

# Over de grens

## Het recht van verhaal van de eindverkoper: in Duitsland, in Nederland en in de toekomst

Mr. T.J.K. van Santen\*

### 1. Inleiding

Het recht van verhaal is sinds 1992 opgenomen in artikel 7:25 van het Burgerlijk Wetboek (BW)<sup>1</sup> en beoogt de eindverkoper bij een consumentenkoop tegen beknelling te beschermen. De eindverkoper kan niet meer ten nadele van de consument van de koopregeling afwijken,<sup>2</sup> terwijl zijn professioneel handelende voorschakel dat jegens hem wel zou kunnen doen. Hierdoor zou de eindverkoper bekneld kunnen raken als een consumentkoper zijn rechten op grond van non-conformiteit jegens hem uitoefent. De eindverkoper kan verhaal op zijn voorschakel nemen,<sup>3</sup> zodat hij niet met de aansprakelijkheid ‘blijft zitten’. Wanneer hij het recht van verhaal op zijn voorschakel heeft uitgeoefend, kan deze voorschakel hetzelfde doen jegens *zijn* voorschakel. De aansprakelijkheid ‘reist’ op die manier als het ware in de omgekeerde richting door de distributieketen totdat de aansprakelijkheid terechtkomt bij de partij die voor het gebrek verantwoordelijk is. Vaak zal dit de producent zijn.<sup>4</sup>

\* Mr. T.J.K. van Santen is senior jurist Contractueel bij DAS en doet een promotieonderzoek aan de Open Universiteit (promotoren T.H.M. van Wechem en J.G.J. Rinkes) naar het recht van verhaal als bedoeld in artikel 7:25 BW.

1. Stb. 1991, 600.

2. Zie art. 7:6 BW.

3. Ik duid de regeling zowel op Nederlands als op Europees niveau aan als het recht van verhaal, behalve bij de beschrijving van de Duitse regeling.

4. De verkoper is op grond van art. 7:24 lid 2 BW niet aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van een gebrek in de zin van de regeling van de productaansprakelijkheid. De consument moet hiervoor de producent rechtstreeks aanspreken. De aansprakelijkheid wordt als het

Een soortgelijke regeling is met de Richtlijn consumentenkoop en garanties van 1999 ingevoerd.<sup>5</sup> Deze richtlijn voorziet in een hoog niveau van consumentenbescherming, wat ten koste van de eindverkoper kan gaan. Ook de Europese wetgever wil beknelling van de eindverkoper voorkomen. Op grond van artikel 4 van de richtlijn moeten lidstaten daarom voorzien in een recht van verhaal voor de eindverkoper. De richtlijn laat de lidstaten zeer vrij in de wijze waarop zij dit doen. Zo mogen de lidstaten zelf bepalen of de regeling van dwingend recht moet zijn en zelfs op wie de eindverkoper verhaal kan nemen. Dat hoeft niet per se zijn eigen voorschakel te zijn. De nationale regelingen verschillen dan ook aanzienlijk.

Ondanks het feit dat de positie van de consumentkoper door de Richtlijn consumentenkoop en garanties aanzienlijk werd versterkt en artikel 7:25 BW een groot aantal praktische vragen oproept, heeft de Nederlandse wetgever de bepaling niet echt aangepast. De Duitse wetgever heeft het recht van verhaal veel gedetailleerder geregeld. Het onderwerp heeft in de Duitse literatuur ook veel aandacht gekregen.<sup>6</sup> Per 1 januari 2018 is het

ware gekanaliseerd naar de producent. Ook op deze wijze wordt de verkoper beschermd. Dit gaat echter het bestek van dit artikel te buiten.

5. Richtlijn nr. 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, PbEG 7 juli 1999, L 171, p. 12-17, hierna: Richtlijn consumentenkoop en garanties.

6. Een greep uit het grote aantal publicaties over het onderwerp: S. Bittner, Der Regress des Letztverkäufers, nach Art. 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Eine vergleichende Analyse unter Einbeziehung des UN-Kaufrechts und des deutschen, österreichischen und englischen Rechts, Studien zur Rechtswissenschaft, Band 216, Hamburg 2008; J. Böhle, Der Rückgriff in der Lieferkette gemäß der §§ 478, 479 BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Duncker & Humblot 2004; B. Gorodinsky, §§ 478, 479 BGB: Der Regress des Letztverkäufers, BWV Berliner-Wissenschaft 2013, T. Höpker, Verkäufersregress (§§ 478, 479

*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) op een aantal onderwerpen gewijzigd en het Duitse recht van verhaal is daarop aangepast.

De Europese Commissie heeft twee nieuwe richtlijnen voorgesteld die de rechten van de consumentkoper ten opzichte van de eindverkoper opnieuw aanzienlijk versterken, maar ook voorzien in een recht van verhaal voor de eindverkoper. Dit nieuwe recht van verhaal is nagenoeg gelijk aan de huidige Europese regeling, die aan duidelijkheid te wensen overlaat. Door de toegenomen bescherming van de consument zal het recht van verhaal in de nabije toekomst belangrijker worden. Het is te verwachten dat de belangtegenstellingen binnen de distributieketen zullen toenemen en er eerder geschillen zullen ontstaan. Ik grijp de wijzigingen in het Duitse recht en de toekomstige regeling dan ook aan om het recht van verhaal te bespreken.

Hierna ga ik eerst in op de huidige Europese regeling en de totstandkoming ervan. De beweegredenen van de Europese wetgever om een recht van verhaal in te stellen zijn immers relevant voor de uitleg van de nationale regeling. Vervolgens behandel ik de wijze waarop de Duitse wetgever de regeling heeft vormgegeven. Daarna komt het recht van verhaal in Nederland aan bod en laat ik zien dat de regeling de nodige vragen oproept die door de toepassing van het effectiviteitsbeginsel kunnen worden beantwoord. Dit brengt mee dat partijen in de distributieketen die alleen zakelijke afnemers hebben (BtoB) desondanks met consumentenrechten kunnen worden geconfronteerd. Ten slotte ga ik in op de voorgenomen richtlijnen die de positie van de consumentkoper nog verder zullen versterken. De Europese wetgever wil beknelling van de eindverkoper voorkomen, maar ook de nieuwe regeling roept veel vragen op.

BGB), Hamburg 2003; S. Jungemeyer, Kaufvertragliche Durchgriffsrechte in grenzüberschreitenden Lieferketten und ihr Verhältnis zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Taschenbuch 2008; M. M. Klose, Risikoallokation beim Lieferantenregress nach den §§ 478, 479 BGB: eine rechtsdogmatische und rechtsökonomische Analyse, LIT Verlag Münster 2006; D. Kölmel, Das Regressrecht bei internationalen Lieferketten: Unter besonderer Berücksichtigung des UN-Kaufrechts sowie der Richtlinie über den Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Nomos 2008; M. Loose, Der Letztverkäuferregress nach den §§ 478, 479 BGB - Eine Bestandsaufnahme (Schriften zur Rechtswissenschaft), P.C.O.-Verlag 2006; S. Salewski, Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich, Mohr Siebeck 2011; M. Schröder, Der Unternehmerregress beim Verbrauchsgüterkauf im Falle von grenzüberschreitenden Handelskäufen, Tübingen: Mohr Siebeck 2017; J. Schumacher, Der Lieferantenregress gemäß §§ 478, 479 BGB, Broschiert 2004; M. Wind, Der Lieferanten- und Herstellerregress im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, München: Herbert Utz Verlag 2007.

## 2. Achtergrond: waarom heeft de Europese wetgever voor een recht van verhaal gekozen?

Aan de Richtlijn consumentenkoop en garanties is in 1993 het *Groenboek betreffende garantie op consumptiegoederen en service na verkoop*<sup>7</sup> voorafgegaan. Hierin overweegt de Europese Commissie over het recht van verhaal het volgende: de huidige maatschappij is gebaseerd op massaconsumptie en massadistributie. Het vertrouwen van de koper is nu veel meer gebaseerd op de bekwaamheid die hij de producent toedicht dan op die van de verkoper. Er wordt bij vergelijkbare producten nu meer geconcurrereerd tussen merken dan tussen verkopers. Verkopers beconcurreren elkaar nu vooral op prijs en service. De Commissie vindt dan ook: ‘Als het gebrek van een goed het gevolg is van de fabricage van het product, is het tegenstrijdig dat de verkoper, die immers geen enkele invloed heeft op het productieproces en die in veel gevallen het product niet eens heeft uitgepakt, de enige aansprakelijke persoon is tot wie de koper zich kan richten.’<sup>8</sup> Hierin is de gedachte te lezen dat de *eindverkoper moet worden beschermd* wanneer de consument zijn rechten jegens hem uitoefent. Verder wil de Commissie dat *de voor het gebrek verantwoordelijke partij uiteindelijk aansprakelijk is*.

In de toelichting op het voorstel voor de Richtlijn consumentenkoop en garanties<sup>9</sup> worden nog een paar argumenten gegeven: door de voor de gebrekkigheid van het product verantwoordelijke partij (meestal de producent) aansprakelijk te houden, zal de producent geprikkeld worden om een hoger niveau van kwaliteitsbeheer in te voeren en zal hij zich onthouden van het doen van misleidende mededelingen omtrent het product.<sup>10</sup> Kortom, de regeling zal bewerkstelligen dat er *betere producten* op de markt komen. Wanneer de eindverkoper (en diens voorschakels) verhaal kunnen nemen, biedt de eindverkoper uiteindelijk meer verhaal voor de consumentkoper. Hoewel het recht van verhaal niet direct op de consument betrekking heeft, is er (door een meer solvabele eindverkoper) toch sprake van een *indirecte bescherming van de consument*.

Tot een directe aansprakelijkheid voor non-conformiteit van de producent jegens de consument, wat in eerste instantie de inzet van de regeling was, is het op communautair niveau niet gekomen. Dit bleek politiek niet haalbaar, gezien het in de meeste lidstaten bestaande beginsel van de relativiteit van de overeenkomst (in beginsel scheppen overeenkomsten alleen rechten en plichten tussen de partijen die bij de overeenkomst zijn

7. COM (93) 509 van 15 november 1993, hierna: Groenboek 1993.

8. Groenboek 1993, p. 142-143.

9. COM (95) 520 def. 96/0161 (COD), PbEG 16 oktober 1996, C307, p. 8.

10. COM (95) 520 def. 96/0161 (COD), p. 27.

betrokken).<sup>11</sup> De richtlijn volgt dit beginsel: de consument moet zich bij een non-conformiteit tot diens verkoper wenden. De verkoper kan dan weer verhaal nemen. Artikel 4 van de richtlijn luidt:

*‘Artikel 4 Recht van verhaal*

Wanneer de eindverkoper jegens de consument aansprakelijk is uit hoofde van een gebrek aan overeenstemming dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van de producent, van een eerdere verkoper in dezelfde contractuele keten of van enige andere tussenpersoon, kan de eindverkoper verhaal nemen op de aansprakelijke persoon of personen in de contractuele keten. De persoon of personen op wie de eindverkoper verhaal kan nemen alsmede de rechtsvorderingen en de wijze van procederen worden bepaald door het nationale recht.’

**Dwingend recht?**

Bij eerste beschouwing van artikel 4 is het niet duidelijk of de Europese wetgever verplicht tot nationale regelgeving waarbij partijen geen afwijkende afspraken kunnen maken. In een eerdere versie van de regeling werd deze mogelijkheid uitdrukkelijk genoemd (de tekst ‘tenzij hij van zijn recht daartoe afstand heeft gedaan’ is nadien geschrapt). Men zou hieruit kunnen afleiden dat het verhaalsrecht van dwingend recht zou zijn. In de literatuur wordt aangenomen dat dit niet het geval is.<sup>12</sup> Overweging 9 van de richtlijn wijst immers uitdrukkelijk op de mogelijkheid het recht van verhaal uit te sluiten.<sup>13</sup> In artikel 7 lid 1 is bepaald welke contractuele (van de richtlijn afwijkende) bedingen de partijen niet binden. Het recht van verhaal van artikel 4 wordt hierin niet genoemd. Kortom, lidstaten mogen contractspartijen toestaan om van het recht van verhaal af te zien.

Artikel 4 geeft de lidstaten bijzonder veel vrijheid om het verhaalsrecht in de nationale regelgeving om te zetten. Zodra aan de vereisten is voldaan, kan de eindverkoper verhaal nemen. *Op wie* de eindverkoper verhaal kan nemen, wordt niet voorgeschreven. Het moet slechts gaan om de aansprakelijke persoon of personen in de contractuele keten. Dit kan dan de directe contractspartij zijn (de leverancier van de eindverkoper), maar lidstaten kunnen net zo goed regelen dat de eindverkoper direct verhaal neemt op een andere partij, zoals

de producent. Ook de wijze waarop verhaal wordt genomen, mag geheel door de lidstaten worden bepaald.

### 3. De omzetting van artikel 4 in de EU

Het recht van verhaal van de richtlijn is in de lidstaten op verschillende manieren omgezet.<sup>14</sup> Een groot aantal lidstaten heeft bepaald dat alléén via de contractuele keten verhaal kan worden genomen. Andere lidstaten hebben een directe actie ingesteld op grond waarvan ook andere partijen rechtstreeks kunnen worden aangesproken.<sup>15</sup> Weer andere lidstaten hebben in het geheel niets gedaan.<sup>16</sup>

Hoewel er bij de vormgeving van het recht van verhaal aanzienlijke verschillen zijn ontstaan, ziet de Europese Commissie hier geen probleem in. Zij stelt vast dat bepaalde lidstaten artikel 4 ‘nauwkeurig’ hebben omgezet, terwijl andere lidstaten niets hebben gedaan en gebruik blijven maken van de contractuele beginselen. De Commissie eindigt met de mededeling: ‘Beide omzettingmethoden zijn toereikend, zolang zij de in de richtlijn bedoelde rechten van de eindverkoper niet beperken.’<sup>17</sup>

11. Overigens wordt er nog een hint gegeven naar toekomstige ontwikkelingen. In art. 12 wordt al vooruit gekeken naar de evaluatie van de richtlijn in 2006, waarin ook de mogelijkheid van een directe aansprakelijkheid van de producent zal worden onderzocht.

12. Zie o.a. M.C. Bianca & S. Grundmann, *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia Publishers 2002, p. 199; Höpker 2003, p. 20.

13. Overweging 9 luidt: ‘Overwegende dat tegenover de consument de verkoper rechtstreeks aansprakelijk moet zijn voor de overeenstemming van de goederen met de overeenkomst; dat deze oplossing van oudsher in de rechtstelsels van de lidstaten voorkomt; dat de verkoper vrij moet blijven om onder de in het nationale recht geldende voorwaarden, verhaal te nemen op de producent, op een eerdere verkoper in dezelfde contractuele keten of op enige andere tussenpersoon, tenzij hij afstand heeft gedaan van zijn rechten; dat deze richtlijn het beginsel van contractvrijheid tussen verkoper, producent, eerdere verkoper of enige andere tussenpersoon onverlet laat; dat het nationale recht bepaalt op wie en hoe verhaal kan worden genomen.’

14. Zie voor een overzicht M. Ebers, A. Janssen & O. Meyer, *European Perspectives in Producers' Liability*, onder redactie van M. Ebers, A. Janssen & O. Meyer, Sellier, European Law Publishers 2009, p. 42.

15. In *Frankrijk* bestaat sinds jaar en dag de ‘action directe’: een schuldeiser kan zich rechtstreeks wenden tot de schuldenaren van diens schuldenaar. In deze context brengt dit mee dat de eindkoper de voor het gebrek in het product verantwoordelijke partij direct kan aanspreken. Hij kan er dus voor kiezen om ofwel zijn contractspartij aan te spreken of om deze te passeren en een andere partij in de contractuele keten aan te spreken. Deze partij is, net zoals alle andere partijen in de contractuele keten, hoofdelijk aansprakelijk. Indien de eindkoper ervoor kiest om zijn eindverkoper aan te spreken, dan heeft deze eindverkoper ook weer een ‘action directe’ tegen iedere partij in de contractuele keten. In art. L217-14 van de Code de Consommation is verder bepaald dat de eindverkoper het recht op verhaal heeft ‘volgens de principes van de Code Civil’. Deze bepaling is nogal onduidelijk. Zo blijft het onduidelijk of de consument bij een ‘action directe’ gebruik kan maken van dezelfde rechten die hij op grond van de (omgezette) Richtlijn consumentenkoop heeft jegens de eindverkoper kan uitoefenen. In *Italië* heeft de eindkoper geen rechtstreekse vordering op een partij in de contractuele keten. De eindkoper kan slechts zijn eigen verkoper aanspreken. Maar deze eindverkoper heeft op grond van art. 131 van de Codice de Consumo een directe actie jegens iedere partij in de contractuele keten die uiteindelijk aansprakelijk is voor het feit dat het product non-conform is. Het is partijen expliciet toegestaan om andersluidende afspraken te maken.

16. Zowel het *Verenigd Koninkrijk* als *Ierland* heeft nagelaten om art. 4 van de richtlijn om te zetten. Dit betekent dat de eindverkoper slechts het reguliere verbintenissenrecht ten dienste staat om diens voorschakel aan te spreken. De eindverkoper die wordt geconfronteerd met een consument die zijn rechten bij een non-conform product jegens hem uitoefent, kan dan – uiteraard afhankelijk van zijn onderhandelingspositie – daadwerkelijk beknelde raken. Het is dan ook de vraag of deze twee lidstaten op deze wijze daadwerkelijk voldoen aan de vereisten van art. 4.

17. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de uitvoering van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, inclusief analyse van de mogelijkheid om producenten rechtstreeks aansprakelijk te stellen, COM(2007)210, PbEG 3 augustus 2007, C 181.

Het standpunt van de Commissie verbaast mij, omdat de verschillende soorten regelingen de concurrentie tussen de marktpartijen kunnen verstoren. In bepaalde lidstaten wordt beknelling zo goed mogelijk voorkomen, terwijl de eindverkoper in andere lidstaten met lege handen blijft staan wanneer een consument zijn rechten jegens hem heeft uitgeoefend. Het is ook onduidelijk of de vrijheid van partijen om afwijkende afspraken te maken zover gaat dat zij het recht van verhaal geheel mogen uitsluiten. De hiervoor aangehaalde mededeling van de Commissie is dan ook tekenend voor de (of het gebrek aan) aandacht van de Europese wetgever voor dit onderwerp.

## 4. De nieuwe regresregeling in Duitsland

Duitsland heeft in 2002 artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties omgezet in § 478 en 479 BGB. De Duitse wetgever heeft ervoor gekozen dat de eindverkoper slechts op zijn eigen voorschakel verhaal kan nemen (§ 478). Deze voorschakel kan vervolgens weer verhaal nemen op diens voorschakel (§ 478 lid 5), net zolang totdat de voor de non-conformiteit verantwoordelijke persoon aansprakelijk is. Ook in het Duitse recht reist de aansprakelijkheid dus in omgekeerde volgorde door de distributieketen. In § 479 is een regeling getroffen voor de verjaringstermijnen, opdat de eindverkoper ook niet door de verjaring van zijn vordering bekneld zou raken.<sup>18</sup>

Het Duitse recht van verhaal is ‘wirtschaftlich zwingend’: afwijkende afspraken zijn alleen toegestaan indien de eindverkoper voldoende wordt gecompenseerd. Het contractueel uitsluiten van de aansprakelijkheid voor gevolgschade is weer wel toegestaan (§ 478 lid 4).<sup>19</sup> De Duitse wetgever gaf de eindverkoper twee soorten recht van verhaal. Afhankelijk van welke rechten de consument jegens hem heeft uitgeoefend, heeft de eindverkoper een ‘onzelfstandig’ of een ‘zelfstandig’ regres.

### Onzelfstandig regres

Wanneer de consument bij een non-conformiteit de koopovereenkomst heeft *ontbonden of prijsvermindering* heeft toegepast, heeft de eindverkoper slechts een ‘onzelfstandig’ regres (geregeld in § 478 lid 1). De eindverkoper moet gebruikmaken van het reguliere verbintenissenrecht om verhaal te halen. Maar: in tegenstelling tot een ‘normale’ situatie hoeft de eindverkoper zijn voorschakel geen termijn meer te stellen. Hij kan direct

gebruikmaken van zijn contractuele remedies.<sup>20</sup> Er wordt, met andere woorden, een ingreep gedaan in het reguliere verbintenissenrecht. Doordat het reguliere verbintenissenrecht verder niet wordt aangepast, moeten de overige voorwaarden voor de gekozen remedie zijn vervuld voordat verhaal kan worden genomen.

### Zelfstandig regres

Wanneer de consument op grond van § 439 lid 2 BGB *nakoming* van de overeenkomst heeft gevorderd en de verkoper de kosten hiervan (waaronder de bijkomende kosten zoals transport) heeft moeten dragen, heeft de eindverkoper een ‘zelfstandig’ regresrecht. De eindverkoper heeft direct een recht van verhaal en hij kan de door hem geleden schade meteen op de voorschakel verhalen (§ 478 lid 2). Nadere voorwaarden worden niet gesteld.

### Omkering bewijslast

De Duitse wetgever heeft ook rekening gehouden met de omkeringsregel van artikel 5 lid 3 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties.<sup>21</sup> De eindverkoper kan bij een verhaalsactie op zijn voorschakel van deze regel profiteren, als ware hij een consumentkoper. Maar dat zou niet meer kunnen als het product eerst een tijd bij de eindverkoper op voorraad ligt en pas zes maanden later aan de consument wordt geleverd. Voor de consument vangt de termijn van zes maanden pas op dat moment aan, terwijl de termijn van zes maanden bij een verhaalsactie door de eindverkoper dan al is verlopen. Als de consument bij de eindverkoper klaagt, raakt de eindverkoper alsnog bekneld. Dit probleem wordt opgelost door § 478 lid 3: de termijn van zes maanden vangt, óók voor het recht van verhaal van de eindverkoper, pas aan nadat het product aan de consument is afgeleverd.

### Wijzigingen in het Duitse kooprecht

De vorenstaande regeling gold alleen indien de eindkoper een consument was. Dat is inmiddels veranderd. In 2011 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in het arrest Weber en Putz (inzake een consumentenkoop) bepaald dat ‘wanneer een niet-conform consumptiegoed dat de consument vóór de ontdekking van het gebrek overeenkomstig de aard en het gewenste gebruik ervan te goeder trouw had geïnstalleerd, door vervanging in overeenstemming wordt gebracht, de verkoper verplicht is dit goed zelf te verwijderen van de plaats waar het is geïnstalleerd en er een vervangend goed te installeren, dan wel de kosten voor deze verwijdering en installatie van het vervangend goed te vergoeden’. En: ‘Of de verkoper zich in de verkoopovereenkomst ertoe had verbonden het aanvankelijk aangekoch-

18. Ik laat de klachtplicht en de verjaringsaspecten van het Duitse regresrecht verder buiten beschouwing.

19. Wanneer aansprakelijkheid voor gevolgschade door middel van algemene voorwaarden wordt uitgesloten, dan kan zo'n beding nog wel op grond van § 307 BGB op redelijkheid worden getoetst, vergelijkbaar met art. 6:233 sub a BW.

20. De remedies zijn genoemd in § 377 en zijn kort gezegd nakoming, ontbinding, prijsvermindering of vervangende schadevergoeding en (vervangende) schadevergoeding.

21. Art. 5 lid 3 stelt: manifesteert zich een gebrek aan overeenstemming binnen een termijn van zes maanden vanaf de aflevering van de goederen, dan geldt tot bewijs van het tegendeel het vermoeden dat dit gebrek bestond op het tijdstip van aflevering tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van de goederen of met de aard van het gebrek aan overeenstemming. De regeling is omgezet in art. 7:18 lid 2 BW.

te consumptiegoed te installeren, speelt hierbij geen rol.<sup>22</sup>

Duitsland heeft het BGB op een aantal punten, waaronder het kooprecht, gewijzigd.<sup>23</sup> Met deze wijzigingen heeft Duitsland tevens het Weber en Putz-arrest gecodificeerd. De rechtsregel van het arrest is nu opgenomen in § 439 lid 3 BGB. Maar het toepassingsgebied is uitgebreider dan het arrest vereist: voortaan geldt de regel niet alleen bij consumentenkoop, maar bij *alle* koopovereenkomsten.<sup>24</sup> Bovendien moet de verkoper direct de gemaakte kosten vergoeden (hij mag dus nog wel het goed opnieuw leveren, maar hij krijgt *niet* de gelegenheid om het goed zelf te verwijderen en opnieuw te plaatsen). Een verkoper kan dus ook op deze verplichtingen worden aangesproken wanneer de eindkoper géén consument is. Stel: een aannemer koopt bij een bouwmarkt vloertegels, om deze vervolgens bij een klant te plaatsen. Wanneer de tegels niet goed blijken te zijn, kan de aannemer de bouwmarkt direct aanspreken: niet alleen om nieuwe tegels te leveren, maar ook om de kosten van het verwijderen van de tegels en van het plaatsen van nieuwe tegels geheel te vergoeden.<sup>25</sup>

#### Uitbreiding van het toepassingsbereik van het regresrecht

Door de uitbreiding van het toepassingsbereik van § 439 lid 3 BGB ontstond het probleem dat de eindverkoper alsnog beknelde zou kunnen raken. De oude regresregeling gaf de eindverkoper immers alleen een regresrecht wanneer de eindkoper een consument was. Voor andere koopovereenkomsten zou de eindverkoper alleen van het reguliere verbintenissenrecht gebruik kunnen maken. Daarom is het toepassingsgebied van het regresrecht aangepast, zodat het ook van toepassing is als de eindkoper géén consument is. De bouwmarkt in het voorbeeld

heeft dus een regresrecht, ook al is eindkoper een aannemer en geen consument.

Het nieuwe regresrecht staat nu in § 445a BGB.<sup>26</sup> In lid 1 is het zelfstandige regres opgenomen. De bouwmarkt in het voorbeeld kan op deze bepaling een beroep doen en *alle* gemaakte kosten (van de levering van nieuwe tegels en de kosten die de bouwmarkt aan de aannemer heeft moeten vergoeden) direct en zonder nadere voorwaarden op de voorschakel verhalen. In lid 2 staat het onzelfstandige regres, waarvan de bouwmarkt gebruik zou kunnen maken als de aannemer niet nakoming, maar ontbinding of prijsvermindering had gevorderd. De twee vormen van regres gelden ook voor de daaropvolgende vorderingen van de voorschakels op diens leverancier (lid 3).

#### Aanvullende regels bij consumentenkoop

Zijn er bij het regres dan geen verschillen meer tussen een consumentenkoop en een gewone koopovereenkomst? Toch wel: § 478 geeft aanvullende regels voor het regres bij een consumentenkoop. Hiermee wordt beoogd dat de eindverkoper een aantal rechten, die de consument jegens hem heeft, onverkort kan toepassen bij het verhaal op zijn voorschakel. De eindverkoper kan, als ware hij consument, gebruikmaken van de omkeringsregel en de termijn hiervoor vangt pas aan bij de levering van het product aan de consument (nu in § 478 lid 1). Verder blijft het recht van verhaal op dezelfde manier als voorheen van ‘economisch dwingend’ recht (lid 3). Tot slot geldt de regeling opnieuw voor alle schakels in de contractuele keten.

De Duitse wetgever is grondig te werk gegaan: er is een duidelijke keuze gemaakt tussen een zelfstandig en een onzelfstandig regres. Het Duitse regresrecht wordt aangepast wanneer de rechten van de eindkoper wijzigen en men heeft ervoor gekozen de omkeringsregel van consumentenkoop ook bij het regresrecht toe te passen. Toch blijven er ook bij het Duitse regresrecht vragen open staan. Zo is het nog niet duidelijk of het nieuwe regresrecht ook dwingend is wanneer de eindkoper géén consument is.

De door de Richtlijn consumentenkoop en garanties versterkte positie van de consumentkoper en de gedetailleerde wijze waarop Duitsland het recht van verhaal heeft vormgegeven, maken nieuwsgierig naar de vraag hoe Nederland artikel 4 heeft omgezet. Het antwoord is enigszins teleurstellend.

## 5. Het recht van verhaal in Nederland

De Nederlandse wetgever vond dat de bestaande regeling van artikel 7:25 BW al aan de vereisten van artikel 4

22. HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09, C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396. Zie voor een nadere analyse van het arrest bijv.: J.A. Luzak, Een storm in een glas water? Over de rechtsmiddelen van een consument bij non-conforme goederen na de beslissing van het Hof van Justitie in Weber en Putz, TvC 2014/ 5, p. 231-238. Het hof nuanceert dit overigens door te stellen: ‘dat het zich ertegen verzet dat een nationale wettelijke regeling aan de verkoper het recht verleent om de enig mogelijke vorm van genoegdoening, namelijk de vervanging van het niet-conforme goed, te weigeren op grond dat deze vervanging hem, gelet op de ernst van het gebrek aan overeenstemming en de waarde die het goed zonder gebreken zou hebben, onevenredig veel zou kosten, doordat hij zou verplicht zijn dit goed te verwijderen van de plaats waar het is geïnstalleerd en er een vervangend goed te installeren. Deze bepaling verzet zich er evenwel niet tegen dat het recht van de consument op vergoeding van de kosten voor verwijdering van het gebrekkige goed en installatie van een vervangend goed in een dergelijk geval in die mate wordt beperkt dat de verkoper slechts een evenredig gedeelte van de kosten moet dragen.’
23. Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (BauVRRG k.a.Abk.) van 28 april 2017 BGBl. I S. 969 (nr. 23). De nieuwe regels gelden voor overeenkomsten die na 1 januari 2018 zijn gesloten.
24. Deze bepaling in de algemene kooptitel (Titel 1: Kauf, Tausch) is opgenomen en niet in de subtitel consumentenkoop (Untertitel 3: Verbrauchsgüterkauf).
25. Vgl. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4732 (Kinheim/Pelders).

26. § 445b BGB beoogt zoals voorheen § 479 te voorkomen dat de eindverkoper door middel van verjaring van termijnen beknelde raakt.

voldeed. De regeling is inhoudelijk niet aangepast. Om de regeling in de praktijk beter te laten functioneren werd zij van dwingend recht gemaakt.<sup>27</sup>

De regeling is sindsdien als volgt. Op grond van artikel 7:25 BW heeft de verkoper, wanneer de koper bij een non-conformiteit één of meer van zijn rechten ter zake van die non-conformiteit heeft uitgeoefend, recht op schadevergoeding jegens zijn (zakelijke handelende) leverancier (lid 1). Dit is van dwingend recht (lid 2). Alleen als de non-conformiteit betrekking heeft op feiten die hij kende of behoorde te kennen, dan wel haar oorzaak vindt in een omstandigheid die is voorgevallen nadat de zaak aan hem werd afgeleverd, heeft de verkoper geen recht op schadevergoeding (lid 3). Wanneer de verkoper ten onrechte een toezegging over de zaak heeft gedaan, is het recht van de verkoper op schadevergoeding beperkt tot het bedrag waarop hij aanspraak had kunnen maken indien hij de toezegging niet had gedaan (lid 4). Het vorenstaande geldt onverkort wanneer de voorschakel weer verhaal wil nemen op diens leverancier (lid 5). Voor schade als bedoeld in artikel 7:24 lid 2 BW is er geen regresrecht (lid 6).<sup>28</sup>

Aan de wijze waarop de regeling in het verbintenissenrecht ingrijpt, is in de parlementaire geschiedenis nauwelijks aandacht besteed. Alleen procedurele aspecten worden belicht: de consument hoeft niet te wachten totdat de eindverkoper verhaal heeft genomen. Bij non-conformiteit kan hij direct één of meer van zijn rechten tegen de verkoper uitoefenen, ongeacht de vraag of de verkoper of een voorschakel verantwoordelijk is voor de afwijking van het overeengekomene. De koper heeft deze rechten zonder dat van belang is of de verkoper met succes verhaal kan nemen op zijn voorschakel. De koper staat dan ook verder buiten een eventuele verhaalsprocedure en hij is voor de uitoefening van zijn rechten niet afhankelijk van de uitkomst daarvan. Het is eerder andersom, in die zin dat de verkoper het regresrecht toekomt indien de koper zijn rechten *heeft uitgeoefend*.<sup>29</sup>

### De praktische toepassing van het recht van verhaal

In tegenstelling tot in Duitsland heeft de regeling in Nederland maar weinig aandacht gekregen. Sinds de invoering van artikel 7:25 BW zijn slechts enkele artikelen verschenen.<sup>30</sup> Er is weinig jurisprudentie over de

toepassing van artikel 7:25 BW. Het recht van verhaal zou de verkoper moeten helpen om de aansprakelijkheid 'door te geven', maar het is onduidelijk over hoe de regeling in Nederland uitpakt.<sup>31</sup> Zo wordt niet bepaald of er sprake is van een 'onzelfstandig regres' waarbij een wijziging wordt aangebracht in het reguliere verbintenissenrecht,<sup>32</sup> of dat artikel 7:25 BW een zelfstandige verbintenis is (waardoor er geen verdere voorwaarden aan het recht van verhaal worden gesteld).<sup>33</sup>

Ook over de omvang van het verhaal is weinig bekend. Wat kan de eindverkoper precies verhalen nadat hij door de consument wordt aangesproken op een non-conform product? Kan de eindverkoper bij een ontbinding door de consument alleen vergoeding van de inkoopprijs of ook van de gedeelde winst vorderen? Artikel 7:25 lid 1 BW bepaalt slechts dat de verkoper recht heeft op 'schadevergoeding' en op de kosten van verweer voor zover zij in redelijkheid door de verkoper zijn gemaakt.

In tegenstelling tot het Duitse recht is er geen specifieke verjaringsregeling. De regeling houdt er geen rekening mee dat de vordering van de eindverkoper op zijn voorschakel (en vervolgens diens eigen vordering op diens leverancier) zou kunnen verjaren, terwijl de vordering van de consument nog niet verjaard is.

En kunnen de consumentenrechten in de omgekeerde richting door de distributieketen met de aansprakelijkheid 'meereizen'? Zo ja, dan kan de eindverkoper bij het uitoefenen van het recht op verhaal gebruikmaken van dezelfde wettelijke voordelen die de consument jegens hem heeft kunnen uitoefenen. Indien deze voordelen niet zouden meegaan, zou de eindverkoper alsnog bekneld kunnen raken, zoals blijkt uit de volgende voorbeelden:

- Als de eindverkoper wordt aangesproken op grond van een gebrek dat zich binnen zes maanden na de aflevering openbaart, kan de consument gebruikmaken van de omkeringsregel van artikel 7:18 lid 2 BW. Als de eindverkoper er niet in slaagt om het tegenbewijs te leveren van het vermoeden dat het gebrek bij de aflevering al aanwezig was, verliest hij het geschil.<sup>34</sup> Wanneer hij vervolgens verhaal wil halen

27. Stb 2003, 101.

28. Zie ook H.B. Krans, Het regresrecht van de verkoper bij consumentenkoop (art.7:25), WPNR (1997) 6269, p. 311-315.

29. Kamerstukken II 2000/01, 27809, 6, p. 4, de cursivering staat ook in de brontekst.

30. Voorbeelden zijn: M. de Koning & P. Meijer, Verhaal op de voorschakel: gaat de Nederlandse wetgever te ver?, NTBR 2002/7; Krans 1997; H.J. Rossel, De invloed van de regeling inzake produktenaansprakelijkheid op de aansprakelijkheid ex art. 6:173 en art. 7:74 BW (I), WPNR (1992) 6057; H.J. Rossel, De invloed van de regeling inzake produktenaansprakelijkheid op de aansprakelijkheid ex art. 6:173 en art. 7:74 BW (II, slot), WPNR (1992) 6058; M. Wallart, De beknelde detaillist: artikel 7:25 BW, ORP 2015/6; M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem, Wijzigingen in de regels voor consumentenkoop, Contracteren 2003/2.

31. Het wordt helemaal lastig als er verhaal moet worden genomen op een buiten Nederland of zelfs buiten de EU gevestigde voorschakel of producent. Het Weens Koopverdrag voorziet niet in een verhaal op de voorschakel. En wat heeft er te gelden wanneer op de overeenkomst een recht van toepassing wordt verklaard dat de uitsluiting van het recht op verhaal (in tegenstelling tot Nederland) toestaat? Zie ook Wallart 2015, par. 6.

32. Hijma stelt dat art. 7:25 BW een voorbeeld is van het 'krachtens de wet voor zijn rekening komen' als bedoeld in art. 6:75 BW. J. Hijma, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Internationaal privaatrecht. Deel I\*. Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2013, nr. 460. Ook Wallart stelt dat als nakoming nog mogelijk is, de voorschakel in gebreke zal moeten worden gesteld voordat er verhaal kan worden genomen. Wallart 2015, par. 3.

33. Hiervoor zou kunnen worden gepleit, gezien de opmerking van de minister dat de verkoper het regresrecht toekomt indien (dus pas nadat) de verkoper zijn rechten heeft uitgeoefend, zie ook noot 24.

34. HvJ EU 4 juni 2015, C497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (Froukje Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV).

op zijn voorschakel, komt de eindverkoper in bewijsnood: hij zal zelf wel moeten aantonen dat het gebrek al aanwezig was op het moment dat het product bij hem werd geleverd.

- Op grond van de laatste zin van artikel 7:23 lid 1 BW heeft de consumentkoper geen onderzoeksplicht. Hij kan een gekocht product bij wijze van spreken een halfjaar in de hoek zetten, om er pas bij de ingebruikname achter te komen dat het product gebrekkig is. Wanneer hij na de *ontdekking* van het gebrek tijdig reclameert (waarbij reclameren binnen twee maanden in ieder geval tijdig is), heeft hij zijn rechten niet verwerkt. De professioneel handelende eindverkoper heeft daarentegen een onderzoeksplicht wanneer hij zijn producten ontvangt, en hij zal bij een non-conformiteit tijdig moeten reclameren. Voor de eindverkoper is het allerminst zeker of binnen twee maanden reclameren tijdig is.
- Op grond van artikel 7:21 lid 3 BW moet de verkoper bij een tekortkoming ‘snel en zonder ernstige overlast’ alsnog zijn verplichtingen nakomen. Doet hij dat niet, dan mag de consument op grond van artikel 7:22 BW de overeenkomst zonder nadere ingebrekestelling ontbinden of de prijs verminderen. De eindverkoper zal de voorschakel in beginsel eerst in gebreke moeten stellen voordat hij hetzelfde kan doen. Bovendien is het in de praktijk niet werkbaar om ingebrekestellingen te sturen wanneer een product over meerdere partijen in een distributieketen is verhandeld. Iedere partij zal bij het ontvangen van een ingebrekestelling ook meteen zijn eigen voorschakel in gebreke moeten stellen. Tegen de tijd dat de laatste ingebrekestelling aankomt, kan de consument zijn rechten jegens de eindverkoper al hebben uitgeoefend.
- Wanneer er sprake is van een non-conformiteit tussen de consument en de eindverkoper, hoeft dit nog geen non-conformiteit tussen de eindverkoper en zijn voorschakel te betekenen. De eindverkoper wordt op grond van artikel 2 lid 2 sub d van de Richtlijn consumentenkoop en garanties (vergelijk art. 7:6a BW) jegens de consument gebonden aan reclame en verklaringen door de producent over het product. Deze regeling geldt niet voor de voorschakel.

Hoe kan deze beknelling worden voorkomen? De nationale regelgeving kan worden getoetst aan de algemene beginselen van het Unierecht, zoals het effectiviteitsbeginsel.<sup>35</sup> Op grond van het effectiviteitsbeginsel kan worden bepleit dat de consumentenrechten moeten ‘meegaan’ bij de uitoefening van het recht van verhaal, bijvoorbeeld door via artikel 6:2 BW of 6:248 BW een rechtsregel achterwege te laten, of door de bewijslast

35. A.S. Hartkamp, mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3 Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees Recht en het Nederlands vermogensrecht, Kluwer 2015, nr. 105-107, die erop wijst dat het effectiviteitsbeginsel inmiddels is gecodificeerd in art. 47 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de EU. Zie ook: T.F.E. Tjong Tjin Tai, Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht, WPNR (2011) 6901.

anders te verdelen (art. 150 Rv). Alleen dan wordt de eindverkoper daadwerkelijk tegen beknelling beschermd. De consequentie hiervan is dat een voorschakel die producten (die uiteindelijk bij een consument terecht komen) verkoopt aan een professioneel handelende koper, op enig moment met de uitoefening van consumentenrechten kan worden geconfronteerd.

## 6. Toekomstige consumentenbescherming bij non-conformiteit

Op 9 december 2015 publiceerde de Commissie twee nieuwe richtlijnvoorstellen die de positie van de consument ten opzichte van de verkoper verder zullen versterken. Dit zijn de voorstellen voor een richtlijn inzake bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud<sup>36</sup> en voor een richtlijn inzake bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online verkoop en andere verkoop op afstand van goederen (hierna: Richtlijn verkoop van goederen).<sup>37</sup> Beide voorstellen beogen een volledige harmonisatie en zijn in de literatuur veelvuldig besproken.<sup>38</sup> Ik behandel hierna alleen de Richtlijn verkoop van goederen, omdat deze richtlijn gezien het toepassingsbereik de grootste impact zal hebben op de positie van de eindverkoper.<sup>39</sup>

Het voorstel was aanvankelijk alleen van toepassing op overeenkomsten die op afstand tussen de verkoper en de consument worden gesloten. Als reactie op de kritiek dat er op deze manier wel erg veel verschillende regimes voor verschillende soorten koopovereenkomsten zijn,

36. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, COM(2015) 634 def.

37. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de onlineverkoop en andere verkoop op afstand van goederen, COM(2015) 635 def.

38. C.A.N.M.Y. Cauffman, Consumentenkoop 2014-2015, Kroniek, TvC 2016/5, p. 211-223; M. Lehmann, A question of coherence, The Proposals on EU Contract Rules on Digital Content en Online Sales, *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* 2016/23, p. 752-774; M.B.M. Loos, Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (I), *NTER* 2016/3, p. 114-120; M.B.M. Loos, Not good but certainly content: The proposals for European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content, in: I. Claeys & E. Terry (red.), *Digital contents & Distance sales: New developments at EU level*, Cambridge: Intersentia 2017, p. 3-53; V. Mak, Op weg naar een Europese 'Digital Single Market'. Twee nieuwe richtlijnvoorstellen voor het Europees contractenrecht, *NJB* 2016, nr. 8, p. 520-521; R. van Neck & R. Grifoni Waterman, Nieuwe digitale uitdagingen. Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn met betrekking tot overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, *Computerrecht* 2017, p. 98; H. Schulte-Nölke, Personal data is not a counter-performance! Plea for a data driven rethinking of contract and consumer law, *TvC* 2018/2, p. 74-76.

39. Zie voor een beschrijving van de recente ontwikkelingen C.M.D.S. Pavillon, Trends en ontwikkelingen in het Europees verbintenissenrecht, *WPNR* (2018) 7199.

heeft de Europese Commissie op 31 oktober 2017<sup>40</sup> voorgesteld om het toepassingsgebied van de richtlijn aanzienlijk uit te breiden: de Richtlijn verkoop van goederen ziet niet alleen meer op de verkoop op afstand, maar op *alle* verkopen aan consumenten, ongeacht of dit op afstand of van hand tot hand gebeurt. De richtlijn zal de Richtlijn consumentenkoop en garanties dan ook geheel vervangen. De Richtlijn verkoop van goederen is zo belangrijk voor de positie van de eindverkoper omdat de rechten van de consument aanmerkelijk worden uitgebreid:

- De wettelijke garantieperiode (de omkeringsregel) wordt flink verlengd. De termijn van zes maanden (art. 5 lid 3 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties/art. 7:18 lid 2 BW) zal in het richtlijnvoorstel maar liefst twee jaar bedragen (art. 8 lid 3).
- De klachtplicht (art. 5 lid 2 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties/art. 7:23 lid 1 BW) komt bij een consumentenkoop geheel te vervallen. In overweging 25 van de Richtlijn verkoop van goederen wordt uiteengezet dat in het voorstel geen klachtplicht zal worden opgenomen.
- Het wordt makkelijker voor de consument om de koopovereenkomst te ontbinden. Nu bepaalt artikel 3 lid 6 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties/artikel 6:265 lid 1 BW/artikel 7:22 lid 1 sub a BW dat een ontbinding niet mogelijk is wanneer de tekortkoming – kort gezegd – van een te geringe betekenis is. In de Richtlijn verkoop van goederen wordt dat anders: ook als er sprake is van een geringe tekortkoming heeft de consument het recht om de koopovereenkomst te ontbinden (art. 9).

Er wordt een limiet gesteld aan de termijn waarbinnen de consument zich op non-conformiteit kan beroepen. Deze termijn zal twee jaar bedragen. (art. 14). In de huidige Nederlandse regelgeving kan een consument zich, afhankelijk van de verwachte levensduur van het geleverde product, tot lange tijd na de levering nog op non-conformiteit beroepen. Omdat de Richtlijn verkoop van goederen uitgaat van volledige harmonisatie, mogen lidstaten geen regelgeving opnemen die de consument een verdergaande bescherming bieden. In Nederland zal de Richtlijn verkoop van goederen de rechten van de consumentkoper dan ook inperken. De verkoper wordt door deze wijziging enigszins gecompenseerd.

De Richtlijn verkoop van goederen behoudt overigens het 'tweetraps'-stelsel met betrekking tot de remedies van de consumentkoper. In eerste instantie heeft de consument recht op herstel of vervanging, terwijl er pas in tweede instantie een recht op ontbinding of prijsvermindering is (art. 9 e.v.).

40. Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad, COM (2017) 637 final.

Het is op zijn minst merkwaardig te noemen dat deze voorstellen, die van invloed zijn op de rechtspositie van de consument en dus doorwerken in het recht van verhaal, op communautair niveau geen discussie losmaken over de omvang, noodzaak en precisering van deze regeling.

## 7. Het toekomstige recht van verhaal

De wijzigingen hebben een grote impact op de positie van de eindverkoper. Door de verlenging van de wettelijke garantie en het vervallen van de klachtplicht kan de eindverkoper tot twee jaar na de levering van een product worden geconfronteerd met klachten van consumenten waartegen hij zich maar moeilijk kan verweren. De Europese Commissie compenseert de eindverkoper door in beide richtlijnvoorstellen opnieuw een recht van verhaal voor de verkoper voor te stellen. De tekst van de regeling is in de beide richtlijnen nagenoeg gelijk. De bepaling in de Richtlijn verkoop van goederen luidt:

### *'Artikel 16 Recht van verhaal*

Wanneer de verkoper jegens de consument aansprakelijk is uit hoofde van een gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van een persoon in een eerdere schakel van de keten van transacties, kan de verkoper verhaal nemen op de aansprakelijke persoon of personen in de keten van transacties. De persoon jegens wie de verkoper verhaal kan nemen alsmede de relevante rechtsvorderingen en de wijze van procederen worden bepaald door het nationale recht.'

Deze bepaling is helaas net zo onduidelijk als het huidige artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties. Het lijkt erop dat de Europese wetgever wel tevreden is met het huidige regime en niet meer veel aandacht aan het onderwerp zal besteden. Dit is onbevredigend: de hiervoor genoemde onduidelijkheden worden ook bij de nieuwe richtlijnen in het geheel niet weggelaten. Er zullen weer nieuwe verschillende nationale regelingen komen, temeer nu ook de nieuwe regeling niet dwingend lijkt te zijn.<sup>41</sup>

Het recht van verhaal wordt in de nieuwe voorstellen nauwelijks toegelicht, terwijl de tekst maar weinig verschilt van de huidige regeling. Voor de uitleg van het 'nieuwe' recht van verhaal zal dan ook moeten worden

41. Overweging 35 van het voorstel luidt: 'Gelet op het feit dat de verkoper jegens de consument aansprakelijk is voor elk gebrek aan overeenstemming van de goederen als gevolg van een handelen of nalaten van de verkoper of een derde, is het gerechtvaardigd dat de verkoper verhaal kan nemen op de verantwoordelijke hogerop in de keten van transacties. Deze richtlijn mag echter geen afbreuk doen aan het beginsel van contractvrijheid tussen verkoper en andere partijen in de keten van transacties. De lidstaten moeten voorzien in de nadere bepalingen voor de uitoefening van dat recht, met name door te bepalen tegen wie en hoe dat verhaal kan worden genomen.'



teruggegrepen naar de totstandkomingsgeschiedenis van (en literatuur over) artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties. Het zou beter zijn geweest als de Europese wetgever bij het recht van verhaal een duidelijke keuze zou hebben gemaakt over de wijze waarop verhaal kan worden genomen en of deze regeling van dwingend recht moet zijn. Dit zou vervolgens door middel van volledige harmonisatie moeten worden geregeld. Alleen op deze wijze zouden alle lidstaten een gelijklopende regeling kunnen krijgen. Daarbij zou ook rekening gehouden moeten worden met het feit dat de verkoopketen vaker wel dan niet grensoverschrijdend is.

## 8. Tot slot

Vooralsnog acht ik de kans klein dat het recht van verhaal in de richtlijnvoorstellen nog zal worden gewijzigd. Het ziet er dan ook naar uit dat de nu aanwezige onduidelijkheden op dit onderwerp ook in de toekomst zullen blijven bestaan. Gezien het effectiviteitsbeginsel wordt de eindverkoper pas echt bevrijd uit zijn beknelling indien ook hij bij het recht van verhaal gebruik kan maken van de wettelijke voordelen die een consumentkoper heeft. Partijen (en hun adviseurs) in een distributieketen die in producten handelen die (uiteindelijk) bij een consument terecht kunnen komen, moeten er bij het maken van afspraken rekening mee houden dat zij vroeg of laat met consumentenrechten kunnen worden geconfronteerd. De keten is zo sterk als de zwakste schakel. Deze regel is ook hier van toepassing. De disclaimer in een BtoB-relatie is zo sterk als deze in de dwingendrechtelijke regeling van het recht van verhaal is toegestaan. Het is maar de vraag of praktijkadviseurs zich daarvan altijd bewust zijn!