



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht (II)

Loos, M.B.M.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

DOI:
[10.5553/NtER/138241202018024708003](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202018024708003)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Loos, M. B. M. (2018). Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht (II). *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 24(7/8), 227-233.
<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202018024708003>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Oude wijn in nieuwe zakken? Modernisering van het Europese consumentenrecht (II)

Prof. dr. M.B.M. Loos*

In het eerste deel van dit artikel (zie NtEr 2018/afl. 6) ben ik ingegaan op het voorstel van de Europese Commissie voor een betere handhaving van de Europese regels voor consumentenbescherming en de modernisering van deze regels en de samenhang met de Mededeling van de Commissie ‘Een “new deal” voor consumenten’. In dit tweede deel zal ik nagaan of met de gedane voorstellen recht wordt gedaan aan de resultaten van de in 2017 uitgevoerde *fitness check*, die bedoeld was om te onderzoeken in hoeverre het consumenten-*acquis* nog voldoende is toegerust voor de bescherming van consumenten en handelaren in staat stelt om gebruik te maken van de interne markt.

- *Voorstel van 11 april 2018 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU, COM(2018)185 final.*
- *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité: ‘Een “new deal” voor consumenten’, Mededeling van 11 april 2018, COM(2018)183 final.*

Inleiding

In het eerste deel van deze bijdrage ben ik ingegaan op het voorstel van de Europese Commissie voor een betere handhaving van de Europese regels voor consumentenbescherming en de modernisering van deze regels en de samenhang met de Mededeling van de Commissie ‘Een “new deal” voor consumenten’. De Commissie gaf

daarbij drie zwaartepunten aan, die in elkaars verlengde liggen: modernisering van het consumenten-*acquis* en van het vullen van bestaande gaten daarin, verbetering van de mogelijkheden voor consumenten om compensatie te verkrijgen en verbetering van de handhaving van het consumentenrecht. Het meest verstrekkende voorstel betreft de invoering van een mogelijkheid voor het voeren van representatieve acties voor gevallen van massaschade. Dit richtlijnvoorstel is eerder in dit tijdschrift besproken¹ en wordt hier verder niet besproken. Wel is aandacht besteed aan de voorgestelde invoering van individuele remedies voor consumenten bij oneerlijke handelspraktijken. Op het terrein van de modernisering van het consumenten-*acquis* wordt in de Moderniseringsrichtlijn voorts voorgesteld het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten uit te breiden tot ‘gratis diensten’, waarbij consumenten hun persoonlijke gegevens aan de dienstverlener verstrekken, en wordt voorgesteld informatieplichten op te nemen voor online platforms over de contractuele relatie tussen de aanbieder van goederen of diensten en de consument die deze via het platform bestelt, maar worden geen regels gesteld aan de verdere verhouding tussen platform en consument. Daarnaast wordt voorgesteld om de bedenktijd bij goederen die buiten verkooppriimte of op afstand zijn besteld, maar die de consument heeft gebruikt in plaats van slechts heeft uitgeprobeerd, te laten vervallen. Het richtlijnvoorstel geeft echter niet aan hoe het onderscheid moet worden gemaakt tussen ‘uitproberen’ en ‘gebruiken’, terwijl de in de toelichting op het richtlijnvoorstel genoemde stelling dat de consument de gekochte zaak slechts mag uitproberen ‘zoals dat in een fysieke winkel zou zijn gebeurd’ weinig steun biedt in grensgevallen, zoals bij het testen of gebruiken van elektronica waarvoor eerst software moet worden geïnstalleerd voordat de consument ook maar iets met het apparaat kan doen. De laatste ‘grotere’ maatregel betreft de invoering van een uniform maximum voor de op te leg-

* Prof. dr. M.B.M. (Marco) Loos is als hoogleraar verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam.

1. B. van Hattum, ‘The New Consumer Deal. Een gamechanger op het gebied van de afwikkeling van massaclaims in Europa en specifiek Nederland als marktleider?’, *NtEr* 2018/3.

gen bestuurlijke boetes bij overtredingen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn prijsaanduiding en de Richtlijn consumentenrechten, waarmee in alle lidstaten hogere bestuurlijk boetes zullen kunnen worden opgelegd dan thans het geval is.

Aan de Mededeling van de Europese Commissie is, zoals in het eerste deel van deze bijdrage al is aangegeven, een uitgebreide *fitness check* van het consumenten-*acquis* voorafgegaan. In dit tweede deel ga ik in op de vraag of de Europese Commissie met de Mededeling en de twee richtlijnvoorstellen recht heeft gedaan aan de uitkomsten van deze *fitness check*. Is, indien de richtlijnvoorstellen (en de voorstellen tot herziening van de Richtlijn consumentenkoop en tot invoering van een Richtlijn digitale inhoud) het consumenten-*acquis* weer helemaal up-to-date? Geconstateerd kan worden dat de Europese Commissie op verschillende punten nadrukkelijk is aangesloten bij de resultaten van de *fitness check*. Op andere plaatsen is dat veel minder het geval. Ik bespreek de belangrijkste overeenkomsten en verschillen.

Horizontale regeling Europese consumentenrecht

Civic Consulting heeft aanbevolen om de bestaande Europese consumentenrechtelijke richtlijnen te vervangen door een overkoepelende Europese regeling van het consumentenrecht, waaraan (onderdelen van) andere richtlijnen als de Dienstenrichtlijn² en de Richtlijn elektronische handel³ zouden kunnen worden toegevoegd.⁴ Dat dit voorstel niet is gevolgd, is na de gedeeltelijke mislukking van de Richtlijn consumentenrecht (waar een eerste poging is gewaagd) en de intrekking van het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht door de Commissie-Juncker⁵ (waarmee in feite een tweede poging als mislukt werd beschouwd) niet verrassend.

Begrip consumentenovereenkomsten

In het Europese consumentenrecht wordt ervan uitgegaan dat de handelaar (die daartoe soms zelfs wordt aan-

geduid als ‘verkoper’)⁶ goederen en diensten aanbiedt aan een consument, en de consument daarvoor een prijs in geld betaald. Met de rol van tussenpersonen wordt tot op heden nauwelijks rekening gehouden. Die situatie is met de opkomst van online platforms achterhaald. In het rapport over het functioneren van de Richtlijn consumentenrechten wordt daarom aanbevolen deze richtlijn beter toe te rusten voor de handel via online platforms.⁷ In het eerste deel van deze bijdrage is al aangegeven dat in de Moderniseringsrichtlijn wordt voorgesteld om de Richtlijn consumentenrechten inderdaad op dit punt te wijzigen. Dat geldt ook voor de aanbevolen uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten tot ‘gratis’ diensten, zoals online diensten waarbij de handelaar de persoonlijke gegevens van de consument verkrijgt.⁸ Een expliciete uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke bedingen is echter achterwege gebleven, ofschoon over de toepasselijkheid van deze richtlijn op gratis online diensten in de praktijk onduidelijkheid bestaat.⁹

Ook de gedachte dat het altijd de handelaar is die de goederen of diensten aanbiedt aan de consument, in plaats van andersom, is niet (langer) juist: websites als ikwilvanmijnautoaf.nl maken hun bedrijf van het inkopen van auto's van particulieren (en het doorverkopen daarvan aan andere handelaren). Zij kunnen daarbij gebruikmaken van oneerlijke bedingen in de overeenkomsten, van oneerlijke handelspraktijken en consumenten niet of nauwelijks informeren over hun rechten en verplichtingen. Het is vaak onduidelijk of het Europese consumentenrecht op dergelijke overeenkomsten van toepassing is,¹⁰ hoewel de positie van consumenten bij dergelijke C2B-overeenkomsten in veel opzichten vergelijkbaar is met die bij B2C-overeenkomsten.¹¹ Hoewel geen consensus bestond bij *stakeholders* over de wenselijkheid van een expliciete uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn oneerlijke bedingen,¹² werd toch aanbevolen het toepassingsgebied van (in ieder geval) deze richtlijnen uit te breiden tot C2B-overeenkomsten.¹³ Daarmee zou ook de noodzaak tot specifieke regelgeving op bijzondere terreinen – zoals die inmid-

2. Richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* 2006, L 376/36.

3. Richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000, L 178/1, ook wel E-Commerce richtlijn genoemd.

4. Civic Consulting, Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law, Final report, Part 1 – Main report, 2017 (hierna: Civic Consulting Main report 2017), p. 297-299. Ik was met Willem van Boom (Leiden) en Esther van Schagen (toen Groningen, nu Utrecht) verantwoordelijk voor het Nederlandse landenrapport.

5. Commission Work Programme 2015, A New Start, Strasbourg, 16 december 2014, COM(2014) 910 final, Annex 2, punt 60.

6. Zie bijvoorbeeld art. 2 sub c Richtlijn oneerlijke bedingen en art. 1 sub c Richtlijn consumentenkoop.

7. RPA, CSES & EPRD, Study on the application of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU, Final Report, 2017 (hierna: RPA, CSES & ERPD 2017), p. 188.

8. RPA, CSES & ERPD 2017, p. 188.

9. Zie Civic Consulting Main report 2017, p. 230, 242-243.

10. In Civic Consulting Main report 2017, p. 198 en 265, wordt gesteld dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken niet van toepassing zou zijn. Anders in dit opzicht M.B.M. Loos, ‘Consumentenbescherming bij de consumentenverkoop van auto's (Privaatrecht Actueel)’, *WPNR* 2015/7062, p. 423-424, in welk artikel ik ook de richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing acht.

11. Civic Consulting Main report 2017, p. 210 en 266.

12. Zie Civic Consulting Main report 2017, p. 198-199 en 228 ten aanzien van de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en Civic Consulting Main report 2017, p. 210, 233 en 273 ten aanzien van de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke bedingen.

13. Civic Consulting Main report 2017, p. 265.

dels in sommige landen tot stand is gekomen – komen te vervallen.¹⁴ De aanbeveling is echter niet door de Europese Commissie overgenomen.

Handhaving

In het eerste deel van deze bijdrage ben ik al ingegaan op het voornemen om de boetemaxima voor overtreding van de bepalingen van de Europese consumentenrechtelijke richtlijnen te verhogen. Dat voornemen is in lijn met de aanbevelingen uit de *fitness check*. Daar is opgemerkt dat toezichthouders over voldoende middelen en instrumenten moeten beschikken om handhaving van de Richtlijn consumentenrechten te verzekeren; in dat kader zou de maximaal op te leggen bestuurlijke boete voor inbreuken op het consumentenrecht op een dusdanig hoog niveau moeten worden gesteld dat de boete als een afschrikwekkend middel kan functioneren tegen dergelijke inbreuken,¹⁵ terwijl in de meeste lidstaten de maximale boete betrekkelijk laag is, tenzij kan worden bewezen dat de inbreuk heeft geleid tot versterking van de markt.¹⁶ Diverse geïnterviewde *stakeholders*, waaronder ook toezichthouders, stelden dat de op te leggen boetes te laag zijn, waardoor deze onvoldoende afschrikwekkend zouden zijn.¹⁷ Opmerkelijk is wel dat de wijziging van de boetemaxima wordt neergelegd in de consumentenrechtelijke richtlijnen zelf, terwijl in de *fitness check* juist was aanbevolen om de huidige handhavingbepalingen uit de afzonderlijke richtlijnen¹⁸ te verwijderen en deze op te nemen in (de opvolger van) de *Injunctions*-richtlijn.¹⁹

Er bestaat overigens geen empirisch bewijs dat de hoogte van de boetes (of de verschillen in boetes tussen de verschillende lidstaten) gevolgen heeft voor de naleving van de richtlijn door handelaren²⁰ – de gebrekkige naleving lijkt eerder het gevolg van onbekendheid met de regels.²¹ In dat verband is het ook niet vreemd dat wordt aanbevolen om zowel bij (detail) handelaren²² als consumenten²³ de kennis van het Europese consumentenrecht te verbeteren. In het eerste deel van deze bijdrage heb ik al aangegeven welke maatregelen de Europese Commissie op dit punt wil nemen.

Mijns inziens betreurenswaardig is dat de aanbeveling om maatregelen te nemen om het risico van een proceskostenveroordeling voor consumentenorganisaties en

toezichthouders te verminderen,²⁴ niet is gevolgd. Civic Consulting merkte in dit verband op dat daarmee een belangrijke belemmering om een grensoverschrijdende vordering in te stellen, zou kunnen worden weggenomen. Het schrappen van de proceskostenveroordeling zou bovendien passen bij de gedachte dat de toezichthouders en consumentenorganisaties die gebruikmaken van hun rechten onder de *Injunctions*-richtlijn daarbij een algemeen belang dienen.²⁵ Het niet opvolgen van deze aanbeveling betekent dat de collectieve actie-procedure een betrekkelijk bot instrument blijft.²⁶ Daarbij past helaas dat consumentenorganisaties niet expliciet de bevoegdheid krijgen een verbodsactie in te stellen tegen bedingen in algemene voorwaarden die niet aan het transparantievereiste voldoen maar (mogelijk) niet oneerlijk zijn.²⁷

Een andere manier om het gebruik van collectieve actie-procedures te stimuleren, is het verbinden van gevolgen in individuele procedures aan de uitkomst van een collectieve actie-procedure. Het Hof van Justitie heeft inmiddels duidelijk gemaakt dat een beding dat in een collectieve actie-procedure als oneerlijk is aangemerkt, in iedere daaropvolgende individuele procedure met dezelfde gebruiker van algemene voorwaarden eveneens als oneerlijk moet worden aangemerkt en buiten toepassing moet worden gelaten,²⁸ ongeacht of de overeenkomst voor of na de datum van de uitspraak in de collectieve actie-procedure was gesloten.²⁹ De verplichting tot ambtshalve toetsing³⁰ brengt voorts mee dat de rechter hiertoe ook zal moeten overgaan als de consument dit niet heeft opgebracht in een procedure. In het rapport van Civic Consulting wordt aanbevolen om rechters ook op andere terreinen te verplichten in individuele procedures ambtshalve de uitkomst van een collectieve actieprocedure over de schending van het Europese consumentenrecht te betrekken bij hun oordeel, en zou de verjaring van een individuele vordering moeten worden geschorst of gestuit door een collectieve actie-procedure die hiervoor relevant is.³¹ Andere handelaren dan de gedaagde handelaar zouden onder

14. Civic Consulting Main report 2017, p. 210, 233 en 273.

15. RPA, CSES & ERPD 2017, p. 188.

16. RPA, CSES & ERPD 2017, p. 44.

17. RPA, CSES & ERPD 2017, p. 44.

18. Zie bijvoorbeeld art. 11 lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, art. 7 Richtlijn oneerlijke bedingen en art. 23 Richtlijn consumentenrechten.

19. Civic Consulting Main report 2017, p. 190 en 284.

20. RPA, CSES & ERPD 2017, p. 44-45.

21. RPA, CSES & ERPD 2017, p. 44-45.

22. Civic Consulting, Consumer Market Study to support the Fitness Check of EU consumer and marketing law, Final Report, 2017 (hierna: Civic Consulting Consumer Market Study 2017), p. 100; RPA, CSES & ERPD 2017, p. 188.

23. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 98; RPA, CSES & ERPD 2017, p. 188.

24. Civic Consulting Main report 2017, p. 285.

25. Civic Consulting Main report 2017, p. 285.

26. Tekenend hiervoor is dat wanneer op rechtsorde.nl wordt gezocht op jurisprudentie met als zoekterm '6:240' (art. 6:240 BW is de centrale bepaling voor de collectieve actie-procedure op het terrein van de algemene voorwaarden), het aantal treffers beperkt is tot 64, inclusief zaken met meerdere vindplaatsen en zaken waarin hoger beroep en cassatie is aangekend. Wanneer op rechtsorde.nl gezocht wordt naar treffers op zoekterm '3:305a BW' (de algemene bepaling voor collectieve actie-procedures), beperkt tot geannoteerde uitspraken, gaat het in totaal om 378 treffers – waarvan het leeuwendeel overigens de periode van 2010 tot heden betreft). Ook hier is het aantal treffers wat vertekend omdat veel uitspraken in meerdere tijdschriften zijn geannoteerd.

27. Civic Consulting Main report 2017, p. 276-277.

28. HvJ 26 april 2012, zaak C-472/10, *Invitel*, ECLI:EU:C:2012:242, NJ 2012/404, punten 38 en 43.

29. Daarmee gaat het Europese recht op dit punt verder dan art. 6:243 BW, dat dit alleen voor posterieure overeenkomsten bepaalt. Richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 onder a BW zal echter tot het door de richtlijn vereiste resultaat leiden.

30. Zie onder meer HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Pannon*, ECLI:EU:C:2009:350, punt 28.

31. Civic Consulting Main report 2017, p. 288.

bepaalde voorwaarden zelfs gebonden zijn aan de beslissing in de collectieve actie-procedure.³² Deze aanbeveling is in geen van beide richtlijnvoorstellen terug te vinden.

Informatieplichten

Een van de belangrijkste aanbevelingen uit de verschillende *fitness check*-rapporten betreft de aanbeveling om de uit de diverse Europese richtlijnen voortvloeiende precontractuele en contractuele informatieplichten te stroomlijnen.³³ Daarbij is in het bijzonder aanbevolen om de bepalingen van de richtlijn prijsaanduiding op te nemen in een herziene Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (of in een algemener instrument).³⁴ Ten einde een *information overload* te voorkomen – waardoor consumenten mogelijk juist helemaal geen informatie meer tot zich nemen – dient gebruik te worden gemaakt van de resultaten van *behavioural studies* om te bepalen welke informatie in welk stadium van de transactie moet worden verstrekt en in hoeverre het mogelijk is om de informatie over de belangrijke eigenschappen van een goed of dienst op gestandaardiseerde wijze aan te bieden.³⁵ Ook werd aanbevolen te voorzien in een consumentvriendelijkere en gestandaardiseerde wijze van het presenteren van de informatie (via een vast format). Daardoor zou de verstrekking van informatie bijdragen aan een betere besluitvorming door consumenten.³⁶ In het bijzonder bij de aanschaf van digitale inhoud, waar informatie over de functionaliteit en interoperabiliteit van de digitale inhoud belangrijk is, kan een vaste wijze van labelling van deze informatie ('alleen voor X-box', 'vereist Windows 10') nuttig zijn.³⁷ Alleen ter zake van de fasering van de informatieverstrekking is iets in de moderniseringsrichtlijn terechtgekomen: in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zal de verplichting worden geschrapt om al bij de 'uitnodiging tot aankoop' in de reclamefase informatie te verstrekken over de klachtenbehandeling van de handelaar.³⁸ Het lijkt aannemelijk dat de gemiddelde consument in die fase van het contracteerproces ook weinig behoefte zal hebben aan informatie over de behandeling van mogelijke klachten: als de consument op dat moment aan de mogelijkheid van wanprestatie denkt, zal hij vermoedelijk überhaupt niet met die ondernemer in zee gaan. Alle andere aanbevelingen met betrekking tot stroomlijning en presentatie van informatie is echter genegeerd. Dat is, wat mij betreft, opmerkelijk te noemen. Voor zover het argu-

ment tegen uniformering zou zijn dat dit 'te ingewikkeld' is (zoals in de wandelgangen wel wordt gesuggereerd) ondersteunt dit juist de stelling van de handelaren dat het Europese consumentenrecht op dit punt is doorgeschoten – als het voor de Commissie te ingewikkeld is geworden om de informatieplichten te uniformeren, dan kan toch van handelaren moeilijk worden verwacht dat die begrijpen welke informatie op welk moment moet worden verstrekt, in het bijzonder wanneer verschillende richtlijnen voor (ongeveer) dezelfde informatie verschillende tijdstippen hanteren. Een stap terug zetten – opnieuw nadenken over de vraag welke informatie consumenten op welk moment nu *echt* nodig hebben om besluiten te kunnen nemen – lijkt in dit geval wenselijk.

Oneerlijke bedingen

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat ook uit de Richtlijn oneerlijke bedingen een informatieplicht voortvloeit: de consument moet vóór contractsluiting kennis kunnen nemen van de algemene voorwaarden, zodat zij de economische consequenties van de daarin opgenomen bedingen kan overzien en op basis daarvan een geïnformeerde beslissing kan nemen over het wel of niet contracteren met de handelaar.³⁹ De aanbeveling om deze rechtspraak te codificeren,⁴⁰ is echter niet gevolgd. Dat geldt ook voor de aanbeveling tot codificatie van de rechtspraak over kernbedingen, de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding en het feit dat de enkele schending van het transparantievereiste al kan leiden tot het oordeel dat een beding oneerlijk is.⁴¹

Een andere aanbeveling hield in dat handelaren verplicht zouden moeten worden om de belangrijkste bepalingen in algemene voorwaarden afzonderlijk en op een duidelijke manier te presenteren.⁴² Uit het onderzoek van Civic Consulting bleek dat een dergelijke 'samenvatting' van de algemene voorwaarden beter wordt gelezen dan de gebruikelijke lange set van bedingen.⁴³ Bovendien bleken consumenten die een dergelijke 'samenvatting' lazen, beter in staat onderscheid te maken tussen eerlijke en oneerlijke bedingen in de algemene voorwaarden dan consumenten die de langere set

32. Civic Consulting Main report 2017, p. 288.

33. Civic Consulting Main report 2017, p. 268 en 296; in deze zin ook RPA, CSES & ERPD 2017, p. 187.

34. Civic Consulting Main report 2017, p. 268.

35. Civic Consulting Main report 2017, p. 268.

36. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 99.

37. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 101.

38. Vgl. art. 7 lid 4 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de voorgestelde wijziging van deze bepaling in art. 1 onder (3) Moderniseringsrichtlijn; vgl. ook overwegingen (29-30) in de preambule van de Moderniseringsrichtlijn

39. HvJ 30 april 2014, zaak C-26/13, *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, punten 69-72; HvJ 26 februari 2015, zaak C-143/13, *Matei*, ECLI:EU:C:2015:127, punten 73-74; HvJ 23 april 2015, zaak C-96/14, *Van Hove*, ECLI:EU:C:2015:262, punt 33; HvJ 20 september 2017, zaak C-186/16, *Andriciuc*, ECLI:EU:C:2017:703, punt 44. Naar Nederlands recht volgt uit de art. 6:233 sub b en 6:234 BW een informatieplicht.

40. Civic Consulting Main report 2017, p. 276.

41. Civic Consulting Main report 2017, p. 274-2786.

42. Civic Consulting Main report 2017, p. 283-284; in deze zin ook M. Elshout, M. Elsen, J. Leenheer, M. Loos en J. Luzak, *Study on consumers' attitudes towards terms and conditions (T&Cs)*, Final report 2016, p. 97, te downloaden via https://ec.europa.eu/info/publications/consumers-attitudes-terms-and-conditions-tcs_en (laatstelijk gecontroleerd op 31 mei 2018).

43. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 53.

van bedingen onder ogen hadden gekregen.⁴⁴ Gebruikmaking van een kortere, op gestandaardiseerde wijze gepresenteerde set algemene voorwaarden leidde dus tot een beter begrip van de inhoud van de bedingen, vermoedelijk omdat anders meer verborgen blijvende bedingen op deze wijze wel voldoende opvallen.⁴⁵ Ook daarmee zou meer recht worden gedaan aan de strekking van de rechtspraak van het Hof van Justitie over de mogelijkheid voor consumenten om de economische gevolgen van een beding te overzien. Helaas is ook deze aanbeveling niet gevolgd.

Datzelfde geldt voor de aanbeveling dat individueel onderhandelde bedingen onder het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke bedingen zouden moeten vallen.⁴⁶ Dat zou het voordeel hebben gehad dat een praktisch probleem bij de toepassing van de richtlijn oneerlijke bedingen zou worden opgelost, te weten de vraag wanneer sprake is van een (niet onder de inhoudscontrole vallend) individueel beding dan wel van een daar wel onder vallende algemene voorwaarde. Dat werd met name van belang geacht gelet op de mogelijkheid van schijnonderhandelingen.⁴⁷

Van meer fundamentele aard was de aanbeveling om de indicatieve lijst van mogelijk oneerlijke bedingen te vervangen door een zwarte en/of grijze lijst van bedingen die steeds of vermoedelijk als oneerlijk moeten worden beschouwd, of eventueel door een grijze lijst met bedingen die worden vermoed oneerlijk te zijn, en aan de lidstaten de mogelijkheid te bieden voor nationale aanvullingen. Voor de bepaling van de bedingen die op een dergelijke lijst zouden kunnen worden geplaatst, zou kunnen worden geput uit de bestaande indicatieve en nationale lijsten, waarbij rekening kan worden gehouden met de volgende factoren:

1. het beding is in hoge mate onevenwichtig (het beding biedt geen voordeel voor consumenten);
2. het belang van de handelaar om het beding te kunnen gebruiken, is duidelijk en significant minder groot dan het belang van de consument om er niet mee geconfronteerd te worden (deze factor zou aansluiten bij het verbod van misbruik van recht);
3. plaatsing van het beding op de lijst moet leiden tot een aanzienlijke vereenvoudiging van de beoordeling van het beding (wat betekent dat de zwarte lijst niet zelf open normen zou moeten bevatten).⁴⁸

Ook deze aanbeveling is niet gevolgd.

Datzelfde geldt voor de aanbeveling om in de richtlijn uitdrukkelijk te bepalen hoe deze zich verhoudt tot sectorspecifieke regelgeving,⁴⁹ op soortgelijke wijze als waarop dit in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten is geregeld.⁵⁰ Met

de toevoeging van een dergelijke (niet-inhoudelijke) bepaling zou voorkomen moeten worden dat de toezichthouders die bevoegd zijn tot handhaving van de richtlijn in een gereguleerde sector, over het hoofd zien dat naast de sectorspecifieke regelgeving ook de Richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing is.⁵¹ Dat ook in Nederland op dit punt onduidelijkheid zou kunnen bestaan, zou kunnen blijken uit het gegeven dat een zoekopdracht op de website van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op de zoektermen 'oneerlijk beding' en 'onredelijk bezwarend' geen enkele treffer oplevert, ofschoon er talloze gerechtelijke procedure zijn over mogelijk onredelijke bezwarende bedingen in financiële overeenkomsten, zoals in het kader van de woekerpolis-affaire en de aandelenleaseaffaire. De AFM heeft, voor zover ik kan nagaan, dan ook tot op heden geen bindende aanwijzing, bestuurlijke boete of last onder dwangsom opgelegd vanwege het opnemen door een financiële handelaar van een oneerlijk beding in de algemene voorwaarden.⁵² Daarbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat de AFM alleen bevoegd is in geval van intracommunautaire inbreuken.⁵³

Onerlijke handelspraktijken

In het eerste deel van deze bijdrage heb ik al aangegeven dat de Moderniseringsrichtlijn slechts op kleine punten voorziet in een wijziging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In de aanbevelingen naar aanleiding van de *fitness check* werd geadviseerd de richtlijn veel sterker te herzien. Zo werd aanbevolen de zwarte lijst ingrijpend te herzien: enerzijds werd voorgesteld om nieuwe handelspraktijken toe te voegen aan de bestaande lijst met verboden handelspraktijken,⁵⁴ terwijl anderzijds handelspraktijken die toch een beoordeling in concreto van het oneerlijke karakter vergen omdat gebruik wordt gemaakt van een open norm, daarvan zouden moeten worden verwijderd.⁵⁵ Zo is sprake van een misleidende handelspraktijk als een handelaar op bedrieglijke wijze beweert of *de indruk* wekt dat de handelaar niet optreedt ten behoeve van zijn handel, bedrijf, ambacht of beroep,⁵⁶ en van een agressieve handelspraktijk indien de handelaar de consument *de indruk* geeft dat deze het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld.⁵⁷ Of die indruk bij de consument is gewekt, lijkt in ieder geval ten dele een casuïstische beoordeling te vergen, zelfs indien wordt uitgegaan van de gemiddelde consument. Daarmee verliest de zwarte lijst echter

44. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 54.

45. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 99.

46. Civic Consulting Main report 2017, p. 273-274.

47. Civic Consulting Main report 2017, p. 85-87.

48. Civic Consulting Main report 2017, p. 279-281, met voorbeelden ontleend aan de indicatieve lijst die illustreren hoe deze factoren zouden uitwerken bij de vaststelling van een zwarte (of grijze) lijst.

49. Civic Consulting Main report 2017, p. 186.

50. Zie art. 3 lid 2 en 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en art. 3 lid 2 Richtlijn consumentenrechten.

51. Civic Consulting Main report 2017, p. 181 en 183.

52. Een zoekopdracht op de website van de AFM op de zoektermen 'oneerlijk beding' en 'onredelijk bezwarend' levert dan ook geen treffer op.

53. Zie art. 3.1 jo. 8.3 jo. bijlage a Wet handhaving consumentenbescherming.

54. Civic Consulting Main report 2017, p. 268-269 en 292.

55. Civic Consulting Main report 2017, p. 252.

56. Bijlage I bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken onder 22, art. 6:193g sub v BW.

57. Bijlage I bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken onder 24, art. 6:193i sub a BW.

een deel van haar waarde. Bovendien zou een mechanisme moeten worden ingevoerd op grond waarvan de zwarte lijst op eenvoudige manier kan worden aangepast, bijvoorbeeld aan de hand van gedelegeerde of implementerende regelgeving.⁵⁸

Om de bescherming van zwakkere consumenten te verbeteren wordt aanbevolen de norm van de ‘gemiddelde consument’ aan te vullen met de norm van een ‘targeted average consumer’. Daarbij zou kunnen worden bepaald dat het voor de toepasselijkheid van dit criterium voldoende is dat een bepaalde handelspraktijk vermoed kan worden om een specifieke groep consumenten te raken, zonder dat hoeft te worden bewezen dat de handelspraktijk ook specifiek gericht was op die groep.⁵⁹ Daarnaast dient de opsomming van factoren die kan leiden tot kwetsbaarheid van een consument te worden uitgebreid met externe omstandigheden als werkloosheid, een bovenmatige schuldenpositie en marktomstandigheden, en dient duidelijk te worden gemaakt dat de kwetsbare positie ook van tijdelijke aard kan zijn.⁶⁰ Ook deze aanbeveling is echter niet overgenomen.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bevat op dit moment geen bepaling op grond waarvan de lidstaten verplicht zijn om consumenten die het slachtoffer zijn geworden van een oneerlijke handelspraktijk, een individuele remedie te geven. Dit betekent dat in lidstaten waar geen afzonderlijke remedie aan consumenten is toegekend,⁶¹ de gedupeerde consument een beroep moet doen op algemene leerstukken als schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad, of vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling of misbruik van omstandigheden. Uit een experiment met *mystery shopping* bleek bovendien dat handelaren die gebruikmaken van misleidende handelspraktijken, zelf niet inzien dat zij een oneerlijke handelspraktijk hebben begaan en (dus) uit zichzelf ook niet genegen zullen zijn om consumenten tegemoet te komen wanneer die klagen over het oneerlijke karakter van bijvoorbeeld een advertentie.⁶² Aanbevolen werd daarom om bij de herziening van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken te bepalen dat de lidstaten verplicht zijn om te voorzien in individuele remedies,⁶³ maar om niet te bepalen welke remedies de consument dient te krijgen: volledige harmonisatie op dit punt zou kunnen worden gezien als een te grote inbreuk op het nationale contractenrecht, zodat de keuze voor een dergelijke maatregeling politiek moeilijk haalbaar lijkt en zou kunnen leiden tot incoherentie in de nationale rechtsstelsels of tot een stortvloed aan mogelijk onterechte claims tegen ondernemingen.⁶⁴ In het

eerste deel van deze bijdrage is al duidelijk gemaakt dat deze aanbeveling is gevolgd: lidstaten zullen consumenten ten minste de mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst en tot het vorderen van schadevergoeding moeten bieden, maar andere sancties kunnen ook worden geboden.

Conclusie

Wanneer de moderniseringsrichtlijn wordt afgezet tegen de aanbevelingen die volgen uit de *fitness check*, valt vooral het grote aantal aanbevelingen op dat niet is opgevolgd door de Europese Commissie. Daarvoor kunnen goede argumenten bestaan – zo is denkbaar dat uit andere bronnen die de Commissie gebruikt ter voorbereiding van nieuwe regelgeving, zoals publieke consultaties en *impact assessments*, andere prioriteiten volgen –, maar opmerkelijk is het wel, zeker als wordt gezien welke aanbevelingen niet zijn opgevolgd. Bij een meer abstracte beschouwing van de aanbevelingen van Civic Consulting blijkt het dan vooral te gaan om aanbevelingen waarmee de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie zou worden gecodificeerd⁶⁵ en om aanbevelingen waarmee de bescherming van de consument zou worden uitgebreid of versterkt. Bij het laatste gaat het dan onder meer om de invoering van een zwarte of grijze lijst van oneerlijke bedingen, de uitbreiding van de zwarte lijst van oneerlijke handelspraktijken, de invoering van de verplichting voor handelaren om een samenvatting van de belangrijkste bepalingen uit de algemene voorwaarden ter beschikking van consumenten te stellen, en de invoering van een vast format voor de informatie die aan consumenten moet worden verstrekt. Voor alle *stakeholders* teleurstellend is het uitblijven van een stroomlijning van de informatie die op basis van de verschillende richtlijnen moet worden verstrekt: uniformering zou de hanteerbaarheid van de informatieverplichtingen ten goede komen en de *information overload* voor consumenten doen verminderen.

Het vervallen van de bedenktijd voor op afstand of buiten verkoopprijsruimte gekochte goederen die door de consument niet slechts uitgeprobeerd, maar gebruikt zijn, zal voor sommige handelaren praktische problemen oplossen, maar nodigt op zijn beurt weer uit tot misbruik van de uitzondering door handelaren. De hanteerbaarheid van de bedenktijdregeling wordt er mijns inziens dan ook niet mee vergroot. Het uitblijven van een uitbreiding van het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen tot C2B-overeenkomsten is betreurenswaardig. De grootste misser is mijns inziens het ontbreken van materiële regels voor de relatie tussen consument en platform: met alleen maar informatieplichten voor de online platforms wordt mijns inziens miskend dat de platforms *zelf* een belangrijke economische actor zijn. Weliswaar zullen diverse bepalingen van de

58. Civic Consulting Main report 2017, p. 269 en 293.

59. Civic Consulting Main report 2017, p. 294.

60. Civic Consulting Main report 2017, p. 294.

61. Het Nederlandse recht bepaalt dat een overeenkomst die onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, vernietigbaar is (art. 6:193j lid 3 BW). Een dergelijke remedie ontbreekt echter in de meeste andere lidstaten, zie Civic Consulting Main report 2017, p. 211 en 266.

62. Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 86.

63. Civic Consulting Main report 2017, p. 270-271; Civic Consulting Consumer Market Study 2017, p. 102.

64. Civic Consulting Main report 2017, p. 270-271.

65. Waarbij ik opmerk dat juist omdat het om codificatie van bestaande rechtspraak gaat, ten aanzien van deze aanbeveling in ieder geval de *impact assessment* geen problemen op zou mogen leveren.

Richtlijn consumentenrechten ook voor deze platforms gelden, maar de toepasselijkheid van de Richtlijnen oneerlijke bedingen en oneerlijke handelspraktijken blijft een open kwestie nu het toepassingsgebied van deze richtlijnen niet expliciet wordt uitgebreid tot ‘gratis’ diensten.

De Moderniseringsrichtlijn is in veel opzichten dus een gemiste kans. Dat betekent niet dat de richtlijn zinloos of overbodig is: de voorstellen op het gebied van de verbetering van de handhaving gaan misschien niet ver genoeg, maar zijn wel een stap in de goede richting, terwijl de invoering van individuele remedies bij onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk tot stand gekomen overeenkomst een grote stap voorwaarts is voor consumenten in landen die een dergelijke remedie nog niet kennen. De uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten tot ‘gratis’ diensten sluit aan bij het voorstel voor een richtlijn digitale inhoud en is als zodanig toe te juichen. Maar al met al is de oogst mager. Van ‘Een “new deal” voor consumenten’ lijkt dan ook geen sprake – het is eerder oude wijn in nieuwe zakken.