UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2025/87-88

Loos, M.B.M.

Publication date
2025
Document Version
Final published version
Published in
Nederlandse Jurisprudentie

License
Article 25fa Dutch Copyright Act (https://www.openaccess.nl/en/policies/open-access-in-dutch-copyright-law-taverne-amendment)

Link to publication

Citation for published version (APA):
Loos, M. B. M. (2025). NJ 2025/87-88. 87-88. Case note on: HR, 24/10/24, ECLI:NL:HR:2024:1355 (Bol.com). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2025(11), 1539-1592.

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, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:09 Nov 2026

NJ 2025/87

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)
4 oktober 2024, nr. 23/01972
(Mrs. M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff,
A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons, G.C. Makkink;
A-G mr. B.J. Drijber)
m.nt. M.B.M. Loos onder *NJ* 2025/88

Art. 6:204, 6:210, 6:230v lid 3 BW; art. 8 lid 2 Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten

NJB 2024/2032
RvdW 2024/914
RCR 2024/89
ECLI:NL:PHR:2023:1083
ECLI:NL:HR:2024:1355

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Unierecht. Consumentenrecht. Verbintenissenrecht. Bestelknopbepaling (art. 6:230v lid 3 BW). Zaken waarin consument verstek laat gaan; overeenkomst gesloten m.b.v. onjuiste bestelknop; ambtshalve vernietiging overeenkomst; geheel of gedeeltelijk?; evenredigheid sanctie voor handelaar.

Wanneer een handelaar zaken of diensten aanbiedt op een website en aan de consument daar een knop toont met de tekst 'bestelling plaatsen', kan niet worden gezegd dat die tekst zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting. Bovendien maken de tekst van en de toelichting bij art. 6:230v lid 3 BW uitdrukkelijk onderscheid tussen 'bestellen' of 'een bestelling plaatsen' enerzijds en een 'betalingsverplichting aangaan' anderzijds. Datzelfde geldt voor art. 8 lid 2, tweede alinea van de richtlijn en de considerans. Ook tegen die achtergrond moet worden aangenomen dat de tekst 'bestelling plaatsen' niet overeenkomt met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' in de zin van art. 6:230v lid 3 BW en art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten en dat niet kan worden aangenomen dat de term 'bestelling plaatsen' door de gemiddelde consument noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting.

Als de bestelknop niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, mag de rechter in verstekzaken niet ambtshalve de overeenkomst volledig vernietigen, maar de overeenkomst ambtshalve gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de vernietiging de rechten van de consument niet aantast en de verplichtingen van de consument vooralsnog in stand laat voor een zodanig gedeelte als nodig is om te voorkomen dat de sanctie voor de handelaar onevenredig zou zijn. Een korting van één derde op de betalingsverplichting van de consument is in beginsel redelijk te achten.

Bol.com B.V., te Amsterdam, eiseres in eerste aanleg, hierna: Bol.com, adv.: mrs. J.J. Valk en J.W.M.K. Meijer,
tegen
[verweerster], gedaagde in eerste aanleg, niet verschenen in de prejudiciële procedure.

Rechtbank:

2. De beoordeling

2.1. De zaak gaat over het volgende. [gedaagde01] heeft op de website van Bol.com een aantal artikelen besteld. [gedaagde01] heeft al deze bestellingen afgerond door op een knop te klikken met daarop de tekst "*bestelling plaatsen*". [gedaagde01] diende de koopsom voor de artikelen achteraf te betalen, maar dat heeft zij niet gedaan.

2.2. Bol.com eist in deze procedure € 96,86 met wettelijke rente over € 64,66 van [gedaagde01]. Dit bedrag is gebaseerd op € 64,66 aan koopsom voor de bestelde goederen, € 29,99 aan buitengerechtelijke kosten en € 2,51 aan wettelijke rente tot 14 december 2022.

2.3. Een aantal van de producten die [gedaagde01] heeft besteld, werden via de website van Bol.com aangeboden door een andere verkoper. Bol.com heeft met deze andere partij afgesproken dat Bol.com de koopsommen op eigen naam zal incasseren. In de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomsten met [gedaagde01] staat vervolgens dat de koopsommen betaald moeten worden aan Bol.com. De kantonrechter stelt daarom vast dat Bol.com de koopsom mag opeisen.

2.4. Met betrekking tot artikel 6:230v lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) stelt de kantonrechter de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad:

1. Voldoet een knop met daarop alleen de tekst 'bestellen', 'bestelling plaatsen' of 'bestelling afronden' aan artikel 6:230v lid 3 BW?
2. Moet de rechter in verstekzaken ambtshalve de overeenkomst volledig vernietigen als niet voldaan is aan artikel 6:230v lid 3 BW?
3. Als de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd, mag of moet de rechter de overeenkomst dan gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt verminderd als niet is voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW?

2.5. De vragen zullen hierna worden toegelicht. De kantonrechter zal daarbij ook haar voorlopige visie geven.

Inleiding

2.6. De vragen gaan over de informatieplichten die voortvloeien uit Richtlijn 2011/83 en in het bijzonder over de verplichting voor handelaren om voordat de overeenkomst wordt aangegaan duidelijk te vermelden dat de consument een betalingsverplichting aangaat. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 8 lid 2 van de Richtlijn en artikel 6:230v lid 3 BW. Kort gezegd komt deze verplichting erop neer dat als consumenten op een website een overeenkomst kunnen aangaan door op een knop te klikken, op die knop duidelijk moet staan dat de consument een betalingsverplichting aangaat. Op dit moment is in een groot aantal zaken niet aan deze verplichting voldaan. De gevolgen hiervan voor handelaren zijn groot.

Vraag 1: Voldoet een knop met daarop alleen de tekst 'bestellen', 'bestelling plaatsen' of 'bestelling afronden' aan artikel 6:230v lid 3 BW?

2.7. De eerste vraag stelt aan de orde of een knop met de tekst *'bestellen'* of een tekst van soortgelijke strekking voldoet aan artikel 6:230v lid 3 BW.

2.8. Bol.com heeft alleen de teksten *bestelling plaatsen* en *bestelling afronden* gebruikt. In het kader van de rechtszekerheid acht de kantonrechter het echter wenselijk dat de Hoge Raad zich ook zal uitspreken over de tekst *bestellen*. Deze tekst komt immers veel voor en door een dergelijke ruimere beantwoording van de vraag, zal in de praktijk veel onzekerheid worden weggenomen.

2.9. De meerderheid van de eerstelijnsrechters lijkt op dit moment van oordeel dat de tekst *bestel-*

len en soortgelijke formuleringen niet voldoen,[1] maar er zijn ook rechters die oordelen dat de tekst voldoende duidelijk is.[2] De kantonrechter acht het daarom wenselijk dat de Hoge Raad op dit punt een beslissing neemt om tot rechtseenheid te komen.

2.10. Het antwoord op deze vraag hangt op het eerste gezicht sterk af van de waardering van de feiten. Toch leent deze vraag zich er naar het oordeel van de kantonrechter voor om door de Hoge Raad te worden beantwoord. Op grond van het beoordelingskader dat het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft gegeven,[3] zijn de omstandigheden van het concrete geval immers niet relevant. De kantonrechter neemt het voorstel van Bol.com om de vraag zo te formuleren dat gevraagd wordt welke feiten en omstandigheden bij deze beoordeling van belang zijn daarom ook niet over.

2.11. De kantonrechter is van oordeel dat de tekst *'bestellen'* of een soortgelijke tekst niet voldoet aan artikel 6:230v lid 3 BW. De kantonrechter zal haar standpunt hierna toelichten en daarbij ingaan op het wettelijke kader.

2.12. Als een overeenkomst online (op elektronische wijze) wordt aangegaan moet een handelaar aan de consument alle informatie geven over de prijs van het product op een duidelijke en in het oog springende manier en onmiddellijk voordat de consument zijn bestelling plaatst. Dit volgt uit artikel 8 lid 3 van de richtlijn. De handelaar moet er daarnaast op toezien dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. De Richtlijn geeft verdere eisen voor het geval het plaatsen van een bestelling inhoudt dat een knop of een soortgelijke functie moet worden gebruikt. In zo'n geval moet de knop of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze aangemerkt worden met alleen de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting inhoudt.

2.13. De tekst van de Nederlandse wet wijkt op een aantal punten af van de Nederlandse versie van de Richtlijn. De Nederlandse versie van de richtlijn lijkt overeen te komen met de Engelse, Duitse en Franse versie. Uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat de Nederlandse wetgever heeft beoogd om af te wijken van de Richtlijn of daaraan een nadere invulling te geven. Afwijking van de Richtlijn zou bovendien niet zijn toegestaan omdat de Richtlijn maximale harmonisatie beoogt. De kantonrechter zal de tekst van de Richtlijn daarom als uitgangspunt nemen.

2.14. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in april 2022 verduidelijkt waaraan de tekst op een bestelknop moet voldoen.[4] Uit de tekst op de bestelknop zelf moet blijken dat de consument een betalingsverplichting aangaat. De nationale rechters moeten steeds beoordelen of een tekst — rekening houdend met uitsluitend de tekst op de knop en los van de omstandigheden van het bestelproces — kan worden geacht overeen te komen met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting'. Het gaat erom of de tekst zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting.

2.15. Naar het oordeel van de kantonrechter volgt uit deze uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de context waarin de bestelknop is geplaatst niet van belang is. Het gaat er immers om welke betekenis mensen in het alledaags taalgebruik aan de gebruikte woorden zullen geven. Als de gebruikte woorden ook een betekenis kunnen hebben die niet per se verband houdt met het aangaan van een betalingsverplichting, is dus niet voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW.

2.16. De kantonrechter is van oordeel dat de tekst 'bestellen' en soortgelijke formuleringen niet voldoende duidelijk zijn. *Bestellen* wordt over het algemeen gebruikt om uit te drukken dat iets moet worden geleverd. In verreweg de meeste gevallen zal dit een betalingsverplichting met zich brengen, maar die verplichting volgt dan uit de context. Hoewel het zich niet snel zal voordoen, zijn er toch situaties denkbaar waarin zonder tegenprestatie iets wordt opgestuurd. Zo is denkbaar dat een gratis proefpakket besteld kan worden of dat binnen een organisatie door de ene afdeling bij de andere afdeling besteld wordt, zonder dat daarvoor betaling hoeft plaats te vinden. *Bestellen* brengt daarom in de omgangstaal niet noodzakelijkerwijs een betalingsverplichting mee.

2.17. Het kan zijn dat uit het antwoord op de eerste vraag volgt dat in deze zaak geen sprake is van schending van artikel 6:230v lid 3 BW. De Hoge Raad zou dan kunnen afzien van het beantwoorden van de tweede en derde vraag. De kantonrechter verzoekt de Hoge Raad echter om ook dan de tweede en derde vraag te beantwoorden om een einde te maken aan de onduidelijkheid die nu bestaat.

> Vraag 2: Moet de rechter in verstekzaken ambtshalve de overeenkomst volledig vernietigen als niet voldaan is aan artikel 6:230v lid 3 BW?

2.18. De tweede vraag stelt aan de orde of de rechter de overeenkomst ambtshalve volledig moet vernietigen als niet is voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW. Anders dan Bol.com in haar akte meent, stelt deze vraag niet aan de orde welke rechtsgevolgen

1 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 7 september 2022; ECLI:NL:RBNHO:2022:8125; Rechtbank Overijssel 12 juli 2022; ECLI:NL:RBOVE:2022:2468; Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2022; ECLI:NL:RBAMS:2022:4810; Rechtbank Rotterdam 4 augustus 2022; ECLI:NL:RBROT:2022:6318; Rechtbank Amsterdam 2 mei 2022; ECLI:NL:RBAMS:2022:2455.

2 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Nederland 13 september 2022; ECLI:NL:RBNNE:2022:3328.

3 HvJ EU 7 april 2022, ECLI:EU:C:2022:269 (*Fuhrmann 2*).

4 HvJ EU 7 april 2022, ECLI:EU:C:2022:269 (*Fuhrmann 2*).

de rechter ambtshalve moet toepassen, maar de vraag of het rechtsgevolg van artikel 6:230v lid 3 BW *ambtshalve* moet worden toegepast. Naar het oordeel van de kantonrechter bestaat er namelijk geen twijfel over de rechtsgevolgen van vernietiging zoals bedoeld in artikel 6:230v lid 3 BW, althans voor de verplichtingen van de consument. In de derde vraag komt aan de orde of de rechter andere rechtsgevolgen mag of moet verbinden aan de schending van de informatieplicht als niet volledig wordt vernietigd.

2.19. De eerstelijnsrechters zijn het niet eens over de ambtshalve toepassing van artikel 6:230v lid 3 BW in verstekzaken. Er zijn drie stromingen. Volgens de eerste stroming moet de rechter de overeenkomst steeds — dus ook in verstekzaken — volledig vernietigen, tenzij de consument verklaart dat hij dat niet wil.[5] Volgens de tweede stroming moet de rechter de overeenkomst — zowel in verstekzaken als in zaken op tegenspraak — slechts gedeeltelijk vernietigen in die zin dat alleen de betalingsverplichting van de consument wordt gesteld op nihil.[6] De derde stroming gaat niet ambtshalve over tot vernietiging van de volledige overeenkomst, maar hoogstens tot gedeeltelijke vernietiging met een vermindering van de betalingsverplichting (anders dan tot nihil).[7] Gelet op deze verschillende stromingen van de eerstelijnsrechters is het wenselijk dat de Hoge Raad hierover een beslissing neemt.

2.20. De kantonrechter behoort tot de derde stroming en is dus van oordeel dat de rechter de overeenkomst niet ambtshalve volledig moet vernietigen. Zij zal dit hierna toelichten en daarbij ook ingaan op het wettelijke kader en de andere stromingen.

2.21. Het antwoord op de vraag of de rechter de overeenkomst ambtshalve moet vernietigen kan niet worden afgeleid uit de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad van 21 november 2021.[8] Uit de beslissing van de Hoge Raad volgt dat de rechter ambtshalve moet onderzoeken of aan bepaalde informatieplichten is voldaan, welk onderzoek ertoe kan leiden dat de rechter de overeenkomst (gedeeltelijk) moet vernietigen. De Hoge Raad heeft daarbij een onderscheid gemaakt tussen de in de wet genoemde specifieke sancties en vernietiging vanwege schending van de essentiële informatieplichten. Uit het feit dat de Hoge Raad bij schending van artikel 6:230v lid 3 BW alleen volledige vernietiging noemt, zou afgeleid kunnen worden dat steeds volledige vernietiging moet volgen. De Hoge Raad heeft echter ook overwogen dat in verstekzaken de overeenkomst niet volledig mag worden vernietigd, omdat de consument niet heeft kunnen aangeven of hij volledige vernietiging van de overeenkomst wil. De Hoge Raad is daarbij niet expliciet ingegaan op artikel 6:230v lid 3 BW. De uitspraak van de Hoge Raad biedt daarom voor alle drie de stromingen enige grond.

2.22. Naar Nederlands recht wordt vernietiging niet zonder meer ambtshalve toegepast, maar richtlijnconforme interpretatie kan ertoe leiden dat de rechter actief moet ingrijpen. Zo is ten aanzien van de Richtlijn oneerlijke bedingen meermaals beslist dat de rechter oneerlijke bepalingen ambtshalve moet vernietigen en buiten toepassing moet laten. De vraag die moet worden beantwoord, is daarom of ook de Richtlijn Consumentenrechten dwingt tot ambtshalve toepassing van (volledige) vernietiging.

2.23. Bij de beantwoording van de vraag of ook artikel 8 lid 2 van de Richtlijn Consumentenrechten dwingt tot ambtshalve toepassing, moet eerst worden onderzocht wat de Richtlijn op dit punt precies inhoudt. Afhankelijk daarvan kan immers worden beoordeeld of ambtshalve toepassing van die regel past binnen de tekst en het doel van de richtlijn.

2.24. In de Nederlandse tekst van de Richtlijn staat dat de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden is. De Engelse, Duitse en Franse taalversies bevatten woorden van gelijke strekking. De Engelse versie bepaalt dat *the consumer shall not be bound by the contract or order.* De Duitse versie bepaalt dat der *Verbraucher durch den Vertrag oder die Bestellung nicht gebunden ist* en de Franse versie dat *le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande.*

2.25. Dat *de consument niet gebonden is aan de overeenkomst* kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Een eerste mogelijke uitleg is dat er geen overeenkomst *tot stand komt.* Dit zou vergelijkbaar zijn met een nietige overeenkomst naar Nederlands recht. Deze uitleg past naar het oordeel van de kantonrechter niet bij het doel van de richtlijn. De richtlijn heeft immers tot doel om consumenten te beschermen en de consument zal er vaak belang bij hebben dat wel een overeenkomst tot stand komt. Bovendien lijkt er bewust te zijn gekozen voor de formulering dat *de consument* niet gebonden is aan de overeenkomst. Daaruit volgt dat de handelaar zich niet op deze bepaling uit de richtlijn kan beroepen. Hiervoor kan steun worden gevonden in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot oneerlijke bepalingen inhoudende dat alleen de consument een beroep kan doen op de niet-gebondenheid.

2.26. Een tweede mogelijke uitleg is dat de consument zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet hoeft na te komen, maar de handelaar wel. Taalkundig past deze uitleg bij de tekst van de richtlijn. Immers, *de consument* wordt niet gebonden. De Rechtbank Noord-Holland lijkt de richtlijn op deze manier uit te leggen. Deze uitleg sluit aan bij de uitleg van de vrijwel identieke formulering in de Richtlijn oneerlijke bedingen, maar in die richtlijn staat expliciet dat de overeenkomst voor het overige in

5 Zie Rechtbank Amsterdam 23 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5265; Rechtbank Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2468;Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2022, 8753657 CV EXPL 20-16394.

6 Zie Rechtbank Noord-Holland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4676.

7 Rechtbank Rotterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6451.

8 Hoge Raad 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677.

stand blijft. De sancties op schending van informatieplichten moeten echter niet alleen doeltreffend en afschrikkend zijn, maar ook evenredig.[9] Van een evenredige sanctie is bij deze uitleg naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake. Het zou bovendien in de lijn der verwachting liggen dat een dergelijke zware sanctie in de algemene overwegingen van de richtlijn zou zijn toegelicht.

2.27. Een derde uitleg is dat het niet-gebonden zijn van de consument betekent dat hij kan kiezen of hij aan de overeenkomst gebonden wil zijn, waarbij de verplichtingen van de handelaar en de consument niet uit elkaar kunnen worden getrokken. Voor de consument is het alles of niets. Deze uitleg sluit naar het oordeel van de kantonrechter het best aan bij de tekst en het doel van de Richtlijn. De consument wordt ertegen beschermd dat hij moet betalen voor een product dat hij niet tegen betaling heeft willen bestellen. Voor handelaren werkt de sanctie afschrikkend. Als een handelaar geen gebruik maakt van een voldoende duidelijke tekst op de bestelknop, loopt hij het risico dat de consument de overeenkomst vernietigt en het product — zo mogelijk — terugstuurt. Bij deze uitleg sluit de rechtsfiguur van vernietiging naar Nederlands recht aan bij de niet-gebondenheid van de richtlijn.

2.28. Bij de eerste uitleg zal de rechter waarschijnlijk ambtshalve moeten vaststellen dat geen overeenkomst tot stand is gekomen. Bij de tweede uitleg zal de rechter waarschijnlijk ambtshalve gedeeltelijk moeten vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt gesteld op nihil. Dit zal immers vrijwel steeds in het belang zijn van de consument. Bij de derde uitleg is het antwoord op de vraag of de rechter de overeenkomst ambtshalve volledig moet vernietigen minder vanzelfsprekend.

2.29. Naar het oordeel van de kantonrechter past bij de derde uitleg niet dat de rechter in verstekzaken steeds ambtshalve de overeenkomst volledig moet vernietigen of gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt gesteld op nihil. De kantonrechter baseert zich daarbij op het volgende.

2.30. Naar het oordeel van de kantonrechter dwingt de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie niet tot ambtshalve toepassing van volledige vernietiging. Uit de rechtspraak met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke bedingen volgt weliswaar dat de rechter zo nodig ambtshalve de uit de richtlijn voortvloeiende rechten aan de consument moet toekennen, maar deze rechtspraak leent zich naar het oordeel van de kantonrechter niet voor overeenkomstige toepassing. De rechtspraak over oneerlijke bepalingen houdt op dit punt het volgende in. De richtlijn moet onder meer doeltreffend en afschrikkend zijn. Bij die doelstelling past volgens het hof niet dat de consument zelf een beroep moet doen op de rechten die de richtlijn aan hem toekent. Als de consument — na te zijn geïnformeerd — verklaart geen vernietiging te willen, dan moet de rechter dit respecteren.[10] Dat betekent echter niet dat de rechter moet afzien van vernietiging als onbekend is wat de consument wil. De rechter moet een oneerlijke bepaling namelijk vernietigen ook als de consument niet is geïnformeerd over zijn rechten en dus niet heeft verklaard vernietiging te willen.[11] Hierin past dat de rechter in verstekzaken in beginsel ambtshalve een oneerlijke bepaling vernietigt.

2.31. Volledige vernietiging van de overeenkomst verschilt wezenlijk van vernietiging van een oneerlijke bepaling. Uitgangspunt bij vernietiging van een oneerlijke bepaling is immers juist dat de overeenkomst voor het overige in stand blijft. Vernietiging heeft dan tot gevolg dat de handelaar geen beroep kan doen op een bepaling die voor de consument nadelig is, terwijl de consument zijn rechten uit de overeenkomst behoudt. Vernietiging van een oneerlijke bepaling is dus vrijwel steeds in het belang van de consument. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt overigens ook dat de afschrikkende werking van de richtlijn niet zover gaat dat de rechter tegen het belang van de consument in moet vernietigen.[12]

2.32. De kantonrechter gaat er bij de door haar voorgestelde wijze van beantwoording van uit dat na volledige vernietiging van de overeenkomst de handelaar niet meer hoeft na te komen en dat de consument moet teruggeven wat hij al heeft gekregen of in plaats daarvan een schadevergoeding moet betalen. De consument zal dan bij vernietiging van de overeenkomst niet altijd belang hebben, aangezien hij de door hem gewenste prestatie dan niet krijgt of zelfs moet teruggeven. Aangenomen moet worden dat de consument de prestatie meestal wel wilde hebben, in het bijzonder in die gevallen waarin op grond van het verdere bestelproces wel duidelijk was dat de consument een betalingsverplichting zou aangaan. Ambtshalve vernietiging van de overeenkomst — dat wil zeggen zonder dat de consument zich heeft uitgelaten over de vraag of hij wil vernietigen — past naar het oordeel van de kantonrechter dan niet binnen het doel van de richtlijn en de rechtspraak van de Hoge Raad over vernietiging in verstekzaken. Deze sanctie zou voor handelaren wel afschrikkend werken, maar zij is niet evenredig en voor de individuele consument ook niet steeds doeltreffend. De ambtshalve verplichting van de rechter moet volgens de kantonrechter daarom niet verder gaan dan dat de rechter een consument die in de procedure is verschenen moet informeren over zijn rechten en de keuze moet geven of

9 Zie preambule 57 van Richtlijn 2011/83/EU betreffende Consumentenrechten.

10 Zie HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*); HvJ EU 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon GSM*); HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:88 (*Banif Plus Bank*); HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*).

11 Zie HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:88 (*Banif Plus Bank*) r.o. 28 en 36; HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*) r.o. 50.

12 HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:14, vijfde vraag.

hij de overeenkomst wil vernietigen, met alle gevolgen van dien.

2.33. De kantonrechter geeft daarbij in overweging dat op dit punt mogelijk een onderscheid moet worden gemaakt naar de aard van de overeenkomst of de door de handelaar te leveren prestatie. De consument zal bij vernietiging van overeenkomsten waarbij aan hem een stoffelijk product is geleverd minder snel belang hebben omdat hij dat product dan zal moeten terugsturen. Daarbij kan worden gedacht aan koopovereenkomsten maar ook de huur van producten, zoals wasmachines. Bij overeenkomsten die betrekking hebben op een dienst, zoals opleidingsovereenkomsten zou dat anders kunnen zijn. Zo zal een consument die niet meer in staat is zijn of haar opleiding af te ronden, mogelijk eerder belang hebben bij vernietiging van de overeenkomst. De consument heeft dan immers niets meer aan de door de handelaar te leveren prestatie. Voor de rechter in verstekzaken zal een en ander echter lastig te beoordelen zijn.

> Vraag 3: Als de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd, mag of moet de rechter de overeenkomst dan gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt verminderd als niet is voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW?

2.34. De derde vraag stelt aan de orde of de rechter — al dan niet ambtshalve — tot gedeeltelijke vernietiging kan of moet overgaan wanneer sprake is van schending van artikel 6:230v lid 3 BW maar de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd. Deze vraag heeft zelfstandige betekenis ook als het antwoord op de tweede vraag luidt dat de rechter in verstekzaken de overeenkomst ambtshalve volledig moet vernietigen. Het antwoord op deze vraag is namelijk ook van belang voor de situatie dat een in de procedure verschenen consument heeft verklaard dat hij de overeenkomst niet wil vernietigen.

2.35. Als de tweede vraag wordt beantwoord op de door de kantonrechter voorgestelde wijze dan is het antwoord op deze vraag des te meer van belang omdat de overeenkomst in verstekzaken dan niet volledig zal worden vernietigd. Bovendien moet de rechter dan aan een wel verschenen consument vragen of hij de overeenkomst volledig wil vernietigen. De consument zal alleen in staat zijn een geïnformeerde keuze te maken als hij weet wat zijn alternatief is.

2.36. Betoogd kan worden dat het feit dat de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd, niet wegneemt dat sprake is van een schending van een informatieplicht. Vraag is of het feit dat voor deze schending specifiek de sanctie van vernietiging is opgenomen, tot gevolg heeft dat gedeeltelijke vernietiging in de zin van vermindering van de betalingsverplichting is uitgesloten. De richtlijn noch de Nederlandse wet geven op deze vraag een duidelijk antwoord. De richtlijn laat het aan de lidstaten welke sanctie moet volgen op schending van informatieplichten en ook de Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om aan de schending van de essentiële informatieplichten geen specifieke sancties te koppelen.

2.37. De kantonrechter is van oordeel dat vermindering van de betalingsverplichting van de consument (in de zin van gedeeltelijke vernietiging) op zijn plaats is als de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd. Daarmee zou aan het afschrikkende effect van artikel 8 lid 3 van de richtlijn tegemoet gekomen kunnen worden als geen ambtshalve volledige vernietiging plaatsvindt. Daarbij zou aangesloten kunnen worden bij de door de rechtbanken opgestelde sanctierichtlijn, waarbij schending van artikel 6:230v lid 3 BW wordt geteld als één sanctie. Dit zou erop neerkomen dat de consument die in de procedure verschijnt bij schending van artikel 6:230v lid 3 BW de keuze heeft tussen volledige vernietiging en vernietiging in die zin dat de betalingsverplichting wordt verminderd. Bij de voorgestelde beantwoording van vraag 2 zal in verstekzaken de overeenkomst gedeeltelijk worden vernietigd in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt verminderd, naar rato van het aantal schendingen.

> Vervolg procedure na beantwoording van de vragen

2.38. Nadat het antwoord van de Hoge Raad is ontvangen, zal de kantonrechter partijen in de gelegenheid stellen zich hierover uit te laten. Daarna zal in beginsel uitspraak worden gedaan.

3. De beslissing

De kantonrechter:

stelt de volgende vragen aan de Hoge Raad:

1. Voldoet een knop met daarop alleen de tekst 'bestellen', 'bestelling plaatsen' of 'bestelling afronden' aan artikel 6:230v lid 3 BW?
2. Moet de rechter in verstekzaken ambtshalve de overeenkomst volledig vernietigen als niet voldaan is aan artikel 6:230v lid 3 BW?
3. Als de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd, mag of moet de rechter de overeenkomst dan gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt verminderd als niet is voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW?

Conclusie A-G mr. B.J. Drijber:

1 Inleiding

1.1 In deze prejudiciële zaak zijn vragen gesteld over de zogenoemde bestelknopbepaling die is opgenomen in art. 8 lid 2 van de Richtlijn consumentenrechten en is omgezet in art. 6:230v lid 3 BW. Als een consument op elektronische wijze een overeenkomst sluit door op een bestelknop te klikken, dient uit de tekst op die knop op niet voor misverstand vatbare wijze te blijken dat hij daardoor een betalingsverplichting aangaat. Het Hof van Justitie heeft dit in strikte bewoordingen bevestigd in de zaak *Fuhrmann* (HvJEU 7 april 2022, C-249/21,

ECLI:EU:C:2022:269), maar heeft niet bepaald wat in geval van schending van deze informatieplicht precies de rechtsgevolgen zijn.

1.2 De eerste prejudiciële vraag is of een bestelknop als die van bol.com met de tekst 'bestelling plaatsen' aan art. 6:230v lid 3 BW voldoet. De tweede prejudiciële vraag is of, als niet is voldaan aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW, de rechter in een verstekzaak als hier aan de orde de tussen consument en handelaar tot stand gekomen overeenkomst ambtshalve moet vernietigen en zo ja, of de overeenkomst dan in zijn geheel of gedeeltelijk moet worden vernietigd. Die vraag bouwt voort op de prejudiciële beslissing in *Arvato I* (HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677). De derde prejudiciële vraag is of, indien moet worden uitgegaan van gedeeltelijke vernietiging, de koopprijs kan worden verminderd.

1.3 Deze zaak hangt samen met een andere prejudiciële zaak (23/01968), *Capabel/[…]*, die op dezelfde dag is verwezen door dezelfde kantonrechter. Vandaag concludeer ik ook in die zaak. Uitgangspunt is daar (a) dat de in die zaak gebruikte bestelknop niet voldoet aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW en (b) dat gehele vernietiging van de overeenkomst in die zaak de juiste sanctie is op schending van die bepaling. De vraag is dan vervolgens wat de rechtsgevolgen van die gehele vernietiging zijn en meer specifiek, of de handelaar op basis van een andere rechtsgrond dan de nietig verklaarde overeenkomst een vergoeding voor de door hem geleverde prestatie kan eisen. Een feitelijk verschil met deze zaak is dat het in die zaak gaat om een afgenomen dienst (en niet om een zaak) en om een procedure op tegenspraak (en niet om een verstekzaak).

1.4 Beide zaken hebben een groot praktisch belang, zowel voor het elektronische handelsverkeer als voor de gerechtelijke incassopraktijk.

2 Feiten en procesverloop

2.1 [verweerster] heeft op de website van bol.com een aantal artikelen besteld.[1] De bestellingen heeft zij afgerond door op een knop te klikken met daarop de tekst 'bestelling plaatsen'. [verweerster] heeft ervoor gekozen om achteraf haar bestelling te betalen.

2.2 [verweerster] heeft de koopsom niet betaald. Op 14 december 2022 is zij door bol.com gedagvaard. Tegen haar is verstek verleend. Bij tussenvonnis van 3 maart 2023 heeft de kantonrechter te Rotterdam het voornemen geuit prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.[2] Bij akte van 28 maart 2023 heeft bol.com zich over dit voornemen uitgelaten.

2.3 De kantonrechter heeft bij vonnis van 12 mei 2023 de volgende prejudiciële vragen gesteld:[3]

"1. Voldoet een knop met daarop alleen de tekst 'bestellen', 'bestelling plaatsen' of 'bestelling afronden' aan artikel 6:230v lid 3 BW?

2. Moet de rechter in verstekzaken ambtshalve de overeenkomst volledig vernietigen als niet voldaan is aan art. 6:230v lid 3 BW?

3. Als de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd, mag of moet de rechter de overeenkomst dan gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt verminderd als niet is voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW?"

2.4 De Hoge Raad heeft de prejudiciële vragen in behandeling genomen. Stichting Res Publica, een op 1 juni 2023 opgerichte stichting,[4] is in de gelegenheid gesteld om schriftelijke opmerkingen in te dienen (art. 393 lid 2 Rv). Dit heeft zij op 13 juli 2023 gedaan. Bol.com heeft op 25 juli 2023 schriftelijke opmerkingen ingediend. Bol.com heeft op 6 september 2023 gereageerd op de door Stichting Res Publica ingediende opmerkingen.

3 Juridisch kader[5]

De bestelknopverplichting van art. 6:230v lid 3 BW

3.1 Overeenkomsten op afstand zijn geregeld in titel 5 ('overeenkomsten in het algemeen'), afdeling 2b ('bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten'), paragraaf 5 ('aanvullende bepalingen voor overeenkomsten op afstand') van Boek 6 BW. Art. 6:230m lid 1 BW somt de informatie op die de handelaar voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst op afstand (zoals een online afgesloten overeenkomst) aan de consument moet verstrekken. Art. 6:230v BW bevat vereisten over de vorm waarin de in art. 6:230m lid 1 BW genoemde precontractuele informatieplichten moeten worden nagekomen. Het derde lid van art. 6:230v BW bevat een extra precontractuele informatieplicht: de tekst op de bestelknop moet de consument op ondubbelzinnige wijze informeren dat hij door die knop aan te klikken een betalingsverplichting aangaat.

3.2 Art. 6:230v lid 3 BW, dat op 13 juni 2014 in werking is getreden,[6] luidt als volgt (hier en in de citaten hierna mijn cursivering):

1 Uit de dagvaarding (p. 2, midden) blijkt dat het gaat om vier artikelen, waarvan er drie zijn besteld op 17 december 2020 en één op 19 december 2020.

2 Rb. Rotterdam 3 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2089.

3 Rb. Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4048.

4 Uit de doelomschrijving leid ik af dat het hier om een claimorganisatie gaat, zij het met een publiek tintje. Deze stichting beoogt namelijk gelijksoortige belangen te behartigen "*op een wijze die niet alleen recht doet aan de belangen van de Gedupeerden, maar ook het algemeen belang (de* res publica*) van de Nederlandse samenleving dient.*" (art. 3.1 (a) van de oprichtingsakte). Zie punt 1 van de brief van 14 juni 2023 aan de Hoge Raad, waarin Stichting Res Publica verzoekt om schriftelijke opmerkingen in te dienen.

5 Het geschetste kader is toegespitst op de informatieplicht genoemd in art. 6:230v lid 3 BW en de sanctie op de schending daarvan — de 'bestelknopproblematiek'. Voor een bredere en uitvoeriger analyse van de doorwerking van Unierechtelijke informatieplichten in het nationale verbintenissenrecht verwijs ik naar de conclusie(s) van plv. P-G Wissink van 16 augustus 2021, ECLI:NL:HR:2021:757 en 758 (*Arvato I*).

6 Implementatiewet richtlijn consumentenrechten, *Stb.* 2014, 140.

"3. De handelaar richt zijn elektronische bestelproces op zodanige wijze in dat de consument een aanbod niet kan aanvaarden dan nadat hem op niet voor misverstand vatbare wijze duidelijk is gemaakt dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien de aanvaarding geschiedt door gebruik van een knop of soortgelijke functie, is aan de vorige zin voldaan *indien bij het plaatsen van de bestelling in niet voor misverstand vatbare termen en op goed leesbare wijze blijkt dat de aanvaarding een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt.* Een knop of soortgelijke functie wordt daartoe op een goed leesbare wijze aangemerkt met *een ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt.* De enkele zinsnede 'bestelling met betalingsverplichting' wordt aangemerkt als een dergelijke ondubbelzinnige verklaring. *Een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, is vernietigbaar.*"

3.3 Deze bepaling is als volgt toegelicht:[7]

"Het derde lid van artikel 230v zet artikel 8 lid 2 (alinea 2) van de richtlijn om. Doel is om de informatievoorziening tijdens het bestelproces op internet te verbeteren. Het moet voor de consument duidelijk zijn wanneer hij een betalingsverplichting aangaat (overweging 39 van de richtlijn). Deze algemene informatieverplichting wordt vervolgens verder ingekleurd en geconcretiseerd. Bij het gebruik maken van een knop die kan worden aangeklikt, waardoor wordt besteld, zal deze een goed leesbare tekst moeten bevatten waaruit blijkt dat de consument een betalingsverplichting aangaat. De term «soortgelijke functie» duidt erop dat een hyperlink waarmee kan worden besteld ook aan de eis moet voldoen. *De tekst «bestelling met betalingsverplichting» voldoet hier in ieder geval aan. Andere teksten kunnen ook volstaan, mits ze voldoende duidelijk en ondubbelzinnig zijn.* (…).

De slotzin verduidelijkt dat de overeenkomst die in strijd met deze bepaling tot stand is gekomen door de consument kan worden vernietigd. Daarmee wordt de zinsnede «Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden» geïmplementeerd. Deze bevoegdheid tot vernietiging betekent dat het uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten."

3.4 Gelet op de Unierechtelijke oorsprong van de bestelknopbepaling ga ik nu in op de richtlijnbepaling waarvan art. 6:230v lid 3 BW de omzetting vormt.

7 *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3 (*MvT*), p. 51.

Unierechtelijke achtergrond van de bestelknopverplichting

3.5 Art. 6:230v lid 3 BW, vormt de implementatie van art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn 2011/83/EU ("*Richtlijn consumentenrechten*").[8] Het betrokken gedeelte van art. 8 lid 2 luidt:

"De handelaar ziet erop toe dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling, uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien het plaatsen van een bestelling inhoudt dat een knop of een soortgelijke functie moet worden aangeklikt, *wordt de knop* of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze *aangemerkt met alleen de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen. Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden.*"

3.6 Deze bepaling stond niet in het voorstel voor deze richtlijn dat de Europese Commissie ("*Commissie*") in 2008 heeft ingediend.[9] Tijdens het wetgevingsproces is, in het kader van de triloog[10] tussen het Europees Parlement ("*EP*"), de Raad van de Europese Unie ("*Raad*") en de Commissie, een

8 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 304/64. Deze richtlijn is gewijzigd door de zogenoemde 'Moderniseringsrichtlijn', voluit geheten 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 328/7. De volgende wijziging in verband met de duurzaamheidsagenda is al weer aanstaande. Zie: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken, COM(2022) 143 final.

9 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, Brussel, 8 oktober 2008, COM(2008)614 def. Een uitgebreide bespreking van dit voorstel is te vinden in: M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

10 Een triloog is een bijeenkomst van het Voorzitterschap van de Raad, vertegenwoordigers van het EP en een vertegenwoordiger van de Commissie. De triloog is een informele praktijk die er met name op is gericht om het over een wetgevingsvoorstel in de eerste lezing door het EP eens te worden zodat een tweede lezing achterwege kan blijven (zie art. 294 VWEU voor de verschillende stadia van de 'gewone wetgevingsprocedure'). Tegenwoordig is het de regel dat een wetgevingsvoorstel reeds in eerste lezing in triloogsessies wordt uitonderhandeld. Zie de statistieken in een door de Raad op zijn website gepubliceerd overzicht op https://www.consilium.europa.eu/media/66399/202307-general-overview.pdf.

tekstvoorstel over de duidelijkheid en ondubbelzinnigheid van de tekst op de bestelknop ingebracht.[11] Bij amendementen (nrs. 107, 235, 236) heeft het EP lid 1a aan (op dat moment) art. 11 van het richtlijnvoorstel toegevoegd.[12] Dit betrof een informatieplicht voor de situatie dat de consument een betalingsverplichting aangaat.[13] Het oogmerk was 'cost traps' bij overeenkomsten op afstand bestrijden.[14] In het verdere wetgevingsproces is het voorstel van het EP over de wijze waarop de handelaar de consument moet informeren over zijn betalingsverplichting (nog) specifieker gemaakt.[15] Op die manier is de bestelknopbepaling tot stand gekomen.

3.7 Punt 39 van de considerans van de Richtlijn consumentenrechten luidt:

> "Het is bij overeenkomsten op afstand die via een website worden gesloten, van belang ervoor te zorgen dat de consument de belangrijkste onderdelen van de overeenkomst volledig kan lezen en begrijpen, alvorens zijn bestelling te plaatsen. Met het oog daarop dient deze richtlijn te bepalen dat die onderdelen worden vermeld in de nabijheid van de plaats waar om bevestiging van de bestelling wordt gevraagd. *Ook is het van belang erop toe te zien dat de consument in dergelijke situaties het tijdstip kan vaststellen waarop hij de verplichting op zich neemt de handelaar te betalen. Daarom dient de aandacht van de consument door middel van een ondubbelzinnige formulering specifiek te worden gevestigd op het feit dat het plaatsen van de bestelling de verplichting tot het betalen van de handelaar met zich meebrengt.*"

Sanctionering van schending van informatieplichten in de Richtlijn consumentenrechten

3.8 Het doel van de Richtlijn consumentenrechten is om door de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming bij te dragen aan de goede werking van de interne markt (art. 1). Tegelijkertijd wordt beoogd een juist evenwicht te doen ontstaan tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven, met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel (considerans punt 4).[16]

3.9 Ingevolge art. 4 van deze richtlijn mogen de lidstaten niet in hun nationale recht bepalingen handhaven of invoeren die afwijken van het in de richtlijn vastgestelde niveau van consumentenbescherming. Dit is slechts anders als in de richtlijn zelf anders is bepaald.[17] Dit betekent dat de richtlijn uitgaat van maximumharmonisatie.[18]

3.10 De Richtlijn consumentenrechten laat de geldigheid van overeenkomsten in beginsel ongemoeid. Art. 3, met als opschrift 'Toepassingsgebied', bepaalt in lid 5 het volgende:

> "Voor zover algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet bij deze richtlijn worden geregeld, laat deze richtlijn de algemene bepalingen van nationaal verbintenissenrecht, zoals over de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten, onverlet."[19]

3.11 Anders dan bij de Richtlijn oneerlijke bedingen,[20] wordt de keuze voor sancties bij de schending van informatieplichten in de Richtlijn consumentenrechten veelal aan de lidstaten over gelaten. Ik verwijs naar art. 23 lid 1 en art. 24 lid 1 van die richtlijn:

> "De lidstaten zorgen ervoor dat passende en doeltreffende middelen beschikbaar zijn om de naleving van de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven."[21]
>
> "De lidstaten stellen de voorschriften vast ten aanzien van de sancties die van toepassing zijn op overtredingen van nationale bepalingen die zijn vastgesteld op grond van deze richtlijn en nemen alle nodige maatregelen om ervoor te

11 ST 9525/2011 INIT (5 mei 2011), p. 5-6.

12 Voor de op 24 maart 2011 aangenomen tekst van de amendementen, zie document TA/2011/116/P7, te raadplegen op: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0116_NL.html.

13 Het voorstel luidde: *"Indien een via elektronische weg te sluiten overeenkomst op afstand voor de levering van een goed of de verlening van een dienst, over de bedingen waarvan niet afzonderlijk is onderhandeld, een betalingsverplichting voor de consument inhoudt, is de consument alleen aan de overeenkomst gebonden wanneer:*
a) de handelaar de consument op duidelijke en expliciete wijze heeft gewezen op de totale prijs, met inbegrip van alle onderdelen die samen de totale prijs vormen; en
b) de consument heeft bevestigd dat hij de onder a) vermelde informatie heeft gelezen en begrepen. Bij via websites gesloten overeenkomsten wordt geacht aan deze eis te zijn voldaan indien de website zodanig van opzet is dat er alleen een bindende bestelling kan worden geplaatst wanneer de consument zich voorafgaand heeft geregistreerd op de website van de handelaar om op het aanbod van de handelaar in te gaan."

14 Zie ST 7650/2011 INIT, p. 4.

15 Welke teksten op het hier relevante punt in de onderhandelingen voorlagen blijkt uit Raadsdocumenten 10144/11 (16 mei 2011), 10481/11 (30 mei 2011), 11218/11 (8 juni 2011) en 11427/11 (10 juni 2011). Aan de kant van de Raad wordt de inzet in de triloogsessies voorbereid in het Comité van permanent vertegenwoordigers, dat aan het voorzitterschap van de Raad een onderhandelingsmandaat verleent. Zie over de eindfase van de onderhandelingen van de Richtlijn consumentenrechten M.B.M. Loos & J.A. Luzak, 'Richtlijn consumentenrechten in de eindfase', *NtER* 2011/7, p. 250 (tweede kolom, onder).

16 HvJEU 7 april 2022, C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269, *NJ* 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fuhrmann-2*), punt 31.

17 HvJEU 17 mei 2023, C-97/22, ECLI:EU:C:2023:413 (*DC/HJ*), punt 30.

18 Hiermee wordt aangesloten bij de trend op het gebied van consumentenbescherming waar aanvankelijk overwegend minimumharmonisatie gold. Zie ook *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/281a.

19 Zie ook de considerans punt 14.

20 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29. Art. 6 van die richtlijn bepaalt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. Vgl. HvJEU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia*).

21 De Engelstalige tekst is helderder en accurater: "*Member States shall ensure that adequate and effective means exist to ensure compliance with this Directive*."

zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn."[22]

3.12 De (cumulatieve) voorwaarden doeltreffend, evenredig en afschrikkend komen sinds jaar en dag in nagenoeg identieke bewoordingen in richtlijnen op uiteenlopende gebieden voor. Zij vormen de randvoorwaarden waaraan toegepaste sancties moeten voldoen in een stelsel waarin de controle op naleving en sanctionering aan de lidstaten is overgelaten.[23] Doeltreffend betekent hier dat de sanctie ervoor zorgt dat de norm wordt nageleefd en de consument in zijn rechten wordt hersteld.[24] Evenredig houdt in dat een sanctie geschikt is voor het doel ervan, niet verder gaat dan nodig en in verhouding staat tot de normschending.[25] Afschrikwekkend behelst dat de sanctie een handelaar ervan kan weerhouden een overtreding te begaan.

3.13 In het algemeen geldt in het Unierecht dat lidstaten enige vrijheid hebben bij het vaststellen van remedies die moeten volgen op een schending van Unierecht.[26] In lijn hiermee is het uitgangspunt dat het aan het nationale recht is om te bepalen wat de gevolgen van de nietigverklaring van een overeenkomst zijn.[27] Deze gevolgen mogen echter geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de bepalingen van de richtlijn en niet in strijd zijn met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen.[28] De beoogde afschrikwekkende werking van een richtlijnsanctie kan bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de wederpartij van de consument begrenzen om vorderingen in te stellen naar aanleiding van een vernietiging van een overeenkomst.[29] Deze wederpartij kan naar nationaal recht wel recht hebben op restitutie die strekt tot teruggave van wat is gegeven.[30] Dat zorgt mede voor, althans staat niet in de weg aan herstel van de situatie waarin de consument zich zonder het sluiten van de overeenkomst zou bevinden.

3.14 Om de eenvormige en volledige toepassing van het Unierecht te garanderen is voor sommige informatieplichten gepreciseerd welke sancties lidstaten moeten toepassen.[31] Art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten is hiervan een voorbeeld. Zoals wij zagen (zie 3.5) luidt het slot van die bepaling: "*Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden.*" Dit gedeelte van de bepaling is in art. 6:230v lid 3 BW 'vertaald' in vernietigbaarheid van de overeenkomst.[32]

3.15 De Richtlijn consumentenrechten, en tot op heden ook de rechtspraak daarover, bevat geen aanwijzing hoe de lidstaten moeten omgaan met *de gevolgen* van de toepassing van de sanctie 'niet binden'. Deze sanctie doet denken aan de sanctie die art. 6 lid 1 van Richtlijn 93/13/EEG verbindt aan een oneerlijk beding in een overeenkomst met een consument (zie voetnoot 20).[33] Uit de rechtspraak over

22 Tekst zoals gewijzigd in 2019 door art. 4 lid 13 van de Moderniseringsrichtlijn (genoemd in voetnoot 8). Toen is ook een nieuw tweede lid toegevoegd aan art. 24 van de Richtlijn consumentenrechten. Op grond daarvan dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat bij het opleggen van sancties waar passend rekening wordt gehouden met (zes) niet-limitatieve gezichtspunten, waaronder "*a) de aard, de ernst, de omvang en de duur van de inbreuk.*" Deze criteria hebben op het eerste gezicht weinig invloed op civielrechtelijke remediëring.

23 Dit vloeit overigens ook voort uit het beginsel van loyale samenwerking, dat is neergelegd in art. 4 lid 3 VEU. Zie bijv. HvJEU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*), punt 59: "*In het bijzonder zijn de lidstaten volgens vaste rechtspraak van het Hof met betrekking tot het beginsel van loyale samenwerking, dat thans in artikel 4, lid 3, VEU is neergelegd, weliswaar vrij in de keuze van de sancties op inbreuken op het Unierecht, maar moeten zij er met name op toezien dat die sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn* […]."

24 C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *NTBR* 2022/28, par. 2.1.

25 F. Cafaggi & I. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions', *ERPL* 2017/3, p. 578.

26 Zie over deze 'remedial autonomy': V. Trstenjak & E. Beysen, 'European Consumer Protection Law: Curia Semper Dabit Remedium?', *CMLR* 2011, p. 104-109. Deze auteurs refereren in de titel van hun artikel aan het adagium *ubi ius, ibi remedium*.

27 Zie bijv. HvJEU 29 april 2021, C-19/20, ECLI:EU:C:2021:341, *NJ* 2021/342, m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*), punt 84.

28 HvJEU 15 juni 2023, C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478, *TvC* 2023/5, (p. 200-212), m.nt. J.J.A. Braspenning (*Szcześniak/Bank M.*), punt 64. Aldus ook A-G Szpunar in punt 61 van zijn conclusie (ECLI:EU:C:2022:715) vóór HvJEU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*D.V./M.A.*).

29 HvJEU 15 juni 2023, C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478, *TvC* 2023/5, (p. 200-212), m.nt J.J.A. Braspenning (*Szcześniak/Bank M.*), punt 75-76. Die zaak ging over een hypothecaire kredietovereenkomst die nietig moest worden verklaard. De vordering van de bank werd door het HvJEU gelimiteerd tot het bedrag dat door de bank was uitgeleend, plus rente. Een gevorderde vergoeding voor het gebruik van het uitgeleende kapitaal door de consument werd daarmee van de hand gewezen. Het arrest wordt besproken door: K.W.G. Heesterbeek, 'Oneerlijke bedingen, nietige overeenkomsten en het ongedaan maken van prestaties: het blijft een puzzel', *Bb* 2023/60.

30 Dit volgt o.a. uit HvJEU 29 april 2021, C-19/20, EU:C:2021:341, *NJ* 2021/342, m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*), punt 98. Vgl. ook HvJEU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*D.V./M.A.*), punt 62: "*[…] is het immers niet uitgesloten dat de nietigverklaring van een overeenkomst die betrekking heeft op reeds verrichte juridische diensten de consument in een situatie van rechtsonzekerheid brengt*, met name wanneer het nationale recht de advocaat de mogelijkheid biedt om op basis van een andere rechtsgrond dan de nietig verklaarde overeenkomst vergoeding voor zijn diensten te eisen. *[…].*"

31 K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nr. 618.

32 *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3 (*MvT*), p. 51: "*[…] De slotzin verduidelijkt dat de overeenkomst die in strijd met deze bepaling tot stand is gekomen door de consument kan worden vernietigd. Daarmee wordt de zinsnede «Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden» geïmplementeerd. Deze bevoegdheid tot vernietiging betekent dat het uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten.*"

33 Aldus ook: plv. P-G Wissink in punt 7.10 van zijn conclusies (ECLI:NL:PHR:2021:757 en ECLI:NL:PHR:2021:758) vóór HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato I*).

de gevolgen van het toepassen van die bepaling kan worden afgeleid waar de nationale rechter rekening mee moet houden.[34]

Implementatie elders en richtlijnconforme interpretatie

3.16 In de ons omringende landen is art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten als volgt geïmplementeerd: *(zie tabel)*.

3.17 België en het Verenigd Koninkrijk (zoals bekend geen lid meer van de EU) hebben de slotzin letterlijk overgenomen. Frankrijk gaat uit van nietigheid van de op afstand gesloten overeenkomst bij overtreding van de bestelknopverplichting. In Duitsland is bepaald dat in geval de handelaar de precontractuele informatieverplichting genoemd in art. 8 lid 2, tweede alinea, schendt, er geen overeenkomst tot stand komt. Dat laatste is niet zonder meer in het belang van de consument (zie hierna, 3.20).

3.18 De nationale rechter is gehouden zijn nationale recht richtlijnconform uit te leggen.[35] Deze verplichting geldt voor het gehele nationale recht, maar in het bijzonder voor een speciaal ter omzetting van een richtlijn vastgestelde nationale regeling (zoals in dit geval art. 6:230v lid 3 BW).[36] De nationale rechter moet bij de toepassing van het nationale recht dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn ten

Land	*Implementatie-wetgeving*	*Wettekst*
België	Art. VI.46 § 2 Wetboek van economisch recht	"[…] De onderneming ziet erop toe dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling, uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien het plaatsen van een bestelling inhoudt dat een knop of een soortgelijke functie moet worden aangeklikt, wordt de knop of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze aangemerkt met alleen de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een verplichting inhoudt om de onderneming te betalen. *Indien aan de bepalingen van dit lid niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden*."
Duitsland	§ 312j Bürgerliches Gesetzbuch Abs. 3 und 4	"(3) Der Unternehmer hat die Bestellsituation bei einem Vertrag nach Absatz 2 so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche, ist die Pflicht des Unternehmers aus Satz 1 nur erfüllt, wenn diese Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern 'zahlungspflichtig bestellen' oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist. (4) *Ein Vertrag nach Absatz 2 kommt nur zustande, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus Absatz 3 erfüllt.*"
Frankrijk	Article L221-14 deuxième alinéa et Article L242-2 Code de la consommation	"[…] Le professionnel veille à ce que le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible: commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement. […]" "*Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 221-14 sont prévues à peine de nullité du contrat conclu par voie électronique.*"
Verenigd Koninkrijk	Section 14 par. 4 and 5 The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013	"(4) If placing an order entails activating a button or a similar function, the trader must ensure that the button or similar function is labelled in an easily legible manner only with the words 'order with obligation to pay' or a corresponding unambiguous formulation indicating that placing the order entails an obligation to pay the trader. (5) *If the trader has not complied with paragraphs (3) and (4), the consumer is not bound by the contract or order.*"

34 Zie recent over deze rechtspraak: P. Iamiceli, The 'Punitive Nullity' of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: A Principle-Based Analysis, *ECML* 2023/4, p. 142-150.

35 HvJEG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), punt 26.

36 HvJEG (Grote Kamer) 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, *NJ* 2005/333 m.nt. M.R. Mok (*Pfeiffer e.a.*), punten 113-115.

einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.[37] Het Hof van Justitie van de Europese Unie ("*Hof*") heeft horizontale directe werking van richtlijnbepalingen afgewezen, om de in de kern institutionele reden dat de Europese Unie *niet bevoegd* is om in een richtlijn aan particulieren rechtstreeks verplichtingen op te leggen.[38] Daaruit volgt dat een richtlijn in geschillen tussen particulieren ('horizontaal') niet rechtstreeks toepasselijk is. De verplichting het nationale recht richtlijnconform uit te leggen speelt mede daarom een sleutelrol bij de effectieve doorwerking van richtlijnen in door het vermogensrecht beheerste rechtsverhoudingen.[39]

3.19 In het arrest *[…]/[…]*, dat betrekking heeft op oneerlijke bedingen in een consumentenkoop, heeft de Hoge Raad de 'vernietigbaarheid' van art. 6:233 BW richtlijnconform geïnterpreteerd, in die zin dat de rechter de onredelijkheid van een beding in algemene voorwaarden (in dat geval een rentebeding) ambtshalve dient te beoordelen en het beding zo nodig dient te vernietigen.[40] Ik citeer uit dat arrest:

> "3.7.1 Richtlijn 93/13 is niet rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. Een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht brengt echter mee dat de Nederlandse rechter op grond van art. 6:233 BW gehouden is het hiervoor bedoelde onderzoek ambtshalve te verrichten ingeval Richtlijn 93/13 die verplichting meebrengt.
>
> 3.7.2 In dit verband is van belang dat uit art. 6 lid 1 van Richtlijn 93/13 de verplichting van de Lidstaten voortvloeit om een oneerlijk beding niet-bindend te oordelen. Het HvJEU heeft deze bepaling aldus uitgelegd dat de nationale rechter die heeft vastgesteld dat een beding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument oneerlijk is, zonder meer verplicht is dat beding voor de consument buiten toepassing te laten (HvJEU 30 mei 2013, C-488/11 (*Asbeek Brusse en De Man Garabito*), punt 55-60).
>
> 3.7.3 Voor het Nederlandse recht betekent het vorenstaande dat indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, hij gehouden is het beding te vernietigen."

3.20 De genoemde Duitse implementatiebepaling toont waarom richtlijnconforme interpretatie nodig kan zijn. Het niet tot stand komen van een overeenkomst als sanctie betekent strikt genomen dat de consument geen nakoming meer kan verlangen.[41] Dat is niet consumentvriendelijk,[42] maar strookt ook niet met de richtlijnsanctie dat alleen de consument niet is gebonden aan de overeenkomst of bestelling.[43] Het vierde lid van art. 312j BGB moet daarom richtlijnconform worden uitgelegd. Dat leidt ertoe dat de overeenkomst "*schwebend bzw. relativ unwirksam ist*".[44] Deze rechtsfiguur lijkt op 'vernietigbaar' in de Nederlandse implementatiebepaling art. 6:230v lid BW.[45]

Het arrest Fuhrmann

3.21 In zijn arrest van 7 april 2022 in de zaak *Fuhrmann-2* (hierna: *Fuhrmann*) heeft het Hof art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten uitgelegd.[46] Een consument (B.) had via Booking.com vier kamers geboekt in een hotel. Hij had daartoe, na op de knop "Ik ga boeken" te klikken, zijn persoonsgegevens en de namen van de andere gasten ingevuld en daarna geklikt op een knop met de woorden "Voltooi boeking" (*Buchung abschließen*). B. had de kamers niet vooruitbetaald. B. en zijn gezelschap zijn op de geboekte dag niet verschenen. De eigenaar van het hotel, de vennootschap *Fuhrmann-2*, bracht conform haar algemene voorwaarden aan B. € 2.240 annuleringskosten in rekening, die niet werden betaald. Er volgde een invorderingsprocedure bij Amtsgericht Bottrop, dat een prejudiciële vraag heeft gesteld over art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten.[47]

3.22 De vraag hield in of bij de beoordeling van de vraag of een tekst op een bestelknop gelijkwaardig is aan de voorbeeldtekst uit die bepaling ('bestelling met betalingsverplichting', '*zahlungspflichtig bestellen*') uitsluitend rekening moet worden gehouden met de tekst op de bestelknop of dat ook

37 HvJEG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), punt 8.

38 Vaste rechtspraak, zie o.a. HvJEU 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), punten 42 en 43. Zie ook mijn conclusie van 30 juni 2023 in zaak 22/02895, ECLI:NL:PHR:2023:644 vóór HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1528 (*Van Eeden/VGZ*), onder 5.61.

39 Zie *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/181.

40 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*[…]/[…]*). Dit arrest is o.a. besproken door: A.S. Hartkamp, *WPNR* 2013/6996, p. 1057-1060.

41 C. Wendehorst, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 2022 (9. Auflage), § 312j, punt 33.

42 Zie o.a. S. Stiegler, 'Anforderungen an den Internet-Bestellbutton', *NJW* 2022/1421, onder 16, met verwijzingen. Zie o.a. Hau/Poseck, in: *BeckOK BGB*, 2023 (66. Edition), punt 41. Er zijn overigens ook auteurs die geen keuzemogelijkheid voor de consument zien: A. Weiss, "Die Untiefen der 'Button'-Lösung", *JuS* 2013. p. 592.

43 Zie: H. Schulte-Nölke, in: *Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2021 (11. Auflage), § 312j, punt 3. Aldus ook: B. Raue, "Kostenpflichtig bestellen" — ohne Kostenfalle? — Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, *MMR* 2012, p. 442-443.

44 C. Wendehorst, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 2022 (9. Auflage), § 312j, punt 33; Hau/Poseck, in: *BeckOK BGB*, 2023 (66. Edition), punt 41; Amtsgericht Berlin-Mitte 2 november 2022, 123 C 77/22, ECLI:DE:AGBEMI:2022:1102.123C77.22.0A, *BeckRS* 2022/36543, rov. 13.

45 Zie bijv. L. Rudkwoski & D. Werner, "Neue Pflichten für Anbieter jenseits der 'Button-Lösung' — Paid Content-Verträge nach der Verbraucherrechte-Richtlinie", *MMR* 2012, p. 714: *"Der Verbraucher kann den Vertrag gegen sich gelten lassen, muss dies aber nicht*."

46 HvJEU 7 april 2022, C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269, *NJ* 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fuhrmann-2*). Zie voor een bespreking van dit arrest ook: S. Stiegler, 'Anforderungen an den Internet-Bestellbutton. Bezugspunkt der Gleichwertigkeit alternativer Formulierungen', *NJW* 2022, p. 1451 e.v.

47 Amtsgericht Bottrop 24 maart 2021, 12 C 158/19, ECLI:DE:AGBOT:2021:0324.12C158.19.00, *BeckRS* 2021, 51045 (*Fuhrmann-2*).

(de informatie verstrekt tijdens) het bestelproces bij die beoordeling mag worden betrokken. De verwijzende rechter neigde naar de eerste benadering.

3.23 In zijn arrest, dat is gewezen door een kamer van drie rechters en zonder voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal,[48] koos het Hof ook voor die lijn. Het overwoog:

> "26 […] dat op de bestelknop of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze en met ondubbelzinnige woorden een vermelding moet worden aangebracht waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling voor de consument een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen. Hoewel deze bepaling de formulering 'bestelling met betalingsverplichting' noemt, blijkt uit de bewoordingen van die bepaling ook dat deze formulering een voorbeeld is en dat *de lidstaten de handelaar mogen toestaan een andere overeenkomstige formulering te gebruiken, mits deze ondubbelzinnig is wat het ontstaan van die verplichting betreft*.
>
> 27 Wanneer dus, zoals in casu, een nationale regeling tot omzetting van deze bepaling, net als de richtlijn, zelf geen precieze voorbeelden van overeenkomstige formuleringen bevat, zijn de handelaren vrij in hun keuze van de te gebruiken woorden, *mits uit die woorden ondubbelzinnig blijkt dat de consument, zodra hij de bestelknop of soortgelijke functie aanklikt, een betalingsverplichting aangaat*.
>
> 28 Bovendien blijkt even duidelijk uit de bewoordingen van artikel 8, lid 2, tweede alinea, tweede volzin, van richtlijn 2011/83, gelezen in samenhang met het woord 'uitdrukkelijk' in artikel 8, lid 2, tweede alinea, eerste volzin, van deze richtlijn, dat de in deze bepaling bedoelde formulering op de knop of de soortgelijke functie moet staan. Mede gelet op hetgeen in het vorige punt van het onderhavige arrest is aangegeven, betekent dit dat er, om te beoordelen of de handelaar heeft voldaan aan zijn verplichting om erop toe te zien dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling uitdrukkelijk erkent dat deze een betalingsverplichting inhoudt, *alleen rekening moet worden gehouden met de woorden op die knop of soortgelijke functie.*
>
> 29 Voor deze uitlegging is steun te vinden in overweging 39 van richtlijn 2011/83, waarvan de laatste twee zinnen preciseren dat de aandacht van de consument door middel van een ondubbelzinnige formulering specifiek, en dus zonder verwijzing naar een algemene beoordeling van de omstandigheden, dient te worden gevestigd op het feit dat het plaatsen van de bestelling voor hem een betalingsverplichting met zich meebrengt, zodat voor hem duidelijk is op welk moment hij die verplichting aangaat.
>
> 30 Deze uitlegging vindt ook steun in de doelstelling van richtlijn 2011/83, die erin bestaat om op het gebied van de informatieverstrekking *een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen*, zoals blijkt uit punt 21 van het onderhavige arrest. De afronding van een bestelproces waarbij voor de consument een betalingsverplichting ontstaat, is immers een fundamentele stap, aangezien deze afronding inhoudt dat de consument ermee instemt niet alleen gebonden te zijn door de overeenkomst op afstand, maar ook door die verplichting. *Aan die doelstelling wordt derhalve afbreuk gedaan indien de consument, bij het aanklikken van een knop of soortgelijke functie, uit de omstandigheden van dit proces zou moeten afleiden dat hij een betalingsverplichting* aangaat, terwijl de woorden op die knop of functie hem niet in staat stellen met absolute zekerheid vast te stellen dat dit de gevolgen zullen zijn.
>
> […]
>
> 32 Gelet op de overwegingen in punt 26 van het onderhavige arrest *staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het hoofdgeding de formulering 'voltooi boeking' in de Duitse taal, rekening houdend met uitsluitend de bewoordingen van die formulering en los van de omstandigheden van het boekingsproces, kan worden geacht overeen te komen met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting'* […].
>
> 33 In dit verband zal *de verwijzende rechter met name moeten nagaan of de term 'boeking' in het Duits, zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting*. Zo niet, dan zal moeten worden geconcludeerd dat de uitdrukking 'voltooi boeking' dubbelzinnig is en dus niet kan worden beschouwd als een formulering die overeenkomt met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' […]."

Het Hof heeft daarop het volgende voor recht verklaard:

> "Artikel 8, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2011/83/EU […] moet aldus worden uitgelegd dat, teneinde in de context van een bestelproces voor het op elektronische wijze sluiten van een overeenkomst op afstand te bepalen of een op de bestelknop of soortgelijke functie aangebrachte formulering, zoals de formulering 'voltooi boeking', 'overeenkomt' met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' in de zin van die bepaling, *uitsluitend moet worden uitgegaan van de woorden op die knop of soortgelijke functie*."

3.24 Het Hof heeft aldus bepaald dat de woorden op de bestelknop met absolute zekerheid moeten meebrengen dat in de ogen van de 'normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument' *noodzakelijkerwijs en consistent* een betalingsverplichting ontstaat. Niet volstaat dat die verplichting kan worden afgeleid uit het

48 Art. 20, vijfde alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaalt: "*Wanneer het Hof van oordeel is dat in de zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is, kan het Hof, de advocaat-generaal gehoord, beslissen dat de zaak zonder conclusie van de advocaat-generaal zal worden berecht.*"

bestelproces. De in het verbintenissenrecht vertrouwde contextuele benadering, waarbij rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het geval, lijkt hier te moeten wijken voor een nogal zwart-wit benadering, waarvan het doel is de consument maximale bescherming te bieden.[49] Zoals ik hierna toelicht, ligt dit in mijn ogen genuanceerder.

3.25 De hoteleigenaar trok in die zaak dus aan het kortste eind, al werd het laatste woord daarover zoals gebruikelijk aan de nationale rechter gelaten (arrest, punt 33). Gezien de feiten vind ik die uitkomst nogal onbevredigend.[50] Ik wijs erop dat, net als in de onderhavige zaak, de consument er niet voor had gekozen (de gereserveerde hotelkamers) vooruit te betalen.[51] Had hij dat wel gedaan, dan zou weinig twijfel kunnen bestaan over de wilsvorming van B. om zich contractueel te verbinden.[52] In dat geval zou er ook al zijn betaald en zou een incassoprocedure normaal gesproken niet nodig zijn geweest.

3.26 Ik acht het maatschappelijk onwenselijk als online gesloten koopovereenkomsten die zijn uitgevoerd omdat is betaald en geleverd en de termijn voor herroeping is verstreken, op initiatief van een consument of van een claimorganisatie namens consumenten zouden kunnen worden vernietigd op de grond dat achteraf is gebleken dat de tekst op de bij aankoop gebruikte bestelknop (toevallig) niet voldeed. Dergelijke acties zouden een grote extra belasting kunnen gaan vormen voor webwinkels en voor het gerechtelijk apparaat, hoewel de consument geen nadeel heeft geleden en daarom niet duidelijk is waartegen hij zou moeten worden beschermd.

Recente nationale rechtspraak over de bestelknop

3.27 In Nederland heeft *Fuhrmann* geleid tot een hausse aan uitspraken waarin de tekst op een bestelknop aan art. 6:230v lid 3 BW wordt getoetst. De praktijk is ontwaakt, aldus Drion.[53] Steeds gaat het daarbij om zaken waarin de handelaar of een incassokantoor als eiser optreedt, en dus niet om zaken die door of namens consumenten aanhangig zijn gemaakt.

3.28 Voor zover kenbaar zijn daarbij de volgende teksten getoetst:

- Bestelling plaatsen[54]
- Bestelling afronden[55]
- Bestellen en betalen[56]
- Bestel nu[57]
- Plaats bestelling[58]
- Bevestig bestelling[59]
- Plaats je bestelling[60]
- Aanvraag versturen[61]
- Bevestig je aanvraag[62]

49 Zie ook de zojuist in voetnoot 46 genoemde *NJ*-noot van Tjong Tjin Tai.

50 Uit de verwijzingsuitspraak blijkt dat het ging om een betrekkelijk klein hotel ('Hotel Goldener Anker') in een plaats aan de kust van Oost-Friesland, waar B. — tien maanden van te voren — vier kamers voor vijf nachten had geboekt in de Hemelvaartweek van 2019. Een *no show* kan dan een behoorlijke financiële strop zijn. Uit de feiten van de zaak blijkt niet dat Booking.com deze strop voor de hoteleigenaar heeft verzacht.

51 Op grond van het Nederlandse kooprecht kan bij een consumentenkoop de koper slechts worden verplicht ten hoogste de helft van de koopprijs vooruit te betalen (art. 7:26 lid 2 BW).

52 Er zijn, in bredere context dan alleen de bestelknopproblematiek, scenario's denkbaar waarin de wilsvorming van de consument wellicht toch niet helemaal zuiver verloopt. Te denken valt aan (i) een consument die alleen heeft betaald omdat hij — bij gebreke aan voorlichting over zijn herroepingsrecht — dacht dat hij gebonden was en moest betalen, hoewel hij eigenlijk niet meer gebonden wilde zijn en (ii) een consument die aanvankelijk gebonden wilde zijn en heeft betaald, maar later spijt kreeg en het er maar bij heeft laten zitten omdat hij — bij gebreke aan voorlichting over zijn herroepingsrecht — dacht dat hij gebonden was en moest betalen.

53 Aldus C.E. Drion in redactioneel *NJB* 2022/2025.

54 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Zeeland-West Brabant 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5858 (*Bol.com/X*); Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5029 (*Bol.com/X*); Rb. Rotterdam 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8559 (*Billink Financial Solutions/X*); Rb. Rotterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6318 (*Billink Financial Solutions/X*); Rb. Den Haag 13 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:15141 (*Capayable/X*); Rb. Noord-Holland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5035, *TvC* 2022/4, p. 204-207, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Billink Financial Solutions/X*); Rb. Amsterdam 16 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1433 (*Gewoon Energie/X*); Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3278 (*Bol.com/X*).
Bestelknop voldoet: Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4182 (*Arvato Finance.nl/X*); Rb. Noord-Nederland 29 november 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4523 (*Bol.com/X*); Rb. Noord-Nederland 13 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3318 (*Bol.com/X*); Rb. Noord-Nederland 13 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3328 (*Bol.com/X*).

55 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Den Haag 8 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:15043 (*Azzuro Investments/X*); Rb. Noord-Holland 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9910 (*Capaccs Invest 2/X*).

56 *Bestelknop voldoet:* Rb. Noord-Holland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9104 (*DAC/X*); Rb. Amsterdam 8 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6663 (*Bol.com/X*).

57 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Amsterdam 2 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2455 (*Brisk ICT/X*).

58 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 19 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3700 (*Capaccs Invest II/X*); Rb. Amsterdam 19 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4810 (*Ziggo Services/X*); Rb. Noord-Holland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5030 (*Ziggo/X*); Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2468 (*Arrow/X*).

59 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Overijssel 5 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2093 (*Capaccs Invest 2/X*).

60 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5023 (*Billink Financial Solutions/X*).

61 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 2 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9920 (*Hoist Finance/X*); Rb. Noord-Holland 2 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9921 (*Hoist Finance/X*); Rb. Noord-Holland 29 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9114 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Noord-Holland 7 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7749 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Noord-Holland 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7537 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Noord-Holland 10 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:6850 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2470 (*Intrum Nederland/X*).

62 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2471 (*Innova Energie/X*); Rb. Amsterdam 16 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1433 (*Gewoon Energie/X*).
Bestelknop voldoet: Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5201 (*Innova Energie/X*); Hof Amsterdam 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2173 (*X/Y*).

- Direct aanvragen[63]
- Aanvragen[64]
- Doorgaan naar bevestiging[65]
- Bevestig en borg betalen[66]
- Verzenden[67]
- Akkoord[68]
- Aanbod aanvaarden[69]
- Aanmelden[70]

3.29 Over de meeste teksten is (in het merendeel van de zaken) geoordeeld dat die niet voldoen aan art. 6:230v lid 3 BW. Dat geldt onder meer voor de tekst 'bestelling plaatsten' die in deze zaak ter beoordeling voorligt (zie voetnoot 54). De daarvoor gegeven motivering is beknopt, wat erop kan duiden dat de kantonrechters de gegeven beoordeling voor de hand liggend vonden. De uitzondering daarop is rechtbank Noord-Nederland (en daarbinnen: verschillende kantonrechters). Een mogelijke verklaring daarvoor is dat in de vier uitspraken waarin 'bestelling plaatsen' wordt goedgekeurd, het bestelproces lijkt te worden meegewogen.[71] Ik citeer de passages waaruit dit blijkt:

> "3.10 De kantonrechter overweegt verder dat uit de tekst '*Bestelling plaatsen*' op de bestelknop van Bol.com in samenhang met de direct rondom die knop zichtbare informatie en het bestelproces dat gedaagde voor het bereiken van die knop heeft moeten doorlopen, voldoende duidelijk blijkt dat door op die bestelknop te drukken een betalingsverplichting wordt aangegaan. […]."[72]
>
> "2.7 […] Een andere uitleg zou ook moeilijk te rijmen zijn met de feitelijke gedragingen van de consument, die immers een product uitzoekt, waarbij de prijs genoemd is, dit product in een (virtuele) winkelmand legt, daarmee naar de (virtuele) kassa gaat door op de knop 'Naar betalen' te klikken, daarna betaalgegevens invult en tenslotte op de knop 'Bestelling plaatsen' klikt. In het licht van deze feitelijke handelingen kan de aan de bestelling verbonden betalingsverplichting bezwaarlijk als een verrassing worden beschouwd waarop de consument niet bedacht hoefde te zijn."[73]
>
> "2.12 De kantonrechter overweegt verder dat uit de tekst 'Bestelling plaatsen' op de bestelknop van Badplaats B.V. in samenhang met de direct rondom die knop zichtbare informatie en het bestelproces dat gedaagde voor het bereiken van die knop heeft moeten doorlopen, voldoende duidelijk blijkt dat door op die bestelknop te drukken een betalingsverplichting wordt aangegaan."[74]
>
> "2.10 […] De gemiddelde consument die een webshop bezoekt en op enig moment uitkomt bij de knop met de tekst 'bestelling plaatsen' zal zich realiseren en zich bewust zijn van het feit dat met een druk op die knop een bestelling wordt geplaatst waarvoor betaald moet worden."[75]

3.30 Van de drie hofuitspraken die ik heb gevonden, keuren twee de formulering 'Bevestig je aanvraag' goed,[76] en één de tekst 'Direct aanvragen' af.[77] In de twee zaken waarin geen schending is aangenomen, moest eerst op een afzonderlijk aanvinkvakje worden geklikt met daarachter de tekst: 'ik begrijp dat ik een betalingsovereenkomst aanga en accepteer de voorwaarden'. Nadat op dat vakje was geklikt, kon op de bestelknop worden geklikt met de tekst 'Bevestig je aanvraag'. Dat was in de derde zaak, over de knop met de tekst 'Direct aanvragen' niet het geval. Dit zou het verschil in beoordeling mogelijk kunnen verklaren.

3.31 Grotere verschillen in uitkomst zijn er ten aanzien van *de gevolgen van schending van art. 6:230v lid 3 BW*. Er is zowel gekozen voor volledige vernietiging als voor gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst. En ook over de rechtsgevolgen van een vernietiging is (zeer) verschillend geoordeeld.[78] De onderstaande tabel geeft een en ander kort weer.

63 *Bestelknop voldoet niet:* Hof Amsterdam 13 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1371 (*Engie Nederland Retail/X*); Rb. Overijssel 7 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1614 (*Engie Nederland Retail/X*).

64 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Rotterdam 29 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6346 (*X/Y*).

65 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9908 (*Capaccs Invest II/X*).

66 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4676 (*BSH Huishoudapparaten/X*).

67 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:474 (*Innova Energie/X*).

68 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Overijssel 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:861 (*Ennatuurlijk/X*).

69 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:2331 (*Innova Energie/X*).

70 *Bestelknop voldoet niet:* Rb. Noord-Holland 12 september 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:9106 (*CE Credit Management Invest Fund 1 B.V./X*).

71 Aldus ook: M.Y. Schaub, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:230v BW, aant. 3 (online bijgewerkt t/m 12 februari 2023).

72 Rb. Noord-Nederland 13 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3318 (*Bol.com/X*).

73 Rb. Noord-Nederland 13 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3328 (*Bol.com/X*).

74 Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4182 (*Arvato Finance.nl/X*).

75 Rb. Noord-Nederland 29 november 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4523 (*Bol.com/X*).

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5201 (*Innova Energie/X*); Hof Amsterdam 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2173 (*X/Y*).

77 Hof Amsterdam 13 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1371 (*Engie Nederland Retail/X*). Dit hof overweegt in rov. 3.5: "*[…] De door Engie aangevoerde omstandigheden, kort samengevat dat tijdens het bestelproces te zien is wat het door Engie aangeboden termijnbedrag is, zijn daartoe onvoldoende nu het Hof van Justitie van de EU in de hiervoor onder 3.4 aangehaalde Fuhrmannzaak onmiskenbaar streng is in de toepassing van de richtlijn. […].*"

78 Een aantal rechters heeft geen gevolgen verbonden aan een schending van art. 6:230v lid 3 BW, maar in plaats daarvan de handelaar aangespoord de bestelknop zo spoedig mogelijk aan te passen: Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3278 (*Bol.com/X*); Rb. Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:15140 (*Arvato Finance/X*); Rb. Den Haag 13 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:15141 (*Capayable/X*).

Categorie A	*Variant*
Vernietiging van de gehele overeenkomst	A.1 De overeenkomst wordt vernietigd, zonder nadere voorzieningen.[79]
	A.2 Integrale vernietiging van de overeenkomst, met ongedaanmakingsverplichtingen.[80]
Categorie B	*Variant*
Gedeeltelijke vernietiging c.q. vermindering koopprijs	B.1 De overeenkomst wordt vernietigd wat betreft de betalingsverplichting van gedaagde en eiser moet haar verplichtingen uit de overeenkomst wél nakomen.[81]
	B.2 De overeenkomst is vernietigbaar wat betreft de betalingsverplichting van gedaagde.[82]
	B.3 Gedeeltelijke vernietiging, in die zin dat (alleen) de betalingsverplichting voor gedaagde wordt vernietigd.[83]
	B.4 Voornemen gedeeltelijke vernietiging overeenkomst, vermindering betalingsverplichting tot nihil.[84]
	B.5 De uit de overeenkomst voortvloeiende betalingsverplichting voor 25% te vernietigen.[85]
	B.6 Voornemen tot vermindering betalingsverplichting consument met 25% of 50%.[86]
	B.7 Vernietiging betalingsverplichting, met als rechtsgevolg dat gedaagde moet teruggeven wat zij op grond van de overeenkomst heeft ontvangen.[87]
	B.8 De betalingsverplichting van gedaagde wordt vernietigd en gedaagde wordt veroordeeld tot afgifte.[88]

79 Rb. Rotterdam 6 juli 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5846 (*Innova Energie/X*); Hof Amsterdam 13 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1371 (*Engie Nederland Retail/X*); Rb. Overijssel 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:861 (*Ennatuurlijk/X*); Rb. Overijssel 7 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1614 (*Engie Nederland Retail/X*); Rb. Den Haag 8 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:15043 (*Azzuro Investments/X*); Rb. Limburg 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7668 (*Innova Energie/X*); Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2468 (*Arrow/X*); Rb. Overijssel 5 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2093 (*Capaccs Invest 2/X*); Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2470 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2471 (*Innova Energie/X*).

80 Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4347 (*Bol.com/X*), Rb. Rotterdam 18 augustus 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7384 (*Intrum Nederland/X*).

81 Rb. Noord-Holland 12 september 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:9106 (*CE Credit Management Invest Fund 1 B.V./X*); Rb. Noord-Holland 19 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3700 (*Capaccs Invest II/X*); Rb. Noord-Holland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:474 (*Innova Energie/X*); Rb. Noord-Holland 29 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9114 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Noord-Holland 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9910 (*Capaccs Invest 2/X*); Rb. Noord-Holland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9908 (*Capaccs Invest II/X*); Rb. Noord-Holland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4676 (*BSH Huishoudapparaten/X*); Rb. Noord-Holland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5035, *TvC* 2022/4, p. 204-207 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Billink Financial Solutions/X*); Rb. Noord-Holland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5030 (*Ziggo/X*); Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5029 (*Bol.com/X*); Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5023 (*Billink Financial Solutions/X*).

82 Rb. Noord-Holland 2 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9920 (*Hoist Finance/X*); Rb. Noord-Holland 2 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9921 (*Hoist Finance/X*); Rb. Noord-Holland 7 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7749 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Noord-Holland 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7537 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Noord-Holland 10 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:6850 (*Intrum Nederland/X*).

83 Rb. Amsterdam 19 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2778 (*Arrow/X*).

84 Rb. Amsterdam 19 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4810 (*Ziggo Services/X*).

85 Rb. Rotterdam 22 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4910 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Rotterdam 9 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4892 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Rotterdam 19 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4643 (*Arrow/X*); Rb. Rotterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3841 (*Bol.com/X*); Rb. Rotterdam 24 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3163 (*Engie Nederland Retail/X*); Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:2331 (*Innova Energie/X*); Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2041 (*Bol.com/X*); Rb. Rotterdam 9 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2251 (*Innova Energie/X*); Rb. Rotterdam 9 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2243 (*Innova Energie/X*); Rb. Rotterdam 9 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2252 (*Billink/X*); Rb. Zeeland-West Brabant 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5858 (*Bol.com/X*); Rb. Rotterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6318 (*Billink Financial Solutions/X*); Rb. Rotterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6451 (*Capayable/X*).

86 Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2040 (*Eneco Services/X*); Rb. Rotterdam 2 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2061 (*Intrum Nederland/X*); Rb. Rotterdam 9 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2249 (*HVC Energie/X*); Rb. Rotterdam 9 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2250 (*Eneco Services/X*).

87 Rb. Rotterdam 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8559 (*Billink Financial Solutions/X*).

88 Rb. Amsterdam 2 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2455 (*Brisk ICT/X*).

3.32 In de verwijzingsuitspraak onderscheidt de kantonrechter drie stromingen in verstekzaken:

> "2.19 (…). Volgens de eerste stroming moet de rechter de overeenkomst steeds — dus ook in verstekzaken — volledig vernietigen, tenzij de consument verklaart dat hij dat niet wil. Volgens de tweede stroming moet de rechter de overeenkomst — zowel in verstekzaken als in zaken op tegenspraak — slechts gedeeltelijk vernietigen in die zin dat alleen de betalingsverplichting van de consument wordt gesteld op nihil. De derde stroming gaat niet ambtshalve over tot vernietiging van de volledige overeenkomst, maar hoogstens tot gedeeltelijke vernietiging met een vermindering van de betalingsverplichting (anders dan tot nihil). Gelet op deze verschillende stromingen van de eerstelijnsrechters is het wenselijk dat de Hoge Raad hierover een beslissing neemt."

3.33 Inderdaad bestaat er vanuit het oogpunt van rechtseenheid behoefte aan duidelijkheid over de sanctie op schending van de informatieplicht vermeld in art. 6:230v lid 3 BW. Daarbij ligt het voor de hand aan te sluiten bij de prejudiciële beslissing in *Arvato I*.[89]

Prejudiciële beslissing in Arvato I

3.34 De Hoge Raad heeft in november 2021 in de zaak *Arvato I* bepaald dat de rechter ambtshalve onderzoek moet verrichten naar de naleving van bepaalde informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten en daar zo nodig gevolgen aan moet verbinden. De Hoge Raad baseert dit oordeel op het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel (rov. 3.1.6). De verplichting ambtshalve onderzoek te verrichten geldt ook in verstekzaken (rov. 3.1.7). Dit is in lijn met rechtspraak van het Hof waaruit de verplichting volgt om in verstekzaken ambtshalve te toetsen of sprake is van een oneerlijk beding.[90] Er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat niet hetzelfde heeft te gelden voor informatieplichten in de Richtlijn consumentenrechten. Dat dit voor kantonrechters en, indirect, aanbrengende partijen (veel) extra werk betekent is duidelijk.

3.35 De Hoge Raad onderscheidt in *Arvato* vervolgens drie categorieën informatieplichten (rov. 3.1.9):

(i) informatieplichten waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt;
(ii) informatieplichten waaraan extra gewicht toekomt, de 'essentiële informatieplichten'; en
(iii) overige informatieplichten.

3.36 In een geval waarin een informatieplicht waaraan de wet specifieke sancties verbindt niet wordt nageleefd (categorie (i)), dient de rechter ambtshalve de in de wet aan die verplichting verbonden sanctie toe te passen (rov. 3.1.10). Voor de lijst van essentiële informatieplichten (categorie (ii)) haakt de Hoge Raad aan bij de lijst 'essentiële informatie' uit art. 6:139f, onder b, BW (rov. 3.1.11). Ten aanzien van die eisen moet de rechter ambtshalve onderzoeken of daaraan is voldaan op de wijze als voorgeschreven in art. 6:230v BW (rov. 3.1.12). Bij remedies voor de consument in geval van schending van de informatieplichten heeft de wetgever onder meer gedacht aan vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW (rov. 3.1.13). Aangenomen moet worden dat de rechter gehouden kan zijn om ambtshalve een op afstand gesloten overeenkomst te vernietigen op grond van art. 3:40 lid 2 BW, indien sprake is van *een voldoende ernstige schending* van essentiële informatieplichten (rov. 3.1.15). In geval van niet-naleving van een informatieplicht die zowel onder categorie (i) als onder categorie (ii) valt, kan de rechter naast of in plaats van toepassing van

89 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon, *JOR* 2022/52, m.nt. F.P.C. Strijbos, *TvC* 2022/3, m.nt. T. Jonkers, *AA* 2023/282, m.nt. W.H. van Boom (*Arvato I*). Dit arrest is verder o.a. besproken door: M.Y. Schaub, 'Europese informatieplichten: de ene informatieplicht is de andere niet', *ORP* 2022/5, p. 4-9; C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'The Ex Officio Enforcement of Information Duties of the Consumer Rights Directive by Dutch Courts', *EuCML* 2022/6, p. 228-235; L.M.H. Koops, 'De (ambtshalve toetsing en sanctionering van) informatieplichten van de handelaar bij overeenkomsten op afstand en buiten de verkoopruimte', *Bb* 2021/107; O.J. Boeder, 'De antwoorden van de Hoge Raad over ambtshalve toetsing van consumentenrechten en het vervolg', *TvPP* 2021/6, p. 206-215.

90 Zie bijv. HvJEU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *SEW* 2019/2, p. 94-102, m.nt. G. Straetmans & L. Coenen (*Karel de Grote — Hogeschool*) waarin het Hof oordeelde: *"Richtlijn 93/13/EEG (…) moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter die uitspraak doet bij verstek en die op grond van de nationale procedureregels bevoegd is ambtshalve na te gaan of het beding waarop de vordering steunt in strijd is met de nationale regels van openbare orde, gehouden is ambtshalve na te gaan of de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt en, in voorkomend geval, of dat beding eventueel oneerlijk is."* Dit arrest is tevens een voorbeeld van de 'wat mag moet-benadering', die meermalen is toegepast in zaken waarin een regel van nationaal procesrecht werd getoetst aan het Unierecht. In dezelfde lijn ligt HvJEU 4 juni 2020, C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431 (*Kancelaria Medius/RN*): "*Artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de uitlegging van een nationale bepaling die eraan in de weg staat dat de rechter bij wie een door een verkoper tegen een consument ingesteld beroep aanhangig is dat binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt en die bij verstek uitspraak doet omdat de consument niet is verschenen op de terechtzitting waarvoor hij was opgeroepen, de nodige onderzoeksmaatregelen neemt om ambtshalve het oneerlijke karakter te toetsen van de contractuele bedingen waarop de verkoper zijn vordering heeft gebaseerd, wanneer deze rechter twijfels koestert over het oneerlijke karakter van deze bedingen in de zin van bovengenoemde richtlijn.*"

de specifieke wettelijke sanctie overgaan tot (verdere) vermindering van de verplichtingen van de consument, indien de specifieke wettelijke sanctie in de gegeven omstandigheden niet voldoet aan de trits doeltreffend, evenredig en afschrikkend (rov. 3.1.16).

3.37 In zaken op tegenspraak is gehele vernietiging mogelijk. In geval van verstek daarentegen kan slechts worden overgegaan tot gedeeltelijke vernietiging, bestaande in vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument (rov. 3.1.18). In verband daarmee heeft de Hoge Raad de feitenrechtspraak aanbevolen om gelet op de grote hoeveelheid verstekzaken waarvoor zijn arrest van belang is, richtlijnen voor de sanctionering te ontwerpen (rov. 3.1.19). Aan die aanbeveling is gehoor gegeven met de door het LOVCK opgestelde Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten ("*Sanctiemodel*").[91] Daarin wordt uitgegaan van gedeeltelijke vernietiging indien sprake is van schending van een of meer essentiële informatieplichten en wordt voor prijsverminderingen een staffel gegeven van percentages tot 50% (ongeacht de kooprijs). Rechters zijn niet gebonden aan deze richtlijn. Zij kunnen er gemotiveerd van afwijken volgens het beginsel *comply or explain*.

3.38 Het Sanctiemodel ziet op 'essentiële informatieplichten' (de genoemde categorie (ii)):

> "[D]e elf rechtbanken [hebben] de volgende uniforme richtlijn vastgesteld voor de sanctie van gedeeltelijke vernietiging bij schending van essentiële informatieplichten. Het gaat om de toetsing van de volgende informatieplichten:
> - bij overeenkomsten op afstand: artikel 6:230m BW in verbinding met artikel 6:230v BW;
> - (…);
> - (…)."

Het Sanctiemodel ziet *niet* op de informatieplicht van art. 6:230v lid 3 BW (uit categorie(i)).

3.39 Als sanctie op schending van die informatieplicht noemt de prejudiciële beslissing: 'vernietiging overeenkomst' (zie de tabel in rov. 3.1.10 en de samenvattende tabel in rov. 3.1.20). Die sanctie is conform de laatste zin van art. 6:230v lid 3 BW, die immers luidt: "*Een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, is vernietigbaar.*"[92] De Hoge Raad expliciteert op dit punt niet of het daarbij moet dan wel mag gaan om een volledige of een gedeeltelijke vernietiging.

3.40 De prejudiciële beslissing is door sommige auteurs voorzien van kritische kanttekeningen. Zo betoogt Pavillon dat art. 6:193j lid 3 BW een boven art. 3:40 lid 2 BW te prefereren vernietigingsgrond is omdat in art. 6:193j lid 3 "*de (met het oog op de evenredigheid van de sanctie noodzakelijke) nadelige invloed van een schending op de wilsvorming*" wordt verdisconteerd en niet, zoals bij toepassing van art. 3:40 lid 2 BW, van de causaliteit en van het door de consument geleden nadeel moet worden geabstraheerd.[93] Ook plaatst Pavillon vraagtekens bij de partiële vernietiging van de overeenkomst, nu die feitelijk alleen een korting op de prijs voor de consument behelst en dus een eenzijdig karakter heeft.[94] Een prijsvermindering is in zijn algemeenheid wel gemakkelijk toe te passen, makkelijker dan ongedaanmakingsverbintenissen. Een prijsvermindering biedt daarom praktische voordelen.

3.41 De kantonrechter van de rechtbank Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) heeft naar aanleiding van de prejudiciële beslissing in *Arvato I* vervolgvragen gesteld (zaak 22/01093, *Arvato II*). Over art. 6:230v lid 3 BW ging de vijfde (vervolg)vraag die was voorgelegd.[95] Op 10 juli 2022 heeft de Hoge Raad beslist om af te zien van beantwoording van de vervolgvragen.[96] Die beslissing was conform de conclusie van plv. P-G Wissink, die de Hoge Raad had geadviseerd die vervolgvragen niet in behandeling te nemen.

3.42 In die conclusie komt ook de vraag aan de orde wat de sanctie kan zijn op schending van art. 6:230v lid 3 BW. Ik citeer (en cursiveer):

> "22. In de prejudiciële beslissing [Arvato I; A-G] is in het algemeen overwogen dat de rechter de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan vernietigen en dat, indien de consument niet in de procedure is verschenen, de rechter slechts kan overgaan tot gedeeltelijke vernietiging bestaande in een vermindering van de verplichtingen van de consument (rov. 3.1.18). Aan dit laatste ligt, naar ik aanneem, (mede) de wens ten grondslag om in verstekzaken het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen in beginsel te vermijden, omdat in dergelijke zaken in beginsel onbekend is of de consument de prestatie van de handelaar wil behouden. *Gedeeltelijke vernietiging in de vorm van prijsvermindering zou echter impliceren dat de consument, in afwijking van artikel 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten, door de overeenkomst gebonden blijft.*
>
> 23. In het licht van het bijzondere karakter van de vernietiging van artikel 6:230v lid 3 BW, meen ik dat de prejudiciële beslissing zo moet worden opgevat dat hetgeen in rov. 3.1.18 is overwogen *niet in de weg staat aan een algehele vernietiging op deze grond*.

91 Deze richtlijn van het LOVCK is vastgesteld op 15 december 2021, gewijzigd op 17 mei 2022 en vervolgens op 6 april 2023. Zij is te raadplegen op: www.rechtspraak.nl.

92 Aldus ook: plv. P-G Wissink in punt 20 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2022:545) in *Arvato II*.

93 *NJ*-noot, onder 12 en 13.

94 Dit kritiekpunt is nader uitgewerkt in: C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *NTBR* 2022/28.

95 Die prejudiciële vraag luidde: "*Moet de niet-naleving van artikel 6:230v lid 3 BW, dat voorschrijft dat de consument er voor het plaatsen van zijn bestelling ondubbelzinnig op moet worden gewezen dat hij een betalingsverplichting aangaat, op dezelfde wijze worden gesanctioneerd als de andere essentiële informatieplichten of moet de rechter in die situatie de (koop)overeenkomst ook in een verstekzaak steeds volledig vernietigen?*"

96 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861, *NJ* 2022/220. Zie ook W.H. van Boom. 'Handhaving van informatieplichten in het verbintenissenrecht', AA20230282. Daarin wordt ingegaan op *Arvato I* en *Arvato II*.

24. Een bevestiging van deze lezing van de prejudiciële beslissing zou gevonden kunnen worden in de samenvattende tabel van rov. 3.1.20. In die tabel wordt immers bij de *'betalingsverplichting'* als bedoeld in artikel 6:230v lid 3 BW als sanctie slechts vermeld *'vernietiging overeenkomst (art. 6:230v lid 3)'. Er wordt niet tevens vermeld 'eventueel: (gedeeltelijke) vernietiging'*."

3.43 In geval van schending van art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten zou *in verstekzaken* ook volledige vernietiging *mogelijk* moeten zijn.[97] Ik lees de geciteerde punten echter niet zo dat volledige vernietiging in dat geval *de enig mogelijke* sanctie is.

4 Bespreking van de prejudiciële vragen

Vraag 1 (voldoet een knop met de tekst 'bestelling plaatsen' aan art. 6:230v lid 3 BW?)

4.1 De vraag die moet worden beantwoord is of uit de tekst 'bestelling plaatsen' op de ten tijde van de feiten van deze zaak gebruikte bestelknop van bol.com voldoende ondubbelzinnig blijkt dat de consument door deze knop aan te klikken een betalingsverplichting aangaat.[98]

Inleidende opmerkingen

4.2 Op grond van art. 392 lid 1 aanhef Rv kan de rechter aan de Hoge Raad een rechtsvraag stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing. De eerste prejudiciële vraag in deze zaak betreft geen (zuivere) rechtsvraag. Het antwoord op die vraag vergt een feitelijke waardering, zij het binnen de in het *Fuhrmann*-arrest getrokken kaders. De Hoge Raad zou beantwoording van deze vraag eventueel achterwege kunnen laten.

4.3 Art. 392 lid 1 aanhef Rv staat er echter als zodanig niet aan in de weg dat de Hoge Raad in een prejudiciële procedure de vraag of in een individueel geval voldaan is aan een wettelijke verplichting van een bevestigend of een ontkennend antwoord voorziet.[99] Het is wel aan de verwijzende rechter vervolgens zo nodig feitelijke verificaties uit te voeren. In zoverre zou bij de beantwoording door de Hoge Raad een voorbehoud passen, zoals het Hof van Justitie dat ook wel aanbrengt in prejudiciële beslissingen. Een overweging om deze eerste vraag wél te beantwoorden kan ook zijn dat er talrijke geschillen zijn waarin een vergelijkbare vraag zich voordoet (vgl. art. 392 lid 1, onder b, Rv).

4.4 Bij de bespreking van de eerste vraag beperk ik mij tot de in deze zaak door [verweerster] gebruikte bestelknop met de woorden 'bestelling plaatsen'. Een knop van bol.com met de licht afwijkende tekst 'bestellen' respectievelijk 'bestelling afronden', die ook in de eerste prejudiciële vraag worden genoemd, is door [verweerster] niet gebruikt. Het antwoord op de vraag of een knop met alleen de tekst 'bestellen' of 'bestelling afronden' voldoet, is daarom niet nodig om op de vordering van bol.com te beslissen (art. 392 lid 1 aanhef Rv).[100] Dat neemt niet weg dat, als die aanduidingen worden getoetst aan art. 6:230v lid 3 BW, de uitkomst van die toetsing heel wel dezelfde kan zijn als de beoordeling van de woorden 'bestelling plaatsen'.

4.5 Het *Fuhrmann*-arrest laat op het eerste gezicht weinig ruimte om te oordelen dat de tekst 'bestelling plaatsen' wél voldoet aan de informatieplicht vermeld in art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten. Om vast te stellen of dat inderdaad het geval is, moet worden nagegaan of 'bestelling plaatsen', zowel in de omgangstaal als in de ogen van de gemiddelde consument "*noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting*" (punt 33).

Tekst van art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten

4.6 Ik zal eerst de tekst van de betrokken bepaling onder ogen te zien. Op de bestelknop moet een "*een ondubbelzinnige formulering*" staan, waaruit blijkt dat *het plaatsen van de bestelling* een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen".[101] Vereist is, zo lijkt het althans, een nadere duiding van de handeling 'het plaatsen van een bestelling'. Daar moet kennelijk een tekstgedeelte bij, dat expliciet duidt op een betalingsverplichting. Het woord 'plaatsen', na bestelling, is wat dat betreft niet relevant want brengt als zodanig ook niet ondubbelzinnig tot uitdrukking dat een betalingsverplichting ontstaat (zie over dit werkwoord hierna 4.12). Een uitleg in deze zin lijkt zowel simpel als logisch, maar volgt mijns inziens toch niet dwingend uit het *Fuhrmann*-arrest. Het Hof geeft een strikte uitleg van de bestelknopbepaling, maar baseert die uitleg niet louter op de bewoordingen ervan.

4.7 Een handelaar hoeft niet de — nogal lang uitgevallen — voorbeeldtekst 'bestelling met betalingsverplichting' te gebruiken. Hij mag kiezen voor een 'andere overeenkomstige formulering', mits daar ondubbelzinnig uit blijkt dat de consument een betalingsverplichting aangaat (punten 26 en 27). Een dergelijk alternatief voor de voorbeeldtekst

97 In die zin ook de schriftelijke opmerkingen van bol.com, onder 42.

98 Bol.com heeft die bestelknop kort na het arrest *Führmann-2* aangepast. Sindsdien gebruikt zij een knop met de tekst: 'bestellen en betalen'. Zie schriftelijke opmerkingen bol.com onder 5 en voetnoot 2. Ik vermoed dat meer webwinkels hun bestelknop '*Fuhrmannproof*' hebben gemaakt.

99 Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 m.nt. H.J. Snijders (*Rabohypotheekbank c.s./[…]*), rov. 3.1.

100 Aldus ook bol.com over 'bestellen' in haar schriftelijke opmerkingen onder 19.

101 Het door mij gecursiveerde zinsdeel luidt in andere taalversies: *placing the order*, *passer la commande*, *die Bestellung*, *la realización del pedido*, *l'inoltro dell'ordine*). De voorbeeldtekst 'bestelling met een betalingsverplichting' (*order with obligation to pay*, *commande avec obligation de paiement*, *zahlungspflichtig bestellen*, *pedido con obligación de pago*, *ordine con obbligo di pagare*) voldoet in ieder geval wel aan die eis. De relevante vraag is of een andere tekst, zoals in dit geval 'bestelling plaatsen', daar ook aan voldoet.

kan het woord 'betalen' bevatten, maar uit het arrest blijkt niet dat dit absoluut noodzakelijk is. In *Fuhrmann* werd de formulering '*Buchung abschließen*' ook niet als onvolledig aangemerkt op de enkele grond dat het woord 'betalen' of 'betalingsplicht' ontbrak. Kennelijk is het dus niet uitgesloten dat een formulering die niet het woord 'betalen' of 'betalingsplicht' bevat, toch volstaat.

4.8 Bepalend is, blijkens het arrest, of de tekst op de knop noodzakelijkerwijs en consistent *een verband oproept* met het ontstaan van een betalingsverplichting.[102] Of dat het geval is moet worden bepaald aan de hand van zowel de omgangstaal als (de verwachting van) de gemiddelde consument. Daarbij moet — en mijns inziens is dat de belangrijkste verduidelijking — worden geabstraheerd van het bestelproces op de website. Als de tekst op de bestelknop op zichzelf niet ondubbelzinnig duidelijk maakt dat een betalingsverplichting ontstaat, baat het de handelaar daarom niet dat uit de informatie die is verstrekt bij de voorafgaande stappen in het bestelproces, voldoende duidelijk blijkt wat de prijs van het geselecteerde product is. Daaruit volgt namelijk niet met absolute zekerheid op welk moment de betalingsverplichting ontstaat en om dat laatste gaat het.

Bestelling plaatsen: omgangstaal (spraakgebruik)

4.9 Een woord is een teken met een betekenis: het geeft een voorstelling weer, die in het bewustzijn bestaat.[103] De meest gangbare bron voor de betekenis van een woord in de Nederlandse omgangstaal is het Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.[104] Onder het werkwoord 'bestellen' verstaat Van Dale onder meer: 'laten komen', waarbij onder andere als voorbeeld wordt gegeven: 'spullen online bestellen'. Het zelfstandig naamwoord 'bestelling' wordt door Van Dale onder meer verklaard als 'opdracht tot levering en bezorging' met onder andere als voorbeeld 'een bestelling doen'. Een andere betekenis die Van Dale geeft: "opdracht geven iets *voor rekening* te bezorgen, m.n. bij een winkelier, koopman". Ook geeft Van Dale voor de betekenis van 'besteller' "iem. die goederen *voor rekening* laat komen." Daarmee blijkt uit Van Dale dat een bestelling, ook in de vorm voor opdracht tot levering, *kan* leiden tot een betalingsverplichting. Is daarmee voldaan aan de maatstaf uit het *Fuhrmann*-arrest dat *noodzakelijkerwijs* (*necessarily, nécessairement, zwangsläufig*) uit de tekst op de knop moet volgen dat de consument een betalingsverplichting aangaat?

4.10 Wat omgangstaal of spraakgebruik is, hangt mede af van de context waarin een bepaald woord in het dagelijks gebruik wordt gebezigd. Met 'context' bedoel ik niet het bestelproces op de website ('*de omstandigheden van dit proces*', genoemd in punt 30), maar de 'externe context', namelijk de betekenis die het publiek aan een woord toekent. Dat voert naar de vraag of de woorden 'bestelling plaatsen' in het spraakgebruik zo worden opgevat dat daarmee een betalingsverplichting in verband wordt gebracht. Het zou verrassend zijn als dat niet zo is. De wetenschap dat te koop aangeboden goederen of diensten niet gratis zijn mag bij het publiek als universeel aanwezig worden verondersteld. Zoals in de fysieke winkel het aanbieden van gekozen artikelen aan de kassa leidt tot een betalingsverplichting, ontstaat die verplichting in de virtuele winkel als de consument wil overgaan tot het bestellen van de door hem geselecteerde artikelen en de knop aanklikt waarop staat dat hij daarmee een bestelling plaatst. De woorden 'bestelling plaatsen' hebben in het spraakgebruik (en in het maatschappelijk verkeer) duidelijk de connotatie van betalen.

4.11 Een eerste tegenwerping zou kunnen inhouden dat er online ook wel producten gratis worden aangeboden. Bijvoorbeeld het — ook door de verwijzende rechter in rov. 2.16 genoemde — voorbeeld van een gratis proefpakket, een catalogus, een sample etc., of bijvoorbeeld een mededeling als 'bestel nu gratis kaartjes'. Daargelaten dat dergelijke uitzonderingen zich in de zaak die heeft geleid tot deze prejudiciële verwijzing niet voordoen, kunnen zij niet afdoen aan het feit dat in het spraakgebruik 'bestelling plaatsen' onmiskenbaar in verband wordt gebracht met betalen en daarmee het plaatsen van een bestelling met het aangaan van een betalingsverplichting.

4.12 Maar, zou een tweede tegenwerping kunnen luiden, het gaat hier niet om het algemene gegeven dat voor online aangeboden producten betaald moet worden maar enkel om de vraag of de consument 'absolute zekerheid' heeft (punt 30) dat hij een betalingsverplichting aangaat *op het moment* dat hij de knop 'bestelling plaatsen' aanklikt. Dat klopt, maar de realiteit lijkt toch te zijn dat de consument die online een bestelling wil doen, weet dat er een moment komt waarop hij een betalingsverplichting aangaat. Bij een online-aankoop valt dat moment aan het eind van het bestelproces. De betaalverplichting ontstaat dus als de bestelling wordt geplaatst. Het werkwoord 'plaatsen' naast het zelfstandig naamwoord 'bestelling' geeft aan dat de bestelling (in dit geval met een druk op de knop) wordt gecommuniceerd aan de handelaar zodat hij ermee aan de slag kan. Van Dale geeft als eerste betekenis van plaatsen 'een plaats geven aan…' met als één van de voorbeelden 'een bestelling, opdracht of order plaatsen'. Een bestelknop met de tekst 'bestelling plaatsen' biedt dus uitsluitsel over het mo-

102 In andere taalversies: *is […] necessarily and systematically associated with the creation of an obligation to pay; est […] nécessairement et systématiquement associé à la naissance d'une obligation de paiement; zwangsläufig und systematisch mit der Begründung einer Zahlungsverpflichtung in Verbindung gebracht wird.*

103 *Asser/Scholten Algemeen deel** 1974, p. 37.

104 Bij mijn onderzoek raadpleegde ik De Dikke Van Dale Online. Dat bevat meer woorden, voorbeeldzinnen en uitgebreidere informatie over woorden dan de gratis online versie (zie https://www.vandale.nl/klantenservice/meestgestelde-vragen-van-dale-redactie#OnlineGratis_3.

ment van bestellen en dus 'absolute zekerheid', voor zover dat laatste in het recht überhaupt bestaat.

4.13 Gelet op het voorgaande meen ik dat in de omgangstaal bij online aankopen in een webwinkel de woorden 'bestelling plaatsen' noodzakelijkerwijs en stelselmatig het aangaan van een betalingsverplichting impliceren. Daaraan doet niet af dat de beoordeling van de woorden *Buchung abschließen* (boeking afronden), die aan de orde waren in *Fuhrmann*, mogelijk anders dient uit te vallen.[105]

4.14 Tot slot merk ik op dat het feit dat bol.com in mei 2022 de tekst op de bewuste bestelknop heeft gewijzigd in 'bestellen en betalen' niet mag worden gezien als erkenning dat de oude tekst 'bestelling plaatsen' niet aan het *Fuhrmann*-arrest zou voldoen. Ik acht het overigens mogelijk dat de nieuwe tekst in bepaalde situaties juist minder duidelijk is voor de consument.[106] Te denken valt aan het geval waarin de consument kiest voor achteraf betalen. De term 'betalen' op de bestelknop kan dan in zoverre minder duidelijk zijn, dat de consument op moment van het plaatsen van zijn bestelling (wel een betalingsverplichting aangaat, maar) juist nog niet hoeft te betalen. Dat kan verwarrend zijn, welke verwarring niet kan ontstaan bij de tekst 'bestelling plaatsen'.

Bestelling plaatsen: de gemiddelde consument

4.15 Het concept van de gemiddelde consument als maatman, dat in 1998 zijn intrede heeft gedaan in de Europese rechtspraak,[107] heeft een harmoniserende werking gehad op (de toepassing van) het consumentenrecht en delen van het intellectuele eigendomsrecht.[108] Kenmerkend voor het hanteren van het concept 'maatman' is dat wordt geabstraheerd van de individuele consument, die mogelijk bovengemiddeld zelfredzaam is.[109]

4.16 Indien wordt uitgegaan van de gemiddelde consument, kan er mijns inziens geen redelijke twijfel over bestaan dat het deze consument ondubbelzinnig duidelijk is dat het plaatsen van een online bestelling in een webwinkel impliceert dat hij op dat moment een betalingsverplichting aangaat.

4.17 Het lijkt immers redelijk om aan te nemen dat de stijging van het gemiddelde opleidingsniveau[110] maar bijvoorbeeld ook de digitalisering[111] en de sterke toename van het online winkelen in pakweg de afgelopen twintig jaar er toe hebben bijgedragen dat van consumenten gemiddeld genomen een bepaalde mate van inzicht, mede gebaseerd op ervaring, mag worden verwacht bij het aangaan van transacties, waaronder een online aankoop.[112] Als in de omgangstaal 'bestelling plaatsen' noodzakelijkerwijs in verband wordt gebracht met moeten betalen (zie hiervoor), gaat ook de gemiddelde consument daarvan uit. Hij legt een noodzakelijk en stelselmatig verband tussen een bestelling plaatsen en moeten betalen. Behoudens uitzonderingen die voor deze zaak niet ter zake doen, weet de consument dat hij in een webwinkel een betalingsverplichting aangaat op *het moment* dat hij een bestelling doet en dát hij dat laatste doet blijkt voor hem ondubbelzinnig uit de tekst 'bestelling plaatsen'.

4.18 Het voorgaande betekent dat de eerste prejudiciële vraag in die zin moet worden beantwoord dat een bestelknop met de tekst 'bestelling plaatsen' moet worden geacht te voldoen aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW. Daarbij dient wel een voorbehoud te worden gemaakt in die zin dat de verwijzende rechter in de voorliggende zaak een feitelijke verificatie moet kunnen doen.

Vraag 2 (ambtshalve volledig vernietigen in verstekzaken?)

4.19 De tweede prejudiciële vraag is gebaseerd op het uitgangspunt dat de bestelknop van bol.com met de tekst 'bestelling plaatsen', anders dan ik zojuist heb betoogd, *niet* voldoet aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW. Ik stel niettemin voor de tweede vraag hoe dan ook te behandelen en te beantwoorden, gelet op de wenselijkheid de rechtspraktijk duidelijkheid te geven voor de gevallen waarin de rechter al dan niet ambtshalve tot het oordeel komt dat een bepaalde bestelknop niet voldoet aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW.

4.20 Uitgangspunt is dat de consument niet is verschenen en dat verstek is verleend. In die situatie rijzen twee vragen:

a. Moet de rechter in verstekzaken *ambtshalve* overgaan tot vernietiging?

b. Zo ja, moet de rechter de overeenkomst dan *volledig* of *gedeeltelijk* vernietigen?

105 In de zaak *Fuhrmann* ging het om de *reservering* van hotelkamers, er was niet al bij de boeking betaald en, zo lijkt het, er kon tot een bepaalde datum gratis worden geannuleerd.

106 Net zoals dat het geval kan zijn voor de voorbeeldtekst uit de richtlijn 'bestellen met een betalingsverplichting'. Zie de noot van Tjong Tjin Tai onder het *Fuhrmann*-arrest, *NJ* 2023/133, geciteerd in punt 30 van de schriftelijke opmerkingen van bol.com.

107 Zie HvJEG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, *NJ* 2000/374, m.nt. D.W.F. Verkade (*Gut Springenheide*). Die zaak betrof een nogal specifieke context (handelsnormen voor eieren), maar is spoedig daarna de standaard geworden voor het gehele (Europese) consumentenrecht.

108 Dat heeft tot gevolg gehad dat in Duitsland niet langer kon worden uitgegaan van de zeer kwetsbare consument (soms enigszins spottend aangeduid als *Trottel*).

109 Zie: V. Mak, 'De gemiddelde consument': van fictie naar feit?', *AA* 2017/0592, p. 594.

110 Zie bijv. https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/statistische-trends/2022/steeds-meer-hoogopgeleiden-in-nederland-wat-voor-beroep-hebben-ze-?onepage=true#:~:text=Het%20aandeel%20hoogopgeleiden%20groeide%20sneller,van%2029%20naar%2035%20procent.

111 Zie bijv. https://longreads.cbs.nl/nederland-in-cijfers-2020/welk-percentage-van-nederlanders-koopt-online-en-wat/ en https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/42/nederlander-koopt-meer-digitale-producten-maar-minder-goederen-online.

112 Daar staat tegenover dat de digitalisering de aanbieder meer mogelijkheden heeft gegeven om d.m.v. verhulde vormen van beïnvloeding de beslissingen van de consument te sturen, zonder dat deze dat merkt. Dat heeft echter te maken met het beïnvloeden van aankoopkeuzes en niet met de vraag wat het moment is waarop consument die iets wil bestellen een betalingsverplichting aangaat.

Ad a: ambtshalve vernietigen?

4.21 Uit de prejudiciële beslissing in *Arvato I* volgt reeds dat de rechter, ook in verstekzaken, een door de wet voorgeschreven sanctie op schending van een of meer informatieplichten ambtshalve moet toepassen (rov. 3.1.10; zie hiervoor 3.34).

4.22 Indien de rechter voornemens is een overeenkomst ambtshalve te vernietigen dient hij het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen (art. 19 lid 1 Rv, art. 6 lid 1 EVRM en art. 47 EU-Handvest van de Grondrechten). De rechter dient eiser (normaal gesproken: de handelaar of een incassobedrijf) in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten en, zo nodig, zijn vorderingen en stellingen aan te passen. Indien de consument niet is verschenen, waar hier van wordt uitgegaan, is het de rechter niet bekend of de consument de overeenkomst wil vernietigen en kan hij de consument daarover ook niet voorlichten. De consument heeft dan niet de gelegenheid zich te verzetten *tegen* vernietiging. Indien de consument wel is verschenen, dan kan hij zich, nadat hij over de gevolgen van vernietiging van een beding door de rechter is voorgelicht, tegen zodanige vernietiging verzetten, zo blijkt uit de rechtspraak over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.[113] Maar dat laatste is niet mogelijk in een verstekzaak. Het gevolg daarvan is dat de consument gebonden blijft aan de overeenkomst ondanks de — veronderstelde — schending van de informatieplicht genoemd in art. 6:230v lid 3 BW. De vordering tot betaling van de koopsom met rente en kosten zou dan in beginsel kunnen worden toegewezen (art. 139 Rv).

4.23 Deze uitkomst zou echter niet goed te rijmen zijn met de richtlijnsanctie dat de consument niet door de overeenkomst of de bestelling *gebonden is*. Daarom *moet* de rechter in het geval van een niet verschenen gedaagde tegen wie verstek is verleend, ambtshalve overgaan tot vernietiging van de overeenkomst.[114] Ook de consument die verstek laat gaan, geniet op die manier bescherming tegen een schending van art. 6:230v lid 3 BW. De aan het slot van die bepaling genoemde sanctie kan in een verstekprocedure alleen doeltreffend zijn indien uit het stilzwijgen van een consument een vermoeden van *instemming* met de nietigverklaring wordt afgeleid.[115]

4.24 In dat verband kan naar analogie worden verwezen naar rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen. In het arrest *Dziubak* overwoog het Hof:[116]

> "65 Er zij aan herinnerd dat artikel 6, lid 1, eerste deel, van richtlijn 93/13 voorschrijft dat de lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen 'de consument niet binden'.
>
> 66 Het Hof heeft deze bepaling aldus uitgelegd dat de nationale rechter, wanneer hij een contractueel beding als oneerlijk beschouwt, verplicht is het buiten toepassing te laten, en dat op die verplichting enkel een uitzondering wordt gemaakt indien de consument, na door die rechter te zijn voorgelicht, niet van plan is zich op het oneerlijke en niet-bindende karakter ervan te beroepen en dus vrijwillig en met kennis van zaken met het betrokken beding instemt […].
>
> 67 Indien de consument niet instemt met, of zich zelfs uitdrukkelijk verzet tegen, de handhaving van de betrokken oneerlijke bedingen, zoals in het hoofdgeding het geval lijkt te zijn, is deze uitzondering dus niet van toepassing."

4.25 Als de consument *niet* instemt met het achterwege laten van een voorgeschreven sanctie, kan de rechter het oneerlijke beding dus niet in stand laten en moet hij dit dus buiten toepassing laten. Naar analogie kan hetzelfde worden gezegd voor schending van de informatieplicht als bedoeld in art. 6:230v lid 3 BW. Er is in zoverre een verschil dat in het geval van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst beginsel alleen dat beding wegvalt (partiële nietigheid), terwijl schending van de informatieplicht van art. 6:230v lid 3 BW het ontstaan van de overeenkomst en daarmee de gehele overeenkomst treft.

Ad b: volledig of gedeeltelijk vernietigen?

4.26 Volgens de prejudiciële beslissing in *Arvato I* is in verstekzaken gedeeltelijke vernietiging uitgangspunt. Gedeeltelijke vernietiging van de tot stand gekomen overeenkomst houdt in dit verband in dat de verplichtingen *van de consument* uit hoofde van die overeenkomst wegvallen. De vernietiging werkt zodoende eenzijdig uit ten gunste van de consument omdat hij volledig van zijn verplichtingen wordt bevrijd, wat tot gevolg heeft dat hij niets hoeft te betalen. Een variant hierop is de remedie dat de consument ten dele van zijn verplichtingen wordt bevrijd in de vorm van een prijsvermindering. In dat geval wordt de betalingsverplichting verlicht. Een gestaffelde prijsvermindering afhankelijk van de ernst van de schending van de informatieplicht is uitgewerkt in het in 3.37 genoemde Sanctiemodel en wordt daar aangemerkt als een gedeeltelijke vernie-

113 Zie bijv. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. J. Hijma (*Lindorff/[…]*), rov. 3.9 en HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, *NJ* 2020/305, m.nt. H.J. Snijders (*Intermaris*), rov. 2.7.

114 Vgl. J. Werbrouck, *Doorwerking van het Europees consumentenrecht in het nationaal procesrecht. Een analyse van termijnen, ambtshalve toepassing en werking van rechterlijke beslissingen* (diss. Gent), Antwerpen: Intersentia 2023, p. 503.

115 Vgl. C.J-A Seinen & A.G.F. Ancery, 'Vorderingen in b2c-verstekken: toetsen of toewijzen?, *TCR* 2015/3, p. 83: *"[…] Een voorshands onredelijk bezwarend geacht beding dient daarom te worden besproken met partijen. Onder partijen wordt uiteraard ook de consument geschaard, al zal in verstekzaken mogen worden aanvaard dat de consument behoudens contra-indicaties prijs zal stellen op toepassing van een hem beschermende bepaling."*

116 HvJEU 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819, *NJ* 2020/277, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Dziubak*). Die zaak betrof een beding betreffende de bepaling van een wisselkoers tussen valuta's.

tiging.[117] Ik wees er daar al op dat het Sanctiemodel niet van toepassing is op schending van art. 6:230v lid 3 BW (3.38).

4.27 Mijns inziens is volledige vernietiging van de overeenkomst een passende en noodzakelijke sanctie voor een schending van art. 6:230v lid 3 BW in een verstekzaak.

4.28 Ten eerste betekent een gedeeltelijke vernietiging in de vorm van een prijsvermindering vanuit het *perspectief van de consument* dat hij toch gebonden blijft aan de overeenkomst, zij het dat de betalingsverplichting is verlicht. De specifieke sanctie die is genoemd aan het slot van art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten houdt echter in dat de consument *niet* door de overeenkomst of de bestelling gebonden is.[118]

4.29 Ten tweede kan een gedeeltelijke vernietiging in de vorm van een prijsvermindering vanuit het *perspectief van de handelaar* op gespannen voet staan met het vereiste van evenredigheid, gelet op het belang van de handelaar dat hem de koopprijs wordt betaald voor de door hem geleverde zaak. Mij lijkt duidelijk dat het volledig bevrijden van de consument van zijn betalingsverplichting (de meest vergaande variant van de gedeeltelijke vernietiging) als sanctie op het niet voldoen aan de informatieplicht van art. 6:230v lid 3 BW door de handelaar die het bestelde product wel heeft geleverd, in beginsel als *niet* evenredig moet worden aangemerkt,[119] temeer omdat de consument dan geen restitutieverplichtingen heeft. De consument zou dan immers het geleverde product mogen houden en gebruiken, terwijl de handelaar met lege handen zou komen te staan.

4.30 Maar ook als de consument (slechts) gedeeltelijk van zijn betalingsverplichting wordt bevrijd doordat een prijsvermindering wordt toegepast, kan het evenwicht in de overeenkomst worden scheefgetrokken.[120] Dit is onwenselijk, mede omdat de consument dan zou kunnen worden aangemoedigd verstek te laten gaan ten einde deze prijsvermindering (in plaats van een algehele vernietiging van de overeenkomst) te bewerkstelligen.[121] Volledige vernietiging van de overeenkomst is zo bezien minder snel onevenredig dan gedeeltelijke vernietiging. Mede in het licht van de noodzaak art. 6:230v lid 3 BW richtlijnconform uit te leggen, acht ik volledige vernietiging daarom de juiste civielrechtelijke remedie.

4.31 Volledige vernietiging, zoals hier door mij bepleit, brengt ongedaanmakingsverplichtingen mee. Langs die weg kan een uitkomst kan worden bereikt, die strookt met het vereiste van evenredigheid en bijvoorbeeld ook kan voorkomen dat de consument ongerechtvaardigd wordt verrijkt. Bol.com merkt op dat ongedaanmakingsverplichtingen lastig uitvoerbaar zijn.[122] Tegenover het voordeel dat de consument niet eenzijdig wordt bevrijd van zijn betalingsverplichting ten nadele van de handelaar, staat dat restitutie- en andere ongedaanmakingsverplichtingen voor de handelaar in logistiek opzicht complex en (daarom) naar verhouding kostbaar kunnen zijn. Het belang van genoemd bezwaar moet echter niet worden overschat.[123] Dit bezwaar kan hoe dan ook geen reden zijn om de consument bescherming te onthouden door niet tot volledige vernietiging over te gaan.

4.32 Gelet op al het voorgaande stel ik voor de *tweede vraag* aldus te beantwoorden dat de rechter in verstekzaken ambtshalve de overeenkomst tussen consument en handelaar volledig dient te vernietigen in het geval dat de handelaar niet heeft voldaan aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW.

Vraag 3: gedeeltelijk vernietigen c.q. vermindering betalingsverplichting?

4.33 De derde vraag gaat uit van de premisse dat de rechter in verstekzaken de overeenkomst *niet* volledig moet vernietigen. Nu ik voorstel de tweede vraag niet in die zin te beantwoorden, behoeft deze derde vraag geen bespreking.

4.34 Ik merk tot slot op dat de Hoge Raad mijns inziens de prejudiciële vragen kan beantwoorden zonder zelf prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie (art. 267, derde alinea, VWEU). De eerste prejudiciële vraag vergt namelijk alleen een *toepassing* van de criteria uit *Fuhrmann* op het onderhavige geval en de tweede vraag kan worden beantwoord door een richtlijnconforme uitleg met inachtneming van de kaders voor sanctionering die door de Hoge Raad zijn gegeven in *Arvato I* en *Arva-*

117 In de schriftelijke opmerkingen van Stichting Res Publica onder 15 wordt betoogd dat vermindering van de koopsom niet hetzelfde is als een gedeeltelijke vernietiging.

118 In die zin ook de conclusie van plv. P-G Wissink in de zaak *Arvato II* geciteerd in 3.42.

119 Zie punt 8 van de kritische annotatie van C.M.D.S. Pavillon (*TvC* 2022/4, p. 204-207) onder Rb. Noord-Holland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5035 (*Billink Financial Solutions/X*). Ik ga er daarbij wel vanuit dat bij een dergelijke vermindering geen ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan. Zie (kennelijk) anders: Rb. Rotterdam 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8559 (*Billink Financial Solutions/X*).

120 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/617; J. Hijma, 'Koopprijsvermindering', *WPNR* 2018/7202, p. 568; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Wijziging van de koopprijs door de rechter?', *WPNR* 1989/5928, p. 503. Zie in deze zin ook de regering in *Handelingen II* 2007/08, 30 928, nr. 14, p. 936 over een voorgesteld amendement (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 12) dat ertoe strekte aan art. 6:193j BW een lid toe te voegen dat erop neerkwam dat in de situatie waarin een ondernemer een oneerlijke handelspraktijk toepast, de consument zijn geld terugkrijgt én het goed mag behouden: "*[…] Het is namelijk nogal wat om te zeggen dat het gebruikelijke quid pro quo bij de overeenkomst geheel wordt losgelaten en zonder betaling wel de volledige prestatie verschuldigd blijft. […].*"

121 C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *NTBR* 2022/28, par. 4.1.

122 Schriftelijke opmerkingen bol.com onder 57, eerste opsommingsteken.

123 De impact zou in zoverre kunnen meevallen dat de meeste consumenten die kiezen voor achteraf betalen, ook daadwerkelijk betalen en hun product willen behouden. Bol.com zelf stelt in haar schriftelijke opmerkingen onder 3: "*[…] Vrijwel alle bestellingen — om precies te zijn in 99% van die gevallen — waarbij is gekozen voor achteraf betalen, wordt betaald zonder dat daar een incassobureau aan te pas komt. […].*"

to II. Om die reden is een prejudiciële verwijzing niet nodig.

5 Conclusie: beantwoording van de prejudiciële vragen

Ik geef de Hoge Raad in overweging de prejudiciële vragen van de kantonrechter Rotterdam als volgt te beantwoorden:

1. Onder voorbehoud van feitelijke verificatie door de verwijzende rechter moet een bestelknop met daarop de tekst 'bestelling plaatsen' geacht worden te voldoen aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW.

2. In verstekzaken moet de rechter ambtshalve de overeenkomst tussen consument en handelaar geheel vernietigen in het geval dat de handelaar niet heeft voldaan aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW.

Hoge Raad:

1 De prejudiciële procedure

Bij tussenvonnis in de zaak 10256760 CV EXPL 22-39370 van 12 mei 2023 heeft de rechtbank Rotterdam op de voet van art. 392 Rv prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Bol.com heeft schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

[verweerster] heeft geen schriftelijke opmerkingen ingediend.

Na daartoe desgevraagd in de gelegenheid te zijn gesteld, heeft A.C. van Schaick, advocaat bij de Hoge Raad, namens Stichting Res Publica op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot beantwoording prejudiciële vragen zoals weergegeven onder 5 in de conclusie.

De advocaat van Stichting Res Publica heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd. De Hoge Raad heeft deze reactie terzijde gelegd, nu het recht om op de conclusie te reageren is voorbehouden aan partijen.

2 Inleiding en samenvatting

2.1 In deze prejudiciële procedure is aan de orde of een bestelknop met de tekst 'bestelling plaatsen' voldoet aan het vereiste van art. 6:230v lid 3 BW dat het voor de consument duidelijk is dat het klikken op de bestelknop een betalingsverplichting inhoudt en, zo nee, of de rechter in een verstekzaak de overeenkomst tussen consument en handelaar op die grond ambtshalve volledig moet vernietigen.

2.2 Het antwoord op de eerste vraag is dat een knop met daarop alleen de tekst 'bestelling plaatsen' niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW. Indien de tekst op een bestelknop niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, geldt het volgende. In verstekzaken waarin van de consument betaling wordt gevorderd, moet de rechter de overeenkomst ambtshalve gedeeltelijk vernietigen. Die vernietiging tast de rechten van de consument niet aan en laat de verplichtingen van de consument in stand voor een zodanig gedeelte als nodig is om te voorkomen dat de sanctie voor de handelaar onevenredig zou zijn. Is de consument in rechte verschenen, dan gaat de rechter over tot volledige vernietiging van de overeenkomst als de consument in de gelegenheid is gesteld zich daarover uit te laten en zich daartegen niet heeft verzet. Verzet de consument zich wel tegen vernietiging van de overeenkomst, dan ziet de rechter af van vernietiging op de voet van art. 6:230v lid 3 BW en blijven de verplichtingen van de handelaar en de consument in stand.

3 Uitgangspunten en feiten

3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) [verweerster] heeft op de website van Bol.com een aantal artikelen besteld. De bestellingen heeft zij afgerond door te klikken op een knop met de tekst 'bestelling plaatsen'.

(ii) [verweerster] diende de koopsom voor de artikelen achteraf te betalen, maar dat heeft zij niet gedaan.

3.2 In deze procedure vordert Bol.com € 96,86 met wettelijke rente van [verweerster]. Dit bedrag bestaat uit € 64,66 aan koopsom, € 29,99 aan buitengerechtelijke kosten en € 2,51 aan wettelijke rente tot 14 december 2022. [verweerster] is niet in de procedure verschenen.

3.3 De kantonrechter heeft op de voet van art. 392 e.v. Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:[1]

1. Voldoet een knop met daarop alleen de tekst 'bestellen', 'bestelling plaatsen' of 'bestelling afronden' aan artikel 6:230v lid 3 BW?

2. Moet de rechter in verstekzaken ambtshalve de overeenkomst volledig vernietigen als niet voldaan is aan art. 6:230v lid 3 BW?

3. Als de overeenkomst niet volledig wordt vernietigd, mag of moet de rechter de overeenkomst dan gedeeltelijk vernietigen in die zin dat de betalingsverplichting van de consument wordt verminderd als niet is voldaan aan artikel 6:230v lid 3 BW?

4 Beantwoording van de prejudiciële vragen

4.1 Art. 6:230v BW geeft voorschriften voor overeenkomsten op afstand, gesloten tussen een consument en een handelaar, zoals omschreven in art. 6:230g lid 1, onder a, b en e, BW. Het gaat kort gezegd om overeenkomsten waarbij de consument op een website door een handelaar aangeboden zaken of diensten bestelt.

4.2 Art. 6:230v lid 3 BW luidt als volgt:

> "3. De handelaar richt zijn elektronische bestelproces op zodanige wijze in dat de consument een aanbod niet kan aanvaarden dan nadat hem op niet voor misverstand vatbare wijze duidelijk is gemaakt dat de bestelling een betalingsver-

1 Rechtbank Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4048 (*NJF* 2023/384; *red.*).

plichting inhoudt. Indien de aanvaarding geschiedt door gebruik van een knop of soortgelijke functie, is aan de vorige zin voldaan indien bij het plaatsen van de bestelling in niet voor misverstand vatbare termen en op goed leesbare wijze blijkt dat de aanvaarding een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt. Een knop of soortgelijke functie wordt daartoe op een goed leesbare wijze aangemerkt met een ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt. De enkele zinsnede «bestelling met betalingsverplichting» wordt aangemerkt als een dergelijke ondubbelzinnige verklaring. Een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, is vernietigbaar."

4.3 Art. 6:230v lid 3 BW is de implementatie[2] van art. 8 lid 2, tweede alinea, van Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten (hierna: Richtlijn consumentenrechten).[3] Deze alinea luidt als volgt:

"De handelaar ziet erop toe dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling, uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien het plaatsen van een bestelling inhoudt dat een knop of een soortgelijke functie moet worden aangeklikt, wordt de knop of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze aangemerkt met alleen de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen. Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden."

4.4 Voor begrip van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten is punt 39 van de considerans van die richtlijn van belang. Dit luidt als volgt:

"Het is bij overeenkomsten op afstand die via een website worden gesloten, van belang ervoor te zorgen dat de consument de belangrijkste onderdelen van de overeenkomst volledig kan lezen en begrijpen, alvorens zijn bestelling te plaatsen. Met het oog daarop dient deze richtlijn te bepalen dat die onderdelen worden vermeld in de nabijheid van de plaats waar om bevestiging van de bestelling wordt gevraagd. Ook is het van belang erop toe te zien dat de consument in dergelijke situaties het tijdstip kan vaststellen waarop hij de verplichting op zich neemt de handelaar te betalen. Daarom dient de aandacht van de consument door middel van een ondubbelzinnige formulering specifiek te worden gevestigd op het feit dat het plaatsen van de bestelling de verplichting tot het betalen van de handelaar met zich meebrengt."

4.5 Art. 6:230v lid 3 BW is bij de totstandkoming als volgt toegelicht:[4]

"Het derde lid van artikel 230v zet artikel 8 lid 2 (alinea 2) van de richtlijn om. Doel is om de informatievoorziening tijdens het bestelproces op internet te verbeteren. Het moet voor de consument duidelijk zijn wanneer hij een betalingsverplichting aangaat (overweging 39 van de richtlijn). Deze algemene informatieverplichting wordt vervolgens verder ingekleurd en geconcretiseerd. Bij het gebruik maken van een knop die kan worden aangeklikt, waardoor wordt besteld, zal deze een goed leesbare tekst moeten bevatten waaruit blijkt dat de consument een betalingsverplichting aangaat. (…) De tekst «bestelling met betalingsverplichting» voldoet hier in ieder geval aan. Andere teksten kunnen ook volstaan, mits ze voldoende duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Overigens beoogt de bepaling niet de taal waarin de tekst gesteld moet zijn te harmoniseren, zo volgt uit artikel 6 lid 7 en overweging 15 van de richtlijn.

(…) De slotzin verduidelijkt dat de overeenkomst die in strijd met deze bepaling tot stand is gekomen door de consument kan worden vernietigd. Daarmee wordt de zinsnede «Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden» geïmplementeerd. Deze bevoegdheid tot vernietiging betekent dat het uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten."

4.6.1 Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) heeft in zijn arrest van 7 april 2022 in de zaak *Fuhrmann*[5] beslist dat art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten aldus moet worden uitgelegd dat, teneinde in de context van een bestelproces voor het op elektronische wijze sluiten van een overeenkomst op afstand te bepalen of een op de bestelknop aangebrachte formulering overeenkomt met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' in de zin van die bepaling, uitsluitend moet worden uitgegaan van de woorden op die knop. Daartoe heeft het HvJEU onder meer als volgt overwogen:

"26 Wat deze laatste verplichting betreft [toevoeging Hoge Raad: de verplichting om de consument er uitdrukkelijk over te informeren dat hij door de bestelling te plaatsen een betalingsverplichting aangaat], blijkt uit de duidelijke bewoordingen van artikel 8, lid 2, tweede alinea,

2 Zie de Implementatiewet richtlijn consumentenrechten (*Stb.* 2014, 140), in werking getreden op 13 juni 2014.

3 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 199/44/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 304/64.

4 *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 51.

5 HvJEU 7 april 2022, zaak C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269 (*Fuhrmann-2-GmbH/B.*) (*NJ* 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; *red.*).

tweede volzin, van richtlijn 2011/83 dat op de bestelknop (…) op een goed leesbare wijze en met ondubbelzinnige woorden een vermelding moet worden aangebracht waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling voor de consument een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen. Hoewel deze bepaling de formulering 'bestelling met betalingsverplichting' noemt, blijkt uit de bewoordingen van die bepaling ook dat deze formulering een voorbeeld is en dat de lidstaten de handelaar mogen toestaan een andere overeenkomstige formulering te gebruiken, mits deze ondubbelzinnig is wat het ontstaan van die verplichting betreft.

27 Wanneer dus, zoals in casu, een nationale regeling tot omzetting van deze bepaling, net als de richtlijn, zelf geen precieze voorbeelden van overeenkomstige formuleringen bevat, zijn de handelaren vrij in hun keuze van de te gebruiken woorden, mits uit die woorden ondubbelzinnig blijkt dat de consument, zodra hij de bestelknop (…) aanklikt, een betalingsverplichting aangaat.

28 Bovendien blijkt even duidelijk uit de bewoordingen van artikel 8, lid 2, tweede alinea, tweede volzin, van richtlijn 2011/83, gelezen in samenhang met het woord 'uitdrukkelijk' in artikel 8, lid 2, tweede alinea, eerste volzin, van deze richtlijn, dat de in deze bepaling bedoelde formulering op de knop (…) moet staan. Mede gelet op hetgeen in het vorige punt van het onderhavige arrest is aangegeven, betekent dit dat er, om te beoordelen of de handelaar heeft voldaan aan zijn verplichting om erop toe te zien dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling uitdrukkelijk erkent dat deze een betalingsverplichting inhoudt, alleen rekening moet worden gehouden met de woorden op die knop (…).

(…)

32 Gelet op de overwegingen in punt 26 van het onderhavige arrest staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het hoofdgeding de formulering 'voltooi boeking' in de Duitse taal, rekening houdend met uitsluitend de bewoordingen van die formulering en los van de omstandigheden van het boekingsproces, kan worden geacht overeen te komen met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' in artikel 8, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2011/83. (…)

33 In dit verband zal de verwijzende rechter met name moeten nagaan of de term 'boeking' in het Duits, zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting. Zo niet, dan zal moeten worden geconcludeerd dat de uitdrukking 'voltooi boeking' dubbelzinnig is en dus niet kan worden beschouwd als een formulering die overeenkomt met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' in artikel 8, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2011/83."

4.6.2 Het HvJEU heeft voorts in zijn arrest van 30 mei 2024 in de zaak *Conny*[6] overwogen:

"48 (…) dat de afronding van een bestelproces waarbij voor de consument een betalingsverplichting ontstaat, een fundamentele stap is, aangezien deze afronding inhoudt dat de consument ermee instemt niet alleen gebonden te zijn door de overeenkomst op afstand, maar ook door de betalingsverplichting ([Fuhrmann-arrest], punt 30). Het activeren van een knop (…) om de bestelling af te ronden, houdt immers juist een verklaring in van de consument dat hij onherroepelijk aanvaardt gebonden te zijn door een betalingsverplichting."

De eerste prejudiciële vraag

4.7.1 Voor de beantwoording van de vraag of een knop met daarop alleen de tekst 'bestelling plaatsen' voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, is gelet op de hiervoor in 4.6.1 aangehaalde overwegingen uit het *Fuhrmann*-arrest van belang of deze tekst in het Nederlands, zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting.

4.7.2 De vraag of een knop met daarop alleen de tekst 'bestelling plaatsen' voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, wordt in de feitenrechtspraak wisselend beantwoord (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.28). De Hoge Raad ziet hierin aanleiding om met het oog op de rechtseenheid deze vraag te beantwoorden.

4.7.3 Wanneer een handelaar zaken of diensten aanbiedt op een website en aan de consument daar een knop toont met de tekst 'bestelling plaatsen', kan niet worden gezegd dat die tekst zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting. Bovendien maken de tekst van en de toelichting bij art. 6:230v lid 3 BW uitdrukkelijk onderscheid tussen 'bestellen' of 'een bestelling plaatsen' enerzijds en een 'betalingsverplichting aangaan' anderzijds. Datzelfde geldt voor art. 8 lid 2, tweede alinea van de richtlijn en de considerans (zie hiervoor in 4.4). Ook tegen die achtergrond moet worden aangenomen dat de tekst 'bestelling plaatsen' niet overeenkomt met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' in de zin van art. 6:230v lid 3 BW en art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten en dat niet kan worden aangenomen dat de term 'bestelling plaatsen' door de gemiddelde consument noodzakelijkerwijs

6 HvJEU 30 mei 2024, zaak C-400/22, ECLI:EU:C:2024:436 (*VT en UR/Conny GmbH*).

en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting.

4.7.4 Uit hetgeen hiervoor in 4.7.3 is overwogen, volgt dat een knop met daarop alleen de tekst 'bestelling plaatsen' niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW. Hetzelfde geldt voor een knop met daarop alleen de tekst 'bestellen' of 'bestelling afronden'. Hiermee is de eerste prejudiciële vraag beantwoord.

De tweede en de derde prejudiciële vraag

4.8.1 De tweede prejudiciële vraag en de derde prejudiciële vraag gaan over wat de rechter ambtshalve moet of mag doen als niet is voldaan aan art. 6:230v lid 3 BW. De vragen hebben in het bijzonder betrekking op de slotzin van art. 6:230v lid 3 BW, die erop neerkomt dat een overeenkomst die tot stand komt doordat de consument op een knop klikt die niet aan art. 6:230v lid 3 BW voldoet, vernietigbaar is.

4.8.2 Art. 6:230v lid 3 BW vormt, als gezegd, de implementatie van art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten (zie hiervoor in 4.3). De considerans van deze richtlijn vermeldt dat de richtlijn tot doel heeft de goede werking van de interne markt te bevorderen, waarbij een juist evenwicht ontstaat tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.[7] Ook het HvJEU heeft erop gewezen dat bij de handhaving van de informatieplichten van de Richtlijn consumentenrechten dit evenwicht moet worden gewaarborgd.[8] Verder bepaalt art. 24 lid 1 Richtlijn consumentenrechten dat de lidstaten sancties vaststellen voor overtredingen van nationale bepalingen waarin deze richtlijn is omgezet en erop toezien dat ze worden toegepast; de sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Van belang is hierbij voorts dat de Richtlijn consumentenrechten geen afbreuk doet aan nationale regels betreffende de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten voor zover algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet bij deze richtlijn worden geregeld.[9] De lidstaten mogen op grond van art. 4 Richtlijn consumentenrechten evenwel geen wettelijke bepalingen invoeren of handhaven die van de richtlijn afwijken, met inbegrip van bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen, tenzij in de richtlijn anders is bepaald.

4.8.3 Art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten voorziet in een dwingendrechtelijke informatieplicht ter bescherming van de consument. De nationale rechter is daarom op grond van het effectiviteitsbeginsel gehouden deze bepaling ambtshalve toe te passen, ook als dat in strijd zou zijn met bepalingen van nationaal recht.[10] Dit geldt zowel in procedures op tegenspraak als in verstekprocedures.

4.8.4 Als sanctie voor het geval niet is voldaan aan de informatieplicht van art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten, schrijft die bepaling voor dat de consument niet door de overeenkomst of bestelling is gebonden. Ter implementatie hiervan houdt art. 6:230v lid 3 BW in dat een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, vernietigbaar is (zie hiervoor in 4.2-4.3).

4.8.5 Op de voet van art. 6:230v lid 3 BW kan de overeenkomst hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk worden vernietigd. Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst kan bestaan in een vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument.[11]

4.8.6 De rechter die overweegt een overeenkomst ambtshalve te vernietigen, dient op grond van de beginselen van hoor en wederhoor de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten.

Indien de consument in de procedure is verschenen, heeft hij aldus gelegenheid zich tegen vernietiging van de overeenkomst te verzetten, hetgeen de rechter dan heeft te respecteren.[12]

Indien de consument niet in de procedure is verschenen, kan de rechter slechts overgaan tot gedeeltelijke vernietiging, die de rechten van de consument uit de overeenkomst onverlet laat.[13] De in de procedure niet verschenen consument zal immers geen rekening behoeven te houden met de mogelijkheid dat de rechter hem die rechten ontneemt, wanneer die mogelijkheid niet tijdig aan hem is kenbaar gemaakt en hij geen gelegenheid heeft gehad zich daarover uit te laten (vgl. art. 130 lid 3 Rv). Deze begrenzing van de rechterlijke bevoegdheden berust op beginselen van het Nederlandse procesrecht en valt daarmee binnen de door het Unierecht geëerbiedigde procedurele autonomie van de lidstaten, zolang daarmee niet wordt afgedaan aan de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen om de richtlijn te doen naleven.[14] Tot die middelen behoort de in art. 6:230v lid 3 BW voorziene sanctie van vernietigbaarheid.

4.8.7 Een gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst waarbij enerzijds de rechten van de consument geheel in stand blijven maar anderzijds de

7 Considerans onder 4 Richtlijn consumentenrechten.

8 HvJEU 23 januari 2019, zaak C-430/17, ECLI:EU:C:2019:47 (*Walbusch Walter Busch*), punt 41; HvJEU 10 juli 2019, zaak C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576 (*Amazon EU*), punt 44.

9 Considerans onder 14 en art. 3 lid 5 Richtlijn consumentenrechten.

10 Vgl. HvJEU 4 juni 2015, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Faber/Hazet Ochten*, punt 42 (*NJ* 2016/148; *red.*); HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*), rov. 3.1.6 (*NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; *red.*).

11 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*), rov. 3.1.15 (*NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; *red.*).

12 Vgl. HvJEU 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 49 (*NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok; *red.*), HvJEU 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 35 (*NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok; *red.*) en HvJEU 14 september 2023, zaak C-83/22, ECLI:EU:C:2023:664 (*Tuk Tuk Travel*), punt 63.

13 Vgl. HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*), rov. 3.1.18 (*NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; *red.*).

14 Vgl. HvJEU 14 september 2023, zaak C-83/22, ECLI:EU:C:2023:664 (*Tuk Tuk Travel*), punt 44.

verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument geheel wegvallen, zou stroken met de bepaling in art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten dat de consument niet door de overeenkomst of de bestelling is gebonden. Een zodanige vernietiging zou echter weliswaar een doeltreffende sanctie zijn, maar in veel gevallen klaarblijkelijk niet beantwoorden aan de eis dat sancties ook voor de handelaar evenredig moeten zijn.

4.8.8 Op grond van hetgeen hiervoor in 4.8.7 is overwogen, mag de rechter, als de consument niet in het geding is verschenen, de overeenkomst op de voet van art. 6:230v lid 3 BW slechts gedeeltelijk vernietigen, in die zin dat de vernietiging de rechten van de consument niet aantast en de verplichtingen van de consument in stand blijven voor zover nodig is om te voorkomen dat de sanctie voor de handelaar onevenredig zou zijn. Die gedeeltelijke vernietiging in een verstekvonnis ontneemt aan de consument niet de mogelijkheid om op grond van art. 6:230v lid 3 BW alsnog de overeenkomst geheel te (doen) vernietigen. De consument kan de overeenkomst niet meer (doen) vernietigen als de handelaar de consument, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de betekening van het verstekvonnis, op deze mogelijkheid heeft gewezen en een redelijke termijn heeft gesteld om te kiezen tussen bevestiging en vernietiging, en de consument binnen deze termijn geen keuze heeft gedaan (art. 3:55 lid 2 BW).

4.8.9 Doordat de consument na een beslissing van de rechter als hiervoor in 4.8.8 bedoeld — behoudens bijvoorbeeld de werking van art. 3:55 lid 2 BW, zie hiervoor in 4.8.8, slot — de mogelijkheid heeft om alsnog tot volledige vernietiging van de overeenkomst te komen, wordt een resultaat bereikt dat strookt met de bepaling in art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten dat de consument niet door de overeenkomst is gebonden.[15] Het resultaat van een gedeeltelijke vernietiging als hiervoor in 4.8.8 bedoeld zal veelal materieel niet wezenlijk verschillen van het resultaat in het geval van algehele vernietiging van de overeenkomst. In beide gevallen vindt een aanpassing van het contractuele evenwicht plaats ten gunste van de consument. Bij algehele vernietiging is die aanpassing gelegen in het volgende.

Partijen hebben dan over en weer recht op ongedaanmaking van de verrichte prestaties.

Als de consument een door hem van de handelaar gekocht goed moet teruggeven en van zijn kant gedane betalingen terugkrijgt, zal de handelaar per saldo veelal nadeel ondervinden doordat het goed, reeds als gevolg van de levering, een deel van zijn waarde voor hem heeft verloren. Dit verlies kan de handelaar in beginsel niet voor rekening van de consument brengen (vgl. art. 6:204 lid 1 BW).[16]

Heeft de handelaar op grond van de overeenkomst niet een goed gegeven maar een andere prestatie verricht, die naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt, dan zal de handelaar slechts aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst door de consument binnen de door art. 6:210 lid 2 BW omschreven grenzen; tot die grenzen behoort dat aanspraak op vergoeding alleen bestaat 'voor zover dit redelijk is'. Omdat de handelaar niet heeft voldaan aan art. 6:230v lid 3 BW, is het gezien de vereiste doeltreffendheid en afschrikkendheid van de sanctie niet redelijk dat de handelaar voor die waarde zonder enige korting vergoeding zou ontvangen. Bij de beoordeling in hoeverre een vergoeding redelijk is, kan ook van belang zijn of de consument is gewezen op zijn recht de overeenkomst binnen de bedenktijd te ontbinden (art. 6:230o BW) en daarvan vervolgens geen gebruik heeft gemaakt.

4.8.10 Een beslissing als hiervoor in 4.8.8 bedoeld, waarbij de rechter de verplichtingen van de consument vooralsnog gedeeltelijk in stand laat en aldus bij wijze van evenredige sanctie een korting op de betalingsverplichting van de consument toepast, doet voorts recht aan het belang voor de rechtspraktijk van eenvoudig te hanteren regels.

Met het oog op het grote aantal procedures waarin betaling wordt gevorderd uit hoofde van overeenkomsten op afstand waarbij de handelaar gebruik heeft gemaakt van een bestelknop die niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, verdient het aanbeveling dat de rechter zich bij de toepassing van de korting richt naar niet-bindende richtlijnen.[17] Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen in 4.8.9, is een korting van één derde op de betalingsverplichting van de consument in beginsel redelijk te achten.

4.8.11 Uit hetgeen hiervoor in 4.8.1-4.8.8 is overwogen, volgt dat het antwoord op de tweede prejudiciële vraag luidt dat als de bestelknop niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, de rechter in verstekzaken niet ambtshalve de overeenkomst volledig mag vernietigen.

4.8.12 Uit hetgeen hiervoor in 4.8.8-4.8.10 is overwogen, volgt dat het antwoord op de derde prejudiciële vraag voor verstekzaken inhoudt dat als de bestelknop niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, de rechter de overeenkomst ambtshalve gedeeltelijk moet vernietigen, in die zin dat de vernietiging de rechten van de consument niet aantast en de verplichtingen van de consument vooralsnog in stand laat voor een zodanig gedeelte als nodig is om te voorkomen dat de sanctie voor de handelaar onevenredig zou zijn.

In zaken waar de consument in rechte is verschenen, vernietigt de rechter de overeenkomst volledig als de consument in de gelegenheid is gesteld zich daarover uit te laten en zich daartegen niet heeft verzet. Als de consument zich in die zaken

15 Vgl. HvJEU 9 april 2024, C-582/21, ECLI:EU:C:2024:282 (*Profi Credit Polska II*), punt 71-78.

16 Vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Gratis telefoon II*), rov. 3.15.1 (*NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma; *red.*).

17 Vgl. HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*), rov. 3.1.19 (*NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; *red.*).

verzet tegen vernietiging van de overeenkomst, ziet de rechter af van vernietiging op de voet van art. 6:230v lid 3 BW.

5 Beslissing
De Hoge Raad:
- beantwoordt de vragen op de hiervoor in 4.7.4 en 4.8.11-4.8.12 weergegeven wijze;
- begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van Bol.com en op nihil aan de zijde van [verweerster].

Noot

Zie noot onder *NJ* 2025/88.

M.B.M. Loos

NJ 2025/88

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)
4 oktober 2024, nr. 23/01968
(Mrs. M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons, G.C. Makkink; A-G mr. B.J. Drijber)
m.nt. M.B.M. Loos

Art. 6:203, 6:210, 6:212m, 6:230v lid 3 BW; art. 8 lid 2 Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten

RvdW 2024/913
NJB 2024/2031
RCR 2024/90
ECLI:NL:PHR:2023:1082
ECLI:NL:HR:2024:1366

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Unierecht. Consumentenrecht. Verbintenissenrecht. Schending bestelknopbepaling (art. 6:230v lid 3 BW); vernietiging overeenkomst; gevolgen; recht handelaar op vergoeding; grondslag. Art. 6:203, 6:210 en 6:212 BW.

Aangezien gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst in verstekzaken de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten van de consument onverlet laat, blijft daarmee de rechtsgrond voor door de handelaar op grond van de overeenkomst jegens de consument verrichte prestaties in stand. Voor een vordering tot terugvordering of ongedaanmaking op de voet van art. 6:203 en 6:210 BW is daarom geen plaats. Ook voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) is dan geen plaats. Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst in verstekzaken kan meebrengen dat de consument — doordat zijn verplichtingen uit de overeenkomst vooralsnog worden verminderd maar zijn rechten uit de overeenkomst niet — ten koste van de handelaar wordt verrijkt. Deze verrijking vindt haar grond echter in de, als sanctie op het niet voldoen aan art. 6:230v lid 3 BW te beschouwen, gedeeltelijke vernietiging. Die verrijking is dus niet ongerechtvaardigd.

In zaken waarin de consument is verschenen en, daartoe in de gelegenheid gesteld, zich niet ertegen verzet dat de overeenkomst volledig wordt vernietigd, vernietigt de rechter de overeenkomst volledig. De handelaar kan recht kan hebben op een vergoeding op grond van art. 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van art. 6:230v lid 3 BW geheel is vernietigd.

Capabel Onderwijs Groep B.V., te Zwolle, eiseres in eerste aanleg, hierna: Capabel, adv.: aanvankelijk mr. I.M.A. Lintel, thans mr. T.T. van Zanten,
tegen
[verweerster], gedaagde in eerste aanleg, niet verschenen in de prejudiciële procedure.

Rechtbank:

3. De beoordeling
De overeenkomst is niet tussentijds beëindigd
3.1. [gedaagde01] stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst vroegtijdig is beëindigd en dat de beëindigingsregeling in de algemene voorwaarden van Capabel onredelijk bezwarend is en daarom vernietigbaar. De kantonrechter volgt dit standpunt niet.
3.2. [gedaagde01] heeft de overeenkomst niet opgezegd. Zij heeft wel gesteld dat zij is gestopt met het volgen van lessen en het betalen van het leergeld maar dat is onvoldoende voor een opzegging. Op grond daarvan hoefde Capabel niet te begrijpen dat [gedaagde01] de overeenkomst wilde opzeggen. Op zijn minst was vereist dat [gedaagde01] op enige manier aan Capabel duidelijk zou maken dat zij de overeenkomst wilde beëindigen. [gedaagde01] heeft niet gesteld dat zij dat heeft gedaan.
3.3. De kantonrechter kan ook niet vaststellen dat Capabel de overeenkomst heeft opgezegd. Capabel schrijft in een brief van 17 februari 2017 weliswaar aan [gedaagde01] dat zij vanwege het niet betalen van leergeld niet meer wordt toegelaten tot het onderwijs, maar op dat moment was de opleiding al geëindigd. [gedaagde01] stelt terecht dat wat er in de brief staat vreemd is, maar uit de brief blijkt niet dat de overeenkomst vroegtijdig is opgezegd.
3.4. Verder is juist dat de algemene voorwaarden Capabel het recht geven om de overeenkomst wegens wanbetaling te beëindigen, maar dat betekent niet dat Capabel daarvan gebruik heeft gemaakt. De overeenkomst eindigt op grond van de algemene voorwaarden niet vanzelf op het moment van wanbetaling.
3.5. De kantonrechter stelt aldus vast dat de overeenkomst niet tussentijds is beëindigd en dat [gedaagde01] gedurende de gehele opleiding onderwijs heeft kunnen volgen. In deze zaak hoeft daarom niet te worden onderzocht of de algemene

voorwaarden van Capabel op dit punt onredelijk bezwarend zijn.

[gedaagde01] mag de overeenkomst vernietigen

3.6. [gedaagde01] is de overeenkomst aangegaan door op de website van Capabel op een knop te klikken met daarop de tekst *schrijf je nu in*. Deze tekst voldoet niet aan artikel 6:230v lid 3 BW. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft namelijk beslist dat uit de tekst op de knop moet blijken dat de consument een betalingsverplichting aangaat. Het gaat daarbij alleen om de tekst op de knop zelf. De context en de tekst om de knop heen zijn niet van belang. De tekst op de knop moet ook in het dagelijks spraakgebruik altijd geassocieerd worden met een betalingsverplichting.[1] Dat is hier niet het geval, want het woord *inschrijven* wordt ook gebruikt in situaties waarbij geen betalingsverplichting wordt aangegaan. Zo kan iemand zich bijvoorbeeld inschrijven voor een gratis nieuwsbrief.

3.7. [gedaagde01] mag de overeenkomst daarom op grond van artikel 6:230v lid 3 BW vernietigen. Nadat zij daartoe in de gelegenheid was gesteld, heeft [gedaagde01] verklaard dat zij van dit recht gebruik wil maken. De kantonrechter is daarom voornemens om de overeenkomst te vernietigen.

Prejudiciële vragen

3.8. De precieze rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van artikel 6:230v lid 3 BW zijn op dit moment nog onduidelijk. De kantonrechter zal hierover de volgende prejudiciële vraag stellen aan de Hoge Raad:

> "Kan de handelaar recht hebben op een vergoeding op grond van de artikelen 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van artikel 6:230v lid 3 BW is vernietigd?"

3.9. De vraag heeft betrekking op de gevolgen van een vernietiging zoals bedoeld in artikel 6:230v lid 3 BW. De kantonrechter gaat er daarbij van uit dat de richtlijn er niet toe dwingt vernietiging anders uit te leggen dan volgens Nederlands recht gebruikelijk is. Dat wil zeggen dat vernietiging de gehele overeenkomst treft en niet alleen de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de consument. De kantonrechter is het dus niet eens met de uitleg die de rechtbank Noord-Holland aan dit artikel lijkt te geven, waarbij de verplichtingen van de handelaar in stand worden gelaten.[2]

3.10. Er zijn nog maar weinig rechterlijke uitspraken op dit punt, maar de kantonrechter is er ambtshalve mee bekend dat er tussen rechters verschil van inzicht bestaat. Het is daarom wenselijk dat de Hoge Raad op dit punt duidelijkheid verschaft.

3.11. Er bestaat nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de precieze gevolgen van de niet-bindendheid zoals bedoeld in artikel 8 lid 2 van de Richtlijn Consumentenrechten. Er is wel rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen. Die rechtspraak komt er kort samengevat op neer dat de rechter na vernietiging van een oneerlijke bepaling de overeenkomst niet mag aanvullen op basis van nationaal recht. Uitgangspunt bij vernietiging van een oneerlijke bepaling is echter dat de overeenkomst voor het overige in stand blijft. Als de overeenkomst zonder de oneerlijke bepaling niet kan voortbestaan, mag de rechter onder omstandigheden de overeenkomst wel aanvullen met nationaal recht. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 21 januari 2023 leidt de kantonrechter af dat de richtlijn er in zo'n geval op zich niet aan in de weg staat dat het nationale recht de handelaar de mogelijkheid biedt om op basis van een andere rechtsgrond dan de nietig verklaarde overeenkomst vergoeding voor de prestatie te eisen.[3]

3.12. Volgens Nederlands recht is een beroep op een andere rechtsgrond mogelijk. Zo hebben partijen recht op teruggave van wat al is geleverd op grond van onverschuldigde betaling en als de consument niet voldoet aan die verplichting, dan heeft de handelaar recht op schadevergoeding. Als het geleverde naar zijn aard niet kan worden teruggegeven, kan de handelaar recht hebben op een vergoeding op grond van artikel 6:210 lid 2 BW. Als alternatief of aanvullend zou een verbintenis tot schadevergoeding kunnen ontstaan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De vraag die beantwoord moet worden, is in hoeverre de doelstelling van de richtlijn om doeltreffend en afschrikwekkend te zijn aan de toepassing van deze regels in de weg staat.

3.13. De Hoge Raad heeft in zijn beantwoording van de prejudiciële vragen over koop op afbetaling van mobiele telefoons onder meer overwogen dat na vernietiging de consument de telefoon moet teruggeven en dat hij — als hij de telefoon niet teruggeeft — een vergoeding moet betalen. Voor een vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor het genot dat de consument over de periode dat hij de telefoon onder zich had, bestaat echter geen grond, mede omdat dit afbreuk zou doen aan het vereiste dat de sanctie doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn.[4] Eenzelfde lijn zou kunnen worden gehanteerd bij vernietiging op grond van artikel 6:230v lid 3 BW.

3.14. Het ligt daarom in de rede om aan te nemen dat de consument aan hem geleverde zaken moet teruggeven en dat als hij dat niet doet, hij een schadevergoeding moet betalen. De kantonrechter gaat ervan uit dat de hoogte van de schadevergoeding in beginsel moet worden bepaald op (een in-

1 HvJ EU 7 april 2022, ECLI:EU:C:2022:269.
2 Zie Rechtbank Noord-Holland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4676.
3 HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:14, r.o. 62.
4 Hoge Raad 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Mobiele telefoon II*).

schatting van) de waarde van het product op het moment van vernietiging. Ook hier geldt immers dat eventuele achteruitgang van het product niet valt toe te rekenen aan de consument zolang hij nog geen rekening hoefde te houden met teruggave.

3.15. Bij sommige overeenkomsten kan het product naar zijn aard niet worden teruggegeven. Dat is ook hier het geval. Verder is dit bijvoorbeeld het geval voor de kernprestatie van de handelaar bij energieovereenkomsten en huurovereenkomsten. In die gevallen ligt toepassing van artikel 6:210 lid 2 BW naar het oordeel van de kantonrechter in de rede. Op grond van dit artikel is degene die aan de ander een prestatie heeft verricht die naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt een vergoeding verschuldigd voor de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst. Daarvoor is vereist dat de ontvanger door de prestatie is verrijkt, het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of dat hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Hieraan zal steeds zijn voldaan.

3.16. De doeltreffende en afschrikkende werking van de richtlijn zou naar het oordeel van de kantonrechter echter in het gedrang komen als de consument een waardevergoeding moet betalen die (nagenoeg) gelijk is aan de waarde die het product in het economische verkeer had. De consument is dan in veel gevallen immers niet beter af door de vernietiging. De kantonrechter is daarom van oordeel dat de hoogte van de vergoeding moet worden bepaald op een substantieel lager deel van de overeengekomen prijs. Daarbij moet worden bedacht dat op dit moment in de meeste zaken door de handelaar niet aan alle informatieplichten is voldaan. Dat leidt ertoe dat — als de overeenkomst niet op grond van artikel 6:230v lid 3 BW wordt vernietigd — de overeenkomst gedeeltelijk wordt vernietigd in die zin dat de prijs voor het product wordt bepaald op 75% of 50% van de oorspronkelijke prijs. Het lijkt niet wenselijk dat een consument wiens overeenkomst op grond van artikel 6:230v lid 3 BW volledig wordt vernietigd in een nadeligere positie komt dan een consument wiens overeenkomst gedeeltelijk wordt vernietigd. Dit geldt nog meer als de Hoge Raad beslist dat de rechter ook in verstekzaken de overeenkomst ambtshalve volledig moet vernietigen als de tekst op de bestelknop niet voldoet.

3.17. Bij het voorgaande moet worden opgemerkt dat een consument met een lopende overeenkomst nog steeds belang kan hebben bij volledige vernietiging. Hiermee kan de consument immers bewerkstelligen dat de overeenkomst eindigt, zonder dat hij vanwege de beëindiging een schadevergoeding moet betalen.

Afsluiting

3.18. De kantonrechter wil tot slot opmerken dat in vrijwel alle zaken die de rechtbank bereiken voor de consument duidelijk moet zijn geweest dat hij een betalingsverplichting aanging. In veel gevallen voldoet de tekst op de bestelknop weliswaar niet, maar meestal wordt de prijs voor het product duidelijk getoond op dezelfde pagina waarop de bestelknop wordt weergegeven. In deze gevallen zou het hoogst onredelijk voorkomen en ook maatschappelijk ongewenst zijn dat de handelaar voor de door hem geleverde prestatie in het geheel niet betaald krijgt. Er zullen waarschijnlijk ook gevallen zijn waarin voor de consument daadwerkelijk niet duidelijk was dat hij een betalingsverplichting aanging, maar die zaken worden vrijwel niet bij de rechtbanken aangebracht.

Vervolg procedure na beantwoording van de vragen

3.19. Nadat het antwoord van de Hoge Raad is ontvangen, zal de kantonrechter partijen in de gelegenheid stellen zich hierover uit te laten. Daarna zal in uitspraak worden gedaan.

4. De beslissing

De kantonrechter:

stelt de volgende vraag aan de Hoge Raad:

Kan de handelaar recht hebben op een vergoeding op grond van de artikelen 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van artikel 6:230v lid 3 BW is vernietigd?

Conclusie A-G mr. B.J. Drijber:

1 Inleiding

1.1 In deze prejudiciële zaak zijn vragen gesteld over de zogenoemde bestelknopbepaling die is opgenomen in art. 8 lid 2 van de Richtlijn consumentenrechten en is omgezet in art. 6:230v lid 3 BW. Als een consument op elektronische wijze een overeenkomst sluit door op een bestelknop te klikken, dient uit de tekst op die knop op niet voor misverstand vatbare wijze te blijken dat hij daardoor een betalingsverplichting aangaat. Het Hof van Justitie heeft dit in strikte bewoordingen bevestigd in de zaak *Fuhrmann* (HvJEU 7 april 2022, C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269), maar heeft niet bepaald wat in geval van schending van deze informatieplicht precies de rechtsgevolgen zijn.

1.2 Uitgangspunt in deze zaak is dat de door Capabel op haar website gebruikte bestelknop *niet* voldoet aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW en dat *volledige* vernietiging van de overeenkomst in deze zaak de juiste sanctie is op schending van die bepaling. De vervolgvraag, die hier centraal staat, is dan wat de rechtsgevolgen van de volledige vernietiging zijn. Meer specifiek vraagt de verwijzende rechter of de handelaar op basis van een andere rechtsgrond dan de vernietigde overeenkomst een vergoeding voor de door hem geleverde prestatie kan eisen.

1.3 Deze zaak hangt samen met een andere prejudiciële zaak (23/01972), *Bol.com*, die op dezelfde dag is verwezen door dezelfde kantonrechter. Vandaag concludeer ik ook in die zaak. De vragen in die zaak gaan systematisch gezien vooraf aan de vragen die hier aan de orde zijn. Het gaat daar om de vraag (a) of de gebruikte bestelknop van bol.com ge-

let op het arrest *Fuhrmann* voldoet aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW en, als dat niet het geval is, (b) of de rechter in een verstekzaak de overeenkomst tussen consument en handelaar ambtshalve moet vernietigen en zo ja, (c) in zijn geheel of slechts gedeeltelijk. Feitelijke verschil met de zaak *Bol.com* is dat het in die zaak gaat om bestelde artikelen (en hier om een dienst) en voorts dat in die zaak tegen de consument verstek is verleend (terwijl het hier een zaak op tegenspraak betreft).

1.4 Beide zaken hebben een groot praktisch belang, zowel voor het elektronische handelsverkeer als voor de gerechtelijke incassopraktijk.

2 Feiten en procesverloop

2.1 [verweerster] heeft zich bij Capabel via de website van deze aanbieder ingeschreven voor de opleiding tot doktersassistent. Het inschrijfproces is voltooid door te klikken op een knop met daarop de tekst 'schrijf je nu in'.[1]

2.2 De opleiding duurt normaal gesproken twaalf maanden. Het leergeld was in maandelijkse termijnen verschuldigd. Op een gegeven moment is [verweerster] om haar moverende redenen gestopt met het volgen van de lessen en met het betalen van het leergeld. Het diploma voor de opleiding heeft zij niet gehaald. De kantonrechter heeft vastgesteld dat de overeenkomst niet tussentijds is beëindigd en dat [verweerster] gedurende de gehele duur van de opleiding onderwijs heeft kunnen volgen.

2.3 Bij inleidende dagvaarding van 13 december 2020 heeft Capabel betaling gevorderd van het resterende bedrag van het leergeld, plus de tot aan 25 november 2020 vervallen rente. Op die datum was dat bij elkaar opgeteld een bedrag van € 2.409,54. [verweerster] had in het totaal al een bedrag van € 3.042,78 betaald.

2.4 [verweerster] heeft verweer gevoerd. Bij rolbeslissing van 6 mei 2022 heeft de kantonrechter overwogen dat de gebruikte bestelknop niet voldoet aan de informatieplicht die is vermeld in art. 6:230v lid 3 BW. Volgens de kantonrechter mag [verweerster] de overeenkomst daarom op grond van art. 6:230v lid 3 BW vernietigen. Nadat zij daartoe in de gelegenheid was gesteld, heeft [verweerster] verklaard dat zij van dit recht gebruik wilde maken. Bij haar uitlating naar aanleiding van de rolbeslissing heeft Capabel zich op het standpunt gesteld dat ook indien de overeenkomst zou moeten worden vernietigd, [verweerster] op grond van (onder meer) onverschuldigde betaling een waardevergoeding zou zijn verschuldigd voor de gehele opleiding en het studiemateriaal.[2]

2.5 Op 3 maart 2023 wees de kantonrechter een tussenvonnis.[3] Volgens haar is het onduidelijk in hoeverre art. 6:230v lid 3 BW toestaat dat Capabel in geval van vernietiging van de overeenkomst een vergoeding kan vragen voor de door haar geleverde prestatie. Daarom heeft de kantonrechter het voornemen een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad.

2.6 Partijen hebben geen opmerkingen bij dit voornemen gemaakt.

2.7 De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 12 mei 2023 aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag gesteld:[4]

> "Kan de handelaar recht hebben op een vergoeding op grond van de artikelen 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van artikel 6:230v lid 3 BW is vernietigd?"

2.8 De Hoge Raad heeft de prejudiciële vraag in behandeling genomen. Namens Capabel zijn schriftelijke opmerkingen ingediend[5] door haar cassatieadvocaat en mr. L. van den Reek.

1 Naar aanleiding van het *Fuhrmann*-arrest heeft Capabel haar bestelproces aangepast en daarbij ook de tekst op de bestelknop gewijzigd (schriftelijke opmerkingen Capabel, onder 2.4).

2 Akte uitlating zijdens Capabel van 19 juli 2022, punt 7: "*Mocht u edelachtbare dan ook van mening zijn dat de betalingsverplichting jegens eiseres op grond van de overeenkomst dient te worden vernietigd, dan is gedaagde alsnog een waardevergoedingsverplichting voor de gehele opleiding en het geleverde studiemateriaal verschuldigd (artikel 6:203 lid 3 BW en artikel 6:272 BW). Dit nu gedaagde heeft genoten van het onderwijs en de studiematerialen welke Capabel heeft geleverd.*"

3 Rb. Rotterdam 3 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2090.

4 Rb. Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4049. Aan het slot van het verwijzingsvonnis merkt de kantonrechter op "*… dat in vrijwel alle zaken die de rechtbank bereiken voor de consument duidelijk moet zijn geweest dat hij een betalingsverplichting aanging. In veel gevallen voldoet de tekst op de bestelknop weliswaar niet, maar meestal wordt de prijs voor het product duidelijk getoond op dezelfde pagina waarop de bestelknop wordt weergegeven. In deze gevallen zou het hoogst onredelijk voorkomen en ook maatschappelijk ongewenst zijn dat de handelaar voor de door hem geleverde prestatie in het geheel niet betaald krijgt. Er zullen waarschijnlijk ook gevallen zijn waarin voor de consument daadwerkelijk niet duidelijk was dat hij een betalingsverplichting aanging, maar die zaken worden vrijwel niet bij de rechtbanken aangebracht.*"

5 De gemachtigde van [verweerster] heeft ook schriftelijke opmerkingen ingediend. De griffie van de Hoge Raad heeft er evenwel bij brief op gewezen dat schriftelijke opmerkingen door een advocaat bij de Hoge Raad moeten worden ondertekend en ingediend (art. 393 lid 3 Rv). Er werd een termijn van twee weken gegund om dit verzuim te herstellen. De gemachtigde liet binnen deze termijn weten dat hij afziet van het indienen van schriftelijke opmerkingen. De eerder ingediende opmerkingen zijn terzijde gelegd (art. 3.3.9.2. procesreglement Hoge Raad).

3 Juridisch kader[6]

De bestelknopverplichting van art. 6:230v lid 3 BW

3.1 Overeenkomsten op afstand zijn geregeld in titel 5 ('overeenkomsten in het algemeen'), afdeling 2b ('bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten'), paragraaf 5 ('aanvullende bepalingen voor overeenkomsten op afstand') van Boek 6 BW. Art. 6:230m lid 1 BW somt de informatie op die de handelaar voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst op afstand (zoals een online afgesloten overeenkomst) aan de consument moet verstrekken. Art. 6:230v BW bevat vereisten over de vorm waarin de in art. 6:230m lid 1 BW genoemde precontractuele informatieplichten van de handelaar moeten worden nagekomen. Het derde lid van art. 6:230v BW bevat een extra precontractuele informatieplicht: de tekst op de bestelknop moet de consument op ondubbelzinnige wijze informeren dat hij door die knop aan te klikken een betalingsverplichting aangaat.

3.2 Art. 6:230v lid 3 BW, dat op 13 juni 2014 in werking is getreden,[7] luidt als volgt (hier en in de citaten hierna mijn cursivering):

> "3. De handelaar richt zijn elektronische bestelproces op zodanige wijze in dat de consument een aanbod niet kan aanvaarden dan nadat hem op niet voor misverstand vatbare wijze duidelijk is gemaakt dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien de aanvaarding geschiedt door gebruik van een knop of soortgelijke functie, is aan de vorige zin voldaan *indien bij het plaatsen van de bestelling in niet voor misverstand vatbare termen en op goed leesbare wijze blijkt dat de aanvaarding een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt*. Een knop of soortgelijke functie wordt daartoe op een goed leesbare wijze aangemerkt met *een ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt*. De enkele zinsnede 'bestelling met betalingsverplichting' wordt aangemerkt als een dergelijke ondubbelzinnige verklaring. *Een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, is vernietigbaar*."

3.3 Deze bepaling is als volgt toegelicht:[8]

> "Het derde lid van artikel 230v zet artikel 8 lid 2 (alinea 2) van de richtlijn om. Doel is om de informatievoorziening tijdens het bestelproces op internet te verbeteren. Het moet voor de consument duidelijk zijn wanneer hij een betalingsverplichting aangaat (overweging 39 van de richtlijn). Deze algemene informatieverplichting wordt vervolgens verder ingekleurd en geconcretiseerd. Bij het gebruik maken van een knop die kan worden aangeklikt, waardoor wordt besteld, zal deze een goed leesbare tekst moeten bevatten waaruit blijkt dat de consument een betalingsverplichting aangaat. De term «soortgelijke functie» duidt erop dat een hyperlink waarmee kan worden besteld ook aan de eis moet voldoen. *De tekst «bestelling met betalingsverplichting» voldoet hier in ieder geval aan. Andere teksten kunnen ook volstaan, mits ze voldoende duidelijk en ondubbelzinnig zijn*. (…).
> *De slotzin verduidelijkt dat de overeenkomst die in strijd met deze bepaling tot stand is gekomen door de consument kan worden vernietigd. Daarmee wordt de zinsnede «Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden» geïmplementeerd. Deze bevoegdheid tot vernietiging betekent dat het uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten*."

3.4 Gelet op de Unierechtelijke oorsprong van de bestelknopbepaling ga ik nu in op de richtlijnbepaling waarvan art. 6:230v lid 3 BW de omzetting vormt.

Unierechtelijke achtergrond van de bestelverplichting

3.5 Art. 6:230v lid 3 BW, vormt de implementatie van art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn 2011/83/EU ("*Richtlijn consumentenrechten*").[9] Het betrokken gedeelte van art. 8 lid 2 luidt:

> "De handelaar ziet erop toe dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling, uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien het plaatsen van een bestelling inhoudt dat een knop of een soortgelijke functie moet worden aangeklikt, *wordt de knop* of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze *aange-*

6 Het geschetste kader is toegespitst op de informatieplicht genoemd in art. 6:230v lid 3 BW en de sanctie op de schending daarvan — de 'bestelknopproblematiek'. Voor een bredere en uitvoeriger analyse van de doorwerking van Unierechtelijke informatieplichten in het nationale verbintenissenrecht verwijs ik naar de conclusie(s) van plv. P-G Wissink van 16 augustus 2021, ECLI:NL:HR:2021:757 en 758 (*Arvato I*).

7 Implementatiewet richtlijn consumentenrechten, *Stb.* 2014, 140.

8 *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3 (*MvT*), p. 51.

9 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 304/64. Deze richtlijn is gewijzigd door de zogenoemde 'Moderniseringsrichtlijn', voluit geheten 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, p. 7. De volgende wijziging in verband met de duurzaamheidsagenda is al weer aanstaande. Zie: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken, COM(2022) 143 final.

merkt met alleen de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen. Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden."

3.6 Deze bepaling stond niet in het voorstel voor deze richtlijn dat de Europese Commissie ("*Commissie*") in 2008 heeft ingediend.[10] Tijdens het wetgevingsproces is, in het kader van de triloog[11] tussen het Europees Parlement ("*EP*"), de Raad van de Europese Unie ("*Raad*") en de Commissie, een tekstvoorstel over de duidelijkheid en ondubbelzinnigheid van de tekst op de bestelknop ingebracht.[12] Bij amendementen (nrs. 107, 235, 236) heeft het EP lid 1a aan (op dat moment) art. 11 van het richtlijnvoorstel toegevoegd.[13] Dit betrof een informatieplicht voor de situatie dat de consument een betalingsverplichting aangaat.[14] Het oogmerk was 'cost traps' bij overeenkomsten op afstand bestrijden.[15] In het verdere wetgevingsproces is het voorstel van het EP over de wijze waarop de handelaar de consument moet informeren over zijn betalingsverplichting (nog) specifieker gemaakt.[16] Op die manier is de bestelknopbepaling tot stand gekomen.

3.7 Punt 39 van de considerans van de Richtlijn consumentenrechten luidt:

"Het is bij overeenkomsten op afstand die via een website worden gesloten, van belang ervoor te zorgen dat de consument de belangrijkste onderdelen van de overeenkomst volledig kan lezen en begrijpen, alvorens zijn bestelling te plaatsen. Met het oog daarop dient deze richtlijn te bepalen dat die onderdelen worden vermeld in de nabijheid van de plaats waar om bevestiging van de bestelling wordt gevraagd. *Ook is het van belang erop toe te zien dat de consument in dergelijke situaties het tijdstip kan vaststellen waarop hij de verplichting op zich neemt de handelaar te betalen. Daarom dient de aandacht van de consument door middel van een ondubbelzinnige formulering specifiek te worden gevestigd op het feit dat het plaatsen van de bestelling de verplichting tot het betalen van de handelaar met zich meebrengt.*"

Sanctionering van schending van informatieplichten in de Richtlijn consumentenrechten

3.8 Het doel van de Richtlijn consumentenrechten is om door de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming bij te dragen aan de goede werking van de interne markt (art. 1). Tegelijkertijd wordt beoogd een juist evenwicht te doen ontstaan tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven, met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel (considerans punt 4).[17]

3.9 Ingevolge art. 4 van deze richtlijn mogen de lidstaten niet in hun nationale recht bepalingen handhaven of invoeren die afwijken van het in de richtlijn vastgestelde niveau van consumentenbescherming. Dit is slechts anders als in de richtlijn zelf anders is bepaald.[18] Dit betekent dat de richtlijn uitgaat van maximumharmonisatie.[19]

3.10 De Richtlijn consumentenrechten laat de geldigheid van overeenkomsten in beginsel onge-

10 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, Brussel, 8 oktober 2008, COM(2008)614 def. Een uitgebreide bespreking van dit voorstel is te vinden in: M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

11 Een triloog is een bijeenkomst van het Voorzitterschap van de Raad, vertegenwoordigers van het EP en een vertegenwoordiger van de Commissie. De triloog is een informele praktijk die er met name op is gericht om het over een wetgevingsvoorstel in de eerste lezing door het EP eens te worden zodat een tweede lezing achterwege kan blijven (zie art. 294 VWEU voor de verschillende stadia van de 'gewone wetgevingsprocedure'). Tegenwoordig is het de regel dat een wetgevingsvoorstel na triloogsessies reeds in eerste lezing wordt uitonderhandeld. Zie de statistieken in een door de Raad op zijn website gepubliceerd overzicht op https://www.consilium.europa.eu/media/66399/202307-general-overview.pdf.

12 ST 9525/2011 INIT (5 mei 2011), p. 5-6.

13 Voor de op 24 maart 2011 aangenomen tekst van de amendementen, zie document TA/2011/116/P7, te raadplegen op: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0116_NL.html.

14 Het voorstel luidde: *"Indien een via elektronische weg te sluiten overeenkomst op afstand voor de levering van een goed of de verlening van een dienst, over de bedingen waarvan niet afzonderlijk is onderhandeld, een betalingsverplichting voor de consument inhoudt, is de consument alleen aan de overeenkomst gebonden wanneer:*
a) de handelaar de consument op duidelijke en expliciete wijze heeft gewezen op de totale prijs, met inbegrip van alle onderdelen die samen de totale prijs vormen; en
b) de consument heeft bevestigd dat hij de onder a) vermelde informatie heeft gelezen en begrepen. Bij via websites gesloten overeenkomsten wordt geacht aan deze eis te zijn voldaan indien de website zodanig van opzet is dat er alleen een bindende bestelling kan worden geplaatst wanneer de consument zich voorafgaand heeft geregistreerd op de website van de handelaar om op het aanbod van de handelaar in te gaan."

15 Zie ST 7650/2011 INIT, p. 4.

16 Welke teksten op het hier relevante punt in de onderhandelingen voorlagen blijkt uit Raadsdocumenten 10144/11 (16 mei 2011), 10481/11 (30 mei 2011), 11218/11 (8 juni 2011) en 11427/11 (10 juni 2011). Aan de kant van de Raad wordt de inzet in de triloogsessies voorbereid in het Comité van permanent vertegenwoordigers, dat aan het voorzitterschap van de Raad een onderhandelingsmandaat verleent. Zie over de eindfase van de onderhandelingen van de Richtlijn consumentenrechten M.B.M. Loos & J.A. Luzak, 'Richtlijn consumentenrechten in de eindfase', *NtER* 2011/7, p. 250 (tweede kolom, onder).

17 HvJEU 7 april 2022, C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269, *NJ* 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fuhrmann-2*), punt 31.

18 HvJEU 17 mei 2023, C-97/22, ECLI:EU:C:2023:413 (*DC/HJ*), punt 30.

19 Hiermee wordt aangesloten bij de trend op het gebied van consumentenbescherming waar aanvankelijk overwegend minimumharmonisatie gold. Zie ook *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/281a.

moeid. Art. 3, met als opschrift 'Toepassingsgebied', bepaalt in lid 5 het volgende:

> "Voor zover algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet bij deze richtlijn worden geregeld, laat deze richtlijn de algemene bepalingen van nationaal verbintenissenrecht, zoals over de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten, onverlet."[20]

3.11 Anders dan bij de Richtlijn oneerlijke bedingen,[21] wordt de keuze voor sancties bij de schending van informatieplichten in de Richtlijn consumentenrechten veelal aan de lidstaten over gelaten. Ik verwijs naar art. 23 lid 1 en art. 24 lid 1 van die richtlijn:

> "De lidstaten zorgen ervoor dat passende en doeltreffende middelen beschikbaar zijn om de naleving van de bepalingen van deze richtlijn te doen naleven."[22]
>
> "De lidstaten stellen de voorschriften vast ten aanzien van de sancties die van toepassing zijn op overtredingen van nationale bepalingen die zijn vastgesteld op grond van deze richtlijn en nemen alle nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn."[23]

3.12 De (cumulatieve) voorwaarden doeltreffend, evenredig en afschrikkend komen sinds jaar en dag in nagenoeg identieke bewoordingen in richtlijnen op uiteenlopende gebieden voor. Zij vormen de randvoorwaarden waaraan toegepaste sancties moeten voldoen in een stelsel waarin de controle op naleving en sanctionering aan de lidstaten is overgelaten.[24] Doeltreffend betekent hier dat de sanctie ervoor zorgt dat de norm wordt nageleefd en de consument in zijn rechten wordt hersteld.[25] Evenredig houdt in dat een sanctie geschikt is voor het doel ervan, niet verder gaat dan nodig en in verhouding staat tot de normschending.[26] Afschrikwekkend behelst dat de sanctie een handelaar ervan kan weerhouden een overtreding te begaan.

3.13 In het algemeen geldt in het Unierecht dat lidstaten enige vrijheid hebben bij het vaststellen van remedies die moeten volgen op een schending van Unierecht.[27] In lijn hiermee is het uitgangspunt dat het aan het nationale recht is om te bepalen wat de gevolgen van de nietigverklaring van een overeenkomst zijn.[28] Deze gevolgen mogen echter geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de bepalingen van de richtlijn en niet in strijd zijn met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen.[29] De beoogde afschrikwekkende werking van een richtlijnsanctie kan bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de wederpartij van de consument begrenzen om vorderingen in te stellen naar aanleiding van een vernietiging van een overeenkomst.[30] Deze wederpartij kan naar nationaal recht wel recht hebben op restitutie die strekt tot teruggave van wat is gegeven.[31] Dat zorgt mede voor, althans staat niet in de weg aan herstel van de situatie waarin de consument zich zonder het sluiten van de overeenkomst zou bevinden.

---

20 Zie ook de considerans punt 14.

21 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 21 april 1993, L 95/29. Art. 6 van die richtlijn bepaalt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. Vgl. HvJEU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia*).

22 De Engelstalige tekst is helderder en accurater: "*Member States shall ensure that adequate and effective means exist to ensure compliance with this Directive*."

23 Tekst zoals gewijzigd in 2019 door art. 4 lid 13 van de Moderniseringsrichtlijn (genoemd in voetnoot 9). Toen is ook een nieuw tweede lid toegevoegd aan art. 24 van de Richtlijn consumentenrechten. Op grond daarvan dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat bij het opleggen van sancties waar passend rekening wordt gehouden met (zes) niet-limitatieve gezichtspunten, waaronder "*a) de aard, de ernst, de omvang en de duur van de inbreuk*." Deze criteria hebben op het eerste gezicht weinig invloed op civielrechtelijke remediëring.

24 Dit vloeit overigens ook voort uit het beginsel van loyale samenwerking, dat is neergelegd in art. 4 lid 3 VEU. Zie bijv. HvJEU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*), punt 59: "*In het bijzonder zijn de lidstaten volgens vaste rechtspraak van het Hof met betrekking tot het beginsel van loyale samenwerking, dat thans in artikel 4, lid 3, VEU is neergelegd, weliswaar vrij in de keuze van de sancties op inbreuken op het Unierecht, maar moeten zij er met name op toezien dat die sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn* […]."

25 C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *NTBR* 2022/28, par. 2.1.

26 F. Cafaggi & I. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions', *ERPL* 2017/3, p. 578.

27 Zie over deze 'remedial autonomy': V. Trstenjak & E. Beysen, 'European Consumer Protection Law: Curia Semper Dabit Remedium?', *CMLR* 2011, p. 104-109. Deze auteurs refereren in de titel van hun artikel aan het adagium *ubi ius, ibi remedium*.

28 Zie bijv. HvJEU 29 april 2021, C-19/20, ECLI:EU:C:2021:341, *NJ* 2021/342, m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*), punt 84.

29 HvJEU 15 juni 2023, C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478, *TvC* 2023/5, (p. 200-212), m.nt J.J.A. Braspenning (*Szcześniak/Bank M.*), punt 64. Aldus ook A-G Szpunar in punt 61 van zijn conclusie (ECLI:EU:C:2022:715) vóór HvJEU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*D.V./M.A.*).

30 HvJEU 15 juni 2023, C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478, *TvC* 2023/5, (p. 200-212), m.nt J.J.A. Braspenning (*Szcześniak/Bank M.*), punt 75-76. Die zaak ging over een hypothecaire kredietovereenkomst die nietig moest worden verklaard. De vordering van de bank werd door het HvJEU gelimiteerd tot het bedrag dat door de bank was uitgeleend, plus rente. Een gevorderde vergoeding voor het gebruik van het uitgeleende kapitaal door de consument werd daarmee van de hand gewezen. Het arrest wordt besproken door: K.W.G. Heesterbeek, 'Oneerlijke bedingen, nietige overeenkomsten en het ongedaan maken van prestaties: het blijft een puzzel', *Bb* 2023/60.

31 Dit volgt o.a. uit HvJEU 29 april 2021, C-19/20, EU:C:2021:341, *NJ* 2021/342, m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*), punt 98. Vgl. ook HvJEU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*D.V./M.A.*), punt 62: "*[…] is het immers niet uitgesloten dat de nietigverklaring van een overeenkomst die betrekking heeft op reeds verrichte juridische diensten de consument in een situatie van rechtsonzekerheid brengt,* met name wanneer het nationale recht de advocaat de mogelijkheid biedt om op basis van een andere rechtsgrond dan de nietig verklaarde overeenkomst vergoeding voor zijn diensten te eisen. *[…].*"

3.14 Om de eenvormige en volledige toepassing van het Unierecht te garanderen is voor sommige informatieplichten gepreciseerd welke sancties lidstaten moeten toepassen.[32] Art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten is hiervan een voorbeeld. Zoals wij zagen (zie 3.5) luidt het slot van die bepaling: "*Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden.*" Dit gedeelte van de bepaling is in art. 6:230v lid 3 BW 'vertaald' in vernietigbaarheid van de overeenkomst.[33]

3.15 De Richtlijn consumentenrechten, en tot op heden ook de rechtspraak daarover, bevat geen aanwijzing hoe de lidstaten moeten omgaan met *de gevolgen* van de toepassing van de sanctie 'niet binden'. Deze sanctie doet denken aan de sanctie die art. 6 lid 1 van Richtlijn 93/13/EEG verbindt aan een oneerlijk beding in een overeenkomst met een consument (zie voetnoot 21).[34] Uit de rechtspraak over de gevolgen van het toepassen van die bepaling kan worden afgeleid waar de nationale rechter rekening mee moet houden.[35]

3.16 Herstel van de situatie waarin de consument zich zou bevinden als de handelaar een op hem rustende informatieplicht niet had geschonden, is in beginsel het doel dat na vernietiging moet worden verwezenlijkt. Daarbij kan rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen analoog worden toegepast.[36] Om herstel van de situatie zonder overeenkomst te bewerkstelligen heeft de consument recht op teruggave van wat onverschuldigd is betaald.[37]

3.17 Tegelijkertijd kan *ongerechtvaardigde verrijking* daarbij een rol spelen.[38] Het verbod van ongerechtvaardigde verrijking kan hier bovendien twee kanten op werken. Ook de handelaar kan namelijk op dat beginsel een beroep doen tegenover de consument, bijvoorbeeld als bij integrale vernietiging van de overeenkomst een door hem geleverde prestatie niet ongedaan kan worden gemaakt, terwijl de consument wel van zijn betalingsverplichting wordt bevrijd.[39] Het Unierecht staat daar in algemene zin niet aan in de weg. Integendeel, aldus kan worden bereikt dat ook aan het vereiste van evenredigheid van de sanctie wordt voldaan. Er mag bovendien van uitgegaan worden dat het verbod van ongerechtvaardigde verrijking — een beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben — een van de algemene beginselen van het Unierecht vormt.[40]

3.18 In mijn ogen doet het hierna (onder 4.2) nader te bespreken arrest *DC/HJ*[41] hier niet aan af. In dat arrest, dat is gewezen in de context van de Richtlijn consumentenrechten, wordt een vordering van de handelaar uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking afgesneden met een beroep op de plicht van de handelaar om de consument te informeren over het herroepingsrecht. Deze beslissing moet volgens mij niet worden gelezen als een afwijzing van de mogelijkheid van een handelaar om bij een geheel vernietigde overeenkomst restitutie te verlangen. Op het Unierechtelijke beginsel van het verbod op ongerechtvaardigde verrijking is het Hof in

32 K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nr. 618.

33 *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3 (*MvT*), p. 51: "*[…] De slotzin verduidelijkt dat de overeenkomst die in strijd met deze bepaling tot stand is gekomen door de consument kan worden vernietigd. Daarmee wordt de zinsnede «Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden» geïmplementeerd. Deze bevoegdheid tot vernietiging betekent dat het uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten.*"

34 Aldus ook: plv. P-G Wissink in punt 7.10 van zijn conclusies (ECLI:NL:PHR:2021:757 en ECLI:NL:PHR:2021:758) vóór HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato I*).

35 Zie recent over deze rechtspraak: P. Iamiceli, The 'Punitive Nullity' of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: A Principle-Based Analysis, *ECML* 2023/4, p. 142-150.

36 Zie bijv. HvJEU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213, m.nt. V.P.G. de Serière, en *Ondernemingsrecht* 2017/127, m.nt. B.J. Drijber (*Gutiérrez Naranjo*), punt 61. Deze rechtspraak wordt ook aangehaald in de schriftelijke opmerkingen van Capabel onder 4.17.

37 Het recht op terugvordering van een *onverschuldigde betaling* is m.i. als algemeen beginsel van Unierecht te beschouwen. In die zijn ook *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/134. Hartkamp verwijst daar naar enkele rechtspraakvoorbeelden in 'verticale zaken' (terugvorderingacties tegen de overheid), maar voegt daar aan toe: *"Voor onverschuldigde betaling tussen particulieren moet m.i. hetzelfde worden aangenomen indien het gaat om betalingen op grond van een overeenkomst die naar Unierecht nietig is."*

38 HvJEU 31 maart 2022, C-472/20, ECLI:EU:C:2022:242 (*Lombard*), punt 58: *"In een situatie als die van het hoofdgeding zouden de belangen van de consument dus kunnen worden gevrijwaard door middel van terugbetaling van de bedragen die de kredietgever op basis van het als oneerlijk aangemerkte beding onverschuldigd heeft ontvangen, waarbij een dergelijke terugbetaling plaatsvindt op grond van ongerechtvaardigde verrijking. […]."*

39 HvJEU 15 juni 2023, C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478 (*Szcześniak/Bank M.*), punt 75-76. Zie de noot van J.J.A. Braspenning onder dit arrest (*TvC* 2023/5, p. 200-212): *"9. […] Dat een consument onverschuldigd verrichte betalingen uit hoofde van een nietige overeenkomst mag terugvorderen werd […] al eerder geaccepteerd in de jurisprudentie van het HvJ EU […]. Dat een gebruiker van een oneerlijke beding eenzelfde recht heeft is door het HvJ EU nog niet eerder met zoveel woorden erkend. Dat is het eerste opvallende aspect aan de zaak Bank M. 10. Het feit dat een gebruiker van algemene voorwaarden na vernietiging van een oneerlijk beding, dan wel de gehele overeenkomst, vorderingen uit hoofde van onverschuldigde betaling dan wel ongerechtvaardigde verrijking kan instellen jegens de consument kan grote gevolgen hebben voor de relatie tussen consument en zijn professionele wederpartij. […]."*

40 In die zin ook de conclusie van A-G Hogan van 15 juli 2021 in C-33/20, C-155/20 en C-187/20 vóór HvJEU 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:736 (*Volkswagen Bank*). Zie ook *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/137 en M.M.C. van de Moosdijk, *Unjust enrichment in European Union Law* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

41 HvJEU 17 mei 2023, C-97/22, ECLI:EU:C:2023:413 (*DC/HJ*). Dit arrest wordt o.a. besproken door: F. Rieländer, 'Kein Wertersatz bei Widerruf nach Vertragserfüllung – eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verbrauchers? Zugleich Besprechung von EuGH Urt. v. 17.5.2023 – C-97/22', *EuZW* 2023, 893 en C. Wendehorst, 'Zivilrechtliche Sanktionen im Verbraucherrecht und die Verhältnismäßigkeit', *NJW* 2023, 2155.

die zaak niet ingegaan, ondanks aansporing daartoe door de verwijzende rechter.

Prejudiciële beslissing in Arvato I

3.19 De Hoge Raad heeft in november 2021 in de zaak *Arvato I* bepaald dat de rechter ambtshalve onderzoek moet verrichten naar de naleving van bepaalde informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten en daar zo nodig gevolgen aan moet verbinden. De Hoge Raad baseert dit oordeel op het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel (rov. 3.1.6). De verplichting ambtshalve onderzoek te verrichten geldt ook in verstekzaken (rov. 3.1.7). Dit is in lijn met rechtspraak van het Hof waaruit de verplichting volgt om in verstekzaken ambtshalve te toetsen of sprake is van een oneerlijk beding.[42] Er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat niet hetzelfde heeft te gelden voor informatieplichten in de Richtlijn consumentenrechten. Dat dit voor kantonrechters en, indirect, aanbrengende partijen (veel) extra werk betekent is duidelijk.

3.20 De Hoge Raad onderscheidt vervolgens drie categorieën informatieplichten (rov. 3.1.9):

(i) informatieplichten waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt;

(ii) informatieplichten waaraan extra gewicht toekomt, de 'essentiële informatieplichten'; en

(iii) overige informatieplichten.

3.21 In een geval waarin een informatieplicht waaraan de wet specifieke sancties verbindt niet wordt nageleefd (categorie (i)), dient de rechter ambtshalve de in de wet aan die verplichting verbonden sanctie toe te passen (rov. 3.1.10). Voor de lijst van essentiële informatieplichten (categorie (ii)) haakt de Hoge Raad aan bij de lijst 'essentiële informatie' uit art. 6:139f, onder b, BW (rov. 3.1.11). Ten aanzien van die eisen moet de rechter ambtshalve onderzoeken of daaraan is voldaan op de wijze als voorgeschreven in art. 6:230v BW (rov. 3.1.12). Bij remedies voor de consument in geval van schending van de informatieplichten heeft de wetgever onder meer gedacht aan vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW (rov. 3.1.13). Aangenomen moet worden dat de rechter gehouden kan zijn om ambtshalve een op afstand gesloten overeenkomst te vernietigen op grond van art. 3:40 lid 2 BW, indien sprake is van een voldoende ernstige schending van essentiële informatieplichten (rov. 3.1.15). In geval van niet-naleving van een informatieplicht die zowel onder categorie (i) als onder categorie (ii) valt, kan de rechter naast of in plaats van toepassing van de specifieke wettelijke sanctie overgaan tot (verdere) vermindering van de verplichtingen van de consument, indien de specifieke wettelijke sanctie in de gegeven omstandigheden niet voldoet aan de trits doeltreffend, evenredig en afschrikkend is (rov. 3.1.16).

3.22 In zaken op tegenspraak is gehele vernietiging mogelijk. In geval van verstek daarentegen kan slechts worden overgegaan tot gedeeltelijke vernietiging, bestaande in vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument (rov. 3.1.18). In verband daarmee heeft de Hoge Raad de feitenrechtspraak aanbevolen om gelet op de grote hoeveelheid verstekzaken waarvoor zijn arrest van belang is, richtlijnen voor de sanctionering te ontwerpen (rov. 3.1.19). Aan die aanbeveling is gehoor gegeven met de door het LOVCK opgestelde Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten ("*Sanctiemodel*").[43] Daarin wordt uitgegaan van gedeeltelijke vernietiging indien sprake is van schending van een of meer essentiële informatieplichten en wordt voor prijsverminderingen een staffel gegeven van percentages tot 50% (ongeacht de kooprijs). Rechters zijn niet gebonden aan deze richtlijn. Zij kunnen er gemotiveerd van afwijken volgens het beginsel *comply or explain*.

3.23 Het Sanctiemodel ziet op 'essentiële informatieplichten' (de genoemde categorie (ii)):

> "[D]e elf rechtbanken [hebben] de volgende uniforme richtlijn vastgesteld voor de sanctie van gedeeltelijke vernietiging bij schending van essentiële informatieplichten. Het gaat om de toetsing van de volgende informatieplichten:
> - bij overeenkomsten op afstand: artikel 6:230m BW in verbinding met artikel 6:230v BW;
> - (…);
> - (…)."

Het Sanctiemodel ziet *niet* op de informatieplicht van art. 6:230v lid 3 BW (uit categorie(i)).

3.24 Als sanctie op schending van die informatieplicht noemt de prejudiciële beslissing: 'vernietiging overeenkomst' (zie de tabel in rov. 3.1.10 en de samenvattende tabel in rov. 3.1.20). Die sanctie is conform de laatste zin van art. 6:230v lid 3 BW, die

42 Zie bijv. HvJEU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *SEW* 2019/2, p. 94-102, m.nt. G. Straetmans & L. Coenen (*Karel de Grote — Hogeschool*) waarin het Hof oordeelde: *"Richtlijn 93/13/EEG (…) moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter die uitspraak doet bij verstek en die op grond van de nationale proceduregels bevoegd is ambtshalve na te gaan of het beding waarop de vordering steunt in strijd is met de nationale regels van openbare orde, gehouden is ambtshalve na te gaan of de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt en, in voorkomend geval, of dat beding eventueel oneerlijk is."* Dit arrest is tevens een voorbeeld van de 'wat mag moet-benadering', die meermalen is toegepast in zaken waarin een regel van nationaal procesrecht werd getoetst aan het Unierecht. Zie ook HvJEU 4 juni 2020, C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431 (*Kancelaria Medius/RN*): *"Artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de uitlegging van een nationale bepaling die eraan in de weg staat dat de rechter bij wie een door een verkoper tegen een consument ingesteld beroep aanhangig is dat binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt en die bij verstek uitspraak doet omdat de consument niet is verschenen op de terechtzitting waarvoor hij was opgeroepen, de nodige onderzoeksmaatregelen neemt om ambtshalve het oneerlijke karakter te toetsen van de contractuele bedingen waarop de verkoper zijn vordering heeft gebaseerd, wanneer deze rechter twijfels koestert over het oneerlijke karakter van deze bedingen in de zin van bovengenoemde richtlijn."*

43 Deze richtlijn van het LOVCK is vastgesteld op 15 december 2021, gewijzigd op 17 mei 2022 en vervolgens op 6 april 2023. Zij is te raadplegen op: www.rechtspraak.nl.

immers luidt: "*Een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, is vernietigbaar.*"[44] De Hoge Raad expliciteert op dit punt in *Arvato I* niet of het daarbij moet dan wel mag gaan om een volledige of om een gedeeltelijke vernietiging.

3.25 De prejudiciële beslissing is door sommige auteurs voorzien van kritische kanttekeningen. Zo betoogt Pavillon dat art. 6:193j lid 3 BW een boven art. 3:40 lid 2 BW te prefereren vernietigingsgrond is omdat in art. 6:193j lid 3 "*de (met het oog op de evenredigheid van de sanctie noodzakelijke) nadelige invloed van een schending op de wilsvorming*" wordt verdisconteerd en niet, zoals bij toepassing van art. 3:40 lid 2 BW, van de causaliteit en van het door de consument geleden nadeel moet worden geabstraheerd.[45] Ook plaatst Pavillon vraagtekens bij de partiële vernietiging van de overeenkomst, nu die feitelijk alleen een korting op de prijs voor de consument behelst en dus een eenzijdig karakter heeft.[46] Een prijsvermindering is in zijn algemeenheid wel gemakkelijk toe te passen, makkelijker dan ongedaanmakingsverbintenissen. Een prijsvermindering biedt daarom praktische voordelen.

3.26 De kantonrechter van de rechtbank Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) heeft naar aanleiding van de prejudiciële beslissing in *Arvato I* vervolgvragen gesteld (zaak 22/01093, *Arvato II*). De vijfde (vervolg)vraag die was voorgelegd ging over art. 6:230v lid 3 BW.[47] Op 10 juli 2022 heeft de Hoge Raad beslist om af te zien van beantwoording van de vervolgvragen.[48] Die beslissing was conform de conclusie van plv. P-G Wissink, die de Hoge Raad had geadviseerd die vervolgvragen niet in behandeling te nemen.

3.27 In genoemde conclusie komt ook de vraag aan de orde wat de sanctie kan zijn op schending van art. 6:230v lid 3 BW. Ik citeer (en cursiveer):

> "22. In de prejudiciële beslissing [Arvato I; A-G] is in het algemeen overwogen dat de rechter de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan vernietigen en dat, indien de consument niet in de procedure is verschenen, de rechter slechts kan overgaan tot gedeeltelijke vernietiging bestaande in een vermindering van de verplichtingen van de consument (rov. 3.1.18). Aan dit laatste ligt, naar ik aanneem, (mede) de wens ten grondslag om in verstekzaken het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen in beginsel te vermijden, omdat in dergelijke zaken in beginsel onbekend is of de consument de prestatie van de handelaar wil behouden. *Gedeeltelijke vernietiging in de vorm van prijsvermindering zou echter impliceren dat de consument, in afwijking van artikel 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten, door de overeenkomst gebonden blijft.*
>
> 23. In het licht van het bijzondere karakter van de vernietiging van artikel 6:230v lid 3 BW, meen ik dat de prejudiciële beslissing zo moet worden opgevat dat hetgeen in rov. 3.1.18 is overwogen *niet in de weg staat aan een algehele vernietiging op deze grond.*
>
> 24. Een bevestiging van deze lezing van de prejudiciële beslissing zou gevonden kunnen worden in de samenvattende tabel van rov. 3.1.20. In die tabel wordt immers bij de *'betalingsverplichting'* als bedoeld in artikel 6:230v lid 3 BW als sanctie slechts vermeld *'vernietiging overeenkomst (art. 6:230v lid 3)'*. Er wordt niet tevens vermeld *'eventueel: (gedeeltelijke) vernietiging'*."

Rechtsgevolgen die het nationale recht aan (volledige) vernietiging verbindt

3.28 Vernietiging van een rechtshandeling heeft ingevolge art. 3:53 lid 1 BW terugwerkende kracht. Na vernietiging wordt de rechtshandeling geacht, vanaf het moment dat zij werd verricht, nietig te zijn geweest. In geval van vernietiging van een overeenkomst kan het zijn dat de overeenkomst op het moment van vernietiging al gedeeltelijk is uitgevoerd. Die prestaties zijn dan onverschuldigd verricht en moeten in beginsel ongedaan worden gemaakt.[49] Dat volgt uit art. 6:203 BW (onverschuldigde betaling).[50] Dit betekent dat de rechtsverhouding tussen de partijen wordt hersteld in de staat waarin deze vóór het aangaan van de overeenkomst was.[51]

3.29 Gaat het om een zonder rechtsgrond gegeven goed (art. 3:1 BW) of geldsom, dan kan dit worden teruggevorderd.[52] Ook bij een prestatie van andere aard, heeft de prestant recht op ongedaanmaking

44 Aldus ook: plv. P-G Wissink in punt 20 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2022:545) in *Arvato II*.

45 *NJ* noot, onder 12 en 13.

46 Dit kritiekpunt is nader uitgewerkt in: C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *NTBR* 2022/28.

47 Die prejudiciële vraag luidde: *"Moet de niet-naleving van artikel 6:230v lid 3 BW, dat voorschrijft dat de consument er voor het plaatsen van zijn bestelling ondubbelzinnig op moet worden gewezen dat hij een betalingsverplichting aangaat, op dezelfde wijze worden gesanctioneerd als de andere essentiële informatieplichten of moet de rechter in die situatie de (koop)overeenkomst ook in een verstekzaak steeds volledig vernietigen?"*

48 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861, *NJ* 2022/220. Zie ook W.H. van Boom. 'Handhaving van informatieplichten in het verbintenissenrecht', AA20230282. Daarin wordt ingegaan op *Arvato I* en *Arvato II*.

49 Het kan zijn dat geen terugvorderingsrecht ontstaat, bijvoorbeeld bij een prestatie in strijd met de goede zeden. Zie bijvoorbeeld: V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 33-34.

50 De term 'betaling' moet worden opgevat als het verrichten van een prestatie: Hijma, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:203 BW, aant. 2.a. (online bijgewerkt t/m 6 september 2023). Vgl. *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/190: *"[…] In het gewone spraakgebruik ziet 'betaling' op voldoening van een geldschuld. De wet gebruikt deze term echter in de ruime zin van voldoening van een schuld. Niet alleen de koper die de koopsom voldoet, ook de verkoper die de verkochte waar levert, 'betaalt' in technischjuridische zin, evenals de chirurg die de beloofde operatie verricht, of de leraar die de bedongen privaatles geeft […]."*

51 *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/637.

52 Het begrip 'geven' in art. 6:203 BW omvat zowel gevallen van juridische levering van het goed als gevallen waarin het goed ter beschikking werd gesteld (bijv. bij huur).

(art. 6:203 lid 3 BW).[53] Door die andere aard van de prestatie is ongedaanmaking echter niet (altijd) mogelijk.[54] Een voorbeeld is onverschuldigd verschaft huurgenot.[55] De restitutie zal dan, voor zover dit redelijk is, de vorm krijgen van een waardevergoeding (art. 6:210 lid 2 BW). Voorwaarde is dan wel dat de ontvanger door de prestatie is verrijkt, dat het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of dat hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Dit laatste is bij een vernietigde wederkerige overeenkomst (vrijwel) altijd het geval.[56] De vergoeding wordt berekend door de marktwaarde van de prestatie ten tijde van de betaling te bepalen.[57] Het gaat daarbij dus niet om vergoeding van schade.[58]

3.30 Het feitencomplex dat leidt tot een onverschuldigd verrichte prestatie, kan ook leiden tot een ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Er is dan sprake van samenloop. Dat kan gebeuren ondanks het onderscheid dat het wettelijk systeem maakt tussen de twee leerstukken.[59] De vordering uit onverschuldigde betaling ziet vooral op herstel van de oude toestand, terwijl de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking op schadevergoeding gericht is. De vereisten voor deze verbintenis tot schadevergoeding zijn: (i) een verrijking van de één, (ii) een verarming van de ander, (iii) verband tussen verrijking en verarming, en (iv) de verrijking moet ongerechtvaardigd zijn (d.w.z. zonder redelijke grond[60]).

3.31 Meestal zal een waardevergoeding een verrijking ongedaan maken.[61] In theorie is echter denkbaar dat de verarming van de prestant niet geheel ongedaan gemaakt wordt. Dan is er naast restitutie óók plaats voor schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking.[62] De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking heeft geen subsidiair karakter en is dus ook mogelijk als de benadeelde een andere actie ten dienste staat.[63]

3.32 In sommige gevallen staat deze vordering echter niet ter beschikking van de benadeelde.[64] Een voorbeeld daarvan is te vinden in het tweede arrest van de Hoge Raad over telefoonabonnementen met een 'gratis' mobiele telefoon:[65]

> "3.16 […] Tot slot biedt ook art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) […] in een geval als het onderhavige geen grondslag voor de hier bedoelde vergoeding. *Het zou in strijd zijn met de effectieve bescherming van de consument* die door de art. 7:61 en 7A:1576 BW wordt geboden […], *indien hij* naast de teruggave van het toestel en het eventueel betalen van de hiervoor in 3.15.1 en 3.15.2 bedoelde (schade)vergoedingen, ook zou moeten betalen voor het genot dat hij van het toestel heeft gehad. Dat zou bovendien afbreuk doen aan het vereiste dat de sanctie op schending van art. 7:61 lid 2 BW doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn […]. Om deze redenen is een vergoeding op grond van art. 6:212 BW in strijd met de strekking van deze bepalingen en derhalve onredelijk. […]."

3.33 *NJ*-annotator Hijma laat zich over deze overweging kritisch uit.[66] Hij werpt de vraag op of dit oordeel past binnen (de redelijkheidstoets van) het verrijkingsleerstuk. Het lijkt er namelijk op dat de Hoge Raad principieel geen ruimte ziet voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de handelaar jegens de consument, zodat aan toepas-

53 Hijma, *T&C BW*, commentaar op art. 6:203 BW, aant. 6 (online bijgewerkt t/m 6 september 2023): onder lid 3 vallen met name prestaties die bestaan in een doen, in een nalaten of in genotsverschaffing.

54 Het kan ook zijn dat ongedaanmaking *feitelijk* niet meer mogelijk is. Een voorbeeld is een geval waarin een onverschuldigd gegeven goed teniet is gegaan. Dan gelden in beginsel de algemene regels inzake de niet-nakoming van verbintenissen (art. 6:74 e.v. BW). Zie nader: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/437.

55 Uitgebreid over onverschuldigd verschaft huurgenot: G.J. Boeve, 'Aan de ongerechtvaardigd verrijkte is ook onverschuldigd betaald', *MvV* 2016/12, p. 328-334. Er kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan het vervoeren van een persoon of goed, het overnemen van het renterisico en het bouwen van een huis (*Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/447). In de parlementaire geschiedenis wordt meer algemeen vermeld 'genot van een dienst (in economische zin)', zie Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 818 (*T.M.*).

56 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/447.

57 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1441, *NJ* 2017/112, m.nt. S.D. Lindenbergh (*[…]/Gemeente Molenwaard*), rov. 3.8.2.

58 Van Boom, in: *Verbintenissenrecht uit de wet en Schadevergoeding* (SBR 5), 2021/302.

59 Ook de wettelijke verjaringsregeling illustreert dit onderscheid. Het verjaringsregime voor een restitutievordering staat in art. 3:309 BW, terwijl die voor een schadevergoedingsverbintenis zoals ongerechtvaardigde verrijking, in art. 3:310 BW staat.

60 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/465: *"[…] Een verplichting tot vergoeding van een vermogensvermeerdering ontstaat pas, indien deze ongerechtvaardigd is, d.w.z. indien voor het behouden daarvan geen redelijke oorzaak, geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. […]."*

61 Vriesendorp & Van Boom, in: *Verbintenissenrecht uit de wet en Schadevergoeding* (SBR 5), 2021/326.

62 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 802-803 (*T.M.* en *MvA II*). Door Meijers wordt als voorbeeld gegeven dat het onder omstandigheden redelijk kan zijn, dat aan hem die zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, een vergoeding wordt toegekend voor door hem gederfd genot van het goed, met welk genot de ontvanger is verrijkt.

63 Hijma, *T&C BW*, commentaar op afd. 3 Boek 6 BW, aant. 2 (online bijgewerkt t/m 6 september 2023). Het kan natuurlijk wel meer voor de hand liggen om een andere vordering in te stellen als die meer specifiek op een bepaald geval is toegespitst, zie met vele verwijzingen Koolhoven, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:212 BW, aant. 2.3 (bijgewerkt tot 8 januari 2022).

64 Hijma, *T&C BW*, commentaar op afd. 3 Boek 6 BW, aant. 4 (online bijgewerkt t/m 6 september 2023) geeft een aantal voorbeelden van regelstelsels die aan de toepassing van art. 6:212 BW in de weg staan.

65 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma; *AA* 2016/0363, m.nt. W.H. van Boom; *JOR* 2016/127, m.nt. J.W.A. Biemans & J.M. van Poelgeest; *JIN* 2016/85, m.nt. N. de Boer (*Lindorff/[…]*). Dit arrest is ook besproken door: M.R. Hebly & I. Tillema, 'De 'gratis' telefoon die niet gratis was … en dat toch werd?', *MvV* 2016/9, p. 235-242; R.R.M. de Moor, 'Procesrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjes-uitspraak van de Hoge Raad', *TvC* 2016/5, p. 232 e.v.; C.M.D.S. Pavillon, 'Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjes-uitspraak van de Hoge Raad', *TvC* 2016/5, p. 236 e.v.

66 Jac. Hijma in punt 20 van zijn noot bij *NJ* 2017/282.

sing van art. 6:212 BW eenvoudigweg niet wordt toegekomen. Verder behandelt Hijma de vraag waarom in deze situatie het moeten betalen van een gebruiksvergoeding zo onredelijk zou zijn. Het antwoord ligt volgens hem in het Europese consumentenrecht.[67] Dat verwoordt Hijma als volgt:

> "[…] Dat de Hoge Raad het anders ziet, lijkt terug te voeren op — wat ik maar even noem — een stoomwalseffect: het gegeven dat een Europese consumentenbeschermingsregel is overtreden, weegt dermate zwaar, dat het reguliere tegengewichten en relativeringen verpulvert en op een welhaast ongeremde sanctionering afkoerst (vgl. par. 8). Uiteraard mag de Europese consumentenbescherming niet worden ondergraven. Maar dat iedere gebruiksvergoeding aan die bescherming tekort zou doen, gaat mij te ver. […]."

3.34 De ratio van deze kritiek is dat de sanctie onevenredig is.[68] De geciteerde uitspraak wordt in navolging van Hijma genoemd als voorbeeld van hoe het Unierecht ons nationale aansprakelijkheidsrecht kan 'platwalsen'.[69] Ik heb begrip voor deze bezorgdheid, maar meen wel dat het inherent is aan de Europese samenwerking dat nationale leerstukken kunnen sneuvelen op het altaar van Europese harmonisatie.

3.35 Tegenover het doeltreffendheidsvereiste staat het evenredigheidsvereiste. Dat zou er voor moeten zorgen dat sancties niet doorslaan. Bovendien wordt volgens de uitspraak in *Arvato I*[70] alleen bij een *voldoende ernstige schending* van essentiële informatieplichten toegekomen aan vernietiging als sanctie. Bij een schending van art. 6:230v lid 3 BW is het echter moeilijk een onderscheid te maken tussen ernstig en minder ernstig. Een bestelknop voldoet wel of niet, zo zwart-wit is het. Het evenwicht moet vervolgens worden gevonden bij het bepalen van de gevolgen van de sanctie. Daar gaat deze zaak in de kern over.

Feitenrechtspraak

3.36 Op 7 april 2022 heeft het Hof het hiervoor al genoemde *Fuhrmann*-arrest gewezen, waarin een strenge uitleg is gegeven van art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten.[71] Sindsdien is er een groot aantal uitspraken gepubliceerd over de 'bestelknopproblematiek', waarop ik uitvoeriger inga in de parallelle zaak *Bol.com* (conclusie in die zaak, 3.27 e.v.). In deze zaak gaat het om de gevolgen van een algehele vernietiging.

3.37 In een aantal gepubliceerde uitspraken over de gevolgen van de (algehele) vernietiging op grond van art. 6:230v lid 3 BW worden ongedaanmakingsverplichtingen over en weer aangenomen.[72] Daarbij moet de consument de door de handelaar geleverde zaak teruggeven (bijvoorbeeld: schoenen).[73] In een enkel geval wordt een afgifteverplichting (van een gehuurde laptop) geconstrueerd.[74] Daarnaast wordt geoordeeld dat de consument een vergoeding moet betalen voor geleverde energie,[75] maar ook dat een vordering op grond van onverschuldigde betaling van een energieleverancier niet kan worden toegewezen omdat effectieve consumentenbescherming daaraan in de weg staat.[76] De rechtbank Rotterdam heeft onlangs, in een andere procedure en vooruitlopend op het antwoord van de Hoge Raad in de onderhavige zaak,[77]

---

67 M.H. Wissink, 'Focus op nietigheid en algemene voorwaarden', in: C. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluitertijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Kluwer 2020, p. 208.

68 Aldus ook T.J. de Graaf, 'Gevolgen van vernietiging van B2C-overeenkomsten bij conforme zaken en diensten, in het bijzonder in het geval van prijspersonalisatie', *MvV* 2019/10, p. 350, met verwijzing naar o.a. C.M.D.S. Pavillon, 'Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjes-uitspraak van de Hoge Raad', *TvC* 2016/5, p. 239 en 241.

69 K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (inaugurele rede), Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 11. Jansen sluit zich aan bij de kritiek van Hijma dat de sanctie die de Hoge Raad toepast, onevenredig is. Zie ook J.H.C. Jongeneel, 'Europese civiele dogmatiek', *NJB 2021/1393: "[…] Want wat het HvJ EU ook beslist, de redelijkheid en billijkheid laten we ons niet ontnemen."*

70 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon, *JOR* 2022/52, m.nt. F.P.C. Strijbos, *TvC* 2022/3, m.nt. T. Jonkers, *AA* 2023/282, m.nt. W.H. van Boom (*Arvato I*). Dit arrest is verder o.a. besproken door: M.Y. Schaub, 'Europese informatieplichten: de ene informatieplicht is de andere niet', *ORP* 2022/5, p. 4-9; C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'The Ex Officio Enforcement of Information Duties of the Consumer Rights Directive by Dutch Courts', *EuCML* 2022/6, p. 228-235; L.M.H. Koops, 'De (ambtshalve toetsing en sanctionering van) informatieplichten van de handelaar bij overeenkomsten op afstand en buiten de verkoopruimte', *Bb* 2021/107; O.J. Boeder, 'De antwoorden van de Hoge Raad over ambtshalve toetsing van consumentenrechten en het vervolg', *TvPP* 2021/6, p. 206-215.

71 HvJEU 7 april 2022, C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269, *NJ* 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fuhrmann-2*). Zie ook C.E. Drion, 'Boontje komt om hun loontje', *NJB* 2022/2025.

72 Soms blijft het bij die constatering omdat partijen zich daar verder niet over hebben uitgelaten. Dan wordt alleen de vordering tot nakoming van de overeenkomst afgewezen: Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4347 (*Bol.com/X*), rov. 8.

73 Rb. Rotterdam 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8559 (*Billink Financial Solutions/X*), rov. 4.4. In deze zaak werd overigens de overeenkomst vernietigd voor wat betreft de betalingsverplichting.

74 Rb. Amsterdam 2 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2455 (*Brisk ICT/X*), rov. 7: *"[…] Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid echter onaanvaardbaar om de MacBook onder deze omstandigheden te behouden en niet te retourneren. [gedaagde] wordt dan ook veroordeeld om deze binnen twee weken na betekening van het vonnis te retourneren."*

75 Rb. Overijssel 7 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1614 (*Engie Nederland Retail/X*), rov. 2.6.

76 Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:2331 (*Innova Energie/X*), rov. 4.4. Vgl. Rb. Rotterdam 22 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4910, rov. 2.17: *"[…] Het alsnog toewijzen van het door de sanctie getroffen deel van de hoofdsom (…) zou (bovendien) afbreuk doen aan de doeltreffendheid en afschrikkendheid van de toegepaste sanctie. Het door de sanctie getroffen deel van de hoofdsom is dan ook niet toewijsbaar en wordt afgewezen."*

77 In een lopende procedure waarin het antwoord op de prejudiciële vraag rechtstreeks van belang is om op de vordering te beslissing *kan* de rechter de beslissing aanhouden totdat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan (art. 392 lid 6 Rv). Wachten op het antwoord van de Hoge Raad is dus geen verplichting voor de rechter die moet beslissen over een andere zaak dan die waarin de vragen zijn gesteld.

geoordeeld dat na ambtshalve vernietiging van een energieleveringsovereenkomst een vordering op grond van onverschuldigde betaling gedeeltelijk kan worden toegewezen (citaat zonder voetnoten, A-G):[78]

> "3.4. […] De tweede grondslag slaagt wel. [bedrijf 1] heeft namelijk energie geleverd aan [gedaagde] zonder contract en dus zonder een zogenoemde rechtsgrond zoals bedoeld in artikel 6:203 BW. De energielevering moet daarom ongedaan worden gemaakt, maar dat kan feitelijk niet. De wet biedt als oplossing dat — voor zover dit redelijk is — een vergoeding in de plaats komt van de ongedaanmaking als de ontvanger is verrijkt door de prestatie (artikel 6:210 lid 2 BW). Intrum heeft terecht gesteld dat [gedaagde] is verrijkt door de geleverde energie. [gedaagde] moet dus een vergoeding betalen.
> […]
> 3.7. Het niet naleven van de informatieplichten van [bedrijf 1] heeft, als een van de omstandigheden die meewegen bij toepassing van de redelijkheidstoets van artikel 6:210 lid 2 BW, wel invloed op de hoogte van de vergoeding. De informatieplichten hebben hun oorsprong in Europese regelgeving van consumentenbescherming. Daarin is bepaald dat de sanctie op het niet naleven van de informatieplichten doeltreffend, evenredig en afschrikkend moet zijn. Dat brengt mee dat de toegepaste sanctie niet mag worden omzeild door een andere grondslag aan te dragen dan het vernietigbare contract op basis waarvan de consument (hier: [gedaagde]) alsnog kan worden veroordeeld om het volledig geeiste bedrag te betalen. Dat zou afbreuk doen aan de werking van de sanctie. De kantonrechter houdt daarom bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding rekening met de maximale sanctie die zou zijn toegepast als het contract niet helemaal maar alleen voor een deel zou zijn vernietigd. Als de overeenkomst alleen voor een deel zou zijn vernietigd, treft dat alleen de betalingsverplichting van de consument. De rest van het contract blijft in stand. In deze zaak zou de maximale sanctie een vermindering van 50% van de betalingsverplichting van de consument betekenen, omdat [bedrijf 1] helemaal geen essentiële informatie heeft gegeven aan de consument voor het sluiten van het contract. De consument krijgt door toepassing van deze sanctie feitelijk een korting van 50%."

3.38 Ik kom nu toe aan de mogelijke grondslagen voor een vergoeding en de beperkingen die moeten worden gesteld aan de hoogte ervan.

Vergoeding handelaar ná vernietiging op grond van art. 6:230v lid 3 BW

3.39 De uitgangspunten zijn als volgt. Bij vernietiging van de overeenkomst ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen. Verrichte prestaties zullen ongedaan moeten worden gemaakt, tenzij ongedaanmaking niet mogelijk is. Dat betekent dat ook de handelaar recht op restitutie heeft. Indien de handelaar een zaak heeft geleverd, moet de consument die teruggeven. Indien de handelaar een prestatie heeft geleverd die *naar zijn aard* niet ongedaan gemaakt kan worden, moet de consument een vergoeding betalen. Ik werk deze beide situaties uit. Zoals hiervoor toegelicht staat het Unierecht aan deze uitgangspunten niet in de weg (zie hiervoor3.15-3.16).

Situatie 1: teruggave van een zaak door de consument is mogelijk

3.40 De handelaar is na vernietiging van de overeenkomst gerechtigd een zaak van de consument terug te vorderen (art. 6:203 lid 1 BW). Dit is hetzelfde goed of dezelfde (genus)zaak als de handelaar aan de consument heeft geleverd.[79] Door de terugwerkende kracht van de vernietiging is er achteraf bezien op het moment van presteren geen rechtsverhouding meer die het verrichten van de prestatie rechtvaardigt.[80]

3.41 De consument te goeder trouw heeft in beginsel recht op een vergoeding van de kosten van het ontvangen en het teruggeven van de zaak (art. 6:207 BW).[81] Hieronder vallen onder meer vervoerskosten.[82] Deze vergoeding wordt begrensd door de redelijkheid, maar bij een schending van art. 6:230v lid 3 BW zie ik geen aanleiding voor een redelijkheidscorrectie.[83] Het ligt voor de hand dat de handelaar het terugsturen faciliteert. De handelaar heeft immers — daar gaan we hier van uit — een informatieplicht geschonden. Als gevolg van die schending ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen en kosten voor het terugsturen. Bovendien heeft de handelaar relevante ervaring met het herroepingsrecht en zal het faciliteren dus naar verwachting ook praktisch gezien in te richten zijn.[84]

78 Rb. Rotterdam 18 augustus 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7384 (*Intrum Nederland/X*).

79 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 805 (*T.M.*). Kritisch op deze insteek als het gaat om genuszaken: M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 151-155.

80 HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8363, *NJ* 2001/580, m.nt. J. Hijma (*Breezand/Veere*), rov. 4.3, onder verwijzing naar Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 805, voorlaatste alinea (*T.M.*).

81 Wat betreft het teruggeven vormt dit een afwijking van de hoofdregel van art. 6:47 lid 1 BW: Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 814 (*MvA II*).

82 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 814 (*T.M.*).

83 Koolhoven, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:207 BW, aant. 1.2 (bijgewerkt tot 24 april 2021): *"[…] Voor de vraag wanneer een vergoeding redelijk is, is van belang of de ontvanger zich bij het doen van de uitgave bewust had behoren te zijn van een verplichting tot teruggave. […].Verder kunnen de hoogte van de kosten en andere factoren, die in de gegeven omstandigheden een (gehele) vergoeding van de kosten van ontvangst en teruggave onredelijk maken, meewegen."*

84 Zie ook langs deze lijn: C.M.D.S. Pavillon in punt 9 van haar *TvC*-noot onder Rb. Noord-Holland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5035, *TvC* 2022/4, p. 204-207 (*Billink Financial Solutions/X*).

3.42 Een zaak zal in beginsel door de consument moeten worden teruggegeven in de staat waarin deze zich bij ontvangst bevond.[85,86] De ongedaanmakingsverbintenis strekt immers tot zoveel mogelijk herstel in de oude toestand.[87] De zaak zal in veel gevallen in waarde zijn verminderd, zodat de consument tekort zal schieten in de nakoming van zijn teruggaveverbintenis. In beginsel ontstaat dan een verplichting tot schadevergoeding, omdat de nakoming blijvend onmogelijk is (art. 6:74 lid 2 BW). Dat is echter pas het geval indien de tekortkoming de consument kan worden toegerekend.

3.43 Een waardeverlies van de zaak dat *los staat van het gebruik* en uitsluitend is toe te schrijven aan veranderende marktomstandigheden komt in de verhouding tussen handelaar en consument mijns inziens voor risico van de handelaar (art. 6:75 BW). Te denken valt aan een product waarvan inmiddels nieuwe — en technologisch meer geavanceerde — versie is uitgekomen. Bij waardeverlies door *gebruik of beschadiging* van de zaak ligt dit iets anders.[88] In art. 6:204 lid 1 BW staat een specifieke regel over de toerekenbaarheid van de tekortkoming: indien de consument in een periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave geen rekening behoefde te houden, niet als een zorgvuldig schuldenaar voor de zaak heeft zorg gedragen, wordt hem dit niet toegerekend.[89] In de periode dat de consument geen rekening hoefde te houden met teruggave, geeft deze regel een billijke verdeling van het risico van waardevermindering ten nadele van de handelaar.[90]

3.44 Om de in art. 6:204 lid 1 BW bedoelde periode te bepalen, is een begin- en eindtijd nodig. Door de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 lid 1 BW) ontstaat de teruggaveverbintenis op het moment dat de prestatie is verricht.[91] De begintijd is daarom het moment van ontvangen van de zaak door de consument (spiegelbeeldig: het afleveren door de verkoper, vgl. art. 7:9 lid 1 BW). De vraag is dan nog vanaf welk moment de consument rekening moet houden met een teruggaveverplichting. Vanaf dat tijdstip moet hij zich als een zorgvuldig schuldenaar over de zaak gaan ontfermen (art. 6:27 BW).[92]

3.45 Mij lijkt dat de consument niet kan worden geacht te weten dat op het moment dat hij bestelt niet aan het vereiste van art. 6:230v lid 3 BW is voldaan. Dit strookt met het uitgangspunt van het EU-consumentenrecht dat de consument in beginsel niet geacht wordt zijn rechtspositie nauwkeurig te kunnen bepalen.[93] Dan zal het moment dat de consument rekening moet gaan houden met teruggave niet liggen op het tijdstip van de ontvangst van de zaak. Dit is ook de lijn van de Hoge Raad in de zaak over de 'gratis' mobieltjes. Daarin is overwogen dat eerst aan de consument duidelijk gemaakt moet worden dat en waarom voor hem een verplichting tot teruggave van de zaak is of zal ontstaan.[94] Dat is een (zeer) consumentvriendelijk standpunt.[95] omdat in veel gevallen de consument de zaak kan teruggeven zonder een waardevergoeding te betalen.[96] Dat geeft de door de Richtlijn consumentenrechten vereiste hoge mate van consumentenbescherming. Bovendien is dit naar verwachting voldoende doeltreffend en afschrikwekkend. De vraag is echter of, omgekeerd, het nadeel dat de handelaar zal ondervinden van deze regel evenredig is aan de schending van art. 6:230v lid 3 BW. Dat lijkt mij in algemene zin *niet* het geval.

3.46 Indien sprake is van de verkoop van een zaak zal — normaliter — al snel duidelijk zijn dat de handelaar (als hoofdsom) betaling eist voor de zaak die aan de consument naar aanleiding van de online bestelling is geleverd. Ik denk dan aan de gebruikelijke bestelbevestiging die veelal direct per e-mail

85 Zie over een mobiele telefoon: HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/[…]*), rov. 3.15.1. In punt 15 (onder a.) van zijn noot schrijft Hijma instemmend: *"[…] De keuze voor de oorspronkelijke staat (d.w.z. nieuwstaat) als toetssteen ligt mijns inziens voor de hand. Het gaat hier immers niet — zoals bij een revindicatie — om de zaak als object, maar om het ongedaan maken van de prestatie zoals die destijds is verricht. […]."*

86 In een geval van vernietiging wegens dwaling is anders beslist in HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8732, *RvdW* 2013/561, rov. 3.4.3: *"[…] De gehoudenheid tot schadevergoeding van [verweerster] is gegrond op het tekortschieten in de nakoming van haar verplichting de auto terug te geven. Die teruggave diende te geschieden in de staat waarin de auto zich bevond toen de koopovereenkomst werd vernietigd […]."* Kritisch over dit arrest: F. Damsteegt-Mollier, 'Van realiteit naar reconstructie: een verkenning van de gevolgen van vernietiging van een rechtshandeling aan de hand van HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 561', *MvV* 2013/9, m.n. p. 262.

87 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 817 (*T.M.*): *"[…] Ook als een ontvangen goed wordt gerestitueerd, blijft het een feit dat het goed tevoren is gegeven en een tijdlang bij de ontvanger is geweest. Ongedaan maken is derhalve steeds, ook bij de teruggave van een ontvangen goed, slechts mogelijk als een poging tot benadering van de oude toestand. […]."* Zie onder verwijzing naar deze passage uit de wetsgeschiedenis: H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, p. 34.

88 Van Boom, in: *Verbintenissenrecht uit de wet en Schadevergoeding* (SBR 5), 2021/298: "Waardevermindering door *beschadiging* valt weliswaar onder de regeling van art. 6:74 jo. 6:204, maar vermindering door *enkel tijdsverloop* valt daarbuiten. […]."

89 Kritisch op de risicoverdeling die voortvloeit uit deze bepaling: J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1988, p. 197 e.v.; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 220.

90 Vgl. T. Jonkers, 'Risicoverdeling in geval van zaaksbeschadiging na een ongeldige koop naar Nederlands en Duits recht: de billijkheid van art. 6:204 lid 1 BW', *NTBR* 2020/20, par. 9.

91 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/438.

92 Zie over deze verplichting, staande naast, maar ook verband houdende met de hoofdverplichting tot aflevering: *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/197.

93 Vgl. A-G Wissink in punt 7.11.2 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2658) vóór HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/[…]*).

94 Arrest *Lindorff/[…]*, rov. 3.15.1.

95 Jac. Hijma in punt 15 (onder d.) van zijn *NJ*-noot onder HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282 (*Lindorff/[…]*).

96 Vgl. W.H. van Boom in zijn noot (p. 369) onder HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *AA* 2016/0363 (*Lindorff/[…]*).

wordt verstuurd. Dat geldt ook als uit de tekst op de bestelknop niet duidelijk bleek dat de consument met de bestelling van de zaak een betalingsverplichting is aangegaan. Door de vraag van de handelaar naar betaling wordt het de consument achteraf (snel) duidelijk dat de overeenkomst volgens de handelaar een betalingsverplichting inhoudt.

3.47 Mij lijkt het daarom redelijk om aan te nemen dat een consument die de zaak heeft besteld en ontvangen, maar weigert te betalen, er rekening mee dient te houden dat de handelaar de zaak uiteindelijk terug zal willen hebben. Het lijkt eveneens te billijken dat vanaf het moment dat de consument zelf kenbaar maakt dat hij van de overeenkomst af wil, hij rekening zal moeten houden met een toekomstige teruggaveverplichting.[97]

3.48 Verder zou nog de vraag kunnen opkomen of de consument een vergoeding is verschuldigd voor het gebruik van de zaak. Een vergoeding voor het genot dus. Die vraag moet worden onderscheiden van de besproken vraag wie het risico draagt van de waardevermindering door gebruik. Toch kan het al dan niet toekennen van deze vergoedingen invloed hebben op elkaar in de sfeer van het Unierecht.[98] Er kan namelijk niet langer worden gesproken van een afschrikwekkende en doeltreffende sanctie op schending van de Unierechtelijke bestelknopverplichting indien de consument, naast een eventuele vergoeding voor waardevermindering door gebruik van de zaak, zou moeten betalen voor het genot van een zaak die achteraf onverschuldigd door de handelaar is geleverd. Dit geldt temeer bij aanvaarding van het door mij bepleite moment vanaf wanneer de consument rekening moet gaan houden met teruggave van de zaak. Dat is een vroeg moment, zodat de handelaar in die zin al tegemoet gekomen wordt. Een verdere tegemoetkoming van de handelaar is dan niet redelijk, zeker omdat hij degene is die zijn informatieverplichting heeft geschonden.

3.49 Eventueel door de consument voor de geleverde prestatie betaalde (termijn)bedragen zullen moeten worden teruggegeven door de handelaar op grond van art. 6:203 lid 2 BW. De vorderingen die de handelaar en de consument uit hoofde van onverschuldigde betaling op elkaar hebben, zullen tot hun gemeenschappelijke beloop kunnen worden verrekend (art. 6:127 lid 1 BW).

Situatie 2: teruggave door de consument is feitelijk of naar zijn aard niet mogelijk

3.50 Indien teruggave van de zaak *feitelijk* niet mogelijk is (bijvoorbeeld: de zaak is tenietgegaan of doorverkocht), schiet de consument tekort in de nakoming van zijn teruggaveverbintenis jegens de handelaar (art. 6:74 lid 1 BW). De algemene regeling voor de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis (negende afdeling van titel 6.1 BW) is dan van toepassing. Indien de tekortkoming niet aan de consument kan worden toegerekend (art. 6:75 BW), ontstaat geen verbintenis tot schadevergoeding (art. 6:74 lid 1, slot). Dat laat onverlet dat indien de consument in die situatie toch een voordeel geniet die hij bij teruggave van de zaak niet zou hebben gehad, de handelaar recht heeft op een vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:78 BW juncto art. 6:212 BW). Praktisch betekent dit het volgende.[99] In het geval de consument de zaak heeft doorverkocht zal hij de ontvangen koopprijs aan de handelaar verschuldigd zijn. Bij tenietgaan van de zaak is de consument (indien te goeder trouw) in beginsel niets verschuldigd. Ik schrijf 'in beginsel' omdat indien de consument een vordering op een derde heeft vanwege het tenietgaan van de zaak, hij deze vordering of het op grond daarvan geïnde aan de handelaar zal moeten afstaan.

3.51 Indien de handelaar een prestatie heeft verricht die *naar zijn aard* niet kan worden teruggegeven, zal de consument deze prestatie op de voet van art. 6:210 lid 2 BW moeten vergoeden. De rechtvaardiging voor een vergoeding is dan dat ongerechtvaardigde verrijking wordt voorkomen.[100] Art. 6:210 lid 2 BW houdt in dat, *voor zover dit redelijk is* (zie hierna), vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst in de plaats treedt van ongedaanmaking van de prestatie indien: (1) de ontvanger door de prestatie is verrijkt, (2) het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht *of* (3) indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Het lijkt aannemelijk dat de onder (1) vermelde situatie zich het meest zal voordoen in een geval waar een bestelknop niet voldoet. De consument zal normaliter zijn verrijkt door de prestatie van de handelaar. Dit zal moeten worden beoordeeld overeenkomstig het begrip verrijking als bedoeld in art. 6:212 BW,[101] dat zowel behaald voordeel als afgewend nadeel omvat.[102] Verarming van de handelaar is géén vereiste.[103]

3.52 De waarde die moet worden vergoed, kent volgens de tekst van art. 6:210 lid 2 BW als peildatum het ogenblik van ontvangst. Het is de waarde in het economisch verkeer ('de marktwaarde' van de

97 M. Loos & C.D.M.S. Pavillon, 'Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten', *NJB* 2020/1888, p. 2133-2134.

98 Vgl. A-G Wissink in punt 7.23 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2658) vóór HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/[…]*).

99 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/438.

100 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, *NJ* 2016/159 m.nt. S.D. Lindenbergh (*[…]/Reusel-De Mierden*), rov. 3.6.2.

101 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 817 (*T.M.*).

102 Hijma, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, aant. 2.a. (online bijgewerkt t/m 6 september 2023).

103 Van Kooten, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:210 BW, aant. 4 (online bijgewerkt t/m 22 juni 2021).

prestatie) die moet worden vergoed.[104] Die waarde kan in beginsel objectief worden bepaald aan de hand van de tussen partijen in de overeenkomst afgesproken tarieven.[105] Dat is in het geval van een door de handelaar verkeerd geformuleerde bestelknop wellicht niet een bevredigende benadering. De consument heeft immers *niet* een waarde willen toekennen aan de prestatie met zijn druk op de knop. Er moet in zo'n situatie worden gekeken hoeveel normaliter — dat wil zeggen: buiten de omstandigheden die aanleiding geven tot de vernietiging — objectief gezien zou zijn betaald voor de verrichte prestatie.[106] Dat kan uiteraard nog steeds de prijs zijn waartegen de handelaar de prestatie heeft aangeboden aan de consument.

3.53 Als de handelaar die de informatieverplichting van art. 6:230v lid 3 BW heeft geschonden, langs deze weg alsnog het in de vernietigde overeenkomst afgesproken totaalbedrag zou kunnen ontvangen voor de geleverde prestatie, zou dit een verkapte nakomingsvordering opleveren. Een ontsnappingsroute voor de handelaar dus,[107] waardoor de sanctie (nietigheid) vermoedelijk niet doeltreffend en afschrikwekkend zal zijn.[108] Deze situatie noopt dus tot het toepassen van een redelijkheidscorrectie. De volgende vraag is dan hoe een dergelijke correctie zo kan worden bepaald dat aan de trits doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend kan worden voldaan. Zo kan het hanteren van een percentage van de koopprijs al snel zorgen voor een moeilijk uit te leggen verschil in de hoogte van de korting in Euro's bij gelijke schendingen (dat wil zeggen: geen juiste tekst op de bestelknop).[109]

3.54 Eventueel door de consument voor de geleverde prestatie betaalde termijnbedragen zullen moeten worden teruggegeven door de handelaar op grond van art. 6:203 lid 2 BW. De vorderingen die de handelaar en de consument uit hoofde van onverschuldigde betaling op elkaar hebben, zullen tot hun gemeenschappelijke beloop kunnen worden verrekend (art. 6:127 lid 1 BW).

Ongerechtvaardigde verrijking

3.55 Bij samenloop van ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling heeft de handelaar keuzevrijheid.[110] Hij kan een vordering dus op beide grondslagen baseren. Het ligt echter meer voor de hand de vordering uit onverschuldigde betaling te hanteren wanneer bedacht wordt dat Unierechtelijk het doel na vernietiging zal moeten zijn de consument terug te brengen in de positie waarin hij zich zonder overeenkomst zou bevinden (zie 3.16). Met de actie uit onverschuldigde betaling wordt hetgeen de consument zonder rechtsgrond heeft verkregen teruggevorderd; niet meer en in beginsel ook niet minder dan dat.[111] Deze keuze ligt temeer in de rede omdat de handelaar na toepassing van de regeling van de onverschuldigde betaling geen behoefte meer zal hebben aan een verrijkingsactie, voor zover de in art. 6:212 BW bedoelde schade is opgeheven.[112]

3.56 Een teruggave van de zaak of een vergoeding van de marktwaarde van de prestatie, plus in voorkomend geval een eventuele vergoeding voor waardevermindering door gebruik van de zaak, komt voldoende tegemoet aan de belangen van de handelaar. Het risico van het hanteren van een ontoereikende bestelknoptekst (waar in deze zaak van wordt uitgegaan), moet bij de handelaar blijven rusten.

104 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 818-819 (*T.M.*): "De waarde die de ontvanger moet vergoeden, is die welke aan de prestatie normaal in het economisch leven wordt toegekend. […]." Zie verder HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, *NJ* 2016/159 m.nt. S.D. Lindenbergh (*[…]/Reusel-De Mierden*), rov. 3.6.2 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1441, *NJ* 2017/112 m.nt. S.D. Lindenbergh (*[…]/Gemeente Molenwaard*), rov. 3.8.5.

105 A-G Wissink in punt 7.27 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2658) vóór HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/[…]*), onder verwijzing naar: M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 206 en T. Hartlief, 'De gevolgen van vernietiging en van nietigheid naar Nederlands recht', in: J. Smits e.a. (red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2002, p. 268.

106 M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 206-207.

107 Vgl. J.J.A. Braspenning in zijn bespreking (*TvC* 2023/2, p. 58) van HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*D.V./M.A.*): *"[…] De advocaat kan immers via het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht proberen alsnog een schadevergoeding te vorderen, bijvoorbeeld via een beroep op de regels voor onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. In Nederland zou een beroep op artikel 6:210 lid 2 BW mijns inziens het meest voor de hand liggen. […] Artikel 6:210 BW vormt dus een ontsnappingsroute voor de advocaat. […]"*.

108 Vgl. M.Y. Schaub, 'De vergaande gevolgen van oneerlijke (kern)bedingen', *ORP* 2023/7, p. 4-9, die op p. 8 opmerkt: *"[…] dat ook de hierboven genoemde buitencontractuele gronden voor vergoeding niet toegepast kunnen worden, omdat ze ertoe zouden leiden dat de afschrikwekkende gevolgen van het buiten toepassing laten van het oneerlijke kernbeding teniet worden gedaan, doordat de handelaar kan terugvallen op nationaal recht waarmee alsnog een redelijke vergoeding zou worden gerealiseerd."*

109 C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *NTBR* 2022/28, par. 4.1. en de noot onder de *Arvato*-arresten van W.H. van Boom in *AA* 2023/282, p. 287: *"Eerlijk gezegd is de staffel [van het Sanctiemodel; AG] nogal 'quick and dirty', want enerzijds is ze eenvoudig toe te passen en vereist ze geen enkele vermogensschade aan de zijde van de consument, maar anderzijds is ze niet degressief bij oplopende hoofdsommen. […] Maar vijftig procent prijsreductie bij een aankoop via een webwinkel van een auto van duizenden euro's is misschien toch al snel veel geld. We komen dan meer in het gebied van de punitieve prijsreductie die niet evenredig is aan het informatiebelang dat de sanctie beoogt te beschermen. […]."*

110 Castermans & Krans, *Samenloop (Mon. BW nr. A21)* 2019/16 (p. 53, bovenaan).

111 Aldus ook Schrage, *Verbintenissen andere bron* (Mon. BW nr. B53) 2017/31, met de toevoeging dat via de achterdeur van art. 6:204 BW onder omstandigheden toch weer het verband tussen de *condictio indebiti* en de nog aanwezige verrijking van de gedaagde hersteld lijkt te worden.

112 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/475.

4 Bespreking van de prejudiciële vraag[113]

4.1 Ik begin de bespreking van de prejudiciële vraag met het primaire betoog van Capabel dat de consument niet op de voet van art. 6:230v lid 3 BW de vernietigbaarheid van een door hem gesloten overeenkomst kan inroepen als voldoende vaststaat dat hij de overeenkomst heeft willen aangaan, zoals dit met name *kan*[114] blijken uit het feit dat de consument *heeft* betaald en zich dus klaarblijkelijk bewust was van zijn betalingsverplichting.[115]

4.2 Als dit betoog opgaat, dan betekent dit praktisch gezien dat de vraag of een bepaalde tekst op een bestelknop aan art. 6:230v lid 3 BW voldoet, alleen aan de orde komt in zaken waarin de handelaar betaling vordert van een onbetaalde koopprijs, zoals dat voor zover ik kan zien tot nu toe ook steeds het geval is. Dat laatste zou zo moeten blijven. Ik acht het maatschappelijk onwenselijk als online gesloten koopovereenkomsten die zijn uitgevoerd omdat is betaald en geleverd en de termijn voor herroeping is verstreken, op initiatief van een consument of van een claimorganisatie namens consumenten zouden kunnen worden vernietigd op de grond dat achteraf is gebleken dat de tekst op de bij aankoop gebruikte bestelknop (toevallig) niet voldeed. Dergelijke acties zouden een grote extra belasting kunnen gaan vormen voor webwinkels en voor het gerechtelijk apparaat, hoewel de consument geen nadeel heeft geleden en daarom niet duidelijk is waartegen hij zou moeten worden beschermd. Ik verwijs ook naar hetgeen de kantonrechter aan het slot van het verwijzingsvonnis heeft overwogen (zie voetnoot 4 van deze conclusie).

4.3 Niettemin is het de vraag of het betoog van Capabel dat consumenten die betaald hebben *geen beroep kunnen doen* op de sanctie van art. 6:230v lid 3 BW Unierechtelijk stand houdt. Art. 8 lid 2, tweede alinea, van de Richtlijn consumentenrechten bevat niet een afbakening van de kring van consumenten die op deze bepaling beroep kan doen. Verder verwijs ik naar HvJEU 17 mei 2023, C-97/22, ECLI:EU:C:2023:413 (*DC/HJ*), een uitspraak die ik in 3.17 al noemde. Die zaak ging over de reparatie van een elektrische installatie bij een consument thuis. De elektricien had, in strijd met zijn informatieplicht, de consument niet gewezen op diens herroepingsrecht. Daardoor werd de vervaltermijn van 14 dagen voor het inroepen van het herroepingsrecht verlengd met 12 maanden.[116] Toen de klus ruimschoots was uitgevoerd en de elektricien aandrong op betaling van de factuur, beriep de consument zich binnen die verlengde vervaltermijn op zijn herroepingsrecht, op grond waarvan hij meende van zijn betalingsverlichting geheel te zijn bevrijd. De elektricien stelde — en geef hem eens ongelijk — dat dit een onevenredige sanctie zou zijn. Toch kreeg hij bij het Hof ongelijk.

4.4 Het Hof, net als in *Fuhrmann* in een samenstelling van drie rechters en zonder voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal, overweegt het volgende:

> "31 Het door richtlijn 2011/83 vastgestelde doel [een hoog niveau van consumentenbescherming, A-G] zou evenwel gevaar lopen indien artikel 14, lid 5, van deze richtlijn aldus zou moeten worden uitgelegd dat de duidelijke bepalingen van artikel 9, lid 1, en artikel 14, lid 4, onder a), i), van die richtlijn buiten toepassing kunnen worden gelaten, waardoor een consument, nadat hij een buiten verkoopruimten gesloten dienstenovereenkomst heeft herroepen, kan worden geconfronteerd met kosten waarin die richtlijn niet uitdrukkelijk voorziet.
>
> 32 Deze oplossing strookt met het […] fundamentele belang dat richtlijn 2011/83 hecht aan precontractuele informatie betreffende het herroepingsrecht voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten. Wanneer de betrokken handelaar heeft nagelaten de consument die informatie mee te delen, moet deze handelaar dan ook de kosten dragen die hij voor de uitvoering van de buiten verkoopruimten gesloten dienstenovereenkomst heeft gemaakt gedurende de herroepingstermijn waarover deze consument krachtens artikel 9, lid 1, van die richtlijn beschikt. [De handelaar] kan zich dus niet met succes beroepen, teneinde aan die kosten te ontkomen, op het in overweging 57 van die richtlijn genoemde beginsel dat sancties evenredig moeten zijn."

Het Hof concludeert:

> "Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 14, lid 4, onder a), i), en lid 5, van richtlijn 2011/83 aldus moet worden uitgelegd dat het een consument vrijstelt van elke verplichting tot betaling van de prestaties die zijn verricht ter uitvoering van een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst

113 Capabel doet in haar schriftelijke opmerkingen (par. 3) een 'verzoek tot aanvulling van de prejudiciële vraag'. Dat is echter niet mogelijk omdat alleen de rechter (en niet de procespartijen) een vraag kan stellen. Zie art. 392, lid 1, aanhef, Rv: "De rechter kan […] de Hoge Raad een rechtsvraag stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, […]."). Capabel heeft in een eerder stadium invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van te stellen vragen (art. 392 lid 2 Rv), maar van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Zie Akte uitlating zijdens Capabel van 28 maart 2023, punt 2: "Capabel gaat mee in het voornemen van de kantonrechter tot het stellen van prejudiciële vraag [sic] aan de Hoge Raad. Capabel heeft dan ook geen opmerkingen of aanvullende vragen welke zij wenst toe te voegen aan de door de kantonrechter geformuleerde vragen in r.o. 2.21."

114 Er zijn, in bredere context dan alleen de bestelknopproblematiek, scenario's denkbaar waarin de wilsvorming van de consument wellicht toch niet helemaal zuiver verloopt. Te denken valt aan (i) een consument die alleen heeft betaald omdat hij — bij gebreke aan voorlichting over zijn herroepingsrecht — dacht dat hij gebonden was en moest betalen, hoewel hij eigenlijk niet meer gebonden wilde zijn en (ii) een consument die aanvankelijk gebonden wilde zijn en heeft betaald, maar later spijt kreeg en het er maar bij heeft laten zitten omdat hij — bij gebreke aan voorlichting over zijn herroepingsrecht – dacht dat hij gebonden was en moest betalen.

115 Schriftelijke opmerkingen Capabel, onder 4.5.

116 Art. 10 lid 1 Richtlijn consumentenrechten.

wanneer de betrokken handelaar hem niet de in dit artikel 14, lid 4, onder a), i), bedoelde informatie heeft verstrekt en deze consument zijn herroepingsrecht heeft uitgeoefend nadat die overeenkomst reeds was uitgevoerd."

4.5 In de Duitse literatuur is deze uitspraak bekritiseerd onder andere omdat het Hof eraan voorbij gaat dat de consument ongerechtvaardigd is verrijkt.[117] Die kritiek acht ik terecht. Maar dat betekent niet dat een consument beroep op zijn herroepingsrecht of op nietigheid van de door hem afgesloten overeenkomst niet open staat. Gelet op de tekst van de bestelknopbepaling en gezien het zojuist besproken arrest acht ik die redenering Unierechtelijk zeer kwetsbaar. De uit het lood geslagen rechtsverhouding kan wel 'aan de achterkant' worden recht getrokken, door de consument te verplichten een waardevergoeding te betalen.

4.6 De prejudiciële vraag zelf kan in het licht van het hiervóór onder 3. geschetste juridisch kader vrij gemakkelijk worden beantwoord: een handelaar *kan* ná vernietiging op grond van art. 6:230v lid 3 BW recht hebben op een waardevergoeding van de consument. Of een handelaar ook recht *heeft* op een dergelijke vergoeding hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals te beoordelen door de feitenrechter.

4.7 Ik merk in dat verband over de onderhavige zaak ter afsluiting nog het volgende op.

4.8 Het gaat om vernietiging van een overeenkomst van opdracht die ertoe strekte dat Capabel tegen betaling onderwijs voor [verweerster] verzorgde. Op basis van die overeenkomst is onderwijs verzorgd door Capabel en is een deel van het leergeld betaald door [verweerster]. Indien de overeenkomst wegvalt door integrale vernietiging, en de verrichte prestaties dus geen rechtsgrond meer hebben, betekent dit in beginsel het volgende. Door de gehele nietigheid van de overeenkomst, waar de kantonrechter vanuit gaat, kan de vordering van Capabel niet op grond van nakoming van die overeenkomst worden toegewezen. De rechtsgevolgen van die vernietiging kunnen de volgende zijn. Enerzijds is [verweerster] een waardevergoeding verschuldigd aan Capabel. Het genoten onderwijs kan naar zijn aard immers niet worden teruggegeven. Het bedrag van de waardevergoeding is gelijk aan de waarde in het economisch verkeer op het moment dat het onderwijs werd afgenomen. Op dat bedrag zal mogelijk een redelijkheidscorrectie moeten worden toegepast op grond van art. 6:210 lid 2 BW. Anderzijds is Capabel aan [verweerster] verschuldigd het geldbedrag, inclusief rente en kosten, dat zij aan Capabel (van haar rechtstreeks of via het ingeschakelde incassobureau) heeft betaald. Deze bedragen kunnen over en weer worden verrekend.

5 Conclusie: beantwoording van de prejudiciële vraag

Ik geef de Hoge Raad in overweging de prejudiciële vraag van de kantonrechter Rotterdam als volgt te beantwoorden:

"De handelaar kan recht hebben op een vergoeding op grond van de artikelen 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van artikel 6:230v lid 3 BW in zijn geheel is vernietigd."

Hoge Raad:

1 De prejudiciële procedure

Bij tussenvonnis in de zaak 8963920 CV EXPL 21-1168 van 12 mei 2023 heeft de rechtbank Rotterdam van op de voet van art. 392 Rv een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld.

Namens Capabel zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door haar cassatieadvocaat en L. van den Reek.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber geeft de Hoge Raad in overweging de prejudiciële vraag van de kantonrechter Rotterdam als volgt te beantwoorden:

"De handelaar kan recht hebben op een vergoeding op grond van de artikelen 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van artikel 6:230v lid 3 BW in zijn geheel is vernietigd."

De advocaat van Capabel heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Inleiding en samenvatting

2.1 In deze prejudiciële procedure is aan de orde of de handelaar recht kan hebben op een vergoeding op grond van onverschuldigde betaling (de art. 6:203-211 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) nadat een overeenkomst is vernietigd op de grond dat het bestelproces op de website van de handelaar niet voldoet aan artikel 6:230v lid 3 BW (de bestelknopbepaling).

2.2 Het antwoord luidt bevestigend in het geval dat een overeenkomst op grond van art. 6:230v lid 3 BW geheel is vernietigd.

3 Uitgangspunten en feiten

3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

117 Naast de reeds in voetnoot 41 vermelde commentaren citeer ik het slot van de noot onder dit arrest van D. Diehm (in *VuR* 2023/265): *"Ob die Entscheidung des EuGH, mag sie prima facie auch durch die angeführten Vorgaben der Verbraucherrechte-Richtlinie gestützt werden, langfristig wirklich nur den Interessen des Verbraucherschutzes und damit der Verbraucher gerecht werden wird, darf indessen bezweifelt werden. Denn die nunmehr aufgedeckten zusätzlichen Belehrungspflichten werden absehbar ohne zusätzlichen Kosten- und Zeitaufwand, der sich direkt oder indirekt in höheren Preisen unternehmerischer Leistungen niederschlagen dürfte, kaum zu erfüllen sein. Dem kurzfristig vorstellbaren „Obsiegen" einzelner Verbraucher, die sich eines Widerrufs eines erteilten „Auftrags" trotz ordnungsgemäß erbrachter handwerklicher Leistungen nicht zu schade sind, um einen finanziellen Vorteil hieraus zu ziehen, könnte einmal mehr mittel- und erst recht langfristig ein gesamtwirtschaftlicher Wohlstandsverlust durch überzogene und außer Verhältnis geraten(d)e Verbraucherschutzambitionen, die dem EuGH noch nie fern gelegen haben, zu befürchten sein."*

(i) [verweerster] heeft zich in 2015 bij Capabel ingeschreven voor de opleiding doktersassistent. De opleiding duurt normaal gesproken twaalf maanden. Het leergeld dient te worden betaald in twaalf maandelijkse termijnen.
(ii) [verweerster] heeft zich voor de opleiding ingeschreven via de website van Capabel. Zij heeft het inschrijfproces voltooid door te klikken op een knop met daarop de tekst 'schrijf je nu in'. Capabel heeft daarna de inschrijving per e-mail bevestigd. [verweerster] heeft enkele dagen daarna een doorlopende machtiging gegeven voor het afschrijven van het leergeld van haar rekening.
(iii) Op een gegeven moment is [verweerster] gestopt met het volgen van lessen en het betalen van het leergeld. Het diploma voor de opleiding heeft zij niet behaald.

3.2 In deze procedure vordert Capabel betaling van het resterende bedrag aan leergeld van € 2.409,54 met rente.

3.3 De kantonrechter heeft [verweerster] in de gelegenheid gesteld zich erover uit te laten of zij de overeenkomst wil vernietigen op de grond dat de tekst 'schrijf je nu in' op de knop waarmee zij de overeenkomst is aangegaan, niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW. [verweerster] heeft verklaard van dit recht gebruik te willen maken.

Capabel heeft zich op het standpunt gesteld dat [verweerster] in geval van vernietiging verplicht is tot vergoeding van de waarde van de gehele opleiding en het geleverde studiemateriaal.

3.4 De kantonrechter heeft op de voet van art. 392 e.v. Rv de volgende prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld:[1]

> "Kan de handelaar recht hebben op een vergoeding op grond van de art. 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van art. 6:230v lid 3 BW is vernietigd?"

4 Beantwoording van de prejudiciële vraag

4.1 Art. 6:230v BW geeft voorschriften voor overeenkomsten op afstand, gesloten tussen een consument en een handelaar, zoals omschreven in art. 6:230g lid 1, onder a, b en e, BW. Het gaat kort gezegd om overeenkomsten waarbij de consument op een website door een handelaar aangeboden zaken of diensten bestelt.

4.2 Art. 6:230v lid 3 BW luidt als volgt:

> "3. De handelaar richt zijn elektronische bestelproces op zodanige wijze in dat de consument een aanbod niet kan aanvaarden dan nadat hem op niet voor misverstand vatbare wijze duidelijk is gemaakt dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien de aanvaarding geschiedt door gebruik van een knop of soortgelijke functie, is aan de vorige zin voldaan indien bij het plaatsen van de bestelling in niet voor misverstand vatbare termen en op goed leesbare wijze blijkt dat de aanvaarding een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt. Een knop of soortgelijke functie wordt daartoe op een goed leesbare wijze aangemerkt met een ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt. De enkele zinsnede «bestelling met betalingsverplichting» wordt aangemerkt als een dergelijke ondubbelzinnige verklaring. Een overeenkomst die in strijd met dit lid tot stand komt, is vernietigbaar."

4.3 Art. 6:230v lid 3 BW is de implementatie[2] van art. 8 lid 2, tweede alinea, van Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten (hierna: Richtlijn consumentenrechten).[3] Deze alinea luidt als volgt:

> "De handelaar ziet erop toe dat de consument bij het plaatsen van zijn bestelling, uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Indien het plaatsen van een bestelling inhoudt dat een knop of een soortgelijke functie moet worden aangeklikt, wordt de knop of soortgelijke functie op een goed leesbare wijze aangemerkt met alleen de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een verplichting inhoudt om de handelaar te betalen. Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden."

4.4 Voor begrip van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten is punt 39 van de considerans van die richtlijn van belang. Dit luidt als volgt:

> "Het is bij overeenkomsten op afstand die via een website worden gesloten, van belang ervoor te zorgen dat de consument de belangrijkste onderdelen van de overeenkomst volledig kan lezen en begrijpen, alvorens zijn bestelling te plaatsen. Met het oog daarop dient deze richtlijn te bepalen dat die onderdelen worden vermeld in de nabijheid van de plaats waar om bevestiging van de bestelling wordt gevraagd. Ook is het van belang erop toe te zien dat de consument in dergelijke situaties het tijdstip kan vaststellen waarop hij de verplichting op zich neemt de handelaar te betalen. Daarom dient de aandacht van de consument door middel van een ondubbelzinnige formulering specifiek te worden gevestigd op het feit dat het plaatsen van de bestelling de verplichting tot het betalen van de handelaar met zich meebrengt."

4.5 Art. 6:230v lid 3 BW is bij de totstandkoming als volgt toegelicht:[4]

1 Rechtbank Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4049 (*NJF* 2023/385; *red.*).

2 Zie de Implementatiewet richtlijn consumentenrechten (*Stb.* 2014, 140), in werking getreden op 13 juni 2014.

3 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 199/44/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 304/64.

4 *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 51.

"Het derde lid van artikel 230v zet artikel 8 lid 2 (alinea 2) van de richtlijn om. Doel is om de informatievoorziening tijdens het bestelproces op internet te verbeteren. Het moet voor de consument duidelijk zijn wanneer hij een betalingsverplichting aangaat (overweging 39 van de richtlijn). Deze algemene informatieverplichting wordt vervolgens verder ingekleurd en geconcretiseerd. Bij het gebruik maken van een knop die kan worden aangeklikt, waardoor wordt besteld, zal deze een goed leesbare tekst moeten bevatten waaruit blijkt dat de consument een betalingsverplichting aangaat. (…)
(…) De slotzin verduidelijkt dat de overeenkomst die in strijd met deze bepaling tot stand is gekomen door de consument kan worden vernietigd. Daarmee wordt de zinsnede «Indien aan de bepalingen van deze alinea niet is voldaan is de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden» geïmplementeerd. Deze bevoegdheid tot vernietiging betekent dat het uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten."

4.6 Art. 6:230v lid 3 BW vormt, als gezegd, de implementatie van art. 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten (zie hiervoor in 4.3). De considerans van deze richtlijn vermeldt dat de richtlijn tot doel heeft de goede werking van de interne markt te bevorderen, waarbij een juist evenwicht ontstaat tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.[5] Ook het HvJEU heeft erop gewezen dat bij de handhaving van de informatieplichten van de Richtlijn consumentenrechten dit evenwicht moet worden gewaarborgd.[6] Verder bepaalt art. 24 lid 1 Richtlijn consumentenrechten dat de lidstaten sancties vaststellen voor overtredingen van nationale bepalingen waarin deze richtlijn is omgezet en erop toezien dat ze worden toegepast; de sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Van belang is hierbij voorts dat de Richtlijn consumentenrechten geen afbreuk doet aan nationale regels betreffende de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten voor zover algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet bij deze richtlijn worden geregeld.[7] De lidstaten mogen op grond van art. 4 Richtlijn consumentenrechten evenwel geen wettelijke bepalingen invoeren of handhaven die van de richtlijn afwijken, met inbegrip van bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen, tenzij in de richtlijn anders is bepaald.

5 Considerans onder 4 Richtlijn consumentenrechten.
6 HvJEU 23 januari 2019, zaak C-430/17, ECLI:EU:C:2019:47 (*Walbusch Walter Busch*), punt 41; HvJEU 10 juli 2019, zaak C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576 (*Amazon EU*), punt 44.
7 Considerans onder 14 en art. 3 lid 5 Richtlijn consumentenrechten.

De prejudiciële vraag

4.7.1 De prejudiciële vraag gaat over de gevolgen van een vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 6:230v lid 3 BW, in het bijzonder of de handelaar dan recht kan hebben op een vergoeding op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.

4.7.2 Bij de beantwoording neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt de oordelen in zijn prejudiciële beslissing van heden in de zaak Bol.com (23/01972), die onder meer betrekking heeft op de reikwijdte van de bevoegdheid dan wel verplichting van de rechter tot vernietiging van de overeenkomst als niet is voldaan aan art. 6:230v lid 3 BW.[8] De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechter in verstekzaken de overeenkomst dan ambtshalve gedeeltelijk moet vernietigen, in die zin dat de vernietiging de rechten van de consument niet aantast en de verplichtingen van de consument vooralsnog in stand laat voor een zodanig gedeelte als nodig is om te voorkomen dat de sanctie voor de handelaar onevenredig zou zijn. Een korting op de betalingsverplichting van de consument van één derde is in beginsel redelijk te achten. In zaken waar de consument in rechte is verschenen, vernietigt de rechter de overeenkomst volledig als de consument in de gelegenheid is gesteld zich daarover uit te laten en zich daartegen niet heeft verzet. Als de consument zich in die zaken verzet tegen vernietiging van de overeenkomst, ziet de rechter af van vernietiging op de voet van art. 6:230v lid 3 BW.[9]

4.7.3 Aangezien gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst in verstekzaken de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten van de consument onverlet laat, blijft daarmee de rechtsgrond voor door de handelaar op grond van de overeenkomst jegens de consument verrichte prestaties in stand. Voor een vordering tot terugvordering of ongedaanmaking op de voet van de art. 6:203 en 6:210 BW is daarom geen plaats. Ook voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) is dan geen plaats. Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst in verstekzaken kan meebrengen dat de consument — doordat zijn verplichtingen uit de overeenkomst vooralsnog worden verminderd maar zijn rechten uit de overeenkomst niet — ten koste van de handelaar wordt verrijkt. Deze verrijking vindt haar grond echter in de, als sanctie op het niet voldoen aan art. 6:230v lid 3 BW te beschouwen, gedeeltelijke vernietiging. Die verrijking is dus niet ongerechtvaardigd.

4.7.4 In zaken waarin de consument in rechte is verschenen en, daartoe in de gelegenheid gesteld, zich niet ertegen verzet dat de overeenkomst volledig wordt vernietigd, vernietigt de rechter de overeenkomst volledig (zie hiervoor in 4.7.2).

4.7.5 Volledige vernietiging van de overeenkomst heeft tot gevolg dat de consument en de han-

8 HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355.
9 HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355, rov. 4.8.10 en 4.8.12.

delaar met terugwerkende kracht niet aan de overeenkomst zijn gebonden. De terugwerkende kracht vloeit voort uit art. 3:53 lid 1 BW.

4.7.6 De vernietiging brengt mee dat geen van beide partijen recht heeft op nakoming van hetgeen haar wederpartij zonder de vernietiging nog had moeten presteren.

4.7.7 Indien een partij al geheel of ten dele uitvoering heeft gegeven aan haar verplichtingen op grond van de overeenkomst, brengt de vernietiging van de overeenkomst mee dat die partij in zoverre onverschuldigd heeft gepresteerd. Dit kan naar Nederlands recht grond opleveren voor een vordering uit onverschuldigde betaling (de art. 6:203-211 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Het Unierecht verzet zich niet in algemene zin tegen dergelijke vorderingen (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.16-3.18). Wel dient ten aanzien van een vordering van de handelaar op deze gronden ermee rekening te worden gehouden dat vernietiging van de overeenkomst de sanctie vormt op het niet nakomen door de handelaar van de mededelingsplicht van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten. Die sanctie dient, gelet op art. 24 Richtlijn consumentenrechten doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn. Verder mogen de gevolgen van vernietiging van de overeenkomst geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de bepalingen van de richtlijn en niet in strijd zijn met de doelstellingen van de richtlijn.[10]

4.7.8 De handelaar zal door hem op grond van de overeenkomst aan de consument geleverde goederen als onverschuldigd betaald kunnen terugvorderen. Als de consument een door hem van de handelaar gekocht goed moet teruggeven en van zijn kant gedane betalingen terugkrijgt, zal de handelaar per saldo veelal nadeel ondervinden doordat het goed, reeds als gevolg van de levering, een deel van zijn waarde voor hem heeft verloren. Dit verlies kan de handelaar in beginsel niet voor rekening van de consument brengen (vgl. art. 6:204 lid 1 BW).[11] Kan de consument het goed niet meer teruggeven en schiet hij dus tekort in zijn verplichting tot teruggave, dan is hij voor de daaruit voor de handelaar voortvloeiende schade ingevolge art. 6:74 lid 1 BW aansprakelijk, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (overmacht). Indien de consument zich erop beroept dat hij het ontvangen goed niet kan teruggeven als gevolg van hem niet toe te rekenen omstandigheden, is het aan de consument om die omstandigheden bij betwisting door de handelaar te bewijzen. De handelaar dient de consument op grond van art. 6:207 BW in beginsel de kosten van het ontvangen en teruggeven van het goed te vergoeden.

4.7.9 Heeft de handelaar op grond van de overeenkomst niet een goed gegeven maar een andere prestatie verricht, die naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt, zoals het geven van onderwijs, dan zal de handelaar slechts aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst door de consument binnen de door art. 6:210 lid 2 BW omschreven grenzen; tot die grenzen behoort dat aanspraak op vergoeding alleen bestaat 'voor zover dit redelijk is'. Omdat de handelaar niet heeft voldaan aan art. 6:230v lid 3 BW, is het gezien de vereiste doeltreffendheid en afschrikkendheid van de sanctie niet redelijk dat de handelaar voor die waarde zonder enige korting vergoeding zou ontvangen. Bij de beoordeling in hoeverre een vergoeding redelijk is, kan ook van belang zijn of de consument is gewezen op zijn recht de overeenkomst binnen de bedenktijd te ontbinden (art. 6:230o BW) en daarvan vervolgens geen gebruik heeft gemaakt.

4.7.10 De handelaar kan een vordering tot vergoeding binnen de grenzen van art. 6:212 BW ook baseren op ongerechtvaardigde verrijking. Ook daarbij geldt dat de vergoedingsplicht slechts geldt 'voor zover dit redelijk is', zodat kan worden vermeden dat de overtreding door de handelaar van de informatieplicht van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten in feite zonder enige doeltreffende en afschrikkende sanctie blijft.

4.7.11 Uit hetgeen hiervoor in 4.7.1-4.7.10 is overwogen, volgt dat het antwoord op de prejudiciële vraag luidt dat de handelaar recht kan hebben op een vergoeding op grond van de art. 6:203, 6:210 of 6:212 BW nadat een overeenkomst op grond van art. 6:230v lid 3 BW geheel is vernietigd.

5 Beslissing

De Hoge Raad:

- beantwoordt de vraag op de hiervoor in 4.7.11 weergegeven wijze;
- begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van Capabel en op nihil aan de zijde van [verweerster].

Noot

1. In deze twee prejudiciële beslissingen van 4 oktober 2024 heeft de Hoge Raad duidelijkheid geschapen over de wijze waarop art. 6:230v lid 3 BW moet worden toegepast. Kort gezegd bepaalt dit artikellid dat een handelaar die een overeenkomst met een consument sluit via een website, op straffe van vernietigbaarheid van de overeenkomst ervoor dient te zorgen dat de consument vóór contractsluiting begrijpt dat de overeenkomst voor de consument leidt tot een betalingsverplichting. Wanneer de handelaar bij het bestelproces gebruik maakt van een bestelknop, is aan deze verplichting voldaan als deze knop de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' of een vergelijkbare ondubbelzinnige verklaring bevatten. De prejudiciële beslissing in *Bol.com* betreft de vraag of een bestelknop met de woorden 'bestellen', 'bestelling plaatsen' of 'bestel-

10 Vgl. HvJEU 15 juni 2023, C-520/21, ECLI:EU:C:2023:478 (*Szcześniak/Bank M*), punt 64 (*NJ* 2024/254, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; *red.*).

11 Vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Gratis telefoon II*), rov. 3.15.1 (*NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma; *red.*).

ling afronden' aan dit vereiste voldoet, en hoe de rechter moet omgaan met de eventuele vernietiging van de overeenkomst in een verstekzaak en in een zaak die op tegenspraak wordt beslist. In *Capabel* gaat het om de afwikkeling van de op grond van art. 6:230v lid 3 BW vernietigde overeenkomst: kan de handelaar in een dergelijk geval recht hebben op betaling van een vergoeding op grond van de art. 6:203, 6:210 of 6:212 BW? De beide prejudiciële beslissingen moeten in onderlinge samenhang worden gezien: soms zegt de Hoge Raad hetzelfde in beide uitspraken, maar soms gaat hij in de ene beslissing wat dieper op een onderwerp in dan in de andere beslissing. In deze annotatie zullen beide beslissingen daarom tegelijk worden besproken.

2. Art. 6:230v lid 3 BW vormt de omzetting van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten. Die bepaling geeft aan dat wanneer het bestelproces of de bestelknop niet aan de gestelde vereisten voldoet, 'de consument niet door de overeenkomst of de bestelling [is] gebonden.' Die bewoordingen suggereren dat de overeenkomst *nietig* is, terwijl art. 6:230v lid 3 BW spreekt van *vernietigbaarheid*. De wetgever was echter van mening dat de richtlijn ruimte biedt voor de (mildere) sanctie van vernietigbaarheid omdat het hierdoor 'uiteindelijk aan de consument is om te kiezen of hij aan de bestelling gebonden is, wanneer de website niet voldoet aan de eisen die dit lid stelt en hij via deze website een overeenkomst heeft gesloten' (*Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 51). Vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan hier verschillend over worden gedacht: enerzijds zou kunnen worden betoogd dat de wetgever met de keuze voor vernietigbaarheid is afgeweken van de richtlijn, die immers eerder nietigheid dan vernietigbaarheid suggereert. Aangezien art. 4 van de Richtlijn consumentenrechten uitgaat van volledige harmonisatie, zou een dergelijke afwijking niet geoorloofd zijn. Anderzijds laat art. 3 lid 5 Richtlijn consumentenrechten het aan de lidstaten om de 'algemene bepalingen van het nationale verbintenissenrecht, zoals over de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten' toe te passen ten aanzien van die aspecten die niet door de richtlijn worden geregeld. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de concrete invulling van het begrip 'niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden' aan het nationale recht is overgelaten, nu de richtlijn op dit punt geen duidelijke regeling bevat.

3. De constructie dat de consument 'niet gebonden' is door een overeenkomst die niet aan de gestelde eisen voldoet, wordt vaker gehanteerd in het Europese consumentenrecht. Zo bepaalt art. 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG) dat een oneerlijk beding 'de consument niet bindt', terwijl afwijkingen van de vroegere Richtlijn consumentenkoop de consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden niet binden (art. 7 lid 1 Richtlijn consumentenkoop). Deze beide richtlijnen zijn uitgevaardigd op basis van minimumharmonisatie, zodat lidstaten meer bescherming aan consumenten mochten bieden dan door de richtlijn werd verlangd. Daarvan kan bij vernietigbaarheid sprake zijn, omdat de consument meer nadelen dan voordelen zou kunnen ondervinden van de nietigheid van een beding, aangezien de nietigheid van een oneerlijk beding in sommige gevallen kan leiden tot nietigheid van de gehele overeenkomst. Dat risico bestaat vooral als het gaat om een onduidelijk geformuleerd kernbeding dat als oneerlijk wordt aangemerkt. Het Hof van Justitie heeft in vaste rechtspraak dan ook vastgesteld dat art. 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen en art. 7 lid 1 Richtlijn consumentenkoop geen nietigheid van rechtswege vereisten, maar de rechter wel verplichtten tot ambtshalve toetsing en zo nodig tot vernietiging van het oneerlijke respectievelijk het afwijkende beding, tenzij de consument nadat hij door de rechter was geïnformeerd over de oneerlijkheid van het beding en over de consequenties van nietigheid van het beding, zich verzette tegen die vernietiging.

4. Art. 21 lid 1 Richtlijn verkoop goederen (Richtlijn (Europese) 2019/771), welke richtlijn de Richtlijn consumentenkoop (Richtlijn 1999/44 (EG)) heeft vervangen, en de overeenkomstige bepaling van art. 22 lid 1 Richtlijn digitale inhoud, maken gebruik van dezelfde woorden, maar zijn net als de Richtlijn consumentenrechten gebaseerd op volledige harmonisatie. Uit de tekst van deze nieuwe richtlijnen of de bewoordingen van de preambules is niet af te leiden dat de Europese wetgever op het punt van de 'niet-gebondenheid' van de consument aan de overeenkomst strenger heeft willen zijn dan onder het vroegere recht. Dat suggereert dat de Europese wetgever van mening was dat de rechtspraak van het Hof van Justitie voldeed en dat de tekst van de richtlijnen op dit punt dus niet behoefden te worden aangescherpt. Mijns inziens kan op basis van deze gedachte inderdaad worden verdedigd dat het de Nederlandse wetgever vrij stond om in art. 6:230v lid 3 BW te kiezen voor vernietigbaarheid, zo lang de rechter maar in staat zou worden gesteld om ambtshalve te toetsen of aan de verplichtingen van het artikellid is voldaan en de consument in staat te stellen zich alsnog van de gebondenheid aan de overeenkomst te bevrijden.

5. Dat de Nederlandse rechter bevoegd en gehouden is tot ambtshalve toetsing aan art. 6:230v lid 3 BW, is al beslist in HR 12 november 2021, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato I*), ro. 3.1.10. Dat betekent dat de rechter (ook) gehouden is, zo nodig ambtshalve, te beoordelen of de bestelknop 'in niet voor misverstand vatbare termen' en 'op goed leesbare wijze' duidelijk maakt dat de consument 'een betalingsverplichting jegens de handelaar' op zich neemt door op de knop te klikken. Daartoe is vereist dat de bewoordingen van de knop een 'ondubbelzinnige formulering' bevatten 'waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt'. In het *Fuhrmann-2*-arrest (HvJ EU 7 april 2022, *NJ* 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai) heeft het Hof

van Justitie (punt 28) duidelijk gemaakt dat de formulering *op* de knop moet staan, en dus niet (alleen) in de onmiddellijke omgeving daarvan. Art. 6:230v lid 3 BW bevat zelf één voorbeeld van een formulering die als een zodanige ondubbelzinnige verklaring voldoet: 'bestelling met betalingsverplichting'.

6. De eerste prejudiciële vraag in de hierboven afgedrukte *Bol.com*-beslissing betreft de vraag of enkele specifieke alternatieve formuleringen aan de vereisten van art. 6:230v lid 3 BW voldoen. Bij de beantwoording van die vraag moet volgens het Hof van Justitie in *Fuhrmann-2* (punten 32 en 33) worden nagegaan of de gebruikte formulering, los van de omstandigheden van het boekingsproces, kan worden geacht overeen te komen met de woorden 'bestelling met betalingsverplichting'. Daarvoor is vereist dat de gebruikte term zowel in de omgangstaal als in de ogen van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, 'noodzakelijkerwijs en consistent in verband wordt gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting'. Als dat niet het geval is, is de formulering dubbelzinnig en voldoet zij dus niet aan de eisen van het artikellid. Omdat aangeknoopt wordt bij de maatstaf van de *gemiddelde* consument, is dit niet anders als zou komen vast te staan dat *deze* consument de gebruikte formulering (wél) heeft begrepen, zo constateerde Tjong Tjin Tai al bij zijn annotatie van het arrest (punt 2.1). Hij wijst er bovendien op dat de door het Hof gekozen norm scherp afwijkt van die welke gebruikt is in het *Misverstand*-arrest (HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*)), en dat daar ook wel argumenten voor kunnen worden aangevoerd, omdat het "niet de bedoeling [is] om in debatten verzeild te raken over de betekenis van de gehele website of het aan de 'knop' voorafgaande proces. De consument moet ook op het moment van bestelling kunnen zien dat hij een betalingsverplichting aangaat" (punt 2.3).

7. De door het Hof van Justitie ingezette lijn brengt mee dat op (grotendeels) geobjectiveerde wijze moet worden beoordeeld of de gebruikte formulering wel of niet volstaat. Dat heeft als voordeel dat het oordeel toepasbaar is op alle door de handelaar door middel van die bestelknop met consumenten gesloten overeenkomsten. Probleem is wel, zo merkt Tjong Tjin Tai (t.a.p.) terecht op, dat het voor zowel de handelaar als de consument vaak lastig zal zijn te bewijzen wat de tekst op de knop was op het moment van de bestelling. In dat kader zou volgens hem ook betekenis moeten kunnen worden gehecht aan de verzending van een e-mail met bevestiging van de bestelling en het al dan niet uitblijven van een reactie van de consument op zo'n e-mail. Ik denk dat dat standpunt juist is, althans voor die gevallen waarin partijen verschillende formuleringen van de bestelknop noemen, en noch de consument, noch de handelaar overtuigend bewijs kan aanleveren voor de op het moment van contractsluiting gehanteerde formulering op de bestelknop.

8. De Europese wetgever heeft dus ruimte opengelaten voor alternatieve formuleringen voor de bestelknop, maar die ruimte is door het Hof van Justitie restrictief geïnterpreteerd: de alternatieve formulering moet door de gemiddelde consument 'noodzakelijkerwijs en consistent in verband [worden] gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting'. In de lagere rechtspraak zijn talloze alternatieve formuleringen aan de orde gekomen. In de meeste gevallen worden die formuleringen als onvoldoende ondubbelzinnig aangemerkt. Zo zijn de formuleringen 'aanvragen' of 'aanvraag versturen' als onvoldoende aangemerkt door onder meer Rb. Amsterdam 23 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5265, *NJF* 2021/485; Rb. Noord-Holland 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7537; Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2470; Rb. Rotterdam 29 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6346. Ook de formuleringen 'bevestig je aanvraag' of bevestig bestelling' zijn als onvoldoende aangemerkt (zie onder meer Rb. Overijssel 19 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2471 en Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2093). Hetzelfde geldt voor 'bestel nu' (Rb. Amsterdam 21 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1095, *NJF* 2022/160); 'bestelling afronden' (Rb. Noord-Holland 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9910), en 'bevestig en borg betalen' (Rb. Noord-Holland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4676). Bij al deze uitspraken komt naar voren dat het voor de gemiddelde consument mogelijk wel duidelijk is dat hij met het klikken op de knop een *bestelling* plaatst, maar niet dat hij daarmee ook een *betalingsverplichting* aangaat. Dat geldt al helemaal voor de formulering van de bestelknop in de procedure die heeft geleid tot de prejudiciele beslissing in *Capabel*: de Rb. Rotterdam (vonnis van 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4049, *NJF* 2023/385) stelde terecht vast dat de woorden 'schrijf je nu in' niet voldoen aan de eisen van art. 6:230v lid 3 BW.

9. Meer onzekerheid bestond over de woorden 'bestelling plaatsen', zoals die door Bol.com werd gebruikt, en vergelijkbare formuleringen als 'plaats [je] bestelling'. Deze formuleringen worden door de meeste rechtbanken als onvoldoende ondubbelzinnig gezien (zie onder meer Rb. Amsterdam 19 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4810; Rb. Gelderland 22 juni 2022 ECLI:NL:RBGEL:2022:3278; Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5023; Rb. Rotterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6318; Rb. Overijssel 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2468). Een dissonant geluid komt in dit verband echter van de Rb. Noord-Nederland 13 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3318, die met een beroep op de omschrijving van het woord 'bestellen' in onder meer het Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal oordeelt dat de term 'bestelling plaatsen' wel degelijk voldoende duidelijk is. In een andere uitspraak van dezelfde rechtbank (Rb. Noord-Nederland 13

september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3328) wordt in dit verband opgemerkt dat een andere uitleg ook moeilijk te rijmen zou zijn "met de feitelijke gedragingen van de consument, die immers een product uitzoekt, waarbij de prijs genoemd is, dit product in een (virtuele) winkelmand legt, daarmee naar de (virtuele) kassa gaat door op de knop 'Naar betalen' te klikken, daarna betaalgegevens invult en tenslotte op de knop 'Bestelling plaatsen' klikt. In het licht van deze feitelijke handelingen kan de aan de bestelling verbonden betalingsverplichting bezwaarlijk als een verrassing worden beschouwd waarop de consument niet bedacht hoefde te zijn".

10. In zijn antwoord op de eerste prejudiciële vraag in *Bol.com* is de Hoge Raad, in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie terecht, strenger dan de Rechtbank Noord-Nederland: de Hoge Raad oordeelt dat de tekst 'bestellen', 'bestelling plaatsen' en 'bestelling afronden' niet noodzakelijkerwijs en consistent in verband worden gebracht met het ontstaan van een betalingsverplichting. Hij voegt daaraan toe dat de tekst van de wet en de richtlijn uitdrukkelijk onderscheid maken tussen enerzijds 'bestellen' of 'een bestelling plaatsen' en anderzijds een 'betalingsverplichting aangaan'. Anders dan Tjong Tjin Tai in zijn annotatie bij *Fuhrmann-2* (onder 2.4) ben ik het met de strengere opvatting van Hof en Hoge Raad eens. Consumenten zijn er in de praktijk mee bekend dat soms *nadat* op een knop met de uitdrukking 'bestellen' nog een volgend scherm komt waarop de definitieve prijs wordt getoond, waarop de consument kan aangeven hoe hij wil betalen, en waar hij zijn persoonlijke gegevens moet invullen. Juist omdat die definitieve prijs soms nog afwijkt van de eerder getoonde gegevens en zij dat willen controleren voordat zij tot de daadwerkelijke bestelling willen overgaan, kan een consument met reden denken dat de bestelling nog niet definitief is wanneer hij klikt op de knop met de tekst 'bestellen'. Het is wat mij betreft overigens de vraag of de gemiddelde consument bij de woorden 'bestelling met betalingsverplichting' wél denkt dat de bestelling daarmee definitief is. Een knop met de tekst 'Nu bestellen en betalen' lijkt mij in dat opzicht eigenlijk duidelijker dan de formulering die de Europese wetgever heeft gekozen. Wat daarvan zij: over de formulering 'bestelling met betalingsverplichting' heeft de wetgever zich (wel) expliciet uitgesproken, en daar is de rechter uiteraard aan gebonden.

11. De tweede en derde prejudiciële vraag in de *Bol.com*-beslissing hebben betrekking op de vraag wat de rechter ambtshalve moet of mag doen als hij heeft vastgesteld dat de bestelknop *niet* aan art. 6:230v lid 3 BW voldoet en de overeenkomst, naar de woorden van de slotzin van het artikellid, vernietigbaar is. De Hoge Raad overweegt dat de Richtlijn consumentenrechten, blijkens overweging (4) in de preambule, beoogt een juist evenwicht tot stand te brengen tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven, en dat het Hof van Justitie er in diverse arresten op heeft gewezen dat dit evenwicht ook bij de handhaving van de informatieplichten van de Richtlijn consumentenrechten moet worden gewaarborgd. Daar komt nog bij dat op grond van art. 24 lid 1 van de richtlijn de sancties die bij schending van de informatieplichten gelden, niet alleen doeltreffend en afschrikkend moeten zijn, maar ook evenredig. Het effectiviteitsbeginsel brengt mee dat de rechter de vernietigingsgrond van art. 6:230v lid 3 BW ambtshalve moet toepassen, ongeacht of de procedure op tegenspraak of bij verstek wordt gevoerd (*Bol.com*, ro. 4.8.2-4.8.4). In *Arvato I* heeft de Hoge Raad in dit verband al vastgesteld dat de rechter de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan vernietigen. Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst kan dan bestaan, zo herhaalt de Raad in ro. 4.8.5 van deze prejudiciële beslissing, in een vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument. Een gedeeltelijke vernietiging die erin bestaat dat de handelaar gehouden blijft zijn prestaties te leveren, maar waarbij de consument geheel bevrijd wordt van de op hem rustende verbintenissen, zou echter het evenredigheidsbeginsel schenden (*Bol.com*, ro. 4.8.7).

12. De Hoge Raad werkt zijn antwoord nader uit in het licht van het beginsel van hoor en wederhoor. In *Asbeek Brusse* (HvJ EU 30 mei 2013, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok, punt 52) had het Hof van Justitie al duidelijk gemaakt dat wanneer de rechter overweegt een overeenkomst — of, zoals in die zaak: een oneerlijk beding — ambtshalve geheel of gedeeltelijk te vernietigen, het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat de verschenen partij(en) in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich uit te laten over dit voornemen. Daarbij dient de rechter partijen ook te informeren over de gevolgen van de eventuele algehele of gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst. In mijn boek *Algemene voorwaarden* (Den Haag: Boom, 4e druk 2024, nr. 200) heb ik opgemerkt dat de rechter behoudens aanwijzingen voor het tegendeel ervan kan uitgaan dat de consument vernietiging van een oneerlijk beding wenst, omdat een dergelijke vernietiging gewoonlijk alleen maar voordelen en geen nadelen voor de consument oplevert, en dat de consument daarom in verstekzaken in de regel niet alsnog zal moeten worden gehoord. Bij de algehele nietigheid van de *overeenkomst* is dat anders, omdat die met zich zou brengen dat de consument, zonder dat hij zich daarvan bewust hoeft te zijn, de al geleverde prestatie moet terugleveren of in plaats daarvan mogelijk een schade- of waardevergoeding moet betalen. Dat de consument die consequentie zou willen aanvaarden, is niet evident. Omdat de consument niet in rechte is verschenen, kan hem ook niet worden gevraagd of hij in dit geval wél instemt met algehele nietigheid van de overeenkomst.

13. De Hoge Raad leidt hieruit af (*Bol.com,* ro. 4.8.6; *Capabel*, ro. 4.7.2) dat wanneer de consument verstek heeft laten gaan, de rechter de overeenkomst niet algeheel, maar gedeeltelijk moet vernietigen

door de (betalings-)verplichtingen van de consument te verminderen. Anders dan bij algehele nietigheid van de overeenkomst wordt de consument door een vermindering van zijn (betalings-)verplichtingen in de regel alleen maar gebaat. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat de consument zich zou willen verzetten tegen de gedeeltelijke vernietiging. Dat geldt te meer omdat, zoals de Hoge Raad in dit verband (*Bol.com,* ro. 4.8.8) uitdrukkelijk overweegt, de consument de bevoegdheid behoudt om desgewenst *alsnog* voor algehele vernietiging te kiezen. Die bevoegdheid verliest de consument overigens indien de handelaar hem heeft gewezen op de mogelijkheid van algehele vernietiging van de overeenkomst, hij de consument een redelijke termijn heeft gesteld om daarvoor te kiezen in plaats van voor de door de rechter uitgesproken gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst, en de consument die termijn heeft laten verlopen zonder de keuze voor algehele nietigheid te maken (art. 3:55 lid 2 BW). Met de keuzemogelijkheid wordt materieel bereikt wat de Europese wetgever met art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten heeft beoogd: de consument is na vernietiging immers alsnog niet gebonden aan de overeenkomst. Tegelijkertijd wordt de consument hierdoor niet buiten zijn weten of tegen zijn wil beroofd van de geldigheid van de overeenkomst met de daaruit voor hem voortvloeiende rechten voor het geval hij wél gebonden wil zijn aan de overeenkomst. De gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst leidt volgens de Hoge Raad tot toepassing van een korting op de betalingsverplichting. Door hierbij gebruik te maken van vaste percentages kunnen de regels in de praktijk ook eenvoudig worden gehanteerd (*Bol.com,* ro. 4.8.10). De Hoge Raad verwijst hiermee impliciet naar de Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten, die als niet-bindende regeling is opgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (LOVCK). De sinds 6 februari 2025 geldende versie is te vinden op https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/richtlijn-sanctiemodel-informatieplichten.pdf. In HR 10 juni 2022, *NJ* 2022/220 heeft de Hoge Raad al duidelijk gemaakt dat deze richtlijn kan bijdragen aan de praktische hanteerbaarheid, aan gelijke behandeling en aan rechtszekerheid, en daarmee in veel gevallen tot een goede uitkomst zal leiden. De huidige versie van het Sanctiemodel brengt mee dat een onjuiste formulering van de bestelknop in beginsel zal leiden tot een korting op de prijs van 33,33%, welk percentage kan oplopen tot 40 of zelfs 60% als de handelaar ook essentiële informatieplichten heeft geschonden. Omdat de overeenkomst slechts *gedeeltelijk* wordt vernietigd, ontstaan er in dit geval ook geen verbintenissen tot terugvordering of ongedaan making op de voet van de art. 6:203 en 6:210 BW; de eventuele verrijking van de consument is volgens de Hoge Raad in een dergelijk geval gerechtvaardigd als sanctie op het gebruik van een onjuiste bestelknop door de handelaar, zodat een vordering op grond van art. 6:212 BW evenmin tot de mogelijkheden behoort (*Capabel*, ro. 4.7.3).

14. Wanneer de consument, zoals in *Capabel*, wel in de procedure is verschenen, loopt het anders. In dat geval kan de rechter de consument immers informeren over de schending van het vormvereiste en de gevolgen die voor de consument voortvloeien uit de geldigheid dan wel de algehele nietigheid van de overeenkomst. De consument kan dan dus een geïnformeerde beslissing nemen over de vraag of hij wel of niet gebonden wil zijn aan de overeenkomst. Wanneer de consument er dan voor kiest om zich te verzetten tegen de nietigheid van de overeenkomst, is de rechter aan die keuze gebonden (*Bol.com,* ro. 4.8.6; *Capabel,* ro. 4.7.2). Hier sluit de Hoge Raad expliciet aan bij het *Pannon*-arrest (HvJ EU 4 juni 2009, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok, punt 35). Dat is ook in lijn met het (op dit punt) niet door de Hoge Raad aangehaalde *Conny*-arrest (HvJ EU 30 mei 2024, ECLI:EU:C:2024:436, punt 55). In dat arrest stelt het Hof van Justitie dat de schending van het vormvereiste en de daaruit voortvloeiende niet-gebondenheid van de consument aan de gesloten overeenkomst er niet aan in de weg staat dat de consument, nadat hij in een later stadium informatie over de betalingsverplichting heeft verkregen, besluit de gevolgen van die overeenkomst te handhaven. Dat lijkt ook logisch: deze consument geeft immers uitdrukkelijk aan dat hij wél wil dat de overeenkomst wordt uitgevoerd. Daarmee wordt de inbreuk op de contractsvrijheid beperkt tot gevallen waar die voor bedoeld is. Tegelijkertijd wringt het wel dat de consument in zo'n geval slechter af is wanneer hij de moeite heeft genomen om te verschijnen in de procedure dan wanneer hij verstek heeft laten gaan.

15. Wanneer de consument na door de rechter te zijn geïnformeerd over de gevolgen van de eventuele vernietiging van de overeenkomst, voor vernietiging kiest, gaat het om *algehele* vernietiging *(Bol.com,* ro. 4.8.9; *Capabel*, ro. 4.7.2 en 4.7.4). Dat is uiteraard in lijn met in art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten voorziene sanctie van niet-gebondenheid. De Hoge Raad stelt vast dat partijen dan over en weer recht hebben op ongedaanmaking van de verrichte prestaties overeenkomstig art. 6:203 BW (onverschuldigde betaling). Dat betekent allereerst dat de handelaar de volledige door de consument betaalde prijs zal moeten terugbetalen. Op zijn beurt zal, wanneer de door de handelaar geleverde prestatie betrekking had op de levering van een zaak, de consument die zaak moeten terug leveren. Uit art. 6:207 BW volgt dat de handelaar in dat geval zowel de door de consument betaalde kosten voor aflevering of verzending, als de kosten voor de terugzending zal moeten vergoeden (*Capabel*, ro. 4.7.8). De Hoge Raad merkt op dat wanneer die zaak 'als gevolg van de levering' inmiddels een deel van zijn waarde heeft verloren, de handelaar dat risico op grond van art. 6:204 lid 1 BW draagt (*Bol.com*, ro. 4.8.9; *Capabel*, ro. 4.7.8). In *Capabel* (ro. 4.7.8) voegde de Raad daaraan toe dat wanneer de consument de zaak niet meer kan terug leveren, hij tekortschiet in zijn verplichting tot teruggave, en hij daarvoor op grond van art. 6:74 lid 1 BW aansprakelijk is, tenzij

de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. De consument dient bij betwisting door de handelaar de overmacht te bewijzen. Art. 6:204 lid 1 BW biedt de consument echter verdergaande bescherming dan uit deze overwegingen van de Hoge Raad lijkt voort te vloeien: pas vanaf het moment dat de consument er redelijkerwijze rekening mee dient te houden dat hij de geleverde zaak zal moeten terug leveren, geldt voor hem de verplichting om als een zorgvuldig schuldenaar zorg te dragen voor de zaak. Dat moment zal — behoudens door de handelaar te leveren bewijs — in de regel pas het moment zijn dat de rechter de consument voorlicht over de mogelijkheid om de overeenkomst te vernietigen. Wanneer de zaak daarvoor beschadigd is geraakt of teniet is gegaan, wordt dit de consument niet toegerekend, zo volgt uit de slotwoorden van art. 6:204 lid 1 BW. Daaruit volgt dat een verplichting van de consument tot schadevergoeding op grond van art. 6:74 juncto 6:204 BW slechts zelden zal ontstaan.

16. Wanneer het gaat om een prestatie die naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt, zoals veelal bij de levering van diensten, behoeft de consument alleen de waarde te vergoeden die de prestatie daadwerkelijk voor hem heeft gehad, en slechts 'voor zover dit redelijk is' (art. 6:210 lid 2 BW). De Hoge Raad overweegt dat deze laatste eis meebrengt dat een korting op de waardevergoeding gepast is om ervoor te zorgen dat de sanctie op de schending van het vormvoorschrift doeltreffend en afschrikkend is. Bij de vaststelling van de hoogte van de waardevergoeding is ook van belang of de handelaar de consument gewezen heeft op de ontbindingsbevoegdheid tijdens de bedenktijd (art. 6:230o BW) en zo ja, dat de consument daarvan geen gebruik heeft gemaakt (*Bol.com*, ro. 4.8.9; *Capabel*, ro. 4.7.9).

17. In *Capabel* (ro. 4.7.7 en 4.7.10) bevestigt de Hoge Raad tot slot dat een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking mogelijk is, maar wederom alleen 'voor zover dit redelijk is' (*Capabel*, ro. 4.7.10). Hij legt in dit verband de woorden 'voor zover dit redelijk is' zo uit dat vermeden moet worden 'dat de overtreding door de handelaar van de informatieplicht van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten in feite zonder enige doeltreffende en afschrikkende sanctie blijft'. Daaruit kan zonder twijfel worden afgeleid dat ook in de context van art. 6:212 BW een korting op de schadevergoeding zal moeten worden toegekend, en dat de waardedaling van de geleverde zaak die het enkele gevolg is van het feit dat de zaak tweedehands is geworden, voor risico van de handelaar blijft. Het lijkt er dan ook op dat het voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding niet uitmaakt of de vordering gebaseerd wordt op art. 6:74 jo. 6:204 BW, art. 6:210 lid 2 BW of art. 6:212 BW.

18. De Hoge Raad concludeert in een tussenzin dan ook terecht dat de handelaar ook bij algehele nietigheid van de overeenkomst hiervan 'per saldo veelal nadeel [zal] ondervinden' (*Bol.com*, ro. 4.8.9; *Capabel*, ro. 4.7.8). Al met al vindt bij vernietiging, net als bij gedeeltelijke vernietiging, dus een aanpassing van het contractuele evenwicht plaats ten gunste van de consument, zo overweegt hij in *Bol.com* (ro. 4.8.9). Dat maakt het mijns inziens des te opvallender dat er *geen enkele* aanpassing plaatsvindt als de consument in plaats van vernietiging ervoor kiest om gebonden te blijven aan de overeenkomst. Dat maakt dat wanneer de consument voor aanvang van de procedure contact heeft opgenomen met een advocaat of rechtsbijstandsverzekeraar, die de consument goed zal moeten informeren over de verschillende opties, in het bijzonder wanneer de consument de geleverde prestatie wenst te behouden: door niet te verschijnen in een door de handelaar aangespannen procedure tot betaling van de prijs krijgt hij recht op een vermindering van zijn (betalings-)verplichtingen, welk recht hij verliest door wel in de procedure te verschijnen. Een rechtshulpverzekeraar die dit niet helder uiteenzet aan zijn cliënt, loopt het risico een beroepsfout te maken.

M.B.M. Loos