij – zoals in een winkel – het object van hun begeerte fysiek hebben ontmoet. Bij bedenktijdregelingen die op overeenkomsten met een bepaalde *inhoud* zijn gericht (koop van timeshares, koop van woningen, levensverzekering) ontbreekt deze vergelijkende inslag. Deze stelsels hebben in meer algemene zin tot doel de consument de kans te bieden zich aan de hand van nadere gegevens en overwegingen op zijn gebondenheid aan de overeenkomst te bezinnen.⁵⁸ Uiteraard staan deze speci-

57 Nr. 16.

58 Zie bijv. voor woningkoop MvT, TK 23 095, nr. 3, blz. 4; Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 17.

fieke en deze algemene variant niet tegenover elkaar en evenmin los van elkaar. Met name mag uit het feit dat een bepaalde bedenktijd primair op contextuele overwegingen berust, niet worden afgeleid dat de gerechtigde haar niet zou mogen benutten op basis van overwegingen die met die contextachterstand niet van doen hebben; zowel de materiële verwevenheid van beide varianten als het principe dat de gerechtigde geen enkel inzicht in zijn beweegredenen behoeft te verschaffen,⁵⁹ laat geen andere conclusie toe.

19. *Vervolg: wispelturigheid*

Hebben de bedenktijdregelingen mede ten doel de consument de kans te bieden simpelweg van gedachten te veranderen, uit grilligheid en/of wispelturigheid? Anders gezegd: beogen zij ook bescherming tegen een tekort aan stabiliteit? Het komt mij voor dat hier van een *doel* geen sprake kan zijn.

Bij de parlementaire behandeling van de Colportagewet zijn kopers die slechts uit wispelturigheid van gedachten veranderen, buiten de wettelijke doelgroep gehouden. Niettemin kunnen zulke kopers – aldus de minister – de bedenktijdbescherming benutten, aangezien zij onvermijdelijk meeliften met hun wél overrompelde companen.⁶⁰ En zo lijkt het mij in het algemeen te zijn. De internetkoper die een bestelde trui onuitgepakt retour zendt om de enkele reden dat hij inmiddels van gedachten is veranderd, geniet de bescherming van art. 7:46d. Dat is echter geen principiële keuze, maar een onontkoombaar neveneffect van de gedachte dat de koper zonder opgaaf van redenen moet kunnen terugtreden, welke aan het bedenktijdinstrument inherent is.⁶¹ Zou de koper het kledingstuk in een feitelijke winkel hebben gekocht, dan zou hij – coulanceregelingen daargelaten – zijn gebondenheid niet meer hebben kunnen ontgaan. Mede in dat licht, is niet aannemelijk dat de bedenktijdregeling inderdaad wispelturigheid beoogt te faciliteren. Zij wil de consument vrijwaren van het formuleren van gronden en van het voeren van discussies, maar dat betekent nog niet dat zij hem ook *beoogt* te beschermen in het geval dat hij uitsluitend een gril navolgt. Dat in effect die bescherming toch bestaat, is een andere zaak.

59 Nr. 59.

60 MvT 1971, te kennen uit Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. XI.

61 Nr. 14 en 59.

20. *Overige kandidaten*

De meeste bedenktijdstelsels zijn aldus ingericht, dat ondernemers worden geprikkeld om hun afnemers tijdig en deugdelijk van informatie te voorzien. Zulks komt vooral naar voren op die plaatsen, waar de bedenktijd een verlenging ondergaat zolang de wederpartij bepaalde gegevens niet heeft aangedragen: koop van timeshares (art. 7:48c lid 1), overeenkomsten op afstand (7:46d lid 1).⁶² De potentiële gedachte dat het afdwingen van informatie een *afzonderlijk* doel vormt, lijkt zinvol noch juist: in wezen gaat het om een uitwerking van het in nr. 18 besproken principe dat de consument tegen informatietekorten moet worden beschermd.

Slechts hoogst incidenteel is de wet(gever) rechtstreeks uit op het afdwingen van informatie, buiten het kielzog van de vraag of de consument omwille van zijn besluitvorming over die gegevens behoort te beschikken. Een illustratie biedt het voorgestelde art. 6:227b (elektronische handel), waarover nr. 13. Zoals in dat eerdere nummer betoogd, acht ik in dit type gevallen het terrein van de wettelijke bedenktijd verlaten.

Nu en dan worden nog wel andere doeleinden genoemd, zoals het bevorderen van de interne Europese markt.⁶³ Dit laatste zie ik meer als een algemeen oogmerk van harmoniserende ingrepen op Europees niveau, dan als een doel dat specifiek via de bedenktijd wordt gediend.

3.2. **Schaduwzijden**

21. *Rechtsonzekerheid*

Voor de wederpartij van de consument heeft de bedenktijd het nadeel van een feitelijk eenzijdige gebondenheid: zij heeft zichzelf definitief vastgelegd, en moet met lede ogen aanzien hoe de consument nog een aantal dagen kan wikken en wegen en desverkiezend de contractsband kan slaken. Zulk een eenzijdige ontsnappingsmogelijkheid is op zichzelf niet uniek. Zij bestaat ook bij de wilsgebreken (vernietigbaarheid) en in geval van een tekortkoming (ontbindingsbevoegdheid). In die kaders echter gelden inhoudelijke voorwaarden, die, als zij zijn vervuld, rechtvaardigen dat de wederpartij een periode van onzekerheid tegemoet gaat.⁶⁴ Bij de bedenktijd ontbreekt een inhoudelijke drempel. De

62 Nr. 52.

63 M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 154-156.

64 Overigens geldt in beide kaders, dat de wederpartij de onzekerheid kan indammen door de ander een termijn voor rechtsuitoefening te stellen; zie resp. art. 3:55 lid 2 en art. 6:88 lid 1.

wederpartij wordt, zonder dat haar ook maar iets kan worden aangereven, geofferd aan de potentiële grillen van de consument. Hierover denke men niet te licht. De zekerheid van het ‘een man een man, een woord een woord’ is een basale waarde in het vermogensrechtelijk verkeer. Het tornen daaraan doet voor verkopers en andersoortige wederpartijen een scala aan organisatorische – administratieve, logistieke – en financiële nadelen en ongemakken opdoemen. Aangenomen dat aan het verhandelde op zichzelf niets mankeert, mag alleszins van een offer worden gesproken.

Het vorenstaande impliceert, dat met het oog op de rechtszekerheid een bedenktijd slechts van *korte duur* mag zijn, waarbij in principe ten hoogste aan enkele weken is te denken.⁶⁵ Een bedenktijd van maanden of zelfs jaren is ongerijmd, en hetzelfde geldt, wat minder sterk wellicht, voor een bedenktijd van onbepaalde duur (‘redelijke termijn’). De tegengestelde visie zou de gerechtvaardigde belangen van wederpartijen te zeer veronachtzamen. Alleen als de wederpartij zelf in de vervulling van haar wettelijke informatieplicht tekortschiet, komt, mede teneinde haar onder druk te zetten, een langer tijdvak in aanmerking; in die zin art. 7:46d lid 1 (overeenkomsten op afstand, drie maanden) en art. 7:48c lid 1 (koop van timeshares, drie maanden).⁶⁶

22. *Uitblijven gunstiger alternatief*

Voor de consument lijkt de bedenktijd alleen maar voordeel mee te brengen: hij kan zich eenvoudig, en zonder dat de wederpartij kan tegenstribbelen, aan de overeenkomst onttrekken. Bij nader inzien kunnen ook aan deze zijde potentiële nadelen worden gesignaleerd.

In de eerste plaats een nadeel van relatieve aard. Uitgaande van de vaststelling dat op een bepaald terrein een speciale consumentenbescherming op haar plaats is, is het denkbaar dat een andere beschermingsmethode de consument (nog) beter zou dienen, zodat de bedenktijd voor hem relatief ongunstig moet heten. Deze situatie doet zich, naar veler mening, voor bij de koop van woningen.⁶⁷ Indien de wetgever daar niet voor de bedenktijd had gekozen, had hij waarschijnlijk – conform het voorontwerp⁶⁸ – een notariële koopakte geëist, en zodoende de deskundige bijstand vóór de totstandkoming van de koopovereen-

65 Nader nr. 48 e.v.

66 Nr. 52.

67 Nr. 8.

68 Art. 7.1.1.1a voorontwerp 1989, geciteerd bij M.M. van Rossum, *Dwaling*, in het bijzonder bij koop van onroerend goed, diss. 1991, blz. 77-78; Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 135.

komst afgedwongen. De thans verkozen bedenktijd van drie dagen maakt het weliswaar *mogelijk* dat de koper deskundigen raadpleegt, maar de daartoe gegunde termijn is (te) kort en van voorschrijven is geen sprake. De koper die het dagentrio in een roes laat passeren en naderhand met onverwachte problemen wordt geconfronteerd, zou wensen dat de wetgever voor het andere anker was gaan liggen en hem de notaris had opgedrongen.

23. *Aantasting andere rechtsmiddelen*

Er is een tweede, andersoortig, risico. In de literatuur is geopperd dat de introductie van een bedenktijd negatief kan gaan uitwerken op eventuele andere aan de gerechtigde ten dienste staande rechtsmiddelen, zoals die wegens dwaling (vernietiging, contractswijziging) of tekortkoming (ontbinding, contractswijziging, schadevergoeding). Ook deze gedachte is opgekomen naar aanleiding van de bedenktijd bij de aankoop van woningen.⁶⁹ Inderdaad ligt het probleem daar het scherpst, omdat de gegunde dreedagentermijn bovenal ten doel heeft de koper in staat te stellen onderzoek naar de eigenschappen van het gekochte te doen verrichten.⁷⁰

Een voor kopers nadelig effect kan langs twee lijnen binnensluipen. In de eerste plaats is denkbaar dat waar de wettelijke bedenktijd is gegeven om nader onderzoek door de koper mogelijk te maken, haar aanwezigheid langzamerhand munitie gaat leveren voor de stelling van een verkoper dat hij bepaalde feiten of omstandigheden niet behoefde te vermelden, omdat hij ervan uit mocht gaan dat de ander deze in de – daar immers speciaal voor gegeven – bedenktijd zelf wel zou ontdekken. De afgrenzing tussen de spreekplicht van de verkoper enerzijds en de eigen onderzoeksplicht van de koper anderzijds, zoals die is ontwikkeld in het kader van dwaling (art. 6:228) en non-conformiteit (art. 7:17), komt aldus onder druk te staan. In de tweede plaats is mogelijk dat de bedenktijd gaat fungeren als een soort van algemene controleperiode, waarin de koper het onderzoek dat hij kan laten verrichten ook

69 Zie, wisselend van toonzetting, A.G. Castermans, WPNR 6044 (1992); M.A.B. Chao-Duvis, in Coppelmanns, Valkenburg, Vriesendorp & Witteveen (red.), *Het actuele recht* 2, 1995, blz. 49-50; S.E. Bartels en J.M. van Buren-Dee, in Van Buren-Dee, Hondius & Kottenhagen-Edzes (red.), 1996, blz. 57; W.L. Valk, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 14-15; J. Dammingsh, WPNR 6327 (1998); T. Hartlief en L. Reurich, WPNR 6342 (1999); M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, *Het Financieële Dagblad*, 28 augustus 2003. Zie tevens Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 4, 18-19.

70 MvT, TK 23 095, nr. 3, blz. 4; Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 17.

moet laten verrichten, op straffe van de slotsom dat hij in de daartoe gegunde tijd te weinig activiteiten heeft ontplooid en de consequenties daarvan naderhand niet meer op de wederpartij mag afwentelen. De eerste beweging zou een inhoudelijke verschuiving binnen de leerstukken van dwaling en non-conformiteit betekenen. De tweede laat die leerstukken op zichzelf onaangeroerd, maar vermindert hun slagkracht via een correctief als rechtsverwerking en/of derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2).

Beide potentiële inwerkingen zijn onwenselijk en dienen te worden tegengegaan.⁷¹ De bedenktijd is een *extra* rechtsmiddel, dat kopers een nieuwe terugtreedmogelijkheid biedt, ten nadele van verkopers. Het gaat om pure kopersbescherming, zonder compensatie voor hun wederpartijen. Zulk een regeling bijt zichzelf in de staart als zij, langs welke weg dan ook, andere rechtsmiddelen aan de kant van de koper gaat aanknagen. Welbeschouwd is daar ook geen aanleiding toe. De bedenktijd staat volkomen los van leerstukken als dwaling en non-conformiteit.⁷² De beschermde partij mag eenvoudigweg haar gebondenheid heroverwegen, ongeacht of zij een verkeerde voorstelling van zaken had, en ongeacht of er op de zaak objectief iets is aan te merken. Bedenktijden hebben niet tot doel om vergissingen of tekortkomingen op te sporen; zij mogen ook niet in die sfeer worden getrokken. In dit licht is de ministeriële opmerking dat het ‘niet goed mogelijk (is) om algemeen geldende uitspraken te doen over de (eventuele) invloed die de bedenktijd op de onderzoeksplicht van de koper zal hebben’,⁷³ mij niet pittig en niet principieel genoeg. Boemerangeffecten, zoals het oude wetboek die kende bij de beruchte regeling der verborgen gebreken,⁷⁴ dienen met kracht te worden bestreden.

24. *Spanning met ‘pacta sunt servanda’ (1)*

In alle betrokken regelingen gaat de wetgever uit van een tot stand gekomen overeenkomst, die door één van beide partijen – de consu-

71 De meeste schrijvers die zich in dezen hebben uitgelaten, zien bedoelde inwerking(en) eveneens als een bedreiging; zie de zojuist vermelde bronnen.

72 Vergelijk overweging 14 bij richtlijn 97/7/EG, PbEG L 144: ‘(...) dat dit herroepingsrecht de rechten van de consument op grond van de nationale wetgeving, met name met betrekking tot de ontvangst van beschadigde goederen en gebrekkige diensten of van producten en diensten die niet met de beschrijving van het aanbod overeenstemmen, onverlet laat; (...)’

73 MvA, EK 23 095, nr. 178b, blz. 12-13, overgenomen van Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 18-19.

74 Art. 1540-1548 *oud*, waarover J.B.M. Vranken, WPNR 6030 (1991).

ment – ter zijde kan worden geschoven. In het licht van het principe van de verbindende kracht van de overeenkomst, dat – naar mede in art. 6:248 lid 1 tot uitdrukking komt – aan ons contractenrecht ten grondslag ligt, is dit een bevreemdende situatie. Mok heeft de principiële vraag opgeworpen of de wettelijke bedenktijd wel is in te passen in een rechtssysteem dat (overigens) uitgaat van het *pacta sunt servanda*. Hij komt tot de conclusie dat die inpassing ‘met enig intellectueel knutselwerk’ wel mogelijk is:⁷⁵

‘Men moet dan stellen dat er sprake is van *uitgestelde wilsovereenstemming*. Beide partijen kunnen immers weten dat er een wettelijke afkoelingsperiode geldt. De inachtneming daarvan kan men beschouwen als een beding dat (zo nodig) stilzwijgend deel uitmaakt van hun wilsverklaring. De wilsovereenstemming wordt dan geacht tot stand te zijn gekomen bij afloop van de afkoelingsperiode en eerst dan ontstaat ook de verbindende kracht van de overeenkomst: (...)’

Mok is bijgevallen door Nieuwenhuis, die, toegespitst op de koop op afstand in de zin van art. 7:46a e.v., een tweefasenmodel presenteert:⁷⁶

‘De koop op afstand komt tot stand in twee fasen. De op afstand verrichte transactie bindt slechts de verkoper; een overeenkomst, die ook de koper verbindt, komt pas tot stand als de afkoelingsperiode is verstreken. (...) (Dit) alternatief, dat de totstandkoming van de overeenkomst vastknoopt aan het verstrijken van de bedenktijd, verdient de voorkeur. Bij de wettelijke regeling van nieuwe bedenktijden, zoals die met betrekking tot de koop van woningen, moet de Groningse afscheidsrede van Mok nog maar eens uit de kast worden gehaald (...)’

Indien men de bedenktijd aldus vóór de contractssluiting situeert, betekent het feit dat de koper kan afhaken niet langer een inbreuk op het *pacta sunt servanda*: gedurende de bedenktijd immers bestaat er rechs- tens nog geen *pactum*.

De wijze waarop de beide auteurs het contractsmoment uitstellen is, zie ik goed, niet identiek. Mok speelt het via de partijbedoelingen. Hij neemt daarmee m.i. wel degelijk van meet af aan een rechtshandeling (overeenkomst) aan, zij het één waarvan de werking krachtens de ver-

75 M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?*, afscheidscollege, 1997, blz. 15.

76 J.H. Nieuwenhuis, *NTBR* 2001, blz. 333.

onderstelde partijbedoelingen⁷⁷ – die dus in zoverre reeds effectief zijn – is uitgesteld tot het moment waarop de wettelijke bedenktijd verstrijkt (overeenkomst onder opschortende tijdsbepaling, art. 3:38). Nieuwenhuis wil in het eerste stadium in het geheel niet van een overeenkomst spreken, en lijkt daarmee een stap verder te gaan dan Mok.

25. *Spanning met ‘pacta sunt servanda’ (2)*

De leer van de uitgestelde overeenkomst heeft ook in het buitenland aanhang gevonden, in Duitsland onder de vlag van de *schwebende Unwirksamkeit*.⁷⁸ Mijns inziens is deze benadering – die in Duitsland inmiddels door de wetgeving lijkt te zijn achterhaald⁷⁹ – alleszins interessant, maar niet overtuigend.⁸⁰ Voor fnuikend houd ik, dat de theorie voorbijgaat aan het feitelijke gegeven dat koper en verkoper *gewoon en meteen* een overeenkomst aangaan. De opvatting dat de overeenkomst rechtens pas later tot stand komt, kan het *feit* van de eerdere wilsovereenstemming, dat normaliter voor wederzijdse gebondenheid volstaat, niet uitwissen. Aldus bezien is de winst van cosmetische aard. De spanning met het beginsel der verbindende kracht van gemaakte afspraken is niet verminderd. Verklaaren waarom de initiële overeenstemming tussen partijen juridisch geen overeenkomst oplevert, is ten minste even lastig als verklaren waarom een der partijen zich aan een tot stand gekomen overeenkomst kan onttrekken. Op de keper beschouwd is het eerste, naar ik meen, zelfs lastiger dan het tweede. Zó vreemd is een eenzijdige terugtreedbevoegdheid in ons contractenrecht nu ook weer niet.⁸¹ Zij komt zelfs regelmatig voor; men denke aan de diverse vernietigingsgronden (art. 3:34, 3:44, 3:45, 6:228 e.a.), ontbindingsgronden (art. 6:258, 6:265) en opzeggingsgronden (Boek 7-7A).⁸² Het merkwaardige van de bedenktijd ligt meer in het feit dat zij geen drempels kent, dan in de terugtreedmogelijkheid als zodanig.

77 Zuiverder: gefingeerde partijbedoelingen.

78 Een overzicht biedt G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 4-7, met vermelding van vindplaatsen.

79 De nieuwe § 355 BGB verklaart betrokkene bij terugtreed ‘nicht mehr gebunden’, § 357 BGB knoopt bij de Rücktritt (ontbinding) aan; vgl. G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 7-8.

80 H.J.S.M. Langbroek, in Hartlief & Stolker (red.), *Contractvrijheid*, 1999, blz. 422-423, toont zich evenmin overtuigd. Zie ook hierna, nr. 27.

81 Vgl. W.L. Valk, *zusterpreadvies*, nr. 38, die het accent anders legt.

82 Op dit ruimere kader, althans op de andere ontbindingsgronden, wijzen ook S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 80.

Ik kom tot de conclusie dat het uitgangspunt der verbindende kracht door de bedenktijd niet wordt geschoffeerd, maar slechts een stap verder wordt gerelativeerd dan voordien gebruikelijk. Als voor die stap goede redenen bestaan,⁸³ kan zij zowel principieel als systematisch bezien gevoeglijk worden gezet. In de woorden van Canaris:⁸⁴

‘Ähnlich wie es grundsätzlich unbedenklich ist, zum Schutz der Entscheidungsfreiheit Formvorschriften aufzustellen und dadurch die Privatautonomie einzuschränken, scheint es mir demgemäß rechtsethisch gesehen im Prinzip völlig legitim und übrigens auch mit liberalem Rechtsdenken durchaus vereinbar, wenn der Gesetzgeber einem Vertrag für eine bestimmte Zeit die Wirksamkeit versagt, um einer Partei eine Überlegungsfrist zu verschaffen.’

4. SYSTEMATISCHE INPASSING

4.1. Rechtskarakter

26. *Uitgangspositie*

De Nederlandse wetgever gebruikt in de diverse bedenktijdregelingen welhaast consequent de termen *ontbinden* en *ontbinding*.⁸⁵ Deze uitwerking tot een ontbindingsbevoegdheid is zelfgekozen. De Europese richtlijnen reppen, schijnbaar willekeurig, van afstand doen van de gevolgen van de verbintenis (art. 5 richtlijn 85/577/EEG), terugtreden uit de overeenkomst (art. 5 richtlijn 94/47/EG) en herroepen van de overeenkomst (art. 6 richtlijn 97/7/EG). Ofschoon deze diversiteit niet geheel los staat van voorkeuren bij de vertalers, vormt zij in de kern een Europees gegeven. In de Engelse tekstversie spreken de drie genoemde richtlijnbepalingen respectievelijk van *renounce the effects* en *withdraw* (2x), in de Duitse versie van *zurücktreten* (2x) en *widerrufen*, in de Franse van *renoncer aux effets* en *se rétracter* (2x).

83 Over die vraag W.L. Valk in het zusterpreadvies, hoofdstuk 4.

84 C.-W. Canaris, AcP 200 (2000), blz. 344; Canaris tekent aan dat het ‘die Wirksamkeit versagt’ juridisch op diverse wijzen kan worden uitgewerkt (t.a.p., noot 252).

85 Anders alleen art. 53 WTV 1993 (nr. 9), dat van opzeggen en opzegging rept. Deze afwijking hangt samen met de in dit verband atypische aard van de duurovereenkomst levensverzekering, nr. 31.

Over het dogmatische kader en de inpassing in het nationale recht laat de richtlijngever zich wijselijk niet uit. Te dien aanzien genieten de nationale instanties vrijheid. Ten onzent is reeds in de jaren zeventig, bij de voorbereiding van de Colportagewet, de keuze op een ontbindingsbevoegdheid bepaald. Deze lijn is vervolgens doorgetrokken naar het wetsvoorstel betreffende de koop van onroerende zaken,⁸⁶ en van daaruit naar de regelingen van de koop van timeshares⁸⁷ en de overeenkomsten op afstand.⁸⁸ Veel reliëf heeft deze inkadering niet. In de toelichtende stukken wordt zij min of meer terloops gepresenteerd,⁸⁹ en in een ten behoeve van colportageslachtoffers opgestelde modelbrief schakelt de minister geruisloos door naar opzegging.⁹⁰ Het lijkt erop dat de term ontbinden bovenal letterlijk is te verstaan: *ont-binden*, slechten van de contractuele band. Anders dan – misschien minder mooie maar – onbeladen alternatieven als *terugtreed* of *losmaking*, is de term ontbinding echter met een bundel juridische connotaties behept: ontbindende voorwaarde (art. 3:38, art. 6:22), ontbinding wegens onvoorzienne omstandigheden (art. 6:258), ontbinding wegens contractsschending (art. 6:265 e.v.). Bij welke van deze figuren knoopt de bedenktijdontbinding eigenlijk aan? Of mag en/of moet men het woord ontbinden niet-technisch lezen, en bieden wellicht andersoortige regelstelsels houvast bij het modelleren van het bedenktijdrecht?

De aldus aangekaarte systematische inpassing van het bedenktijdinstrument is nog niet zo gemakkelijk. Teneinde haar ten gronde te kunnen verrichten, dienen wij het aangetroffen etiket even te laten voor wat het is, en vanuit het vrije perspectief van een wetgever het tableau der inpassingsmogelijkheden in kaart te brengen. Alras dienen zich diverse concurrenten ter overpeinzing aan: wettelijke optie, herroeping, vernietiging, opzegging. Deze alternatieven passeren, vergezeld van de ontbinding zelf, thans de revue.

27. *Wettelijke optie c.a.*

Kiest men voor een wettelijk optierecht, dan zal de beoogde overeenkomst vooralsnog niet tot stand komen, maar krijgt de consument

86 MvT, TK 23 095, nr. 3, blz. 6-7.

87 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 9.

88 MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 22.

89 Wel is, in het kader van de woningkoop, gediscussieerd over het alternatief van een wettelijk optierecht gedurende enkele dagen; zie nr. 27.

90 Beschikking van 24 juli 1975, Stcrt. 144, afgedrukt in Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. 45-46, en bij L. Dommering-van Rongen, Krediet, afbetaling en colportage, 1979, blz. 119.

gedurende een aantal dagen de macht haar door het benutten van zijn optie tot stand te brengen. De bedenktijd wordt zodoende niet na, maar vóór de contractssluiting gesitueerd. Deze mogelijkheid is onder ogen gezien in het kader van art. 7:2 (koop van woningen). De minister heeft haar verworpen, aanvoerende dat een wettelijk optierecht als beschermingsinstrument – anders dan een bedenktijd met ontbindingsrecht (colportage, timesharing) – in ons burgerlijk recht onbekend is. Inhoudelijk voegt hij toe dat het raadplegen van deskundigen beter kan geschieden aan de hand van een ware overeenkomst dan aan die van een soms minder uitgewerkte optie, en verder dat een optie eerder onberaden wordt aangegaan dan een overeenkomst.⁹¹ Sterk zijn deze argumenten niet: het eerste is puur pragmatisch (en zonder gewicht waar het gehele leerstuk voorwerp van onderzoek vormt), de beide andere missen doel doordat met een contractueel toegekende optie in plaats van met een wettelijke optie wordt vergeleken.

De optiefiguur heeft als kenmerk dat zij niet werkt met overeenkomsten die korte tijd later weer vervallen, zodat zij, op het eerste gezicht, de spanning met het principe *pacta sunt servanda* verder laat wegebben.⁹² Nader beschouwd is van winst echter geen sprake. Bedacht zij dat het hier gaat om een wettelijke *constructie*, die van toepassing zou geraken naar aanleiding van het gegeven dat partijen zelf overeenstemming hebben bereikt. Die overeenstemming zou normaliter een contract opleveren. De wet zou daarin ingrijpen door te bepalen dat in plaats van een overeenkomst slechts een optierecht voor de beschermde partij ontstaat. Zulk een ingreep, die een wettelijke conversie zou opleveren, is onaanlokkelijk. Het recht dient zoveel mogelijk bij de maatschappelijke werkelijkheid aan te sluiten en partijen zo weinig mogelijk met eigen bedenkzels – juridische constructies – te verrassen. Waar partijen *menen* een overeenkomst te hebben gesloten, ligt het voor de hand ook rechtens, zo enigszins mogelijk, van de aanwezigheid van een overeenkomst uit te gaan. Daarmee kom ik, langs andere weg, tot hetzelfde resultaat als de minister.

Dit negatieve oordeel geldt m.m. ook voor andere constructies en redeneerpatronen die een wig drijven tussen feitelijk en juridisch contractsmoment, oftewel voor alle benaderingen waarin een uitgestelde totstandkoming centraal staat.⁹³

91 MvA, TK 23 095, nr. 5, blz. 8-10; zie ook MvT, TK 23 095, nr. 3, blz. 6-7.

92 Over die spanning nr. 24-25.

93 Nader nr. 24-25.

28. *Herroeping*

Ons recht maakt onderscheid tussen herroeping en intrekking. Herroeping ontnemt de werking aan een reeds van kracht zijnde verklaring, intrekking – neerkomend op onderschepping – voorkomt dat een verzonden verklaring rechtens ooit werking verkrijgt. In het kader van het onderhavige onderzoek is alleen de herroeping interessant. Anders dan de mogelijkheid van intrekking, die een algemeen karakter draagt (art. 3:37 lid 5), komt die tot herroeping slechts voor bij enkele specifieke rechtshandelingstypen. Herroepelijk zijn met name volmacht (art. 3:72 sub c), uiterste wilsbeschikking (art. 4:111), aanbod (art. 6:219) en derdenbeding (art. 6:253 lid 2).

In de praktijk wordt in verband met de bedenktijd inderdaad wel van een herroepingsrecht gesproken,⁹⁴ in de juridische literatuur – sporadisch – eveneens.⁹⁵ Hoe te oordelen over dit vormgeven in termen van herroeping? Ervoor pleit wellicht dat aldus een terminologische aansluiting wordt verkregen bij het Duitse recht, waarin de aanduiding *Widerrufsrecht* heeft gezegevierd (§ 355-359 BGB). Maar de nadelen overheersen. Fnuikend is het rechtssystematische bezwaar dat de herroepingsfiguur uitsluitend wordt ingezet in situaties waarin – ruw gezegd – ‘gebondenheid’ bestaat aan de kant van één persoon, die zich aan de gevolgen van zijn eerdere daad wil onttrekken (volmachtgever, erflater, aanbieder, stipulator). Met betrekking tot eenmaal totstandgekomen overeenkomsten komt de herroeping niet voor.⁹⁶ Daar komt nog bij dat de herroepelijkheid geen ontwikkeld leerstuk vormt, maar uit een verzameling losse eilanden bestaat; van aanhaking daarbij is noch voor de theorie, noch voor de praktijk veel heil te verwachten. Een en ander maakt het onaantrekkelijk om de wettelijke bedenktijd als herroepingsmogelijkheid te positioneren.

29. *Vernietiging*

In de derde plaats kan aan een recht tot vernietiging worden gedacht. Deze inkadering gaat uit van een totstandgekomen overeenkomst, die op grond van een bij de contractssluiting aanwezig probleem kan wor-

94 Zie bijv. de gedragsregels van de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie: Art. 5 – Herroepingsrecht (te vinden op www.thuiswinkel.org).

95 C. Sander, Consumentenbescherming bij transacties op afstand, 2001, blz. 45-72.

96 Weliswaar maakt art. 6:219 lid 2 het mogelijk om een vrijblijvend aanbod nog na de aanvaarding te herroepen, waarmee de facto een overeenkomst wegvalt, maar die regel vormt slechts in schijn een uitzondering; hij berust geheel op de zwakte van het vrijblijvende aanbod, die naar het besef van beide partijen van meet af aan in het spel is.

den tenietgedaan (vernietigd) door één van beide partijen. Bekende vernietigingsgronden zijn handelingsonbekwaamheid (art. 3:32), geestelijke stoornis (art. 3:34 lid 2), bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44), dwaling (art. 6:228) en de pauliana (art. 3:45). Waarom de wetgever deze inkadering niet heeft gekozen, heeft hij niet vermeld. Het lijkt erop dat hij er bij de voorbereiding van de Colportagewet 1973 eenvoudig niet aan heeft gedacht,⁹⁷ en later de ingezette koers heeft gevolgd zonder zich nog om de systematische merites te bekommeren. Toch heeft een uitwerking in termen van vernietigbaarheid en vernietiging allerminst zwakke papieren. Ik zie ten minste drie argumenten pro.

Allereerst zijn de aan de bedenktijd ten grondslag liggende gedachten nauw verwant aan die welke in het kader van de vernietigingsgronden worden aangetroffen. Kort gezegd gaat het erom dat een beschermde partij de gelegenheid krijgt tot heroverweging, met name in verband met een tekort aan weerstand of een tekort aan informatie.⁹⁸ Daarmee staat (een belemmering van) de volwaardige wilsvorming centraal, evenals het geval is bij de wilsgebreken (art. 3:44 en 6:228). De verwantschap – vooral met dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden – is dusdanig sterk, dat men gevoeglijk een *uitlopertheorie* kan ontwikkelen, zoals Cahen twee decennia geleden deed voor de destijds nieuwe vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden:⁹⁹ de bedenktijdstelsels zijn in het juridische krachtenveld te situeren als uitlopers van de wettelijke vernietigingsgronden, met name van (een aantal van) de wilsgebreken.

De tweede troef van de vernietiging is, dat zij – naar mijn inschatting – in de regel goed aansluit bij de belevingswereld van partijen. Degene die de bedenktijd inroept, zal menen dat hij het contract wegvaagt, tenietdoet. De vernietiging, die de overeenkomst met terugwerkende kracht tot een nietige maakt, sluit naadloos bij deze beleving aan. Niet voor niets wordt in de praktijk nogal eens van een *annuleringsrecht* gesproken,¹⁰⁰ welke term in wezen rechtstreeks naar het nietighedenleerstuk verwijst.

Een derde – meer pragmatisch – voordeel van de vernietigbaarheid is, dat zij op een helder juridisch postuur kan bogen. Het wetboek bevat een goed uitgewerkte regeling in art. 3:49 e.v. (vernietiging) jo. art. 6:201

97 Destijds bestond er tussen vernietigen en ontbinden ook nauwelijks verschil, nr. 35.

98 Nr. 17-18.

99 J.L.P. Cahen, *Misbruik van omstandigheden*, 1983.

100 Zie ter illustratie bijv. www.xs4all.nl/adsl/annuleren en www.avdw.nl.

e.v. (onverschuldigde betaling), die zowel de inroepingsmodaliteiten als de gevolgen van een inroeping omspannt.

30. *Ontbinding*

De Nederlandse wetgever heeft voor een ontbindingsrecht gekozen. De vraag of dit een aanknoping betekent bij de ontbinding wegens contractsschending (art. 6:265), de ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden (art. 6:258) en/of de ontbindende voorwaarde (art. 3:38, art. 6:22), wordt in wet noch toelichting eenduidig beantwoord. Op voorhand is duidelijk dat het niet om een van deze figuren *zelf* gaat: een tekortkoming of onvoorziene omstandigheid wordt geëist noch verondersteld, en evenmin is sprake van een voorwaardeconstructie. Maar dat sluit niet uit, dat er grond kan bestaan om een van de drie tot primair aanhakingspunt te kiezen.

De ontbinding wegens contractsschending heeft in kwantitatief opzicht veel te bieden. Zij wordt uitvoerig geregeld in art. 6:265-278, naar welk stelsel de toelichtende stukken inderdaad verwijzen, met name met het oog op art. 6:271.¹⁰¹ De beperkte regelingen van de ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden en de ontbindende voorwaarde steken daar schril bij af. Kwalitatief beschouwd werpt de ontbinding wegens contractsschending echter geen hoge ogen. Misschien kan men nog volhouden dat de bedenktijdgedachte in het verlengde ligt van het tekortkomingsleerstuk, maar dan gaat het toch om een *ver* verlengde. De potentiële redenering dat de consument door heroverweging en terugtred kan voorkomen dat hij wordt opgescheept met een zaak die niet de eigenschappen bezit die hij verwachtte en mocht verwachten, is te gewrongen – en te indirect – om te overtuigen. De tweede kandidaat, ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden, blijft daar nog bij achter: te dien aanzien is een inhoudelijke verwantschap met de bedenktijdstelsels nauwelijks meer te formuleren. Dat tussen deze beide ontbindingsgronden enerzijds en de bedenktijdgronden anderzijds een kloof bestaat, is niet verrassend: contractsschending en onvoorziene omstandigheden behoren tot de uitvoeringsfase van de overeenkomst, terwijl de bedenktijdstelsels in het leven zijn geroepen om problemen in de totstandkomingsfase te ecarteren.¹⁰²

Resteert de ontbindende voorwaarde. Een materieel verwantschaps-onderzoek stuit hier af op het feit dat de voorwaarde niet een rechts-

101 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 9; MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 23; Nota, TK 26 861, nr. 5, blz. 24; Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 10.

102 Nr. 16 e.v.

middel is met een bepaalde ratio, maar alleen een juridische constructie belichaamt. Dat maakt aanknoping hooguit (technisch) mogelijk, nooit (inhoudelijk) voor de hand liggend. Beslissend is derhalve de droge vraag of deze constructie het denken dermate verheldert dat zij het verdient te worden ingeschakeld. Op die vraag past een ontkennend antwoord. Naar algemeen inzicht vervalt de overeenkomst *doordat* de beschermde partij haar bedenktijd inroept. Het is alleen maar ingewikkeld om deze inroeping een zelfstandige rol te ontzeggen en te degraderen tot de vervulling van een ontbindende voorwaarde, die de overeenkomst uit kracht der wet aankleeft. Zodoende gaan twee werkingen – van de inroeping zelf en van de voorwaardevervulling – op onduidelijke wijze door elkaar lopen. Zulk een verstrengeling van partijberoep en ontbindende voorwaarde kwam onder vigeur van het oude wetboek nog wel voor,¹⁰³ maar is, als product van dubbelhartigheid, terecht in ongenade gevallen. Bovendien pleit tegen de voorwaardeconstructie dat partijen niet in die richting zullen denken, alsmede dat de wettelijke regeling weinig om het lijf heeft.

Individueel onderzocht, stellen de drie ontbindingsregelingen derhalve stuk voor stuk teleur. Op zichzelf is daarmee het doek voor de ontbinding nog niet gevallen. Alleszins denkbaar – ja waarschijnlijk – is dat de wetgever in wezen refereert aan een *algemene* ontbindingsidee, die de afzonderlijke wettelijke uitwerkingen overstijgt en overkoepelt. Het gaat dan eenvoudigweg om een recht om de gesloten overeenkomst – niet met huid en haar te ecarteren maar wel – te *beëindigen*, zonder terugwerkende kracht.¹⁰⁴ Zo bezien gaat het in de bedenktijdstelsels om een eigensoortige ontbinding, die desgewenst gestalte kan krijgen door aanknoping bij een of meer van de andere ontbindingsregelingen, waartoe die van art. 6:265 e.v. dan de meeste mogelijkheden biedt. Deze gedachtegang maakt het gesignaleerde knelpunt – het ontbreken van inhoudelijke verwantschap – weliswaar minder zichtbaar, maar is niet bij machte het op te lossen. Waar toereikende inhoudelijke verbanden ontbreken, is en blijft de aanhaking toevallig en juridisch instabiel.

31. Opzegging

Als laatste mogelijkheid figureert het inkwartieren bij de bevoegdheid tot opzegging, zoals de wet die kent in het kader van verschillende bijzondere overeenkomsten in Boek 7-7A.¹⁰⁵ Het leerstuk is niet tot die

103 Zie met name art. 1302-1303 *oud*.

104 Nr. 34.

105 Zie o.a. art. 7:228 (huur), art. 7:408 (opdracht), art. 7:667 (arbeidsovereenkomst).

wettelijke vindplaatsen beperkt, maar kent ook een flinke ongeschreven component, opgebloeid uit de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁶ Is de opzeggingsfiguur wellicht geschikt om in bedenktijd kader als leidraad te fungeren? De modeltekst in een uitvoeringsbeschikking bij de Colportage-wet suggereert van wel:¹⁰⁷

‘Als U wilt opzeggen, kunt U dat het beste doen bij aangetekende brief of briefkaart (...). Hieronder vindt u een formulier, dat U als opzeggingsbrief kunt gebruiken, nadat het is ingevuld’.

Boven dat invulformulier staat dienovereenkomstig, met grote letters, ‘Opzeggingsbrief’.¹⁰⁸ Een tweede argument om van opzegging te spreken levert art. 53 WTV, waarin de wetgever ten aanzien van de levensverzekering zelf deze term hanteert.¹⁰⁹

Als wezenlijk nadeel van de betiteling opzegging ervaar ik, dat naar het gewone vermogensrechtelijke spraakgebruik deze term – met het daarachter schuilgaande leerstuk – slechts wordt gebruikt ten aanzien van duurovereenkomsten: huur, bruikleen, opdracht, arbeidsovereenkomst, verzekering.¹¹⁰ Niet voor niets heeft het enige wetsartikel dat bedenktijd en opzegging lieert, art. 53 WTV, op zulk een duurovereenkomst betrekking. Met zogeheten aflopende contracten zoals koop – waar het hier meestal om gaat – wordt de opzegging niet, althans niet welbewust, in verband gebracht. Haar specifiek op de beëindiging van duurrelaties toegesneden aard diskwalificeert de opzeggingsbevoegdheid als algemeen vehikel voor het bedenktijdinstrument. Daar komt bij dat de opzegging – net als de ontbinding – in de fase van de uitvoering van de overeenkomst thuishoort, en ook daardoor ongeschikt is om de op de totstandkomingsfase betrokken bedenktijd onderdak te bieden. Een derde nadeel vormt het ontbreken van een algemene wettelijke regeling: het leerstuk is, net als dat der herroeping, uit een pakket losse kernen opgebouwd.

106 Daarover bijv. Asser-Hartkamp 4-II, 2001, nr. 310-311.

107 Beschikking van 24 juli 1975, Stcrt. 144, afgedrukt in Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. 45-46. Fraai zijn de subtiel-belerende slotwoorden ‘nadat het is ingevuld’.

108 In de modelbrief zelf heet het, dat de ondertekenaar afziet van het contract.

109 Geciteerd in nr. 9.

110 Evenzo A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Mon. Nieuw BW A-10, 1998, nr. 14.

32. *Rechtsvergelijkende notities*

In de meeste Europese landen lijkt men zich om de rechtssystematische inpassing van de bedenktijd niet erg druk te maken. Dat begint al bij de wetgevers, die nogal eens neutrale termen verkiezen die niet direct bij een bepaald leerstuk aansluiten. Zo spreekt de Belgische wet van het *verzaken van de overeenkomst*,¹¹¹ de Engelse van *cancellation*.¹¹² In Duitsland is, traditiegetrouw, meer aandacht besteed aan de inpassingskwestie. De Duitse wetgever heeft gekozen voor een afzonderlijk *Widerrufsrecht* (§ 355-359 BGB), en heeft daarmee de materie zowel buiten de poorten van de vernietiging (*Anfechtung*) als buiten die van de ontbinding (*Rücktritt*) geplaatst. Wel zijn, voor zover niet anders is bepaald, de ontbindingsartikelen van overeenkomstige toepassing (§ 357 BGB).

Met name Reiner heeft zich beijverd om de *verbraucherschützende Widerruf* in het systeem van het rechtshandelingenrecht in te bedden.¹¹³ Reiner vertrekt vanuit de idee der contractsvrijheid, en schetst hoe het *Bürgerliches Gesetzbuch* die vrijheid beschermt door een uit vier stadia opgebouwd systeem.¹¹⁴ Het *Widerrufsrecht* blijkt goed te passen op het vierde beschermingsniveau, waarop zich ook de vernietigingsgronden – en de schadevergoeding wegens *culpa in contrahendo* – bevinden. Het verschil met de vernietiging acht Reiner slechts van wetgevingstechnische aard:¹¹⁵

‘Vor allem aber ist der genannte tatbestandliche Unterschied zwischen Anfechtung und Widerruf nicht etwa inhaltlich, sondern rein gesetzestech-nisch begründet. Bei Widerruf und Anfechtung geht es gleichermaßen um den Schutz der Freien Willensbildung, um die materiale Vertragsfreiheit. Hierin liegt die funktionelle Nähe des Widerrufs zur Anfechtung.’

111 Art. 80 § 1 van de Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, Belgisch Staatsblad/Moniteur Belge d.d. 23 juni 1999.

112 Timeshare Regulations 1997, Statutory Instrument 1997, 1081; Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, Statutory Instrument 2000, 2334.

113 G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 1-45.

114 Dit *Vierstufenmodell* bestaat, kort gezegd, uit (1) eisen aan de wilsverklaring, (2) harde nietigheden, (3) herstelbare nietigheden, (4) vernietigbaarheden c.a.: G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 15-19.

115 G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 27-28.

Wél principieel is volgens Reiner het verschil met de ontbinding, aangezien de ontbinding niets te maken heeft met de contractsvrijheid en de bescherming daarvan:¹¹⁶

‘Der Widerruf ähnelt als Gestaltungsrecht damit funktionell und rechtstechnisch der *Anfechtung* (§ 142 I BGB), nicht aber dem Rücktritt. Der Rücktritt (§ 346 ff. BGB) ist gar nicht Teil des Vierstufenmodells des BGB zum Schutz der materialen Willensfreiheit.’

Hoewel het te ver zou gaan om op basis van het vorenstaande te concluderen dat ‘het Duitse recht’ steun biedt voor een verschuiving van ontbinding naar vernietiging, kan wel worden geconstateerd dat de enige indringende inpassingsstudie die aldaar tot op heden is verschenen, zulke steun wel degelijk verschaft.

33. *Evaluatie*

Het vorenstaande voert allereerst tot de conclusie dat naar geldend Nederlands recht het ontbindingsetiket van de bedenktijdinroeping mag worden losgeweekt. De wetgever bewijst het instituut der ontbinding slechts lippendienst; de onder die vlag varende regelingen zijn individueel noch collectief bij machte de bedenktijdfiguur waarlijk te huisvesten en voeden. De gebezigde term ontbinden kan maar beter, neutraal, als *ontbinden* worden gelezen.

Dit maakt de weg vrij voor een op materiële afwegingen gebaseerde heroriëntatie. Die exercitie leidt tot de slotsom dat wij niet met het obligate en weinigzeggende etiket ‘rechtsfiguur *sui generis*’ behoeven te volstaan, nu krachtige argumenten pleiten voor een aanknoping bij de vernietigingsgronden. Weerstandstekort en informatietekort¹¹⁷ belemmeren een volwaardige wilsvorming, en zijn daarmee in wezen als wils-(vormings)gebreken te beschouwen. De gedachte van annulering sluit aan bij de vermoedelijke belevingswereld van partijen. Bovendien verschaft het onderbrengen bij de vernietigbaarheden houvast, nu de wet te dien aanzien een solide regelstelsel bevat.¹¹⁸

116 G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 27.

117 Nr. 17-18.

118 Dit wil niet zeggen dat alle wettelijke vernietigbaarheidsregels ook voor het bedenktijdrecht van betekenis zijn. Zo heeft de gerechtelijke route van art. 3:49 jo. 3:51 geen zin (nr. 58) en komt men aan verjaring ex art. 3:52 niet toe (nr. 64 in fine). Voor de termijnstellingsregel van art. 3:55 lid 2 bestaat evenmin emplooi, nu een te stellen ‘redelijke termijn’ niet korter zal mogen uitvallen dan de wettelijke bedenktijd.

Op grond van dit boeket aan argumenten, dat mede steun vindt in Reiners bevindingen inzake het Duitse recht, en gezien het lage profiel van het wettelijke woordgebruik in dezen, zou ik menen dat de woorden ‘ontbinden’ en ‘ontbinding’ in de bedenktijdregelingen – via het neutraliserende tussenstation ‘ont-binden’ c.q. ‘ont-binding’ – kunnen en mogen worden gelezen als ‘vernietigen’ en ‘vernietiging’. De vraag of het daarbij om een eigenlijke vernietiging gaat of veeleer om een daaraan gelijk te stellen fenomeen, is van academische aard. Omdat de eerste optie het terrein overzichtelijker houdt, heeft die mijn sympathie. Zo men voor de nieuwe vernietigingsgrond een roepnaam wenst, komt wellicht *voortijdige toestemming* in aanmerking (*premature consent*).¹¹⁹

In de volgende nummers wordt de gepropageerde benadering doorerekend in vergelijking met de door de wetgever verkozenen, mede ten einde te onderzoeken of zich wellicht zwaarwegende contra-indicaties voordoen. Om de kempnanen te overkoepelen zal nogal eens het neutrale begrip *terugtrreden* – met derivaten – worden gebezigd.

4.2. Consequenties

34. *Terugwerkende kracht (1)*

Zowel een ontbinding als een vernietiging doet de gesloten overeenkomst wegvallen, zodat partijen niet langer zijn gebonden. Kenmerkend verschil is echter, dat ontbinding geen terugwerkende kracht heeft (art. 3:38, 6:22, 6:258, 6:269), vernietiging juist wel (art. 3:53 lid 1).¹²⁰ Achterliggende gedachte is dat de ontbinding tot de uitvoeringsfase behoort en geen pretentie heeft zich tot de dan reeds uit beeld zijnde contractssluiting uit te strekken, terwijl de vernietiging op de totstandkomingsfase is georiënteerd en daarmee de overeenkomst aan haar wortel aantast. Inderdaad leren de schrijvers, klaarblijkelijk in de ban van de ontbindingsidee, dat een inroeping van de bedenktijd niet terugwerkt.¹²¹ Overschakeling naar een vernietigingsmodel zou daarin verandering brengen. Hoe over die stap te denken?

¹¹⁹ Vgl. nr. 17-18 en 29.

¹²⁰ Het gaat hier om een uitgangspunt, dat correcties toelaat; vergelijk art. 6:258 lid 1 enerzijds en art. 3:53 lid 2 anderzijds.

¹²¹ S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 94-98, met een m.i. niet solide beroep op art. 3:37 lid 3 (blz. 96); M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 160-161; Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 94f en 150g.

Ik zie vooral pluspunten.¹²² Het eerste voordeel vloeit voort uit het hierboven gehouden betoog: rechtssystematisch wordt aansluiting verkregen bij de wilsgebreken, die de meest nabije familie van de bedenktijdstelsels vormen. In de tweede plaats voorkomt het hanteren van terugwerkende kracht, dat het juridische denken wordt opgezaald met een korte, zinloze, periode waarin de overeenkomst rechtens verbindend is geweest. In het verlengde daarvan ligt een derde pre: de gedachte dat de overeenkomst volkomen wegvalt sluit beter aan bij de belevingswereld van partijen, die er niet op zullen rekenen dat tussen hen een aantal dagen gebondenheid resteren. Vierde steunpunt vormt art. 25 lid 5, tweede zin, van de Colportagewet, die onomwonden aangeeft: ‘Deze ontbinding heeft terugwerkende kracht.’ Tot dusverre had deze bepaling het karakter van een *deus ex machina*. De heroriëntatie verleent haar de status van een logische uitwerking, die alleen maar nodig is in verband met de ongelukkige ontbindingsterminologie, en die bij overschakeling naar een vernietigingsdenken als vanzelfsprekend kan worden geschrappt.

35. *Terugwerkende kracht (2)*

Op dit punt aanbeland, is het goed dat wij ons realiseren dat de ontbindingsterminologie uit deze Colportagewet afkomstig is,¹²³ en dat de wetgever juist in dat grondleggende kader consequent van terugwerkende kracht is uitgegaan. In 1988 schrijft de minister met betrekking tot art. 25 Cw, nog naar het oude vermogensrecht:¹²⁴

‘Uit de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis blijkt, dat de wetgever bij ontbinding van de overeenkomst een herstel in de oude toestand voor ogen heeft gestaan. De juridische grondslag hiervoor wordt gevormd door de artikelen 1395 c.q. 1396 B.W. De rechtsgrond is immers door de ontbinding aan de overeenkomst komen te ontvallen, zodat de prestaties naderhand op grond van onverschuldigde betaling c.q. ongerechtvaardigde verrijking (beide verbintenissen uit de wet) kunnen worden teruggevorderd’.

Onder het oude wetboek had ontbinding terugwerkende kracht, zodat het werken met onverschuldigde betaling voor de hand lag. Het nieuwe

122 Aan de debetzijde kan men zetten dat terugwerkende kracht altijd van fictieve aard is; dat bezwaar verdampst echter in het licht van het feit dat ons rechtssysteem die figuur, op aanpalende terreinen, nu eenmaal kent. Over goederenrechtelijk effect hierna, nr. 37.

123 Nr. 26.

124 MvT 1988, afgedrukt in Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. 29.

recht heeft daarin verandering gebracht: ontbinding heeft niet langer terugwerkende kracht, zodat reeds geleverde prestaties niet onverschuldigd zijn verricht.¹²⁵ In het kader van de colportage heeft de wetgever deze ommezwaai onderkend, veroordeeld en met een machtswoord teruggedraaid: ‘Deze ontbinding heeft terugwerkende kracht.’ Ter gelegenheid van de aanpassing van de Colportagewet aan de komst van het nieuwe wetboek betoogt de minister:¹²⁶

‘Het vijfde lid is in het nieuwe tekstvoorstel duidelijker toegesneden op de bijzondere ontbindingsfiguur van de afkoelingsperiode. Bovendien is aan deze ontbinding terugwerkende kracht toegekend, hetgeen zowel met de thans nog bestaande algemene ontbindingsregeling als met de verwijzing naar artikel 23, zesde lid, dat vernummerd wordt tot vijfde lid, in overeenstemming is’.

Met recht wijst de minister er op dat het hier om een *bijzondere* ontbindingsfiguur gaat. De komst van het nieuwe wetboek heeft die bijzonderheid echter nog ingrijpend versterkt. Het heeft er alle schijn van dat – buiten het terrein van de colportage – de wetgever dit punt onvoldoende heeft doordacht en eenvoudig aan het eenmaal gekozen woord ontbinding heeft vastgehouden, hoewel zeker de komst van het nieuwe wetboek aanleiding had kunnen en moeten zijn om naar een – terugwerkende – vernietiging over te schakelen. Laten wij nogmaals de minister aan het woord, inmiddels in wenselijkheidspectief:¹²⁷

‘Het is niet wenselijk hiervan (i.e. van terugwerkende kracht, *JH*) af te stappen, gezien de bijzondere aard van de onderhavige ontbinding die slechts korte tijd na het sluiten van de overeenkomst kan plaatsvinden en dan tot volledige ongedaanmaking zal leiden’.

Men kan deze passage slechts bijvallen, in beginsel over het gehele bedenktijdterrein.

36. *Vervolg; uitzonderingen*

Een uitzondering vormt de bedenktijd bij levensverzekering.¹²⁸ Te dien aanzien bepaalt art. 53 WTV, dat partijen van hun verplichtingen wor-

125 Zie o.a. Jac. Hijma en M.M. Olthof, WPNR 5605-5606 (1982).

126 MvT Inv., Parl. Gesch. NBW, Aanpassing overige wetten, 1992, blz. 212.

127 MvT Inv., Parl. Gesch. NBW, Aanpassing overige wetten, 1992, blz. 212.

128 Nr. 9.

den ontheven ‘met ingang van het tijdstip waarop de verzekeraar deze opzegging heeft ontvangen.’ Achtergrond vormt het feit dat de verzekeraar ondertussen het overeengekomen risico reeds heeft gedragen – doet de calamiteit zich voor, dan zal geen terugtred volgen – en in zoverre jegens de verzekeringnemer een niet-terugdraaibare prestatie heeft verricht. Art. 53 WTV bewerkstelligt dat de verzekeraar over de periode waarin hij risico heeft gelopen, ook de premie kan behouden. Ware dit anders, dan zou een sluwe consument zich van verzekeraar naar verzekeraar kunnen slingeren en zodoende doorlopend gratis verzekering genieten.¹²⁹ Het uitblijven van terugwerkende kracht is volledig terug te voeren op de afwijkende aard van deze (duur)overeenkomst, zodat de algemene lijn er niet door wordt geraakt.¹³⁰

Met betrekking tot andersoortige duurovereenkomsten zullen veelal vergelijkbare overwegingen gelden. De Europese richtlijn betreffende de ‘verkoop’ op afstand van financiële diensten geeft met zoveel worden aan, dat van de consument – slechts – kan worden verlangd dat hij betaalt voor wat de aanbieder effectief heeft gepresteerd.¹³¹

37. *Goederenrechtelijk effect*

Het vorenstaande heeft ook repercussies voor het goederenrecht. Wanneer op grond van de overeenkomst een goed is geleverd en de koper daarna zijn terugtreedrecht benut, zal hij het ontvangen goed moeten teruggeven. De verkoper heeft daartoe in ieder geval een verbintenisrechtelijke vordering.¹³² Maar heeft hij ook een goederenrechtelijke actie (revindicatie)?¹³³ De vraag is met name van belang als de koper inmiddels is gefailleerd en de curator, nog binnen de bedenktijd, het terugtreedrecht benut.¹³⁴ Indien een goederenrechtelijke claim ontbreekt, resteert voor de verkoper slechts een – concurrente – verbintenisrechtelijke vordering tot teruglevering van het goed.

Het is juist op dit punt van goederenrecht, dat ontbinding en vernietiging divergeren: ontbinding heeft geen goederenrechtelijk effect,

129 MvT, TK 22 395, nr. 3, blz. 20; MvA, TK 22 395, nr. 6, blz. 16-17.

130 Art. 2 lid 3 van de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers (RIAV) 1998, Stcrt. 134, bepaalt trouwens nog, dat de verzekeringnemer met terugwerkende kracht kan opzeggen als de verzekeraar de vereiste informatie niet meteen verstrekt.

131 Richtlijn 2002/65/EG, art. 7 lid 1.

132 Nr. 38.

133 Zie, voor zaken, art. 5:2.

134 Art. 37-37a Fw, die juist de wederpartij een wapen bieden, staan hieraan niet in de weg.

vernietiging – als gevolg van de terugwerkende kracht – juist wel.¹³⁵ De laatste inkadering is derhalve voor verkopers gunstiger. Het komt mij voor dat ook in dit opzicht de vernietigingsoptie zich de betere toont. De bedenktijd is een instrument van consumentenbescherming, dat kopers de kans geeft hun aankoopbeslissingen te heroverwegen. Verkopers dragen het nadeel van rechtsonzekerheid, met alle ongemakken van dien. Daar nog de kwade kans van een eventueel kopersfaillissement bovenop te leggen, gaat te ver. De consument zelf is daar niet mee gediend, en er is onvoldoende reden om diens crediteuren te plezieren met een toevallig voordeel, dat zij los van de bedenktijdregeling niet zouden hebben genoten.

38. *Ongedaanmaking*

Indien en voor zover de overeenkomst reeds is nagekomen, doet de inroeping van het terugtreedrecht voor de ontvanger(s) van de prestatie(s) een verbintenis tot ongedaanmaking ontstaan. Werkend met ontbinding komt men uit bij art. 6:269 e.v. De omschakeling naar vernietiging leidt, via art. 3:53 lid 1, naar de regeling der onverschuldigde betaling in art. 6:203 e.v.

Qua uitkomsten sluiten, voor zover hier van belang, deze regelstelsels dicht bij elkaar aan.¹³⁶ Het verschil dat de verbintenis tot ongedaanmaking wegens ontbinding op een later moment ontstaat dan die uit onverschuldigde betaling, verliest kleur zodra men bedenkt dat ook in ontbindingskader de ontvanger van meet af aan met een eventuele teruggave rekening zal moeten houden, zodat hij evengoed als een zorgvuldig schuldenaar voor de zaak zal moeten waken (art. 6:273, vgl. art. 6:204). De aansprakelijkheid voor schade bij ontoereikende ongedaanmaking komt later in het betoog aan de orde.¹³⁷

Op een aantal bedenktijdterreinen worden de prestaties normaliter eerst na het verstrijken van de termijn geleverd (koop van timeshares, koop van woningen), zodat ongedaanmaking daar in de praktijk maar zelden voorkomt.

135 Nader o.a. Jac. Hijma en M.M. Olthof, WPNR 5605-5606 (1982).

136 Een principiële oproep tot het uitbannen van verschillen doen A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Wijzigen en beëindigen van overeenkomsten, Mon. Nieuw BW A-10, 1998, nr. 53 sub III.

137 Nr. (47 en) 71-72.

5. INTERIMPERIODE

5.1. Nakoming

39. *Uitgangspositie*

Wat is rechtens, wanneer de overeenkomst (voor of) tijdens de loop van de wettelijke bedenktijd wordt uitgevoerd? En kunnen partijen in de bedenktijd over en weer reeds nakoming vorderen?¹³⁸

Zowel een ontbindingsmodel als een vernietigingsmodel leidt – anders dan een theorie waarin de totstandkoming van de overeenkomst wordt vertraagd¹³⁹ – tot de conclusie dat gedurende de bedenktijd een overeenkomst bestaat, waaruit voor partijen over en weer de normale prestatieverbintenissen voortvloeien. Op de grondslag van die constatering kunnen twee nadere uitgangspunten worden geformuleerd. Ten eerste, dat gedurende de bedenktijd verrichte prestaties op een deugdelijke rechtsgrond berusten en dus niet als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggeëist. En ten tweede, dat een partij die haar verbintenis niet nakomt, door de wederpartij tot nakoming kan worden aangesproken.

Een en ander vormt geenszins het eindpunt van de beschouwingen. Naspeuring van de verschillende bedenktijdregelingen leert, dat de wetgever het beeld op een aantal punten heeft bijgesteld.

40. *Verschuldigde betaling*

Bezien wij eerst de vraag of een partij die (voor of) tijdens de bedenktijd haar prestatie verricht, aanspraak heeft op ongedaanmaking daarvan, in het bijzonder uit hoofde van onverschuldigde betaling. Zoals gezegd, luidt het antwoord in beginsel ontkennend. Vanuit een statische invalshoek – d.w.z. los van een eventuele vernietiging of ontbinding – vindt dit vertrekpunt mede steun in art. 6:39 lid 2: betaling vóór de vervaldag geldt niet als onverschuldigd. De meeste bedenktijdstelsels laten zich op dit punt niet uit, waarmee zij impliciet bedoeld uitgangspunt accepteren en activeren.

138 In de praktijk zijn deze vragen lang niet altijd aan de orde. Bij de koop van woningen komen partijen gewoonlijk overeen dat levering en betaling pas geruime tijd later zullen plaatsvinden. Bij overeenkomsten op afstand vinden levering en betaling veelal in een voorstadium plaats; wel rijst ook dan de vraag naar de verschuldigheid van de verrichte prestaties, nr. 40.

139 Nr. 24-25, 27.

Afwijkend liggen de kaarten bij de koop van *timeshares*. Te dien aanzien bepaalt de wet, dat binnen de bedenktijd gedane vooruitbetalingen als onverschuldigd betaald gelden (art. 7:48d, tweede volzin). Het woord ‘vooruitbetalingen’ is niet vrij van dubbelzinnigheid, maar zal naar de corresponderende tegenprestatie verwijzen;¹⁴⁰ was een referte aan het einde van de bedenktijd bedoeld, dan zou kortweg van betalingen zijn gesproken. Bedoelde bepaling stamt uit de nationale koker.¹⁴¹ De wetgever onderbouwt haar met een verwijzing naar het nieuwe art. 7:26 lid 4, waarin een soortgelijke regel is neergelegd.¹⁴² Die voorbeeldbepaling echter bevindt zich op een ander juridisch plan: zij maakt geen deel uit van een bedenktijdstelsel, maar bestrijdt in algemene zin vooruitbetaling door de consument bij de – definitieve – aankoop van een woning. In dat algemener perspectief is het onverschuldigdheidsstempel zinvol. In het beperkte kader van art. 7:48d is zulks veel minder het geval. Art. 7:48d strekt ertoe te voorkomen dat het terugtreedrecht wordt ondermijnd doordat de koper reeds investeringen heeft gedaan, waarvan hij nog maar moet afwachten of hij ze correct zal terugontvangen.¹⁴³ Is eenmaal een vooruitbetaling gedaan, dan is die barrière een feit, en gezien de korte termijnduur is het onwaarschijnlijk dat de koper zijn geld nog vóór het einde van de bedenktijd zal terugzien. De onverschuldigdheidsregel van art. 7:48d is niet in staat dáárin verandering te brengen; bij schrapping zou hij m.i. niet worden gemist.

41. *Nakoming vorderen (1)*

De vraag of partijen elkaar over en weer tot nakoming kunnen aanspreken, is in principe bevestigend te beantwoorden.¹⁴⁴ Juist op dit terrein heeft de wetgever echter nogal wat bijzondere regels ontwikkeld.

De Colportagewet bepaalt, dat nakoming door ieder der partijen eerst na afloop van de bedenktijd kan worden gevorderd (art. 25 lid 6 Cw).¹⁴⁵ Blijkens de toelichting is deze regel bedoeld ten gerieve van de

140 Evenzo S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 91.

141 De achterliggende richtlijn eist van de lidstaten alleen dat zij het betalen van voorschotten verbieden (art. 7:48d, eerste volzin): richtlijn 94/97/EG, art. 6.

142 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 11 (het uiteindelijke lid 4 was destijds lid 3).

143 Vgl. MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 11 en overweging 12 vóór richtlijn 94/47/EG; in algemeen perspectief nr. 69.

144 Nr. 37. Ook in Duitsland gaat men van dit principe uit: Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 2002, § 355, Rn. 4; P. Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2003, Rn. 482.

145 Nr. 5.

verkoper, en strekt hij ertoe te voorkomen dat deze allerlei alvast afgeleverde zaken weer zou moeten terugnemen.¹⁴⁶ Het stelsel inzake de koop van timeshares laat de kwestie als zodanig ongeregeld. Wel wordt bevoorschotting aangepakt: gedurende de bedenktijd kan een timesharekoper niet worden verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan (art. 7:48d, eerste zin).¹⁴⁷ De regeling inzake de overeenkomsten op afstand bevat geen bijzonderheden, vermoedelijk omdat de kwestie daar in de praktijk geen noemenswaardige rol speelt.¹⁴⁸

Voor de koop van woningen leert het algemene art. 7:26 lid 4,¹⁴⁹ dat verkopers slechts binnen strikte grenzen vooruitbetaling kunnen (bedingen en) eisen. Specifiek voor de bedenktijd geschreven regels ontbreken. Uit de toelichtende stukken bij art. 7:2 blijkt dat de minister een vordering *tegen* de woningkoper tot afwikkeling van de overeenkomst in strijd acht met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijdregeling.¹⁵⁰ Een nakomingsactie *door* de koper acht de minister wel mogelijk, zij het, dat hij deze opinie ventileert in combinatie met de gedachte dat zulk een kopersactiviteit afstand van het terugtreedrecht – althans rechtsverwerking – impliceert,¹⁵¹ in het licht van dit laatste¹⁵² kan per saldo niet meer van een vordering *in* de bedenktijd worden gesproken.

Het overzicht maakt duidelijk, dat van het geformuleerde vertrekpunt slechts brokstukken resteren.

42. *Nakoming vorderen (2)*

Wanneer de rechtsovereenkomst ontbreekt, springt de figuur der natuurlijke verbintenis in gedachten: de schuldenaar is rechtens verbonden, maar de wet onthoudt aan de verbintenis de afdwingbaarheid (art. 6:3 lid 2 sub a). Die overschakeling, waarmee het karakter van de verbintenis diep wordt geraakt, lijkt mij overtrokken. Meer zie ik in de opvatting dat bedoelde verbintenissen gedurende de bedenktijd niet *opeisbaar* zijn: de verbintenis bestaat reeds als gewone civiele verbintenis, maar de schuldeiser kan vooralsnog geen nakoming verlangen. In deze benade-

146 MvT 1971, geciteerd in Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. 33.

147 Evenals art. 6 van richtlijn 94/47/EG verbiedt dit artikel m.i. niet alleen andersluidende partijafspraken, maar treft zij tevens contraire vorderingen (nr. 41). Zie inzake vooruitbetalingen tevens nr. 40.

148 Nr. 39.

149 Waarover nr. 40.

150 Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 4.

151 Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 4.

152 Nader nr. 45.

ring behoort de materie tot het terrein van art. 6:38 e.v. (nakoming). Meer precies geeft zij een invulling van de woorden ‘indien (g)een tijd voor de nakoming is bepaald’ in art. 6:38, welke tournure alle ruimte biedt om ook indirecte opeisbaarheidsregels als de besprokene te herbergen.¹⁵³ De afzwakking tot niet-opeisbare civiele verbintenis geniet de voorkeur boven de zwaardere afwaardering tot natuurlijke verbintenis. Zij doet meer recht aan het tijdelijke karakter van de bedenktijd fase, brengt voldoende baat, en grijpt niet verder in dan noodzakelijk. Bedacht zij nog dat de bedenktijd meestal onbenut blijft, en dat zeker voor die groep gevallen de gedachte dat de verbintenis eenvoudigweg opeisbaar wordt, veel meer aanspreekt dan de stelling dat haar karakter omslaat van natuurlijk naar civiel.

Men kan de niet-opeisbaarheid als een, nogal eens voorkomende, uitzondering op het in nr. 39 geschetste uitgangspunt ervaren. Ik geef er de voorkeur aan de bakens te verzetten en het gevondene te extrapoleren tot het meer algemene principe, dat de verbintenis van een terugtreedgerechtigde pas opeisbaar raakt op het moment waarop de termijn verstrijkt. De beschermingsstrekking van de bedenktijdstelsels,¹⁵⁴ ondersteund door (de gewoonte en) de redelijkheid en billijkheid, biedt voor deze benadering voldoende grond.

Voor de tegenoverliggende verbintenis van de wederpartij geldt die argumentatie niet. Bij contracten als koop lijkt mij niettemin de vuistregel op zijn plaats dat zolang de bedenktijd nog loopt, de terugtreedgerechtigde ook zelf geen nakoming kan eisen. Nu het om een overzienbare periode – een kwestie van dagen – gaat, mag van de consument worden verlangd dat hij niet *unverfroren* een vordering instelt, maar zijn houding in dezen coördineert met de beslissing die hij binnenkort over het voortbestaan van de overeenkomst moet nemen. Verlangt hij nakoming zonder, ter inleiding, afstand te doen van het terugtreedrecht,¹⁵⁵ dan zal art. 6:248 lid 2 (derogerende werking van redelijkheid en billijkheid) zulk een dorre rechtsuitoefening veelal beletten.

Kunnen partijen de klip omzeilen door in de overeenkomst op te nemen dat levering en betaling reeds onmiddellijk kunnen worden gevorderd? Met de minister¹⁵⁶ meen ik dat zulk een beding, dat een beroep op de bedenktijd compliceert en daarmee de keuzevrijheid van

153 Zie HR 12 november 1999, NJ 2000, 67 (Visser/Erven Kroon), verwijzend naar MvA II, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, 1981, blz. 171.

154 Vgl. nr. 69.

155 Nr. 44-45.

156 Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 5.

de koper bedreigt, afstuit op het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijdregeling(en).¹⁵⁷

5.2. Verdere vragen

43. *Andere vorderingen*

Beide partijen kunnen gedurende de bedenktijd ook andersoortige vorderingen overwegen, maar het is onwaarschijnlijk dat zij inderdaad al tot het instellen daarvan zullen overgaan.

Vernietiging wegens een wilsgebrek en ontbinding wegens een tekortkoming zullen witte raven zijn. Vergeleken met een beroep op de bedenktijdregeling zijn deze alternatieven immers slechts nodeloos ingewikkeld. Men kan zich nog afvragen of zulk een anders georiënteerd beroep wellicht aldus mag worden gelezen, dat het in algemene zin strekt tot ecartering van de overeenkomst en zodoende (mede) een beroep op de bedenktijdregeling impliceert. Op zichzelf dient de koper, gemeenlijk een juridische leek, welwillend te worden bejegend. Uitslatingen van het type ‘Ik wil van de koop af omdat de zaak me niet brengt wat ik ervan had verwacht’ kunnen, hoewel naar dwaling en tekortkoming riekend, nog wel als een beroep op de bedenktijd worden opgevat. De overbodige – en in dezen onhandige – motivering is daartoe niet prohibitief. Kiest de koper evenwel specifiek een ander juridisch kader, dan zal een ‘overhevelende uitleg’ van zijn verklaring veelal te ver gaan.¹⁵⁸

Dat de *wederpartij* geen rechten wegens contractsschending kan doen gelden, ook al komt de consument vooralsnog niet na, volgt uit het zojuist inzake de opeisbaarheid besprokene. Onder omstandigheden is denkbaar dat de wederpartij nog binnen de bedenktijd een beroep doet op bijvoorbeeld verkopersdwaling (art. 6:228). Als dat beroep gegrond is, heeft het de vernietiging van de overeenkomst tot gevolg, ook al doet de koper afstand van zijn terugtreedrecht en geeft hij uitdrukkelijk aan instandhouding van de overeenkomst te wensen. Alsdan is immers sprake van annuleringswapens aan beide zijden, waarbij de inzet van één voldoende is om de overeenkomst te liquideren.

157 Nr. 65-66, 69.

158 De probleemcasus dat iemand niet beseft dat hij een bedenktijd heeft, behoort langs andere weg te worden opgelost dan door een buitensporige interpretatie van zijn uitslatingen, nr. 54-55.

44. *Afstand van recht (1)*

Kan de beschermde partij gedurende de bedenktijd afstand doen van haar terugtreedrecht? De vraag valt niet samen met die of men bij het aangaan van de overeenkomst dit recht kan wegcontracteren, welke vraag, gezien het dwingende karakter van de bedenktijdstelsels, met *neen* is te beantwoorden.¹⁵⁹

Tegen een afstand in een latere fase, tijdens de bedenktijd, bestaat m.i. geen bezwaar.¹⁶⁰ Achtergrond van de dwingendrechtelijke aard is, dat de wetgever moet voorkomen dat de consument zijn rechtsbescherming verkwanselt in de – al dan niet terechte – vrees dat de verkoper anders de overeenkomst niet zal aangaan. Is de overeenkomst eenmaal tot stand gekomen en de wederpartij gebonden, dan is aan deze vrees de grond ontvallen.¹⁶¹ Partijen zijn weer in balans, en de koper moet van zijn terugtreedrecht kunnen afzien zoals hij dat ook van andere rechten – inclusief die tot vernietiging wegens bedrog of dwaling – kan. Het Europese recht staat aan deze benadering niet in de weg; weliswaar verbieden de richtlijnen dat de consument van zijn bescherming afstand doet,¹⁶² maar zij hebben daarmee m.i. slechts het oog op het weggeven bij de contractssluiting.¹⁶³

Aanvaardt men de in dit preadvies verdedigde aanknopng bij het vernietigbaarheidsleerstuk, dan ligt de mogelijkheid van afstand reeds besloten in de bepaling van art. 3:55 lid 1: de gerechtigde partij kan de overeenkomst *bevestigen*, waarmee haar annuleringsrecht vervalt. Deze bevestiging, een eenzijdige gerichte rechtshandeling, is in wezen een indirecte – immers over de band van de overeenkomst gespeelde – afstand van recht.¹⁶⁴ In de toelichtende stukken wordt inderdaad naar art. 3:55 lid 1 verwezen.¹⁶⁵

159 Nr. 65-66.

160 Evenzo, voor woningkoop, Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 4. Anders G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 36-37, met als argument dat de gerechtigde zolang de bedenktijd loopt in de ogen van de wetgever nog niet in staat is 'sich selbstbestimmt zu entscheiden.' Die motivering acht ik niet sterk; evenals men reeds aan het begin van de bedenktijd de overeenkomst kan verwerpen (terugtreed), kan men haar reeds omarmen (afstand van recht).

161 Vergelijk, in heel ander kader, art. 3:235 en 3:251 (toeëigening pand).

162 Art. 6 van richtlijn 85/577/EEG; art. 8 van richtlijn 94/47/EG; art.12 van richtlijn 97/7/EG; art. 12 van richtlijn 2002/65/EG.

163 Zie nr. 65-66.

164 Nader Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss., 1988, blz. 162-167.

165 Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 4. Ter zijde merk ik op, dat dit ministeriële leunen op art. 3:55 nadere munitie oplevert voor het in hoofdstuk 4 ingenomen standpunt.

45. *Afstand van recht (2)*

Zoals iedere rechtshandeling, kan ook deze afstand van recht stilzwijgend geschieden (art. 3:37 lid 1). Impliceert nakoming – of een eis daartoe – door de gerechtigde in de bedenktijd een afstand van het terugtreedrecht?

In het kader van de woningkoop neemt de minister welhaast automatisch afstand van recht aan.¹⁶⁶ Door de Kamer geattaqueerd, houdt hij aan deze benadering vast, zich beroepende op het uitzonderlijke van de situatie.¹⁶⁷ Naar mijn mening is dit standpunt te categorisch en jegens de consument te streng.¹⁶⁸ Volgens de algemene principes van het rechtshandelingenrecht is bepalend of de verkoper redelijkerwijs mocht aannemen dat de koper, zich van het terugtreedrecht bewust, dat recht beoogde op te geven (art. 3:33-35).¹⁶⁹ Het antwoord op deze vraag hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij past de observatie, dat gezien het eenzijdig-belastende karakter niet te snel rechtsafstand mag worden aangenomen. Handelt de verkoper professioneel, dan mag van hem worden verlangd dat hij zich ervan vergewist dat de koper inderdaad zijn terugtreedrecht wil opgeven; zonder zulk een naspeuring kan hij zich niet met vrucht op gerechtvaardigd vertrouwen beroepen.¹⁷⁰ Voor niet-professionele verkopers, een soort die in dezen alleen bij woningkoop aan de orde is,¹⁷¹ gaat zulk een gehoudenheid in haar algemeenheid te ver, en komt het meer open aan op de omstandigheden van het geval.

Als geen sprake is van afstand van recht, kan de verkoper zich nog trachten te redden met het betoog dat de uitvoering van de overeenkomst aan de zijde van de koper *rechtsverwerking* oplevert, zodat het terugtreedrecht op dié grond is vernageld.¹⁷² Veel perspectief biedt deze redenering hem niet. Ook in dit kader zou ik menen dat een professionele verkoper die zonder navraag te doen aanneemt dat de ander wel niet meer zal terugtreden, geen bescherming verdient.

166 MvA, TK 23 095, nr. 5, blz. 10. H.J.S.M. Langbroek, in Hartlief & Stolker (red.), 1999, blz. 422, gaat ook in deze richting.

167 Binnen drie dagen wil de koper eerst transport en betaling, vervolgens ontbinding: Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 4.

168 Vgl. S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 95.

169 Nader R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht*, Mon. Nieuw BW A-6a, 1992, nr. 14-18.

170 Vgl. HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 m.nt. PAS (Hajjout/Ijmah).

171 Nr. 15.

172 Nader HR 19 september 1996, NJ 1996, 89 (Van den Bos/Provincial); W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, diss., 1993.

46. *Eigendom en bezit*

Het vorenstaande impliceert dat wanneer een verkoper de zaak (voor of) tijdens de bedenktijd aan de koper doet toekomen, deze laatste daarmee in principe eigenaar en bezitter wordt op dezelfde voet als bij een niet met een bedenktijd behepte koop. De overeenkomst bestaat reeds en heeft haar werking, zodat zij een geldige titel voor eigendomsverrijging oplevert in de zin van art. 3:84 lid 1.¹⁷³

Ingeval van annulering keert de eigendom met terugwerkende kracht naar de verkoper terug.¹⁷⁴ Ook het bezit gaat retour; anders dan het eigendomsrecht is het bezit echter dermate met feitelijke elementen doorregen, dat dit zich niet leent voor verschuivingen *ex tunc*.¹⁷⁵ In de periode tussen levering en terugtred heeft het bezit dus ook achteraf bezien bij de koper berust, hetgeen onder meer van belang kan zijn voor het aansprakelijkheidsrecht.¹⁷⁶

Het staat partijen vrij overeen te komen dat terhandstelling van de zaak in hun situatie géén juridische levering impliceert, zodat de koper de zaak vooralsnog slechts gaat houden voor de verkoper. De koop met bedenktijd wijkt ook daarin niet van andere koopovereenkomsten af. Een mogelijke uitwerking is deze, dat de koper eigendom en bezit verwerft zodra de bedenktijd onbenut verstrijkt. Met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijdregeling is zulks niet in strijd. Dat stelsel immers strekt tot de – juridische en feitelijke – conservering van de mogelijkheid tot terugtreden; zoals Bartels en Sander ons terecht voorhouden, is het verwerven van de eigendom voor de koper niet nodig om het terugtredrecht in volle vrijheid te kunnen uitoefenen.¹⁷⁷

47. *Schadefeiten*

Art. 7:10 lid 1 noemt de zaak voor risico van de koper van de aflevering¹⁷⁸ af en voegt toe dat de koper derhalve de koopprijs verschuldigd blijft, ook als de zaak tenietgaat of achteruitgaat door een oorzaak die niet aan de verkoper kan worden toegerekend. Neemt men deze bepaling naar de letter, dan zal ook een bedenktijkoper de koopsom moe-

173 Alleen in de visie dat de koop pas bij het aflopen van de bedenktijd tot stand komt, ligt dat anders; vgl. J.H. Nieuwenhuis, NTBR 2001, blz. 333.

174 Nr. 34-35.

175 Vgl. Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 2001, nr. 266, blz. 241.

176 Art. 6:173 e.v. (kwalitatieve aansprakelijkheid bezitter).

177 S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 97.

178 Art. 7:9 werkt dit uit tot bezitsverschaffing (lid 2), bij eigendomsvoorbehoud tot machtsverschaffing (lid 3).

ten betalen – en dus niet meer onder de overeenkomst uit kunnen – als de afgeleverde zaak tenietgaat of beschadigd raakt. Bij deze lezing worden doel en potentie van het artikel echter overschat. Art. 7:10 behoort tot het leerstuk van de ontbinding wegens contractsschending (art. 6:265). Het alloceert het prijsrisico bij een definitieve koop, door het moment aan te wijzen dat voor de conformiteitstoetsing beslissend is (art. 7:17).¹⁷⁹ Voor bedenktijdsituaties, waarin het doorgaan van de koop onzeker is, is die aanpak bedoeld noch geschikt. In dezen kan en moet het artikel derhalve simpelweg worden genegeerd.

Na de opruiming van dit obstakel kan met enkele beknopte opmerkingen worden volstaan. Indien de zaak bij de koper door toeval tenietgaat of beschadigd raakt, gaat het terugtreedrecht daardoor niet verloren. De tegengestelde opinie zou een enclave opleveren die in de richtlijnen niet is voorzien, en die ook slecht met het beschermingskarakter van de bedenktijdstelsels zou zijn te verenigen.¹⁸⁰ Hetzelfde geldt, a fortiori, voor het geval dat de zaak tenietgaat of achteruitgaat terwijl zij nog in het bezit van de verkoper is. Resteert de vraag of de koper zijn terugtreedrecht ook behoudt wanneer de zaak tenietgaat of achteruitgaat door een oorzaak die aan hem is toe te rekenen, zoals bij verwaarlozing. Zelfs die vraag beantwoord ik bevestigend. Verval van recht is in dit soort situaties een overtrokken sanctie; in lijn met het verdere systeem van ons vermogensrecht, vormt schadevergoeding een toereikende oplossing. Op de aansprakelijkheid voor schade bij ontoereikende ongedaanmaking kom ik later in het betoog nog terug.¹⁸¹

6. BEDENKTERMIJN

6.1. Lengte

48. *Diversiteit (1)*

Ieder terugtreedrecht is gebonden aan een bepaalde, overzienbare, inroepingstermijn. In geval van colportage belooft deze termijn acht dagen (art. 25 lid 2 Cw), bij koop van timeshares tien dagen (art. 7:48c lid 1), bij overeenkomsten op afstand zeven werkdagen (art. 7:46d lid 1) c.q., voor financiële diensten, veertien kalenderdagen (art. 6 lid 1 richtlijn 2002/65/EG), bij koop van woningen drie dagen (art. 7:2 lid 2). Bij

¹⁷⁹ Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 504 e.v.

¹⁸⁰ Zie ook hierna, nr. 67 e.v.

¹⁸¹ Nr. 71-72.

de levensverzekering ten slotte spreekt de wet van ‘ten minste twee weken’ (art. 53 WTV) en ligt een ophoging naar dertig kalenderdagen in het verschiet (art. 17 richtlijn 2002/65/EG). De diversiteit raakt aan de chaos. Primaire oorzaak is de ongestructureerde aanpak aan Europese zijde, die door de Nederlandse wetgever eenvoudig is en wordt nagevolgd. Het enige product van nationale stam, de bedenktijd bij woningkoop, voorziet het probleem nog van een extra dimensie.

Het Europese recht dwingt de nationale wetgevers niet de in de richtlijnen genoemde termijnen zonder meer over te nemen. Alle betrokken richtlijnen hebben een *minimumkarakter*: de lidstaten mogen de consument niet een zwakkere, maar wel een sterkere bescherming bieden.¹⁸² Een richtlijntermijn mag dus niet worden ingekort, maar wel worden opgerekt. Onze wetgever heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt, kennelijk omdat hij de Europese regimes streng genoeg acht en geen reden ziet de consument nog verder in bescherming te nemen. Wanneer men de stelsels ieder afzonderlijk beziet, is voor dat standpunt veel te zeggen. Overschouwt men evenwel het veld in zijn totaliteit, dan is nauwelijks te ontkomen aan het gevoel dat de grenzen van het redelijke zijn overschreden. Waarom de koper van een timeshare tien dagen de tijd heeft en de koper van een woning maar drie, terwijl de colportagekoper acht dagen ten dienste staan, valt in gemoede niet meer uit te leggen. De aard van de situatie, het object van de overeenkomst, de hoedanigheid van partijen, de op het spel staande belangen: noch op zichzelf, noch in combinatie leveren deze – of andere – gezichtspunten een overtuigende verklaring.

49. Diversiteit (2)

Het probleem wordt nog vergroot doordat de wet nu eens van *dagen* spreekt (colportage, timeshares, woningen) en dan weer van *werkdagen* (overeenkomsten op afstand). Dit is méér dan een terminologisch verschil. Op termijnen die in ‘dagen zonder meer’ zijn aangegeven, is ten onzent de Algemene termijnenwet (ATW)¹⁸³ van toepassing, met tweërlei gevolg: indien de termijn op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zou eindigen, wordt zij verlengd tot en met de eerstvolgende andersoortige dag (art. 1 jo. 3 ATW), en de termijn wordt zo nodig zoveel verlengd dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn (art. 2 jo. 3

¹⁸² Zie bijv. art. 11 van richtlijn 94/47/EG en art. 14 van richtlijn 97/7/EG.

¹⁸³ Wet van 25 juli 1964, Stb. 314, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 28 januari 1999, Stb. 30.

ATW). Weekeinden en feestdagen tellen aldus binnen zekere grenzen mee. Is de bedenktijd daarentegen in werkdagen aangegeven, dan blijven weekenddagen en feestdagen volledig buiten de telling.¹⁸⁴ Dit verschil is systematisch ongerijmd en praktisch onhandig; ieder inhoudelijk argument ontbreekt.

In enkele richtlijnen komt een derde aanduidingswijze voor: *kalenderdagen*.¹⁸⁵ Vrees voor nadere complicaties is ongegrond, nu dit begrip inhoudelijk met ‘dagen’ op één lijn staat. Wel is ‘kalenderdagen’ wat informatiever: de term stelt buiten twijfel dat er in hele dagen wordt gerekend en niet, meer fijnzinnig, in op enig moment van de dag ingaande periodes van vierentwintig uur.¹⁸⁶

50. *Harmonisering*

Wil men af van de chaos op dit terrein, dan moeten er twee stappen worden gezet: harmonisering van de dagentallen en harmonisering van het dagentype. Ik ben voorstander van zulk een operatie. Diverse strategieën dienen zich aan. Zwaarste optie is het overschakelen op één uniforme termijn. Minder ingrijpend is het vaststellen van twee alternatieve lengten, waaruit de wetgever er telkenmale één kiest (‘een bedenktijd van de eerste of tweede categorie’). Voorts zijn tussenoplossingen denkbaar, met name in die zin, dat één termijn bestaat waarop incidenteel een wettelijke correctie wordt aangebracht.

De zoektocht naar een standaardtermijn leidt alras naar de *langste* van de in de verschillende richtlijnen vervatte bedenktijden. Richtlijntermijnen mogen immers wel worden verlengd, maar niet worden verkort.¹⁸⁷ Tegen een extrapolatie van die langste termijn pleit, dat daarmee de rechtsonzekerheid voor wederpartijen – het belangrijkste nadeel van het bedenktijdfenomeen¹⁸⁸ – structureel wordt vergroot. Zolang de verlenging niet buitensporig is, is het ontsnappen aan de wildgroei echter een voldoende argument om dit bezwaar te pareren. Bedenktermijnen zijn per definitie arbitrair; zowel uit een oogpunt van rechtseenheid als uit een oogpunt van wetssystematiek is het verkieslijk om de in dezen onontkoombare willekeur althans op consequente wijze vorm te geven.

184 In deze zin ook MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 21-22.

185 Art. 5 lid 1 richtlijn 94/47/EG (timeshares), art. 6 lid 1 en art. 17 richtlijn 2002/65/EG (‘verkoop’ op afstand van financiële diensten).

186 Zie op dit punt MvA, TK 23 095, nr. 5, blz. 11-12.

187 Nr. 48.

188 Nr. 21.

Tegen deze achtergrond krijgt, nadat de atypische levensverzekering even buiten haken is gebracht,¹⁸⁹ een standaardtermijn van veertien (kalender)dagen gestalte. In werkdagen zou het om tien werkdagen gaan. Welke rekeneenheid is verkieslijk? Het rekenen in dagen heeft als voordeel dat dit de bedenktijd met andersoortige wettelijke termijnen op één lijn stelt, de Algemene termijnenwet inschakelt en aldus de rechtseenheid dient. Voor een aanduiding in werkdagen pleit evenwel dat zij minder uitlegbehoefstig is, en zeker voor de leek beter aangeeft hoe lang hij zich precies kan beraden. Bovendien biedt dit model, waarin weekends en feestdagen in het geheel niet meetellen, de gerechtigde incidenteel wat meer respijt.¹⁹⁰ Omdat het bij de bedenktijd uitdrukkelijk en nadrukkelijk om consumentenbescherming gaat,¹⁹¹ zijn de laatste gezichtspunten voor mij overheersend. Daarmee kom ik uit op een gestandaardiseerde bedenktijd van *tien werkdagen*.

Dat harmonisatie zowel wenselijk als doenlijk is, blijkt uit de ontwikkelingen in Duitsland. Ook daar hobbelde de wetgever aanvankelijk, aan de hand van de richtlijngever, van incident naar incident. Medio 2000 echter trad een overkoepelende regeling in werking, waarmee ‘ein einheitliches Verbraucherschützendes Widerrufsrecht mit grundsätzlich einheitlicher Widerrufsfrist’¹⁹² in het *Bürgerliches Gesetzbuch* werd neergelegd.¹⁹³ § 355 (1) BGB geeft de standaardtermijn: ‘Der Widerruf ist (...) innerhalb von zwei Wochen (...) zu erklären.’ Het verschil tussen deze twee weken en tien werkdagen is gering; op bovengenoemde gronden houd ik enige voorkeur voor de laatste aanduiding.

51. Nuancering

De bedenktijd bij levensverzekering, die dertig kalenderdagen gaat belopen, werd bij de harmoniseringsexercitie afgekoppeld. Mede gezien de bijzondere aard van deze duurovereenkomst, gaat het te ver om de bedenktijd structureel tot dertig dagen op te stuwen. Een incidentele ingreep in de termijn van tien werkdagen verdient de voorkeur.

189 Daarover nr. 51.

190 Als *dagen* tellen zater-, zon- en feestdagen binnen zekere grenzen mee (nr. 49). Ter illustratie: als Hemelvaartsdag – een donderdag – halverwege de bedenktijd valt, duurt de termijn van tien werkdagen een dag langer dan de termijn van veertien (kalender)dagen.

191 Nr. 14 e.v.

192 Staudinger/Kaiser, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2001, § 361a Rn 1.

193 Aanvankelijk § 361a-b BGB, per 1 januari 2002 § 355-359 BGB.

Kan voor het overige aan de tiendagentermijn worden vastgehouden? Bezieet men de afzonderlijke bedenktijdstelsels, dan vallen de ophogingen nogal mee. Het enige knelpunt ligt bij de koop van woningen, waar een verhoudingsgewijs enorme sprong van drie dagen naar tien werkdagen zou plaatsvinden.¹⁹⁴ Juist op dat terrein echter is naar veler oordeel de wettelijke termijn voor de koper vexatoir kort.¹⁹⁵ Het heeft mij verbaasd dat de minister zich in dezen zo halsstarrig heeft getoond; een oprekking tot bijvoorbeeld een week had in de rede gelegen, waarmee het gat al flink zou zijn verkleind.¹⁹⁶ Een en ander neemt niet weg dat het terrein van de woningkoop tot een correctie op de standaardtermijn uitnodigt. Bij art. 7:2 immers kan – anders dan in de overige kaders – ook de *verkoper* een particulier zijn, wiens belang niet te snel aan dat van de koper mag worden geofferd.¹⁹⁷ Wanneer de verkoper professioneel optreedt (projectontwikkelaar, overheidslichaam), heb ik met de tien werkdagen geen moeite. Is de verkoper echter net als de koper een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt, dan ligt het aantal van *vijf* werkdagen meer in de rede.¹⁹⁸ Het evenwicht in de wederzijdse hoedanigheden dat in dit laatste geval – bij wijze van uitzondering – bestaat, komt aldus tot uitdrukking in een halvering van de normale bedenktijd.

Per slot van rekening kom ik uit op hetgeen in nr. 50 als een tussenoplossing werd gepositioneerd: één standaard bedenktijd van tien werkdagen, met correcties op incidentele basis (levensverzekering, koop van woningen).

52. *Verlenging*

Een aantal bedenktijdstelsels kent de mogelijkheid dat de termijn van rechtswege wordt verlengd, met ten hoogste drie maanden. Zie voor

194 Kritisch over zulk een verlenging W.L. Valk, zusterpreadvies, nr. 44.

195 A.L. Croes, NTBR 2001, blz. 338-339 ('te kort, te willekeurig en ondeugdelijk'); M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 166-168; VV, EK 23 095, nr. 178a, blz. 6 e.v.; Nader VV, EK 23 095, nr. 38, blz. 5, 9.

196 Juni 2003 klinkt minister Donner niet meer zo onwrikbaar: 'Nu zal ik de eerste zijn om te erkennen dat ieder wetsvoorstel dat langer dan tien jaar onderweg is op punten mogelijk te verbeteren valt. Misschien zou een bedenktijd van vier of vijf dagen of een ander aantal dagen beter zijn. Dat neemt niet weg dat het onderhavige voorstel naar mijn mening nog steeds op zeer adequate wijze een antwoord biedt (...).' Zie Handelingen 2002-2003, nr. 27, EK, blz. 829.

197 Nr. 15.

198 Het getal van vijf werkdagen is, in 1985, genoemd door de consumentenorganisaties; zie Nadere MvA, EK 23 095, nr. 38a, blz. 1 en 20. Het modelcontract van het garantie-instituut woningbouw spreekt van één kalenderweek, nr. 11.

overeenkomsten op afstand art. 7:46d lid 1, voor de koop van timeshares art. 7:48c lid 1.

De verlenging treedt in als sanctie op nalatigheid aan de kant van de wederpartij. Als toetsstenen fungeren art. 7:46c lid 2 en het Gegevensbesluit timeshares.¹⁹⁹ bij overeenkomsten op afstand moet aan de in die bepaling genoemde eisen zijn voldaan, bij koop van timeshares dient de akte de in het besluit opgesomde gegevens te vermelden. Het gaat hier om een bont pakket aan informatie, dat de wederpartij – tijdig – aan de consument moet aanreiken: gegevens omtrent haarzelf, de zaak, kosten, prijs en betalingswijze, garanties, terugtreedrecht, etc. De wederpartij is dus belast met een veelledige, gedetailleerd uitgeschreven, informatieplicht. Deze plicht heeft het karakter van een verbintenis uit de wet, waarvan de consument, al zal dat weinig vóórkomen, nakoming kan afdwingen.²⁰⁰ De bedenktijdverlenging voegt een tweede, pijnlijker, angel toe.

Verlenging lijkt op gespannen voet te staan met het uitgangspunt dat de bedenktijd slechts een korte, overzichtelijke, periode belooft. Dat vertrekpunt echter berust op de gedachte dat de wederpartij, slachtoffer van de consumentenbescherming, niet te lang in onzekerheid mag verkeren.²⁰¹ Aan dat argument ontvalt de grond als deze wederpartij zelf haar verplichtingen niet goed nakomt en zij de verlenging kan ontgaan door alsnog te doen wat de wet van haar verlangt. Beide regelingen geven aan, dat een correcte suppletie de verlenging beëindigt (art. 7:46d lid 1, art. 7:48c lid 1).

De verschillen in opzet en formulering tussen de genoemde bepalingen, waarvoor geen goede grond bestaat, zouden dienen te worden weggewerkt.

6.2. Van start tot finish

53. *Startmoment (1)*

De wet geeft voor iedere bedenktijd afzonderlijk aan wanneer zij begint te lopen. Als startpunt fungeren: gewaarmerkte dagtekening door de Kamer van Koophandel (colportage, art. 25 lid 2 Cw); terhandstelling van de koopakte (timeshares, art. 7:48c lid 1); ontvangst van de zaak

199 Stb. 1997, 298.

200 Zie MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 20.

201 Nr. 21.

(overeenkomsten op afstand, art. 7:46d lid 1);²⁰² terhandstelling van de koopakte (woningen, art. 7:2 lid 2);²⁰³ schriftelijke inkennisstelling dat de verzekering is gesloten (levensverzekering, art. 53 WTV). Door telkenmale een zo eenduidig mogelijk beginpunt aan te wijzen, dient de wetgever de rechtszekerheid.

Meer precies gaat de bedenktijd van start met de aanvang van de kalenderdag die *volgt* op de dag waarop het bewuste feit heeft plaatsgevonden. De wet is op dit punt niet steeds zonneklaar. Aangezien in hele dagen wordt gerekend,²⁰⁴ is deze interpretatie echter noodzakelijk om te garanderen dat de gerechtigde (ten minste) over de volle in de wet genoemde termijn beschikt. De toelichtende stukken halen in dit verband het adagium *dies a quo non computatur* van stal.²⁰⁵

‘Ist der Fristbeginn streitig, so trifft die Beweislast den Unternehmer,’ zo meldt de slotzin van § 355 (2) BGB. Deze regel, die voortvloeit uit de consumentenbeschermende natuur van de bedenktijdstelsels, kan ook voor het Nederlandse recht worden aanvaard. Tot de – alleen bij woningkoop mogelijke – situatie dat de verkoper geen professional is, zal het principe zich niet uitstrekken.

54. *Startmoment (2)*

Nader onderzoek van het Duitse recht brengt aan het licht, dat de wetgever daar voor een andersoortig aanvangsmoment heeft gekozen.

§ 355 (2) BGB:

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht, die ihm entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist, die auch Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und einen Hinweis auf den Fristbeginn und die Regelung des Absatzes 1 Satz 2 enthält. (...).

202 Voor de ‘verkoop’ op afstand van financiële diensten zie men art. 6 lid 1 van richtlijn 2002/65/EG: de termijn gaat in hetzij op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, hetzij, als dat later is, op de dag waarop de consument de contractvoorwaarden en informatie ontvangt.

203 Over de situatie dat de koop naderhand wordt gewijzigd schrijft C.G. Breedveld-de Voogd, WPNR 6547 (2003).

204 Vgl. nr. 49 in fine.

205 MvT, TK 23 095, nr. 3, blz. 6.

Het verschil met het Nederlandse recht is kleiner dan het op het eerste gezicht lijkt. Aan de ene kant is met het vorenstaande voor Duitsland nog niet alles gezegd. § 355 (2) bepaalt even verderop dat bij schriftelijk te sluiten overeenkomsten de termijn niet gaat lopen voordat de consument een akte of afschrift ter beschikking is gesteld, terwijl ook elders in het BGB correcties voorkomen, zoals in § 312d (2), die voor overeenkomsten op afstand toevoegt dat de termijn niet van start gaat voordat de zaak bij de ontvanger is binnengekomen.²⁰⁶ Aan de andere kant rust ook in Nederland op professionele wederpartijen de plicht de consument over het terugtreedrecht voor te lichten, bij gebreke waarvan de bedenktijd een verlenging ondergaat (art. 7:46c lid 1, art. 7:48c lid 1).²⁰⁷ Beide rechtssystemen erkennen dus in tweede verband de relevantie van elkaars vertrekpunten. De kloof is daarmee grotendeels gedicht, hetgeen niet verwonderlijk is, nu de systemen aan dezelfde Europese richtlijnen zijn ontsproten. Dit neemt niet weg, dat de plicht van een wederpartij om de consument over zijn bedenktijd voor te lichten in Duitsland een belangrijker positie inneemt dan ten onzent. Bezien wij twee punten van verschil.

In de eerste plaats tilt het BGB het uitblijven van bedenktijdvoorlichting naar een hoger plan door het startmoment principieel uit te stellen, terwijl in Nederland dat verzuim met allerlei andere nalatigheden op één lijn staat en slechts tot termijnverlenging leidt.²⁰⁸ Dit is niet alleen een kwestie van verpakking. Materieel bestaat dit verschil, dat een verlenging maximaal drie maanden belooft, terwijl het niet-van-startgaan in principe geen eindpunt kent. De Duitse sanctie is dus niet alleen principiëler, maar ook zwaarder dan de onze.

In de tweede plaats geeft het BGB een leerstukbrede regeling, terwijl de Nederlandse wet de plicht tot bedenktijdvoorlichting slechts op incidentele basis vermeldt (art. 7:46d, art. 7:48c jo. art. 1 sub l Gegevensbesluit timeshares).²⁰⁹ Naar mijn mening kan ook ten onzent structureel worden aangenomen dat wanneer de wederpartij professioneel op-

206 Meer vindplaatsen bijv. bij W. Kothe c.s., *Das neue Schuldrecht*, 2003, § 355 (Rott), Rn. 5.

207 Nr. 52.

208 Nr. 52.

209 Ook de Colportagewet kent deze voorlichtingsplicht (art. 24 lid 2 sub a Cw; KB van 11 juli 1975, Stb. 397; beschikking van 24 juli 1975, Stcrt. 144). Als sanctie fungeert hier – minder voor de hand liggend – nietigheid van de overeenkomst (art. 24 lid 2 sub a Cw). Aldus is destijds art. 4 van richtlijn 85/577/EEG omgezet, dat in algemene zin verlangt dat ‘passende bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de consument indien de in dit artikel bedoelde mededeling niet wordt gedaan’.

treedt, zij tot bedoelde voorlichting is gehouden. Bij stelsels waarvoor de wet zulks niet expliciet aangeeft, kan men zich op het vangnet van art. 6:248 verlaten: de professional dient de consument naar redelijkheid en billijkheid over diens rechtspositie voor te lichten (lid 1), en kan zich er bij gebreke daarvan tegenover een onwetende consument niet op beroepen dat deze zijn terugtreedrecht heeft verspeeld (lid 2). Bij de koop van woningen geldt zulks m.i. onverkort.²¹⁰ Wel blijft de woningkoop in zoverre een bijzonder terrein, dat daar de verkoper net als de koper een particulier kan zijn.²¹¹ Is dit laatste het geval, dan gaat het te ver deze verkoper (nader) te offeren door hem met een voorlichtingsplicht te belasten. Ook een particuliere verkoper *kan* tot bedoelde informatie zijn gehouden, maar zulks kan slechts op incidentele basis worden aangenomen, in het licht van de concrete omstandigheden.

Verdiene een opwaardering van bedenktijdvoorlichting, zoals de Duitse wet die kent, navolging? Voor zover het om professioneel handelende wederpartijen gaat, beantwoord ik de vraag bevestigend. Bottleneck voor de effectiviteit van iedere bedenking is, dat de beschermde partij van haar recht op de hoogte is. Zolang dat niet is bewerkstelligd, is het verlopen van de termijn misplaatst, niet alleen met het oog op de consument, maar evenzeer met het oog op de wederpartij, die als professional met de bedenktijd op de hoogte moet zijn²¹² en door te zwijgen de onwetendheid van de consument (mede) veroorzaakt. Dit nalaten betreft geen detail, maar blokkeert iedere afweging aan de zijde van de consument en maakt diens recht tot een lege huls. Dat de bedenktijd niettemin ten faveure van de zwijger gaat wegglekken, is ongewenst.

55. *Vervolg; uitwerking*

Aldus krijgt een uit twee componenten opgebouwd startmoment gestalte: de bedenktijd begint te lopen zodra (1) het door de wet aangewezen formele feit zich heeft voorgedaan plus (2) de wederpartij de consument deugdelijk over het terugtreedrecht heeft voorgelicht. Wanneer de wederpartij niet professioneel handelt, zoals zich in dezen (al-

210 Zie ook mijn opstel in Struiksma, Van Velten, Vlas & Waaijer (red.), Vast en goed, 2003, blz. 99-100.

211 Nr. 15.

212 Dat lijkt intussen lang niet altijd het geval. Zo meldt de website van een gerenommeerde boekhandel nog op het moment van schrijven (december 2003) dat de koper zich niet eenzijdig aan zijn verbondenheid kan onttrekken, tenzij de verkoper daartoe schriftelijk toestemming heeft verleend, in welk laatste geval de koper een boete van 10% verschuldigd is. Zie www.donner.nl, art. 5 van de Algemene – ook voor internettransacties bedoelde – verkoop- en leveringsvoorwaarden.

leen) bij woningkoop kan voordoen, dan komt de tweede component als zodanig te vervallen.

Wat moet de wederpartij precies melden om startvertraging te voorkomen? Het zojuist geciteerde tweede lid van § 355 BGB, ten dele naar het eerste lid terugverwijzend, betreft de voorlichtingsplicht op de volgende punten: (a) het terugtreedrecht als zodanig; (b) naam en adres van degene jegens wie het recht moet worden uitgeoefend; (c) het startmoment van de termijn; (d) het niet nodig zijn van een motivering; (e) de wijze van rechtsuitoefening; (f) de lengte van de termijn; (g) het feit dat een verzending binnen de termijn volstaat. Daarbij is bepaald dat de voorlichting duidelijk moet geschieden, op een wijze die in overeenstemming is met het gebruikte communicatiemiddel.²¹³ Een en ander vormt een aannemelijke uitwerking, die ook naar Nederlands recht in de rede ligt. Een bijgeleverd model, onder de sierlijke noemer *Musterwiderrufsbelehrung*, laat ondernemers zien hoe zij zich van hun taak in dezen kunnen kwijten en aldus hun belang bij een spoedige zekerheid kunnen veiligstellen.²¹⁴ Ik zou het toejuichen als ook onze wetgever zulk een model zou aanreiken.²¹⁵

Teneinde te bevorderen dat deze *Belehrung* tot de consument doordringt, verlangde § 355 (2) oorspronkelijk diens afzonderlijke ondertekening ervan. Die eis echter leidt tot problemen als de wederpartij wel om een aparte ondertekening vraagt en de akte daarop inricht, maar de consument zijn handtekening – al dan niet listiglijk – niet zet. De consequentie dat de bedenktijd dan niet van start gaat, schiet aan het doel voorbij: de wederpartij heeft gedaan wat zij kon, de consument mag het systeem niet simpel kunnen frustreren. Terecht is dit vereiste, op aandringen van de *Bundesrat*, inmiddels teruggedraagen.²¹⁶

Men kan de vraag opwerpen of het inzake de bedenktijdvoorlichting ingenomen standpunt wellicht doorwerkt naar allerlei andere factoren waarover de wederpartij de consument krachtens de wet moet informeren: eigenschappen van de zaak, prijs, betalingswijze, etc.²¹⁷ Dient, met andere woorden, het verlengingsinstituut ruimer voor een niet-van-start-gaan te worden omgeruild? Daartoe zie ik onvoldoende grond.

213 Evenzo art. 7:46c lid 1.

214 Bijlage 2 bij (§ 14 van) de BGB-Informationspflichten-Verordnung (BGInfoV), versie 1 augustus 2002, BGBl. 2002, I, blz. 2958.

215 Zie al wel, voor colportage, de beschikking van 24 juli 1975, Stcr. 144, afgedrukt in Schuurman & Jordens 119-II (Wils), blz. 45-46.

216 Over deze ontwikkeling W. Kothe c.s., *Das neue Schuldrecht*, 2003, § 355 (Rott), Rn. 19.

217 Nr. 52 (verlenging).

Het is haar bottleneckpositie die de bedenktijdvoorlichting essentieel maakt en boven andersoortige informatie uittilt.²¹⁸ Onbekendheid met bepaalde feiten of omstandigheden kan het gebruik van de bedenktijd compliceren, maar een blokkade levert zij niet op: de consument die zich onvoldoende geïnformeerd voelt, kan navraag doen en terugtreden als het resultaat hem niet geruststelt. Het wettelijke verlengingssysteem, aansluitend bij de onderliggende richtlijnen, mag hier toereikend heten.

56. *Eindmoment*

De bedenktijd kent één – logisch – eindpunt: dat waarop, nadat de termijn is gaan lopen, het wettelijke aantal dagen verstreken geraakt. Aangezien in hele dagen wordt gerekend,²¹⁹ valt het doek steeds op het midernachtelijk uur.

Normaliter ligt het eindmoment vrij kort na de contractssluiting. Dat kan anders zijn als het wettelijke startfeit²²⁰ uitblijft, zodat de termijn niet op gang komt; de situatie kan dan geruime tijd ‘blijven hangen’. De rechtspraak biedt het voorbeeld van een colportagecontract dat ruim vijftien maanden na de sluiting werd ontbonden, daags nadat de koper het bij de Kamer van Koophandel had laten dagtekenen.²²¹ De Duitse wetgever heeft de potentieel lange periode van onzekerheid willen indammen en daartoe een tweede eindmoment ingebracht; dat andere eindpunt, dat niet de bedenktijd maar de terugtreedbevoegdheid als zodanig raakt, komt later nog ter sprake.²²²

Het eindmoment is niet vatbaar voor vertraging als gevolg van schorsing of verlenging (art. 3:316 e.v.). Die figuren zijn verbonden aan het instituut van de verjaring, terwijl de bedenktijd het karakter heeft van een vervaltermijn. Op die aard duidt niet alleen de korte duur van de termijn, maar ook het feit dat het terugtreedrecht (niet via een rechtsvordering maar) buitengerechtelijk wordt uitgeoefend.²²³ Schorsing en verlenging zouden ook slecht passen bij het principe dat de onzekerheid snel voorbij moet zijn.²²⁴

Dient de rechter een eventuele termijnoverschrijding ambtshalve te constateren? Ten aanzien van vervaltermijnen pleegt deze vraag, anders

218 Nr. 54, m.n. slot.

219 Nr. 49.

220 Nr. 53.

221 Ktg. Maastricht 15 november 1978, Prg. 1979, 1375, m.nt. A. Brack.

222 Nr. 64.

223 Zie voor dit laatste nr. 57. Over verval versus verjaring Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 686; M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, 1993, nr. 33.

224 Nr. 21.

dan bij verjaring (art. 3:322 lid 1), bevestigend te worden beantwoord.²²⁵ Dit zegt echter nog niet alles. Het etiket vervaltermijn heeft geen vaste consequenties, en nodigt in wezen uit tot een pragmatische aanpak. Het feit dat partijen de onderhavige termijn contractueel mogen verlengen,²²⁶ welke optie bij andere vervaltermijnen niet bestaat,²²⁷ maakt de ambts-halve toetsing m.i. kwestieus, zeker wanneer men erbij betreft dat de wederpartij (vrijwel)²²⁸ steeds een professional is die – tegenover de consument – geacht mag worden zelf zijn rechtspositie te bewaken. Wanneer deze wederpartij zich er niet op beroept dat de termijn is overschreden, ben ik geneigd te menen dat de rechter, aanleunend tegen de figuur van de stiltzweigende verlenging, de terugtred als valide kan beschouwen.

7. RECHTSUITOEFENING

57. *Karakter*

Terecht wordt algemeen aangenomen dat de terugtred steeds buitengerechtigd geschiedt. Mocht het rechterlijk oordeel worden uitgelokt en de rechter de consument in het gelijk stellen, dan zal hij slechts constateren dat de overeenkomst is tenietgedaan doordat betrokkene als beschermde partij het terugtreedrecht heeft ingeroepen;²²⁹ het vonnis is niet constitutief. Gezien de aard van het recht en de korte termijnen, is een – al dan niet analogische – toepassing van het tweewegenstelsel van art. 3:49 (vernietiging) en/of art. 6:267 (ontbinding), die een gerechtelijke route zou toevoegen, niet zinnig.

De beschermde partij oefent het recht uit door middel van een eenzijdige gerichte rechtshandeling: een wilsverklaring harerzijds, die tot de contractuele wederpartij moet worden gericht. Naar haar aard is deze handeling onderworpen aan de algemene principes van titel 3.2 (Rechtshandelingen), onder meer met betrekking tot wil en gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3:33-35) en de werking van de afgelegde verklaring (art. 3:37).²³⁰ Of men de problematiek in de sleutel van ontbinding of in die van vernietiging plaatst, maakt hierbij geen verschil.

225 Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 686, 688; M.W.E. Koopmann, 1993, nr. 34, blz. 118.

226 Zie nr. 11, alwaar is aangegeven dat het, wat de appendix betreft, eigenlijk om een contractuele bedenktijd gaat.

227 Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 692; M.W.E. Koopmann, 1993, nr. 34, blz. 120-121.

228 Nr. 15.

229 Eventueel impliciet, door het – binnen de termijn – uitbrengen van de dagvaarding.

230 Anders G. Reiner, AcP 203 (2003), blz. 21-22, die de terugtred als 'keine Willenserklärung, sondern bloße Rechtshandlung' positioneert, zodat de handelende bijv. niet handelingsbekwaam behoeft te zijn.

58. *Vorm*

De meeste bedenktijdregelingen kennen geen vormvoorschriften. De terugtreedverklaring kan dan, conform het principe van art. 3:37 lid 1, in iedere gewenste vorm worden uitgebracht. Een telefoontje volstaat.²³¹ De gerechtigde die op bewijs is gesteld, zal er uiteraard goed aan doen voor een aangetekende brief, een fax met ontvangstbevestiging of een anderszins aantoonbare uitoefeningswijze te kiezen. Naast uitdrukkelijke verklaringen komen, wederom conform art. 3:37 lid 1, ook stilzwijgende in aanmerking; men denke aan de weigering of terugzending²³² van een postpakket (koop op afstand), of aan het botte opsturen van een in stukken gescheurde koopakte (koop van woning of timeshare).

Ten aanzien van de levensverzekering geeft de wet aan dat het recht *schriftelijk* wordt uitgeoefend (art. 53 WTV).²³³ Als onderbouwing fungeert een – onaangekleed – beroep op de rechtszekerheid.²³⁴ De afwijking van het algemene beeld zal samenhangen met het feit dat opzegging van verzekeringsovereenkomsten in het algemeen schriftelijk geschiedt, welke lijn het algemene vertrekpunt overstraalt. Men kan zich afvragen wat rechtens is, indien de verzekeringsnemer tijdens de bedenktijd uitsluitend mondeling terugtreedt. De opvatting dat de verzekeraar dan kan volhouden dat de verklaring krachteloos is (art. 3:39), zodat de consument aan het contract gebonden blijft, spreekt mij niet aan.²³⁵ Verkieslijk is de visie dat van nietigheid geen sprake kan zijn, nu het besproken voorschrift niet de strekking heeft de geldigheid van ermee strijdige handelingen aan te tasten.²³⁶ Een verzekeraar die bewijsmoeilijkheden ziet opdoemen, zal onder omstandigheden van de cliënt mogen verlangen dat deze zich nader uitlaat. Maar het geldigheidshek is dan reeds gepasseerd; wat resteert zijn bewijsvragen, zoals die zich ook

231 Ter illustratie: Ktg. Utrecht 17 september 1997, Rechtshulp 1998-1, blz. 15, m.nt. R.H. Stutterheim.

232 Vgl. § 355 (1) BGB. Voor op basis van een verkoopprospectus gesloten contracten kent Duitsland de afzonderlijke figuur van het *Rückgaberecht* (§ 356 BGB), van de zin van welke toevoeging ik vooralsnog niet ben overtuigd.

233 Nr. 9.

234 MvT, TK 23 199, nr. 3, blz. 22. In de voorloper van art. 53 WTV 1993, art. 50q WTV, kwam dit vormvoorschrift nog niet voor.

235 Vgl., in timesharekader, NvW, TK 24 449, nr. 7, blz. 2: 'Een dergelijk resultaat is onwenselijk, nu de bedenktijdregeling strekt tot bescherming van de koper.'

236 Te baseren op de aanhef van art. 3:39, aangevuld met art. 3:40 lid 3 (analoog); laatstgenoemde bepaling vormt m.i. de neerslag van een algemeen principe van nulliteitenrecht.

rond andere – notoir geldige – mondelinge verklaringen kunnen voordoen.²³⁷

De Europese richtlijn betreffende de ‘verkoop’ op afstand van financiële diensten bepaalt, dat de consument de kennisgeving moet verrichten ‘op naar het nationale recht aantoonbare wijze (...) volgens de instructies die hem (...) zijn gegeven’.²³⁸ Hoe deze formule te positioneren? Met betrekking tot de koop van timeshares lag een vergelijkbare richtlijnformule voor,²³⁹ welke in de implementatiewet is overgenomen (art. 7:48c lid 2, tweede volzin). De wetgever had haar aanvankelijk tot een schriftelijkheidsvereiste omgewerkt (art. 7.1.10A.3 lid 2), maar is daar later van teruggekomen.²⁴⁰ En terecht. Richtlijnformules als bedoeld strekken er niet toe de consument ten gerieve van de wederpartij met een plicht te belasten. Zij beogen slechts een potentieel wak te dichten: de consument mag niet een naar nationaal recht onbewijsbare route kiezen en aldus zijn bescherming mislopen. Nu naar Nederlands recht mondelinge uitingen ook bewijsbaar zijn, legt een schriftelijkheidsvereiste de lat al te hoog. Gedachten aan nietigheid zijn a fortiori misplaatst.

Al met al meen ik dat over de gehele linie vormvrijheid de voorkeur verdient. Dat het wenselijk is dat de consument een te bewijzen weg bewandelt, staat buiten kijf. Het verdient echter geen aanbeveling deze wens tot een wettelijk vereiste op te waarderen. Vormvoorschriften en de daarmee licht gewekte ongeldigheidssuggestie werken contraproductief.²⁴¹ Derhalve ben ik geen voorstander van de Duitse regel dat de terugtreder ‘in Textform oder durch Rücksendung der Sache’ moet geschieden. De eis van een aangetekende brief – zoals Sander die in Portugal heeft ontdekt²⁴² – zou ik al helemaal niet willen stellen, ook al is het nog zo wenselijk dat de terugtreder zich van zulk een zekerheidsvriendelijke methode bedient.

237 Bijv. bij een mondelinge vernietiging wegens dwaling of bedrog (art. 3:50 lid 1).

238 Art. 6 lid 6 van richtlijn 2002/65/EG. De slotwoorden verwijzen naar de ‘praktische instructies voor de uitoefening van het herroepingsrecht’ die de wederpartij aan de consument vóór het sluiten van de overeenkomst moet verschaffen, zoals bedoeld in art. 3 lid 1 punt 3 sub d van de richtlijn.

239 Art. 5 lid 2 van richtlijn 94/47/EG.

240 Zie MvT, TK 24 449, nr. 3, blz.10; NvW, TK 24 449, nr. 7, blz. 2-3.

241 Evenzo Nota n.a.v. Eindverslag, TK 23 095, nr. 8, blz. 5-7: ‘(...) zou het vormvereiste van schriftelijkheid in strijd zijn met de ratio van de bedenktijd, namelijk bescherming van de koper.’

242 C. Sander, Consumentenbescherming bij koop op afstand, 2001, blz. 69.

59. *Inhoud*

Wat de inhoud van de terugtreedverklaring betreft, zij leidraad dat het om een lekendaad gaat, waaraan allesbehalve hoge eisen mogen worden gesteld. De consument zal aan de wederpartij duidelijk moeten maken (1) om welke overeenkomst het gaat en (2) dat hij, partij, van die overeenkomst af wil. Bijzondere bewoordingen of bezweringen behoeft betrokkene niet te hanteren; alle in het vierde hoofdstuk bekritiseerde juridische termen komen in aanmerking, evenals grovere uitingen van het type 'ik doe het toch maar niet', 'je kunt je spullen houden', etc. In zoverre bestaat overeenstemming met reguliere vernietigingsverklaringen ex art. 3:49-50 en ontbindingsverklaringen ex art. 6:265, waaraan evenmin hoge inhoudseisen plegen te worden gesteld.²⁴³

Cruciaal verschil met die andere verklaringen is, dat degene die een bedenktijd benut in het geheel geen inzicht in zijn beweegredenen behoeft te verschaffen. Sommige bedenktijdstelsels bepalen dat met zoveel woorden: 'zonder opgave van redenen' (art. 7:46d lid 1, art. 7:48c lid 1, art. 6 lid 1 richtlijn 2002/65/EG). Maar ook waar dat niet het geval is (art. 25 Cw,²⁴⁴ art. 7:2, art. 53 WTV), staat wel vast dat de terugtreder niet tot motivering is gehouden: de strekking van de regeling en de samenhang met de andere bedenktijdstelsels laten geen andere conclusie toe. De Duitse wet bevestigt deze koers, waar zij in algemene zin bepaalt: 'Der Widerruf muss keine Begründung erhalten' (§ 355 (1) BGB). Uiteraard staat het de terugtreder vrij om wel een of meer argumenten aan te dragen. Dat een verklaring daardoor niet het karakter van een bedenktijdinroeping verliest, ook niet als de argumentatie vervaarlijk dicht bij dwaling en/of tekortkoming in de buurt komt, kwam hierboven reeds ter sprake.²⁴⁵

60. *Gedeeltelijke terugtreed*

Is de beschermde partij bevoegd voor een gedeeltelijke terugtreed te kiezen? De vraag kan probleemloos bevestigend worden beantwoord voor de – frequent voorkomende – categorie gevallen waarin één bestelling is gedaan ter zake van een aantal los van elkaar staande zaken (boeken,

243 Zie resp. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss., 1988, blz. 138-142 en F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss., 1993, blz. 129-130.

244 Zie wel, impliciet, de beschikking van 24 juli 1975, Stcrt. 144, afgedrukt in Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. 45-46.

245 Nr. 43.

cd's, etc.).²⁴⁶ Het staat de koper vrij sommige zaken terug te sturen en de andere te behouden; de wederpartij heeft hiervan geen relevant nadeel. Technisch-juridisch levert zulk een selectieve rechtsuitoefening intussen geen gedeeltelijke terugtred op. Op de keper beschouwd is sprake van een bundel koopovereenkomsten, voor elke zaak één; van sommige van deze overeenkomsten kan men (geheel) terugtreden, terwijl men ten aanzien van andere het terugtredrecht (geheel) onbenut laat. Bij alle waar die afzonderlijk wordt aangeboden en enkel door de keuze van de klant in één bestelling samenkomt, kan rechtens van zulk een meervoudigheid worden uitgegaan.

Meer problematisch is de vraag of de consument binnen één overeenkomst mag differentiëren, en het terugtredrecht bijvoorbeeld mag uitoefenen ter zake van alleen Deel III van een tiendelige encyclopedie.²⁴⁷ Een dergelijke opsplitsingsbevoegdheid komt aan de consument m.i. niet toe. De tegengestelde opvatting zou de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, die met lastig verhandelbare restanten zou worden opgescheept, te zeer veronachtzamen. Bedenktijden zijn, ook al dienen zij de consument, niet bedoeld om 'krenten pikken' te faciliteren.²⁴⁸

De grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare uiteenraffing is in de praktijk niet steeds gemakkelijk te trekken. Het aantal der rechtens te constateren overeenkomsten kan een nuttige indicatie opleveren, maar is een nogal formele en arbitraire toets, die als discriminator niet overtuigt. Liever knoop ik aan bij het zuiver materiële criterium dat, in nauw verwant kader, opklinkt uit art. 3:41 (partiële nietigheid): bestaat tussen de verschillende delen een onlosmakelijk verband? Dat criterium is weliswaar rijkelijk open, maar biedt niettemin, als gevolg van een – zich gestaag voortontwikkellende – invulling door wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur, een redelijke mate van houvast.²⁴⁹

246 C. Sander, *Consumentenbescherming bij koop op afstand*, 2001, blz. 59-60, lijkt deze opsplitsingsmogelijkheid te betwijfelen.

247 De casus is niet erg waarschijnlijk, maar het kan bijv. zijn dat hij die ene band voor een prikje op een rommelmarkt had aangeschaft.

248 Het Verslag van een schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 28-29, wijst – voor woningkoop – een analoge toepassing van art. 6:270 (gedeeltelijke ontbinding) terecht van de hand.

249 Een overzicht biedt *Vermogensrecht (De Loos-Wijker)*, aant. bij art. 41.

61. *Voorwaardelijke terugtred*

Er zijn andersoortige clausuleringsvarianten denkbaar, zoals het uitbrengen van een voorwaardelijke terugtredverklaring.²⁵⁰ Met het oog op het belang van de wederpartij bij spoedige beëindiging van de onzekerheid, welk belang principieel erkenning vindt in de korte duur van de bedenktijden,²⁵¹ zal de rechtstoestand m.i. definitief helder moeten zijn op het moment waarop de bedenktijd verstrijkt. Omdat voorwaarden die zekerheid in gevaar brengen, mag de terugtredverklaring voorwaardevijandig heten.²⁵² Een voorwaarde lijkt alleen aanvaardbaar indien zij de onzekerheid binnen de wettelijke termijn houdt en daartoe – expliciet of impliciet – met een tijdsbepaling wordt gecombineerd. Omdat de gerechtigde zijn beslissing eenvoudig tot het einde van die termijn kan aanhouden, valt echter niet in te zien waarom hij de verklaring reeds in een eerder stadium voorwaardelijk zou willen afleggen. Het praktisch belang van de mogelijkheid nadert daarmee tot nul.

62. *Uiterste moment*

De terugtredverklaring komt rechtens tot stand op het tijdstip waarop zij de wederpartij heeft bereikt (art. 3:37 lid 3).²⁵³ Bij een mondelinge verklaring is dit moment niet van dat van de verzending te onderscheiden. Bij gebruik van fax of e-mail evenmin.²⁵⁴ Deze opties komen echter niet altijd in aanmerking. Niet iedere verkoper neemt de telefoon op, niet alle contractspartijen hebben een faxapparaat, niet iedereen is op het internet aangesloten. De traditionele brief, zeker in de uit bewijsoogpunt aantrekkelijke aangetekende vorm, blijft een voor de hand liggende – niet zelden *de* voor de hand liggende – mogelijkheid.

Bij gebruik van een brief liggen verzending en ontvangst in de tijd uiteen. Gezien art. 3:37 lid 3 moet de verklaring de geadresseerde nog binnen de bedenktijd hebben bereikt. Voor de declarant betekent dit, dat hij de brief uiterlijk op de voorlaatste bedenktijd dag zal moeten verzenden, vóór de laatste buslichting, en indien hij aantekening wenst nog voordat het postkantoor zijn deuren sluit. De bedenktijd is zo-

250 Zie art. 3:38 lid 1.

251 Nr. 21.

252 *Bedingungsfeindlich*: Staudinger/Kaiser, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2001, § 361a Rn. 27.

253 Zie over deze problematiek ook M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 159-160, 167.

254 Bij e-mail gaat het om het moment waarop de verklaring bij de internet-serviceprovider van de geadresseerde is binnengekomen, welk moment niet noemenswaardig van dat der verzending verschilt. Nader H.J. Snijders, WPNR 6444-6445 (2001).

doende feitelijk korter dan hij op het eerste gezicht lijkt. Met name bij de koop van woningen, waar de termijn slechts drie dagen belooft, mag van een drastische reductie worden gesproken. Meer in het algemeen dreigt het gevaar dat de bedenktijdstelsels een *valkuil* gaan bevatten: een consument die de hem gegunde termijn kent maar onvoldoende weet heeft van de juridische uitwerking daarvan, zal geneigd zijn de eindbeslissing tot de laatste dag aan te houden, waarmee hij, bij keuze voor een brief, de termijn overschrijdt en aan de overeenkomst vastzit. Aldus komt de consumentenbeschermende strekking van de stelsels in het nauw.

In het kader van de koop van timeshares heeft de wetgever het probleem onderkend en simpel geëcarteerd: ‘De gestelde termijn is in acht genomen, indien een schriftelijke verklaring binnen die termijn is verzonden’ (art. 7:48c lid 2, slot). Deze ingreep sluit aan bij de koers die in de achterliggende richtlijnartikelen wordt gevaren,²⁵⁵ en die in de recente richtlijn betreffende de ‘verkoop’ op afstand van financiële diensten wordt bestendigd.²⁵⁶ Ook de regeling van art. 25 Colportagewet kan in deze zin worden gelezen.²⁵⁷ Naar mijn mening is een regel als de geciteerde – waarin het woord ‘schriftelijke’ trouwens kan worden gemist – bij ieder bedenktijdstelsel op zijn plaats.²⁵⁸ Aldus wordt in één klap drieërlei bereikt: effectuering van de volledige denktermijn, bedwinging van het valkuilspook, bevordering van coherentie en rechtseenheid. De te brengen offers, nadere afwijking van art. 3:37 lid 3 (op een terrein waarop die afwijking toch al voorkomt) en verlenging van de onzekerheid voor de wederpartij (met één dag), zinken daarbij in het niet.

Naar geldend recht is de gepropageerde benadering in ieder geval gepast voor alle op Europese richtlijnen berustende stelsels, ook als wet noch richtlijn haar expliciteert.²⁵⁹ De richtlijnen die wel op het punt ingaan getuigen steeds van deze zelfde koers. Contra-indicaties ontbreken. De richtlijn inzake overeenkomsten op afstand – die geen expliciete regel bevat – bepaalt dat de consument over ten minste zeven werk-

255 Art. 5 lid 2 van richtlijn 94/47/EG; art. 5 lid 1 van richtlijn 85/577/EEG.

256 Art. 6 lid 6 van richtlijn 2002/65/EG.

257 Zie Ktg. Utrecht 17 september 1997, Rechtspraak 1998-1, blz. 15, met op dit punt kritische noot van R.H. Stutterheim; anders Ktg. Tilburg 6 november 1997, Prg. 1998, 4870, m.nt. A.J.J. van der Heiden.

258 Uniek is zulk een ingreep niet. In het algemene overeenkomstenrecht bevat art. 6:219 lid 2 een vergelijkbare – maar op andere grond berustende – regel met betrekking tot het moment waarop een aanbod ophoudt herroepelijk te zijn.

259 Enzo M.B.M. Loos, in Hesslink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 159-160.

dagen moet beschikken,²⁶⁰ en kiest daarmee al evenzeer voor een telling vanuit het consumentenperspectief.²⁶¹ Een en ander maakt een algemeen principe van gemeenschapsrechtelijke consumentenbescherming zichtbaar. Men vergelijk § 355 (1) BGB, die in algemene zin bepaalt: ‘zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.’

Hoe ten slotte te oordelen in het kader van het niet-Europese art. 7:2 (woningkoop), waar de wet zwijgt en de toelichtende stukken onverdrotten aan het ontvangstmoment vasthouden?²⁶² Het komt mij voor dat ook dit wetsartikel in de voorgestane zin mag worden uitgelegd.²⁶³ De hierboven ontvouwde argumentatie – termijnbehoud, valkuilvermindering, rechtseenheid – geldt op dit terrein eveneens, en zelfs in bijzondere mate, nu het verlies van één dag bij een driedaagse termijn een reductie met maar liefst 33% betekent. Ik ervaar die argumenten als dermate krachtig, dat zij het tegengestelde geluid van de minister,²⁶⁴ jegens een kritisch blijvend parlement, overstemmen.²⁶⁵

Aldus beschouwd verliest de slotzin van art. 7:48c lid 2 zijn excentriek ogende karakter, en verwerft hij de status van een nuttige exemplarische uitwerking van het bedenktijdfenomeen, die een groter werkterrein had verdiend.

63. *Werkingsmoment*

Het vorenstaande wil niet zeggen dat een terugtreedverklaring ook direct op het moment van haar verzending het ermee beoogde rechtsgevolg verkrijgt, in die zin dat meteen op dat ogenblik de betrokken overeenkomst wegvalt. Er is onvoldoende reden om af te wijken van het normale uitgangspunt dat de verzonden verklaring eerst effect sorteert zodra zij, conform art. 3:37 lid 3, de wederpartij heeft bereikt (bij een brief in de regel de volgende dag, als zij is bezorgd). Het oordeel over de tijdigheid van de terugtreedverklaring wordt aldus losgeweekt van dat inzake haar werkingsmoment. Deze benadering verdient de voorkeur, omdat zij het wettelijk stelsel niet verder bijbuigt dan noodzake-

260 Art. 6 lid 1 van richtlijn 97/7/EG.

261 Art. 7:46d lid 1 zal dienovereenkomstig moeten worden uitgelegd, zie nr. 3.

262 Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 28; MvA, EK 23 095, nr. 178b, blz. 2.

263 Zie ook mijn beschouwingen in Struiksma, Van Velten, Vlas & Waaijer (red.), 2003, blz. 103-105, en in WPNR 6552 (2003).

264 Laatstelijk MvA, EK 23 095, nr. 178b, blz. 2.

265 Anders M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 160.

lijk is.²⁶⁶ In deze richting wijst ook de parlementaire geschiedenis van art. 6:219 lid 2, welke bepaling in ander verband dezelfde vraag oproept,²⁶⁷ alsmede de Duitse doctrine.²⁶⁸

64. *Tweede eindmoment?*

Het terugtreedrecht gaat teloor op het moment waarop de laatste bedenktijd dag verstrijkt. Doordat de termijn soms niet van start gaat, is een langdurige periode van onzekerheid niet uitgesloten.²⁶⁹ De Duitse wetgever heeft hierin ingegrepen door een alternatief eindmoment toe te voegen.

§ 355 (3) BGB:

Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger. (...)

In principe sneeft in Duitsland het terugtreedrecht dus zes maanden na de contractssluiting, ook al is de bedenktijd dan nog niet verstreken en misschien zelfs nog niet op gang. De derde en laatste volzin van § 355 (3) bevat echter een stevige uitzondering:

(...) Abweichend von Satz 1 erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist.

Deze derde zin is naderhand toegevoegd,²⁷⁰ in reactie op HvJ EG 13 december 2001 (Heininger/Bayerische Bank).²⁷¹ In dit arrest overwoog het Europese Hof, naar aanleiding van een colportage waarbij een echtpaar niet over het terugtreedrecht was geïnformeerd:

266 Het modelcontract van het garantie-instituut voor de woningbouw (GIW) verkiest de andere weg: 'Als datum van ontbinding geldt de datum waarop de verkrijger de ontbindingsverklaring heeft uitgebracht' (art. 1A slot).

267 TM, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, 1981, blz. 882.

268 Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 2002, §355, Rn. 10.

269 Nr. 56.

270 Zie art. 25 OLG-Vertretungsänderungsgesetz, BGBl. 2002, I, blz. 2857, in werking getreden op 1 augustus 2002.

271 HvJ EG 13 december 2001, C-481/99, Jur. 2001, I-9945 (Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank).

‘48. (...) the doorstep-selling directive precludes the national legislature from imposing a time-limit of one year from the conclusion of the contract within which the right of cancellation provided for in Article 5 of that directive may be exercised, where the consumer has not received the information specified in Article 4.’

Hoewel deze uitspraak strikt genomen alleen de toenmalige § 7 van de *Verbrauchercreditgesetz* (VerbrKrG) raakt, waarin een eindtermijn van een jaar werd genoemd, heeft de Duitse wetgever de handschoen opgenomen en de materie meer ten gronde doordacht. Dat is uitgemond in het geciteerde leerstukbrede principe, dat bij ontbreken van deugdelijke bedenktijdvoorlichting de termijn onbegrensd wordt geconserveerd. Die uitkomst acht ik gelukkig. Het nalaten van de (professionele) wederpartij op dit cruciale punt rechtvaardigt dat de consument zijn recht behoudt.²⁷² De wederpartij wordt niet buitensporig getroffen; zij kan de onzekerheid beëindigen door alsnog tot de voorlichting over te gaan.

Voor de andere categorie gevallen waarin de bedenktijd niet van start gaat, te weten die waarin het door de wet aangewezen formele feit (overhandiging akte, ontvangst zaak) uitblijft,²⁷³ houd ik een speciale beëindigingsregel evenmin voor aanbevelenswaard. Mijn voorkeur gaat uit naar de ten onzent bestaande situatie, waarin het bedenktijdrecht in beginsel voor onbepaalde tijd behouden blijft. Ook voor deze groep gevallen geldt, dat de wederpartij aan haar onzekerheid een einde kan maken door het startfeit te doen plaatsvinden.

Ik heb mij nog afgevraagd of de terugtreedbevoegdheid ooit door een algemeen verjaringsmes zal worden getroffen, maar kom tot een ontkennend antwoord. De voor vernietigbaarheden bestaande regeling maakt duidelijk dat de verjaringstermijn niet reeds loopt vanaf het moment van contracteren, maar eerst van start gaat zodra de bevoegdheid tot terugtreed de consument ‘ten dienste is komen te staan’ (art. 3:52 lid 1 sub d jo. lid 2). Dat aan die eis kan zijn voldaan vóórdát de wettelijke bedenktijd is gaan lopen, is onaannemelijk.

272 Nr. 54.

273 Nr. 53.

8. BELEMMERINGEN

8.1. Directe belemmering

65. *Contractuele aantasting*

De bedenktijdstelsels zijn naar hun aard van dwingend recht; zij zetten de contractsvrijheid opzij. Partijen kunnen niet met vrucht afspreken dat in hun relatie van een bedenktijd geen sprake zal zijn.²⁷⁴ Dat kunnen zij ook niet via een constructie als afstand van recht.²⁷⁵ De in de parlementaire geschiedenis van art. 7:2 opduikende suggestie dat afstand wel mogelijk is als zij op eigen initiatief van de koper geschiedt,²⁷⁶ lijkt mij onwerkbaar en reeds daarom ongelukkig²⁷⁷ (dat de koper eenzijdig afstand kan doen als de termijn eenmaal loopt, is een andere zaak).²⁷⁸ Partijen kunnen een bedenktijdregeling evenmin ecarteren door te kiezen voor het rechtssysteem van een land dat haar niet kent.²⁷⁹

Minder rigoureuze ingrepen worden eveneens geblokkeerd: verkorting van de wettelijke termijn, vervroeging van het startmoment, omzetting van kalenderdagen in eerder ingaande periodes van vierentwintig uren,²⁸⁰ inbreng van motiveringseisen,²⁸¹ etc. Voor vormvoorschriften geldt hetzelfde, ook al wordt daarin een op zichzelf zinvolle weg als die van een aangetekende brief geweest.²⁸² Ook boetebedingen stuiten op dit dwingendrechtelijke karakter af; enkele stelsels bepalen met zoveel woorden dat de terugtrekkende consument geen vergoeding is verschuldigd (art. 7:46d lid 2, art. 7:48c lid 3) en ook een gelieerd financieringscontract boeteloos kan ecarteren (art. 7:46e, art. 7:48e).

274 Kritisch over de *Unabdingbarkeit* van de richtlijnregimes C.-W. Canaris, AcP 200 (2000), blz. 362-364.

275 Evenzo, inzake colportage, Hand. II 1973, blz. 1886, te kennen uit Schuurman & Jordens 119-II (Wils), 1992, blz. 27; inzake art. 7:2 M.B.M. Loos, in Dankers-Hagenaars & Piepers (red.), 2003, blz. 261-262.

276 MvA I, EK 23 095, nr. 178b, blz. 13.

277 Kritisch ook C.G. Breedveld-de Voogd, WPNR 6547, sub 7.

278 Nader nr. 44-45.

279 Dit laatste is geëxpliciteerd in art. 7:46j lid 3 (overeenkomsten op afstand) en art. 7:48g lid 2 (timeshares); evenzo art. 12 lid 2 van richtlijn 2002/65/EG ('verkoop' op afstand van financiële diensten).

280 Nr. 49.

281 Nr. 59.

282 Vgl. nr. 55. De MvA, TK 23 095, nr. 5, blz. 10, is mij te slap, waar zij – voor woningkoop – de contractsvrijheid voorop zet en aangeeft dat (slechts) 'niet geoorloofd zijn bedingen waarin de ontbindingsbevoegdheid van de koper door het stellen van een vormvereiste voor de ontbindingsverklaring zodanig wordt beperkt dat deze bevoegdheid praktisch niet meer valt uit te oefenen.' In richtlijnkaders komt deze opinie m.i. met het gemeenschapsrecht in strijd.

Dit dwingendrechtelijke karakter heeft uitsluitend betrekking op bedingen *ten nadele* van de door de bedenktijd beschermde partij. Aldus met zoveel woorden art. 7:2 lid 4 (woningen),²⁸³ art. 7:46j lid 1 (overeenkomsten op afstand)²⁸⁴ en art. 7:48g lid 1 (timeshares). Afwijkingen ten voordele van de beschermde partij blijven zodoende toegelaten; men denke aan verlenging van de wettelijke termijn,²⁸⁵ vertraging van het startmoment, etc. In verband met deze dualiteit wordt in Duitsland wel van *halbzwingendes Recht* gesproken;²⁸⁶ de kwalificatie ‘eenzijdig dwingend recht’ geeft m.i. wat scherper aan waar het om gaat.²⁸⁷

66. *Vervolg: sanctionering*

Inzake de op overtreding staande sanctie is enige aarzeling op haar plaats. Volgens het algemene schema van art. 3:40 komen wij uit bij *vernietigbaarheid*, nu de betrokken wetsbepalingen uitsluitend strekken ter bescherming van één van beide partijen (art. 3:40 lid 2).²⁸⁸ Als het terugtreedrecht contractueel is uitgesloten, zou de consument dus eerst die uitsluitingsclausule moeten vernietigen, teneinde aldus de weg vrij te maken voor de inroeping van zijn recht. Die benadering, hoe correct ook, is nogal omslachtig. Daarenboven is het de vraag of de Europese richtlijnen, waarop de meeste bedenktijdregelingen berusten, het tussenschuiven van een vernietigingsvereiste wel toelaten. Zeker als die eis enigerlei nadeel voor de consument oplevert, is het oordeel nabij dat zij tegen het Europese recht indruist.²⁸⁹ Een en ander doet het gevoel ont-

283 Art. 7:2 lid 4 maakt een uitzondering voor standaardregelingen in de zin van art. 6:214; de MvT (1993), TK 23 095, nr. 3, blz. 7, denkt daarbij aan de nieuwbouw onder garantie.

284 De inlas ‘dan wel de wederpartij’ in art. 7:46j lid 1 is vatbaar voor misverstand; zij heeft niet op de andere partij (verkoper) betrekking, maar vormt slechts een opbouw op het eraan voorafgaande woord ‘koper’.

285 De verlenging levert een contractuele bedenktijd op, waarbij de consequenties van het wettelijke voorbeeld wel obligatoir kunnen worden nagebootst, maar niet goederenrechtelijk bewerkstelligd; vgl. nr. 10-11. De tegengestelde opinie zou chicanes mogelijk maken, nu samenwerkende partijen dan desgewenst jarenlang zouden kunnen kiezen of zij het goed *ex tunc* in het vermogen van de koper of in dat de verkoper onderbrengen; vgl. nr. 37.

286 Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 2002, § 355, Rn 2.

287 Zie H.J. Snijders, in Hartlief & Stolker (red.), 1999, blz. 162.

288 Zo bijv. MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 33-34.

289 Zie inzake richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 e.v. (Océano/Murciano Quintero et al.), Jur. 2000, I-4941, NJ 2000, 730, waarover A.S. Hartkamp en M.M. Stolp, Trema 2003, blz. 367-372; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden, Mon. Nieuw BW B-55, 2003, nr. 44a. Over de invloed van het Europese recht op het nationale nulliteitenleerstuk in meer algemeen perspectief M.W. Hesselink, NJB 2003, blz. 2089-2091.

staan dat hier evengoed, ja beter, met een automatische nietigheid kan worden gewerkt.²⁹⁰

Hier wordt een frictie zichtbaar tussen enerzijds een systematisch-structurele aanpak, die tot vernietigbaarheid leidt, en anderzijds een praktisch-incidentele benadering, waarin bekoring uitgaat van nietigheid. Een overschakeling naar nietigheid is echter niet zonder nadelen. Niet alleen wordt het wettelijk systeem genegeerd, bovendien ontstaat een ongeldigheid waarop ook de wederpartij een beroep kan doen, hoewel het gaat om een beschermingsregeling ten gerieve van uitsluitend de consument. Praktisch bezien is het onwaarschijnlijk dat een wederpartij die nietigheid zal willen invoeren. Uit (ruimer en) meer principieel oogpunt is de mogelijkheid van zulk een beroep echter ongerijmd en nagenoeg prohibitief. Men kan trachten dit bezwaar te ontgaan door de normale nietigheid te boetsen tot een ‘eenzijdige nietigheid’, waarop slechts één partij zich kan beroepen. Maar de keuze voor zulk een hybride is te beschouwen als een noodsprong, die slechts als uitiem redmiddel in aanmerking komt.

Per saldo meen ik dat men er met de systeemgetrouwe vernietigbaarheid nog wel uitkomt. Als de consument vernietiging nalaat en rauwelijks naar het terugtreedrecht grijpt, zal in dat optreden steeds – zonder noemenswaard forceren – een impliciete vernietiging van de blokkerende contractsclausule kunnen worden gelezen. Daarmee valt ook de gesignaleerde Europese druk grotendeels weg, nu de terugtreedende consument *de facto* geen prelabelde horde behoeft te nemen. Ten overvloede is er altijd nog art. 6:248 lid 2 (derogerende werking van redelijkheid en billijkheid), dat zelfstandig grond biedt voor het betoog dat bedingen die de uitoefening van het bedenktijdrecht bemoeilijken, van rechtswege niet van toepassing zijn.²⁹¹

67. *Inperking door ongeschreven recht*

Als aan de in de bedenktijdregeling gestelde eisen is voldaan, heeft de consument het recht zich aan de overeenkomst te onttrekken. De vraag rijst of enigerlei algemeen leerstuk die rechtsuitoefening alsnog kan blokkeren. Hierbij is met name te denken aan leerstukken waarin het ongeschreven recht centraal staat, zoals die van het misbruik van recht

290 Voor een algehele herbezinning op de vernietigbaarheidssanctie pleit A.C. van Schaick, in Hoogervorst, Houben, Memelink, Reurich & Verburg (red.), Doel en effect van civielrechtelijke sancties, BW-krant Jaarboek 19, 2003, blz. 37-56.

291 Vergelijk, in ander verband, HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).

(art. 3:13) en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2). Principieel is het standpunt onontkoombaar dat zulk een blokkade tot de mogelijkheden behoort. Bedenktijdstelsels verschaffen een recht waarvan de uitoefening, evenals die van alle andere rechten en bevoegdheden, de toets aan de algemeen-corrigerende leerstukken moet kunnen doorstaan.²⁹² Dat ook een vernietigingsbevoegdheid door deze correctieven wordt beheerst, is algemeen aanvaard.²⁹³

Wel ligt een complicatie in de aanwezigheid van de Europese richtlijnen. In gevallen als bedoeld bestaat naar de letter van (de wet en) de richtlijn een terugtreedrecht, hetwelk in concreto onbruikbaar blijkt. Strak geredeneerd wordt de beschermde partij haar terugtreedrecht ontzegt op niet in de richtlijn voorziene, en daarmee gemeenschapsrechtelijk niet-erkende, gronden.²⁹⁴ Zulks lijkt op gespannen voet te staan met de vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en de Hoge Raad, dat de rechter is gehouden zijn nationale recht zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren. Welbeschouwd is van spanning echter geen sprake. Bedoelde gehoudenheid is niet tot de richtlijntekst beperkt, maar houdt – breder – in dat de rechter het recht ‘zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn’ moet interpreteren.²⁹⁵ Als rechtsuitoefening in een bepaald geval misbruik oplevert of anderszins onaanvaardbaar moet heten, zal het doel van de richtlijnregeling erop duiden dat die uitoefening door haar wordt verlangd noch gedragen. Reeds op het niveau van de richtlijn mag derhalve de mogelijkheid van uitzonderingen – op de bewoordingen – worden aanvaard. Op het niveau van de nationale implementatiewetgeving kan deze opening vervolgens worden bestendig en uitgewerkt.

In lijn met deze benadering heeft het Europese Hof uitgesproken dat een correctie op basis van een nationaal leerstuk van rechtsmisbruik tot de mogelijkheden behoort.²⁹⁶

292 In deze zin ook S.E. Bartels en C.J. Sander, in Van Boom, Franke, Jordaans, Reurich & Wissink (red.), 1998, blz. 82, noot 9.

293 HR 15 maart 1996, NJ 1996, 639 m.nt. WMK (Tekon/Haaksbergen); Asser-Hartkamp 4-II, 2001, nr. 317.

294 Vgl. M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss., 2001, nr. 413 e.v.

295 Zie nr. 3, met vermelding van enkele bronnen.

296 HvJ EG 12 mei 1998, C-367/96 (Kefalas/Griekenland), Jur. 1998, I-2843, NJ 1999, 239, rov. 20-21.

‘Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de justitiabelen in geval van misbruik of bedrog geen beroep op het gemeenschapsrecht doen (...). Bijgevolg kan het niet in strijd met de communautaire rechtsorde worden geacht, dat de nationale rechterlijke instanties een nationale regel toepassen (...) om te beoordelen of van uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt.’

Met Wissink²⁹⁷ meen ik dat deze jurisprudentie impliciet ook de opening voor het nationale correctiemechanisme der redelijkheid en billijkheid zichtbaar maakt.

Het vorenstaande laat onverlet, dat men in richtlijnsituaties extra voorzichtig dient te zijn met het oordeel dat rechtsuitoefening misbruik oplevert of anderszins onaanvaardbaar moet heten. Bovenop de normaliter reeds te betrachten terughoudendheid komt hier nog, dat het oordeel niet mag indruisen tegen een of meer communautaire belangen, zoals dat van een eenvormige toepassing van het richtlijnrecht.

68. *Vervolg; casuïstiek*

Teneinde wat meer zicht te krijgen op aard en omvang van de afpaling door het ongeschreven recht, bezie ik enkele casusposities.

In het kader van art. 7:2 (woningkoop) is geopperd dat de consument de bedenktijd oneigenlijk kan hanteren, bijvoorbeeld in dier voege dat hij op zekere dag ‘ongezien’ vijf woningen aankoopt, die hij de volgende dagen successievelijk gaat bezoeken om te beoordelen of er wellicht iets voor hem bij zit (zo neen, dan bedenkt hij alle verkopers met een terugtreedverklaring).²⁹⁸ De minister acht deze situatie uitzonderlijk en weinig waarschijnlijk. Indien zij zich toch mocht voordoen, is naar zijn mening sprake van misbruik van recht en derhalve van een onrechtmatige daad.²⁹⁹ Waartoe leidt deze opinie precies? Art. 3:13 lid 1 bepaalt dat voor zover een bevoegdheid wordt misbruikt, zij niet kan worden ingeroepen. Dat zou betekenen dat de koper van geen van de overeenkomsten kan terugtreden en dus aan alle gebonden blijft. Die sanctie is overtrokken, zeker wanneer men bedenkt dat de bedenktijd er nu eenmaal toe strekt dat de koper te snel genomen beslissingen kan

297 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss., 2001, nr. 421-424.

298 Zie S.E. Bartels en J.M. van Buren-Dee, in Van Buren-Dee, Hondius & Kottentagen-Edzes (red.), 1996, blz. 57; Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 4; vgl. W.L. Valk, *zusterpreadvies*, nr. 1.

299 Verslag schriftelijk overleg, TK 23 095, nr. 10, blz. 19-20.

heroverwegen. Voor de op art. 6:248 lid 2 te stoelen gedachte dat redelijkheid en billijkheid hier aan een beroep op de bedenktijd in de weg staan, geldt m.m. hetzelfde. Liever zou ik vasthouden aan het uitgangspunt dat de koper op (al) zijn aankopen kan terugkomen, waarbij eventuele plooiën worden gladgestreken via een begeleidende schadevergoeding uit onrechtmatige daad. In een geval als geschetst zal het voor de verkoper trouwens niet meevallen om aan te tonen dat aan de eisen van art. 6:162 is voldaan; naar mijn gevoel gaat het hier eerder om een leep gebruik van de bedenktijdregeling dan om een waar misbruik daarvan.

Een tweede casuspositie. Een consument bestelt bij een internetaanbieder een walkman, die hem een paar dagen later per post bereikt. Het apparaat bevalt. De koper neemt het meteen in gebruik, maar laat het de volgende avond per ongeluk uit zijn handen vallen. De behuizing is gebarsten, de walkman weigert dienst. De koper herinnert zich de wettelijke bedenktijd, deelt de verkoper mee dat hij die benut, doet het apparaat terug in de verpakking en zendt het retour. Naar de letter van de wet komt deze terugtrek de koper toe. Naar de geest echter niet: de annulering staat niet met nadere informatie of een veranderd inzicht in verband, maar geschiedt enkel om de gevolgen van de val te ontgaan.³⁰⁰ Is in deze situatie het leerstuk van rechtsmisbruik en/of dat van redelijkheid en billijkheid van toepassing, met als gevolg dat het terugtrekrecht niet kan worden ingeroepen? Op zijn minst bestaat ruimte voor – stevige – twijfel. Bedacht zij, dat erkenning van de mogelijkheid tot terugtrek niet betekent dat de koper financieel de dans ontspringt; als de gemelde feiten komen vast te staan, zal hij op de voet van art. 6:203 e.v. jo. 6:74 e.v. (ongedaanmaking)³⁰¹ of eventueel art. 6:162 (onrechtmatige daad) tot schadevergoeding zijn gehouden. Met die uitkomst kan in mijn ogen worden volstaan. Het terugdringen van de problematiek tot de ongedaanmakingsfase, met handhaving van het terugtrekrecht als zodanig, heeft diverse voordelen. In de eerste plaats wordt voorkomen, dat tussen partijen toch discussies ontbranden over de vraag waarom de koper terugtrekt:³⁰² zijn recht bestaat, en alleen over de financiële afwikkeling kan worden gediscussieerd. Bovendien blijft de spanning met de bedenktijdtoekennende richtlijn aldus tot een minimum beperkt. En ten slotte sluit deze koers mooi aan bij het nationale art. 6:278: wanneer een partij na een waardeval de stoot tot ongedaanma-

300 Uiteraard is soms lastig aan te tonen hoe de gang van zaken precies is geweest; ik neem thans aan dat hij vaststaat zoals geschetst.

301 Nr. 38 en 71-72.

302 Vgl. nr. 14 en 59.

king geeft, terwijl aannemelijk is dat zij dat anders niet zou hebben gedaan, geldt bijbetaling als passende sanctie (en niet verval van het recht om die stoot te geven).

Concluderend kom ik, ietwat tentatief, tot de stelling dat hoewel voor leerstukken als rechtsmisbruik en derogerende redelijkheid en billijkheid principieel ruimte bestaat, zij in de praktijk maar zelden van toepassing zullen zijn. Mede om discussies tussen partijen te voorkomen en aldus de bedenktijdbescherming goed tot haar recht te brengen, zal in pijngevallen dikwijls – mede, maar niet alleen, om gemeenschapsrechtelijke redenen – de slotsom preferabel zijn dat de consument nog steeds zijn recht kan uitoefenen, terwijl gerezen problemen worden opgelost langs de weg van het aansprakelijkheidsrecht.³⁰³

8.2. Indirecte belemmering

69. *Onthordingsstreven*

Teneinde de bedenktijdregelingen zo effectief mogelijk te doen zijn, heeft de richtlijngever – en in zijn kielzog de nationale wetgever – zich beijverd om potentiële horden voor de beschermde partij zoveel mogelijk op te ruimen. Een flink aantal kenmerken van de bedenktijdfiguur staat met dit onthordingsstreven in verband. Zo werd in het vorenstaande reeds aandacht besteed aan het principe dat een verzending binnen de termijn volstaat, aan de vormvrijheid, aan de regel dat de terugtreder geen inzicht in zijn beweegredenen behoeft te geven, aan de onmogelijkheid tot het opwerpen van contractuele barrières.³⁰⁴ Thans passeren enkele andere potentiële horden de revue: een verplichting tot vergoeding van kosten, aansprakelijkheid voor ontstane schade, gebondenheid aan een financieringscontract. Ook op deze fronten heeft de wetgever uitwerking gegeven aan de idee dat de consument zijn gebondenheid vrij en onbekommerd moet kunnen heroverwegen.

70. *Kosten(vergoeding)*

Enkele bedenktijdstelsels kennen een bepaling inzake de bij een terugtreed resterende kosten, met als gemeenschappelijke teneur dat de consument aan de wederpartij géén vergoeding is verschuldigd (art. 7:46d

303 Een zekere ruimte voor afkapping door het ongeschreven recht lijkt te liggen in situaties van rechtsverwerking, indien de gerechtigde specifiek de indruk wekt dat hij zijn terugtreedrecht niet zal uitoefenen; vgl. nr. 45.

304 Resp. nr. 62, 58, 59, 65-66; zie ook nr. 41 (vooruitbetaling).

lid 2, art. 7:48c lid 3). Achtergrond is de gedachte dat de gerechtigde niet door de dreiging van kosten in zijn keuze mag worden belemmerd.³⁰⁵

De belangrijkste betekenis van bedoelde regels is gelegen in hun dwingendrechtelijke aard. Maar ook materieel behelzen zij een zekere verschuiving, nu normaliter de kosten meer evenwichtig zijn verdeeld.³⁰⁶ Naar mede uit de toelichtende stukken blijkt, strekken de bepalingen zich uit tot alle fasen van de partijverhouding, inclusief die welke aan de terugtred voorafgaan. Zo draagt de wederpartij de kosten van het redigeren, vertalen en opmaken van akten, van het voldoen aan haar wettelijke informatieplicht, van de administratie van overeenkomsten en hun annulering, van een eventuele terugafwikkeling.³⁰⁷ Het komt mij voor dat genoemde wetsbepalingen tevens meebrengen dat wanneer zulke kosten vooralsnog voor rekening van de consument zijn gebleven, hij deze in geval van terugtred op de wederpartij kan verhalen.³⁰⁸

Voor overeenkomsten op afstand maakt art. 7:46d lid 2, conform de onderliggende richtlijn,³⁰⁹ een uitzondering voor 'de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak'. De kosten van retourporto draagt de consument dus zelf; als hij ze tracht te ontgaan door de zaak onder rembours te retourneren, kan de verkoper het remboursbedrag op de koper verhalen. Eventuele ontvangstkosten aan de zijde van de verkoper vallen buiten de uitzondering; zij blijven geregeerd door de hoofdregel dat de koper geen vergoeding is verschuldigd.³¹⁰ Dat art. 7:48c lid 3 geen parallelle clausulering kent, komt doordat dit type kosten bij timeshares geen rol speelt. De timesharerichtlijn biedt wel enige ruimte voor het maken van uitzonderingen,³¹¹ maar onze wetgever heeft die niet benut en daarmee het beschermingsniveau nog een fractie opgekrikt.³¹²

De bedenktijdstelsels inzake colportage en woningkoop bevatten geen kostenregeling. Ook in die kaders brengt het dwingendrechtelijke

305 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 11; MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 23.

306 Vgl. voor koop art. 7:12 en 7:13.

307 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 10-11; MvT, TK 28 861, nr. 3, blz. 22-23.

308 Eigen onderzoekskosten aan de zijde van de koper zijn m.i. geen kosten in de zin van deze regeling(en); evenzo M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 161-162.

309 De richtlijn vermeldt deze uitzondering zelfs twee keer: richtlijn 97/7/EG, art. 6, leden 1 en 2.

310 MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 23.

311 Richtlijn 94/47/EG, art. 5 lid 3.

312 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 11.

beschermingskarakter echter mee dat de gerechtigde niet door een kostendreiging mag worden gehinderd.³¹³ In dit licht mogen de bevindingen m.i. worden veralgemeniseerd tot de vuistregel, dat – op een schaar-se uitzondering na – niet de terugtreder maar diens wederpartij de kosten draagt. In deze zin ook de richtlijn betreffende de ‘verkoop’ op afstand van financiële diensten, aangevende dat de lidstaten met name kunnen bepalen ‘dat de consument de overeenkomst op elk moment zonder kosten en zonder boeten kan opzeggen’.³¹⁴ Bij de koop van woningen acht Loos het verdedigbaar de kosten van de koopakte voor rekening van de koper te laten, nu art. 7:12 lid 2 dat ook doet.³¹⁵ Als de verkoper een particulier is, ben ik inderdaad tot dat standpunt geneigd. Handelt de verkoper echter professioneel, dan ligt het meer voor de hand de lasten van de consumentenbescherming – overeenkomstig de overige bedenktijdstelsels – ruimer op de schouders van de wederpartij te leggen, met inbegrip van de kosten van een koopakte.

71. *Schadevergoeding*

Een bedenktijdgerechtigde kan voorts in zijn afweging worden gehinderd door de vrees dat hij, aangezien de ontvangen zaak onder hem is beschadigd of tenietgegaan, een schadevergoeding³¹⁶ zal moeten betalen. Dit doet de vraag rijzen of de bedenktijdregelingen zich in enigerlei opzicht tegen het aannemen van een schadevergoedingsplicht verzetten. Voor de stelsels van Europese origine staat deze vraag mede in de sleutel van het principe dat het nationale recht het door de richtlijnen geëiste niveau van consumentenbescherming niet mag verlagen,³¹⁷ ook niet langs indirecte weg.

De leerstukken van onrechtmatige daad (art. 6:162 e.v.) en onge-rechtvaardigde verrijking (art. 6:212) kunnen op voorhand buiten de discussie worden geplaatst. Dient zich op een van deze gronden een vergoedingsplicht aan en voelt de bedenktijdgerechtigde zich daardoor in zijn afweging gehinderd, dan zij dat zo. Deze leerstukken zijn dermate fundamenteel, dat aan de bedenktijdstelsels noch de potentie noch de pretentie moet worden toegedacht om een hieraan ontspruitende schadevergoedingverplichting opzij te zetten.

313 Evenzo M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 161.

314 Richtlijn 2002/65/EG, art. 11.

315 M.B.M. Loos, in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), 2003, blz. 161.

316 *Waardevergoeding* daaronder verder begrepen.

317 Nr. 48.

Resteert een mogelijke vergoedingsplicht wegens ontoereikende ongedaanmaking.³¹⁸ Wat is rechtens als een ontvangen zaak bij de koper beschadigd raakt of tenietgaat? Ons recht kent géén algemeen principe van waardevergoeding of schadevergoeding, maar schakelt door naar het genuanceerde leerstuk der tekortkoming (art. 6:74 e.v.). De koper, die de zaak moet teruggeven in de staat waarin hij deze heeft ontvangen, zal in geval van beschadiging in de nakoming van zijn ongedaanmakingsverbintenis tekortschieten. Schadeplichtig is hij zeker niet automatisch, maar uitsluitend indien de tekortkoming aan hem kan worden toegerekend (art. 6:74), d.w.z. indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die voor zijn rekening komt (art. 6:75). Dit systeem is m.i. dermate subtiel en afgewogen, dat *als* er inderdaad een schadevergoedingsplicht uit voortvloeit, die in ieder licht op haar plaats is en niet als een ontoelaatbare beknotting van het bedenktijdrecht kan worden aangemerkt. Hierbij past overigens wel de glosse dat men bij toepassing van art. 6:75 de rubriek ‘voor rekening krachtens rechtshandeling’ zal moeten negeren; wanneer de overeenkomst de consument met meer risico’s opzadelt dan deze anders zou hebben, betekent dát een contractuele ondergraving van het terugtreedrecht, die afstuit op het dwingendrechtelijke karakter van het bedenktijdstelsel.³¹⁹

72. *Vervolg; casuïstiek*

Bezien wij ter concretisering enkele casusposities, toegespitst op de koop op afstand, op welk terrein zich in de praktijk de meeste schadevergoedingsvragen zullen voordoen.

Een geval van schade door een *calamiteit* kwamen wij reeds tegen in nr. 68: een consument koopt via het internet een walkman, die hij na ingebruikneming uit zijn handen laat vallen. Het behoeft nauwelijks betoog dat deze koper tot schadevergoeding is gehouden; de tekortkoming in de nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis is aan zijn schuld te wijten (art. 6:74-75). Had een van zijn huisgenoten de walkman beschadigd, dan was de koper ook aansprakelijk geweest, nu zulk een oorzaak krachtens verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Reguliere overmachtsfeiten zoals orkaan en overstroming leiden ook in bedenktijd kader uiteraard niet tot aansprakelijkheid. Ter zake van het retourtransport is aannemelijk, dat dit integraal buiten het risicopakket van de consument valt; in deze zin uitdrukkelijk § 357 (2) BGB.³²⁰

318 In mijn optiek ex art. 6:203 e.v., nr. 38.

319 Nr. 65-66.

320 Bij culpa in eligendo (keuze onbetrouwbare vervoerder) is de consument m.i. wel aansprakelijk.

Een tweede rubriek casusposities is die der *gebruikssporen*. Een consument bestelt bij een postorderbedrijf een smoking, die hij één – mooie – avond draagt en daarna met een beroep op het terugtreedrecht aan de verkoper retourneert. Als het gekochte ondanks het gebruik nog in nieuwstaat verkeert, heeft de verkoper geen nadeel, zodat een vergoedingsplicht buiten de orde is. Oogt de smoking evenwel tweedehands, zodat de verkoper hem niet meer als nieuw aan een andere klant kan verhandelen, dan is sprake van schade, die aan de schuld van de koper is te wijten en derhalve door hem moet worden vergoed (art. 6:74-75).³²¹ Dat geldt ook voor door derden veroorzaakte vlekken; per saldo is ook die schade veroorzaakt door de beslissing van de koper om de smoking in het feestgedruis in te zetten. Het verweer dat hij alleen door zulk een praktijktest het gekochte kon beoordelen, snijdt geen hout: de koper mag bij zijn onderzoek de belangen van de verkoper niet veronachtzamen. In dit licht kan voor kleding de vuistregel worden opgesteld dat zij wel mag worden uitgepakt³²² en gepast, maar niet werkelijk mag worden gedragen. Doet de koper dit laatste toch, dan is hij voor het waardeverlies aansprakelijk.³²³ Een nuttig referentiepunt vormt de vergelijking met feitelijke winkels, waar het ook bij passen zal blijven. De bedenktijdregeling strekt ertoe de achterstand in informatie weg te werken die door het afstandkarakter wordt veroorzaakt,³²⁴ maar heeft niet tot doel de beproevingsmogelijkheden (te verabsoluteren of) buiten de normale oevers te doen treden. Het voorbeeld kan met vele worden uitgebreid. Zo zal ook degene die via het internet een mountainbike bestelt en daar een dag op rondrijdt, aansprakelijk zijn voor gebruikssporen.³²⁵ Waar het om het economisch cruciale verschil tussen nieuw en niet-nieuw-meer gaat, kan zulke schade verhoudingsgewijs aanzienlijk zijn.

73. *Financieringscontracten*

De bedenktijdregelingen inzake overeenkomsten op afstand (art. 7:46e) en de koop van timeshares (art. 7:48e) bevatten ‘dominoregels’ met

321 In dit geval kan ook aan ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212) worden gedacht, maar de verrijking zal niet steeds eenvoudig zijn te becijferen.

322 Dat de consument niet aansprakelijk is voor (normale) schade aan de *verpakking*, kan op twee manieren worden onderbouwd: ofwel geen tekortkoming, ofwel geen toerekenbaarheid. Beide oplossingen zijn verdedigbaar; op systematische gronden neig ik naar de tweede.

323 De Duitse eis dat zulks alleen maar geldt als de consument daarover is voorgelicht, § 357 (3) BGB, gaat mij te ver.

324 Nr. 18.

325 Evenzo P. Schlechtriem, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 2003, Rn. 483.

betrekking tot financieringscontracten. Aldus voorkomt de wetgever – in navolging van de richtlijngever – dat het terugtreedrecht de consument feitelijk nauwelijks zou helpen als hij ook een financieringsovereenkomst sloot, omdat hij dan toch aan die andere overeenkomst gehangen zou blijven. De regeling bestrijkt twee groepen financieringscontracten: enerzijds overeenkomsten met dezelfde wederpartij (verkoper), anderzijds overeenkomsten met derden die ingevolge een overeenkomst tussen de wederpartij en de derde zijn aangegaan.

Een met de *wederpartij* gesloten financieringsovereenkomst raakt van rechtswege ontbonden zodra de hoofdovereenkomst ontbonden wordt (art. 7:46e lid 1, art. 7:48e lid 1).

Een met een *derde* gesloten financieringsovereenkomst raakt niet automatisch mee-ontbonden. Te dien aanzien beschikt de consument over een afzonderlijke ontbindingsbevoegdheid, die hij uitoefent door een tot de financier gerichte verklaring (art. 7:46e lid 2, art. 7:48e lid 2). Aldus wordt bereikt dat derden-financiers, die de overeenkomst kwijt-raken, weten waar zij aan toe zijn.³²⁶ Verkopers hebben de plicht hun afnemers ook op dit punt deugdelijk te informeren (art. 7:46c lid 2 sub b, art. 1 sub l Gegevensbesluit timeshares). Idealiter spreekt de terug-tredende consument zich ook jegens zijn financier binnen de bedenkt-termin uit. Maar hoe te oordelen als die verklaring pas na afloop van de bedenktijd volgt?³²⁷ Het komt mij voor dat deze tweede ontbindings-verklaring niet een afzonderlijk keuzemoment belichaamt,³²⁸ maar in essentie een formaliteit vormt, die te zwaar wordt opgevat als men eist dat ook zij steeds binnen de bedenktijd plaatsvindt. Aldus bezien is het geen toeval dat art. 7:46e lid 2 en art. 7:48e lid 2 zulk een temporele eis niet noemen.³²⁹ Dat een consument die jegens de verkoper de bedenktijd inroept maar met het inlichten van de financier draalt, zich onder omstandigheden jegens laatstgenoemde aan rechtsverwerking schuldig kan maken, is een andere kwestie.³³⁰

Beide wetsartikelen geven uitdrukkelijk aan dat de terugtreder bij het wegvallen van een financieringsovereenkomst geen boete is ver-

326 MvT, TK 24 449, nr. 3, blz. 12; MvT, TK 26 861, nr. 3, blz. 24.

327 Vgl. A.G. Castermans, T&C Vermogensrecht, 2002, art. 7:46e BW, aant. 3b.

328 Was dit anders, dan staat het automatisme van het eerste lid op losse schroeven.

329 Weliswaar is in art. 7:48e lid 2, laatste volzin, het in art. 7:48c lid 2 bepaalde van overeenkomstige toepassing verklaard, maar die aanknoping heeft vele facetten, welke niet alle even strikt behoeven te worden opgevat. Op de hierboven aangegeven grond komt met name het ‘binnen de gestelde termijn’ voor wegmassing in aanmerking.

330 De daaraan verbonden sanctie zal veelal lichter zijn dan een volledig verval van het recht de financieringsovereenkomst te ontbinden.

schuldigd, onverschillig of de financiering van de wederpartij of van een derde werd verkregen. De tegengestelde opvatting zou de uitoefening van de bedenktijd feitelijk kunnen blokkeren en daarmee de consumentenbescherming ondermijnen.³³¹ In het verlengde hiervan mag worden aangenomen dat de koper recht heeft op integrale restitutie van eventueel reeds betaalde rentetermijnen of andere gelden.³³²

De aangetroffen wettelijke regeling is in meerdere opzichten beperkt. Ten eerste laat zij zich niet uit over financieringsovereenkomsten met losse derden, die niet berusten op een contractuele relatie tussen de derden-financier en de wederpartij van de consument. In het licht van HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. JBMV (Jans/FCN) en HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 m.nt. JBMV (Meissner von Hohenmeiss/Arenda) is niet uitgesloten, dat het wegvallen van de hoofdovereenkomst ook in een dergelijk geval naar de financieringsrelatie doorwerkt.³³³ Ten tweede is sprake van incidentele artikelen en niet van een algemene regeling.³³⁴ Nu het hier gaat om een bottleneck voor een effectieve consumentenbescherming, zou ik menen dat het bepaalde bij ieder bedenktijdstelsel uitgangspunt mag zijn, ook als dat stelsel er zelf over zwijgt. Als vehikel komt een analogische toepassing van art. 7:46e en 7:48e in aanmerking, hand in hand met de leerstukken van contractsuitleg en redelijkheid en billijkheid. Genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad laat voor deze verbreding zeker ruimte. Vergelijk, voor Duitsland, de algemene regeling in § 358 BGB (*Verbundene Verträge*).

9. AFRONDING

74. *Hoofdlijnen*

Van een samenvatting van het in dit preadvies betoogde zie ik gaarne af; de tekst is toch al langer geworden dan het bestuur van de Vereniging voor ogen had. Wel formuleer ik, ter afronding, twee hoofdlijnen.

331 Nr. 69.

332 Aldus terecht A.G. Castermans, T&C Vermogensrecht, 2002, art. 7:46e BW, aant. 2. Zie voor timeshares tevens art. 7:48e lid 3.

333 Evenzo A.G. Castermans, in T&C Vermogensrecht, 2002, art. 7:46e BW, aant. 3d; over de gehele materie nader F.W.J. Meijer, WPNR 6329-6330 (1998).

334 Voor colportagegevallen geldt dat ook een begeleidende financieringsovereenkomst via colportage zal zijn ontstaan, zodat art. 25 Cw ('aan de wederpartij dan wel aan de betrokken leverancier of kredietgever heeft medegedeeld') daarop reeds zelf van toepassing is.

Ten eerste: de wettelijke uitwerking in termen van ontbinding lijkt onvoldoende doordacht en kan beter worden ingeruild voor een vernietigbaarheidsbenadering, in het verlengde van de wilsgebreken. De vernietiging heeft terugwerkende kracht en goederenrechtelijk effect; verrichte prestaties dienen uit hoofde van onverschuldigde betaling te worden ongedaan gemaakt.

Ten tweede: de wetgeving vertoont een ongelukkig verbrokkeld beeld, waarin de diverse bedenktijdstelsels nauwelijks met elkaar in verband zijn gedacht (althans gebracht). Termijnen verschillen onnaspeurlijk, uiterste inroepingsmomenten eveneens; nu eens wordt in werkdagen gerekend, dan weer in kalenderdagen; in sommige kaders kan tussentijds nakoming worden verlangd, elders juist niet; terugwerkende kracht bestaat soms wel, soms niet; en zo kan men nog doorgaan. Als gevolg van deze structurele verbrokkeling dreigen wij – althans zo vergaat het mij – het zicht op de materie kwijt te raken. In ieder geval is sprake van een *lelijke* wettelijke aanpak, die in contrast staat met de verder zo doordachte opzet van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

75. *Besluit*

Naar mijn gevoelen wordt het tijd dat de wetgever zich zet aan het redigeren van een solide overkoepelende regeling, waarin het bedenktijdfenomeen zo secuur mogelijk in het bestaande rechtssysteem wordt ingepast, en waarin zoveel mogelijk aspecten ervan uniform worden geregeld. De Duitse wetgever heeft aangetoond dat zulk een operatie haalbaar is. Beste plaats lijkt een nieuwe afdeling in het algemene overeenkomstenrecht, derhalve binnen titel 6.5: *afdeling 6.5.2A (Bedenktijd)*. Aan die overkoepelende regeling kunnen – conform de gelaagde structuur van het wetboek – op het niveau van de afzonderlijke bedenktijdstelsels de nodige bijzondere bepalingen worden toegevoegd, waarin de algemene regeling wordt uitgewerkt, aangevuld en/of gecorrigeerd. Deze bijzonderheden kunnen in principe in (aparte paragrafen van) dezelfde wettelijke afdeling worden opgenomen. Voor de regeling van de overeenkomsten op afstand heeft de overheveling naar Boek 6 mede tot voordeel, dat zij de te nauwe jas van de koop op elegante wijze afwerpt.³³⁵

Moge dit preadvies enkele bouwstenen voor een dergelijk project opleveren.

335 Vgl. Asser-Hijma 5-I, 2001, nr. 94b.

Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?

Mr. W.L. Valk

Inhoud

1. INLEIDING	89
1. Voorbeeld	89
2. Vraagstelling van dit preadvies	90
3. Bijzondere normstelling	91
4. Welke bedenktijdregelingen zijn er?	92
5. Afbakening	92
6. Plan van behandeling	94
2. BIJZONDERE NORMSTELLING	95
7. Doeleinden van recht	95
8. Toepassingsvereisten en -gevolgen	96
9. Klassiek contractenrecht als evenwichtskunst	97
10. Waarom vergelijken?	97
11. Dwaling	98
12. Bedenktijd versus dwaling	100
13. Misbruik van omstandigheden	101
14. Bedenktijd versus misbruik van omstandigheden	102
3. REDENEN VOOR DE REGELGEVER	103
15. Inleidende opmerkingen	103
3.1. Colportage	104
16. Huidige regeling	104
17. De regering vraagt advies	104
18. Het advies van de SER	106
19. De SER over bedenktijd	108
20. Het wetsvoorstel	109

21.	Parlementaire behandeling van het voorstel	111
22.	Europese richtlijn	112
3.2.	Timesharing	113
23.	De regeling	113
24.	Redenen voor de bedenktijd	114
3.3.	Overeenkomsten op afstand	115
25.	De regeling	115
26.	Redenen voor de bedenktijd	116
3.4.	Koop van onroerende zaken	117
27.	De regeling	117
28.	Het voorontwerp	118
29.	Het wetsvoorstel	119
30.	Tegenstand in de Tweede Kamer	120
31.	De memorie van antwoord	121
32.	Vervolg van de behandeling in de Tweede Kamer	124
33.	De behandeling in de Eerste Kamer	125
3.5.	Financiële diensten op afstand	125
34.	De regeling	125
35.	Redenen voor de bedenktijd	126
4.	DE RECHTVAARDIGING VOOR BEDENKTIJDREGELINGEN	126
36.	Rechtspolitiiek en contractenrecht	126
37.	De belofte als leidmotief van het contractenrecht	127
38.	Pacta sunt servanda	129
39.	Formele en materiële opvatting	132
40.	Zumutbaarheid	135
41.	Nogmaals de bijzondere aard van de normstelling	136
42.	Proportionaliteit en subsidiariteit	138
43.	Conclusies voor de bestaande bedenktijdregelingen	139
44.	Consequenties voor de bedenktijd van art. 7:2 BW	141
45.	Nieuwe bedenktijdregelingen?	142

1. INLEIDING

1. *Voorbeeld*

Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd? Om de gedachten te bepalen begin ik met een eenvoudig voorbeeld.

B (consument) is in onderhandeling met A over de aankoop van A's woning. B weet dat ook C veel belangstelling voor de woning heeft en bovendien veel haast. B doet een zeer royaal bod. A aanvaardt dat bod, omdat hij niet verwacht dat C B's bod zal kunnen overtreffen. De koop wordt schriftelijk aangegaan en een afschrift van de akte wordt aan B ter hand gesteld. Op de derde dag na de terhandstelling belt B A met de mededeling dat hij van de koop afziet. Alleen wanneer A instemt met een fors verlaagde koopprijs wil B nog zaken doen. C blijkt inmiddels een andere woning te hebben gekocht.

Het is niet moeilijk om zich in te denken hoe A zich zal voelen. Volgens art. 7:2 BW heeft B op zichzelf het recht om de koop te ontbinden, zonder dat aan de uitoefening van die bevoegdheid inhoudelijk eisen worden gesteld. Het is echter wel heel ongelukkig dat C inmiddels een andere woning heeft gekocht. Nu heeft natuurlijk ook C bedenktijd (ervan uitgaande dat ook C een consument is). Mogelijk kan A C bewegen de koop te ontbinden en alsnog van A te kopen. Maar het is niet zeker dat C de bedenktijd nog kan invoeren. Als aan B eerst enkele dagen na de mondeling bereikte overeenstemming de koopakte ter hand is gesteld, terwijl C juist vlot van een koopakte is voorzien, is C's bedenktijd mogelijk al verstreken.

A zal het waarschijnlijk 'wel heel toevallig' vinden dat B zo royaal heeft geboden en achteraf – terwijl C inmiddels is afgedropen – van de bedenktijdregeling gebruikmaakt, mét de toevoeging dat hij bij verlaging van de koopprijs alsnog wil afnemen. Men kan zich de vraag stellen of A het invoeren van de bedenktijd misschien kan pareren met een beroep op misbruik van bevoegdheid of de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Ook kan men zich afvragen of A er niet verstandig aan had gedaan, om op de mogelijkheid dat B de bedenktijd zou invoeren, te anticiperen. Indien C daaraan zou hebben willen meewerken, had A, behalve aan B, ook aan C kunnen verkopen onder de opschortende voorwaarde dat B de bedenktijd zou invoeren. Dat zou C niet hebben belemmerd om ook elders te kopen, indien zijn wederpartij een ontbindende voorwaarde zou hebben willen aanvaarden voor het geval dat de koop A-C, door het invoeren van de bedenktijd door B, doorgang zou vinden.

Daarnaast laten zich tal van vragen stellen omtrent de ‘inbedding’ van de bedenktijdregeling van art. 7:2 BW – en van de andere bedenktijdregelingen zoals wij die thans kennen – in ons vermogensrecht. Is sprake van ontbinding of vernietiging, heeft het invoeren van de bedenktijd wel of geen terugwerkende kracht, enzovoort? Verder kan men de diverse bedenktijdregelingen met elkaar vergelijken en zich de vraag stellen of voor de onderlinge verschillen goede redenen bestaan.

2. *Vraagstelling van dit preadvies*

De meeste van de aangeduide vragen komen in het preadvies van Hijma min of meer uitvoerig aan de orde. Ik wil een *andere* vraag aan de orde stellen, die in zekere zin aan al de hiervoor bedoelde vragen voorafgaat, namelijk de vraag wanneer een bedenktijdregeling gerechtvaardigd is. Ik vermoed dat A (uit het voorbeeld in het vorige nummer) het niet terecht zal vinden dat B zich op de derde dag na de schriftelijke koopovereenkomst nog kan terugtrekken. Nu komt het veel vaker voor dat de burger – afhankelijk van de positie die hij inneemt en de belangen die voor hem op het spel staan – ons positief recht als onrechtvaardig ervaart. Hier is er echter misschien toch iets bijzonders aan de hand. A kan zich voor zijn ontevredenheid namelijk beroepen op een bekend principe, dat overigens in ons recht als geldend wordt erkend, namelijk ‘een man een man een woord een woord’.

De vraag wanneer een bedenktijdregeling gerechtvaardigd is, is een rechtspolitieke of rechtsethische vraag die natuurlijk in de eerste plaats de wetgever aangaat. De rechtspraak zal met bedenktijdregelingen moeten werken, of zij dat nu leuk vindt of niet. Omdat de wetgever die regeling nu eenmaal heeft gewild, zal ik als lid van de rechterlijke macht ook zelf art. 7:2 BW moeten toepassen – hetgeen ik ook uit overtuiging zal doen, namelijk uit de overtuiging dat wetgever en rechter verschillende verantwoordelijkheden hebben – ook al kom ik in het vervolg van dit preadvies tot de conclusie dat die bedenktijdregeling *niet* gerechtvaardigd is.

De rechtspolitieke vraag wanneer een bedenktijd gerechtvaardigd is, is echter een vraag die behalve de wetgever ook de rechtswetenschap aangaat. Het is een belangrijke taak van de rechtswetenschap om de rechtspraak over het geldende recht voor te lichten, maar voor haar wetenschappelijke opdracht is wellicht nog wezenlijker dat de rechtswetenschap dat geldende recht ook kritisch doordenkt en waardeert. Doet zij dat, dan levert dat, behalve aanbevelingen aan de wetgever, óók gezichtspunten die voor de rechtspraak van belang zijn (wat betreft bedenktijdregelingen, hierna nr. 44). Want rechtspolitiek en rechtsprak-

tijk zijn wel van elkaar te onderscheiden, maar staan niettemin met elkaar in verband.

3. *Bijzondere normstelling*

Bij bedenktijdregelingen gaat het om een bijzondere vorm van normstelling, die wezenlijk afwijkt van wat binnen ons privaatrecht overigens gangbaar is. De wetgever heeft willen garanderen dat de koper de gelegenheid heeft om deskundigen te raadplegen – de bedenktijd vormt in zoverre een bescherming tegen een ‘informatietekort’ – en heeft de koper bovendien willen behoeden voor een onvoldoende weloverwogen beslissing, ingegeven door de emoties van het ogenblik, en mogelijk ook, bij een overspannen onroerendgoedmarkt, onder invloed van door de verkoper uitgeoefende druk – in zoverre is sprake van bescherming tegen een ‘psychologisch’ of ‘emotioneel tekort’. Maar dát de koper deskundigen heeft geraadpleegd, dát deze deskundigen hem relevante nieuwe informatie hebben gegeven, dát het een overhaaste beslissing was, dát emoties aan een kalm beraad in de weg stonden, of dát de verkoper druk uitoefende, dat behoeft de koper geen van alle aan te tonen. Anders gezegd: het doel wat de wetgever met de bedenktijd heeft willen dienen, heeft zich niet vertaald in inhoudelijke vereisten voor het inroepen van die bedenktijd. Dat is bepaald anders dan de normstelling binnen een klassiek leerstuk als dat van de dwaling. Wie zich beroept op dwaling, moet die dwaling – en meer – wél aantonen.

Deze bijzondere normstelling bij bedenktijdregelingen sluit de mogelijkheid in dat de consument – alle bedenktijdregelingen bieden alleen aan consumenten bescherming – zich aan de aangegane overeenkomst onttrekt, in verband met redenen die niets van doen hebben met de argumenten voor de bedenktijd, zoals die de regelgever voor ogen hebben gestaan. De consument die bijvoorbeeld uit zuivere wispelturigheid de bedenktijd inroept, zal men niet zonder meer – met een beroep op misbruik van bevoegdheid of redelijkheid en billijkheid – kunnen tegenwerpen dat de bedenktijdregeling daarvoor niet is bedoeld. Een essentieel element van bedenktijdregelingen is immers dat opgave van redenen niet nodig is. Aan de door de wetgever beoogde effectiviteit van die regelingen zou belangrijk afbreuk worden gedaan, indien al te gemakkelijk tóch het debat over de aanvaardbaarheid van de beweegredenen van de consument zou kunnen worden geopend.¹

1 Voor grensgevallen blijft dat debat niettemin mogelijk. De toepassing van leerstukken als misbruik van bevoegdheid en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid op bedenktijdregelingen zal zich beperken tot (zeer) uitzonderlijke situaties. Zie het preadvies van Hijma, nr. 68.

Dit betekent dus dat de partij tegenover wie de bedenktijd kan worden ingeroepen, niet alleen de gevolgen draagt van een psychologisch tekort en/of een informatietekort, zoals die op het moment van het aangaan van de overeenkomst aan de zijde van de consument hebben bestaan (redenen die de regelgever moveerden), maar – in het belang van de effectiviteit van de rechtsbescherming van de consument – ook van wispelturigheid, alsook van naar misbruik neigend gebruik van de bedenktijd, bijvoorbeeld als onderhandelingstruc (vergelijk het in nr. 1 gegeven voorbeeld). Het spreekt vanzelf dat deze in bedenktijdregelingen ‘ingebouwde overkill’ de vraag naar de rechtvaardiging voor bedenktijdregelingen extra gewicht geeft. Consumentenbescherming als doelstelling van overheidsbeleid verdient alle respect, maar wat kan rechtvaardigen dat het algemene belang van die bescherming ten koste van individuele wederpartijen wordt gerealiseerd?²

4. *Welke bedenktijdregelingen zijn er?*

Er zijn behalve art. 7:2 BW nog diverse andere bedenktijdregelingen, zowel binnen als buiten het Burgerlijk Wetboek. Veel van die regelingen berusten op een Europese richtlijn.

De eerste bedenktijdregeling binnen onze nationale rechtsorde is die van art. 25 Colportagewet (Cw), die reeds in 1975 in werking trad. Daarna volgden de regelingen van koop van timeshares in art. 7:48c BW (1997) en overeenkomsten op afstand in art. 7:46d BW (2001). Een product van nationale bodem is het reeds ten tonele gevoerde art. 7:2 BW (2003); tegelijk met art. 7:2 BW is in art. 7:766 BW een vergelijkbare bedenktijd geïntroduceerd ten behoeve van de consument die opdracht geeft tot de bouw van een nieuwe woning. Binnenkort zal op grond van een Europese richtlijn³ een bedenktijdregeling met betrekking tot financiële diensten op afstand moeten volgen.

Voor elk van deze regelingen heeft de regelgever zijn redenen gehad. Een zorgvuldige beantwoording van de vraag naar de rechtvaardiging voor bedenktijdregelingen, veronderstelt uiteraard dat ik mij van die redenen rekenschap behoor te geven. Ik zal dat uitvoerig doen.

5. *Afbakening*

Bij sommige duurovereenkomsten bestaan (uitsluitend binnen korte tijd na het aangaan van de overeenkomst in te roepen) bijzondere beëin-

2 Aldus beschouwd is dus het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten in het geding.

3 2002/65/EG, PbEG L 271.

digingsmogelijkheden, die ik niet reken tot de in mijn preadvies te bespreken bedenktijdregelingen. Art. 53 Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf (WTV) 1993 schrijft voor dat in individuele overeenkomsten van levensverzekering met een looptijd van meer dan zes maanden uitdrukkelijk wordt bepaald dat de verzekeringnemer gedurende tenminste twee weken nadat hij ervan in kennis is gesteld dat de overeenkomst is gesloten, de verzekering schriftelijk kan opzeggen. Een vergelijkbare en welbekende beëindigingsmogelijkheid van veel minder recente datum is de proeftijd bij de arbeidsovereenkomst (art. 7:652 en 7:676 BW), voor een duur van ten hoogste twee maanden. Binnen de proeftijd zijn werknemer en werkgever beide bevoegd om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Deze proeftijd geldt alleen indien partijen het overeenkomen.

Een belangrijk verschil met de bedenktijdregeling van onder meer art. 7:2 BW is dat een opzegging zoals hiervoor bedoeld, alleen de toekomstige verplichtingen uit de overeenkomst raakt en niet verplicht tot ongedaanmaking van hetgeen reeds op grond van de overeenkomst is gepresteerd. Wat betreft bijvoorbeeld de beëindigingsmogelijkheid bij levensverzekering leidt dat er dus toe dat reeds betaalde premie, voorzover zij betrekking heeft op de periode gedurende welke de verzekeraar inmiddels risico heeft gelopen, niet hoeft te worden gerestitueerd.⁴

Dit soort beëindigingsmogelijkheden berusten intussen op gedeeltelijk dezelfde overwegingen als de te bespreken bedenktijdregelingen. De bedoeling van de hiervoor bedoelde mogelijkheid van opzegging bij levensverzekering en arbeidsovereenkomst is, net als bedenktijdregelingen, uiteraard dat een partij terug kan komen op een onvoldoende weloverwogen beslissing. Wat betreft de arbeidsovereenkomst speelt intussen het element van het beproeven van de arbeidsverhouding in de dagelijkse praktijk een belangrijke rol, zoals de aanduiding 'proeftijd' reeds aangeeft. Dit element van 'proef' is enigszins verwant aan de gedachte van bescherming tegen een 'informatietekort', zoals dat aan de (eigenlijke) bedenktijdregelingen ten grondslag ligt.

Gelet op deze gedeeltelijke parallellie wat betreft de ratio van de regelingen is het niet onverdedigbaar om één of meer van de bedoelde beëindigingsmogelijkheden, wél tot de bedenktijdregelingen te rekenen en als zodanig in dit preadvies te bespreken.

4 Asser-Clausing-Wansink 1998, nr. 61.

Om twee redenen doe ik dat niet. In de eerste plaats is het belang van de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten (opzegging) in ons contractenrecht reeds sinds lang aanvaard, wat verband houdt met het duurkarakter ervan. De mogelijkheid van opzegging met onmiddellijke ingang zonder dat daarvoor bijzondere redenen nodig zijn, is daarmee slechts een beperkte inbreuk op het bij duurovereenkomsten gangbare patroon – geheel anders dus dan bijvoorbeeld art. 7:2 BW, dat sterk afwijkt van de overigens bij koop van onroerende zaken bestaande beëindigingsmogelijkheden.

In de tweede plaats betekent de omstandigheid dat de bedoelde opzeggingsmogelijkheden niet tot ongedaanmaking leiden, dat het inroepen van die mogelijkheden in mindere mate voor de wederpartij bezwaarlijk is. De vraag of de mogelijkheid van opzegging in deze gevallen gerechtvaardigd is, is ook om die reden veel minder heikel dan dezelfde vraag ten aanzien van de bedenktijdregelingen.

Ook de zuiver contractuele beëindigingsmogelijkheden ('niet goed geld terug') die deel uitmaken van de algemene voorwaarden van individuele verkopers of aanbieders van diensten, of van de algemene voorwaarden zoals die bij wijze van zelfregulering door bepaalde maatschappelijke organisaties worden aanbevolen, blijven in dit preadvies buiten beschouwing. Zij berusten niet op een voorschrift van de wetgever, maar op een vrijwillige keuze van de verkoper respectievelijk aanbieder en in die vrijwilligheid ligt tevens hun rechtvaardiging.

De lezer bemerkt dat ik de grenzen langs dezelfde lijnen trek als Hijma in zijn preadvies doet (nr. 10 e.v.), met één uitzondering, namelijk wat betreft art. 53 WTV 1993 (Hijma, nr. 9). Het perspectief van Hijma is intussen anders dan dat van mij en dat verklaart wellicht het verschil. Hijma gaat het om de positionering van 'het bedenktijdfenomeen' binnen het contractenrecht (Hijma, nr. 4); mij om de rechtspolitieke rechtvaardiging voor bedenktijdregelingen.

6. *Plan van behandeling*

Het buitengewone karakter van de normstelling bij bedenktijdregelingen onderzoek ik nader in het tweede hoofdstuk. Klassieke leerstukken uit ons contractenrecht, namelijk dwaling en misbruik van omstandigheden, dienen daarbij als contrast. Bij de vergelijking met dwaling en misbruik van omstandigheden gaat het mij niet alleen om een vergelijking van vereisten en rechtsgevolgen, maar ook om de effectiviteit van de norm als remedie voor de consument.

In het derde hoofdstuk staan centraal de redenen die de regelgever voor de diverse bedenktijdregelingen heeft gehad. Bescherming tegen een ‘psychologisch tekort’ respectievelijk een ‘informatietekort’ zijn – veelal in combinatie – in dit verband leidmotieven.

Het vierde hoofdstuk – hoewel in omvang beperkter dan het derde – vormt het hart van mijn preadvies. Daar komt de vraag naar de rechtvaardiging voor bedenktijdregelingen ten gronde aan de orde. Die vraag is in de Nederlandse literatuur tot nog toe vooral gesteld vanuit de gedachte dat bedenktijdregelingen op gespannen voet staan met het adagium *pacta sunt servanda*. Zelf vertrek ik vanuit een enigszins ander perspectief, namelijk dat van drie beginselen waardoor de regelgever zich in dit verband behoort te laten leiden, namelijk (met een Duitse term) *Zumutbarkeit*, proportionaliteit en subsidiariteit. Aan het slot van het hoofdstuk verken ik ook kort de vraag op welke terreinen zich nieuwe bedenktijdregelingen laten denken.

2. BIJZONDERE NORMSTELLING

7. *Doeleinden van recht*

Het karakter van de normstelling bij bedenktijdregelingen verschilt wezenlijk van hetgeen overigens binnen het contractenrecht gangbaar is, zo stelde ik hiervoor (nr. 3). Wat bedoel ik in dit verband met het karakter van de normstelling?

Het spreekt vanzelf dat de regelgever met een door haar gegeven norm een of meer doeleinden nastreeft. Die regelgever kan onze nationale wetgever zijn, of een lager overheidsorgaan (vooral buiten het privaatrecht), maar ook een bevoegd orgaan van de Europese Unie. Voorzover de rechter meer doet dan door de regelgever gegeven normen interpreteren en toepassen, en algemeen geldende normen formuleert, geldt ook voor de rechter – meestal de Hoge Raad, in verband met het belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling – dat hij daarmee bepaalde, het voorgelegde geval overstijgende, doeleinden nastreeft.

Die doeleinden kunnen buiten de sfeer van het recht zijn gelegen, zoals het stimuleren van de economie, het bevorderen van goed onderwijs en – wat betreft de Europese regelgever – het realiseren van een gemeenschappelijke markt. In het privaatrecht – niet alleen daar – en met name ook in het contractenrecht liggen de doeleinden heel vaak binnen de sfeer van het recht. Ik denk aan de rechtsbeginselen, zoals het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van volledige schadevergoeding, enzovoort.

Er zijn tal van regels waarmee de regelgever beoogt dergelijke rechtsbeginselen te realiseren. Men zou ook meer algemeen kunnen spreken van 'rechtswaarden', in de zin van waarden die aan ons rechtsstelsel inherent zijn en door de regelgever reeds op zichzelf – dat wil zeggen los van de implicaties voor bijvoorbeeld de economie – als nastrevenswaardig worden beschouwd.

Ter verduidelijking van mijn positie twee opmerkingen. De eerste is dat in dit verband in het midden kan blijven of bedoelde rechtsbeginselen en rechtswaarden *a priori* gegeven zijn, zoals het natuurrecht leert, of niet. Ook wanneer men de leer van het natuurrecht verwerpt, zal men door analyse van een bepaald stelsel van positief recht kunnen doorstoten naar een meer fundamentele dieptelaag ónder de verzameling van losse rechtsnormen. Een zinnvolle ordening van die losse normen – of die nu door de regelgever geschiedt met de volgorde van bepalingen en de indeling in bijv. afdelingen en titels, of door een rechtsgeleerd auteur in enige publicatie – zal een dergelijke analyse zelfs veelal veronderstellen.

Mijn tweede opmerking is dat veel rechtsbeginselen of rechtswaarden met buiten de juridische sfeer gelegen belangen in verband kunnen worden gebracht. Zo is trouw aan het gegeven woord uiteraard ook van groot belang met het oog op een goed functionerende economie. Ik meen echter dat we tekortdoen aan de eigen aard van het juridische, wanneer we het beginsel van de verbindende kracht uitsluitend uit een economisch motief verklaren.

8. *Toepassingsvereisten en -gevolgen*

Met mijn opmerking over het buitengewone karakter van de normstelling bij bedenktijdregelingen, doel ik op het verband tussen de zojuist bedoelde doeleinden die de regelgever met een norm nastreeft en de vormgeving van de norm in toepassingsvereisten en toepassingsgevolgen. Waar het elders binnen het privaatrecht gangbaar is dat die doeleinden doorklinken in de vereisten die de norm voor een bepaald rechtsgevolg stelt (welke rechtsfeiten moeten zich hebben voorgedaan?) en ook in de aard en omvang van de gevolgen die de norm aan de vereiste rechtsfeiten verbindt, is dat bij de bedenktijdregelingen anders. Aan de bevoegdheid van de consument tot beëindiging van de door hem gesloten overeenkomst worden geen inhoudelijke eisen gesteld. De consument wordt slechts een termijn gesteld waarbinnen hij die beëindiging dient in te roepen. Ook het rechtsgevolg, de beëindiging, is ongeclausuleerd.

9. *Klassiek contractenrecht als evenwichtskunst*

Nog in een andere zin is sprake van buitengewone normstelling. Voor het klassieke contractenrecht geldt bij uitstek dat de diverse rechtsbeginselen of rechtswaarden met elkaar kunnen conflicteren.⁵ Het beginsel dat men tegen zijn wil niet gebonden is ('autonomiebeginsel') en het vertrouwensbeginsel zijn belangrijke waarden, die men niet beide tegelijk ten volle kan honoreren. De wetgever heeft niet radicaal voor een van beide gekozen, maar heeft met de subtiele wilsvertrouwensleer (art. 3:33-35 BW) een evenwicht proberen te bereiken. Een conflict tussen dezelfde beginselen ligt ook aan de genuanceerde dwalingsregeling (art. 6:228 BW) ten grondslag.

Dergelijke evenwichtskunst is aan de bedenktijdregelingen vreemd. Voor de duur van de termijn waarbinnen de beëindiging van de overeenkomst moet worden ingeroepen, moet alles voor de door de regelgever nagestreefde consumentenbescherming wijken.

10. *Waarom vergelijken?*

Met bedenktijdregelingen wil de regelgever onder meer een weloverwogen en op een juiste voorstelling van zaken gebaseerde keuze van de consument bevorderen. Ik sprak hiervoor van een bescherming tegen een 'informatietekort' respectievelijk een 'psychologisch tekort' (nr. 3). De traditionele aanpak van het informatietekort is die van het dwalingsleerstuk. En voor een ernstig psychologisch tekort kan men – afgezien van gevallen van bedreiging – terecht bij het leerstuk van misbruik van omstandigheden.

Vergelijking met deze klassieke remedies kan in de eerste plaats de bijzondere normstelling bij bedenktijdregelingen nader illustreren, en geeft in de tweede plaats zicht op de vraag waarvoor bedenktijdregelingen eigenlijk het alternatief zijn.

Ik beschrijf hierna enkele voor mijn betoog relevante hoofdlijnen van de regeling van art. 6:228 (en 6:230) BW en (beknoper) die van art. 3:44 (en 3:54) BW. Natuurlijk zijn niet alle kenmerken van die regelingen klassiek, in de zin van reeds lang bestaand. Bijvoorbeeld de nuancering van rechtsgevolgen, zoals die uit art. 3:54 en 6:230 BW volgt, is betrekkelijk nieuw. Maar dergelijke nieuwe nuanceringen van het reeds eerder bestaande stelsel, zijn wel het resultaat van een zelfde stijl van normstelling. Het is die *stijl* die ik als klassiek aanduid.

5 Zie uitvoerig J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 1979.

11. *Dwaling*

Voor vernietiging op grond van art. 6:228 BW is vereist dat daadwerkelijk sprake is geweest van een onjuiste voorstelling van zaken. De partij die zich op de vernietigingsgrond beroept, zal gemotiveerd de feiten moeten stellen waaruit volgt dat bij hem een juiste voorstelling van zaken ontbrak en – indien de wederpartij een en ander voldoende gemotiveerd betwist – die feiten ook moeten bewijzen. Dat betekent onder meer ook dat indien op de wederpartij een mededelingsplicht rustte, als bedoeld in lid 1 onder b, en de wederpartij aanvoert dat zij aan die verplichting heeft voldaan – daarmee de onjuiste voorstelling van zaken betwistend – het in beginsel op de weg ligt van de partij die zich op dwaling beroept, om te bewijzen dat de beweerde mededeling níét is gedaan.⁶

Wie meent dat de bewijslast op de wederpartij moet rusten, omdat anders de partij die zich op dwaling beroept een ‘negatief feit’ (het niet gedaan zijn van een mededeling) zou moeten bewijzen, heeft het naar geldend Nederlands bewijsrecht mis. Volgens de hoofdregel van art. 150 Rv is de verdeling van de bewijslast afhankelijk van de vraag wie het rechtsgevolg van bepaalde feiten inroept, onverschillig of het zogenaamde positieve of negatieve feiten betreft.⁷

De partij die zich op dwaling beroept zal ook het causaal verband tussen de onjuiste voorstelling van zaken en de totstandgekomen overeenkomst moeten stellen en eventueel bewijzen. Volgens de Hoge Raad mag men deze stelplicht niet steeds al te streng nemen: van de dwalende zal niet altijd kunnen worden verlangd dat hij precies aangeeft op welke andere voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten indien hij niet onder invloed van dwaling zou hebben gehandeld; in zo’n geval is het voldoende dat hij stelt – en in geval van betwisting aanneemelijk maakt – dat hij een of meer concreet door hem aan te wijzen onderdelen van de overeenkomst niet zou hebben aanvaard.⁸ ‘Aanneemelijk maken’ staat in dit verband voor een lagere graad van zekerheid dan waarmee gewoonlijk bij de waardering van bewijs genoeg wordt genomen.

6 HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 781 (Bouman/Rabobank).

7 W.D.H. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Deventer 1998, nr. 1.4.4; H.L.G. Wieten, *Bewijs*, Studiereeks Burgerlijk Procesrecht, Deventer 2002, nr. 3.7.

8 HR 17 januari 1997, NJ 1997, 222 (Geerlofs/Meinsma).

Het met de dwalingsregeling nagestreefde doel (eenvoudig gezegd: de partij te hulp schieten die onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken heeft gecontracteerd en daardoor wordt benadeeld), vertaalt zich dus één op één in de door art. 6:228 BW gestelde vereisten. Er moet daadwerkelijk van een onjuiste voorstelling van zaken sprake zijn geweest en de overeenkomst moet daadwerkelijk het gevolg zijn van die onjuiste voorstelling van zaken.

Een onjuiste voorstelling van zaken en causaal verband volstaan echter niet voor vernietiging op grond van art. 6:228 BW. Bovendien moet een van de drie in lid 1 omschreven gevallen zich voordoen. De beperking die daarmee gegeven is, hangt samen met een conflict van rechtsbeginselen. Behalve het belang dat de partij die dwaalde bij vernietiging heeft, verdient ook bescherming het belang van de wederpartij die aan de totstandgekomen overeenkomst vertrouwen ontleende. Het door de wetgever bereikte evenwicht houdt in dat vernietiging alleen mogelijk is indien de dwaling in de risicosfeer van de wederpartij ligt, namelijk indien zij berust op een door de wederpartij gedane onjuiste mededeling, op de schending van een spreekplicht, of indien ook de wederpartij heeft gedwaald en die dwaling ook aan haar zijde van invloed is geweest. In dat verband gelden bovendien kenbaarheidscorrecties: vernietiging is niet mogelijk indien de wederpartij mocht menen dat ook bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst tot stand zou komen.⁹

Wanneer ik de nuanceringen van lid 2 laat voor wat ze zijn, verdient vervolgens vermelding dat volgens art. 6:230 BW een beroep op vernietiging door de wederpartij kan worden afgeweerd doordat zij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, 'die het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft' (lid 1). Wijziging in plaats van vernietiging kan ook het gevolg zijn van een beslissing in die zin van de rechter, 'op verlangen van een der partijen' (lid 2). Ook de omvang van de gevolgen van een beroep op dwaling zijn derhalve afgestemd op het doel van de regeling, in die zin dat die gevolgen niet verder behoeven te gaan dan nodig is om het nadeel van de dwalende op te heffen.

9 Zie wat betreft het 'tenzij' in art. 6:228 lid 1 onder a en c. Over de impliciete kenbaarheids eis die in de bepaling onder b (geschonden mededelingsplicht) besloten ligt, zie Asser-Hartkamp 2001 (4-II), nr. 186.

12. *Bedenktijd versus dwaling*

Bovenstaande summiere beschrijving van de dwalingsregeling illustreert het onderscheid met bedenktijdregelingen met maximaal contrast. De consument die zich op een bedenktijdregeling beroept, heeft immers niets aan te voeren of te bewijzen omtrent een onjuiste voorstelling van zaken – een ‘informatietekort’ – en de invloed daarvan op het aangaan van de overeenkomst. Met de belangen van de wederpartij wordt bij bedenktijdregelingen in het geheel geen rekening gehouden, anders dan dat de uitoefening van de beëindigingsbevoegdheid aan een korte termijn is gebonden. En het rechtsgevolg van het invoeren van de bedenktijd is al even ongenueanceerd: een aanbod tot wijziging van de overeenkomst heeft de consument nimmer te aanvaarden.

Met een bespreking van vereisten en rechtsgevolgen is de vergelijking echter bepaald niet compleet. Hoe staat het met de effectiviteit van dwaling als remedie voor een partij die op grond van een onjuiste voorstelling van zaken heeft gecontracteerd?

De effectiviteit van rechtsregels is het terrein van de rechtssociologie. Relevant rechtssociologisch onderzoek is mij niet bekend. Op grond van gezond verstand en enige praktijkervaring meende ik niettemin de navolgende opmerkingen te kunnen maken.

De bedoelde effectiviteit van de dwalingsregeling wordt mijns inziens in twee opzichten belangrijk beperkt. In de eerste plaats betekent bewijslast bewijsrisico. Het is alleszins aannemelijk dat er gevallen zijn waarin de partij die zich op dwaling beroept, het onderspit delft, omdat zij de onjuiste voorstelling van zaken niet blijkt te kunnen bewijzen en/of het causaal verband niet aannemelijk kan maken, hoewel die onjuiste voorstelling en dat causaal verband er wel degelijk zijn geweest. In de tweede plaats betekenen alle nuanceringen die art. 6:228 (en 6:230) BW bevat, even zovele potentiële geschilpunten. Het spreekt vanzelf dat het voeren van een procedure over dwaling daarmee veelal kostbaar zal zijn.

Zowel het bewijsrisico als de hoogte van de proceskosten werpen hun schaduw uiteraard vooruit. Het risico dat men niet zal blijken te kunnen bewijzen wat men moet bewijzen, is een goede reden om niet te procederen, hetzij in die zin dat men het hoofd geheel in de schoot legt, hetzij dat men met de wederpartij tot een regeling komt waarvan de inhoud mede op een inschatting van het bewijsrisico is gebaseerd. De verwachting dat de proceskosten hoog zullen zijn, zal de neiging om het maar op te geven of een ongunstige regeling met de wederpartij te aanvaarden, uiteraard versterken.

Rechtsbijstandsverzekeringen kunnen de invloed van de kostenfactor neutraliseren, en ook deels – wat betreft de proceskosten – die van het bewijsrisico, namelijk in het geval dat ook het risico van een veroordeling in de kosten van de wederpartij door de verzekering wordt gedekt.

Het spreekt vanzelf dat bedenktijdregelingen vele malen effectiever zijn. Alleen wat betreft de vorm waarin en het tijdstip waarop men de beëindiging van de overeenkomst inroept, bestaat een relevant bewijsrisico. En dat risico is zeer goed te vermijden, hetzij geheel (door het uitbrengen van een deurwaardersexploot, waarmee ook de inhoud van de verzonden verklaring vaststaat), hetzij grotendeels (bijv. door verzending van een schriftelijke verklaring met ontvangstbevestiging). Het procederen over een aan nuances zo arme bedenktijdregeling zal ook verhoudingsgewijs weinig kosten, omdat de stelplicht beperkt is en het aantal potentieel door de wederpartij te voeren verweren gering.

13. *Misbruik van omstandigheden*

De partij die op grond van misbruik van omstandigheden de vernietiging van de overeenkomst inroept, zal in de eerste plaats de aanwezigheid van ‘bijzondere omstandigheden’ moeten stellen en eventueel bewijzen. Als zodanig noemt het derde lid van art. 3:44 BW in een niet-limitatieve opsomming: noodtoestand, afhankelijkheid, lichtsinnigheid, abnormale geestestoestand en onervarenheid. Op dezelfde partij rust ook de stelplicht ten aanzien van het causaal verband tussen de bijzondere omstandigheden en de verrichte rechtshandeling. Het ligt voor de hand dat net als bij dwaling geldt dat deze stelplicht niet te streng mag worden genomen en dat in geval van bewijslevering volstaat dat de bijzondere omstandigheden aannemelijk worden (vergelijk nr. 11).

Dat een rechtshandeling is verricht onder invloed van bijzondere omstandigheden – zodat sprake is van een relevant ‘psychologisch tekort’ – volstaat niet. Met het oog op het belang van de wederpartij gelden aanvullende eisen en ook te dien aanzien rusten stelplicht en bewijslast op de partij die de vernietiging inroept. De wederpartij moet hebben begrepen dat degene die de vernietiging inroept door de bijzondere omstandigheden tot het verrichten van de rechtshandeling werd bewogen. Bovendien moet de wederpartij het tot stand komen van de rechtshandeling hebben bevorderd, ofschoon hetgeen hij wist of moest begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden. Dat bevorderen mag men intussen niet te streng nemen. De enkele omstandigheid dat men – ondanks de wetenschap van de bijzondere omstandigheden en

het causaal verband – aan de rechtshandeling medewerking verleent, kan voldoende zijn.¹⁰

Het spreekt vanzelf dat de genoemde vereisten en de daarmee verbonden stelplicht en bewijslast aanzienlijke obstakels vormen voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden. Voor wat betreft de schenking waarvan geen notariële akte is opgemaakt, komt de wetgever de partij die de vernietigbaarheid inroept te hulp met een omkering van de bewijslast in art. 7:176 BW. Buiten dat geval is voorstelbaar dat de rechter op grond van de vaststaande feiten een feitelijk vermoeden aanneemt ten gunste van de partij die zich op misbruik van omstandigheden beroept. Daarvoor zal, meen ik, vooral plaats zijn in het geval dat de bijzondere omstandigheden vaststaan, de wederpartij met die omstandigheden bekend was en de rechtshandeling voorzienbaar nadelig was voor de partij die de vernietigbaarheid inroept.¹¹

Dat een dergelijk feitelijk vermoeden de instemming van de Hoge Raad zal kunnen wegdragen, leid ik af uit HR 29 november 2002, NJ 2003, 243, waar de Hoge Raad in een dergelijk geval de beslissing van het hof dat van misbruik van omstandigheden geen sprake was, casseert wegens een motiveringsgebrek. Het door mij bedoelde feitelijk vermoeden zou bovendien goed aansluiten bij de tweede volzin van het eerste lid van art. 3:34 BW, dat wat betreft een beroep op een geestelijke stoornis in een vergelijkbaar geval een vermoeden ten gunste van de geestelijk gestoorde bevat.

Ook voor misbruik van omstandigheden geldt dat een beroep op vernietiging door de wederpartij kan worden afgeweerd met een afdoende wijzigingsvoorstel en dat ook de rechter op verlangen van partijen de overeenkomst kan wijzigen (art. 3:54 BW).

14. *Bedenktijd versus misbruik van omstandigheden*

De vergelijking tussen bedenktijdregelingen en de regeling van misbruik van omstandigheden is – na de vergelijking met dwaling (nr. 12) – spoedig gemaakt. Ook hier is het contrast maximaal, zowel wat betreft de toepassingsvereisten als de rechtsgevolgen.

Voor misbruik van omstandigheden geldt evenals voor dwaling dat de effectiviteit van de remedie sterk wordt beperkt door het bewijsrisi-

10 Parl. Gesch. Boek 3, p. 212 e.v.

11 Vergelijk Asser-Hartkamp 2001 (4-II), nr. 216a en R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verzoeken*, rede VU 1996, p. 57 e.v. Hartkamp bepleit t.a.p. de mogelijkheid van een echte bewijslastomkering.

co en de voorzienbare proceskosten. Een omkering van de bewijslast zoals in art. 7:176 BW voorzien, kan een belangrijke verlichting betekenen voor de partij die zich op misbruik van omstandigheden beroept, maar in vergelijking met een bedenktijd is die verlichting maar zeer betrekkelijk. Ook in het stelsel van art. 7:176 BW draagt de partij die de vernietigbaarheid inroept immers de stelplicht. Het (subtiele) debat over de feiten zal zij dus gewoon moeten aangaan. De consument die zich op een bedenktijd beroept behoeft dat niet. Het door hem te voeren debat is uiterst overzichtelijk en de uitkomst ervan in hoge mate voorspelbaar.

Een feitelijk vermoeden ten gunste van de partij die zich op misbruik van omstandigheden beroept, zoals in het vorige nummer gesuggereerd, heeft op de effectiviteit van de remedie niet meer invloed dan de bewijslastomkering van art. 7:176 BW, en in theorie minder, omdat in geval van zo'n vermoeden (formeel) het bewijsrisico blijft liggen bij de partij die de vernietiging inroept.¹²

3. REDENEN VOOR DE REGELGEVER

15. *Inleidende opmerkingen*

Welke waren de redenen voor de nationale respectievelijk Europese regelgever voor de van het klassieke contractenrecht zo afwijkende bedenktijdregelingen? Om die redenen gaat het in dit hoofdstuk.

De wetsgeschiedenis van art. 25 Cw (3.1) is uitvoerig en geeft ook een goed inzicht in de door de wetgever gemaakte afweging. Ook mijn bespreking van die geschiedenis zal daarom relatief uitvoerig zijn. Voor de drie naar aanleiding van Europese richtlijnen geïntroduceerde of nog te introduceren bedenktijdregelingen, namelijk die met betrekking tot timesharing (3.2), overeenkomsten op afstand (3.3) en financiële diensten op afstand (3.5), geldt dat de totstandkomingsgeschiedenis zoals die uit de stukken blijkt, aanzienlijk compacter is weer te geven. Bovendien sluiten de motieven voor die regelingen gedeeltelijk aan bij die voor colportage. Het laatste geldt zeker niet voor een recent product van eigen bodem: de bedenktijd bij koop van onroerende zaken (3.4). Dat deze laatste bedenktijd er zou moeten komen, was ook bepaald niet onomstreden. Mijn bespreking van de redenen van de wetgever voor

12 W.D.H. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Deventer 1998, nr. 1.4.3; G.J. Visser, *Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties*, TCR 1997, p. 75 e.v.

deze bedenktijd, zoals die uit de parlementaire stukken blijken, zal daarom weer tamelijk uitvoerig zijn.

3.1. Colportage

16. *Huidige regeling*

Art. 25 Cw geeft de particulier die door een colporteur tot het aangaan van een overeenkomst is bewogen, het recht om die overeenkomst binnen een termijn van acht dagen te ontbinden. Dat alleen een particulier zo'n ontbindingsrecht heeft, volgt uit de definitie van de colporteur in het eerste lid van art. 1 Cw (onder c). De wetgever heeft bewijsproblemen voor de ontbindende particulier zoveel mogelijk weten te voorkomen. Antedateren van de overeenkomst door de colporteur is niet mogelijk, omdat de termijn van acht dagen pas gaat lopen nadat de akte waarin de overeenkomst is neergelegd, door de Kamer van Koophandel en Fabrieken van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien (art. 25 leden 2 en 3 Cw). De particulier die zich voor zijn ontbindingsverklaring van een brief of briefkaart met een bewijs van terpostbezorging bedient, wordt door het vierde lid van art. 25 Cw te hulp geschoten met bewijsvermoedens wat betreft de inhoud en het moment van ontvangst van de verklaring. Nakoming van de overeenkomst vragen kunnen partijen pas na ommekomst van de achtdagentermijn (art. 25 lid 6 Cw). Op straffe van nietigheid moet de overeenkomst in tweevoud in een akte zijn neergelegd, waarin onder meer de mogelijkheid van een ontbinding op de voet van art. 25 Cw is vermeld, alsook de voor een schriftelijke ontbindingsverklaring benodigde adresgegevens; beide partijen ontvangen een exemplaar (art. 24 Cw). Aldus is zoveel mogelijk verzekerd dat de particulier van zijn ontbindingsrecht op de hoogte is.

17. *De regering vraagt advies*

Wat heeft onze wetgever tot deze regeling bewogen? De geschiedenis van de Colportagewet begint op 1 november 1966 met een brief van de minister van Economische Zaken, de latere premier J.M. den Uyl (PvdA), aan de Sociaal Economische Raad (SER),¹³ waarbij hij de SER om advies vraagt. De aanleiding daarvoor omschrijft de brief als volgt:

‘Gedurende de laatste jaren worden herhaaldelijk klachten vernomen over zogenaamde agressieve verkoopmethoden, waarbij de consument zodanig

13 Bijlage 1 bij het SER-advies, Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 30.

wordt beïnvloed, dat hij aankopen doet waarvan hij later spijt heeft. Als regel gaat het daarbij om de aankoop van duurzame huishoudelijke goederen zoals keukenmixers, wasmachines, stofzuigers, lappen stof, antireuma ondergoed, hoogtezonnen etc. De hiervoor bedoelde verkoopmethoden worden zowel toegepast bij de huis-aan-huis-colportage als bij de verkoop tijdens of na demonstratie van goederen in niet-commerciële ruimten zoals bioscopen, gehuurde zaaltjes en op huishoudbeurzen. Het merendeel der klachten wijst uit, dat deze praktijken het meest voorkomen bij de verkoop op afbetaling.’

Men weet zich in vroeger jaren. Welke colporteur verdient anno 2004 nog zijn brood met de verkoop van keukenmixers of lappen stof? En welke consument zal het nu nog hevig betreuren dat hij zich de luxe van een wasmachine of stofzuiger heeft laten aanpraten? De minister meende niettemin dat er alle aanleiding was om de klachten serieus te nemen. Volgens door de minister bij onder meer consumentenorganisaties verkregen inlichtingen ging het om vrij vaak voorkomende situaties. De brief vervolgt:

‘Bij het beantwoorden van de vraag of tegen dergelijke praktijken moet worden opgetreden, kan men het standpunt innemen, dat de consument een eigen verantwoordelijkheid heeft en niet tegen alles kan worden beschermd. Het blijkt echter, dat herhaaldelijk minder draagkrachtigen slachtoffer zijn van de hiervoor gesignaleerde praktijken. Uit sociale overwegingen zou derhalve het treffen van maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn.’

Eigen verantwoordelijkheid of bescherming van minder draagkrachtigen en sociaal zwakkeren, dat was het dilemma. De brief schetst vervolgens voorzichtig de contouren van een eventuele bedenktijdregeling:

‘In dit opzicht zijn suggesties gedaan – met name van de zijde van de consumentenorganisaties – om de koper het recht te geven binnen enkele dagen op de koop terug te komen, waarbij is gewezen op voorbeelden in andere landen. Een nadeel daarvan is evenwel dat hierdoor de rechtsgeldigheid van aangegane overeenkomsten wordt aangetast en dat de bonafide handel daardoor in zijn belangen zou kunnen worden geschaad. Dit nadeel zou kunnen worden beperkt door het terrein van ingrijpen nauw te begrenzen, bijvoorbeeld tot afbetalingstransacties, en daarvan in het bijzonder bepaalde categorieën zoals demonstratieve verkoop buiten de normale verkoopplaatsen en transacties boven een zeker bedrag.’

18. *Het advies van de SER*

De SER stelde een commissie in onder voorzitterschap van prof. mr. C.H.F. Polak om zijn advies voor te bereiden. Na één vergadering van de commissie werd Polak (VVD) echter benoemd – het kabinet Cals was in de ‘Nacht van Schmelzer’ gevallen – tot minister van Justitie in het kabinet De Jong. Prof. mr. A.D. Belinfante volgde hem op als voorzitter van de commissie. In het door bedoelde commissie voorbereide advies onderschreef de SER dat sprake was agressieve verkoopmethoden. Een definitie van die methoden viel volgens de SER niet te geven; misleiding en overrompeling zijn echter veel voorkomende kenmerken. In de woorden van het advies van 14 juni 1968:¹⁴

‘De hier bedoelde methoden zijn moeilijk te definiëren. In vele gevallen is er sprake van een zekere misleiding. De verkoper doet het voorkomen alsof het een speciale aanbieding betreft, die éénmalig en uitzonderlijk gunstig is, of brengt het aanbod ten onrechte in verband met de zorg om de gezondheid e.d. Een grovere vorm van misleiding bestaat hierin, dat men bewust de volledige draagwijdte van de beslissing van de koper camoufleert, zodat eerst achteraf blijkt welke consequenties aan de meestal door een han[d]tekening bekrachtigde afspraak verbonden zijn. Een ander kenmerk is, dat men de koper overrompelt en een beslissing forceert, zodat de koper nog onder de indruk van de “verkoopmotieven” onmiddellijk moet beslissen. Vooral wanneer de kopers groepsgewijze worden benaderd, ontstaat dan een koop-situatie, die weinig of geen ruimte laat voor een eigen beslissing. De onverwachte benadering geschiedt in vele gevallen door colporteurs. Soms gaat het daarbij om een koop op afbetaling van relatief kostbare gebruiksartikelen, maar niet zelden biedt de colporteur ook waren aan, die direct betaald moeten worden.’

Een belangrijk element is verder dat doorgaans van de consument geen initiatief is uitgegaan:

‘Anders dan bij winkelverkoop, waarbij toch altijd sprake is van een zeker eigen initiatief (de koper gaat uit eigen verkiezing de winkel binnen), gaat er bij de toepassing van agressieve verkoopmethoden vrijwel nooit initiatief van de consument zelf uit. Hij wordt onverwachts thuis aan de deur benaderd of hij wordt, gelokt door het voorwendsel van een filmvoorstelling, bustocht enz., in een situatie gebracht, waarin hij onvoorbereid over de aankoop van een artikel moet beslissen.’

14 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 25.

Anders dan de verkoper met een winkel behoeft de colporteur ook nauwelijks te vrezen voor het verlies van een goede naam:

‘Een opmerkelijk kenmerk van de hier bedoelde agressiviteit is, dat de aanbiedingen meestal afkomstig zijn van handelaren, die niet over een winkel, soms zelfs niet over een vast zakenadres beschikken. Deze “ongeregelde” handel kent niet de zorg voor continuïteit in de bedrijfsvoering en met het oog daarop voor handhaving van een goede naam. Dikwijls werkt zo’n handelaar uitsluitend met een postbusnummer en blijven zijn naam en adres onbekend, of hij wisselt voortdurend van handelsnaam, zodra hij weer een ander artikel aanbiedt en/of van methode verandert.’

De slachtoffers van de agressieve verkooptechnieken zijn niet alleen te vinden in de kring van mensen met een kleine portemonnee, maar ook in die

‘...van hen, die om welke reden dan ook weinig weerstand weten te bieden aan bepaalde verkoopmethoden.’

De effectiviteit van de reguliere civielrechtelijke mogelijkheden om de bedoelde agressieve verkooptechnieken te bestrijden – genoemd werden dwang, dwaling en bedrog en ook misbruik van omstandigheden (het laatste was naar de toenmalige stand van de rechtspraak een geval van strijd met de goede zeden) – wordt in het SER-advies niet hoog aangeslagen:¹⁵

‘De raad heeft de indruk, dat de mogelijkheden om langs civielrechtelijke weg op te treden onvoldoende bekend zijn bij het publiek en dat te weinig gebruik van deze mogelijkheden wordt gemaakt. Wellicht vindt dit laatste ook zijn oorzaak in de omstandigheid, dat het verkrijgen van bescherming en hulp steeds enig initiatief van de benadeelde vereist. Zoals dat ook met andere zaken (arbeidszaken) meestal het geval is, zal de hulp langs deze weg pas effectief zijn, indien de consument raad en bijstand ontvangt van deskundigen, b.v. van een consumentenorganisatie. Er blijft dan overigens nog de moeilijkheid inzake de bewijsvoering. Bij het sluiten van de hier bedoelde transacties zijn vrijwel nooit getuigen aanwezig, zodat het voor de consument vaak zeer moeilijk is het bewijs te leveren, dat de handelaar misbruik van omstandigheden heeft gemaakt. Gezien het bovenstaande is het begrijpelijk, dat de consument, zo hij al op de hoogte is van de mogelijkheid om

15 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 26.

langs civielrechtelijke weg op te treden, niet gauw ertoe over zal gaan van die weg gebruik te maken.’

19. *De SER over bedenktijd*

Hoezeer de SER ook de wenselijkheid van het nemen van maatregelen onderschreef,¹⁶ de in de adviesaanvraag door de minister zo prominent aanwezige bedenktijd werd door de SER niet omarmd. De SER voorzag problemen met het toepassingsbereik van de regeling. De normale winkelverkoop zou uiteraard buiten de regeling moeten vallen. Maar ook een regeling die alleen van toepassing zou zijn op de verkoop door colporteurs zou in ogen van de SER nog te algemeen zijn. Aan zo’n regeling zou volgens de raad het bezwaar zijn verbonden:¹⁷

‘...dat ter bestrijding van de onbehoorlijke praktijken van een kleine groep handelaren aan vele anderen verplichtingen worden opgelegd, die (...) belemmerend werken op de normale bedrijfsuitoefening. Aan dit bezwaar kan tegemoet worden gekomen door in de omschrijving van colportage uit te zonderen die vormen, ten aanzien waarvan overmatige agressiviteit niet behoeft te worden gevreesd. Aangezien het gaat om “onbehoorlijke” praktijken, is het echter ondoenlijk voor deze uitzonderingen in de praktijk hanteerbare criteria aan te leggen.’

Het advies vermeldde verder enige bezwaren van meer praktische aard, met name bewijsmoeilijkheden voor de koper, die – zo kunnen wij nu vaststellen – in de latere Colportagewet goeddeels tot een oplossing zijn gebracht. Maar daarnaast verwierp de SER de mogelijkheid van een bedenktijdregeling ook vanuit een principiële invalshoek:

‘Een meer principieel bezwaar is de rechtsonzekerheid, die door een wettelijke afkoelingsperiode ontstaat. Men breekt hierdoor met een belangrijk beginsel van ons burgerlijk recht: dat gesloten overeenkomsten moeten worden nageleefd. Gevreesd moet worden, dat niet kan worden voorkomen dat van deze bepaling misbruik wordt gemaakt, doordat wispelturige kopers, die op een normale wijze een overeenkomst hebben gesloten, de gelegenheid te baat nemen om hierop achteraf naar willekeur terug te komen. Het gevaar bestaat, dat de regeling weer andere moeilijkheden zal oproepen, die buiten de sfeer liggen van het doel, waarvoor zij is getroffen, en dat zij dus over haar doel zal heenschieten.’

16 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 25.

17 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 27.

Rechtsonzekerheid, strijd met het beginsel *pacta sunt servanda* en het gevaar van misbruik, het zijn bedenkingen die we ook in verband met andere bedenktijdregelingen horen. Voor de SER waren de diverse bezwaren reden om alleen een publiekrechtelijke aanpak van agressieve verkoopmethoden door colporteurs te adviseren. De belangrijkste aanbeveling was de introductie van een ‘verbod bij gebleken ongeschiktheid’: tegen colporteurs die zich misdragen zou bij een in te stellen commissie moeten kunnen worden geklaagd, die de minister van Justitie zou adviseren over het al dan niet opleggen van een tijdelijk verbod aan de betrokken persoon (derhalve een individueel verbod) om als colporteur op te treden, met de mogelijkheid van beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven.¹⁸

20. *Het wetsvoorstel*

Na het advies van de SER is de wetgever voortvarend aan het werk gegaan. C.H.F. Polak, die nu als minister moest oordelen over het advies dat was voorbereid door de commissie waarvan hij aanvankelijk voorzitter was geweest, kwam – tezamen met de staatssecretaris van Economische Zaken, L.J.M. van Son (KVP) – reeds in januari 1971 met een wetsvoorstel voor een Colportagewet. In de memorie van toelichting betuigde de regering haar dankbaarheid voor het advies van de SER, maar dat advies volgen deed zij niet. In plaats van een stelsel van verbod bij gebleken ongeschiktheid, koos het wetsvoorstel voor een registratiestelsel én een bedenktijdregeling.

Het registratiestelsel – dat behalve verschillen met het voorstel van de SER van een verbod bij gebleken ongeschiktheid, daarmee ook belangrijke trekken van overeenkomst vertoonde – hield een inschrijvingsplicht voor colporteurs in, met daaraan gekoppeld de mogelijkheid voor de minister van Economische Zaken om een colporteur wegens onbehoorlijk gedrag te waarschuwen of een colportageverbod op te leggen, met de mogelijkheid van beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Dit stelsel is met de wetwijziging van 22 januari 1992 vervallen. In plaats daarvan bevatten de huidige art. 7 en 8 van de Colportagewet voorschriften, waarvan de overtreding door art. 1 onder 4° WED als een economisch delict wordt aangemerkt.

18 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 29.

Alleen de publiekrechtelijke aanpak via het registratiestelsel achtte de regering onvoldoende:¹⁹

‘Het in het wetsontwerp opgenomen registratiestelsel zal er toe kunnen bijdragen, dat het euvel der agressieve verkoopmethoden afneemt. Doch voor een effectieve bestrijding hiervan kan naar de mening van de ondergetekenden een civielrechtelijke regeling als aanvulling op dat stelsel niet worden gemist. Door het treffen van een maatregel tegen een ingeschreven colporteur, die zich aan onbehoorlijk gedrag jegens een afnemer heeft schuldig gemaakt, wordt weliswaar bevorderd, dat hij zulks in de toekomst zal nalaten, doch daarmee is de betrokken afnemer, die door de onbehoorlijke methoden is overrompeld, niet gebaat.’

De voorgestelde civielrechtelijke regeling was de bedenktijdregeling (in de memorie van toelichting aangeduid als ‘afkoelingsperiode’) zoals die, met enkele wijzigingen ten opzichte van art. 23 van het wetsvoorstel, thans in art. 25 Colportagewet is neergelegd. Uiteraard kon de regering de bezwaren van de SER tegen zo’n regeling niet onbesproken laten. Ook de regering beschouwde

‘...de tijdelijke rechtsonzekerheid, welke het gevolg is van een wettelijke afkoelingsperiode als een op zich zelf minder aantrekkelijk aspect van een desbetreffende regeling, in het bijzonder met het oog op de belangen van de bonafide handel. Het is onvermijdelijk dat met een dergelijke regeling ook dat deel van de colportagehandel, dat zich niet aan onoirbare praktijken schuldig maakt, te maken krijgt. Eveneens is het onvermijdelijk, dat de regeling een mogelijkheid biedt tot het ongedaan maken van koopovereenkomsten aan hen, die niet overrompeld zijn, doch slechts uit wispelturigheid van gedachten veranderen. Indien de ondergetekenden, na afweging van de onderscheidene belangen, een wettelijke afkoelingsperiode niettemin verantwoord achten, is zulks gegrond op hun overtuiging, dat aan colportage, ook als deze overigens op bonafide wijze wordt uitgeoefend, doorgaans een element van overrompeling inherent is, en zij nu eenmaal het meeste succes heeft bij en daarom ook het meest wordt toegepast op de sociaal zwakkeren uit de samenleving. De voorgestelde regeling vormt een noodzakelijke voorwaarde voor een bescherming van in het bijzonder deze groep van consumenten tegen agressieve verkoopmethoden.’

19 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 3, p. 15.

Mij dunkt deze overweging van buitengewoon belang te zijn. De wetgever erkende de bezwaren die tegen een bedenktijdregeling kunnen worden ingebracht, maar achtte de keuze voor zo'n regeling niettemin ten opzichte van de (bonafide) colporteur te rechtvaardigen, omdat aan colportage een element van overrompeling inherent is – er is dus sprake van een 'psychologisch tekort' – terwijl alleen een bedenktijdregeling tegen die overrompeling effectieve bescherming kan bieden en in die zin derhalve noodzakelijk is. De onuitgesproken veronderstelling van de minister is verder dat de voorgestelde bedenktijd ten opzichte van de colporteur ook een evenredig middel van consumentenbescherming is. Aldus zijn de grondtrekken zichtbaar van de drie beginselen die ik in hoofdstuk 4 ten tonele zal voeren, namelijk die van *Zumutbarkeit*, proportionaliteit en subsidiariteit.

21. *Parlementaire behandeling van het voorstel*

Het voorlopig verslag vermeldt behalve voorstanders van een bedenktijdregeling ook tegenstanders. De argumenten van die tegenstanders waren in feite dezelfde als die van de SER: rechtsonzekerheid voor de colporteur (ook de bonafide), strijd met het beginsel dat gesloten overeenkomsten moeten worden nageleefd en het gevaar van misbruik, met name door de koper die tijdens de bedenktijd ontdekt dat hij elders goedkoper had kunnen slagen.²⁰

Dat het in het genoemde geval door de consument oneigenlijk gebruik van de bedenktijdregeling wordt gemaakt, lijkt mij niet vanzelfsprekend. Tot het effect van de overrompeling door een colporteur zal immers in het algemeen óók behoren dat de consument zich in mindere mate rekenschap zal geven van de mogelijkheid dat de aangeboden prestatie elders goedkoper verkrijgbaar is.

Tegenover deze bezwaren verdedigde de regering, in een nieuwe samenvatting – met het kabinet-Biesheuvel was inmiddels Van Agt (KVP) aangetreden als minister van Justitie – het wetsvoorstel in de memorie van antwoord met in essentie dezelfde argumenten als de memorie van toelichting bevatte. Vanwege het belang van die argumenten voor mijn betoog, citeer ik ook de memorie van antwoord.²¹ Tegenover de ingebrachte bezwaren

20 Kamerstukken II 1970/71, 11 106, nr. 6, p. 7.

21 Kamerstukken II 1971/72, 11 106, nr. 7, p. 9.

‘...staat, dat degenen, die hun bedrijf door middel van colportage uitoefenen, een verkoopmethode toepassen, waaraan een zekere mate van overrompeling inherent is, ook indien geen agressieve praktijken worden toegepast. In tegenstelling tot een bezoek aan een winkel, waarbij de consument zich zelf bewust aan de verleiding bloot stelt, goederen te kopen, wordt de consument bij een bezoek van een colporteur aan huis onvoorbereid in een persoonlijke sfeer benaderd. Het weerstand bieden tegen verkoopargumenten is hier niet zo gemakkelijk als in een winkel. Het is naar de mening van de ondergetekenden dan ook passend, dat voor deze verkoopmethode een bijzondere regeling wordt getroffen. Het risico, dat thans eenzijdig op de consument drukt, wordt dan meer evenwichtig tussen verkoper en koper verdeeld.’

Deze herhaalde verdediging van de voorgestelde bedenktijd bleek effectief. Niet alleen kwam het voorstel ongeschonden door de Tweede Kamer – in de Eerste Kamer werd van bezwaren tegen de bedenktijdregeling zelfs in het geheel niets vernomen. En zo kreeg Nederland in 1975 zijn eerste bedenktijdregeling.²²

22. *Europese richtlijn*

De Colportagewet is in 1989 gewijzigd²³ in verband met de Europese colportagerichtlijn.²⁴ Fundamenteel is die wijziging niet geweest. De bedenktijd bleef. Wel werden meer overeenkomsten dan voorheen onder het toepassingsbereik van de regeling gebracht.²⁵

In de considerans bij de richtlijn lag het accent op de positie van de consument, die wordt overrompeld en dikwijls niet in staat is kwaliteit en prijs van het aanbod met andere aanbiedingen te vergelijken. In het laatste element herkent men wat ik in mijn inleiding (nr. 3) een ‘informatiekort’ noemde en in het element van de overrompeling een ‘psychologisch tekort’.

22 Stb. 1973, 438. De Colportagewet trad in werking per 1 augustus 1975, Stb. 1975, 393.

23 Stb. 1989, 301.

24 85/577/EEG, PbEG 1985, L 372.

25 Het betreft afbetalings- en contantcolportage met goederen en diensten die in de situatie van vóór 1989 niet in het Aanwijzingsbesluit contantcolportage werden genoemd, en uitbreiding van het begrip ‘persoonlijk bezoek’ in het vijfde lid van art. 1 Cw. Vergelijk TK 1987/88, 20443, nr. 3, p. 7.

3.2. Timesharing

23. *De regeling*

De tweede bedenktijdregeling liet tot 1997 op zich wachten.²⁶ Zij gaat terug op de Europese richtlijn betreffende de bescherming van de verkrijger van een recht van deeltijds gebruik van onroerende zaken.²⁷ De Nederlandse wetgever heeft de regeling met betrekking tot rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken (hierna: timeshares of time-sharing) ingepast in titel 1 van Boek 7 BW (art. 7:48a e.v.). De regeling geldt alleen bij verkoop van timeshares door een professionele verkoper aan een consument (art. 7:48a BW).

De bedenktijdregeling vinden we in art. 7:48c BW. Volgens die bepaling heeft de koper van timeshares gedurende tien dagen na de terhandstelling van de koopakte of een afschrift daarvan – art. 7:48b BW bepaalt dat de koop schriftelijk moet worden aangegaan – het recht de koop zonder opgave van redenen te ontbinden. Dat de consument van dit recht op de hoogte is en ook weet tot wie hij zijn ontbindingsverklaring dient te richten, wordt gewaarborgd doordat art. 7:48b BW tezamen met art. 1 aanhef en onder l van het Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken²⁸ voorschrijft dat de koopakte de voor het recht op ontbinding essentiële gegevens moet bevatten. Indien de verkoper in zijn informatieplicht tekortschiet, leidt dit tot een verlenging van de bedenktijd met ten hoogste drie maanden, zie de tweede volzin van het eerste lid van art. 7:48c BW.

Bedoelde informatieplicht betreft intussen véél meer dan de gegevens met betrekking tot het recht op ontbinding. Het genoemde Gegevensbesluit somt in art. 1 een groot aantal gegevens op, alle van belang voor een zorgvuldige afweging door de koper. Voor elk van die gegevens geldt dat wanneer de verkoper die gegevens niet verstrekt, hem dit op een verlenging van de bedenktijd komt te staan.

De koper die van zijn recht op ontbinding gebruik maakt, is volgens het derde lid van dat artikel aan de verkoper geen enkele vergoeding verschuldigd. Zolang de koper een bedenktijd heeft, kan hij niet worden verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan; een gedane vooruitbetaling geldt als onverschuldigd betaald (art. 7:48d BW). Uiteraard is de regeling van dwingend recht; wat betreft de bescherming van de koper van timeshares is bovendien sprake van

26 Stb. 1997, 288.

27 Nr. 94/47/EG, PbEG L 280/83.

28 Stb. 1997, 289.

voorrangsregels in de zin van het internationaal privaatrecht (art. 7:48g BW).

24. *Redenen voor de bedenktijd*

De Europese regelgever noemde drie redenen voor de richtlijn met betrekking tot timesharing.²⁹ In de eerste plaats draagt timesharing veelal een grensoverschrijdend karakter. In de tweede plaats liepen de nationale stelsels met betrekking tot timesharing uiteen, waardoor volgens overweging 1 bij de richtlijn de werking van de interne markt werd belemmerd. In de derde plaats bedienen verkopers van timeshares zich in de praktijk veelal van agressieve verkooptechnieken. Specifiek bij de bedenktijdregeling noemde overweging 11 bij de richtlijn dat de onroerende zaak dikwijls in een ander land is gelegen dan waar de verkrijger woont en aan een andere wetgeving was onderworpen.

Het is niet moeilijk om aldus motieven voor de bedenktijdregeling te herkennen die min of meer vergelijkbaar zijn met die van de Nederlandse wetgever voor de bedenktijd bij colportage. Met enige aanvulling mijnerzijds van de uiterst summiere gegevens uit de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn, komt het op het volgende neer. De bedenktijdregeling is nodig gelet op een effectieve aanpak van agressieve verkoopmethoden, die door verkopers worden toegepast tegenover een consument die veelal in het buitenland op vakantie is. De koper wordt in die gevallen dus buiten zijn gewone omgeving met een aanbieding van timeshares geconfronteerd. Er is derhalve sprake van een 'psychologisch tekort'. De koper zal met de verkoper bovendien doorgaans in een vreemde taal moeten communiceren. Die verkoper zal van een onfatsoenlijke behandeling van deze consument waarschijnlijk geen relevant verlies van goede naam en dus van klanten hebben te vrezen. Slechts de verkoper die zich zo misdraagt dat dit internationaal tot negatieve publiciteit in de media leidt, zal met een afnemende klandizie worden geconfronteerd. De effectiviteit van alternatieve, meer genuanceerde remedies zoals dwaling of misbruik van omstandigheden voor de koper zou, om dezelfde redenen als bij colportage, zeer beperkt zijn. In het geval de koper inderdaad in het buitenland timeshares heeft gekocht, zou daar dan nog bijkomen dat hij in dat buitenland rechtshulp zou moeten zoeken, dat de procestaal doorgaans een voor hem vreemde taal zou zijn en de toepasselijke rechtsregels nog onbekender dan voor de gemiddelde consument het nationale recht dat reeds is.

29 Toelichting op het gemeenschappelijk standpunt van de Raad, PbEG 1994 C 137/47; vergelijk Kamerstukken II 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 1.

Maar behalve bescherming tegen een psychologisch tekort is klaarblijkelijk ook bescherming tegen een ‘informatietekort’ doel van de bedenktijd. De veelomvattende informatieplicht van de verkoper heeft juist dan goede zin wanneer gewaarborgd is dat de koper met de aldus verkregen informatie nog iets kan doen en zo nodig van de koop kan afzien. De bedenktijd is daartoe een bij uitstek geschikt middel. Anders gezegd: de bedenktijd is het sluitstuk van de informatieplicht.

3.3. Overeenkomsten op afstand

25. *De regeling*

Art. 46a e.v. BW, in werking getreden per 1 februari 2001,³⁰ berusten eveneens op een Europese richtlijn, namelijk die betreffende bescherming van de consument bij overeenkomsten op afstand.³¹ Ook in dit geval heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de regeling in te passen in titel 1 van Boek 7 BW. Dat wringt enigszins, want de regeling van overeenkomsten op afstand ziet niet alleen op koopovereenkomsten, maar ook op overeenkomsten die strekken tot het verrichten van diensten. De systematiek is aldus dat art. 7:46b-46h BW geschreven zijn voor koop op afstand. Art. 7:46i BW verklaart vervolgens veel van die bepalingen – waaronder de bedenktijdregeling van art. 7:46d – van overeenkomstige toepassing op de overeenkomst op afstand die strekt tot het verrichten van diensten. Een overeenkomst op afstand definieert art. 7:46a aanhef en onder a BW als ‘de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand’. Wat een techniek voor communicatie op afstand is, wordt onder d gedefinieerd: ‘een middel dat zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van partijen kan worden gebruikt voor het sluiten van de overeenkomst op afstand’. De regeling ziet alleen op overeenkomsten tussen een professionele verkoper of aanbieder van diensten en een consument (art. 7:46b aanhef en onder b en c BW).

Art. 7:46d BW bepaalt – met enkele uitzonderingen in het derde lid – voor koop op afstand dat de consument gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak het recht heeft om de overeenkomst zonder opgave van redenen te ontbinden. Art. 7:46c BW waarborgt dat de

³⁰ Stb. 2001, 25.

³¹ Nr. 97/7/EG, PbEG L 144.

consument zowel voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst als bij de nakoming van die overeenkomst (uiterlijk bij de aflevering) allerlei informatie wordt verschaft, waaronder informatie omtrent de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding, zie het eerste lid aanhef en onder f en het tweede lid aanhef en onder b. Indien de verkoper in zijn informatieplicht tekortschiet, geldt op grond van de tweede volzin van het eerste lid van art. 7:46d BW een termijn van drie maanden. Voldoet de verkoper binnen de termijn van drie maanden alsnog aan zijn verplichtingen, dan geldt vanaf dat moment een termijn van zeven dagen (zie de derde volzin van hetzelfde lid).

Ook bij koop op afstand geldt dat de informatieplicht van de verkoper veel meer omvat dan alleen het meedelen dat een bedenktijd geldt en op welke wijze men van die bedenktijd gebruik kan maken. Art. 7:46c somt een groot aantal gegevens op die de verkoper aan de koper dient te verstrekken. Voor elk van deze gegevens geldt dat de verkoper die ze niet verstrekt, met een verlengde bedenktijd te maken krijgt.

De verkoper mag in geval van ontbinding aan de koper geen vergoeding in rekening brengen, behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak; de koper heeft bovendien recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde (art. 7:46d leden 2 en 3 BW). Ook deze regeling is, voorzover van belang, van dwingend recht en bevat wat betreft de consument beschermende bepalingen voorrangregels (art. 7:46j BW).

26. *Redenen voor de bedenktijd*

Ook voor de bedenktijd bij overeenkomsten op afstand geldt dat de redenen die de Europese regelgever voor de regeling had, vergelijkbaar zijn met die van de Nederlandse wetgever voor de bedenktijd bij colportage. Behalve van de negatieve gevolgen van verschillende nationale regelingen voor de concurrentie in de interne markt, terwijl de grensoverschrijdende verkoop op afstand voor de consument één van de belangrijkste concrete uitingen van de voltooiing van die interne markt kan zijn (overwegingen 3 en 4 bij de richtlijn), was in de overwegingen bij deze richtlijn ook sprake van agressieve verkooptechnieken (overweging 5). Er is derhalve sprake van een 'psychologisch tekort'. Verder is het volgens overweging 14 belangrijk dat de consument vóór het sluiten van de overeenkomst niet daadwerkelijk de aangeboden zaak of dienst kan zien. Het spreekt vanzelf dat de verkoper daarvan gebruik kan maken en dat doorgaans ook zál doen, bijvoorbeeld door het plaatsen van suggestieve afbeeldingen op internet of een ander medium. Aldus wordt het psychologisch tekort versterkt. Dat de koper de aan-

geboden zaak of dienst niet kan zien, impliceert tegelijk ook een ‘informatietekort’. Dat de overeenkomst op afstand wordt gesloten, brengt verder mee dat de verkoper niet afhankelijk is van het vertrouwen van een lokaal publiek; alleen negatieve publiciteit in de (internationale) media zal voor hem gevolgen hebben.

Net als bij timesharing bestaat ook bij koop op afstand een direct verband met de veelomvattende informatieplicht die de wetgever op de verkoper legt. De bedenktijd waarborgt dat de koper met de van de verkoper verkregen informatie ook daadwerkelijk iets kan doen. Zonder bedenktijd is dat allermint vanzelfsprekend. Weliswaar zal de bedachtzame koper niet willen contracteren zolang hij niet omtrent alle elementen van de te sluiten koopovereenkomst nauwkeurig is voorgelicht, maar zulke bedachtzaamheid is in de praktijk van alledag nu eenmaal allermint vanzelfsprekend – zo niet een zeldzaam verschijnsel. De bedenktijd is dus ook hier het sluitstuk van de informatieplicht.

3.4. Koop van onroerende zaken

27. *De regeling*

Sinds 1 september 2003³² kent het Nederlandse recht een nieuwe bedenktijdregeling, namelijk die van art. 7:2 BW.³³ In geval van koop door een consument van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan, heeft de koper gedurende drie dagen na terhandstelling van de koopakte of een afschrift daarvan – het eerste lid van art. 7:2 BW schrijft de schriftelijke vorm voor – het recht om de koop te ontbinden (lid 2 eerste en tweede volzin). Komt, nadat de koper van zijn ontbindingsrecht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen en met betrekking tot hetzelfde object opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het ontbindingsrecht niet opnieuw (derde volzin). De regeling is semi-dwingend van aard; alleen bij een standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW kan ervan worden afgeweken (lid 4). Voor huurkoop en koop op een openbare veiling geldt de regeling niet (lid 5).

Een geheel vergelijkbare bedenktijd geldt volgens art. 7:766 BW voor de consument die opdracht geeft tot de bouw van een nieuwe woning. De regeling van art. 7:766 BW zal hierna alleen aan de orde komen, voorzover zich ten opzichte van art. 7:2 BW een bijzonderheid voordoet.

32 Stb. 2003, 272.

33 Stb. 2003, 238.

Een aantal verschillen met de reeds besproken bedenktijdregelingen vallen aanstonds op. In de eerste plaats is de regeling niet beperkt tot koopovereenkomsten met een professionele verkoper. In verreweg de meeste gevallen zal inderdaad ook de verkoper een particulier zijn.

In het geval van art. 7:766 BW is dat uiteraard anders. Daar staat een consument tegenover een professional.

In de tweede plaats kent de regeling geen informatieplicht voor de verkoper; dat een bedenktijd bestaat, behoeft ook niet in de koopakte te worden vermeld. In de derde plaats is de bedenktijd met drie dagen opvallend kort ten opzichte van de bedenktijd bij colportage (acht dagen), timesharing (tien dagen) en overeenkomsten op afstand (zeven werkdagen).

Wat heeft de wetgever tot deze bedenktijdregeling bewogen? En vanwaar deze opvallende verschillen met de andere bedenktijdregelingen?

28. *Het voorontwerp*

De totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:2 BW begint met een voorontwerp uit 1989,³⁴ dat opvallend genoeg geen bedenktijd bevatte. Het voorontwerp schreef voor dat de koopakte – ook in het voorontwerp was de schriftelijke vorm verplicht – mede door een notaris moest worden ondertekend. De notaris had in het stelsel van het voorontwerp de verplichting ‘erop toe te zien dat de koper tijdig beschikt over de benodigde in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te verkrijgen informatie.’

De inhoud van het voorontwerp was in overeenstemming met hetgeen destijds min of meer algemeen wenselijk werd gevonden, zowel in de juridische literatuur³⁵ als door consumentenorganisaties,³⁶ zij het ook dat deze organisaties óók aandrongen op het instellen van een bedenktijd voor de consument-koper. Gelet op deze brede consensus is

34 Niet officieel gepubliceerd, maar opgenomen in: M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. Utrecht 1991, Deventer 1991, blz. 77-78; Asser-Hijma 2001, nr. 135.

35 Vooral sinds W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, preadviezen Koninklijke Notariële Broederschap en Vereniging voor Bouwrecht, Deventer 1985.

36 *Rapport koop/verkoop bestaand onroerend goed*, van Consumentenbond, Vereniging Eigen Huis en Konsumenten Kontakt, besproken door A.A. van Velten, WPNR 5871 (1988), p. 239 e.v.

het vervolg van de geschiedenis opmerkelijk. Naar aanleiding van het voorontwerp barstte een heftige discussie los en de consumentenorganisaties maakten wat betreft een eventuele verplichte notariële bijstand een draai van 180°: men wilde geen nieuw notarieel monopolie; ook makelaars zouden partijen voldoende kunnen voorlichten. Overleg tussen de departementen van Justitie en Economische Zaken leidde vervolgens tot een wetsvoorstel dat van het voorontwerp fundamenteel verschilde en wél een bedenktijd bevatte.

29. *Het wetsvoorstel*

Art. 7:2 in de tekst van het wetsvoorstel week nauwelijks af van het thans in werking getreden art. 7:2 BW. Men zou daaruit kunnen afleiden dat de bedenktijdregeling kennelijk algemeen als een verbetering ten opzichte van het voorontwerp werd gezien, maar dat is zeker niet het geval. De continuïteit tussen het wetsvoorstel en de huidige wettekst wordt vooral verklaard door de omstandigheid dat de minister van Justitie – aanvankelijk E.M.H. Hirsch Ballin (CDA), later onder de ‘paarse’ kabinetten Kok achtereenvolgens W. Sorgdrager (D66) en A.H. Korthals (VVD), en halverwege de behandeling in de Eerste Kamer J.P.H. Donner (CDA) – het wetsvoorstel tegen alle tegenstand in met hand en tand is blijven verdedigen, met als resultaat dat de tegenstanders van de bedenktijdregeling in de beide kamers van de Staten-Generaal zich uiteindelijk bij het regeringsstandpunt hebben neergelegd.

Volgens de memorie van toelichting vond de in het voorontwerp neergelegde exclusieve inschakeling van de notaris als deskundige onvoldoende steun en waren ook compromisoplossingen (waaronder die van nacontrole door een notaris van een door een makelaar opgestelde koopakte) niet bereikbaar. De memorie vervolgde:³⁷

‘Besloten is daarom van een verplichte deskundigenbijstand af te zien en het aan de koper zelf over te laten of hij al dan niet een deskundige wil inschakelen en zo ja, welke. Door een bedenktijd – hierop was door de consumentenorganisaties in hun advies van december 1985 reeds aangedrongen – kan worden verzekerd dat de gelegenheid daartoe ook werkelijk bestaat. Bovendien kan door een bedenktijd een – wellicht in de gegeven omstandigheden gedwongen – overhaaste koopbeslissing worden hersteld. Zoals in de brief van 15 juli 1991 van de staatssecretaris van Economische Zaken, de

37 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4.

minister van Justitie en de staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerst. II 1990-1991, 21 800 XIII, nr. 79) is gesteld, past deze oplossing in het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces. In het onderhavige wetsvoorstel wordt voorgesteld de wettelijke bedenktijd uitsluitend ter beschikking te stellen van de consumentkoper (een koper die natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Voorts behoort de bedenktijd, met het oog op de belangen van de verkoper, kort te zijn – drie dagen, met toepasselijkheid van de Algemene termijnenwet – en slechts éénmaal te kunnen worden benut.’

De afkeer van een nieuw notarieel monopolie lijkt aldus een belangrijke drijfveer te zijn geweest voor de huidige bedenktijdregeling. Want dat er wel iets moest veranderen ten gunste van de consumentkoper, die misschien maar eens in zijn leven een huis koopt, daarover bestond brede consensus.

30. *Tegenstand in de Tweede Kamer*

Het voorlopig verslag was zeer kritisch over de keuze voor een bedenktijdregeling in de plaats van verplichte notariële bijstand. Zo vermeldde het verslag:³⁸

‘De leden van de CDA-fractie stonden vooralsnog zeer kritisch tegenover de gedachte, vervat in het wetsvoorstel, om de koper drie dagen post-contractuele bedenktijd te geven. Dit leidt tot talrijke juridisch-technische problemen. Andere argumenten zijn:

- koop van onroerende zaken geschiedt in het algemeen niet onberaden;
- het financieringsvoorbehoud kan er in uitzonderingsgevallen toch al toe leiden dat de koop niet doorgaat;
- de positie van de verkoper bij wie zich meer serieuze kopers hebben gemeld.’

En de leden van de PvdA-fractie vroegen de minister onder meer³⁹

‘...te willen ingaan op het door de Koninklijke Notariële Broederschap geuite vermoeden dat er is gekozen voor de bedenktijd in plaats van voor de begeleiding door een deskundige om twee lastige vragen te omzeilen:

38 TK 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 2.

39 t.a.p.

- a. Rechtvaardigt de bescherming van de woonconsument de verstoring van de vrije-marktwerking door invoering c.q. uitbreiding van een wettelijk monopolie voor een bepaalde beroepsgroep?
- b. Zo ja, voor welke beroepsgroep moet dan worden gekozen: de makelaardij, het notariaat of beide?

31. *De memorie van antwoord*

De minister merkte in de memorie van antwoord over de door de regering gemaakte afweging in algemene zin op:⁴⁰

‘Naar de mening van de regering dient het marktproces niet meer te worden beperkt dan, gelet op de wenselijkheid van een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen verkoper en consument-koper, noodzakelijk is. De aan het schriftelijkheidsvereiste gekoppelde bedenktijd kan worden beschouwd als een middel dat evenredig is aan het doel, een zodanige verhouding tussen partijen te bewerkstelligen.’

Wat betreft de bedoeling van de bedenktijd noemde de minister de mogelijkheid van het raadplegen van deskundigen gedurende de bedenktijd en het herstel van overhaasting:⁴¹

‘De bedenktijd met ontbindingsrecht achteraf beoogt de consument-koper de gelegenheid te garanderen tot het aan de hand van de aan hem ter hand gestelde koopakte raadplegen van één of meer deskundigen en tot het herstellen van een, wellicht gedwongen, overhaaste koopbeslissing’.

De minister ging vervolgens in op de argumenten van de voorstanders van verplichte notariële bijstand. Van een fundamentele bespreking van die argumenten was echter geen sprake. In essentie stond er in de memorie van antwoord niet veel meer dan dat de regering de belangen van de consument-koper voldoende gediend achtte met een combinatie van het vormvereiste van een schriftelijke overeenkomst en een bedenktijd met ontbindingsmogelijkheid en dat de argumenten van de voorstanders van verplichte notariële bijstand niet zonder meer dwingend zijn, omdat het immers alles een kwestie van rechtspolitiek is, en dat de regering nu eenmaal voor de bedenktijd had gekozen.⁴²

40 TK 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2.

41 t.a.p.

42 TK 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2-3.

In reactie op de door de leden van de CDA-fractie gemaakte opmerkingen erkende de minister dat de koop van onroerende zaken in het algemeen niet onberaden geschiedt. Het gevaar van een onberaden koop was volgens de minister echter ook niet meer dan een bijkomend argument voor een bedenktijdregeling:⁴³

‘De voornaamste grond voor het invoeren van een bedenktijd is immers dat de koper de gelegenheid dient te hebben, op korte termijn deskundigen te raadplegen. Daarnaast kan het zich voordoen dat een koper – daartoe door bijzondere omstandigheden gedwongen (bijv. een krappe markt) – overhaast tot een koop besluit. Ook met het oog daarop is een bedenktijd wenselijk.’

Hoe reageerde de memorie op de opmerking van de leden van de CDA-fractie over de positie van de verkoper bij wie zich meer serieuze kopers hebben gemeld? De minister antwoordde laconiek:⁴⁴

‘Bij de belangenafweging die tot het voorstellen van een bedenktijd heeft geleid, is deze positie uiteraard meegewogen. De oplossing is gezocht in de korte duur van de bedenktijd (drie dagen), die meebrengt dat de verkoper niet onredelijk in zijn onderhandelingsmogelijkheden wordt beperkt.’

Wie de aandacht van de minister voor de verkoper van een woning – die veelal een consument zal zijn – vergelijkt met de aandacht die in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 25 Cw aan de positie van de bonafide colporteur is besteed,⁴⁵ kan niet anders dan zich verbazen. Kennelijk zijn de tijden veranderd. Werde de introductie van een bedenktijd destijds als een ernstige inbreuk op de positie van de colporteur gezien, die een bijzondere rechtvaardiging behoefde – welke rechtvaardiging men vond in onder meer de overweging dat aan colportage een element van overrompeling *inherent* is – thans meent men dat de (consument-)verkoper van een woning reeds hierom niet mag mopperen, omdat de bedenktijd niet meer dan drie dagen is.

Er is geen sprake van een *onredelijke* beperking in de onderhandelingsmogelijkheden van de verkoper, zo poneerde de minister. In tweeërlei zin behoefde die stelling toelichting en zoekt men die toelichting in de memorie van antwoord vergeefs. In de eerste plaats behoorde er toch iets te worden gezegd over de vraag wat in dit verband op

43 TK 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4.

44 TK 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 5.

45 Zie hiervoor, nr. 19 e.v.

welke gronden redelijk of onredelijk mag heten. In de tweede plaats ontbrak een deugdelijke analyse van de aard en omvang van de beperkingen in de onderhandelingsmogelijkheden van de verkoper, bijvoorbeeld aan de hand van enkele eenvoudige casus.

Op de door de leden van de PvdA-fractie gestelde vragen, die betrekking hadden op de keuze tussen een bedenktijdregeling en verplichte notariële bijstand, antwoordde de minister als volgt:⁴⁶

‘Voordat ik op deze vragen inga, merk ik op dat het minder juist is om te zeggen dat de bedenktijd is gekozen in plaats van de begeleiding door een deskundige. De bedenktijd is immers mede bedoeld om de koper de mogelijkheid te geven (nog eens) bij een deskundige zijn licht op te steken.

Wat betreft de eerste vraag moge ik wijzen op de memorie van toelichting, p. 4, punt 5, alwaar in herinnering is geroepen dat de bedenktijd past in het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces; hierboven werd reeds op dit punt gewezen. Aldus beschouwd kan de bedenktijd, anders dan exclusieve inschakeling van een deskundige, worden aangemerkt als een middel dat evenredig is aan het doel, een zodanige verhouding tussen partijen te bewerkstelligen. Daar de eerste vraag ontkenkend wordt beantwoord, hoeft op de tweede vraag niet te worden ingegaan.’

Ook op dit punt leed de memorie van antwoord aan een ernstige vorm van bloedarmoede. Omdat terughoudendheid met inmenging in het marktproces regeringsbeleid is, is een bedenktijdregeling wel proportioneel en zou verplichte notariële bijstand dat niet zijn? Ook de meest verstokte voorstander van de vrije markt zal erkennen dat soms inmenging in het marktproces gerechtvaardigd is (zoals de aanduiding ‘terughoudend’ ook impliceert). De vraag zou dus moeten zijn of er voldoende reden is om ondanks bedoelde terughoudendheid zich als overheid in het marktproces te mengen. Dat de wetgever die vraag zich heeft gesteld, wil ik aannemen, maar inzicht in de door de wetgever daarbij gevolgde gedachtegang, bood de memorie van antwoord in ieder geval niet.⁴⁷

⁴⁶ TK 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 6.

⁴⁷ In vergelijkbare zin J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, diss. Nijmegen 2002, Deventer 2002, p. 266.

32. *Vervolg van de behandeling in de Tweede Kamer*

Het eindverslag was onverminderd kritisch over de voorgestelde regeling. Alleen de leden van de D66-fractie verklaarden zich voor het wetsvoorstel.⁴⁸ Met de nota naar aanleiding van dit eindverslag⁴⁹ was de vaste commissie voor Justitie kennelijk ook nog niet tevreden; er volgde – nadat de behandeling van het wetsvoorstel geruime tijd had stilgelegen – een uitvoerige schriftelijke vraagstelling, met antwoord van de minister.⁵⁰ Omdat het in essentie gaat om een herhaling van zetten, beperk ik mij tot de opmerking dat uit de vraagstelling blijkt dat de kamercommissie zich grondig in de naar aanleiding van het wetsvoorstel verschenen – meest zeer kritische – juridische literatuur had verdiept.⁵¹

Het antwoord van de minister overtuigde de kamer niet. Het kamerlid Swildens-Rozendaal (PvdA) stelde een amendement voor dat voorzag in verplichte notariële bijstand en schrapping van de bedenktijd.⁵² Het amendement was mede ondertekend door de leden Van Wijmen (CDA) en Van Walsem (D66), waarmee de minister – Korthals (VVD) – een duidelijke kamermeerderheid tegenover zich vond. De minister kondigde vervolgens aan dat⁵³

‘indien het amendement wordt aanvaard, het kabinet zich genoodzaakt ziet te bevorderen dat het wetsvoorstel wordt ingetrokken.’

Dit opmerkelijk zware – en in de totstandkomingsgeschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek bij mijn weten unieke – dreigement van de minister leidde uiteindelijk tot een politiek compromis, waarin de bedenktijd werd gehandhaafd en notariële bijstand niet verplicht werd gesteld, maar aan notariële bijstand wel het voordeel werd verbonden van de mogelijkheid om direct een *Vormerkung* te stellen, dus nog voor ommekomst van de bedenktijd (zie het tweede lid van het huidige art. 7:3 BW). Bovendien had de minister in het wetgevingsoverleg een eva-

48 TK 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 1-2.

49 TK 1995/96, 23 095, nr. 8.

50 TK 2000/01, 23 095, nr. 10.

51 De overvloedige literatuur naar aanleiding van het wetsvoorstel hier opsommen, heeft geen goede zin. Vooral A.A. van Velten heeft in een ware stroom van publicaties de wetgever kritisch gevolgd. Vindplaatsen worden vermeld in noot 1 op p. 2 van het in de vorige noot genoemde stuk.

52 TK 2001/02, 23 095, nr. 13.

53 TK 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 3.

luatie van de regeling na een termijn van vijf jaar toegezegd.⁵⁴ Het aldus gewijzigde voorstel van wet werd vervolgens door de Tweede Kamer aanvaard.

33. *De behandeling in de Eerste Kamer*

Het voorlopig verslag van de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek van de Eerste Kamer en ook het nader voorlopig verslag van die commissie was uitgesproken kritisch, óók over het door de minister tijdens de behandeling in de Tweede Kamer gebruikte politieke drukmiddel.⁵⁵ De teneur van de kritiek van de commissie was vooral dat verplichte notariële bijstand verkieselijk is en de voorgestelde bedenktijd van slechts drie dagen weinig effectief. Uiteindelijk heeft echter ook de Eerste Kamer het wetsvoorstel aanvaard. Of daarmee aan de politieke verwickelingen met betrekking tot de bedenktijd definitief een einde is gekomen, zal de tijd moeten leren. De toegezegde evaluatie van de nieuwe wet biedt aan kritische kamerleden de ruimte om de discussie nog eens te heropenen.

3.5. Financiële diensten op afstand

34. *De regeling*

De regeling van overeenkomsten op afstand is niet van toepassing op onder meer de overeenkomst op afstand tot het verrichten van financiële diensten (art. 7:46i BW). Aan dergelijke overeenkomsten is een nieuwe richtlijn gewijd, namelijk die betreffende de ‘verkoop’ op afstand van financiële diensten aan consumenten.⁵⁶ De inhoud van de richtlijn lijkt sterk op die van de richtlijn betreffende overeenkomsten op afstand. Art. 6 van de richtlijn – met uitzonderingen in het tweede lid – geeft de consument gedurende veertien dagen een ‘herroepingsrecht’. De termijn gaat lopen op de dag dat de overeenkomst is gesloten indien de verkoper aan zijn informatieplicht heeft voldaan. Is de ‘verkoper’ op het moment van sluiten van de overeenkomst die plicht niet nagekomen, dan gaat de termijn eerst lopen op het moment dat die nakoming alsnog plaatsvindt. De informatieplicht van de verkoper heeft betrekking op het herroepingsrecht, naast nog heel veel meer (art. 3 van

54 TK 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 20.

55 EK 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 1.

56 Nr. 2002/65/EG, PbEG L 271.

de richtlijn). De richtlijn moet uiterlijk op 9 oktober 2004 in de Nederlandse wetgeving zijn geïmplementeerd.⁵⁷

35. *Redenen voor de bedenktijd*

In de overwegingen bij de richtlijn is het vooral de interne markt en het in dat verband noodzakelijke vertrouwen van consumenten wat de klok slaat. Gelet op het verband met de richtlijn betreffende overeenkomsten op afstand lijkt het me echter vanzelfsprekend dat het tegengaan van agressieve verkooptechnieken en bescherming van een 'psychologisch tekort' ook voor deze richtlijn een belangrijke drijfveer is geweest. Dat de aanbieders van financiële diensten daadwerkelijk agressief optreden en daarbij gebruik proberen te maken van een beperkte deskundigheid van de consument, is een ervaring die ik waarschijnlijk met velen van mijn lezers zal delen. Daar komt dan nog bij dat juist financiële diensten zich lastig onderling laten vergelijken, zodat manipulatie van de consument relatief eenvoudig is.

Met de laatste opmerking ben ik tevens aangekomen bij een tweede belangrijk element, namelijk de bedenktijd als een adequaat middel om ervoor te zorgen dat uitvoerige en correcte informatieverstrekking aan de consument ook daadwerkelijk tot iets kan leiden, namelijk tot het zo nodig alsnog afzien van de overeenkomst. Tezamen met de informatieplicht beschermt de bedenktijd de consument aldus tegen een 'informatietekort'.

4. DE RECHTVAARDIGING VOOR BEDENKTIJDREGELINGEN

36. *Rechtspolitiek en contractenrecht*

Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd? Die rechtspolitieke of 'rechtsethische' vraag, in de vorige hoofdstukken reeds veelvuldig aangestipt, staat centraal in dit laatste hoofdstuk van mijn preadvies.

Persoonlijk heb ik een voorkeur voor de term 'rechtsethiek', zoals die in Duitsland niet ongebruikelijk is (*Rechtsethik*). In die term komt beter dan in 'rechtspolitiek' tot uiting dat het hier vragen naar het morele gehalte van onze rechtsorde betreft, die dus alle juristen aangaan en niet slechts 'de politiek' als wetgevende macht. Omdat de term 'rechtspolitiek' in de Nederlandstalige literatuur meer gebruikelijk is, bedien ik mij in dit preadvies echter meest van die term.

57 Art. 21 lid 1 van de richtlijn.

Rechtspolitieke vragen krijgen in de hedendaagse Nederlandstalige literatuur over het contractenrecht doorgaans niet veel aandacht. In de Duitse literatuur is dat anders en ik zal in dit hoofdstuk dan ook het een en ander aan die literatuur ontlenu. Behalve met de Duitse *Gründlichkeit*, heeft de aandacht van de Duitse auteurs voor rechtspolitiek waarschijnlijk onder meer te maken met het in Duitsland naar aanleiding van de verschrikkingen van het Nazi-regime bestaande collectieve schuldbesef. Binnen de continentale rechtstraditie lijken de Duitse juristen meer dan de anderen doordrongen van het belang van een goede theorievorming met betrekking tot rechtspolitieke vragen. Zij zijn daarin voorgegaan door bijvoorbeeld een gezaghebbend civilist als Karl Larenz,⁵⁸ en kunnen op (onder meer) diens werk voortbouwen.

Met deze opmerkingen wil ik niet gezegd hebben dat er in de Nederlandstalige literatuur niet vele goede uitzonderingen zijn. In het werk van mijn Leidse leermeester J.H. Nieuwenhuis komen, behalve methodische, ook rechtspolitieke vragen wél volop aan de orde en dat geldt voor het werk van veel meer Nederlandse (en Belgische) auteurs. In vergelijking met de Duitse literatuur is de aandacht voor rechtspolitieke vragen in Nederlandstalige publicaties over het contractenrecht echter beperkt. Ik meen dat die aandacht er vroeger meer is geweest. Ik denk aan wat ik als de bloeitijd van de Nederlandse civilistiek beschouw, met onder meer (in alfabetische volgorde) M.H. Bregstein, J. Eggens, J.F. Houwing, W.L.P.A. Molengraaff, A. Pitlo, Paul Scholten en J.P. Suijling. Ook in het werk van Ph.A.N. Houwing en E.M. Meijers, hoewel anders (niet minder) van aanleg dan eerdergenoemden – zij waren, om met C.J.H. Brunner te spreken, meer *periti* (deskundigen) dan *advocati* (pleitbezorgers)⁵⁹ – ziet men meer aandacht voor rechtspolitieke vragen dan thans veelal het geval is.

37. *De belofte als leidmotief van het contractenrecht*

Wanneer wij de vraag stellen naar de rechtvaardiging van bedenktijdregelingen, dienen wij ons rekenschap te geven van de rechtspolitieke achtergronden van ons contractenrecht in het algemeen. Uiteraard is het mij binnen het bestek van dit preadvies niet mogelijk om op dit punt een uitgewerkte theorie te ontwikkelen; ik veroorloof mij slechts een enkele opmerking.

58 Zie in het bijzonder zijn *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*, München 1979.

59 C.J.H. Brunner, *Houwing als man van de wetenschap*, Agr.r. 1986, p. 383.

De overeenkomst is eerst en voor alles een meerzijdige rechtshandeling. Die rechtshandeling wordt traditioneel opgevat als een ‘wilsverklaring’, welke opvatting ook tot uitdrukking komt in art. 3:33 BW: ‘Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.’

Het begrip ‘wilsverklaring’ gaat terug op Von Savigny (1779-1861). De essentie van de theorie van de wilsverklaring ligt echter reeds besloten in het Romeinsrechtelijke begrip *consensus* (wilsovereenstemming).⁶⁰

Onbestreden is de theorie van de wilsverklaring niet gebleven. De voornaamste kritiek keerde zich tegen de eenzijdige oriëntatie op de persoon die de rechtshandeling verricht en het gebrek aan aandacht voor de positie van met name diens wederpartij. Aan die kritiek is met de wilsvertrouwensleer tegemoet gekomen, zonder de voorstelling dat de rechtshandeling wilsverklaring is, prijs te geven. Anders dan men in sommige kringen wel doet voorkomen, is de aldus bijgestelde theorie van de wilsverklaring geen exclusief standpunt van wat men dan de ‘Leidse school’ noemt. Graag citeer ik wat Paul Scholten opmerkt over ‘de belofte’, als een zelfstandige verschijningsvorm van de rechtsregel, te onderscheiden van ‘het bevel’ en ‘het verlof’:⁶¹

‘Het recht laat de individuele mens een kring, waarbinnen hij zelf in vrijheid de regeling bepaalt, waaraan hij zich onderwerpt. Niet alleen, dat het hem de vrijheid laat al dan niet een handeling te verrichten waarvan de gevolgen door de wet worden omschreven, doch in ruimere zin, doordat hem de vrijheid toebehoort zelf de regeling in het leven te roepen, die hem het best schijnt. (...) Door overeenkomst en testament, ook door sommige eenzijdige verklaringen, werkt het individu mede aan de rechtsvorming. De regeling der overeenkomst – om mij eenvoudigheidshalve verder tot deze te bepalen – bindt hem, die haar aanging, als een wet. Niet van bovenaf ontstaat de verplichting, de gebondene heeft haar zich zelf opgelegd.’

En iets verderop:⁶²

60 Zie R. Zimmerman, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Deventer/Boston 1992, p. 563 e.v.

61 Asser-Scholten 1974, p. 16.

62 a.w. p. 17.

‘Het eigen woord is hier het bindende – doch het woord tot een ander gericht; ik moet betalen, niet omdat ik het gewild heb, maar omdat ik het beloofd heb, d.w.z. die wil tegenover een ander heb verklaard.’

Kritiek op de theorie van de wilsverklaring blijft mogelijk. Juristen ontkomen er niet aan om ook aan alledaagse verklaringen van personen zonder rechtskundige scholing een veelal verstrekkende (juridische) betekenis toe te kennen. De theorie van de wilsverklaring dwingt ons ertoe die betekenis te herleiden tot de wil van de handelende persoon (of, in geval van toepassing van art. 3:35 BW, tot de schijn daarvan), hetgeen spoedig meer constructie is dan realiteit. Kortom, de vaststelling van de betekenis van menselijke handelingen voor het recht, is ook wat betreft de rechtshandeling voluit normatief van aard en is geen oprechte reconstructie van wat door de handelende persoon feitelijk is gewild (in historisch-psychologische zin).

Een en ander neemt echter niet weg dat de betekenis die de jurist aan een rechtshandeling toekent, wel in het verlengde behoort te liggen van hetgeen de handelende personen voor ogen heeft gestaan; de strekking van hun handelingen behoort geen geweld te worden aangedaan. Het is dit richtinggevende element in de uitlegwerk van de jurist dat ik als de juiste kern van de theorie van de wilsverklaring beschouw. De belofte is en blijft het leidmotief van het contractenrecht.

Ook moderne tendensen in ons contractenrecht, met name de opkomst van het consumentenrecht, maken dat niet anders. Het consumentenrecht levert wel rechtsregels op die wat betreft de wijze van normstelling ten opzichte van het klassieke contractenrecht afwijkend zijn (wat betreft de bedenktijdregelingen heb ik dat in hoofdstuk 2 uitvoerig geïllustreerd). Indien men echter in het verband van de hier aan de orde zijnde rechtspolitieke vragen de theorie van de wilsverklaring niet formeel maar *materieel* opvat, zijn die in methodische zin afwijkende regels met de theorie van de wilsverklaring niet in strijd en kan men aan de hand van die theorie die regels ook rechtvaardigen. Alleen wat betreft bedenktijdregelingen kan ik deze stelling in dit preadvies uitwerken (hierna, nr. 39).

38. *Pacta sunt servanda*

Zijn bedenktijdregelingen wel verenigbaar met het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst? Met nadruk is die vraag aan de orde gesteld door M.R. Mok, in zijn Groningse afscheidscollege.⁶³ Mok

⁶³ *Pacta sunt servanda; ja toch?*, Deventer 1997, p. 11 e.v.

beschouwt de bedenktijd van art. 25 Cw inderdaad als een inbreuk op het bekende adagium *pacta sunt servanda*.⁶⁴ Nadat hij verschillende voorstellen voor nieuwe bedenktijdregelingen de revue heeft laten passeren – al die voorstellen zijn thans tot wet verheven – vervolgt Mok:⁶⁵

‘Het lijkt mij duidelijk dat wettelijke regelingen van de types die ik heb aangeduid, inbreuken vormen op het geldende systeem van het contractenrecht, zoals dat niet alleen in Nederland, maar in alle, althans de meeste, Europese landen geldt.

Nu dienen systemen en begrippen ertoe om ons te dienen en niet om ons te regeren. Dat neemt niet weg dat, wanneer men begrippen of systemen te zeer uitholt, ze niet meer in staat zijn hun dienende functie te vervullen. Men moet dus wel behoedzaam te werk gaan, wanneer men, ter wille van een doel als consumentenbescherming (hoe wenselijk dit op zichzelf mag zijn), gaat afwijken van een centraal gedeelte van het commune recht, als hoedanig men de bedoelde regels van verbintenissenrecht wel mag aanduiden.’

Maar Mok ziet toch mogelijkheden om met – wat hij zelf noemt – ‘intellectueel knutselwerk’ bedenktijdregelingen in het stelsel van het contractenrecht in te passen:

‘Afkoelingsperiodes dienen tot bescherming van consumenten van wie wordt verondersteld dat zij om de een of andere reden in een zwakke positie verkeren. Men kan zulke regelingen, met enig intellectueel knutselwerk, wel in het stelsel van het contractenrecht passen. Men moet dan stellen dat er sprake is van uitgestelde wilsovereenstemming. Beide partijen kunnen immers weten dat er een wettelijke afkoelingsperiode geldt. De inachtneming daarvan kan men beschouwen als een beding dat (zo nodig) stilzwijgend deel uitmaakt van hun wilsverklaring. De wilsovereenstemming wordt dan geacht tot stand te zijn gekomen bij afloop van de afkoelingsperiode en eerst dan ontstaat ook de verbindende kracht van de overeenkomst’.

Mok is bijgevallen door J.H. Nieuwenhuis, in een redactionele bijdrage in het NTBR.⁶⁶ Jac. Hijma heeft de ‘leer van de uitgestelde overeenkomst’ echter bestreden.⁶⁷

64 a.w. p. 11.

65 a.w. p. 14.

66 *Hinkend contractenrecht*, NTBR 2001, p. 333.

67 *Een bedenktijd voor de koper*, in: *Coherente instrumenten in het contractenrecht* (red. T. Hartlief, Jac. Hijma, L. Reurich), Deventer 2003, p. 106-107; idem zijn preadvies, nr. 25.

‘De “leer van de uitgestelde overeenkomst”, die ook in het buitenland wel aanhang vindt, acht ik (interessant maar) niet overtuigend. Fnuikend is in mijn optiek, dat de leer voorbijgaat aan het feitelijke gegeven dat koper en verkoper gewoon en meteen een overeenkomst aangaan. De opvatting dat de overeenkomst rechtens pas later tot stand komt, kan het feit van de eerdere wilsovereenstemming – dat normaliter voor wederzijdse gebondenheid volstaat – niet uitwissen. Aldus bezien is de winst van cosmetische aard; de spanning met het beginsel der verbindende kracht van gemaakte afspraken is niet verminderd.

Verklaren waarom de initiële overeenstemming tussen partijen juridisch geen overeenkomst oplevert, is ten minste even lastig als verklaren waarom een der partijen zich aan een tot stand gekomen overeenkomst kan onttrekken. Op de keper beschouwd is het eerste, naar ik meen, zelfs lastiger dan het tweede. Zó vreemd is een eenzijdige terugtreedbevoegdheid in ons contractenrecht nu ook weer niet. Zij komt zelfs regelmatig voor; men denke aan de diverse vernietigingsgronden (art. 3:34, 3:44, 3:45, 6:228 e.a.), ontbindingsgronden (art. 6:258, 6:265) en opzeggingsgronden (bijzondere overeenkomsten, Boeken 7-7A). Het merkwaardige van de bedenktijd ligt meer in het feit dat zij geen drempels kent, dan in de terugtreedmogelijkheid als zodanig.’

Eenzijds heeft Hijma mijns inziens gelijk dat de (veronderstelde) spanning met *pacta sunt servanda* niet wordt verminderd door een uitgestelde wilsovereenstemming te construeren. Constructies zijn maar constructies. Anderzijds gaat, lijkt mij, Hijma toch enigszins langs het betoog van Mok (en Nieuwenhuis) heen, wanneer hij bedenktijdregelingen vergelijkt met de traditionele gevallen van vernietiging, ontbinding en opzegging en op grond van die vergelijking de bedenktijd als niet zeer afwijkend beschouwt.⁶⁸ Het venijn bij bedenktijdregelingen zit immers juist in – wat Hijma ook signaleert – de omstandigheid dat voor het invoeren van de bedenktijd geen bijzondere redenen nodig zijn. Welnu, dat geen bijzondere redenen nodig zijn, betekent dan in feite dat de koper aan zijn verklaarde wil slechts gebonden is, wanneer hij aan het einde van de bedenktijd nog steeds wil (zij het ook dat hij gebonden is wanneer hij zijn niet-willen niet tijdig aan de verkoper kenbaar maakt). Uit dat oogpunt is een wettelijke bedenktijd met (de gewone) vernietiging, ontbinding en opzegging onvergelijkbaar.

68 Op dit spoor (bedenktijd is niet zeer bijzonder, maar variant op traditionele beëindigingsgronden) zitten ook: S.E. Bartels en C.J. Sander, *De bedenktijd in het burgerlijk recht*, BWKJ 14 (1998), p. 80.

Zoals de dogmatiek nu worstelt met bedenktijdregelingen, zo heeft zij eerder geworsteld met de zogenaamde potestatieve voorwaarde: ik beloof om morgen iets te doen of te geven onder de voorwaarde dat ik dat morgen nog steeds zal willen. De *zuivere* potestatieve voorwaarde maakt, zo neemt men tegenwoordig aan, de verbintenis nietig (of, zo men wil, non-existent), omdat uit de voorwaarde volgt dat men zich juist niet wenst te binden.⁶⁹ Of een bedenktijdregeling met de *zuivere* potestatieve voorwaarde kan worden vergeleken (eventuele bevestigende beantwoording biedt uiteraard steun aan de opvatting van Mok), is een vraag die ik niet zal bespreken, omdat ik de hele kwestie vanuit een geheel andere invalshoek wil benaderen.

39. *Formele en materiële opvatting*

Kan de leer van de uitgestelde wilsovereenstemming het vertrouwde adagium *pacta sunt servanda* redden? Of moeten we aanvaarden dat het beginsel van de verbindende kracht voor de duur van de bedenktijd opzij wordt gezet? Dat lijkt ons dilemma. Of is een synthese mogelijk? In dit verband is, meen ik, het betoog van de vooraanstaande Duitse auteur C.W. Canaris, leerling van Karl Larenz, van kardinaal belang.⁷⁰ Canaris onderscheidt een formele en een materiële opvatting van de samenhangende begrippen van contractsvrijheid en verbindende kracht. De ene opvatting is niet bij voorbaat beter dan de andere; beide opvattingen kunnen niet zonder elkaar. Ik citeer Canaris:⁷¹

‘Rechtliche und tatsächliche Vertragsfreiheit stehen... in einem brisanten Spannungsverhältnis zu einander, das durch den Grundsatz *pacta sunt servanda* erzeugt wird. Denn mit diesem wäre es unvereinbar, einem Vertrag bei *jeder* Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit die rechtliche Anerkennung zu versagen. So lassen selbst massive Zwangslagen die Verbindlichkeit eines Vertrages grundsätzlich unberührt; verkauft jemand z.B. aufgrund drückender Geldnot widerwillig eine Sache und erhält er dafür einen fairen Preis, ist er grundsätzlich an den Vertrag gebunden, ja es entspricht sogar seinem ureigensten Interesse, an ihn gebunden zu sein, weil sonst vernünftigerweise niemand mehr Verträge mit Menschen in Notlagen schließen würde und diese somit insoweit geradezu ihrer (materialen) Vertragsfreiheit beraubt würden.’

69 Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 167.

70 *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’*, AcP 200 (2000), p. 343 e.v.

71 a.w. p. 278.

Juist om de materiële contractsvrijheid te kunnen realiseren, is dus een formele opvatting van die vrijheid nodig, die van de materiële abstraheert. Maar dat is maar de helft van het verhaal:

‘Andererseits braucht man nur Stichworte wie Wucher, Inhaltsirrtum, Täuschung und Drohung zu nennen, um zu verdeutlichen, daß es ein breites Spektrum von Beeinträchtigungen der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit gibt, die in der Tat zur Unwirksamkeit des Vertrages führen. Hier eine angemessene Grenze zu ziehen und insoweit einen vernünftigen Mittelweg zu finden, stellt eine überaus diffizile Problematik dar.’

Er zijn derhalve in het klassieke contractenrecht reeds vele gevallen waarin de formele (juridische) opvatting van de contractsvrijheid van de materiële (daadwerkelijke) contractsvrijheid níét abstraheert. Canaris signaleert vervolgens in de rechtsontwikkeling van de afgelopen decennia een tendens naar *Materialisierung der Vertragsfreiheit*. Bedenktijdregelingen zijn voor Canaris uitingen van die tendens:⁷²

‘Wenn eine Partei einen Vertrag nach ihrem freien Belieben widerrufen kann, ...liegt darin selbstverständlich eine Einschränkung der formalen Vertragsfreiheit und des mit dieser auf das engste verbundenen Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Deshalb stehen die Widerrufsrechte im Feuer rechtspolitischer Kritik, die bis heute nicht verstummt ist. Indessen haben wir es hier lediglich mit einer weiteren Erscheinungsform des eingangs thematisierten Antagonismus zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit zu tun. Ähnlich wie es grundsätzlich unbedenklich ist, zum Schutz der Entscheidungsfreiheit Formvorschriften aufzustellen und dadurch die Privatautonomie einzuschränken, scheint es mir demgemäß rechtsethisch gesehen im Prinzip völlig legitim und übrigens auch mit liberalem Rechtsdenken durchaus vereinbar, wenn der Gesetzgeber einem Vertrag für eine bestimmte Zeit die Wirksamkeit versagt, um einer Partei eine Überlegungsfrist zu verschaffen.’

Canaris heeft mij overtuigd.⁷³ Uitgaande van een formele opvatting van het adagium *pacta sunt servanda* kan men zeggen dat bedenktijdregelingen met dat adagium op gespannen voet staan. Maar die formele op-

72 a.w. p. 344.

73 In vergelijkbare zin als Canaris: G. Reiner, *Der verbraucher-schützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, AcP 203 (2003), p. 8.

vatting is maar de helft van het verhaal – en in dit verband niet de belangrijkste helft.

De consument die onverhoeds met een colporteur wordt geconfronteerd en bezwijkt voor diens handige verkooppraat, kan men tegenwerpen dat hij zijn gebondenheid zelf heeft verkozen, maar het begrip contractsvrijheid vat men dan wel formeel op. Daadwerkelijke contractsvrijheid wordt beter benaderd wanneer wij deze consument een bedenktijd bieden. De achter diens verklaarde wil schuilgaande overwegingen, kunnen tijdens de bedenktijd aangroeien tot een overtuigende keuze voor de overeenkomst. De verbindende kracht van de overeenkomst berust dan vervolgens op een in materiële zin sterker fundament dan zonder een bedenktijd, hetgeen vanuit een rechtsethische invalshoek winst is.

Op zijn overwegingen ten tijde van de wilsverklaring kan de consument ook terugkomen en de bedenktijd inroepen. Dan wordt de verbindende kracht van de overeenkomst – opgevat in formele zin – opgeofferd aan de bescherming van de consument, maar dat offer is maar betrekkelijk, omdat het *pactum* waaraan het beginsel van de verbindende kracht de consument zou willen houden, niet daadwerkelijk op een vrije wilsverklaring van de consument berustte.

Ik geef toe dat in dit verband vrijheid een betrekkelijk begrip is. De consument die van een colporteur koopt, kan men tegenwerpen dat hij in ieder geval in zoverre materiële contractsvrijheid genoot, dat hij de colporteur kón afpoeieren, of kón vragen om na een paar dagen nog eens terug te komen. Terecht hebben de nationale en Europese regelgever dat onvoldoende gevonden, onder meer omdat in de praktijk van alledag veel consumenten niet de vaardigheden blijken te bezitten om die vrijheid ten volle uit te oefenen.

Als de belofte het leidmotief van het contractenrecht is en als het daarbij inderdaad erom gaat dat, in opnieuw de woorden van Paul Scholten (nr. 37), het recht de individuele mens een kring laat, waarbinnen hij zelf *in vrijheid* de regeling bepaalt, waaraan hij zich onderwerpt, dan kunnen bedenktijdregelingen dus belangrijke winst opleveren, omdat met zo'n regeling die vrijheid in materiële zin meer inhoud heeft dan zonder.

Op dit punt aangekomen, verwacht de lezer mogelijk alsnog van mij een beoordeling van de 'leer van de uitgestelde wilsverklaring' (nr. 38). De vraag welke status de overeenkomst gedurende de bedenktijd heeft, is een for-

meel-juridische vraag. Zij is van belang voor tal van praktische kwesties, door Hijma in zijn preadvies besproken (onder meer nr. 39 e.v.). Voor de vraag welke constructie men op dit punt kiest, zullen begrijpelijk en terecht vooral allerlei overwegingen van doelmatigheid bepalend zijn. Ik kies hierin geen partij en behoef dat in het kader van de vraagstelling van mijn preadvies ook niet, omdat de keuze voor de ene of de andere constructie – juist omdat zij een formeel-juridische vraag betreft – geen invloed heeft op de rechtspolitieke beoordeling van de aanvaardbaarheid van bedenktijdregelingen. Zonder de constructie van een uitgestelde wilsverklaring kan een bedenktijdregeling evenzeer bijdragen aan het realiseren van materiële contractsvrijheid als met.

40. *Zumutbarkeit*

Bedenktijdregelingen kunnen winst opleveren, omdat met zo'n regeling de contractsvrijheid in materiële zin meer inhoud heeft dan zonder. Pleit dat niet voor een geheel nieuw contractenrecht, in die zin dat – niet slechts voor bepaalde categorieën van overeenkomsten, maar geheel in het algemeen – steeds de mogelijkheid zou moeten bestaan dat een consument (en eventueel ook een niet-consument) zich binnen een korte termijn na het aangaan van een overeenkomst, aan zijn gebondenheid aan die overeenkomst onttrekt? Deze gedachte wordt door Canaris terecht verworpen:⁷⁴

‘Das ist nichts anderes als die Propagierung eines allgemeinen Reurechts, dessen Einführung die Prinzipien der Vertragstreue und der Selbstverantwortung für das gegebene Wort weitgehend außer Kraft setzen, also an die ethischen Fundamente des geltenden Vertragsrechts – und zwar des “gemeineuropäischen”! – rühren würde und überdies zu unabsehbaren wirtschaftlichen Konsequenzen führen könnte.’

Bedenktijdregelingen behoeven een rechtvaardiging, evenals iedere andere regeling die het een contractspartij mogelijk maakt om zich aan de verbindende kracht van een aangegane overeenkomst – opgevat in formele zin – te onttrekken. In dit verband is het, meen ik, van cruciaal belang dat men inziet dat die rechtvaardiging niet uitsluitend gelegen kan zijn in de beschermenswaardigheid van de partij die zich aan de verbindende kracht onttrekt – in de context van bedenktijdregelingen steeds consumenten – maar dat die rechtvaardiging juist vooral dient

74 a.w. p. 344-345.

plaats te vinden *tegenover de wederpartij*, die de gevolgen van het inroepen van de bedenktijd of van een andere remedie draagt. Dit beginsel weten de Duitsers met een enkel woord weer te geven: *Zumutbarkeit*, hetgeen wil zeggen dat iets (van de wederpartij) vergegd kan worden (*zumuten* = vergen).

Mijns inziens is er geen goed Nederlands alternatief voor dit Duitse woord. 'Toerekenbaarheid' is, meen ik, niet geschikt, omdat die term reeds in diverse betekenissen tot het juridisch jargon behoort. De introductie van een nieuwe betekenis van die term leidt alleen maar tot verwarring. 'Vergbaarheid' zou mijns inziens een uitgesproken lelijk neologisme zijn. Ik blijf mij daarom maar van de Duitse term bedienen.

Mij dunkt dat hier een verband kan worden gelegd met het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten. Wanneer de overheid zich ten doel stelt om consumenten een betere bescherming te bieden, is dat zonder meer een respectabele doelstelling. Indien echter dat algemene belang ten koste van individuele wederpartijen wordt gerealiseerd, zonder dat dit tegenover die wederpartijen kan worden gerechtvaardigd, komt men in strijd met bedoeld beginsel. In plaats daarvan behoort men in zulke gevallen de bescherming van consumenten met publieke middelen na te streven, zoals het van overheidswege geven van voorlichting aan consumenten of het subsidiëren van private organisaties die zulke voorlichting geven.

41. *Nogmaals de bijzondere aard van de normstelling*

Ik stelde dat iedere remedie tegenover de wederpartij een rechtvaardiging behoeft. Waarin is bijvoorbeeld bij dwaling de *Zumutbarkeit* gelegen? In de omstandigheid dat de wederpartij de dwaling zelf heeft veroorzaakt (de eerste twee dwalingsgevallen van art. 6:228 BW), of de dwaling ook aan de zijde van de wederpartij een rol heeft gespeeld (derde geval) en aldus invloed heeft gehad op bijvoorbeeld de prijsvorming.⁷⁵ Buiten die gevallen is van *Zumutbarkeit* geen sprake en komt een eventuele dwaling dan ook voor rekening van de dwalende.

Bij misbruik van omstandigheden heeft het beginsel van de *Zumutbarkeit* zich vertaald in het vereiste dat hetgeen de wederpartij wist of moest begrijpen, haar naar maatschappelijke opvattingen van het bevorderen van de rechtshandeling had moeten weerhouden. Indien dat

⁷⁵ Vergelijk Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 238.

verwijt aan de wederpartij niet kan worden gemaakt, is vernietiging niet mogelijk, hoezeer ook de rechtshandeling onder invloed van bijvoorbeeld noodtoestand is verricht.

Vervolgens de vraag waar het in dit preadvies om gaat: waarin is bij bedenktijdregelingen de *Zumutbarkeit* gelegen? In dit verband roep ik in herinnering wat ik in hoofdstuk 2 heb gedemonstreerd, namelijk dat de wijze van normstelling bij bedenktijdregelingen afwijkt van hetgeen overigens in ons contractenrecht gangbaar is. Bij bedreiging is de *Zumutbarkeit* klemmender dan ergens anders. Toch moet ook in geval van bedreiging de partij die de vernietiging inroept, behalve de bedreiging, het causaal verband aantonen. De consument die een bedenktijd inroept, hoeft niet aan te tonen dat er bij hem een ‘psychologisch tekort’ of ‘informatietekort’ bestond en al evenmin het causaal verband tussen dat tekort en zijn toestemming. De partij tegenover wie de bedenktijd kan worden ingeroepen, draagt dus niet alleen de gevolgen van een daadwerkelijk psychologisch tekort en/of een informatietekort, zoals die op het moment van het aangaan van de overeenkomst aan de zijde van de consument hebben bestaan, maar – in het belang van de effectiviteit van de rechtsbescherming van de consument – ook van wispelturigheid en van naar misbruik neigend gebruik van de bedenktijd, bijvoorbeeld als onderhandelingstruc, hetgeen ik in nr. 3 aanduidde als de ‘ingebouwde overkill’ van bedenktijdregelingen. Deze bijzondere normstelling heeft een bijzondere rechtvaardiging.

Ik ga hier een andere weg dan Canaris, die meent dat een bedenktijdregeling veelal reeds daarom gerechtvaardigd is, omdat zo’n regeling niet zelden een milder en efficiënter middel van consumentenbescherming is, dan bijvoorbeeld de traditionele vernietigingsgronden.⁷⁶ Dat is reeds daarom niet overtuigend omdat bedenktijdregelingen niet in de plaats van de traditionele vernietigingsgronden komen, maar door de regelgever als een extra middel van consumentenbescherming worden ingezet. Bovendien, en dat is wezenlijker, ziet Canaris de ‘ingebouwde overkill’ van bedenktijdregelingen over het hoofd – in welk opzicht een bedenktijdregeling helemaal geen ‘milde’ remedie is – die een bijzondere rechtvaardiging heeft.

Ik betwijfel intussen of Canaris de implicaties van zijn te gunstige beoordeling van bedenktijdregelingen zou willen aanvaarden en nieuwe bedenktijdregelingen zou willen introduceren in alle gevallen waarin die vorm van bescherming van consumenten efficiënt is en ‘mild’ (kennelijk in de zin dat

76 a.w. p. 345.

de bedenktijd binnen een relatief korte termijn moet worden ingeroepen). Nieuwe bedenktijdregelingen bepleiten doet hij in ieder geval niet.

De vereiste bijzondere rechtvaardiging voor bedenktijdregelingen is mijns inziens hierin gelegen dat de wederpartij van het psychologisch tekort en/of informatietekort, zoals dat bij het desbetreffende type overeenkomst doorgaans aan de zijde van de consument bestaat, systematisch profiteert, waar dan iets tegenover mag staan (profijtbeginsel). Dat betekent dus meteen ook dat ik bedenktijdregelingen alleen gerechtvaardigd acht tegenover een wederpartij die de overeenkomst in de gewone uitoefening van zijn bedrijf aangaat. Zo'n wederpartij kan de financiële gevolgen van wispelturigheid en van naar misbruik neigend gebruik van de bedenktijd via de prijsstelling ten laste van het collectief van consumenten brengen, in wier belang de bedenktijd wordt geïntroduceerd.

Mok stelt als voorwaarde voor een bedenktijdregeling voor dat sprake is van een *misstand*, zoals die bijvoorbeeld voor invoering van de Colportagewet bestond en met de bedenktijd van art. 25 Cw is bestreden.⁷⁷ Zo ver ga ik niet; een in het algemeen bij consumenten bestaand psychologisch tekort en/of informatietekort waarvan de wederpartij systematisch profiteert, acht ik voldoende.

42. *Proportionaliteit en subsidiariteit*

Behalve *Zumutbarkeit*, zou ik hier ook het duo van proportionaliteit en subsidiariteit in stelling willen brengen.

Een bedenktijd van een half jaar is ongetwijfeld nog effectiever als middel om consumenten te beschermen in geval van bijvoorbeeld colportage, dan een periode van acht dagen. Maar een dergelijke bedenktijd staat niet in een redelijke verhouding tot de ernst van het 'psychologisch tekort' of 'informatietekort' waarvoor zij de remedie is. Gelukkig worden bedenktijdregelingen met dergelijke lange termijnen ook door niemand bepleit. Meer in het algemeen echter meen ik dat de bedenktijd een proportioneel middel moet zijn, om het psychologisch tekort of informatietekort op te heffen.

Er moet ook niet een minstens even effectief en minder ingrijpend alternatief middel beschikbaar zijn om het psychologisch tekort of informatietekort te bestrijden. Dat volgt uit het beginsel van de subsidiariteit.

⁷⁷ a.w. p. 15.

Dat beide beginselen hier door de regelgever in acht genomen behoren te worden, volgt mijns inziens uit het ‘inbreuk karakter’ van bedenktijdregelingen. De uitzondering op de verbindende kracht (in formele zin) behoeft een rechtvaardiging. Die rechtvaardiging bestaat niet alleen niet indien er geen *Zumutbarkeit* is, maar ook indien een bedenktijdregeling in zijn uitwerking (met name de lengte van de termijn) niet proportioneel is, of als een minder bezwaarlijk alternatief voor de bedenktijd voorhanden is.

Ik introduceerde proportionaliteit en subsidiariteit als zelfstandige grootheden, naast de *Zumutbarkeit*. Een andere voorstelling is ook mogelijk, in die zin dat de *Zumutbarkeit* van bedenktijdregelingen mede veronderstelt dat aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. Het onderscheid tussen beide voorstellingen is, meen ik, lood om oud ijzer.

43. *Conclusies voor de bestaande bedenktijdregelingen*

Na deze lange aanloop kan ik over de diverse huidige bedenktijdregelingen relatief kort zijn.

In geval van colportage bestaat een ‘psychologisch tekort’, veroorzaakt door overrompeling, welke overrompeling zich niet alleen bij zogenaamde niet-bonafide colporteurs voordoet, maar aan colportage inherent is (hiervoor, nr. 20). Daarnaast bestaat er een ‘informatietekort’, in die zin dat het voor de consument relatief lastig is de kwaliteit en prijs van het aanbod met andere aanbiedingen te vergelijken (nr. 21). De colporteur profiteert van deze factoren systematisch, ja de verkoopmethode is in feite gericht op het uitbuiten ervan. Dat profiteren is mede mogelijk doordat de colporteur niet afhankelijk is van een lokaal publiek, zoals de verkoper die vanuit een winkelpand opereert dat wel is. Een bedenktijd van acht dagen, die de colporteur ook aan de consument moet meedelen, is een proportioneel middel om consumenten tegen de gevolgen van bedoelde tekorten te beschermen en een andere, even effectieve maar minder ingrijpende remedie is niet voorhanden. De bedenktijdregeling van art. 25 Cw is dan ook ten volle gerechtvaardigd.

Ook bij timesharing bestaat er een psychologisch tekort bij de consument, die veelal in het buitenland op vakantie is en daar met de aanbieding van timeshares wordt geconfronteerd. Daarnaast is er een informatietekort, wat onder meer te maken heeft met de complexe inhoud van een overeenkomst met betrekking tot timeshares, welk tekort nog wordt versterkt door de omstandigheid dat de consument doorgaans in een voor hem vreemde taal moet communiceren (nr. 24). De professionele verkoper van timeshares profiteert van deze factoren systematisch,

ja het succes van timesharing is er waarschijnlijk op gebaseerd (hoe aantrekkelijk is het voor de gemiddelde consument om voor veel geld vast te zitten aan een woning, waarvan men slechts een beperkt deel van het jaar het gebruik heeft?). Een bedenktijd van tien dagen, gekoppeld aan een uitvoerige informatieplicht, is proportioneel en andere remedies zijn niet voorhanden. Ook de bedenktijd van art. 7:48c BW is derhalve gerechtvaardigd.

Bij overeenkomsten op afstand bestaat er volgens de Europese regelgever eveneens een psychologisch tekort en een informatietekort (nr. 26). Die tekorten zijn, denk ik, niet in alle gevallen die onder de ruime definitie van overeenkomsten op afstand vallen, even aansprekend. De consument die bijvoorbeeld zelfstandig zoekend op internet tot een koopbeslissing komt, verkeert in een wezenlijk andere positie dan de consument die na een vermoeiende dag telefonisch wordt benaderd door een handige en vasthoudende telemarketeer.⁷⁸ Maar de regelgever moet worden toegegeven dat een zeker informatietekort, gegeven met het op afstand contracteren, steeds blijft. In de gevallen waarin van overrompeling of een ander psychologisch tekort geen sprake is, zal men de rechtvaardiging derhalve vooral moeten zoeken in de rol van de bedenktijd als sluitstuk van de door de wetgever op de verkoper gelegde informatieplicht. Ik kan daarmee leven. Onze nationale wetgever had trouwens geen keus; de bedenktijdregeling van art. 7:46c BW berust immers op een Europese richtlijn.

Het ligt voor de hand dat een en ander ook geldt voor de bedenktijdregeling zoals voorzien in de richtlijn met betrekking tot financiële diensten op afstand (nr. 34-35). Bij financiële diensten zijn het psychologisch tekort en het informatietekort bij de gemiddelde consument mijns inziens extra aansprekend, omdat onderlinge vergelijking van zulke diensten relatief moeilijk is. De komende bedenktijdregeling juich ik derhalve toe.

Geheel anders oordeel ik over de bedenktijd van art. 7:2 BW. Van een psychologisch tekort aan de zijde van de koper kan men alleen spreken bij een uitgesproken overspannen markt (in de zin van weinig aanbod en veel vraag). Ook bij zo'n markt geldt dat de verkoper – met uitzondering van de verkoper die van het verkopen van woningen zijn bedrijf maakt – de gevolgen van wispelturigheid en van naar misbruik neigend

78 Aan de gerechtvaardigdheid van de bedenktijd bij overeenkomsten op afstand twijfelt ook M.B.M. Loos, *De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming*, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (red. M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons), Den Haag 2003, p. 154.

gebruik van de bedenktijd niet in de prijs kan doorberekenen. De ‘ingebouwde overkill’ van een bedenktijdregeling valt tegenover hem niet te rechtvaardigen.

Over de bedenktijdregeling van art. 7:766 BW kan men milder oordelen, omdat daar de consument wel ten opzichte van een professional staat.

Daar komt nog bij dat bij koop van onroerende zaken een alternatief beschikbaar was, dat mogelijk zelfs effectiever is – de consument zal de relatief korte bedenktijd waarschijnlijk niet zelden onvoldoende benutten – en bovendien voor de verkoper minder bezwaarlijk, namelijk verplichte notariële bijstand. De argumenten van regeringszijde daartegen waren onvoldoende overtuigend (nr. 31).

44. *Consequenties voor de bedenktijd van art. 7:2 BW*

Wat betekent deze negatieve beoordeling van de bedenktijd van art. 7:2 BW in praktische zin?

In de eerste plaats kan men de (ijdele?) hoop hebben dat de toegezegde evaluatie na vijf jaar (hiervoor, nr. 32) door kritische kamerleden zal worden benut om de bedenktijdregeling nog eens ter discussie te stellen. Als mijn preadvies daarvoor enige munitie zal blijken te bieden, zal ik daarmee bepaald niet ongelukkig zijn.

In de tweede plaats is, meen ik, veel te zeggen voor een restrictieve uitleg van de bedenktijdregeling van art. 7:2 BW. Dat pleit bijvoorbeeld tegen de opvatting dat latere (essentiële) wijzigingen in de koopovereenkomst de bedenktijd opnieuw doen ingaan.⁷⁹

Mijn negatieve beoordeling van de bedenktijd van art. 7:2 BW betekent in de derde plaats dat ik mij verzet tegen de gedachte dat de bedenktijd van drie dagen zou moeten worden verlengd, omdat de huidige termijn onvoldoende effectief zou zijn. De wetgever heeft de bedenktijd ten opzichte van de verkoper gerechtvaardigd met het argument dat de bedenktijd relatief kort is (nr. 31). Dat is, meen ik, een vergissing, maar het wordt natuurlijk allemaal nog erger wanneer de bedenktijd wordt verlengd.

⁷⁹ Geopperd door C.G. Breedveld-de Voogd, *Herleeft de bedenktijd wanneer de akte van levering afwijkt van de onderhandse koopakte?*, WPNR 6547 (2003).

45. *Nieuwe bedenktijdregelingen?*

Is er plaats voor nieuwe bedenktijdregelingen? Voor mij hangt alles af van de vraag of voldaan is aan de beginselen van *Zumutbarkeit*, proportionaliteit en subsidiariteit. Mijn uitgangspunt is dus ook niet een ‘nee tenzij’, zoals we dat bijvoorbeeld bij Mok vinden, die stelt dat invoering van een afkoelingsperiode uitzondering moet blijven.⁸⁰

Een deugdelijke beantwoording van de vraag op welke terreinen zich nieuwe bedenktijdregelingen laten denken, veronderstelt grondig rechtssociologisch onderzoek. Zulk onderzoek heb ik niet verricht. Ik beperkt mij daarom tot één suggestie.

Onder meer in Duitsland geldt een bedenktijd in geval van koop op afbetaling. Zo’n bedenktijd lijkt mij zonder meer te rechtvaardigen. Van de omstandigheid dat men de gekochte zaak direct kan gebruiken en haar eerst later behoeft te betalen, gaat een verleiding uit die door de verkoper met opzet in het leven wordt geroepen en waarvan hij uiteraard profiteert. Dagelijks bezwijken vele consumenten voor deze verleiding – en zeker niet alleen degenen die de financiële gevolgen daarvan kunnen dragen. De massieve treurigheid die aan de civiele rechter in schuldsaneringszaken wordt voorgelegd, is er het gevolg van. Ik begrijp heel goed dat veel consumenten een eventuele bedenktijd ongebruikt zullen laten passeren, maar meen dat elk geval waarin een onvoldoende draagkrachtige consument zich tijdig zou bedenken, winst zou betekenen.

80 a.w. p. 15.

