

De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht

NTBR 2022/15

1. Inleiding

Dit themanummer draait om de invloed van het *acquis communautaire* op het nationale contractenrecht van de verschillende EU-lidstaten. In deze bijdrage staat het Nederlandse contractenrecht centraal. Het doel van deze bijdrage is om te verkennen welke (neven)effecten het Unierecht heeft op het Nederlandse contractenrecht.

Wij onderscheiden vijf grote thema's die relevant zijn voor het Nederlandse contractenrecht. Op het snijvlak met het procesrecht bevindt zich de ambtshalve toepassing van regelgeving buiten de rechtsstrijd. Daarnaast geeft de Richtlijn oneerlijke bedingen aanleiding tot nadere beschouwing over de oneerlijkheidstoets enerzijds, en de gevolgen van de vernietiging van oneerlijke bedingen anderzijds. Op wetgevingsgebied zijn de modernisering van het consumentenrecht en bescherming in 'business-to-business'-verhoudingen twee ontwikkelingen die ons nationale recht beïnvloeden. Fundamenteel voor de vraag naar doorwerking van het primaire Unierecht, is de rechtspraak van het Hof van Justitie over het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Wij blikken kort terug op de invloed van deze fundamentele rechtspraak op de Nederlandse rechtspraktijk.

2. Ambtshalve toepassing buiten de grenzen van de rechtsstrijd

In Nederland is de rechter in principe gebonden aan de rechtsstrijd, zoals deze is afgebakend door partijen (art. 24 Rv), en aan de feiten die partijen te berde brengen (art. 149 Rv). Op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen. Binnen de grenzen van de rechtsstrijd dient de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Maar soms kan, of moet, hij verder gaan. Voor het Nederlandse recht geldt dat de rechter ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd, bepalingen van openbare orde ambtshalve moet toepassen.² Het Unierecht gaat nog verder. Uit de hierna omschreven rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna ook: Hof) volgt een uitgebreide plicht tot ambtshalve toepassing van met name Europees consumentenrecht. Mogelijk onder invloed van de Unierechtelijke verplichting tot ambtshalve toepassing, lijken de

grenzen van ambtshalve toepassing in zuiver nationale gevallen te verschuiven.

2.1 Ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende richtlijnen

Het Hof van Justitie heeft verschillende keren geoordeeld dat uit het Unierecht de verplichting kan voortvloeien om (bedingen van) een overeenkomst ambtshalve te toetsen aan regels van Unierechtelijke oorsprong. In eerste instantie schiep het Hof de verplichting tot ambtshalve toetsing van de mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen van art. 101 en 102 VWEU. Vervolgens nam het Hof een soortgelijke verplichting³ aan voor de Richtlijn oneerlijke bedingen.⁴ Het leerstuk van de ambtshalve toepassing kwam in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de Richtlijn oneerlijke bedingen tot volle wasdom. Die rechtspraak geeft de nationale rechter duidelijke handvatten. Waar het Hof van Justitie in het arrest *Océano* nog sprak van een bevoegdheid tot ambtshalve toetsing,⁵ is inmiddels duidelijk dat het gaat om een verplichting.⁶ Deze verplichting houdt een toetsing in twee fasen in:⁷ in de eerste fase onderzoekt de rechter of het beding valt onder de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke bedingen en is hij verplicht om zo nodig ambtshalve instructiemaatregelen te treffen om deze vraag te kunnen beantwoorden.⁸ Indien de nationale rechter over 'de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens' beschikt, dient zich de tweede fase aan waarin de rechter gehouden is een beding uit een voorliggende overeenkomst te beoordelen op het al dan niet oneerlijke karakter daarvan.⁹

1 Citeerwijze: S.A. van Dijk & M.G.J. van 't Ende, 'De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht', *NTBR* 2022/15, afl. 5. Sander van Dijk en Marjelle van 't Ende zijn als promovendi verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit.

2 Zie daarover A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIV) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 48-49; *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100.

3 Opgemerkt zij dat het gaat om de toetsing aan implementatiewetgeving, en niet aan richtlijnen zelf. Richtlijnen hebben immers geen directe horizontale werking.

4 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95) (hierna: Richtlijn oneerlijke bedingen). Zie HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), punt 26; HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*), punt 36-39; HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 32; HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*), punt 52-59; HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi*), punt 56; HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español de Crédito*), punt 42; HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 44-46.

5 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), punt 26.

6 HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*), punt 36-39; HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 32.

7 R.W.E. van Leuken, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: Stand van zaken en toekomstige ontwikkelingen', in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht. Liber Amicorum prof. mr. drs. C.H. Sieburgh (Onderneming en recht nr. 102)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 136-137.

8 HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi*), punt 56. Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakkers/Voets*); HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866 (*Beerman/Dexia Nederland B.V.*).

9 HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 32.

Het beschermingsstelsel van bijvoorbeeld de Richtlijn oneerlijke bedingen berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt, er vaak een enorme informatie-asymmetrie is tussen consument en verkoper en dat er een niet te verwaarlozen gevaar bestaat dat de consument uit onwetendheid geen beroep zal doen op de rechtsregels die juist ertoe strekken hem te beschermen.¹⁰ Deze gedachte gaat ook op voor rechtsregels uit andere consumentenbeschermende richtlijnen. Het Hof heeft daarom in de loop der tijd de verplichting tot ambtshalve toepassing uitgebreid tot onder meer bepalingen uit de Richtlijn consumentenkrediet,¹¹ de Colportagerichtlijn¹² (die inmiddels is vervangen door de Richtlijn consumentenrechten)¹³ en de (oude) Richtlijn consumentenkoop.¹⁴ Dit heeft op zijn beurt weer geleid tot discussie over de vraag of het leerstuk van ambtshalve toetsing opgeld zal doen voor andere richtlijnen die zwakkere of minder geïnformeerde partijen beogen te beschermen.¹⁵ Denk aan werknemers, particuliere beleggers of handelsagenten.

Het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht (hierna: LOVCK&T) heeft rapporten opgesteld waarin het een overzicht geeft van de wijze waarop rechters (in eerste aanleg) invulling zouden kunnen geven aan de verplichting tot ambtshalve toepassing. De centrale aanbeveling van het LOVCK&T-rapport Ambtshalve toetsing III was dat ambtshalve toepassing dient plaats te vinden in alle gevallen waarin de consument beschermd wordt door een bepaling van Europees consumentenrecht, maar nalaat daarop een beroep te doen.¹⁶ De Unierechtelijke verplichting tot ambtshalve toetsing reikt echter niet zó ver, dat alle bepalingen van Europees consumentenrecht ambtshalve dienen te worden toegepast. In het *Merino*-arrest bijvoorbeeld, oordeelde het Hof dat ambtshalve toetsing aan de Richtlijn

oneerlijke handelspraktijken¹⁷ niet verplicht is, hoewel het wel om een consumentenbeschermende richtlijn gaat.¹⁸

Onlangs oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Arvato* dat zo'n vergaande verplichting ook niet bestaat in het kader van de Richtlijn consumentenrechten.¹⁹ In het arrest van de Hoge Raad staan informatieplichten ter bescherming van de consument centraal. De prejudiciële vragen die aanleiding waren voor dit arrest zagen op de informatieplichten bij koop op afstand uit de art. 6:230m en 6:230v BW. De artikelen vormen de implementatie van art. 5 respectievelijk art. 8 van de Richtlijn consumentenrechten. Van die Richtlijn is bekend dat zij bepalingen kent die ambtshalve dienen te worden toegepast (zie hierboven). De Hoge Raad onderscheidt drie categorieën van informatieplichten: i) de informatieplichten waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt, ii) essentiële informatieplichten, en iii) overige informatieplichten.²⁰ Slechts voor de eerste twee categorieën geldt een verplichting om ambtshalve te toetsen of aan die informatieplichten is voldaan én de verplichting om ambtshalve daaraan een sanctie te verbinden.²¹

2.2 Reflexwerking

Het Unierechtelijke leerstuk van ambtshalve toepassing beïnvloedt mogelijk ook het recht in gevallen waarin het Unierecht niet aan de orde is. Er gaat een zekere reflexwerking van het leerstuk uit.²² Een sprekend voorbeeld is het arrest *Lindorff/Statia*.²³ In dit arrest besliste de Hoge Raad dat een abonnement voor een mobiele telefoon 'inclusief toestel' een kredietovereenkomst is als bedoeld in de Richtlijn consumentenkrediet (geïmplementeerd in titel 7.2a BW), én onder het toepassingsbereik van de zuiver nationale regeling van de koop op afbetaling valt. Voor de Richtlijn consumentenkrediet geldt dat de nationale rechter gehouden is ambtshalve te beoordelen of partijen hebben voldaan aan art. 7:61 lid 2 BW. Zo nodig kan de rechter de kredietovereenkomst ook ambtshalve vernietigen. Dit geldt ook indien tegen de consument verstek is verleend. De rechter dient de beginselen van hoor en wederhoor dan in acht te nemen en de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten en hun stellingen aan te passen.²⁴ De consument heeft het recht om zich tegen

10 HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber*), punt 42.

11 Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (*PbEU* 2008, L 133) (hierna: Richtlijn consumentenkrediet, of: RI. 2008/48/EG). Zie HvJ EU 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575 (*Rampion*), punt 60-69; HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*), punt 60-74.

12 Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (*PbEG* 1985, L 372) (hierna: Colportagerichtlijn). Zie HvJ EU 17 december 2009, C-227/08, ECLI:EU:C:2009:792 (*Martín Martín*), punt 29.

13 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2011, L 304) (hierna: Richtlijn consumentenrechten, of: RI. 2011/83/EU).

14 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) (hierna: Richtlijn Consumentenkoop (oud), of: RI. 1999/44/EG). Zie HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637 (*Duarte*), punt 39 en 43; HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber*), punt 56.

15 Zie o.a. A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *AA* 2016, afl. 11, p. 827; Van Leuken 2018, p. 142-144; *Asser/Hartkamp 3-1* 2019/175.

16 LOVCK&T, 'Ambtshalve toetsing III-rapport', 31 juli 2018, p. 82 (raadpleegbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rapport-at-III-31-juli-2018.pdf>).

17 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEG* 2005, L 149) (hierna: Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

18 HvJ EU 19 september 2018, ECLI:EU:C:2018:735 (*Merino*).

19 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato*), r.o. 3.1.9.

20 In HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato*), r.o. 3.1.10 en 3.1.11 zijn lijsten te vinden met de bepalingen die onder categorie i) en ii) vallen.

21 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato*), r.o. 3.1.9.

22 Zie over dit verschijnsel voorts K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van Europees privaatrecht', *NTBR* 2022/1.

23 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (*Lindorff/Statia*), r.o. 3.5.2.

24 Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.9.1-3.9.2.

vernietiging te verzetten, indien hij in de procedure is verschenen.²⁵ Voor de koop op afbetaling geldt, dat indien de prijs van het toestel niet in de overeenkomst is bepaald, de overeenkomst 'niet van kracht' is op grond van art. 7A:1576 lid 2 BW. Hoewel deze bepaling een zuiver nationale en dus geen Unierechtelijke oorsprong heeft, heeft de Hoge Raad in het arrest *Lindorff/Nazier* ook hier de verplichting tot ambtshalve toetsing aanvaard. De reden daarvoor is dat er volgens de Hoge Raad 'geen relevant verschil' bestaat met de kredietovereenkomst uit de Richtlijn consumentenkrediet.²⁶ De verplichting om naast toetsing aan de regels inzake consumentenkrediet óók ambtshalve te toetsen aan de regels inzake koop op afbetaling, gaan verder dan waartoe het Unierecht verplicht. Dit was voor het Nederlandse recht een principiële stap: de ambtshalve toepassing wordt uitgebreid buiten het terrein van de openbare orde (zie art. 23 en 24 Rv), en buiten het terrein van de consumentenbeschermende EU-richtlijnen.²⁷ Toch bevreedt dit oordeel van de Hoge Raad niet. In gevallen van samenloop zorgt deze aanpak voor een (voor de rechter) voorspelbaar, en dus hanterbaar stelsel.²⁸

In de literatuur is in het verlengde hiervan op het *Tenzij*-arrest gewezen.²⁹ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat bij een beroep op ontbinding – het ging hier om een huurovereenkomst ten aanzien van sociale woonruimte – het in beginsel aan de tekortschietende partij is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Daarbij geldt echter een lage stelplecht voor de tekortschietende partij en kan de rechter óók in zaken waarin tegen een huurder verstek is verleend toetsen of de ontbinding de tekortkoming rechtvaardigt.³⁰ Hoewel de Hoge Raad hier niet spreekt van ambtshalve toetsing, is daarvan wel degelijk sprake.³¹ De ambtshalve toepassing van de *tenzij*-formule uit art. 6:265 lid 1 BW is volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd door de in art. 7:231 lid 1 BW dwingend voorgeschreven rechterlijke tussenkomst voor de ontbinding van een huurovereenkomst met betrekking tot,

kort gezegd, woon- of bedrijfsruimte of een woonwagen.³² En hoewel van reflexwerking van Unierecht strikt genomen geen sprake is, is niet uitgesloten dat de Hoge Raad inspiratie heeft geput uit de Unierechtelijke verplichting om ambtshalve te toetsen aan consumentenbeschermende bepalingen van Unierecht.³³

Hoofdregeel blijft echter dat een zuiver nationale regel die niet van openbare orde is, niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd door de rechter wordt toegepast, ook al heeft die regel een beschermende strekking. Het hierboven reeds aangehaalde *Arvato*-arrest illustreert dit goed. In dit arrest geeft de Hoge Raad een andersluidend oordeel over een zuiver nationale, consumentenbeschermende regel: art. 6:230u BW. Deze regel houdt in dat het een handelaar verboden is een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst buiten de verkoopruimte te doen indien hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de verplichtingen die daaruit voor de consument kunnen voortvloeien, niet in overeenstemming zijn met diens draagkracht. Deze regel heeft ten doel de consument te beschermen, maar heeft volgens de Hoge Raad geen oorsprong in het Unierecht en is niet van openbare orde, waardoor een verplichting tot ambtshalve toepassing niet aan de orde is.³⁴

3. De inhoudstoetsing en vernietiging van oneerlijke bedingen

De Richtlijn oneerlijke bedingen staat al jaren centraal in de rechtspraak van het Hof van Justitie en is daarmee van grote invloed op het Nederlandse consumentenrecht. Algemene voorwaarden in consumentenrelaties zijn naar Nederlands recht onderworpen aan de inhoudstoets van art. 6:233 sub a BW. Als een beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is, is het beding vernietigbaar. De norm 'onredelijk bezwarend' wordt in consumentenovereenkomsten uitgelegd in het licht van de term 'oneerlijk' uit art. 3 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen.

In dit onderdeel schenken wij aandacht aan de inhoudstoetsing van bedingen. Meer specifiek gaat het om de categorieën boetebedingen en wijzigingsbedingen. Andere thema's zijn het cumulatieve effect en het transparantievereiste die binnen de inhoudstoets een grote rol zijn gaan spelen. Ook bespreken wij de gevolgen van vernietiging en de houdbaarheid van nationale verjaringstermijnen.

3.1 Boetebedingen en het cumulatief effect

Het boetebeding is een algemene voorwaarde die al lange tijd in de belangstelling staat.

25 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 49.

26 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.11.2. Vgl. ook HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731 (*Stichting Intermaris*), r.o. 2.8.2 en 2.8.4. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat art. 6:236 onder n BW (het arbitraal beding op de 'zwarte lijst') weliswaar een bepaling is van nationaal recht, maar dat bij een arbitraal beding dat onderdeel uitmaakt van algemene voorwaarden het regime van Richtlijn 93/13 en dat van het zuiver nationale art. 6:236, aanhef en onder n, BW steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn, en dat ambtshalve toepassing in dit geval verplicht is.

27 Zie ook A.S. Hartkamp, annotatie bij HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*Ebecek/Trudo*), JOR 2016/116.

28 Zie hierover ook Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:757, bij HR 12 november 2021 (*Arvato*), punt 6.7.1-6.7.3.

29 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Tenzij*).

30 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Tenzij*), r.o. 3.9.

31 D.F.H. Stein, 'Richtlijnen en privaatrecht', *MvV* 2019, afl. 7-8, p. 229; H.N. Schelhaas, 'Een fundamenteel arrest over een fundamentele vraag: vereist de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 BW een fundamentele tekortkoming', *AA* 2019, afl. 4 p. 296 en 302; F.J.P. Lock, annotatie bij HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Tenzij*), *JBPR* 2018/61; Jac. Hijma, annotatie bij HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Tenzij*), *NJ* 2019/446.

32 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Tenzij*), r.o. 3.9.

33 Zie ook Stein 2019, p. 229. Zie voor een ander geval waarin de Hoge Raad ambtshalve toetsing mogelijk maakt voor een bepaling van nationaal recht, niet zijnde een rechtsregel van openbare orde: HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704 (*Fa-Med/B*), r.o. 3.7. Toch lijkt het in dit geval vooral de parlementaire geschiedenis die de Hoge Raad tot aannemen van de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing heeft bewogen, dan het Unierecht.

34 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato*), r.o. 3.6.

Ook in de afgelopen jaren is er nieuwe rechtspraak over dit beding verschenen, waarbij de vraag speelt op welke wijze andere bedingen dan het boetebeding moeten worden meegewogen in de inhoudstoets. In het arrest *Radlinger* ging het om een consumentenkredietovereenkomst waarin verschillende boetebedingen waren verbonden aan één en dezelfde tekortkoming.³⁵ Het Hof overweegt dat bij de toetsing op oneerlijkheid moet worden nagegaan wat het cumulatieve effect is van alle bedingen van de overeenkomst tussen een verkoper en een consument. Hierbij is niet van belang of de verkoper daadwerkelijk de volledige nakoming ervan nastreeft.³⁶

In het arrest *Lewis/Stam* van de Hoge Raad wordt deze benadering gevolgd. In deze zaak had de huurder zich niet gehouden aan het contractuele verbod op onderhuur. Daardoor was de huurder contractueel gehouden tot betaling van een boete én tot afdracht van de door de onderverhuur gemaakte winst. Deze cumulatie van sancties is in Nederland gebruikelijk.³⁷ De Hoge Raad oordeelt conform de rechtsregels uit het arrest *Radlinger* dat de rechter bij de inhoudstoets 'dient te onderzoeken of het cumulatieve effect van deze rechtsgevolgen ertoe leidt dat sprake is van een oneerlijk beding als bedoeld in de Richtlijn.'³⁸

De uitwerking van het *Radlinger*-arrest is verder verduidelijkt in het arrest *Eigen Haard* van het Hof van Justitie.³⁹ Anders dan in het *Radlinger*-arrest, waren in deze zaak boetebedingen verbonden aan meerdere tekortkomingen van uiteenlopende aard, met bovendien nog een algemeen boetebeding als vangnetbepaling.⁴⁰ Daarnaast kan de verhuurder ook nog een beroep doen op winstafdracht ex art. 6:104 BW voor de verboden onderhuur.

Uit de prejudiciële beslissing van het Hof in *Eigen Haard* blijkt dat een dergelijk samenspel van bedingen en nationaal recht niet per se tot oneerlijkheid leidt. Het Hof overweegt dat bij de beoordeling of het beding oneerlijk is onder meer rekening moet worden gehouden met de bijzondere aard van de overeenkomst, namelijk: sociale woninghuur, en de normatieve context die samen met dat beding de rechten en verplichtingen van de partijen bepaalt.⁴¹ Het Hof oordeelt dat de vordering tot winstafdracht in beginsel buiten het bereik van de Richtlijn valt, omdat deze schadevergoeding niet is gebaseerd op de overeenkomst maar op

ationale wetgeving. Of de winstafdracht van het onrechtmatig verkregen bedrag toch kan worden beschouwd als sanctie op de tekortkoming dient door de rechter te worden meegewogen in de inhoudstoets.⁴²

3.2 Wijzigingsbedingen en transparantie

Ook voor andere algemene voorwaarden dan het boetebeding geldt dat het niet alleen gaat om het (mogelijk oneerlijke) beding zelf, maar dat het cumulatieve effect van de rechtsgevolgen van de bedingen in de beoordeling moet worden betrokken. Dat blijkt bijvoorbeeld ook bij de inhoudstoets van wijzigingsbedingen, zoals hierna wordt besproken. Aan de hand van de wijzigingsbedingen illustreren wij ook het toegenomen belang van het transparantievereiste bij de inhoudstoets van algemene voorwaarden.⁴³

3.2.1 Wijzigingsbedingen

Wijzigingsbedingen geven de gebruiker de mogelijkheid om zonder instemming van de wederpartij de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. Dat betekent dat de gebruiker dus de mogelijkheid heeft om de wederpartij te binden aan een beding dat niet als zodanig is afgesproken. Wijzigingsbedingen stellen de gebruiker zo in staat om in te spelen op veranderende omstandigheden en worden daarom vaak opgenomen in de algemene voorwaarden. Wijzigingsbedingen worden onder andere gebruikt door kredietverstrekkers,⁴⁴ erfverpachters,⁴⁵ leveranciers van nutsvoorzieningen,⁴⁶ telecommunicatieaanbieders,⁴⁷ verzekeraars⁴⁸ en verhuurders van (sociale) woonruimte.⁴⁹

Wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden vallen naar Nederlands recht onder de inhoudstoetsing van art. 6:233 sub a BW. Het uitgangspunt in de Nederlandse rechtscultuur was dat wijzigingsbedingen geldig zijn, ook in de

35 HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*).
 36 HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*), punt 95 en 101, zie ook HvJ EU 11 maart 2020, C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188 (*Lintner*), punt 47.
 37 Zie art. 11.1 sub d van het ROZ-model 'Huurvereenkomst woonruimte', vastgesteld op 20 maart 2017.
 38 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275 (*Lewis/Stam*), punt 3.3.3.
 39 HvJ EU 10 september 2020, C-738/19, ECLI:EU:C:2020:687 (*Eigen Haard*). De prejudiciële vragen waren afkomstig van rechtbank Amsterdam, zie rechtbank Amsterdam 19 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7062, r.o. 5.2.1.
 40 Deze vangnetbepaling is toepasselijk in de gevallen waarin de huurder tekortschiet in de nakoming en er geen bijzonder boetebeding van toepassing is.
 41 HvJ EU 10 september 2020, C-738/19, ECLI:EU:C:2020:687 (*Eigen Haard*), punt 33, 37.

42 HvJ EU 10 september 2020, C-738/19, ECLI:EU:C:2020:687 (*Eigen Haard*), punt 35-38.
 43 Hierover uitgebreid zie M.G.J. van 't Ende, 'Grenzen aan wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden: biedt de Hoge Raad dezelfde consumentenbescherming als het HvJ EU?', deel I-II, *WPNR* 2020/7305-7306.
 44 Zie respectievelijk bijvoorbeeld HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-hypotheken*) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1198.
 45 In Amsterdam is veel grond uitgegeven in erfpacht, zie voor de algemene bepalingen <https://www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/algemeen-bepalingen/> (voor het laatst geraadpleegd op 7 maart 2022).
 46 Zie bijvoorbeeld art. 19 van de algemene voorwaarden voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers (versie 2017), opgesteld door Energie-Nederland (de vereniging van energieleveranciers).
 47 *Asser/Houben 7-X* 2019/274.
 48 De verzekeraar bedingt dan het recht om bepaalde voorwaarden, bijvoorbeeld de hoogte van de premie, tijdens de looptijd van de verzekering éénzijdig en *bloc* te wijzigen. *Asser/Wansink, Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2019/241. Zie in de rechtspraak bijvoorbeeld rechtbank Midden-Nederland 11 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3843 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9903.
 49 Een algemeen wijzigingsbeding is opgenomen in art. 1.2 van het 'Model huurovereenkomsten zelfstandige woonruimten' (versie oktober 2021) van Aedes, de branchevereniging van de Nederlandse woningcorporaties. Een (huurprijs)wijzigingsbeding is opgenomen in art. 5 van het model 'Huurvereenkomst woonruimte', vastgesteld door de Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) op 20 maart 2017.

relatie van 'business-to-consumer' (hierna: b2c).⁵⁰ Vanuit Europees perspectief wordt het wijzigingsbeding kritischer benaderd. In de inhoudstoets van art. 3 lid 3 Richtlijn oneerlijke bedingen moet ook betrokken worden dat het wijzigingsbeding vermeld staat op de bijlage bij deze Richtlijn. Op deze indicatieve 'blauwe' lijst zijn bedingen opgenomen die mogelijk oneerlijk zijn. Punt 1 onder j vermeldt wijzigingsbedingen die de gebruiker 'machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen'.⁵¹ Vermelding op de blauwe lijst leidt niet automatisch tot het oordeel dat het beding oneerlijk is. Het is echter wel 'een wezenlijk aspect' waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren.⁵²

3.2.2 *Het Hof over de inhoudstoets van wijzigingsbedingen en de rol van transparantie*

Het Hof stelt in zijn rechtspraak strikte voorwaarden aan (prijs)wijzigingsbedingen. Het Hof stelt voorop dat de gebruiker vóór sluiting van de overeenkomst aan de consument duidelijke informatie moet verstrekken over i) de reden voor en ii) de wijze van aanpassing (van de kosten). Daarnaast moet de gebruiker de consument een redelijke tijd voorafgaand aan de daadwerkelijke wijziging van de overeenkomst informeren over zowel de aanstaande wijziging als de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst te beëindigen. Deze beëindigingsmogelijkheid moet bovendien reëel zijn. Zo is van belang of er wel concurrentie bestaat, of de consument moet betalen om de overeenkomst te kunnen beëindigen en welke kosten en tijd gemoeid zijn met het vinden van een andere aanbieder.⁵³

Bij de inhoudstoetsing van de wijzigingsbedingen wordt ook steeds benadrukt dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld.⁵⁴ Dit transparantievereiste is neergelegd in art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen.

Juist bij wijzigingsbedingen is het cruciaal dat deze transparant zijn. De gebruiker kan zich, door het gebruik van een wijzigingsbeding, indekken tegen veranderende omstandigheden in de toekomst. De consument heeft er daarom groot belang bij om te voorspellen wat de gevolgen van de wijziging zullen zijn zodat hij op de nieuwe situatie kan

anticiperen.⁵⁵ Ook bij de inhoudstoets van andere algemene voorwaarden moet aan het transparantievereiste voldaan worden. Het Hof noemt bij de uitleg van de inhoudstoets (art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen) de drieslag 'goede trouw, evenwicht en transparantie' geregeld in één adem.⁵⁶ Uit het oogpunt van consumentenbescherming moet het vereiste van transparantie ruim worden opgevat.⁵⁷

Bedingen moeten transparant zijn in zowel formele als in materiële zin. Transparantie in formele zin betekent dat het beding taalkundig en grammaticaal begrijpelijk moet zijn. Minstens net zo belangrijk is de transparantie in materiële zin. Dat houdt in dat de concrete werking van het beding zelf in de overeenkomst transparant uiteen moet worden gezet, net als de werking van alle bedingen samen.⁵⁸ De jurisprudentie van het Hof vereist dat de gebruiker in de overeenkomst de reden voor en de wijze van aanpassing transparant toelicht.⁵⁹ In sommige gevallen leidt het transparantievereiste ertoe dat de gebruiker de consument 'noodzakelijke aanvullende inlichtingen' moet verschaffen.⁶⁰ Dat kan betekenen dat de gebruiker de consument moet informeren over dwingende wettelijke regelgeving die van invloed is op de uitwerking van een beding.⁶¹

De gevolgen van een transparantiegebrek blijken niet uit de Richtlijn oneerlijke bedingen. Een enkele schending van het transparantievereiste kan er dus toe leiden dat het beding oneerlijk is.⁶² Als een beding intransparant is, is dat een sterke aanwijzing voor het oneerlijke karakter van een beding.⁶³

3.2.3 *Effect op de Nederlandse rechtspraak*

Tot enkele jaren geleden was transparantie geen factor van belang in de Nederlandse rechtspraak.⁶⁴ Zo speelde het

50 W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1684 (MvA I). Dit uitgangspunt is gevolgd in de Nederlandse rechtsleer. Zie hierover ook Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019 (*Euribor-hypotheek*) onder 4.30 en de daar genoemde verwijzingen. Op de lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW staan weliswaar enkele vormen van wijzigingsbedingen, maar deze omschrijvingen zien op specifieke gevallen (art. 6:236 onder i BW en art. 6:237 onder c BW).

51 Daarnaast zijn onder punt 1 sub k en l andere varianten van het wijzigingsbeding opgenomen.

52 HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*), punt 26.

53 HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb*), punt 51-54 en HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*), punt 30.

54 Zie HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*), punt 28; HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb*), punt 49 en HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (*Matei*), punt 72.

55 HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb*), punt 53.

56 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 10 juni 2021, C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas*), HvJ EU 7 november 2019, gevoegde zaken C-419/18 en 483/18, ECLI:EU:C:2019:930 (*Profi Credit Polska II*), punt 58 en HvJ EU 26 maart 2019, gevoegde zaken C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250 (*Abanca Corporación Bancaria*), punt 50; HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282 (*Kásler*), punt 40; HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*), punt 65.

57 HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*), punt 40 en de daar genoemde verwijzingen.

58 Zie HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciu*), punt 45 en de daar genoemde verwijzingen.

59 HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*), punt 28-31.

60 HvJ EU 19 september 2019, C-34/18, ECLI:EU:C:2019:764 (*Lovasné Tóth*), punt 63 waar het Hof verwijst naar HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciu*), punt 51.

61 HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*), punt 69.

62 In gelijke zin: Richtsnoeren van de Commissie met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten 2019/C 323/04, p. 22.

63 Zie E. Terryn, 'Transparantie en algemene voorwaarden – nood aan hervorming?', *TPR* 2017/1, p. 42 en M.B.M. Loos, 'Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law', *ERPL* 2015, afl. 2, p. 189.

64 Zo concludeerde Pavillon in 2014 op basis van de rechtspraak dat transparantiegebreken in de (Nederlandse) rechtspraak nauwelijks een rol spelen in het kader van de inhoudstoetsing van wijzigingsbedingen. C.M.D.S. Pavillon, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse regeling van algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3 BW)', II.A.8.2.7 in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht (Onderneming en recht, nr. 81-II)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 241.

transparantievereiste geen expliciete rol in het arrest *Seba/Amsterdam I* uit 2016, het enige eerdere arrest van de Hoge Raad waarin de inhoudstoetsing van een wijzigingsbeding centraal stond.⁶⁵ Uit het arrest *Euribor-hypotheke*n wordt echter duidelijk dat de ontwikkelingen op Europees niveau doorwerken in de Nederlandse rechtspraak.⁶⁶ In deze zaak had de bank aan consumenten hypothecaire geldleningen verstrekt met een variabele rente. De hoogte van de variabele rente was gekoppeld aan het 1-maands Euribor tarief en werd vermeerderd met een opslag.⁶⁷ Op grond van de wijzigingsbedingen in de toepasselijke algemene voorwaarden heeft de bank de bevoegdheid om eenzijdig deze opslag te wijzigen.

De consumenten waren van mening dat deze wijzigingsbedingen onredelijk bezwarend waren ex art. 6:233 sub a BW. In cassatie overweegt de Hoge Raad dat de wijzigingsbedingen op geen enkele wijze duidelijk maken hoe de opslag is vastgesteld en onder welke omstandigheden en volgens welke mechanismen de opslag kan worden gewijzigd.⁶⁸ De wijzigingsbedingen bevatten daarmee ernstige transparantiegebreken. De bank stelde dat de formulering van een wijzigingsbeding noodzakelijkerwijs open is omdat hij daarmee juist wilde inspelen op toekomstige, diverse, oorzaken. De Hoge Raad gaat niet mee in deze redenering en overweegt dat de bank zoveel duidelijkheid had moeten verschaffen als mogelijk was zodat de consument de economische gevolgen beter had kunnen inschatten.

Maar anders dan rechtbank en Hof komt de Hoge Raad daarmee nog niet tot de conclusie dat vanwege de schending van het transparantievereiste de wijzigingsbedingen oneerlijk zijn.⁶⁹ De Hoge Raad betreft in de oneerlijkheidstoets ook de omstandigheid dat de consumenten omzettingen- en beëindigingsbevoegdheden hadden.⁷⁰ Deze compenserende bedingen zijn ten onrechte niet meegewogen in de beoordeling van de wijzigingsbedingen.⁷¹ De Hoge Raad overweegt, in overeenstemming met het arrest *Radlinger*,⁷² dat alle relevante omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst betrokken moeten worden meegenomen in de oneerlijkheidstoetsing waarbij ook gelet moet worden op het cumulatieve effect van alle bedingen op de betrokken overeenkomst.⁷³ Het is nu aan het verwijzings-

hof om te oordelen of deze compenserende bedingen de intransparante wijzigingsbedingen kunnen redden.⁷⁴

Met name voor kredietverstrekkers heeft dit arrest grote impact. De geldende gedragsregels verplichtten de bank niet tot het geven van deze informatie over de opbouw van het rentetarief.⁷⁵ Maar dat betekent volgens de Hoge Raad niet dat het transparantievereiste er niet toe verplichtte. Als het om algemene voorwaarden gaat, is de Richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing en de open norm van het transparantievereiste is daar niet meer bij weg te denken.

3.3 Gevolgen van vernietiging – de rol van aanvullend recht

Hiervoor bespraken wij de inhoudstoetsing van (oneerlijke) bedingen ex art. 3 Richtlijn oneerlijke bedingen. Een beding dat oneerlijk blijkt te zijn, mag de consument niet binden (art. 6 Richtlijn oneerlijke bedingen). De reden daarvoor is dat de Richtlijn oneerlijke bedingen een eind wil maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (art. 7 van de Richtlijn). Om dit langetermijndoel te bereiken, moeten oneerlijke bedingen ‘zonder meer buiten toepassing worden gelaten’ zodat er voor gebruikers van oneerlijke bedingen een afschrikwekkende werking van uitgaat. Een andere handelswijze zou de gebruikers in de verleiding brengen om oneerlijke bedingen te blijven gebruiken in de wetenschap dat ook al mochten deze ongeldig worden verklaard, de overeenkomst niettemin voor zover noodzakelijk door de nationale rechter zou kunnen worden aangevuld en het belang van die gebruikers dus gediend zou zijn.⁷⁶

Naar Nederlands recht betekent dat, dat oneerlijke bedingen vernietigd moeten worden. Het is de rechter daarbij niet toegestaan om een oneerlijk (boete)beding te ‘herzien’ of te matigen.⁷⁷ Alleen onder bijzondere omstandigheden mag de rechter de na vernietiging ontstane leemte opvullen. Het gaat dan om gevallen waarin vernietiging van het oneerlijke beding ertoe leidt dat de overeenkomst niet kan blijven voortbestaan.⁷⁸ Hierbij kan gedacht worden aan hypothecaire leningsovereenkomsten waarin de bedingen die de rente bepalen oneerlijk blijken te zijn.⁷⁹ Het gevolg van vernietiging van de bedingen kan dan leiden tot vernietiging van de gehele overeenkomst. Dat betekent dat de consument het hele geleende bedrag moet terugbetalen aan

65 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (*Seba/Amsterdam I*).

66 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-hypotheke*n).

67 Euribor staat voor *Euro Interbank Offered Rate*. Dat is kort gezegd het rentetarief waartegen banken geld kunnen lenen van andere banken. Het 1-maands Euribor-tarief is sinds het najaar van 2008 vooral gedaald.

68 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-hypotheke*n), r.o. 4.2.3.

69 Zie respectievelijk Rechtbank Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 en Gerechtshof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248.

70 In navolging van Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019 (*Euribor-hypotheke*n), onder 5.7-5.8.2.

71 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-hypotheke*n), r.o. 4.1.1.

72 HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*). Zie ook hiervoor in paragraaf 3.1.

73 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-hypotheke*n), r.o. 4.1.2.

74 De consumenten hadden zich verenigd in de twee claimstichtingen ‘Euribar’ en ‘Stop de banken’. De bank en Euribar hebben na het arrest van de Hoge Raad een schikking getroffen, zie <https://www.tk.nl/nieuws/euribar-nieuws/> (voor het laatst geraadpleegd op 8 maart 2022).

75 Ook op het moment van wijzen van het arrest is de kredietverstrekker niet op grond van sectorspecifieke regelgeving gehouden om deze informatie aan de consument te verschaffen.

76 HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banesto*), punt 69.

77 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 60 en HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banesto*), punt 71.

78 Of dit het geval is, wordt beoordeeld naar nationaal recht, zie HvJ EU 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 40. Naar Nederlands recht is art. 3:41 BW de maatstaf.

79 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282 (*Kásler*) en HvJ EU 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 39.

de kredietverstrekker. De consument zal daartoe vaak niet in staat zijn. Als vernietiging van het beding uitloopt op vernietiging van de overeenkomst en dat leidt tot 'uiterst nadelige consequenties'⁸⁰ voor de consument, mag de rechter de ontstane leemte aanvullen.⁸¹

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt bovendien dat zo'n aanvulling moet worden gebaseerd op concrete wettelijke bepalingen en niet op open normen die voortvloeien uit het billijkheidsbeginsel.⁸² Vertaald naar de terminologie van het Nederlands BW lijkt dat te betekenen dat de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW géén rol kan spelen.⁸³

Nog onduidelijk bleef het antwoord op de vraag of de gebruiker van een vernietigd beding nog een beroep zou mogen doen op het aanvullend nationaal recht.⁸⁴ Inmiddels is deze vraag beantwoord door het Hof in het arrest *Dexia* waar effectenlease-overeenkomsten tussen Dexia en consumenten centraal staan.⁸⁵ De overeenkomsten bevatten bedingen die, in geval van ontbinding, het voordeel fixeerden dat Dexia genoot bij deze vervroegde beëindiging van de overeenkomst. Hierin was niet meegenomen dat Dexia in het geval dat zij de hoofdsom op een eerder tijdstip terugontvangt dit bedrag ook eerder rentedragend weer kon uitlenen. Voor de consument konden deze bedingen daarmee een groot nadeel opleveren in vergelijking met de toepassing van art. 6:277 BW, omdat dan het eventuele genoten voordeel door Dexia zou worden verdisconteerd in de schadevergoeding.⁸⁶

Het Hof oordeelt dat de rechter na vernietiging niet bevoegd is om een bepaling van aanvullend nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding. Het Hof geeft als reden dat geen sprake is van een situatie waarin de vernietiging van dat beding leidt tot nietigheid van de gehele overeenkomst met benadeling van de consument als gevolg.⁸⁷

Dit is een ingrijpend oordeel waarbij aanvullend recht buitenspel wordt gezet. Het is 'alles of niets' waarbij de rechter

geen maatwerk kan bieden.⁸⁸ Hoewel de afschrikwekkende werking daarmee gewaarborgd wordt, lijkt voor evenredigheid geen ruimte te zijn.⁸⁹ In bijvoorbeeld het geval dat een beding dat de ontbinding regelt als oneerlijk wordt bestempeld en wordt vernietigd, kan de gebruiker geen beroep meer doen op de aanvullende ontbindingsregels van art. 6:265 e.v. BW. De consument kan dan straffeloos wanpresteren, zonder dat de gebruiker de overeenkomst kan ontbinden.⁹⁰

Interessant is dat de Hoge Raad zich in het arrest *Tijhuis/Dexia* juist uitsprak vóór een rol van aanvullend recht in deze gevallen.⁹¹ Naar het oordeel van de Hoge Raad stond voor Dexia nog een beroep op art. 6:277 BW open om via die weg schadevergoeding te vorderen voor de gemiste rentetermijnen.⁹²

Na vernietiging van een oneerlijk beding kan de gebruiker nog wel een beroep doen op het nationale buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Dit volgt uit het arrest *Kanyeba*.⁹³ In dit arrest gaat het om een aantal consumenten die in België zonder vervoersbewijs met de trein hebben gereisd. De vraag of een vervoersovereenkomst bestaat, wordt door het Hof bevestigend beantwoord.⁹⁴ Het boetebeding in de vervoersovereenkomst werd door de Belgische rechter als oneerlijk aangemerkt. Daarop volgden prejudiciële vragen over de gevolgen van de vernietiging en het Hof

80 Zie o.a. HvJ EU 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 40 en de daar genoemde verwijzingen.

81 HvJ EU 7 augustus 2018, gevoegde zaken C-96/16 en C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643 (*Banco Santander en Banco de Sabadell*), punt 74.

82 HvJ EU 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 62.

83 C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, 'Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen. De 'alles of niets'-benadering bevestigd', *NJB* 2021/1392, p. 1563.

84 In de Nederlandse rechtsliteratuur bestonden hierover verschillende opvattingen, zie bijvoorbeeld R.H.C. Jongeneel, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk - contracten en aansprakelijkheidsrecht CA1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/13.3; C.M.D.S. Pavillon, 'De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarendtoets', *WPNR* 2017/7163.

85 HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia*).

86 HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia*), punt 29.

87 HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia*), punt 66-67. Dat sluit aan bij HvJ EU 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 (*Unicaja Banco*), punt 33.

88 H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Boterzacht criterium met messcherp gevolg. Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding', *MvV* 2021/4, p. 143.

89 C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, 'Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen. De 'alles of niets'-benadering bevestigd', *NJB* 2021/1392, p. 1567.

90 Zie over deze problematiek M.B.M. Loos in zijn noot bij HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, *NJ* 2021/326 (*Dexia*), nr. 9, R.H.C. Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 359-360 en C.M.D.S. Pavillon, 'De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarendtoets', *WPNR* 2017/7163, p. 703.

91 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 2017 (*Tijhuis/Dexia*).

92 Deze schade moet wel worden verrekend met het voordeel dat Dexia zou genieten uit de vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (*Tijhuis/Dexia*), r.o. 3.10.1 en 3.10.2. Zie hierover C.M.D.S. Pavillon, 'De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarendtoets', *WPNR* 2017/7163.

93 HvJ EU 7 november 2019, gevoegde zaken C-349/17 t/m 351/17, ECLI:EU:C:2019:936 (*NMBS/Kanyeba c.s.*), punt 72-73.

94 HvJ EU 7 november 2019, gevoegde zaken C-349/17 t/m 351/17, ECLI:EU:C:2019:936 (*NMBS/Kanyeba c.s.*), punt 33-53. Zie Verordening (EG) nr. 1371/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende de rechten en verplichtingen van reizigers in het treinverkeer (*PbEU* 2007, L. 315). Er is sprake van een vervoersovereenkomst zodra een reiziger in een vrij toegankelijke trein stapt om een rit te maken, ongeacht of hij dan over een geldig vervoersbewijs beschikt. Het ongewenste alternatief is dat een treinreiziger niet beschermd wordt door de Verordening, als hij, mogelijk buiten zijn schuld, bij het instappen geen vervoersbewijs heeft (vgl. overweging 1-3 bij de considerans van de Verordening).

De vraag naar de totstandkoming van de overeenkomst stond ook centraal in het arrest HvJ EU 3 februari 2021, zaak C-922/19, ECLI:EU:C:2021:91 (*Stichting Waternet*) en het daaropvolgende arrest HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1889 (*Waternet/verweerder*). Het ging erom of sprake was van levering van drinkwater op grond van een overeenkomst óf van ongevraagde levering zoals verboden in art. 5 lid 5 jo. bijlage I punt 29 van de Richtlijn 2005/29/EG oneerlijke handelspraktijken. Het Hof oordeelde dat de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen moet worden beoordeeld naar nationaal recht (punt 46).

constateerde bij beantwoording daarvan dat de Richtlijn oneerlijke bedingen alleen ziet op bedingen in overeenkomsten, maar dat 'zij geen enkele bepaling over niet-contractuele aansprakelijkheid bevat'.⁹⁵ Naar Nederlands recht zou het dan mogelijk zijn om een beroep te doen op de leerstukken onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. In het geval uit het arrest *Kanyeba* is het te betogen dat, los van de overeenkomst, door de consument een onrechtmatige daad is gepleegd en daarvoor een schadevergoeding verschuldigd is.⁹⁶ Maar in de meeste gevallen zal de onrechtmatigheid niet voor de hand liggen. Bovendien is een andere belangrijke beperking dat wel steeds sprake zal moeten blijven van afschrikwekkende werking van de vernietiging van een beding. In de hiervoor besproken 'gratis mobieltjes'-arresten van de Hoge Raad⁹⁷ was de consument om die reden geen vergoeding verschuldigd voor het tijdelijke gebruik of de waardevermindering van het 'gratis mobieltje', dat na vernietiging van de overeenkomst weer moest worden teruggegeven aan de telecomaandbieder.⁹⁸

Na vernietiging moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid van verjaring van vorderingen die ontstaan door vernietiging van een oneerlijke beding. Zoals bekend staat het Unierecht niet in de weg aan nationale regels voor verjaring als daarbij het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.⁹⁹ In twee recente arresten heeft het Hof zich uitgesproken over verschillende verjaringstermijnen die al begonnen te lopen zonder dat de consument kennis had of behoorde te hebben van de oneerlijkheid van het beding en daarmee van zijn vordering.¹⁰⁰ Dat betekent dat de termijn kan zijn verstreken nog voordat de consument kennis kan nemen van het oneerlijke karakter van het beding. Als zo'n verjaringstermijn aanvangt op het moment van volledige nakoming en een duur heeft van drie jaar, voldoet deze niet aan de eisen van doeltreffendheid.¹⁰¹ Hetzelfde geldt voor een dergelijke ver-

jaringstermijn van vijf jaar die aanvangt op het moment van sluiting van de overeenkomst. Het aanvangspunt en de duur van een verjaringstermijn mogen het voor de consument niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken om het recht daadwerkelijk uit te oefenen.¹⁰²

4. EU-regelgeving

4.1 Consumentenbescherming in een digitaliserende samenleving

Bescherming van de consument staat in het recht van de Europese Unie hoog in het vaandel. Het gebruik van moderne technologieën doet de vraag rijzen of de hedendaagse consument nog voldoende bescherming geniet onder het Europese consumentenrecht. Naar aanleiding van deze vraag is de Europese wetgever aan de slag gegaan met de regulering van consumentenbescherming in een digitaliserende samenleving. De meest in het oog springende regelgeving betreft de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten,¹⁰³ de nieuwe Richtlijn consumentenkoop¹⁰⁴ en de Richtlijn modernisering consumentenbescherming.¹⁰⁵ Deze richtlijnen en hun implicaties voor het Nederlandse recht, worden hierna besproken.

4.1.1 Digitale inhoud, digitale diensten en consumentenkoop

Op 20 mei 2019 zijn de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten en de Richtlijn consumentenkoop vastgesteld. De richtlijnen moesten op 1 juli 2021 zijn omgezet in het nationale recht en zijn van kracht op overeenkomsten die gesloten zijn op 1 januari 2022. De Nederlandse wetgever heeft de implementatietermijn niet gehaald. Op 26 april 2022 trad de Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud in werking.¹⁰⁶

De Richtlijn digitale inhoud ziet op overeenkomsten tot het leveren van digitale inhoud of digitale diensten tegen de betaling van een prijs (art. 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud). Met digitale inhoud wordt bedoeld op onder andere e-boeken, film- of muziekbestanden. Digitale diensten zijn bijvoorbeeld sociale media, streaming of 'cloud gaming' (een abonnement waarbij de gebruiker tegen periodieke betaling

95 HvJ EU 7 november 2019, gevoegde zaken C-349/17 t/m 351/17, ECLI:EU:C:2019:936 (*NMBS/Kanyeba c.s.*), punt 72.

96 Daarbij kan gedacht worden aan de ritprijs en een vergoeding voor administratiekosten. Overigens is in Nederland de boete voor zwartrijden met de trein bestuursrechtelijk vormgegeven. De boete bedraagt € 50 en daarbovenop komen administratiekosten van € 15, zie art. 48 van het Besluit personenvervoer 2000 (*Stb.* 2000, 563) en de daarop gebaseerde regeling Vaststelling bedragen, bedoeld in art. 48 lid 2 en lid 6 Besluit personenvervoer 2000 (*Stcrt.* 2016, 9186).

97 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (*Lindorff/Statia*) nader uitgewerkt in HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*).

98 In de 'gratis mobieltjes'-arresten van de Hoge Raad ging het niet om de Richtlijn oneerlijke bedingen, maar om de Richtlijn consumentenkrediet. Naar analogie lijkt dit wel toepasselijk omdat beide Richtlijnen zien op b2c-relaties waarin geldt dat de sancties voor schending van de Richtlijn afschrikkend moet zijn (vgl. art. 23 Richtlijn Consumentenkrediet (2008/48/EG) met art. 7 Richtlijn oneerlijke bedingen en de uitwerking daarvan in rechtspraak, zoals HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia*), punt 64.

99 HvJ EU 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), punt 77-82.

100 HvJ EU 9 juli 2020, gevoegde zaken C-698/18 en C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 (*Raiffeisen Bank*) en HvJ EU 16 juli 2020, gevoegde zaken C-224/19 en C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank*).

101 HvJ EU 9 juli 2020, gevoegde zaken C-698/18 en C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 (*Raiffeisen Bank*), punt 67.

102 HvJ EU 16 juli 2020, gevoegde zaken C-224/19 en C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank*), punt 92.

103 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) (hierna: Richtlijn digitale inhoud).

104 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) (hierna: Richtlijn consumentenkoop).

105 Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (*PbEU* 2019, L 328) (hierna: Richtlijn modernisering consumentenbescherming).

106 Art. VII Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud (*Stb.* 2022, 164).

toegang krijgt tot een online spelcomputer met bijbehorende spellenbibliotheek). De Richtlijn is van toepassing als voor de digitale inhoud of diensten een prijs wordt betaald. Daarbij gaat het niet uitsluitend om de betaling van een geldsom, maar ook om betaling met persoonlijke gegevens (art. 2 onder 7 Richtlijn digitale inhoud).¹⁰⁷ Dat laatste gebeurt vaak bij sociale media, waar ondernemingen geld verdienen door gebruikers bijvoorbeeld advertenties te laten zien die zijn afgestemd op zijn persoonlijke gegevens.

De nieuwe Richtlijn consumentenkoop reguleert koopovereenkomsten tussen een consument en een professionele verkoper. Hiermee wordt de oude (minimumharmoniserende) Richtlijn consumentenkoop uit 1999 vervangen. De meeste regels zijn in de kern gelijk gebleven en met name uitgebreid, onder meer met het oog op zaken waarin digitale inhoud of digitale diensten zijn verwerkt. Zoals smartphones of andere 'slimme' apparaten, zoals een videodeurbel of slimme thermostaat.

Beide richtlijnen vullen elkaar aan. Het doel van beide richtlijnen is dan ook in zekere mate hetzelfde: het verschaffen van regels inzake conformiteit en de regulering van de remedies die openstaan bij conformiteitsgebreken. Onder de nieuwe regels inzake conformiteit is noemenswaardig de wijziging van de periode van het vermoeden van non-conformiteit (art. 12 Richtlijn digitale inhoud en art. 11 Richtlijn consumentenkoop). Deze wordt van zes maanden verlengd naar een jaar. Belangrijkere wijzigingen zijn te vinden in de remedies.

Onder de oude consumentenkoopregeling gold een hiërarchisch systeem van remedies. Consumenten hebben in eerste instantie het recht op nakoming, dat wil zeggen: herstel of vervanging van een non-conforme zaak (art. 7:21 lid 1 BW). Indien dit onmogelijk is, of niet van de verkoper kan worden gevegd, dan kan de consument kiezen voor ontbinding van de overeenkomst of prijsvermindering ingevolge art. 7:22 BW.¹⁰⁸ Deze drie bestaande remedies blijven in principe gehandhaafd onder het nieuwe consumentenkoopregime. De Richtlijn consumentenkoop brengt een kleine wijziging aan in het hiërarchische systeem dat hierboven is omschreven.¹⁰⁹ Aan art. 7:22 BW wordt een vijfde lid toegevoegd, waarin vier gevallen zijn omschreven waarin de consument onmiddellijk kan overgaan tot ontbinding of prijsvermindering, te weten:

- a. de verkoper heeft het herstel of de vervanging niet (juist) voltooid of geweigerd dat te doen;
- b. de zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst ondanks de poging daartoe van de verkoper; c.

¹⁰⁷ Zie daarover uitgebreid C. Spierings, 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019, afl. 6, p. 207-214.

¹⁰⁸ Zie over de vraag of van de verkoper kan worden gevegd dat hij het goed vervangt HvJ EU 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 (*Weber & Putz*).

¹⁰⁹ Zie daarover ook V. Mak & D.J.B. Op Heij, 'De implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in het BW: de implicaties voor het bestaande hiërarchische systeem van remedies', *TVC&H* 2021, afl. 5, p. 272-280.

- c. de zaak heeft een zo ernstig gebrek dat een onmiddellijke prijsvermindering of ontbinding van de overeenkomst gerechtvaardigd is;
- d. uit verklaringen of gedragingen van de verkoper blijkt duidelijk dat hij niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de koper zal herstellen of vervangen.

Deze gevalstypen sluiten aan bij hetgeen in het algemene contractenrecht geldt ten aanzien van de gevolgen van niet-nakoming, in het bijzonder voor de ontbinding. Daarvoor is verzuim vereist. Verzuim treedt in indien de schuldenaar in gebreke is gesteld, maar nakoming binnen de gestelde termijn uitblijft (art. 6:82 lid 1 BW), of indien een schriftelijke aansprakelijkstelling aan de schuldenaar wordt gestuurd in het geval uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn (art. 6:82 lid 2 BW). Als de schuldenaar mededelingen doet waaruit blijkt dat hij in de nakoming van de verbintenis tekort zal schieten, treedt verzuim zonder ingebrekestelling in (art. 6:83 aanhef en sub c BW). Deze drie omstandigheden leveren in het voorgestelde art. 7:22 lid 5 BW een reden op om onmiddellijk over te gaan tot ontbinding of prijsvermindering. Alleen het gevalstype dat wordt geïntroduceerd in het voorgestelde art. 7:22 lid 5 aanhef en sub c BW (dat ontbinding of prijsvermindering ook mogelijk is in het geval van een zeer ernstig gebrek) brengt een op zichzelf staande regel met zich.

De regels inzake digitale inhoud en digitale diensten zullen in een aparte titel (7.1.AA) van Boek 7 BW worden geïmplementeerd.¹¹⁰ De consument heeft in beginsel recht op dezelfde drie remedies als in art. 7:21 BW staan omschreven ten aanzien van consumentenkoop. Volgens de wetgever geldt tussen deze remedies géén hiërarchie.¹¹¹ De consument heeft keuzevrijheid. Aan de remedies prijsvermindering en ontbinding worden voorwaarden gesteld: uitsluitend in de vijf in de wet opgenomen gevallen mag de consument daar een beroep op doen. In de literatuur wordt opgemerkt dat hiermee *de facto* ook een hiërarchisch systeem geldt ten aanzien van de remedies bij non-conforme digitale inhoud of digitale diensten.¹¹² Het uitgangspunt is immers nakoming en aan de remedies prijsvermindering en ontbinding worden voorwaarden verbonden.

Belangrijk is dat beide richtlijnen maximumharmonisatie bevatten.¹¹³ De voorwaarden die het nationale recht stelt, mogen niet meer en niet minder bescherming bieden voor

¹¹⁰ Art. II onder L Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud (*Stb.* 2022, 164).

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 52.

¹¹² Mak & Op Heij 2021, p. 278-280; J.M. Carvalho, 'Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771', *European Consumer and Market Law* 2019, afl. 5, p. 200; M.E. Storme, 'Remedies bij digitale inhoud en diensten', in: I. Claeys & E. Terryn, *Nieuw recht inzake koop en digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 248.

¹¹³ Niet alle bepalingen van de richtlijnen bevatten maximumharmonisatie. Zie bijv. ten aanzien van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop art. 10 lid 3 en lid 6, art. 11 lid 2, art. 12, art. 13 lid 7, en voor de Richtlijn digitale inhoud art. 11 lid 2.

consumenten dan de richtlijnen beogen. Maximumharmonisatie roept de vraag op of met algemene verbintenisrechtelijke leerstukken nog wel verdergaande bescherming mag worden geboden dan voorzien in de richtlijnen.¹¹⁴ Zowel de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten, als de nieuwe Consumentenkooprichtlijn bepalen dat zij geen afbreuk doen aan het recht van de lidstaten om te voorzien in regels betreffende algemene aspecten van het overeenkomstenrecht. Te denken valt aan regels die zien op totstandkoming, geldigheid, nietigheid, de gevolgen van overeenkomsten of schadevergoeding.¹¹⁵ Dat impliceert dat bijvoorbeeld de toepassing van de wilsgebreken niet geraakt wordt door de richtlijnen.

Niettemin kan met dwaling *de facto* vrijwel hetzelfde resultaat worden bereikt als ontbinding op grond van non-conformiteit. Als op grond van dwaling een verdergaande bescherming wordt geboden dan een consument op basis van de richtlijnen zou hebben, zou dat kunnen indruisen tegen het doel van maximumharmonisatie, dat met de richtlijnen is beoogd.¹¹⁶ Als dat het geval is, dan zullen de Richtlijnen wél de algemene leerstukken van ons contractenrecht beïnvloeden.¹¹⁷ Opgemerkt zij dat dit probleem onder de oude Richtlijn consumentenkoop niet speelde vanwege het minimumharmoniserende karakter van die richtlijn.

4.1.3 Modernisering consumentenbescherming

Met de Richtlijn modernisering consumentenbescherming krijgt het consumentenacquis een update. De aanpassingen dienen vooral te leiden tot regulering van de platformeconomie. De richtlijn wordt ook wel de Omnibusrichtlijn genoemd, aangezien bepalingen van verscheidene consumentenbeschermende richtlijnen worden aangepast. Het gaat om de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn prijsaanduiding producten,¹¹⁸ de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten.

Aan de Richtlijn consumentenrechten en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken worden bepalingen toegevoegd op grond waarvan de aanbieder van een onlinemarktplaats een informatieverplichting heeft jegens een consument-gebruiker. De aanbieder van een onlinemarktplaats (platform) moet op grond van een verklaring van de aanbieder van

goederen of diensten de consument informeren of deze aanbieder een handelaar is. Het Hof van Justitie bepaalde in het arrest *Kamenova* dat de particuliere gebruiker van een onlinemarktplaats soms wel, en soms geen 'handelaar' is voor de toepassing van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten.¹¹⁹ Als deze geen handelaar is, moet de aanbieder van het platform de consument meedelen dat hem geen consumentenbescherming toekomt. Als de aanbieder van een onlinemarktplaats deze informatie niet verstrekt, kan dit een misleidende omissie, een subcategorie van de oneerlijke handelspraktijk, zijn (art. 3 lid 4 Richtlijn modernisering consumentenrechten). Natuurlijke personen die op een website tegelijkertijd een aantal advertenties plaatsen waarin nieuwe en tweedehandsgoederen te koop worden aangeboden, kunnen slechts als 'handelaar' worden aangemerkt, indien die persoon handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. Of dat het geval is, staat ter beoordeling aan de nationale rechter, die per geval een oordeel zal moeten vellen in het licht van alle relevante omstandigheden van het geval.

Daarnaast moet de aanbieder van een platform informatie verschaffen over i) de belangrijkste parameters die de rangschikking van de aanbiedingen bepalen zoals die aan de consument worden gepresenteerd naar aanleiding van zijn zoekopdracht en ii) hoe deze parameters zich tot elkaar verhouden (art. 4 lid 5 Richtlijn modernisering consumentenbescherming). Bij afwezigheid van deze informatie kan er sprake zijn van een misleidende omissie (art. 3 lid 4 sub b Richtlijn modernisering consumentenbescherming).

Ook bij de Richtlijn modernisering consumentenbescherming is de omzettingstermijn niet gehaald. Deze Richtlijn had per 28 november 2021 geïmplementeerd moeten zijn in het Nederlandse recht en moet van toepassing zijn op rechtsverhoudingen vanaf 28 mei 2022 (art. 7 van de Richtlijn). De Implementatiewet richtlijn modernisering consumentenbescherming is op 28 mei 2022 in werking getreden.¹²⁰

4.2 Unierecht ter bescherming van kleine zakelijke gebruikers

4.2.1 De Platformverordening

Online platforms zijn niet meer weg te denken uit de Europese economie. Binnen het begrip online platforms vallen onlinetussenhandelsdiensten, zoals onlinemarktplaatsen, appstores en onlinediensten voor sociale media.¹²¹ Daarnaast betreft het ook online zoekmachines, zoals Google of Bing. Online platforms zijn voor veel zakelijke gebruikers van groot commercieel belang omdat veel handel met consumenten online plaatsvindt.¹²² Voor consumenten die online contracteren bestaat, zoals hiervoor besproken in paragraaf 4.1, al de nodige beschermende regelgeving om

114 Zie over deze problematiek T. Wilhelmsson, 'Full harmonization of consumer contract law?', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008/2, p. 226; C.A.N.M.Y. Cauffman, M. Faure & T. Hartlief, 'Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?', *Contracteren* 2010/3, p. 74.

115 Art. 3 lid 10 en overwegingen 12-15 van de considerans bij de Richtlijn digitale inhoud; art. 3 lid 6 en overwegingen 18-20 van de considerans bij de Richtlijn consumentenkoop.

116 Hierover in het kader van Richtlijn oneerlijke handelspraktijken V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europees consumentenrecht', *NTBR* 2011/77 en M.Y. Schaub, 'De invloed van de Wet OHP op dwaling', *NTBR* 2011/78.

117 Zie hierover ook M.Y. Schaub, 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *NTER* 2019, afl. 9-10, p. 244; J.H.M. Spanjaard, 'Herziening consumentenrechten: verkenning van Richtlijn 2019/771', *Contracteren* 2019/3, p. 118.

118 Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten (*PbEG* 1998, L 80) (hierna: Richtlijn prijsaanduiding producten).

119 HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 (*Kamenova*).

120 Art. VI Implementatiewet richtlijn modernisering consumentenbescherming (*Stb.* 2022, 157).

121 Overweging 11 van de considerans bij de Platformverordening.

122 Overwegingen 2 en 3 van de considerans bij de Platformverordening.

hun vanwege hun zwakkere positie te beschermen. Maar ook voor zakelijke gebruikers geldt dat zij online in een aanmerkelijk zwakkere positie kunnen verkeren dan hun wederpartijen. Dat komt doordat de platforms in de 'platform-to-business'-relaties vaak veel macht hebben. Dat stelt hen in de gelegenheid om oneerlijke handelspraktijken tegenover de zakelijke gebruiker toe te passen. Om de zakelijke gebruiker te beschermen en het online ondernemingsklimaat binnen de interne markt te waarborgen, is daarom de zogeheten Platformverordening tot stand gekomen.¹²³ Sinds 12 juli 2020 is deze verordening van toepassing.¹²⁴

Wij bespreken hierna enkele belangrijke punten.¹²⁵ De Platformverordening beoogt bescherming te bieden door het opleggen van transparantieplichtingen aan aanbieders van onlinetussenhandeldiensten. Zo is vereist dat algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk geformuleerd moeten worden (art. 3 lid 1 sub a Platformverordening). Een dergelijke transparantieplichting bestaat niet op grond van het BW voor overeenkomsten tussen professionele partijen.¹²⁶ Voor consumentenovereenkomsten geldt naar Nederlands recht dat onduidelijke bedingen in het voordeel van de consument moeten worden uitgelegd (ex art. 6:238 lid 2 BW) en dat dit een eventueel transparantiegebrek een belangrijke omstandigheid is binnen de inhoudstoets van art. 6:233 sub a BW.¹²⁷ Daarnaast is onder meer van belang dat de algemene voorwaarden 'eenvoudig beschikbaar zijn voor zakelijke gebruikers tijdens alle fasen van hun commerciële verhouding' waaronder ook de precontractuele fase (art. 3 lid 1 sub b Platformverordening). Het BW is minder streng, aangezien op grond van art. 6:234 BW de algemene voorwaarden uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst bekend moeten zijn.

Art. 3 lid 1 sub c Platformverordening bepaalt dat de algemene voorwaarden transparant moeten zijn over de redenen voor beslissingen tot opschorting, beëindiging of beperking aan de verstrekking van online diensten. Als de

aanbieder de algemene voorwaarden in de tussentijd wil wijzigen, is op grond van art. 3 lid 2 Platformverordening een opzeggingstermijn vereist van minstens 15 dagen.

Algemene voorwaarden die niet voldoen aan de in de Verordening neergelegde eisen zijn nietig op grond van art. 3 lid 3 Platformverordening. Deze sanctie is strenger dan de algemene voorwaardenregeling in het Nederlands BW dat in art. 6:233 BW in afdeling 6.5.3 slechts de mogelijkheid tot vernietigbaarheid geeft.

Als de onlinetussenhandeldienstverlener de dienstverlening wil beëindigen, moet hij die beslissing gemotiveerd op een duurzame gegevensdrager aan de zakelijke gebruiker kenbaar maken (art. 4 lid 2 tweede alinea Platformverordening). In principe geldt een opzegtermijn van 30 dagen, met uitzondering voor de gevallen in art. 4 lid 4 van de Verordening. Daar zit een verschil met het Nederlands recht. De overeenkomst tussen de onlinetussenhandeldienstverlener en de zakelijke wederpartij zal als overeenkomst van opdracht kwalificeren ex art. 7:408 BW.¹²⁸ Opzegging is naar Nederlands recht vormvrij en niet gebonden aan een vaste opzeggingstermijn, al zal in de meeste gevallen uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat een opzeggingstermijn in acht moet worden genomen.¹²⁹

Om de transparantie verder te bevorderen, geeft de Verordening bepalingen over de rangschikking van de door onlinezoekmachines gegenereerde zoekresultaten en algoritmes. Dat zoekmachines deze rangschikking beïnvloeden, bleek bijvoorbeeld uit de zaak tegen Google waarin de zoekmachine werd beboet omdat zij bij de zoekresultaten haar eigen prijsvergelijkingsdienst een prominente plek gaf terwijl de concurrenten onderaan werden geplaatst.¹³⁰

Onlinetussenhandeldienstverleners moeten in hun algemene voorwaarden de belangrijkste parameters benoemen waarmee de rangschikking wordt bepaald (art. 5 lid 1 Platformverordening).¹³¹ Als tegen betaling via de belangrijkste parameters de rangschikking beïnvloed kan worden, moet de aanbieder die mogelijkheid en de gevolgen weergeven (art. 5 lid 3 Platformverordening).¹³²

Daarnaast verplicht de Verordening de grote onlinetussenhandeldienstverleners tot het opzetten van een intern systeem voor klachtenafhandeling (art. 11

123 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandeldiensten (*PbEU* 2019, L 186) (hierna: Platformverordening, of: Vo. (EU) 2019/1150). Zie overwegingen 6 en 7 van de considerans bij de Verordening. De Verordening past binnen de langetermijnplannen van de Europese Commissie om een digitale eengemaakte markt te bevorderen. Zie Mededeling van de Europese Commissie, Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa (COM 2015, 192).

124 Art. 19 lid 2 Platformverordening.

125 Zie voor een uitgebreidere bespreking L.E. Felderhof & M.P.C. Rozenbroek, 'Een gelijk speelveld in de online platformeconomie?', *NTER* 2019, afl. 5-6, p. 146, en J.W. Rutgers, 'Kroniek van het Europees privaatrecht', *NJB* 2022/956.

126 Specifiek in franchiseovereenkomsten heeft transparantie recent wel een prominentere rol gekregen. Sinds 1 januari 2021 geldt de Wet franchise die is neergelegd in Titel 7.16 BW (art. 7:911-922 BW). Zie bijv. art. 7:916 BW, waar verschillende informatieplichten zijn opgenomen voor de franchisegever om zo bescherming te bieden aan de franchisenemer, die in deze relatie een professionele maar (vaak) zwakkere partij is. Hierover uitgebreider *Kamerstukken II* 2019/20, 35392, nr. 3.

127 Onder bijzondere omstandigheden kan van deze consumentenbeschermende bepalingen reflexwerking uitgaan naar kleine professionele partijen zie J.H.M. Spanjaard, 'Online tussenhandelaren: transparantie en eerlijkheid als geboden', *Contracteren* 2021/1, p. 6-7.

128 Spanjaard 2021, p. 9.

129 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*). Zie over opzegging uitgebreider Spanjaard 2021, p. 8-10.

130 Press release, 'Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service', 27 juni 2017. Beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784 (laatst geraadpleegd op 15 maart 2022).

131 Vgl. het in paragraaf 4.1.3 besproken art. 4 lid 5 Richtlijn modernisering consumentenbescherming.

132 Zie hierover uitgebreider V.I. Daskalova, 'Oneerlijke platform-to-business-handelspraktijken: oude kwesties, nieuwe regelgeving', *SEW* 2020/12, p. 492-494.

Platformverordening) en voor buitengerechtelijke geschilbeslechting (art. 12 Platformverordening) in de relatie met zakelijke gebruikers.

Ter bevordering van de interne online markt stelt de Verordening dus verdergaande verplichtingen aan aanbieders van onlinetussenhandeldiensten dan het Nederlands BW.

4.2.2 Richtlijn (EU) 2019/633

Naast de Platformverordening heeft de Uniewetgever in de afgelopen jaren nog meer regelgeving gemaakt om de kleinere zakelijke partij te beschermen. Specifiek voor de landbouwbranche is Richtlijn (EU) 2019/633 tot stand gekomen.¹³³ In de kern speelt dezelfde problematiek als in de 'platform-to-business'-relaties.

Boeren, en andere producenten van landbouwproducten, zijn vaak sterk afhankelijk van hun afnemers. Deze afnemers, zoals supermarkten, hebben binnen de keten een grote onderhandelingsmacht en machtspositie ten opzichte van de producenten van landbouwproducten. Dit kan leiden tot oneerlijke handelspraktijken zoals onduidelijke voorwaarden,¹³⁴ laattijdige betalingen,¹³⁵ het schrappen van producten uit het assortiment, het verlagen van de hoeveelheid bestelde producten of beëindiging van marketing of promotieacties.¹³⁶ Richtlijn (EU) 2019/633 beoogt een einde te maken aan deze oneerlijke handelspraktijken en de positie van de boer te versterken.¹³⁷ Of de Richtlijn van toepassing is hangt af van de verhouding tussen de omzet van producent en leverancier.¹³⁸ Op 1 november 2021 is de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen in werking getreden, die Richtlijn (EU) 2019/633 implementeert.¹³⁹

Het zwaartepunt van de Richtlijn is gelegen in twee lijsten met absolute en relatieve verboden. In art. 2 Richtlijn (EU) 2019/633 zijn de gedragingen opgesomd die steeds verboden zijn voor de afnemer. Dat geldt bijvoorbeeld voor het

annuleren van bestellingen van bederfelijke producten op onredelijk korte termijn, het eenzijdig wijzigen van de voorwaarden of het verlangen van betalingen die geen verband houden met de verkoop van producten. Ook verbiedt deze 'zwarte lijst' een hantering van een betalingstermijn van meer dan dertig dagen na levering voor bederfelijke producten. Voor niet bederfelijke producten is een betalingsstermijn van meer dan zestig dagen verboden (art. 2 Richtlijn (EU) 2019/633 en art. 2 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen).¹⁴⁰

In art. 3 lid 2 Richtlijn (EU) 2019/633 (art. 3 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen) is een 'grijze lijst' opgenomen met praktijken die verboden zijn tenzij deze eerder 'op duidelijke en ondubbelzinnige wijze' zijn overeengekomen tussen leverancier en afnemer. Dit geldt bijvoorbeeld voor het zonder betaling retourneren van onverkochte producten aan de leverancier of als de leverancier wordt geacht te betalen voor het maken van reclame voor of de marketing van producten door de afnemer.

De Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen sluit ook voor het overige nauw aan bij Richtlijn (EU) 2019/633. In art. 6 van de Wet wordt een ADR-instantie ingesteld, een mogelijkheid dit de Richtlijn in art. 8 optioneel acht. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) wordt in art. 7 aangewezen als handhavingsautoriteit (conform art. 4 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/633).

4.3 Implementatiebeleid

Wat opvalt in de implementatiewetgeving van de hierboven besproken richtlijnen is dat de Nederlandse wetgever strikt vasthoudt aan zijn Aanwijzingen voor de regelgeving van het Kenniscentrum voor beleid en regelgeving (een onderdeel van het ministerie van Justitie en Veiligheid).¹⁴¹ Daarin is bepaald dat bij implementatie geen andere regels worden opgenomen dan die voor de implementatie strikt noodzakelijk zijn.¹⁴² De wetgever streeft daarmee 'zuivere implementatie' na. Het doel om tijdig te implementeren dwingt daartoe. Ook speelt de Wet raadgevend referendum een rol bij deze afweging. In art. 5, onderdeel e, van die wet is bepaald dat geen referendum kan worden gehouden over wetten die uitsluitend strekken tot uitvoering van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Implementatie wordt daarom niet meegenomen in bredere

133 Richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111) (hierna: Richtlijn (EU) 2019/633).

134 Overweging 16, 17 en 26 van de considerans bij Richtlijn (EU) 2019/633.

135 Overweging 17 van de considerans bij Richtlijn (EU) 2019/633.

136 Overweging 25 van de considerans bij Richtlijn (EU) 2019/633.

137 Al langer bestaat Verordening 1308/2013 die nadere eisen stelt overeenkomsten in de agrarische sector, zij het beperkt tot enkele specifieke gevallen. Voluit: Verordening (EU) Nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad (*PbEU* 2013, L 347). Zie hierover W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht- over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen van de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Paris 2021, p. 153.

138 De Richtlijn geeft in art. 1 meerdere omzetcategorieën.

139 Voluit: Wet van 3 maart 2021, houdende regels strekkende tot implementatie van Richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111/59) (Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen), *Stb.* 2021,178.

140 Deze termijnen zijn strenger dan de huidige bepalingen voor wettelijke rente uit art. 6:119a lid 5 en 6 BW. Dat artikel neemt 60 dagen als maximale termijn tenzij partijen een langere termijn overeenkomen. In de Nederlandse praktijk leidde dat tot een standaard 60-dagentermijn, zie Van Boom 2021, p. 158. Inmiddels heeft een wetswijziging plaatsgevonden die de betaaltermijn van 60 dagen wijzigt in 30 dagen. Dit is neergelegd in de Wet tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verkorten van de wettelijke betaaltermijn tot 30 dagen, *Stb.* 2022, 146. De inwerkingtreding vindt plaats op 1 juli 2022 (*Stb.* 2022, 175).

141 Zie ten aanzien van de Implementatiewet Richtlijn modernisering consumentenbescherming: *Kamerstukken II* 2021/22, 35940, nr. 3, p. 5. En ten aanzien van de Implementatiewet Richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud: *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9, p. 15 en de tabellen op p. 60-71.

142 Aanwijzing 9.4 Aanwijzingen voor de regelgeving.

herziening van de betreffende regelgeving, en extra nationaal beleid wordt daarom ook niet meegenomen.¹⁴³

5. Doorwerking van het Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen

De doorwerking van het Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen is een omstreden onderwerp. In de literatuur bestaat de gedachte dat art. 51 lid 1 Handvest aan directe horizontale werking in de weg staat.¹⁴⁴ Dit artikel bepaalt dat de bepalingen van het Handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie, en tot de lidstaten. Hieruit werd door sommige auteurs afgeleid dat de bepalingen van het Handvest onmogelijk in horizontale verhoudingen konden worden ingeroepen. In het arrest *Egenberger* heeft het Hof echter bevestigd dat het mogelijk is een bepaling van nationaal recht in een privaatrechtelijke rechtsverhouding aan art. 21 lid 1 Handvest te toetsen.¹⁴⁵ Deze rechtspraak heeft de weg geplaveid voor verdere discussie over de directe horizontale werking van het Handvest. De arresten *Bauer* en *Cresco* zijn daarvan het voorlopig sluitstuk.¹⁴⁶

In het arrest *Bauer* ging het om een weduwe die uitbetaling vorderde van de niet opgenomen vakantiedagen van haar overleden echtgenoot. Art. 7 lid 4 Bundesurlaubsgesetz bepaalde dat de weduwe geen recht had op uitbetaling. Deze Duitse regel was in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn.¹⁴⁷ De weduwe kon in deze casus echter geen beroep doen op de Richtlijn, aangezien deze geen directe horizontale werking heeft. Niettemin kan de weduwe in deze casus volgens het Hof wél een beroep doen op art. 31 lid 2 Handvest, waardoor art. 7 lid 4 Bundesurlaubsgesetz buiten toepassing moet blijven, en de weduwe aan die bepaling van het Handvest het recht op vergoeding ontleent dat zij rechtstreeks tegen de werkgever van haar echtgenoot kan inroepen.¹⁴⁸ De Handvestbepaling heeft daarmee directe horizontale werking. Zij kan direct en zelfstandig invulling geven aan de horizontale rechtsverhouding, in die zin dat zij een recht op financiële vergoeding voor de werknemer (en zijn erfgenamen) in het leven roept en een daarmee corresponderende verplichting tot betaling op de werkgever legt.

Ook in het arrest *Cresco* stond de directe horizontale werking van een bepaling van het Handvest centraal. Ditmaal

ging het om art. 21 lid 1 Handvest. Een werknemer verrichte arbeid op Goede Vrijdag. Art. 7 lid 1 van het Oostenrijkse Arbeitsruhegesetz bepaalde dat uitsluitend leden van vier in de wet genoemde kerken recht hadden op een vrije dag met behoud van loon, en het recht op een toeslag als zij toch werk verrichtten op Goede Vrijdag. De werknemer in deze zaak, was geen lid van deze kerken. Het Hof van Justitie overweegt dat de Oostenrijkse wettelijke bepaling zich niet verdraagt met art. 21 lid 1 Handvest waarin het verbod van discriminatie op grond van godsdienst is opgenomen. Uit art. 21 lid 1 Handvest, vloeit volgens het Hof voor de werkgever de verplichting voort om ervoor zorg te dragen dat de werknemer een vrije dag krijgt, of een toeslag als hij wel werk verricht.¹⁴⁹

Particulieren kunnen art. 21 lid 1 en 31 lid 1 Handvest rechtstreeks inroepen voor de nationale rechter. De receptie van deze fundamentele rechtspraak voor het Nederlandse recht is in de literatuur onderzocht.¹⁵⁰ De rechtspraak inzake het discriminatieverbod heeft niet waarneembaar geleid tot inhoudelijke wijzigingen van wetgeving en rechtspraak. Sieburgh en Van de Moosdijk hebben daarvoor een verklaring proberen te vinden.¹⁵¹ Zij merken op dat dat in eerste instantie erdoor kan komen dat de Nederlandse wetgever Unierechtelijke bepalingen correct implementeert, door Unierechtconforme uitleg, of door toepassing van andere wetgeving die discriminatie verbiedt (zoals bijvoorbeeld de Algemene Wet Gelijke Behandeling, art. 1 Gw en art. 14 EVRM). Bovendien onderschrijven zij de mogelijkheid dat partijen uit eigen beweging verboden discriminatie kunnen voorkomen.

Art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn is in Nederland niet tijdig geïmplementeerd. Een werknemer liep daardoor vakantiedagen mis en sprak de Staat aan. De Hoge Raad oordeelde dat de niet tijdige implementatie een toerekenbare onrechtmatige daad van de Staat is, waardoor de Staat de schade van de werknemer diende te vergoeden.¹⁵² Uit het arrest *Bauer* blijkt dat deze werknemer ook zijn werkgever had kunnen aanspreken. De werkgever handelde weliswaar in overeenstemming met het destijds geldende nationale recht (art. 7:635 lid 4 (oud) BW). Die bepaling zou vervolgens op grond van art. 31 lid 2 Handvest buiten toepassing moeten worden gelaten (de werknemer kon zich immers niet direct op de Arbeidstijdenrichtlijn beroepen bij gebrek aan de

143 Dat leidt wel tot kritiek. Zie met betrekking tot de hier besproken implementatiewetgeving: *Kamerstukken I* 2021/22, 35734, B; *Kamerstukken II* 2021/22, 35734, nr. 10 (over art. 3 lid 5, aanhef en sub b Richtlijn consumentenkoop); en Advies Raad van State van 9 juni 2021, No.W18.21.0101/IV, raadvanstate.nl (over art. 3 lid 2 Richtlijn modernisering consumentenbescherming).

144 Zie daarover met verdere verwijzingen *Asser/Hartkamp 3-12019/231f-231g*.

145 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

146 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*); HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*).

147 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: Arbeidstijdenrichtlijn).

148 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), punt 91-92.

149 HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*), punt 89.

150 Zie *Asser/Hartkamp 3-12019/147*; C.H. Sieburgh, 'Non-discrimination Provisions in the TFEU', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe (red.), *Ius commune Casebooks for the Common Law of Europe. Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 221-278; C.H. Sieburgh, 'The Principle of Non-discrimination' in: Hartkamp, Sieburgh & Devroe 2017, p. 288-326; C.H. Sieburgh & M.M.C. van de Moosdijk, 'Bauer: het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is jarig en trakteert, ook in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen', in: J. Krommendijk, H.C.F.J.A. de Waele & K.M. Zwaan (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland. Een impact assessment (Bundel ter gelegenheid van het symposium op 6 december 2019 te Nijmegen) (Staat en Recht nr. 47)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 271-292.

151 Sieburgh & Van de Moosdijk 2019, p. 290-291.

152 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 (*Staat der Nederlanden/H.*).

directe horizontale werking ervan), én de werknemer zou aan het Handvest het recht op vergoeding ontlelen.

6. Afsluitende opmerkingen

Wij zien een niet aflatende nadruk op bescherming van consumentenrechten. Dat is terug te zien in bijvoorbeeld de uitdijende reikwijdte van de ambtshalve toetsing in onder meer het *Arvato*-arrest. Het blijkt ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin steeds kritischer eisen aan de bedingen in algemene voorwaarden lijken te worden gesteld, zoals bijvoorbeeld eisen van transparantie. De consumentenbescherming wordt in dit digitale tijdperk ook (terecht) steeds meer gericht op overeenkomsten die online worden gesloten met bijvoorbeeld de Richtlijn digitale inhoud en de nieuwe Richtlijn consumentenkoop. Ook in de toekomst is er op het digitale vlak invloedrijke regelgeving te verwachten zoals bijvoorbeeld de Digital Service Act.

Waar het Unierecht voorheen met name invloed had op het consumentenrecht, is nu de trend zichtbaar dat ook de kleine ondernemer beschermd wordt. Ook de bescherming van deze partijen draagt bij aan een versterking van de interne markt, zowel online (Platformverordening) als in een oude sector als de agrarische (Richtlijn (EU) 2019/633).

Tot slot een opmerking over duurzaamheid. De Uniewetgever heeft al geruime tijd het voornemen om de economie te verduurzamen zoals neergelegd in bijvoorbeeld de Green Deal. Tot een concrete invloed op het Nederlands contractenrecht heeft dat nog niet geleid. Maar ook dat is een ontwikkeling die we in de toekomst verwachten.