

Artikel 7:25 BW: een analyse van zijn oorsprong, strekking en reikwijdte

T.J.K. van Santen

Voorwoord

Nadat ik in de afgelopen jaren een tweetal Grotius-opleidingen had gevolgd, begon het eind 2017 opnieuw te kriebelen. Welk ‘project’ zal ik nu eens naast het werk aangaan? Een derde Grotius?

Aan het schrijven van een proefschrift had ik nooit gedacht. Ik ben Edwin van Wechem dan ook zeer dankbaar voor zijn aanbod om aan de Open Universiteit te promoveren, maar vooral voor zijn goede begeleiding. Woorden van dank ook voor Jac Rinkes en Viola Heutger, die mij bij het schrijven van het proefschrift eveneens waardevolle input hebben gegeven.

Dank en waardering gaat ook uit naar de leden van de beoordelingscommissie, die hun kostbare tijd hebben vrijgemaakt om het proefschrift te beoordelen.

Ik ben mijn werkgever DAS dankbaar voor alle geboden mogelijkheden om mij te ontwikkelen en in het bijzonder voor de tijd die ik heb gekregen om aan het proefschrift te besteden. Zonder deze extra tijd zou het niet zijn gelukt.

Jarin Nijhof en Constant Franssen dank ik voor hun bereidheid om als paranimf op te treden en om mij door de verdediging ‘te helpen’.

Last but not least ben ik Femke, Pepijn en Gijs heel erg dankbaar voor hun steun. Jullie hebben mij de afgelopen jaren veel moeten missen. Voorlopig begin ik maar even niet aan nieuwe projecten!

Het onderzoek is in augustus 2021 afgerond. Met latere ontwikkelingen in de rechtspraak en de rechtsliteratuur is dan ook slechts sporadisch rekening gehouden.

Verkorte inhoudsopgave

VOORWOORD		v
1	INLEIDING EN ONDERZOEKSVRAGEN	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Europees consumentenkooprecht: verdere versterking van de rechten van de consument	2
1.3	Een Europees recht van verhaal	3
1.4	Doelstelling en maatschappelijke relevantie van het onderzoek	5
1.5	Het Duitse regresrecht	7
1.6	Onderzoeksvragen	8
1.7	Afbakening van het onderzoek	9
1.8	Plan van behandeling	10
1.9	Terminologie	12
2	DE TOTSTANDKOMINGSGESCHIEDENIS VAN HET RECHT VAN VERHAAL	17
2.1	Inleiding	17
2.2	De totstandkoming van artikel 7:25 BW	19
2.3	De totstandkoming van de Richtlijn consumentenkoop en garanties	34
2.4	Europese ontwikkelingen in het consumentenrecht na 2003	44
2.5	De Richtlijn verkoop goederen (2019/771) en de Richtlijn digitale inhoud (2019/770)	49
2.6	Een analyse van het Europese recht van verhaal	60
2.7	De omzetting van het recht van verhaal van de Richtlijn consumentenkoop en garanties	
2.8	De omzetting van het recht van verhaal van de nieuwe richtlijnen	86
2.9	Samenvatting	88
3	EEN VERKENNING VAN HET DUITSE REGRESRECHT	91
3.1	Inleiding	91
3.2	De achtergrond van het Duitse regresrecht	93
3.3	Het Duitse regresrecht	106
3.4	De omzetting van de nieuwe richtlijnen	156
3.5	Samenvatting	160

4	HET KARAKTER VAN HET REGRES	163
4.1	Inleiding	163
4.2	Verhaal met behulp van het reguliere verbintenissenrecht	165
4.3	Artikel 7:25 BW is een zelfstandig regresrecht	176
4.4	Is afdeling 6.1.10 BW van toepassing?	185
4.5	Samenvatting	209
5	DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 7:25 BW IN DE PRAKTIJK	211
5.1	De toegang tot het regres (artikel 7:25 lid 1 BW)	211
5.2	De omvang van het regres	229
5.3	De verdere reis van het regresrecht in de distributieketen	269
5.4	Verval of verjaring van een regresvordering	286
5.5	Contractuele oplossingen	304
5.6	Samenvatting	313
6	GRENSOVERSCHRIJDEND VERHAAL	319
6.1	Inleiding	319
6.2	Verhaal via het Weens Koopverdrag	321
6.3	Import van producten	333
6.4	Export van producten	344
6.5	Samenvatting	347
7	CONCLUSIE	349

1 Inleiding en onderzoeksvragen

1.1 Inleiding

Met de invoering van titel 7.1 BW (koop en ruil) in 1992 heeft de wetgever een dwingendrechtelijk consumentenkooprecht in het leven geroepen.¹ Bij een consumentenkoop als bedoeld in artikel 7:5 lid 1 BW kan de verkoper niet langer contractueel ten nadele van de consument afwijken van het grootste gedeelte van de kooptitel. De verkoper moet instaan voor het door hem verkochte product en hij kan de rechtsmiddelen die de consument ten dienste staan in het geval van een non-conformiteit² niet uitsluiten.³ De verkoper lijdt schade wanneer de consument hem op de non-conformiteit van een product aanspreekt. De verkoper zal deze schade vervolgens op degene die het non-conforme product aan hem heeft verkocht (hierna: de voorschakel) willen verhalen.

De voorschakel kan de rechtsmaatregelen die de verkoper jegens hem zou kunnen nemen daarentegen wel uitsluiten. De verkoper is immers een zakelijk handelende partij en hem komt niet dezelfde bescherming toe als de consument. Zo kan de voorschakel zich exonereren voor de schade die de verkoper lijdt doordat de consument zijn rechten op grond van non-conformiteit jegens hem heeft uitgeoefend. Hierdoor zou de verkoper bekneld kunnen raken.

De wetgever is van mening dat de verkoper (hierna: de eindverkoper) voor de toegenomen consumentenbescherming moet worden gecompenseerd. Hij deed dat door een specifieke verhaalsregeling in titel 7.1. BW in te voeren. Op grond van artikel 7:25 BW kan de eindverkoper die schade heeft geleden (doordat een consument zijn rechten op grond van non-conformiteit van een product jegens hem heeft uitgeoefend) verhalen op partij van wie hij het product heeft gekocht. Deze voorschakel kan de alsdan de door hem geleden schade vervolgens op zijn voorschakel verhalen. De aansprakelijkheid 'reist' als het ware in de omgekeerde volgorde door de distributieketen. Met deze regeling beoogt de wetgever dat de schade uiteindelijk wordt gedragen door de partij die daadwerkelijk voor de

1 Stb. 1991, 600.

2 Hieronder gebruik de term 'een non-conform product'. Wanneer ik het heb over een 'gebrek in een product' bedoel ik een gebrek dat meebrengt dat een product als non-conform moet worden beschouwd. Tenzij anders vermeld, bedoel ik derhalve niet een 'veiligheidsgebrek' als bedoeld in artikel 6:186 BW.

3 Artikel 7:6 BW.

non-conformiteit van het product verantwoordelijk is. Meestal zal dit de producent zijn.

De eindverkoper wordt verder beschermd door artikel 7:24 lid 2 BW. De eindverkoper is niet aansprakelijk voor de schade die de consument als gevolg van een veiligheidsgebrek (schade als bedoeld in artikel 6:190 BW) heeft geleden. Voor het verhaal van deze schade dient de consument de producent van het product (of de importeur die het product in de Europese Unie heeft gebracht) rechtstreeks aan te spreken (een zogeheten *action directe*).

1.2 Europees consumentenkooprecht: verdere versterking van de rechten van de consument

Ook de Richtlijn consumentenkoop en garanties⁴ heeft de rechten van de Europese consument in het geval van een non-conformiteit versterkt. De richtlijn heeft het consumentenkooprecht in Nederland niet ingrijpend veranderd. Titel 7.1. BW was immers net zoals de Richtlijn consumentenkoop en garanties geïnspireerd op het Weens Koopverdrag en grote wijzigingen waren niet nodig. Toch is ook in Nederland het beschermingsniveau van de consument verhoogd. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de bewijslastomkering zoals bedoeld in artikel 7:18 lid 2 BW.⁵ Verder geven (reclame-)mededelingen van de producent nadere invulling aan het conformiteitsbegrip in de koopovereenkomst tussen de eindverkoper en de consument (artikel 7:18 lid 1 BW). De eindverkoper kan worden aangesproken op eigenschappen van het product, die hij niet zelf aan de consument heeft meegegeeld.

Op 20 mei 2019 zijn twee nieuwe richtlijnen gepubliceerd die de positie van de consument ten opzichte van de verkoper verder hebben versterkt. Dit zijn de Richtlijn verkoop goederen (2019/771)⁶ en de Richtlijn levering digitale inhoud (2019/770)⁷, hierna samen ook aangeduid als *de (nieuwe) richtlijnen*⁸. De aan de consument te leveren prestatie bepaalt welke van de twee richtlijnen van toepassing is. Het toepassingsgebied de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) is grotendeels dezelfde als dat van de Richtlijn consumentenkoop en garanties. Richtlijn digitale inhoud (2019/771) is kort gezegd van toepassing indien er (louter) sprake is van het leveren van digitale inhoud of een digitale dienst. De Richtlijn levering digitale inhoud sluit inhoudelijk voor een groot deel aan de Richtlijn verkoop goederen (2019/771). De richtlijnen schrijven in tegenstelling tot de

4 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, PbEG 1999, L 171/12.

5 Zie over dit onderwerp ook: Sikorska 2015.

6 Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, PbEU 2019, L 136/28.

7 Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, PbEU 2019, L 136/1.

8 Voor een beschrijving van beide richtlijnen wordt verwezen naar M.B.M. Loos, Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande, TvC 2019-3, p. 106-116.

Richtlijn consumentenkoop en garanties grotendeels een volledige harmonisatie voor⁹ en geven de consumentkoper een hoog beschermingsniveau.

Met name de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) zal gezien het toepassingsbereik ervan de grootste impact op de rechtspraktijk hebben. Op grond van deze richtlijn is de verkoper er onder meer voor verantwoordelijk dat door hem geleverde producten met digitale elementen (kort gezegd: producten waarin een digitale inhoud of dienst is verwerkt, zoals smartphones)¹⁰ tot na lang de levering van (veiligheids-)updates worden voorzien.¹¹ Verder wordt de termijn van de hierboven genoemde bewijslastomkering van zes maanden naar een jaar¹² of, indien lidstaten hiertoe besluiten, naar twee jaar verlengd.¹³

De bepalingen ter omzetting van de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) dienen van toepassing te zijn op overeenkomsten die vanaf 1 januari 2022 worden gesloten. Het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijnen (Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud) is op 16 februari 2021 ingediend.¹⁴

Een verhoging van het niveau van de consumentenbescherming brengt uiteraard een verslechtering van de positie van de eindverkoper mee. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat een eindverkoper, die wordt geconfronteerd met een over een non-conform product klagende consument, sneller voor kosten komt te staan en dat deze kosten hoger zullen zijn.

1.3 Een Europees recht van verhaal

Bij de totstandkoming van de Richtlijn consumentenkoop en garanties voorzag ook de Uniewetgever dat de eindverkoper bekneld zou kunnen raken. Daarom heeft de eindverkoper op grond van artikel 4 van deze richtlijn een verhaalsrecht. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat de eindverkoper verhaal kan nemen. Artikel 4 luidt als volgt:

‘op de aansprakelijke persoon of personen in de contractuele keten wanneer hij jegens de consument aansprakelijk is op grond van een non-conformiteit die voortvloeit uit een handelen of nalaten van de producent, van een eerdere verkoper in dezelfde contractuele keten of van enige andere tussenpersoon’.

9 Artikel 4 Richtlijn verkoop goederen (2019/771).

10 Artikel 2 lid 5 sub b Richtlijn verkoop goederen (2019/771).

11 Artikel 5 lid 3 Richtlijn verkoop goederen (2019/771).

12 Artikel 11 lid 1 Richtlijn verkoop goederen (2019/771).

13 Artikel 11 lid 2 Richtlijn verkoop goederen (2019/771).

14 Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, en van Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019, betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PbEU 2019, L 136) (Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud)

Het Unierechtelijke verhaalsrecht geeft de lidstaten een grote vrijheid om het verhaalsrecht in hun nationale wetgevingen vorm te geven. Zo mogen de lidstaten bepalen hoe, en zelfs op welke partij, de eindverkoper verhaal kan nemen. Dat hoeft niet per definitie de eigen voorschakel te zijn. De lidstaten hebben artikel 4 dan ook op uiteenlopende wijzen omgezet. In sommige landen kan de eindverkoper de voor de non-conformiteit verantwoordelijke partij rechtstreeks aanspreken,¹⁵ terwijl andere landen geen specifieke regeling hebben ingesteld.¹⁶

Ook de twee nieuwe richtlijnen beogen beknelling van de eindverkoper te voorkomen en ook zij geven de eindverkoper een verhaalsrecht. Hoewel de nieuwe richtlijnen grotendeels volledige harmonisatie voorschrijven, geldt dat niet voor het verhaalsrecht. Verder lijkt het verhaalsrecht van de richtlijnen inhoudelijk niet van het hierboven genoemde artikel 4 van Richtlijn consumentenkoop en garanties te verschillen, hoewel de bewoording ervan iets is veranderd.¹⁷ De lidstaten mogen wederom binnen de gestelde kaders zelf bepalen hoe en op welke partij het verhaalsrecht kan worden uitgeoefend. Het is dan ook te verwachten dat de lidstaten het verhaalsrecht op grond van deze nieuwe richtlijnen wederom op verschillende wijzen zullen vormgeven. Mogelijk zullen zij de huidige regelingen op dit punt gewoon handhaven.

-
- 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 consument 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 consument 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’.
- 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. Het Franse en Italiaanse regresrecht worden met elkaar vergeleken in Garro & Lombardi, *Open Review of Management, Banking and Finance*, op 24-2-2015 gepubliceerd op <https://openreviewmbf.org>.
- 16 Ierland heeft nagelaten om het Unierechtelijke verhaalsrecht om te zetten. Dit betekent dat de eindverkoper slechts het reguliere verbintenisrecht 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 bekneld raken. Het is dan ook de vraag of deze lidstaat op deze wijze daadwerkelijk voldoen aan de vereisten van het Unierechtelijke verhaalsrecht.
- 17 Artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties luidt: ‘*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.*’
- Artikel 18 van de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) luidt: ‘*Wanneer de verkoper jegens de consument aansprakelijk is wegens een conformiteitsgebrek dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van een persoon in een eerdere schakel van de transactieketen, met inbegrip van het nalaten om updates te verstrekken voor goederen met digitale elementen overeenkomstig artikel 7, lid 3, kan de verkoper verhaal nemen op de in de transactieketen aansprakelijke persoon of personen. De persoon jegens wie de verkoper verhaal kan nemen alsmede de relevante rechtsvorderingen en de wijze van procederen worden bepaald door het nationale recht.*’
- Artikel 20 van de Richtlijn digitale inhoud (2019/770) luidt: ‘*Wanneer de handelaar jegens de consument aansprakelijk is wegens verzuim om de digitale inhoud of digitale dienst te leveren of wegens een conformiteitsgebrek dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van een persoon in een eerdere schakel van de transactieketen, kan de handelaar verhaal nemen op de in de keten van commerciële transacties aansprakelijke persoon of personen. De persoon jegens wie de handelaar verhaal kan nemen alsmede de relevante rechtsvorderingen en de wijze van procederen worden bepaald door het nationale recht.*’

Door het Unierechtelijke verhaalsrecht is de al bestaande Nederlandse verhaalsregeling communautair recht geworden. Artikel 7:25 BW heeft daarom een Unierechtelijke dimensie gekregen. Hiermee dient bij de uitleg van de bepaling rekening te worden gehouden.

Bij de omzetting van artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties heeft Nederland artikel 7:25 BW inhoudelijk niet gewijzigd. Het regresrecht is bij de omzetting van dwingend recht geworden.¹⁸ Bij de omzetting van de twee nieuwe richtlijnen wordt evenmin een inhoudelijke wijziging van artikel 7:25 BW voorzien. Wel wordt in artikel 7:50a BW voorgesteld om artikel 7:25 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren bij het recht van verhaal in het geval van de levering van digitale inhoud en digitale diensten.

1.4 Doelstelling en maatschappelijke relevantie van het onderzoek

Er worden dagelijks grote aantallen koopovereenkomsten met consumenten gesloten. Geschillen over de non-conformiteit van een product komen dan ook vaak voor. Wanneer de consument de eindverkoper aanspreekt op de non-conformiteit van een product, is er meestal sprake van een productiefout. In de rechtspraak komt het geregeld voor dat de eindverkoper uiteindelijk aansprakelijk werd gehouden voor gebreken in een door hem geleverde product terwijl de eindverkoper het gebrek zelf niet had veroorzaakt.

Voorbeelden van dergelijke gevallen zijn de volgende:

- een groot aantal auto's van een bepaald type zijn met een motorblok uitgerust waarbij er sprake is van een ontwerpfout. De olieschraapveren van de zuigers zijn te dun ontworpen. Hierdoor gaan de motoren eerst olie verbruiken en wanneer de auto's tussen de 80.000 km en 100.000 km hebben gereden, gaan de motoren helemaal defect waardoor een dure reparatie nodig is;
- andere auto's hebben in de motor een distributieketting die in de loop der tijd langer wordt (uitrekt) waardoor de distributie 'van zijn tijd' raakt en de motoren dure reparaties behoeven. Een soortgelijk probleem bestaat als een door een toeleverancier van de autoproducent geleverde kettingspanner het vroegtijdig begeeft.

Wanneer er sprake is van een non-conform product kan een consument de eindverkoper daarop aanspreken en correcte nakoming van de koopovereenkomst vorderen. Indien de eindverkoper hieraan niet binnen een redelijke termijn voldoet, kan de consument verschillende rechtsmaatregelen treffen die vervelende financiële gevolgen voor de verkoper kunnen hebben. Zo kan de consument vervangende schadevergoeding vorderen of de koopovereenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden. Verder kan ook de gevolgschade (die niet onder artikel 6:190 BW valt) op de eindverkoper worden verhaald. Hetzelfde geldt voor de schade als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW en eventuele proceskosten.

¹⁸ Wet van 6 maart 2003, Stb. 2003, 110. Wet tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

Bij duurdere consumentenproducten of in het geval producten in grote volumes zijn verkocht, kan de schade voor de eindverkoper flink oplopen. Ook als het product eenmaal is ingebouwd, en dan pas blijkt dat het product non-conform is, zoals bij vloertegels of vaatwasmachines, lopen de kosten al snel hoog op. Deze kosten dienen, aldus het HvJ EU in het Weber en Putz-arrest,¹⁹ door de eindverkoper te worden gedragen.

Door de toegenomen bescherming van de consument is het te verwachten dat de belangentegenstellingen binnen de distributieketen zullen toenemen en dat er derhalve sneller juridische geschillen zullen ontstaan. Een eindverkoper die voor hogere kosten komt te staan, zal immers eerder genegen zijn om zijn schade op zijn voorschakels te verhalen en daarvoor de nodige rechtsmaatregelen te nemen. Dit roept de vraag op welke wijze artikel 7:25 BW de eindverkoper voor de toegenomen consumentenbescherming compenseert.

Op veel punten is onduidelijk hoe artikel 7:25 BW in de praktijk uitpakt. Zo is het de vraag of de bij toepasselijkheid van artikel 7:25 BW gewone regels van het verbintenissenrecht dienen te worden toegepast of dat er sprake is van een zelfstandig vorderingsrecht. In het eerste geval moet – tenzij nakoming blijvend onmogelijk is – de voorschakel eerst in verzuim komen te verkeren voordat de eindverkoper zijn schade kan verhalen. In het tweede geval kan de eindverkoper zijn schade op de voorschakel verhalen door louter een beroep op artikel 7:25 BW te doen. De beantwoording van deze vraag is niet alleen van belang voor de wijze waarop verhaal kan worden genomen maar ook voor de vraag wanneer de verjaringstermijn van een vordering van de eindverkoper aanvangt.²⁰

Verder is niet duidelijk welke beoordelingsruimte de eindverkoper moet worden gegend wanneer een consument hem aanspreekt. Wat heeft te gelden indien hij direct aan de vordering van de consumenten voldoet, bijvoorbeeld omdat hij meent dat de consument een gegronde klacht heeft? Verliest de eindverkoper diens regresrecht indien hij een procedure met de consument niet afwacht en snel een regeling met hem treft? Wordt hem dan door diens voorschakel ‘Sinterklazerij’²¹ verweten en moet hij (een deel van) de door hem geleden schade dan zelf dragen?

Ook omtrent de omvang van het recht van verhaal tast men in het duister. Zo is onduidelijk of de eindverkoper de gehele door hem geleden schade kan verhalen. Hierbij kan bij een nakomingsvordering van de consument worden gedacht aan alle bijkomende kosten, zoals de (de-)montagekosten van de genoemde vloertegels en vaatwasmachine. Indien de consument de overeenkomst ontbindt, zal de eindverkoper de gederfde winst willen verhalen. Het is de vraag in hoeverre dat mogelijk is.

19 HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09, C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 (Weber en Putz).

20 Vgl. Van Schaick, NTBR 2012/55.

21 Vgl. HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, NJ 2010, 83 (Mol/Moerings), besproken in Van Wechem, Contracteren 2009/1.

Sinds de invoering ervan is in de Nederlandse rechtsliteratuur weinig aandacht aan het regresrecht op grond van artikel 7:25 BW besteed.²² Er is bovendien maar weinig gepubliceerde rechtspraak bekend. Dat in de Nederlandse rechtsliteratuur zo weinig aandacht aan het onderwerp wordt geschonken, is opmerkelijk gezien de vele openstaande vragen in de praktijk over de toepassing van artikel 7:25 BW. Het onderzoek beoogt dan ook duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop de regeling dient worden toegepast.

1.5 Het Duitse regresrecht

De lidstaten hebben het Unierechtelijke verhaalsrecht op verschillende manieren omgezet. Duitsland heeft voor een oplossing gekozen die vergelijkbaar is met het Nederlandse regresrecht en die als bron van inspiratie kan dienen voor de wijze waarop inhoud kan worden gegeven aan het Nederlandse regresrecht. Hiervoor acht ik een aantal goede redenen aanwezig:

- de Duitse wetgever heeft ter omzetting van artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties een regresrecht ingesteld dat van hetzelfde principe uitgaat als het Nederlandse regresrecht. De eindverkoper krijgt geen directe actie op de voor de non-conformiteit verantwoordelijke partij maar hij dient zijn schade op zijn eigen voorschakel te verhalen. Deze voorschakel kan vervolgens weer verhaal nemen op diens voorschakel. Op deze wijze volgen de verhaalsacties elkaar op totdat uiteindelijke verantwoordelijke partij aansprakelijk is. Ook in Duitsland reist het regresrecht in de omgekeerde volgorde door de distributieketen.
- de Duitse wet maakt, in tegenstelling tot artikel 7:25 BW, direct duidelijk wat het karakter van het regresrecht is. In bepaalde gevallen is er sprake van een zelfstandige vordering en in andere gevallen wordt de eindverkoper slechts ‘geholpen’ door een aanpassing van het reguliere verbintenissenrecht.
- ook het Duitse regresrecht is van (de facto) dwingend recht. In Nederland mag niet ‘ten nadele van’ de eindverkoper van het regresrecht worden afgeweken. In Duitsland mag dat slechts indien de eindverkoper hiervoor tegelijkertijd wordt gecompenseerd.
- de Duitse wetgever heeft het verbintenissenrecht (Schuldrecht) in 2002 ingrijpend veranderd.²³ Het sindsdien geldende Duitse kooprecht²⁴ (waaronder het consumentenkooprecht) is gebaseerd op de Richtlijn consumentenkoop en garanties terwijl deze richtlijn weer op het Weens Koopverdrag is geïnspireerd.²⁵ Het Nederlandse kooprecht is eveneens op het Weens Koopverdrag

22 De literatuur waarin meer dan summieri aandacht aan het artikel wordt besteed is zeer beperkt: Driehuis, NbBW 2003/11, Asser/Hijma 7-I 2019/623-631, Krans, WPNR 1997/6269, Loos, 2019, De Koning en Meijer NTBR 2002/7, Rossel, WPNR 1992/6057-6058, Wallart, ORP 2015/6.

23 Het nieuwe Duitse verbintenissenrecht is op 1 januari 2002 van kracht geworden: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts d.d. 26 november 2001 (BGBl.I, pp. 3138 e.v.).

24 Zie voor een uitgebreide beschrijving over de totstandkoming van het nieuwe Duitse kooprecht Rott, German Law Journal, 1 maart 2004 Vol. 5 no. 3, p. 237, e.v. en voor het Duitse verbintenissenrecht in het algemeen Mehring, Contracteren 2003/4 en Schulte-Nölke, 2004, geraadpleegd op: <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>.

25 COM (95) 520 def. 96/0161 (COD), p. 6.

- geïnspireerd. De kooprechtregimes van de beide landen zijn daarom – met name op het gebied van conformiteit en remedies²⁶- vergelijkbaar.
- ook in Duitsland is er nauwelijks jurisprudentie over de toepassing van het regresrecht. Daar staat tegenover dat er veel Duitse literatuur over het onderwerp is verschenen. De inzichten en standpunten uit de Duitse literatuur zijn door de gelijkenissen van de regelingen een inspiratiebron voor de beantwoording van de vraag hoe het Nederlandse regresrecht moet worden toegepast.

De Duitse wetgever heeft het regresrecht bijzonder gedetailleerd geregeld. Men heeft getracht om elke mogelijke beknelling van de detaillist te voorkomen. Toch roept ook het Duitse regresrecht de nodige vragen op die de Duitse literatuur probeert te beantwoorden. De praktische uitwerkingen van het regresrecht die nog niet in de Duitse wet zijn geregeld, zijn ook voor dit onderzoek relevant.

1.6 Onderzoeksvragen

Mijn onderzoek richt zich op de beantwoording van de vraag hoe artikel 7:25 BW in de praktijk dient te worden toegepast en of de door de (Unie)wetgever beoogde doelen door de regeling worden gerealiseerd. Ik onderzoek derhalve of de eindverkoper voor de toegenomen consumentenbescherming wordt gecompenseerd en de schade als gevolg van de non-conformiteit van het product voor risico van de hiervoor uiteindelijk verantwoordelijke partij komt. De centrale vraagstelling is de volgende:

1. *Hoe werkt de regeling van artikel 7:25 BW?*
2. *Worden de rechtens beoogde doelen van de regeling bereikt?*

Uit deze centrale onderzoeksvragen vloeien de volgende deelvragen voort:

Ad 1) Hoe werkt de regeling van artikel 7:25 BW?

- *waarom is de regeling van artikel 7:25 BW in het leven geroepen?*
- *zijn de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing of is er sprake van een zelfstandig regresrecht?*
- *werken de consumentenrechten door bij de toepassing van het regresrecht tussen de voorschakels in de distributieketen?*
- *hoe wordt de omvang van het regres bepaald?*
- *waar begint en waar eindigt de reis van het regres? Kan artikel 7:25 BW worden toegepast indien een gebrekkig bestanddeel in een eindproduct is verwerkt?*

Ad 2) Worden de rechtens beoogde doelen van de regeling bereikt?

- *voldoet de Nederlandse regelgeving aan de vereisten van het Unierechtelijke recht van verhaal?*
- *kan verhaal op de voorschakel door partijen contractueel worden uitgesloten?*
- *welke contractuele regelingen kunnen partijen (nog) treffen?*

Ik zal deze vragen in hoofdstuk 7 (sterk samengevat) beantwoorden.

26 Met betrekking tot de remedies dienden grote delen van het Weens Koopverdrag zelf als voorbeeld. Oetker/Maultsch, 2018, p. 27.

1.7 **Afbakening van het onderzoek**

Het onderzoek richt zich op de praktische toepassing van het Nederlandse regresrecht op grond van artikel 7:25 BW. Dit brengt onvermijdbaar een aantal beperkingen mee.

Het onderzoek beperkt zich tot de regeling die beoogt de beknelde tussenschakel te beschermen of te compenseren voor de schade die deze lijdt doordat de consument zijn rechten op grond van een hem door hem gekocht non-conform product heeft uitgeoefend. De regelingen met betrekking tot productenaansprakelijkheid worden alleen behandeld voor zover dit relevant is voor de bescherming van de tussenschakel.

Verder beperk ik mijn onderzoek tot de toepassing van het regresrecht dat in werking wordt gesteld door non-conforme producten die onder het toepassingsbereik van de Richtlijn consumentenkoop en garanties en de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) vallen. Gezien het grote toepassingsbereik van deze richtlijn verwacht ik dat verreweg het merendeel van de gevallen dergelijke producten zullen betreffen. Ik laat daarom het regresrecht, dat onder het toepassingsbereik van de Richtlijn digitale inhoud (2019/771) valt, buiten beschouwing. Omdat de Richtlijn digitale inhoud (2019/770) tegelijkertijd met de Richtlijn consumentenkoop (2019/771) tot stand is gekomen en de beide richtlijnen met elkaar samenhangen, kom de Richtlijn digitale inhoud (2019/770) en de omzetting ervan zijdelings aan de orde.

In het onderzoek ga ik evenmin in op artikel 6:244 BW. De werking van artikel 6:244 BW is vergelijkbaar met die van artikel 7:25 BW. Ook deze bepaling beoogt de eindverkoper tegen beknelling te beschermen. Kort gezegd komt de regeling erop neer dat wanneer de eindverkoper geen gebruik kan maken van een beding in zijn algemene voorwaarden (bijvoorbeeld omdat dit beding is vernietigd), de voorschakel van de eindverkoper evenmin beroep kan doen op een soortgelijk beding in diens eigen algemene voorwaarden. Deze regeling is van overeenkomstige toepassing op de overeenkomsten met de bovenliggende voorschakels. Op deze wijze worden de gevolgen van een vernietiging van een beding op de terugreis door de distributieketen doorgegeven.

De Richtlijn consumentenkoop en garanties verplicht niet tot een dwingendrechtelijke regeling en slechts in vier lidstaten heeft de wetgever de contractsvrijheid op dit punt daadwerkelijk beperkt.²⁷ Een in Nederland gevestigde eindverkoper heeft mogelijk een gunstigere positie ten opzichte van zijn voorschakel ten opzichte van eindverkopers die zijn gevestigd in lidstaten waar het wel is toegestaan om contractueel van het recht van verhaal af te wijken. Nederlandse eindverkopers hoeven de hogere kosten van de toegenomen consumentenbescherming immers niet in hun prijzen door te berekenen. Zij kunnen deze kosten immers op de voorschakels verhalen. Het is dan ook de vraag in hoeverre de doorwerking

²⁷ Deze vier landen zijn Nederland, België, Duitsland en Portugal. Een dergelijke regelgeving die verder gaat dan het Unierecht vereist, wordt ook wel als goldplating aangeduid.

van de Europese grondrechten in horizontale verhoudingen aan de toepassing van artikel 7:25 BW in de weg zou kunnen staan.²⁸ Verder kan de vraag worden gesteld of er een (voldoende) juridische grondslag is voor een volledige harmonisatie van het consumentenkooprecht of voor een Unierechtelijke verhaalsregeling. De verhaalsregeling grijpt immers primair in op de juridische verhoudingen tussen zakelijk handelende partijen. Beide onderwerpen vallen buiten de scope van dit onderzoek, hoewel ik kort aandacht besteed aan de bevoegdheidsvraag.

Een groot aantal producten wordt gemaakt door een producent die buiten Nederland of zelfs buiten de Europese Unie is gevestigd. Dit roept de vraag op of de aansprakelijkheid blijft ‘hangen’ bij de hoogste zich in Nederland bevindende voorschakel. Hoewel ik hieraan in hoofdstuk 6 aandacht besteed, ligt de focus van het onderzoek op de toepassing van het regresrecht in Nederland.

Tot slot kan de vraag kan worden gesteld in hoeverre een dwingendrechtelijk regresrecht zinvol is en of de regeling het belang van de consument daadwerkelijk dient. De voorschakel waar de aansprakelijkheid uiteindelijk blijft hangen, zal naar verwachting de door hem betaalde schade in de prijzen naar de onderliggende voorschakel doorberekenen. Uiteindelijk zal deze meerprijs door de consument moet worden opgebracht. Wanneer er geen dwingendrechtelijk regresrecht zou zijn, zou de eindverkoper de schade die hij lijdt doordat een consument zijn rechten jegens hem heeft uitgeoefend, zelf moeten dragen. Ook deze schade zou hij naar verwachting in de consumentenprijs verdisconteren. Omdat het onderzoek zich op de toepassing van de regeling richt, ga ik niet in op de rechtseconomische gevolgen van artikel 7:25 BW.²⁹

1.8 Plan van behandeling

Omdat er nauwelijks literatuur en jurisprudentie voorhanden is, zijn de beweegredenen van de Nederlandse en de Uniewetgever een belangrijke bron voor de beantwoording van de vraag hoe het regresrecht moet worden toegepast. Daarom behandel ik in *hoofdstuk 2* de totstandkomingsgeschiedenis van de regeling op zowel Europees als nationaal niveau.

Het regresrecht is al in 1992 in Nederland van kracht geworden. Vervolgens is in 1999 het recht van verhaal in artikel 4 van de Richtlijn consumentenkoop en garanties ingevoerd. Dit recht van verhaal diende in nationale regelgeving te worden omgezet. Een twintigtal jaar later herhaalt de geschiedenis zich: in 2019 zijn de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) en Richtlijn digitale inhoud (2019/770) ingevoerd. Beide richtlijnen bevatten een recht van verhaal dat opnieuw moet worden geïmplementeerd.

28 Zie bijvoorbeeld Emaus, NTBR 2015,10, Emaus, MvV 2019, afl. 7/8, verder naar aanleiding van HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, JAR 2013/216 m.nt. R.M. Beltzer (Alemo-Herron/Parkwood): Bartl & Leone, in: Collins (Ed.) 2017 met verdere literatuurverwijzingen en De Vries, SEW 2016, 3. De Waele & Kieft, NtER 2010, 5.

29 Zie voor een uitgebreide rechtseconomische analyse van het Duitse regresrecht: Klose 2006.