



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten

Handvatten voor de ambtshalve toetsingspraktijk aan de Richtlijn consumentenrechten

Loos, M.; Pavillon, C.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M., & Pavillon, C. (2020). Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten: Handvatten voor de ambtshalve toetsingspraktijk aan de Richtlijn consumentenrechten. *Nederlands Juristenblad*, 95(29), 2124-2135. Article 1888. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D400AB&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten

Handvatten voor de ambtshalve toetsingspraktijk aan de Richtlijn consumentenrechten

Marco Loos & Charlotte Pavillon¹

De rechter is gelet op artikel 24 Richtlijn consumentenrechten gehouden in individuele gevallen ambtshalve te toetsen of aan de informatieverplichtingen uit afdeling 6.5.2b BW is voldaan, ook wanneer de richtlijn geen expliciete sanctie aanreikt. Ten aanzien van de meeste informatieverplichtingen is dan ook onduidelijk wat de gevolgen zijn als geconstateerd wordt dat de handelaar deze niet correct is nagekomen. De sanctie op de schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten dient 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' te zijn en de civiele rechter kan kiezen tussen een scala aan procesrechtelijke en materieelrechtelijke sancties. Deze worden in dit artikel in kaart gebracht en de meest voor de hand liggende optie(s) worden besproken. Voorkomen moet worden dat de bescherming van de ene partij (de consument) ontaardt in een onevenredige last voor de andere partij (de handelaar).

1. Inleiding

Op grond van Europees recht geldt in veel consumenten-zaken een verplichting voor de rechter tot toetsing aan het Europese (consumenten)recht. Ten aanzien van de informatieverplichtingen en ontbindingsbevoegdheid uit de Richtlijn consumentenrechten² bestaat nog geen duidelijkheid over de vraag of een dergelijke toetsingsverplichting bestaat en hoever die zou gaan. Ten aanzien van de meeste informatieverplichtingen is voorts volstrekt onduidelijk wat de gevolgen zijn als geconstateerd wordt dat de handelaar deze niet correct is nagekomen. Moet dit leiden tot vernietiging of ontbinding van de overeenkomst (en zo ja: met welke gevolgen), tot aanpassing daarvan, of tot schadevergoeding (en zo ja: welke schade is er dan geleden)? En moet de rechter deze sancties ook ambtshalve toepassen?

Deze vragen zijn in meerderlei opzicht belangrijk. Materiële rechten zijn weinig waard indien zij niet gehandhaafd (kunnen) worden. Uiteraard behoort het tot de taken van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) om op te treden tegen grootschalige inbreuken op het

consumentenrecht – en daarvan is zonder meer sprake indien *repeat players*, zoals de grotere webshops, op stelsmatige wijze niet aan hun informatieplichten zouden voldoen. Echter, de capaciteit van de ACM is beperkt, en zij zal dan ook prioriteiten moeten stellen. Bovendien treedt de ACM niet op in individuele gevallen. Bescherming moet dan worden geboden door de rechter. Welke sancties die moet verbinden aan de eventuele schending van de informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten is, zoals gezegd, echter onderwerp van discussie.

Wel duidelijk is dat, bij het opleggen van een sanctie, de gerechtvaardigde belangen van de handelaren niet uit het oog mogen worden verloren. Deze vragen komen veelal op in het kader van een verstekprocedure, waarin de consument het gekochte product wel geleverd heeft gekregen, maar hiervoor niet heeft betaald. Dat de consument aldus wanprestatie heeft gepleegd, staat meestal wel vast. Het stellen van zware eisen aan de bewijslast van de handelaar,³ en het sanctioneren van het niet-voldoen daaraan door middel van vernietiging of ontbinding van de overeenkomst, brengt dan mee dat de wanprestatie van

Hoe zouden de in de eerste alinea gestelde vragen kunnen, en volgens ons moeten, worden beantwoord zolang Hof van Justitie en Hoge Raad ons nog geen duidelijkheid hebben verschaft?

de consument gesauveerd wordt door de mogelijke of vermoedelijke (eerdere) wanprestatie van de handelaar. Voorkomen moet echter worden dat de bescherming van de ene partij (de consument) ontaardt in een onevenredige last voor de andere partij (de handelaar).

Daarnaast moet ook de belasting van het gerechtelijke apparaat in ogenschouw worden genomen. De verplichting tot ambtshalve toetsing heeft geleid tot een aanzienlijke verhoging van de werkdruk van (kanton) rechters en ondersteuning.⁴ De verstekpraktijk laat zien dat dagvaardingen nauwelijks onderbouwde stellingen bevatten en dat producties veelal ontbreken. Dat maakt dat voordat kan worden overgegaan tot ambtshalve toetsing, veelal alsnog stukken moeten worden opgevraagd of dat een tussenvonnis moet worden gewezen, waarin bij wijze van voorlopig oordeel wordt gesteld dat uit de dagvaarding onvoldoende blijkt of aan de informatieverplichtingen van artikel 6:230m BW is voldaan, en waarin de handelaar in de gelegenheid wordt gesteld om alsnog aan te tonen dat de informatieverplichtingen (tijdig en volledig) zijn nagekomen. Hierdoor worden deze zaken – zeker in verhouding tot de geldelijke waarde van de vorderingen – relatief kostbaar en tijdrovend, wat weer op gespannen voet staat met de roep om efficiëntie, snelheid en het vermijden van tussenuitspraken.⁵ In dit kader ontwierp het LOVCK&T⁶ vorig jaar een 'Informatieformulier voor zaken waarin de gedaagde een natuurlijke persoon is'.⁷ De bedoeling van dit formulier is om professionele partijen steun te bieden bij het aanleveren van voldoende informatie om een rechtbank in consumentenzaken in de gelegenheid te stellen de vordering zo nodig ambtshalve te beoordelen. Uit dit formulier blijkt dat van de

eisende partij wordt verwacht dat zij de nodige informatie aanlevert over de naleving van een lange lijst informatieverplichtingen.

Er bestaat echter onenigheid tussen rechtbanken over de vraag of al deze informatie over het verstrekken van informatie wel nodig is in het kader van de ambtshalve toetsing. Met andere woorden: waar het formulier bedoeld is om te leiden tot een verlaging van de werkdruk voor de gerechten, kan zij in de praktijk ook leiden tot een verzwaring van die werkdruk. Sommige rechtbanken hebben het formulier juist aangegrepen om korte metten te maken met de tijdrovende, onvoldoende onderbouwde vorderingen: worden de vragen in het formulier niet afdoende beantwoord – wanneer de eisende partij bijvoorbeeld volstaat met de vraag met 'ja' te beantwoorden,⁸ of dat de informatie in de algemene voorwaarden is opgenomen,⁹ dan wordt de vordering op grond van artikel 21 jo. 111 Rv afgewezen.¹⁰ De vraag rijst hoe deze aanpak zich verhoudt tot de Richtlijn consumentenrechten. In dit artikel willen wij graag richting geven aan de rechtspraak. Hoe zouden de in de eerste alinea gestelde vragen kunnen, en volgens ons moeten, worden beantwoord zolang Hof van Justitie en Hoge Raad ons nog geen duidelijkheid hebben verschaft?

2. Europeesrechtelijk kader

2.1. Ambtshalve toetsing aan het Europees recht

Hoewel het leeuwendeel van de Europese rechtspraak inzake de ambtshalve toetsing de Richtlijn oneerlijke bedingen betreft,¹¹ krijgt ook de toetsing aan andere richtlijnen zoals de (inmiddels vervangen) Colportage-richtlijn,¹² de vorige¹³

Auteurs

1. Prof. mr. M.B.M. Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. C.M.D.S. Pavillon is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

2. Richtlijn 2011/83/EU, *PbEU* 2011, L 304/64.
3. Het gaat vaak om grote webwinkels die op grote schaal overeenkomsten met consumenten sluiten en voor wie het niet eenvoudig is om in *individuele* gevallen aan te tonen dat alle informatieverplichtingen zijn nagekomen. Vaak kan wel de 'klantreis' – van het bekijken van te koop aangeboden producten tot het plaatsen van een bestel-

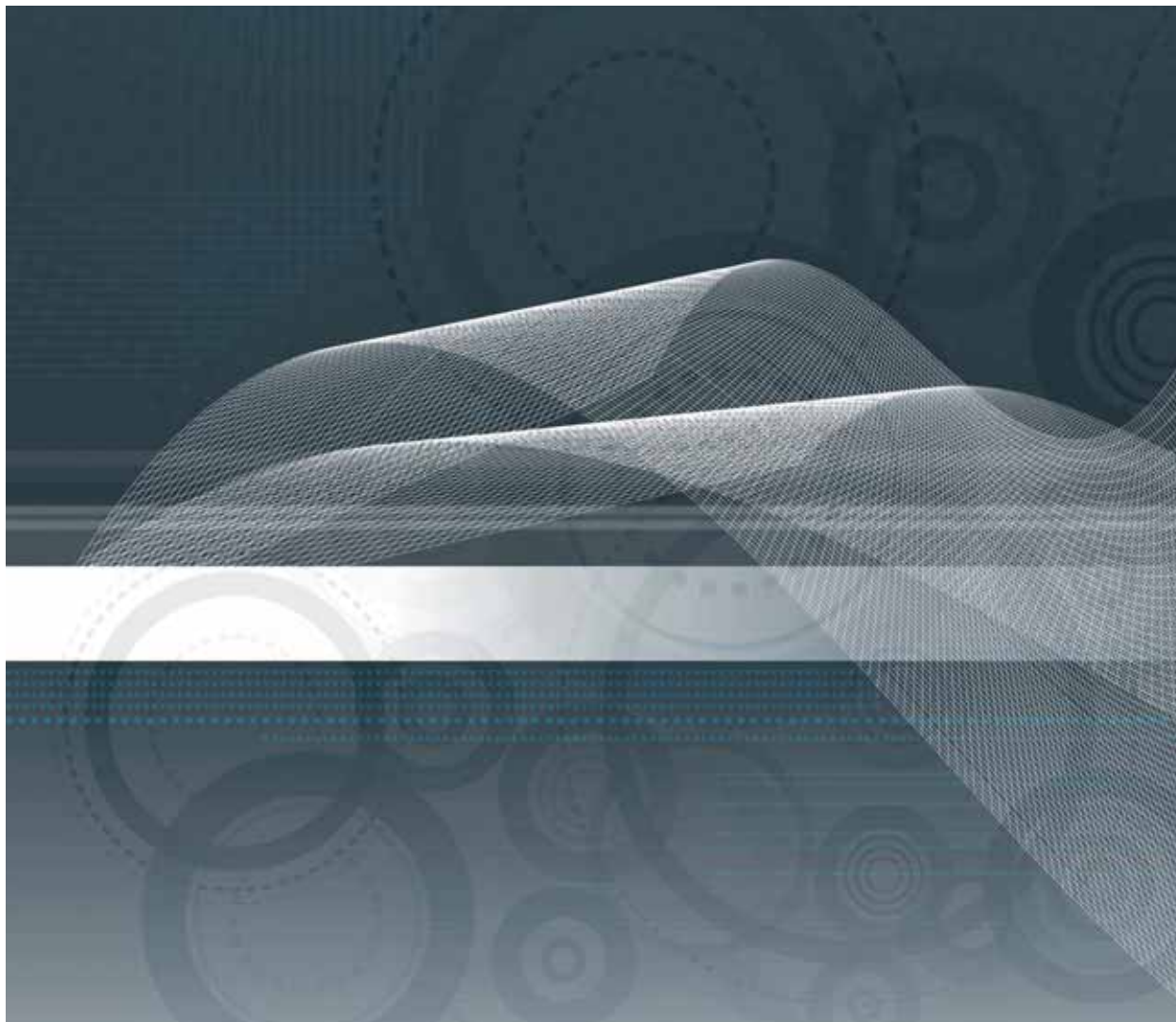
ling, het moeten aanvinken van de toepassing van algemene voorwaarden, en vaak ook het betalen van de bestelling – worden getoond. Daarmee kan aannemelijk worden gemaakt dat een klant alleen op die manier een bestelling heeft kunnen doen, maar het is vaak onmogelijk aan te tonen dat *deze* consument *deze* klantreis ook inderdaad heeft gemaakt. Dat zou leiden tot het op grote schaal moeten bewaren van individuele gegevens, die vrijwel alle te zien zijn als persoonsgegevens in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming, en dus moeten worden bewaard en beschikbaar moeten worden gemaakt overeenkomstig de regels van die verordening. Dat maakt dat als op het individuele niveau moet kunnen worden aangetoond dat aan de informatieverplichtingen is voldaan, deze een (onevenredig?) zware last

voor handelaren vormt.

4. Zie ook De redactieraad ambtshalve toetsing, *Ambtshalve toetsing III. Herziening van de LOVCK&T redactieraad*, mei 2018, p. 40. Dit rapport wordt hierna aangehaald als: *Ambtshalve toetsing III*.
5. Zie *Ambtshalve toetsing III*, p. 41.
6. Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht, een informeel landelijk overlegorgaan voor rechters uit de sectoren civiel recht en kanton.
7. Het formulier kan worden geraadpleegd via: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/landelijk-informatieformulier-ambtshalve-toetsen-consumentenzaken.pdf.
8. Zie bijv. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, 11 februari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:908 (*Due Amici v.o.f./X*).
9. Zie bijv. Rb. Amsterdam 7 februari 2020,

ECLI:NL:RBAMS:2020:1113 (*Direct Pay Services B.V./X*).

10. J.J.A. Braspenning, 'Gebrekkig informeren en slordig procederen: de informatieplicht uit art. 6:230m BW anno 2020', *TvC* 2020/2, p. 103.
11. Richtlijn 1993/13/EEG, *PbEG* 1993, L 95/29. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakkers/Voets*); in deze zin ook HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*Ecebek/Stichting Trudo*).
12. Richtlijn 85/577/EEG, *PbEG* 1985, L 372/31, zie HvJ EU 17 december 2009, C-227/08, ECLI:EU:C:2009:792, *NJ* 2010/225 (*Martin Martin*).
13. Richtlijn 87/102/EEG, *PbEG* 1987, L 42/48, zie HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, *NJ* 2008, 37 (*Rampion*).



en de huidige Richtlijn consumentenkrediet¹⁴ en de huidige Richtlijn consumentenkoop regelmatig aandacht.¹⁵ In *Radlinger/Finway*¹⁶ suggereert het Hof dat in beginsel voor het *gehele* Europese consumentenrecht een *verplichting* tot ambtshalve toetsing geldt:

'66 Bijgevolg zou een effectieve consumentenbescherming niet kunnen worden bereikt indien de nationale rechter niet verplicht was ambtshalve te beoordelen of is voldaan aan de eisen die voortvloeien uit de Unierechtelijke normen inzake consumentenbescherming (...).'

Het Hof besliste in 2018 echter dat ambtshalve toetsing aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹⁷ niet verplicht is omdat deze richtlijn niet voorziet in door de *individuele* consument in te roepen remedies.¹⁸ Het uitgangspunt lijkt dus te zijn dat ambtshalve toetsing aan een

Europese consumentenrechtelijke richtlijn geboden is wanneer de richtlijn voorziet in individuele remedies, maar niet wanneer de keuze voor dergelijke remedies volledig aan de lidstaten zelf is overgelaten. Overigens kan worden betoogd dat indien een lidstaat voor een privaatrechtelijke sanctie kiest, de nationale rechter deze in een individueel geval ambtshalve kan of zelfs behoort toe te passen.¹⁹

2.2. Ambtshalve toetsing aan de Richtlijn consumentenrechten?

Of bovengenoemd uitgangspunt opgaat, is bijzonder relevant voor de Richtlijn consumentenrechten: op de schending van een aantal informatieplichten voor op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten bevat de richtlijn, en dus ook het BW, een *uitdrukkelijke* door de individuele consument in te roepen sanctie; op de schending van de meeste informatieplichten is de keuze voor

Het uitgangspunt lijkt te zijn dat ambtshalve toetsing aan een Europese consumentenrechtelijke richtlijn geboden is wanneer de richtlijn voorziet in individuele remedies

individuele remedies evenwel overgelaten aan het nationale recht. Wanneer de richtlijn (en daarmee de Nederlandse wet) een expliciete sanctie bevat,²⁰ ligt – als de vordering daar aanleiding toe geeft – ambtshalve toepassing van deze sancties voor de hand.

Voor andere in de richtlijn opgenomen informatieplichten bevat de richtlijn geen expliciete sanctie. Zo wordt niet duidelijk wat het gevolg zou moeten zijn van het feit dat de handelaar nalaat de consument te informeren over de voornaamste kenmerken van de zaken of diensten (artikel 6:230m lid 1 onder a BW), haar identiteit, adres en contactgegevens (onder b-d), de wijze van betaling en de termijn voor levering (onder g) of de herinnering dat de consument (ook) wettelijke rechten heeft die gebaseerd zijn op non-conformiteit (sub l). Voor overeenkomsten die *binnen* een verkoopprijs zijn gesloten (dat kan een winkel zijn, maar ook een marktkraam op straat) geldt zelfs dat, hoewel volgens artikel 6:230l BW nagenoeg dezelfde informatieplichten gelden, de richtlijn helemaal geen expliciete sancties bevat. Geldt ook dan een verplichting tot ambtshalve toetsing? Of geldt die verplichting juist niet, omdat de sancties aan de lidstaten zijn overgelaten?

De Nederlandse wetgever heeft ten tijde van de omzetting van de richtlijn aangegeven dat de consument zich – bij gebrek aan een expliciete sanctie in de richtlijn – kan bedienen van civielrechtelijke remedies als een beroep op nakoming (artikel 3:296 BW), op schadevergoeding (artikel 6:74 BW), of op vernietiging van de overeenkomst (artikel 3:40 lid 2 BW of artikel 6:228 BW).²¹ Daarnaast is in artikel 6:193j lid 3 BW bepaald dat een overeenkomst die na 13 juni 2014 onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, vernietigbaar is. Via artikel 6:193d lid 2 jo. 6:193f onder b BW leidt schending van informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenrechten dan ook indirect tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Naar wij menen vormt de schending van andere, niet in artikel 6:193f onder b BW

opgesomde, essentiële informatieverplichtingen uit die richtlijn evenzeer een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d BW.²² Gezien het feit dat artikel 24 van de Richtlijn consumentenrechten bepaalt dat de sancties op schending van de richtlijn 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' dienen te zijn, lijkt de ambtshalve toepassing van de vernietigingssanctie ex artikel 6:193j lid 3 BW geboden in een individueel geval.²³ Mogelijk geldt dit ook voor de in de parlementaire geschiedenis genoemde sancties en voor de vernietiging ex artikel 3:40 lid 2 BW in het bijzonder, die door de wetgever als 'meest passende sanctie' werd bestempeld.²⁴

De rechtspraak van het Hof van Justitie helpt ons hier niet verder, aangezien tot dusver slechts twee arresten betrekking hebben op de informatieplichten in deze richtlijn.²⁵ Beide arresten betreffen echter een collectieve actieprocedure, zodat de vraag naar ambtshalve toetsing niet aan de orde was.

2.3. Essentiële informatie

Het is van belang dat het Hof duidelijkheid schept over de vraag of, en zo ja wanneer, ambtshalve toetsing aan de Richtlijn consumentenrechten verplicht is. Bij het bepalen van de reikwijdte van de rechterlijke ambtshalve toetsingsverplichting zou wel rekening gehouden moeten worden met het volgende. Terwijl het in het kader van de

Het is van belang dat het Hof duidelijkheid schept over de vraag of, en zo ja wanneer, ambtshalve toetsing aan de Richtlijn consumentenrechten verplicht is

14. Richtlijn 2008/48/EG, *ubEU* 2008, L 133/66, zie HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger/Finway*).

15. Richtlijn 1999/44/EG, *PbEG* 1999, L 171/12, zie HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637 (*Duarte Hueros*); HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber*).

16. HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger/Finway*), punt 66.

17. Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L 149/22.

18. HvJ EU 19 september 2018, C-109/17, ECLI:EU:C:2018:735 (*Bankia/Merino*). Na implementatie van de Moderniserings- of Omnibusrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/2161, *PbEU* 2019, L 328/7, geldt dat consumenten in ieder geval het recht op ontbinding, prijsvermindering of vernietiging van de overeenkomst, en het recht op schadever-

goeding dienen te hebben, zie art. 11bis van de gewijzigde Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

19. Noot C.M.D.S. Pavillon bij HvJ EU 19 september 2018, C-109/17, ECLI:EU:C:2018:735, TvC 2018/6, p. 316 (*Bankia/Merino*). Zie bevestigend bijv. A-G Kokott in haar conclusie van 19 november 2019 in gevoegde zaken C-616/18 en C-679/18, ECLI:EU:C:2019:975 (*Cofidis II*), punt 46. Deze zaak is intussen helaas ingetrokken.

20. Voorbeelden zijn art. 6:230n lid 3 BW (de consument is geen aanvullende bedragen verschuldigd indien de consument deze niet voor contractsluiting afzonderlijk heeft geaccepteerd) en art. 6:230v lid 3 BW (indien de consument niet voordat een langs elektronisch weg gesloten overeenkomst tot stand komt, er op niet voor misverstand vatbare wijze op is gewezen dat de bestelling een betalingsplicht met zich

brenkt, is de overeenkomst volgens art. 6:230v lid 3 BW vernietigbaar). Ook zijn er diverse sancties van toepassing wanneer de handelaar de consument niet informeert over de bedenktijd of over de termijn en de voorwaarden voor het inroepen van de ontbinding van de overeenkomst, of wanneer hij het modelformulier voor de ontbinding niet heeft meegezonden: de bedenktijd wordt verlengd met maximaal één jaar (art. 6:230o lid 2 BW), de consument behoeft de handelaar geen vergoeding te betalen voor de eventuele beschadiging of waardevermindering van de zaak tijdens de bedenktijd (art. 6:230s lid 3 BW), en de consument hoeft bovendien niet te betalen voor tijdens de bedenktijd geleverde diensten, energie, water of digitale inhoud indien, kort gezegd, zij niet uitdrukkelijk heeft ingestemd met nakoming van de overeenkomst tijdens de bedenktijd en afstand heeft gedaan van haar ontbindings-

bevoegdheid (art. 6:230s lid 5 BW).

21. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 10 en 11. Zie ook: L.B.A. Tigelaar, 'Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2015(7), p. 206-213.

22. Vereist wordt dat de gemiddelde consument door de ontbrekende informatie een besluit over de transactie neemt of kan nemen dat zij anders niet had genomen.

23. In deze zin al Pavillon in haar annotatie bij *Bankia/Merino*. Zie ook haar annotatie bij Rb. Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6552, TvC 2018/1, p. 52.

24. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 11.

25. HvJ EU 10 juli 2019, C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576 (*Amazon EU*) en HvJ EU 23 januari 2019, C-430/17, ECLI:EU:C:2019:47 (*Walbusch Walter Busch*), TvC 2019/4, m.nt. L.B.A. Tigelaar.

toetsing aan de Richtlijn oneerlijke bedingen vrijwel steeds gaat om de beoordeling van een beding waar de gebruiker in de procedure een beroep op doet, is dit veel minder het geval bij de toetsing aan informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten. Wanneer een handelaar op grond van haar algemene voorwaarden contractuele rente wil vorderen, zijn de daarop betrekking hebbende bepalingen uit de algemene voorwaarden naar hun aard onderdeel van de rechtsstrijd van partijen. Of precontractuele informatie over, bijvoorbeeld, het klachtafhandelsbeleid²⁶ nu wel of niet is verstrekt, zal zelden van belang zijn voor het antwoord op de vraag of de handelaar recht heeft op geld van de consument – *tenzij* de constatering dat deze informatie niet is verstrekt, leidt tot vernietiging van de overeenkomst. Dat is nogal een radicale sanctie, en al helemaal als de vernietiging wordt uitgesproken zonder dat de consument zich hierover heeft uitgelaten, zoals gewoonlijk aan de orde zal zijn in een verstekprocedure. Een dergelijke strenge uitleg van de (Europese) informatieplichten in combinatie met een ruime toepassing van de sanctie van vernietigbaarheid staat naar onze mening ook haaks op de terughoudendheid die de (Nederlandse) wetgever in het algemeen heeft betracht ten aanzien van nietigheid onder het eigen BW. En dat geldt te meer als bedacht wordt dat er serieuze twijfels bestaan over de effectiviteit van al die informatieplichten. Wie leest al die informatie nu eigenlijk echt?²⁷

Naar onze mening moet daarom onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende informatieverplichtingen. Welke kunnen worden gezien als cruciaal voor de besluitvorming van de consument, en welke zijn in dat kader niet van belang? De Nederlandse wetgever heeft in dit verband in artikel 6:193f onder b BW expliciet aangegeven dat de informatieverplichtingen in artikel 6:230m lid 1, onderdelen a-c, e-h, o en p, en artikel 230v leden 1-3, 5, de eerste zin van lid 6 en 7 BW 'essentiële informatie' bevatten die de gemiddelde consument *in ieder geval* nodig heeft om een geïnformeerde beslissing te kunnen nemen. Daarmee zegt de wetgever zelf dat deze informatieverplichtingen van belang zijn bij de besluitvorming van de gemiddelde consument. Het ligt dan ook voor de hand dat de naleving van deze verplichtingen ambtshalve wordt getoetst en gesanctioneerd. Daarbij tekenen wij aan dat onder deze bepalingen zich ook gevallen bevinden die naar onze mening helemaal niet zo noodzakelijk zijn voor die besluitvorming (het voorbeeld van het klachtafhandelsbeleid, genoemd in artikel 6:230m lid 1 onder g BW, is al eerder genoemd).

Wij zien evenwel een andere mogelijkheid, die naar onze mening beter aansluit bij de opvatting van de Euro-

pese wetgever en van het Hof van Justitie. Het antwoord op de vraag welke informatie volgens de richtlijngever 'echt' beslissend is, kan volgens ons worden gevonden in artikel 6:230v lid 5 BW dat in het arrest *Walbusch Walter Busch*²⁸ centraal stond.²⁹ Hierin overwoog het Hof dat wanneer het instrument voor communicatie op afstand slechts beperkt ruimte of tijd biedt voor het verstrekken van precontractuele informatie, in ieder geval de precontractuele informatie moet worden verleend over:

- de voornaamste kenmerken van de zaak of dienst (artikel 6:230m lid 1 onder a BW);
- de identiteit van de handelaar (onder b);
- de totale prijs (onder e);
- de bedenktijd (onder h, minus het modelformulier); en
- de duur van de overeenkomst en de voorwaarden voor opzegging van een overeenkomst voor onbepaalde tijd of van een stilzwijgend te verlengen overeenkomst (onder o).

Aan artikel 6:230v lid 5 BW ligt volgens het Hof ten grondslag dat deze informatie noodzakelijk is voor de besluitvorming van de consument. Aangezien dit nadrukkelijk niet geldt voor het modelformulier voor de ontbinding, behoeft dat formulier niet al op dat moment te worden verstrekt (wat overigens bij een telefonisch tot stand gekomen overeenkomst praktisch ook onmogelijk is).

Naar onze mening moet de lijst met ambtshalve te toetsen informatieplichten echter op twee punten worden aangevuld. Voor wat betreft de functionaliteit en de interoperabiliteit van digitale inhoud (artikel 6:230m lid 1 onder r en s BW) geldt dat deze eigenschappen behoren tot de voornaamste kenmerken van de digitale inhoud; daarmee vallen deze informatieplichten in feite al onder de informatieplicht van lid 1 onder a, zodat ook ambtshalve moet worden getoetst aan de onderdelen r en s. Daarnaast geldt dat de overeenkomstige informatieverplichtingen in artikel 6:230l BW, voor overeenkomsten die binnen een verkoopruimte (in een winkel of op een markt of beurs) zijn gesloten, volgens ons eveneens ambtshalve getoetst moeten worden. Het gaat dan om de bepalingen van artikel 6:230l onder a-c en f-h BW. Volgens ons is niet verdedigbaar dat de daar genoemde informatie wél essentieel is als de overeenkomst op afstand of buiten een verkoopruimte is gesloten, maar niet als de overeenkomst binnen een verkoopruimte is gesloten. Het is dan aan de handelaar om te bewijzen dat de informatie verstrekt is of, voor de toepassing van artikel 6:230l BW, 'reeds duidelijk uit de context' blijkt.

Wat betreft de overige informatieplichten geldt dat niet kunnen worden gezien als 'noodzakelijk voor de besluitvorming'. Ambtshalve toetsing of aan die informatieverplichtingen is voldaan, is in dat opzicht minder noodzakelijk, en ambtshalve vernietiging van de overeenkomst bij een geconstateerde schending van zo'n informatieplicht achten wij zelfs ongewenst. Wij stellen dan ook voor dat het 'Informatieformulier voor zaken waarin de gedaagde een natuurlijke persoon is' van het LOVCK&T wordt aangepast en alleen nog betrekking heeft op de hierboven als essentieel aangemerkte informatie en op de informatie waar de richtlijn zelf een sanctie heeft gesteld, zoals de informatie over de kosten voor terugzending van de zaak na ontbinding tijdens de bedenktijd.³⁰

Het antwoord op de vraag welke informatie volgens de richtlijngever 'echt' beslissend is, kan volgens ons worden gevonden in artikel 6:230v lid 5 BW

3. De ambtshalve toe te passen sancties

De sanctie op de schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten dient *'doeltreffend, evenredig en afschrikkend'* te zijn.³¹ De civiele rechter kan kiezen uit een scala aan procesrechtelijke en materieelrechtelijke sancties. Wij brengen deze in kaart en bespreken de meest voor de hand liggende optie(s).

3.1. Procesrechtelijke sancties

Sinds het formulier eind 2019 in gebruik is genomen, worden veel verstekzaken afgedaan op de schending van de stel- en substantiëringsplicht.³² Op grond van artikel 21 Rv dient de eisende partij de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren; op grond van artikel 111 lid 2 onder d Rv dient de dagvaarding de eis en de gronden daarvan te vermelden. De afwijzing berust op de zienswijze dat de eiser beide bepalingen schendt indien hij geen informatie verstrekt aan de rechtbank over de naleving van de in het formulier vermelde informatieverplichtingen.

Volgens ons is, gelet op de grenzen van de rechtsstrijd, het afwijzen van de vordering omdat de informatie over de naleving van artikel 6:230m BW niet overeenkomstig het formulier aan de rechtbank is overhandigd, pas aan de orde indien die naleving de *gegrondheid* en de *rechtmatigheid* van de vordering bepaalt.

De informatie over het voldoen aan de informatieplichten van artikel 6:230m BW behoort naar wij menen niet zonder meer tot de gronden als bedoeld in artikel 111 lid 2 onder d Rv. De naleving van een informatieplicht zal alleen dan de *gegrondheid* van een vordering bepalen indien van die naleving afhangt of de overeenkomst *geldig* is. Zo kan worden beargumenteerd dat geen sprake is van wilsovereenstemming tussen partijen indien de handelaar de consument niet heeft geïnformeerd over de voornaamste eigenschappen van de zaak of dienst. Wanneer de handelaar onvoldoende duidelijk maakt welke informatie daarover is verstrekt aan de consument en dus niet kan worden vastgesteld dat de handelaar heeft voldaan aan de informatieplicht van artikel 6:230l onder a of 230m lid 1 onder a BW, kan naar onze mening worden betoogd dat de vordering niet voldoende is onderbouwd, zodat de vordering in dat geval op de schending van de stel- en substantiëringsplicht kan worden afgedaan.

Een procesrechtelijke sanctie zou naar onze mening echter voorbehouden moeten zijn voor de situatie waarin de vordering niet of zeer summier wordt onderbouwd.³³

De naleving van een informatieplicht zal alleen dan de grondheid van een vordering bepalen indien van die naleving afhangt of de overeenkomst *geldig* is

Indien eiser de overeenkomst, de algemene voorwaarden en informatie over het bestelproces overhandigt, ligt een toetsing aan het materiële recht en de toepassing van een materieelrechtelijke sancties voor de hand.³⁴

3.2. Materieelrechtelijke sancties

In de parlementaire geschiedenis en in de literatuur zijn verschillende opties benoemd. Er is gerefereerd aan de wilsgebreken en aan het leerstuk van de schadevergoeding. In het kader van de ambtshalve toetsing is de toepassing van leerstukken waarbij op de consument een zware bewijslast rust, slecht hanteerbaar. Wij richten ons hierna derhalve op de nietigheid en vernietiging van de overeenkomst en op de herroeping ofwel ontbinding hiervan. Zowel de vernietiging als de ontbinding van de overeenkomst sluit aan bij de expliciet in afdeling 6.5.2B BW opgenomen sancties: artikel 6:230v lid 3 BW³⁵ respectievelijk artikel 6:230o lid 2 BW.

3.2.1. Niet-gebondenheid aan de overeenkomst

Gelet op de tekst in de aanhef van artikel 6:230m lid 1 BW rijst de vraag of de consument zonder de verplichte informatie wel aan de overeenkomst is gebonden. Bij een letterlijke uitleg van die aanhef zou in geval van schending van artikel 6:230l of 230m BW tot niet-bindendheid van de overeenkomst kunnen worden geconcludeerd, aangezien de informatie moet zijn verstrekt voordat de consument gebonden is aan de overeenkomst of een daartoe strekkend aanbod: zolang de informatie niet is verstrekt, zou dan geen overeenkomst *kunnen* zijn gesloten. De niet-bindendheid lijkt op het eerste gezicht ook voort te vloeien uit de sanctie neergelegd in artikel 6:230n BW: *'niet opgegeven bijkomende kosten (...) zijn niet verschuldigd'*. Dat deze lezing niet juist kan zijn, blijkt echter uit het feit dat (voor overeenkomsten die op afstand of buiten de

26. Art. 6:230l onder d en 230m lid 1 onder g (slot) BW.

27. Zie ten aanzien van algemene voorwaarden ook R.H.C. Jongeneel, 'Begrijpt u wat u niet leest?', *Tvc* 2019/2, p. 80.

28. HvJ EU 23 januari 2019, C-430/17, ECLI:EU:C:2019:47 (*Walbusch Walter Busch*), *Tvc* 2019/4 m.nt. L.B.A. Tigelaar.

29. Art. 6:230v lid 5 BW vormt de implementatie van het bepaalde in art. 8 lid 4 Richtlijn consumentenrechten.

30. Zie art. 6:230m onder i jo. 230n lid 1 BW.

31. Art. 24 richtlijn. Zie in dit kader ook Rb. Amsterdam 14 februari 2020,

ECLI:NL:RBAMS:2020:890; Rb. Amsterdam 6 september 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:6548.

32. Rb. Amsterdam 21 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7985; Rb. Amsterdam 28 oktober 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:7986; Rb. Amsterdam 29 oktober 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:7988; Rb. Amsterdam 5 november 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:8116; Rb. Amster-

dam 15 november 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:8516; Rb. Amsterdam 26 november 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:8797; Rb. Amsterdam 9 december 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:9049; Rb. Amsterdam 6 december 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:9050. Zie ook: GS Verbintenissenrecht, art. 6:230m BW, aant. 4.

33. Vgl. Rb. Overijssel 4 juni 2019,

ECLI:NL:RBOVE:2019:4959, waarin een procesrechtelijke sanctie op haar plaats was

geweest (in plaats van vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 3:40 lid 2 BW).

34. Vgl. Rb. Amsterdam 9 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9049; Rb. Amsterdam 6 december 2019,

ECLI:NL:RBAMS:2019:9050; Rb. Overijssel 4 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:441;

Rb. Amsterdam 3 februari 2020,

ECLI:NL:RBAMS:2020:448.

35. Rb. Amsterdam 18 juni 2018,

ECLI:NL:RBAMS:2018:4237.

verkoopruimte zijn gesloten) voor de schending van enkele informatieplichten specifieke sancties zijn gegeven waaruit blijkt dat de overeenkomst juist wél is gesloten. Zeker het feit dat de schending van de informatieplicht ten aanzien van de bedenktijd wordt gesanctioneerd met verlenging daarvan,³⁶ lijkt niet goed te verenigen met de gedachte dat de overeenkomst niet-bindend zou zijn indien deze informatie niet tijdig is verstrekt.

3.2.2. Vernietigbaarheid wegens schending van een vormvereiste (artikel 3:39 BW)

De nietigheid van de overeenkomst kan volgens artikel 3:39 BW ook voortvloeien uit de schending van een vormvereiste. Naar ons oordeel kunnen de materiële informatieverplichtingen van de artikelen 6:230l en 6:230m BW echter niet als een vormvereiste worden aangemerkt. Deze verplichtingen raken immers niet aan de *vorm* maar slechts aan de *inhoud* van de overeenkomst: artikel 6:230n lid 2 BW geeft immers aan dat de verstrekte informatie 'een integraal onderdeel' van de gesloten overeenkomst vormt, tenzij partijen uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen. En als deze precontractuele informatieverplichtingen wel als vormvereisten moeten worden aangemerkt, geldt dat dan ook voor de (eveneens van Europese herkomst zijnde) precontractuele informatieverplichtingen van de dienstverrichter op grond van artikel 6:230b BW en voor die van de reisorganisator op grond van artikel 7:502 BW?

Bij de schending van het schriftelijkheidsvereiste uit artikel 6:230v lid 6 BW ligt toepassing van artikel 3:39 BW wel voor de hand.³⁷ Dat is ook verdedigbaar bij de niet-naleving van de eis dat de handelaar bij overeenkomsten die buiten de verkoopruimte worden gesloten, zowel de in artikel 6:230m bedoelde informatie als een afschrift of bevestiging van de overeenkomst op papier of, met instemming van de consument, op een andere duurzame gegevensdrager aan de consument moet verstrekken (artikel 6:230t lid 1 en 2 BW).³⁸ Maar de eis dat de informatie in duidelijke en begrijpelijke taal moet zijn gesteld, welke eis zowel in artikel 6:230t als in 6:230v BW is opgenomen,

Het gaat bij het transparantievereiste dus (in ieder geval ook) om een materiële eis

en (soms in andere bewoordingen) ook in andere regelingen is opgenomen,³⁹ kan wat ons betreft niet als vormvereiste worden gekwalificeerd. Weliswaar heeft het in deze bepalingen neergelegde transparantievereiste een formeel aspect (informatie moet op een bepaalde manier worden verstrekt), maar de onderliggende reden voor het stellen van het transparantievereiste vormt het feit dat de handelaar de consument op zodanige wijze dient te informeren dat die op basis daarvan een geïnformeerde beslissing kan nemen of zij wel of niet wil contracteren. Het gaat bij het transparantievereiste dus (in ieder geval ook) om een

*materiële eis.*⁴⁰ Bovendien leidt een (te) ruime uitleg van het begrip vormvereiste tot een uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 3:39 BW, welke uitbreiding niet strookt met de ratio achter dat artikel, namelijk het bij wet voorschrijven van een concrete vorm voor de totstandkoming van een rechtshandeling.⁴¹

Indien het geschonden voorschrift uitsluitend het belang van een der partijen beoogt te beschermen, is vernietigbaarheid overigens de aangewezen sanctie.⁴² Dit is naar wij aannemen het geval bij de vormvereisten die zijn neergelegd in de artikelen 6:230t en 230v BW. Absolute nietigheid zou immers betekenen dat ook de handelaar zich in beginsel zou kunnen beroepen op de schending van het vormvereiste en daarmee op de nietigheid van de overeenkomst om onder de verplichting tot nakoming uit te komen.

3.2.3. Vernietiging van de overeenkomst (artikel 3:40 lid 2 en 6:193j lid 3 BW)

Indien de professionele partij niet aantoont aan de informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenrechten te hebben voldaan, gaan kantonrechters regelmatig over tot de vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.⁴³ Deze mogelijkheid is geopperd in de parlementaire geschiedenis⁴⁴ en ligt in zekere zin ook voor de hand. De bepalingen uit de richtlijn strekken tot bescherming van de consument en zijn van (semi-)dwingend recht (artikel 6:230i BW). De Hoge Raad koos er in de *Gratis Mobieltjes*-uitspraken voor de schending van de informatieplichten uit de Richtlijn consumentenkrediet af te straffen met de toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW.⁴⁵ Het voordeel van deze benadering is dat zij leidt tot een duidelijke regel en daarmee tot rechtszekerheid, zowel voor consumenten als voor handelaren.⁴⁶

Niettemin rijst de vraag of informatieverplichtingen neergelegd in de Richtlijn consumentenrechten wel de strekking hebben om de overeenkomst aan te tasten die in strijd hiermee tot stand kwam, zoals artikel 3:40 lid 3 BW vereist.⁴⁷ De richtlijn voorziet zelf immers niet in een dergelijke sanctie. Een tweede argument tegen de toepassing van de vernietigbaarheid ex artikel 3:40 lid 2 BW is gelegen in het ontbreken van het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de sluiting van de overeenkomst. Verschillende Europese landen stellen op de schending van informatieplichten bij kredietovereenkomsten de sanctie van het verval van het recht op rente.⁴⁸ Het HvJ EU acht een dergelijke sanctie echter alleen dan evenredig als de informatie de beslissing van de consument om het krediet aan te gaan ook écht heeft beïnvloed. Het is in beginsel aan de consument om aan te tonen dat dit zo is, zoals dat ook bij de vernietiging op grond van dwaling het geval is. Bij de keuze van de Hoge Raad voor artikel 3:40 lid 2 BW is hier destijds aan voorbijgegaan daar deze sanctie geen causaal verband tussen normschending en contractsluiting vergt. Een systematische vernietiging vanwege de schending van een informatieplicht⁴⁹ is problematisch vanuit het oogpunt van het evenredigheidsbeginsel. Er moet immers worden gekeken naar de aard van de geschonden informatieplicht (is de wilsvorming ook daadwerkelijk in het geding?) en de professionele partij moet de mogelijkheid hebben om een eventueel causaliteitsvermoeden te weer-

leggen, hetgeen bij toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW niet mogelijk is.

Hier kan tegenin worden gebracht dat de schending van de transparantie-eis uit de Richtlijn oneerlijke bedingen (artikel 6:238 lid 2 BW), waaronder ook de naleving van informatieverplichtingen kan worden geschaard, in toenemende mate wordt gekoppeld aan de vernietigings-sancie van artikel 6:233 aanhef en onder a BW.⁵⁰ Bovendien gaan de (ook op Europese regelgeving gebaseerde) artikelen 52b lid 4 Gaswet en artikel 95m lid 4 Elektriciteitswet uit van de vernietigbaarheid van niet-transparante voorwaarden. Vernietiging op grond van artikel 6:233 aanhef en onder b jo. 6:234 BW is voorts ook denkbaar, indien de voorwaarden waarin de informatie is opgenomen niet ter hand zijn gesteld.⁵¹ Geen van deze vernietigingsgronden vereist een causaal verband tussen de niet verstrekte informatie of de onduidelijkheid daarvan, en de totstandkoming van de overeenkomst of de opname van het onduidelijke of niet bekendgemaakte beding in de overeenkomst. Dat heeft echter, net als de toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW, het nadeel dat het nogal een paardenmiddel is: de hele overeenkomst (of het desbetreffende beding) gaat onderuit, ongeacht of het met het wettelijke voorschrift gediende belang (transparantie, geïnformeerde contractsluiting) in het concrete geval wel in geding was. Het ontbreken van de eis van causaal verband brengt mee dat ook hier de vraag kan worden gesteld of de vernietigingsgrond wel voldoet aan de eis van evenredigheid.

Naar Nederlands recht bestaat er sinds 2014 een vernietigings-sancie die beide kritiekpunten – evenredigheid en ontbrekende causaliteit – ondervangt. Artikel 6:193j lid 3 BW is juist in het leven geroepen om de individuele consument de mogelijkheid te bieden om een onder invloed van een misleidende omissie – waar de schending van een essentiële informatieplicht veelal op neerkomt (artikel

6:193f onder b BW) – gesloten overeenkomst te vernietigen.⁵² De consument dient in beginsel het causaal verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en het sluiten van de overeenkomst aan te tonen.

Deze bewijslastverdeling staat echter op gespannen voet met het Europese effectiviteitsbeginsel. Derhalve zou gekozen kunnen worden voor een normatieve omkering van deze bewijslast bij de omissie van de informatie die ‘noodzakelijk is voor de besluitvorming’, te weten artikel 6:230m lid 1 onder a, b, e, h, o, r en s BW (hiervoor par. 2.3).⁵³ De professionele partij zou in het kader van hoor en

De sanctie uit artikel 6:193j lid 3 BW maakt het mogelijk om de rechtmatige belangen van handelaar en consument tegen elkaar af te wegen

wederhoor wel de mogelijkheid moeten krijgen om het vermoeden te weerleggen, zoals zij bij de toetsing van oneerlijke bedingen de gelegenheid heeft om bij een voorlopig ambtshalve oordeel van de rechter dat het beding oneerlijk is, aan te tonen dat het beding in het concrete geval niet oneerlijk is.⁵⁴ De sanctie uit artikel 6:193j lid 3 BW maakt het mogelijk om de rechtmatige belangen van handelaar en consument tegen elkaar af te wegen, rekening houdend met de omstandigheden van het geval (voor zover gebleken). Met artikel 6:230m jo. 6:193d jo.

36. Zie art. 6:230o lid 2 BW.

37. Zo ook Rb. Overijssel 18 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:652. Vgl. art. 6:227a BW.

38. Vgl. Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2672, al is niet helemaal duidelijk of dit ook zo door de kantonrechter is bedoeld. Mogelijk had hij de schending van lid 6 op het oog.

39. Zie bijv. art. 6:227b lid 1 BW (elektronische handel), art. 6:230e BW (dienstverrichters) en art. 6:238 lid 2 BW (algemene voorwaarden).

40. Zie ook M.B.M. Loos, ‘Transparency Under the UCTD: Could You Please Explain what these Terms are Supposed to Mean? Case note to CJEU, C-51/17 OTP Bank and OTP Faktoring’, *EuCML* 2020/1, p. 27.

41. Om die reden achten wij ook een vonnis van de Rb. Midden-Nederland van 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2672 minder gelukkig. In dat vonnis werd geoordeeld dat schending van art. 6:230v lid 7 BW zou leiden tot nietigheid van de overeenkomst

overeenkomstig art. 3:39 BW, terwijl art.

6:230v lid 7 BW zelf spreekt over het verstreken van de bevestiging “binnen redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst”.

42. *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 189.

43. Rb. Overijssel 28 mei 2019

ECLI:NL:RBOVE:2019:4960, r.o. 2.7;

Rb. Overijssel 4 juni 2019

ECLI:NL:RBOVE:2019:4958, r.o. 2.8;

Rb. Noord-Holland 6 mei 2020,

ECLI:NL:RBNHO:2020:3345, r.o. 2.6.

44. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 3, p. 11.

45. HR 13 juni 2014,

ECLI:NL:HR:2014:1385 (*Lindorff/Statia*) en

HR 12 februari 2016,

ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282,

m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff BV/Nazier*).

46. Dat zou ook kunnen betekenen dat partijen het in minder zaken op een beslissing van de rechter laten aankomen, wat een ontlasting van het gerechtelijk apparaat zou kunnen meebrengen.

47. Vgl. wat betreft de Richtlijn consumentencrediet de noot van Hijma bij HR 12

februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236,

NJ 2017/282 (*Lindorff BV/Nazier*).

48. HvJ EU 9 november 2016, C-42/15,

ECLI:EU:C:2016:842, *NJ* 2017/404, m.nt.

M.B.M. Loos (*Home Credit Slovakia*), r.o.

63. Zie ook Rb. Overijssel 4 februari 2020,

ECLI:NL:RBOVE:2020:377.

49. Vgl. Rb. Gelderland 29 november 2017,

ECLI:NL:RBGEL:2017:6235, r.o. 3.4;

Rb. Overijssel 4 juni 2019,

ECLI:NL:RBOVE:2019:4959. Zie ook

Rb. Overijssel 4 februari 2020,

ECLI:NL:RBOVE:2020:441.

50. HR 22 november 2019,

ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor*). Zie ook

M.B.M. Loos, ‘Transparency Under the

UCTD: Could You Please Explain what

these Terms are Supposed to Mean? Case

note to CJEU, C-51/17 OTP Bank and OTP

Faktoring’, *EuCML* 2020/1, p. 25-27.

51. Art. 6:230c BW legt de drempel daar-

voor bij diensten wel erg hoog: Rb. Limburg

17 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:310.

52. Zie over deze sanctie: C.M.D.S. Pavillon

en L.B.A. Tigelaar, ‘Vernietiging van de

overeenkomst bij een oneerlijke handels-

praktijk; een hanteerbare sanctie?’, *Con-*

tracteren 2018/3. De informatie bedoeld

onder art. 6:230m lid 1 sub r en s en de

informatie uit art. 6:230l BW wordt niet als

essentieel in de zin van art. 6:193f BW

aangemerkt. Dit belet de rechter niet om de

schending van deze bepalingen als een

misleidende omissie in de zin van art.

6:193d BW aan te merken: vgl. Rb. Amster-

dam 5 september 2017,

ECLI:NL:RBAMS:2017:6552, *TvC* 2018/1,

p. 50, m.nt. C.M.D.S. Pavillon.

53. Vgl. Rb. Amsterdam 16 januari 2020,

ECLI:NL:RBAMS:2020:129 waarin de

mogelijke schending van art. 6:230m onder

k en l niet nadelig voor de consument werd

geacht, zodat een sanctie achterwege bleef.

54. HvJ EU 21 februari 2013, *Banif Plus*

Bank, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88.

6:193j lid 3 BW is er, naar wij menen, een goed hanteerbare, op de precontractuele informatievoorziening toegesneden civielrechtelijke sanctie voorhanden. Hoewel deze sanctie vooralsnog op nationale leest geschoeid is, zal zij na de omzetting van de recent aangenomen Moderniseringsrichtlijn een Europeesrechtelijke achtergrond krijgen.⁵⁵ De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt hierin aangevuld met civielrechtelijke remedies ten behoeve van de individuele consument. Deze remedies zullen naar verwachting ook ambtshalve moeten worden toegepast.⁵⁶

3.2.4. Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst?

In de rechtspraak is ook een andere benadering te vinden. Zo constateerde de Rechtbank Amsterdam in een vonnis dat niet (volledig) aan de verplichtingen van artikel 6:230m lid 1 BW is voldaan, om daaraan toe te voegen dat, gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, de consequenties daarop doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig dienen te zijn. Volgens de rechtbank betekende dit dat de vordering, ook indien voor het overige aan de voorwaarden voor toewijsbaarheid was voldaan, niet zonder meer kan worden toegewezen omdat daarvan een onjuist signaal zou uitgaan naar handelaren die wel volledig aan hun verplichtingen voldoen. Aan de andere kant zou een algehele afwijzing van de vordering volgens de rechtbank niet als 'evenredig' kunnen worden aangemerkt. Bovendien bestaat er een reële mogelijkheid dat de consument de overeenkomst tijdig zou hebben ontbonden als de handelaar wel aan de informatieverplichting(en) zou hebben voldaan. Die kans diende volgens de rechtbank in de sanctie te worden verdisconteerd. Op die grond oordeelde de rechtbank dat 50% van de hoofdsom kon worden toegewezen en de andere helft diende te worden afgewezen.⁵⁷

De keuze voor dit percentage lijkt ons enigszins arbitrair – de Rechtbank Noord-Holland kwam in kort daarna gewezen, vergelijkbare zaken, eveneens zonder motivering, uit op een afwijzing van 25% van de vordering.⁵⁸ Bovendien wordt nagelaten aan te geven of hier sprake is van een gedeeltelijke vernietiging of ontbinding (prijzvermindering?) van de overeenkomst en op grond waarvan die dan beperkt kan worden tot een gedeelte van de overeenkomst,⁵⁹ of dat hier sprake is van een vernietiging of ontbinding van de overeenkomst waarvan de gevolgen (op grond van het Europese evenredigheidsbeginsel?) worden beperkt.

Een gedeeltelijke afwijzing van de vordering zou mogelijk wel opgaan als de rechter hier de schade zou begroten die de consument lijdt doordat de handelaar een precontractuele informatieverplichting heeft geschonden (artikel 6:74 BW of artikel 6:193d jo. 6:162 BW). Bij het

begroten van schade heeft de rechter immers een grotere discretieruimte (artikel 6:97 BW) en spelen leerstukken als eigen schuld en matiging een rol. Nergens in de genoemde rechtspraak blijkt echter dat sprake zou zijn van de begroting van schade. Bovendien geldt dat de schade alleen dan op (een deel van) de prijs kan worden gesteld indien de consument met de juiste informatie in handen het contract *niet* had gesloten. Dat zal dus alleen bij essentiële informatie aannemelijk kunnen worden gemaakt.

3.2.5. Toekenning of verlenging bedenktijd op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW)

Bij de schending van de informatieverplichtingen omtrent de herroepingstermijn (artikel 6:230m onder h BW) voorziet de richtlijn in een duidelijke sanctie. Artikel 6:230o lid 2 BW bepaalt dat in dat geval 'de in het vorige lid bedoelde termijn (wordt) verlengd met de tijd die is verstreken vanaf het tijdstip, bedoeld in het vorige lid, tot het moment waarop alle ontbrekende gegevens alsnog op de voorgeschreven wijze aan de consument zijn verstrekt, doch met ten hoogste twaalf maanden.' De consument krijgt dus meer tijd om de overeenkomst te ontbinden. Het verlengen van de ontbindingstermijn geschiedt regelmatig ambtshalve.⁶⁰ Indien de consument gedurende de verlengde termijn heeft aangegeven de overeenkomst te willen ontbinden, krijgt zij hiertoe de mogelijkheid.

Niet ondenkbaar is om ook bij de schending van andere informatieverplichtingen een dergelijke verlenging toe te passen op grond van de *aanvullende werking* van de redelijkheid en billijkheid. De richtlijn verzet zich hier niet tegen: de sanctionering van de schending van deze informatieverplichtingen is immers aan de lidstaten overgelaten. Zou, omwille van de consistentie, aansluiting bij artikel 6:230o lid 2 BW worden gezocht, dan is problematisch dat verlenging in de tijd beperkt is en dat in veel verstekzaken de twaalf maanden en veertien dagen reeds zijn verstreken. Ook is naar Nederlands recht een ambtshalve ontbinding van de overeenkomst, zonder dat de consument hiertoe de wil heeft uitgedrukt, niet toegestaan. In de praktijk ontbindt de rechter ook niet ambtshalve, maar vertaalt zij het gedrag van de consument naar de toegestane ontbinding van de overeenkomst. Zo kan een beroep van de consument op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling of ontbinding van de overeenkomst wegens non-conformiteit gezien worden als een uiting van de wil van de consument om 'van de overeenkomst af te willen', waarmee de stap naar toepassing van de ontbinding tijdens de bedenktijd eenvoudig te zetten is.⁶¹ Ook ten aanzien van deze sanctie zijn wij van oordeel dat zij slechts toegepast zou behoren te worden

Niet ondenkbaar is om ook bij de schending van andere informatieverplichtingen een verlenging van de ontbindingstermijn toe te passen op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

ten aanzien van de omissie van de informatie die ‘noodzakelijk is voor de besluitvorming’, dus de in para 2.3 genoemde onderdelen a, b, e, h, o, r en s van artikel 6:230m lid 1 BW.⁶²

3.2.6. Conformiteit

Vernietiging of ontbinding van de overeenkomst brengt mee dat de consument geen recht heeft op aflevering van de zaak of levering van de dienst of de al geleverde zaak terug moet geven. Wanneer de consument, bijvoorbeeld in een door de handelaar in het geding ingebrachte e-mail, duidelijk heeft gemaakt de zaak of dienst juist wél te willen ontvangen of reparatie te wensen, zijn deze sancties vaak niet passend. Gedacht kan worden aan het geval waarin de handelaar onvoldoende informatie heeft gegeven over de voornaamste kenmerken van de zaken of diensten. De consument zal haar beslissing om (toch) te contracteren dan hebben genomen op basis van algemene verwachtingen van de zaak of dienst, en niet hoeven te verwachten dat de zaak of dienst ongeschikt is voor redelijkerwijs te verwachten gebruik of andere complicaties oplevert. Met het schenden van de informatieplicht heeft de handelaar dan (mogelijk onbedoeld) nagelaten om deze verwachtingen te corrigeren. Kortom: het uitblijven van de benodigde informatie heeft dan gevolgen voor de conformiteitstoets van, bijvoorbeeld, artikel 7:17 BW, en daarmee voor de rechten die de consument kan uitoefenen indien de zaak of dienst *niet* aan deze verwachtingen beantwoordt. Deze indirecte sanctie op de schending van de informatieplicht zal, mogelijk zelfs zonder dat de rechter zich dat realiseert, veelal toegepast worden indien de consument actief om nakoming van de overeenkomst vraagt, bijvoorbeeld om levering van de zaak of dienst of om herstel of (bij zaken) vervanging daarvan (en de betaling als het ware heeft opgeschort).⁶³ In de meeste verstekzaken zal een dergelijke uiting van de consument om de zaak te willen ontvangen of te laten repareren, echter ontbreken in de overgelegde correspondentie, zodat deze sanctie slechts zelden zal kunnen worden gebruikt.

3.2.7. Buiten toepassing laten bedingen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

55. Moderniserings- of Omnibusrichtlijn (Richtlijn (EU) 2019/2161), *PbEU* 2019, L 328/7.

56. Vooropgesteld zij dat de consument vrij is – mits voldoende geïnformeerd over de implicaties van haar keuze – om af te zien van de vernietiging, bijvoorbeeld omdat zij de zaak wil behouden (denk aan een niet langer verkrijgbaar model). Vgl. in deze zin al ten aanzien van oneerlijke bedingen HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395 (*Pannon*), m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191, m.nt. M.B.M. Loos.

57. Rb. Amsterdam 14 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:890.

58. Rb. Noord-Holland 22 april 2020,

ECLI:NL:RBNHO:2020:3155; Rb. Noord-Holland 22 april 2020,

ECLI:NL:RBNHO:2020:3156; Rb. Noord-Holland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:3915.

59. Ruimte voor toepassing van art. 3:41 BW zien wij hier niet.

60. Rb. Limburg 17 januari 2018 ECLI:NL:RBLIM:2018:310; Rb. Amsterdam 30 maart 2017,

ECLI:NL:RBAMS:2017:2005; Rb. Rotterdam

12 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:751;

Rb. Midden-Nederland 14 maart 2019,

ECLI:NL:RBMNE:2019:1060; Rb. Noord-Holland 16 januari 2020,

ECLI:NL:RBNHO:2020:1121.

61. Rb. Noord-Holland 27 juni 2018,

De keuze van de sanctie heeft uiteraard gevolgen voor de afwikkeling van de overeenkomst

Rechters kunnen tot slot ook teruggrijpen op de *beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid*.⁶⁴ In lijn met de eerder aangehaalde, in artikel 6:230n lid 3 BW vervatte, niet-verschuldigheid van niet gemelde bijkomende kosten, kan bijvoorbeeld ook een beding over de minimumduur van de overeenkomst (artikel 6:230m lid 1 onder p BW) buiten toepassing blijven als de consument hier niet op voldoende duidelijke wijze over is geïnformeerd. Overigens kan verplichte niet-essentiële informatie naar ons oordeel zonder meer in de algemene voorwaarden van de handelaar worden opgenomen.⁶⁵

4. De verdere afwikkeling

De keuze van de sanctie heeft uiteraard gevolgen voor de afwikkeling van de overeenkomst. Wanneer de overeenkomst wordt vernietigd op grond van artikel 3:39, 3:40 lid 2 of 6:193j lid 3 BW, heeft deze vernietiging in beginsel terugwerkende kracht (artikel 3:53 lid 1 BW). De vernietiging leidt er dan toe dat al geleverde prestaties ongedaan moeten worden gemaakt op basis van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW).

Op de consument rust vanaf het moment dat zij rekening moet houden met teruggave een zorgplicht (artikel 6:204 BW). Wanneer de consument in een eerder stadium duidelijk heeft gemaakt ‘van de overeenkomst af’ te willen, zal dat het moment zijn waarop zij rekening dient te houden met de teruggave. Wanneer aan de consument echter verstek is verleend en de rechter ambtshalve tot vernietiging wil overgaan, zal de consument pas van de mogelijke vernietiging horen als zij hiervan door de rechter op de hoogte wordt gesteld in het kader van het beginsel van hoor en wederhoor. De vraag is dan of de zorgplicht al vóór dat moment zal gelden. Naar onze mening

ECLI:NL:RBNHO:2018:5363, r.o. 5.6. In gelijke zin: Rb. Amsterdam 3 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:448; Rb. Rotterdam 27 november 2015,

ECLI:NL:RBROT:2015:8739, *TvC* 2016/4, p. 187 m.nt. C.M.D.S. Pavillon, r.o. 4.1.

62. Vgl. Rb. Amsterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:129 waarin de mogelijke schending van art. 6:230m onder k en l niet nadelig voor de consument werd geacht, zodat een sanctie achterwege bleef.

63. Zie over opschorting als pressiemiddel voor de consument R.M.M. de Moor, ‘Spiegeltje aan de wand: wie betaalt er allemaal best veel griffierecht in dit land?’, *TvC* 2019/5, p. 206.

64. Zie wat betreft kredietovereenkomsten:

HvJ EU 9 november 2016, ECLI:EU:C:2016:842, *NJ* 2017/404, m.nt. M.B.M. Loos (*Home Credit Slovakia*) en recent Rb. Overijssel, 4 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:377 (*verval recht op rente*).

65. Anders: Rb. Noord-Holland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:3510, waarin de Rb. oordeelt dat de consument tijdens het verkoopproces stap voor stap langs de volgens art. 6:230m lid 1 BW te verstrekken informatie dient te worden geleid, ‘zodat er geen enkel misverstand kan ontstaan over de vraag of de gemiddelde consument deze informatie bewust onder ogen heeft gekregen’. Daarmee legt de Rb. naar ons oordeel een (veel) te zware maatstaf aan.

Naast de regels voor onverschuldigde betaling en ontbinding biedt ook de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking een mogelijkheid voor compensatie in die gevallen waarin de aard van de prestatie in de weg staat aan de simpele ongedaanmaking daarvan

moet die vraag in beginsel *bevestigend* worden beantwoord indien de consument een zaak wel heeft ontvangen, maar weigert om hiervoor te betalen: in een dergelijke situatie dient de consument er immers rekening mee te houden dat de handelaar de zaak uiteindelijk terug zal willen hebben.⁶⁶ Indien de schending van deze zorgplicht leidt tot schade (doordat de zaak teniet is gegaan, beschadigd is of door voortgaand gebruik in waarde achteruit is gegaan), is de consument hiervoor op de voet van artikel 6:74 BW aansprakelijk. Wij achten een door de consument te betalen schadevergoeding in overeenstemming met de eis dat sancties behalve effectief en afschrikkend ook evenredig dienen te zijn. Dat brengt mee dat ook in deze gevallen de vernietiging van de overeenkomst niet tot een onbillijke uitkomst leidt.

Als de aard van de prestatie ongedaanmaking uitsluit, treedt daarvoor, voor zover redelijk, volgens artikel 6:210 lid 2 BW een waardevergoeding in de plaats als de consument door de prestatie verrijkt is (soms), de levering van de prestatie aan de consument is toe te rekenen (meestal) of de consument had toegestemd in het leveren van een tegenprestatie (vrijwel steeds).

Naar ons oordeel geldt ten aanzien van de ongedaanmakingsverbintenissen grotendeels hetzelfde wanneer de overeenkomst wordt ontbonden tijdens de door de rechter op grond van artikel 6:248 lid 1 BW verlengde bedenktijd. De ontbinding heeft weliswaar geen terugwerkende kracht,⁶⁷ maar de ongedaanmakingsverbintenis vloeit hier voort uit artikel 6:230s lid 1 BW. Uit artikel 7:10 lid 3 BW volgt dat het risico van tenietgaan of achteruitgang (dus: het risico van waardevermindering) voor rekening van de verkoper is gebleven. Analoge toepassing van artikel 6:230s lid 3 BW op deze situatie zou eveneens meebrengen dat de consument niet aansprakelijk is voor de waardevermindering van de zaak die het gevolg is van het gebruik van de zaak. Dat laat echter onverlet dat wanneer de consument na ontvangst van de zaak weigert te betalen, zij rekening dient te houden met de verplichting tot terugzending op grond van artikel 6:230s lid 1 BW, zodat daarmee de zorgplicht van artikel 6:27 BW van toepassing wordt. Schending daarvan door de consument kan weer leiden tot schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW.

Ten aanzien van de eventuele vergoeding van de waarde van de prestatie die naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt, bestaat meer onduidelijkheid. Analoge toepassing van artikel 6:272 BW zou tot hetzelfde resultaat als bij vernietiging van de overeenkomst leiden, maar het is twijfelachtig of dit wel is toegestaan voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten: artikel 6:230s lid 5 BW bepaalt immers dat indien de

informatieplicht ten aanzien van de bedenktijd niet is nagekomen, geen vergoeding verschuldigd is voor tijdens de bedenktijd geleverde diensten, energie, water en digitale inhoud, terwijl lid 6 van hetzelfde artikel bepaalt dat de consument niet aansprakelijk is en buiten de in dat artikel genoemde kosten ook geen vergoedingen verschuldigd voor de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid tijdens de bedenktijd. Het ligt om redenen van consistentie onzes inziens voor de hand dat artikel 6:230 lid 5 en 6 BW van overeenkomstige toepassing is op de op artikel 6:248 lid 1 BW gebaseerde ontbindingsbevoegdheid. Dat betekent dan wel dat het verschil uitmaakt of de rechter tot vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 3:39, 3:40 lid 2 of 6:193j lid 3 BW besluit, of tot ontbinding op grond van artikel 6:248 lid 1 BW.⁶⁸ In dit laatste geval schrikt de sanctie de normschendende handelaar naar verwachting meer af, maar is het de vraag of zij evenredig, en dus passend, is in een situatie waarin de consument nalaat te betalen.

Naast de regels voor onverschuldigde betaling en ontbinding biedt ook de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) een mogelijkheid voor compensatie in die gevallen waarin de aard van de prestatie in de weg staat aan de simpele ongedaanmaking daarvan. Die weg is misschien wel het eenvoudigst – dat er een verrijking en een verarming heeft plaatsgevonden, is wel zeker. De schadevergoedingsplicht geldt weer slechts voor zover dit redelijk is, en tot maximaal het bedrag van de verrijking of (als dat lager is) de verarming. In het verleden werd wel gesteld dat van een *ongerechtvaardigde* verrijking geen sprake kan zijn als daaraan een overeenkomst ten grondslag heeft gelegen, zelfs als die later is vernietigd, maar dat is volgens Sieburgh inmiddels achterhaald.⁶⁹ Volgens haar zou met een vergelijkbare toepassing van artikel 6:248 lid 1 BW dezelfde uitkomst kunnen worden bereikt, maar dat is dan eigenlijk een schijnalternatief.⁷⁰ Ook hier geldt dat het opleggen van een schadevergoedingsverplichting aan de consument evenredig is en niets afdoet aan de afschrikkende werking en effectiviteit van de *ambtshalve* toe te passen vernietigingssanctie.⁷¹ In al deze gevallen is er bovendien een actie van de handelaar nodig: die moet een vordering ex artikel 6:74, 6:202 lid 2, 6:212 of 6:230s BW instellen en onderbouwen. Maar daar kan de rechter in een tussenvonnissen uiteraard al een voorschot op nemen, en zo nodig de handelaar uitnodigen de eis te wijzigen.

5. Conclusie

De rechter is gelet op artikel 24 Richtlijn consumentenrechten gehouden in individuele gevallen ambtshalve te toetsen of aan de informatieverplichtingen uit afdeling

6.5.2b BW is voldaan, ook wanneer de richtlijn geen expliciete sanctie aanreikt. In zo'n geval heeft de Nederlandse rechter de keuze uit verschillende sancties. Van deze sancties liggen er twee voor de hand. De andere besproken sancties dienen naar onze mening beperkt te worden tot uitzonderingsgevallen.

- Wanneer de handelaar de vordering niet of slechts zeer summier heeft onderbouwd en daardoor niet duidelijk is of deze wel gebaseerd is op een geldige overeenkomst, kan de rechter de vordering afwijzen wegens schending van de stel- en substantiëringsplicht. In dit geval ontstaan geen afwikkelingsvraagstukken. Naar ons oordeel dient dit instrument echter niet te worden gebruikt in gevallen waarin de handelaar (de eisende partij) de overeenkomst, de algemene voorwaarden en informatie over het bestelproces overhandigt.
- Wanneer wel duidelijk is dat de vordering gebaseerd is op een (in beginsel) geldige overeenkomst, is vernietiging van de overeenkomst op de voet van artikel 6:193d jo. 6:193j lid 3 BW de meest voor de hand lig-

gende sanctie, indien is voldaan aan de eis dat de schending van de informatieplicht in causaal verband staat met de contractsluiting. Betoogd is dat bij schending van de informatieplichten die betrekking hebben op de wilsvorming (artikel 6:230l onder a-c, f-h voor in een verkoopruimte gesloten overeenkomsten, en artikel 6:230m lid 1 onder a, b, e, h, o, r en s BW voor op afstand of buiten een verkoopruimte gesloten overeenkomsten) omwille van het Europese effectiviteitsbeginsel vermoed kan worden dat aan de eis van causaliteit is voldaan, zodat de handelaar het ontbreken van het causaal verband aannemelijk zal moeten maken. Bij schending van de andere informatieplichten ontbreekt dat vermoeden, zodat de bewijslast daar geheel op de consument zal rusten. Anders dan bij de alternatieve benadering – de verlenging van de bedenktijd op grond van artikel 6:248 lid 1 BW – behoeft ook niet te worden ingegaan op de vraag of analoge toepassing van artikel 6:230s lid 5 en 6 BW geboden is. •

66. Dat is natuurlijk anders indien sprake is van een ongevraagd toegezonden zaak, die de consument immers om niet mag behouden en er geen verplichting tot betaling bestaat (art. 7:7 BW). In een dergelijk geval zal de handelaar echter vaak niet aannemelijk kunnen maken dat aan zijn vordering

een geldige overeenkomst ten grondslag ligt, zodat de vordering dan vaak al zal zijn afgewezen wegens schending van de stel- en substantiëringsplicht.

67. Zie het op deze situatie analoog toegepaste art. 6:269 BW.

68. Niet uitgesloten is dat de rechter zou

oordelen dat dit verschil naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW), maar vermoedelijk zal zij dan zelf besluiten de sanctie van vernietiging in plaats van ontbinding van de overeenkomst in te zetten.

69. Asser-Sieburgh 6-IV, nr. 277.

70. Asser-Sieburgh 6-IV, nr. 278.

71. In Nederland is bewust afgezien van een sanctie die de consument het recht geeft, in geval van een misleidende handelspraktijk, om de zaak/dienst te behouden en terugbetaling te vorderen: *Kamerstukken II 2011/12, 30928, 17, p. 2-3.*