

Privaatrechtelijke bescherming herijkt

Privaatrechtelijke bescherming herijkt

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2021

Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

Prof. mr. W.H. van Boom

Zutphen 2021



UITGEVERIJ *Paris*

Privaatrechtelijke bescherming herijkt

ISBN 978-94-6251-285-6

NUR 822

© 2021 Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon, Prof. mr. W.H. van Boom en Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Lijst van EU-regelgeving

Wet inzake digitale diensten (Digital Services Act, DSA)

Voorstel voor een verordening betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (SEC(2020)432 final)

Wet inzake digitale markten (Digital Markets Act, DMA)

Voorstel voor een verordening over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (SEC(2020)437 final)

Richtlijn oneerlijke bedingen

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95/29)

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (OHP)

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEG* 2005, L 149/22)

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen

Richtlijn 2019/633/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111/59)

Richtlijn consumentenrechten

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)

Moderniseringsrichtlijn

Richtlijn (EU) 2019/2161 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)

Platformverordening 2019

Verordening (EU) 2019/1150 van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*PbEU* 2019, L 186/57-79)

Richtlijn digitale inhoud 2019

Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (*PbEU* 2019, L 136/1-27)

Richtlijn consumentenkoop 2019

Richtlijn (EU) 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG (*PbEU* 2019, L 136/28-50)

Afkortingen

Abs.	Absatz (alinea)
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
ACM	Autoriteit Consument en Markt
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AI	artificial intelligence
art.	artikel
AVG	Algemene verordening gegevensbescherming
B2B	Business-to-business
B2C	Business-to-consumer
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKA	Bundeskartellamt
BS	Belgisch Staatsblad
BW	Burgerlijk Wetboek
C2C	Consumer-to-consumer
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CMA	Competition & Markets Authority
Com.	Cour de cassation – Chambre commerciale financière et économique
Crim.	Cour de cassation – Chambre criminelle
DMA	Digital Markets Act (Wet inzake digitale markten)
DSA	Digital Services Act
EEG-	
Verdrag	Verdrag tot Oprichting van de Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen
EU	Europese Unie
EUH	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EZK	Economische Zaken en Klimaat
FD	Het Financieele Dagblad

Gerecht

EU	Gerecht van de Europese Unie (sinds 1 december 2009)
GvEA	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (tot 1 december 2009)
Gw	Grondwet
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IE	intellectuele eigendom
IPR	internationaal privaatrecht
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
jo.	juncto
Kifid	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
KMO	kleine of middelgrote onderneming (België)
KvK	Kamer van Koophandel
mkb	midden- en kleinbedrijf
mvo	maatschappelijk verantwoord ondernemen
Mw	Mededingingswet
NAW	naam, adres, woonplaats
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer
OHP	Oneerlijke Handelspraktijken
P2B	Platform-to-Business
par.	paragraaf
Rb.	rechtbank
R&D	Research and Development
rdnr.	randnummer
r.o.	rechtsoverweging
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
Vo.	verordening
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WER	Wetboek van Economisch Recht (België)
Wft	Wet op het financieel toezicht
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

DEEL 1

Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?

Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon*

Inhoud

Vooraf / 13

1. De behoefte aan herijking van het beschermend contractenrecht / 14
 - 1.1 Wat is herijken? / 14
 - 1.2 Beschermend contractenrecht / 15
 - 1.2.1 Een oud nieuw paradigma / 15
 - 1.2.2 Een Europees paradigma / 18
 - 1.2.3 Beschermingsinstrumenten in het BW / 20
 - 1.3 Kritiek op het consumentencontractenrecht / 24
 - 1.3.1 De kritiek op de 'categoriale' bescherming / 24
 - 1.3.2 De gespannen relatie tussen consumentencontractenrecht en ecologische duurzaamheid / 27
 - 1.4 De omvang van de herijking / 30
2. Duurzaamheid als nieuw ijkpunt: hanteerbaarheid / 32
 - 2.1 Ecologische duurzaamheid / 32
 - 2.2 Duurzame ontwikkeling en het ruimere duurzaamheidsbegrip / 35
 - 2.3 Van *social justice* naar sociale duurzaamheid als ijkpunt / 39
 - 2.4 Zorgen om effectiviteit / 42
 - 2.5 Digitalisering en herijking / 44
3. Duurzaamheid als nieuw ijkpunt: inpasbaarheid / 46
 - 3.1 Het Europeesrechtelijk kader / 46
 - 3.1.1 Verdragsrechtelijke grondslag / 46
 - 3.1.2 Nieuw beleid inzake duurzaamheid / 48

* Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon is hoogleraar privaatrecht in het bijzonder het consumentenrecht, Rijksuniversiteit Groningen. De bijdrage werd afgesloten op 1 september 2021; met latere ontwikkelingen werd geen rekening gehouden. Dit preadvies bouwt voort op de Onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid die ik vorig jaar uitvoerde voor het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat: Pavillon 2020b. Met dank aan Leonieke Tigelaar, Vera van der Kooij, Benedikt Schmitz, Jaykishan Doerga en Joséphine Pavillon voor suggesties en ondersteuning. Alle websites zijn laatst geraadpleegd op 23 september 2021.

3.1.3	Verhouding tot (maximum)harmonisatie / 50
3.2	Het nationaalrechtelijk kader / 54
3.2.1	De grondslag van beschermend contractenrecht / 54
3.2.2	Verhouding tot het publiekrecht / 59
3.3	Wie is ijkmeester? / 61
4.	Duurzaamheid als nieuw ijkpunt: concretisering / 63
4.1	Duurzaam contracteren / 63
4.2	De te beschermen consument / 64
4.2.1	Differentiatie tussen consumenten / 64
4.2.2	De consument-burger als maatman / 66
4.2.3	Vervagende grenzen / 68
4.3	Informatieverstrekking / 70
4.3.1	Inhoud van de informatie / 70
4.3.2	Vorm van de informatie / 72
4.4	Algemene voorwaarden en duurzaamheid / 74
4.4.1	Inhoud en duurzaamheid / 75
4.4.2	Uitleg en duurzaamheid / 77
4.4.3	Inhoudstoetsing en duurzaamheid / 78
4.5	Wederzijdse verplichtingen en duurzaamheid / 81
4.5.1	Verplichtingen van de verkoper / 81
4.5.2	Verplichtingen van de dienstverlener / 86
4.5.3	Verplichtingen van de consument / 88
4.6	Remedies en duurzaamheid / 91
4.6.1	Remedies om groene claims af te dwingen / 91
4.6.2	Remedies en duurzaamheid als gezichtspunt / 94
4.6.3	Remedies bij koop / 96
5.	Slotbeschouwingen / 100
	Lijst van verkort aangehaalde literatuur / 104

Vooraf

De memorie van toelichting van de Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud bevat de volgende passage.

‘De implementatiewet leent zich er niet voor om uitgebreid op het aspect duurzaamheid in zijn algemeenheid in te gaan, zoals een respondent suggereert. Duurzaamheid komt als begrip voor in de richtlijn verkoop goederen en betreft de geschiktheid van goederen om hun vereiste functies en prestaties bij normaal gebruik te behouden. Anders dan duurzaamheid voor het milieu gaat het hier dus om duurzaamheid in de zin van de levensduur van een product. Zorgen voor duurzamere goederen is belangrijk om tot meer duurzame consumptiepatronen en een kringlooeconomie te komen. Duurzaamheid in de zin van het streven naar levensduurverlenging van een product is echter geen doelstelling op zich van de richtlijn verkoop goederen.’¹

Deze beperkte opvatting van de implementatiebevoegdheden is grotendeels ingegeven door de Aanwijzingen voor de regelgeving, waaruit volgt dat een omzetting geen aanleiding mag geven tot extra regels of beleid. Dat bij de implementatie van Europees consumentencontractenrecht geen ruimte wordt gezien voor nationale regels die duurzaamheidsdoelstellingen helpen realiseren, is derhalve een beleidskeuze. Dit kan ook anders, zo bewijzen recente ontwikkelingen in de Franse wetgeving.² De respondent in de aangehaalde passage, dat ben ik, en ik doe in dit preadvies een hernieuwde poging om niet slechts onze beleidsmakers en wetgever maar ook zij die het bestaande consumentencontractenrecht uitleggen en toepassen bewust te maken van de wenselijkheid en mogelijkheid tot herijking hiervan.

1 Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 24.

2 Pavillon, WNPR 2020/7283, Terryn, TvC 2021, afl. 5, p. 257 met verwijzing naar de *Loi n° 2021-1104 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (Loi ‘Climat et Résilience’)* van 22 augustus 2021.

1. De behoefte aan herijking van het beschermend contractenrecht

1.1 Wat is herijken?

Meetinstrumenten, neem een thermometer, moeten soms worden bijgesteld. Door de voeler in smeltend ijs (0 graden) en kokend water (100 graden) te houden, worden de door de thermometer aangegeven waarden gecontroleerd ofwel gekalibreerd. Is er sprake van een of twee afwijkende waarden, dan dient de thermometer opnieuw te worden afgesteld, het zogenoemde justeren. Kalibreren en justeren zijn beide nodig voor een succesvolle herijking. De nauwkeurigheid van meetinstrumenten wordt ingesteld aan de hand van een standaard. Bij een herijking wordt deze standaard aangehouden: er wordt voor gezorgd dat het instrument de, gelet op deze standaard, juiste waarde weergeeft. In de wereld van wetgeving, beleid en bestuur is een herijking een metafoor voor een koerswijziging, een aanpassing van bestaande regels aan nieuwe omstandigheden. Anders dan bij het herijken van een meetinstrument houdt de herijking van rechtsregels in dat soms ook aan de standaard wordt gesleuteld en dat oude standaarden voor nieuwe worden ingeruild. Dit heeft alles te maken met het feit dat wanneer een regel niet (meer) voldoet, dit soms komt doordat de standaard – inclusief het achterliggende beleidsdoel – is achterhaald.

Toen mij werd gevraagd voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht een preadvies te schrijven over de herijking van het ‘beschermend contractenrecht’ was de eerste vraag die bij mij opkwam: wie wordt er beschermd, volgens welke standaard, met behulp van welke instrumenten? Direct gevolgd door de vraag of het kalibreren van dit instrumentarium ‘afwijkende waarden’ laat zien opdat herijking nodig is. En zo ja, of de herijking aan de hand van dezelfde standaard plaats zou moeten vinden dan wel om een nieuwe standaard vraagt. De eerste twee vragen worden in paragraaf 1 beantwoord. Het antwoord op laatstgenoemde vraag vormt de kern van dit preadvies. In paragraaf 2 ga ik op zoek naar een nieuwe standaard: ik introduceer duurzaamheid als potentieel nieuw ijkpunt voor het consumentencontractenrecht en tracht dit concept handen en voeten te geven. In paragraaf 3 verken ik de inpasbaarheid van duurzaamheid als ijkpunt, dat is de ruimte die bestaat naar Europees en nationaal recht voor de verduurzaming van beschermend contractenrecht. In paragraaf 4 geef ik concrete voorbeelden van herijkte beschermingsinstrumenten. In de slotparagraaf 5 kom ik tot een conclusie en blik ik terug op de kalibratie-exercitie uit paragraaf 1.

De niet-aflatende kritiek in de rechtswetenschappelijke literatuur op het consumentencontractenrecht (par. 1.3) leidt tot de aanname dat juist dit onderdeel van het beschermend contractenrecht ‘afwijkende waarden’ vertoont. Dit preadvies zoomt hierop in en laat andere onderdelen van het beschermend contractenrecht (zoals het huur- en arbeidsrecht) die van invloed zijn op het behalen van duurzaamheidsdoelstellingen buiten beschouwing. Ik ga ook niet in op ontwikkelingen binnen het commerciële contractenrecht die in het teken staan van de circulaire economie³ noch op de bijdrage van het aansprakelijkheidsrecht aan de verduurzaming.⁴ In recente jaren hebben spraakmakende rechterlijke uitspraken in onder meer de *Urgenda*- en *Shell*-zaken duidelijk gemaakt dat de zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW) ter bescherming van duurzaamheidsbelangen strekt.⁵ In goederenrechtelijke kringen is een herijking al langer gaande⁶ en met dit preadvies wordt een verbintenissenrechtelijke inhaalslag gemaakt. En deze inhaalslag is hard nodig. In de circulaire economie en daarmee gepaard gaande deeleconomie en verdienstelijking van de maatschappij maakt het goederenrecht juist steeds meer ruimte voor het verbintenissenrecht,⁷ waaronder het beschermend contractenrecht.⁸

1.2 Beschermend contractenrecht

1.2.1 Een oud nieuw paradigma

Aan de verbindende kracht van contracten liggen, zo betoogde Nieuwenhuis in 1979, drie onlosmakelijk met elkaar verbonden beginselen ten grondslag: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het *causa-*

3 Het gaat hierbij om ontwikkelingen met betrekking tot de ketensamenwerking en circulaire inkoop. Zie bijv. F. Cafaggi, ‘Regulation through contracts: Supply-chain contracting and sustainability standards’, *European Review of Contract Law* 2016/3, p. 227.

4 Denk aan claims ter voorkoming van schade: A.L.M. Keirse, ‘Schadevoorkomingsclaims’, *Letsel & Schade* 2017, afl. 2, p. 6 e.v. en T. Hartlief, ‘Leefbaar Nederland’, *NJB* 2017/94, p. 2303.

5 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. A.J. Spier; Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JA 2021/93, m.nt. B.A. Kuiper-Slenderbroek.

6 Een pleidooi om nieuwe waarden en standaarden in het goederenrecht te verankeren is gehouden door B. Akkermans, ‘Duurzaam Goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?’, *TPR* 2018, afl. 3, p. 1437-1470. Zie ook de Preadviezen KNB 2019 *Duurzaam wonen – Juridische drempels op de weg naar duurzamer wonen*, Den Haag: Sdu 2019.

7 Streep, AA 2018/7-8; S.E. Bartels, ‘Juridische drempels op de weg naar duurzaam wonen’, *WNPR* 2019/7241, p. 432-435; Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326.

8 Buiten het privaatrecht doen zich ook dergelijke herijkingsoefeningen voor. Noemenswaardig zijn de ontwikkelingen in het (aan het consumentenrecht nauwverwante) mededingingsrecht waarover Jansen & Beeston, *M&M* 2020, afl. 4.

beginsel.⁹ Het eerste beginsel, de partijautonomie, impliceert dat sprake is van contractsvrijheid: de vrijheid voor (handelingsbekwame) partijen om te bepalen met wie zij waarover een contract sluiten is, samen met de vrije verhandelbaarheid van goederen, de basis van de vrijheid van handel en industrie.¹⁰ Dit zelfbeschikkingsrecht maakt in theorie zelfontplooiing mogelijk. Aan die contractsvrijheid worden van oudsher grenzen gesteld: inhoud en doel van het contract (de eerdergenoemde *causa*) mogen niet in strijd komen met de wet, de openbare orde en de goede zeden en het opgewekte vertrouwen van de wederpartij dient te worden beschermd. De drie beginselen, mits gerespecteerd, houden elkaar in evenwicht. De fundamenteën van ons contractenrecht zijn volgens Hartlief het beginsel van de contractvrijheid, het beginsel van de vormvrijheid of het consensualisme en de regel dat afspraak inderdaad afspraak is: *pacta sunt servanda*.¹¹ Rechtsvergelijking leert dat de beginselen die aan de bindende kracht van overeenkomsten ten grondslag worden gelegd een dubbele gedachte weerspiegelen: de rechtsorde moet het zelfbeschikkingsrecht van individuen beschermen (1) omdat het sluiten van (vrije) contracten de optimale allocatie van schaarse middelen mogelijk maakt (2).¹² De eerste gedachte is grofweg herleidbaar tot het private belang bij een vrije keuze, de laatste gedachte houdt verband met het publieke belang van een goede marktwerking.

Deze dubbele gedachte gaat helaas niet altijd op. Wanneer de contractsvrijheid een optimale verdeling van schaarse middelen niet bevordert, kan de individuele partijautonomie worden beknot omwille van het publieke belang.¹³ In de oorlogsjaren en periode daarna is de contractsvrijheid beperkt om de eerlijke verdeling van schaarse middelen te garanderen.¹⁴ Tegenwoordig ziet sectorspecifieke wetgeving toe op de gelijke distributie van bepaalde basisvoorzieningen zoals water, energie of communicatiediensten.¹⁵ Ingrijpen in de contractuele verhouding is ook nodig wanneer individuen niet, althans in mindere mate, over hun zelfbeschikkingsrecht beschikken en die verhouding uit balans is. Sommige contractspartijen zijn, door onwetendheid of een afhankelijke situatie, niet in staat tot zelfbepaling en behoeven extra bescherming tegen een sterkere wederpartij.

9 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979 waarover P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.4.3.

10 W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I)', *WPNR* 2005/6607, p. 79-85.

11 Hartlief 1999.

12 C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 9 met verwijzing naar Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1996), § 24 e.v.

13 Jansen 2003, p. 133 e.v.

14 Van Boom 2020, p. 28.

15 Zie bijv. het themanummer *WPNR* 2013/6998. Dit terrein wordt ook wel aangeduid als *regulatory contract law*.

De informatie en onderhandelingsmacht zijn in zo'n geval ongelijk verdeeld. Dat door deze zogenoemde informatieasymmetrie of scheve machtsverhouding de autonomie van bepaalde kwetsbare partijen onder druk staat, met als gevolg een onevenwichtige contractuele verhouding, wordt ook al langer onderkend.¹⁶ Al aan het begin van de vorige eeuw zijn bijzondere wetten in het leven geroepen ter bescherming van bijvoorbeeld de huurkoper of de arbeider. Recent is daar de franchisenemer bijgekomen.¹⁷ Zowel het private belang van de bescherming van de zwakke contractspartij als het publieke belang van een optimale allocatie van goederen rechtvaardigt het stellen van grenzen aan de contractsvrijheid van de sterkere partij. Beide rechtvaardigingsgronden liggen evenwel in elkaars verlengde. Sectorspecifieke marktordenende regels, zoals die betreffende de levering van basisvoorzieningen, beogen zowel publieke als private belangen te beschermen. In sommige gevallen wordt de autonomie van beide partijen begrensd, soms is alleen de vrijheid van de dominante partij beperkt, teneinde die van de afhankelijke partij te 'vergroten'. In dat laatste geval wordt behalve het publieke belang, ook het private belang van de zwakere contractspartij beschermd.¹⁸

Hartkamp en Sieburgh onderscheiden op hun beurt vijf beginselen van contractenrecht: (1) het autonomiebeginsel; (2) het vertrouwensbeginsel; (3) het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid; (4) het beginsel van de trouw aan het gegeven woord; en (5) het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid.¹⁹ Ook hier is een in de bescherming van zowel private als publieke belangen gelegen begrenzing van de contractsvrijheid identificeerbaar. Het derde beginsel ziet specifiek op de noodzaak de ongelijkwaardigheid tussen partijen te compenseren en te repareren door de zwakkere contractspartij in bescherming te nemen. Het maatschappelijk rechtvaardigheidsbeginsel wordt onderscheiden van dat van de maatschappelijke aanvaardbaarheid, die inhoudt dat de contractsvrijheid wordt begrensd door de fundamentele waarden van de samenleving. Tussen het derde en het vijfde door Hartkamp en Sieburgh genoemde beginsel, ofwel tussen de te waarborgen private en publieke belangen, is geen sprake van een strikte scheidslijn. De bescherming van de zwakke wederpartij raakt aan de verdelende rechtvaardigheid, die op haar beurt maatschappelijk wordt aanvaard. Zonder bescherming van de kwetsbare contractant dreigt een maatschappelijke ontwrichting en het vastlopen van de markteconomie. De maatschappij is, zo volgt uit de aangehaalde

16 Houben, AA 2017/7-8, p. 603 met verwijzing naar Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III 2014/41-49; Jansen 2003, p. 148.

17 Wet van 1 juli 2020 (Wet franchise) (*Stb.* 2020, 251). Zie hierover Hartlief, *NJB* 2017/1392.

18 Houben, AA 2017/7-8, p. 604.

19 Asser/Sieburgh 6-III 2018/3.1.

dubbele gedachte, gebaat bij het maximaliseren van de door de contractsvrijheid gefaciliteerde zelfontplooiing. Het mededingingsrecht volstaat immers niet om de markt ordentelijk te laten opereren. Dat het derde en het vijfde beginsel nauw samenhangen, blijkt ook duidelijk uit de jurisprudentie. In het verleden werden de openbare orde en goede zeden aangewend om onereuze algemene voorwaarden uit contracten te schrappen.²⁰ Een in een ongelijkwaardige contractuele verhouding opgelegd, voor de afhankelijke partij nadelig beding komt niet slechts in strijd met het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, maar ook met het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid. Dit volgt bijvoorbeeld uit de toetsing van een te hoge rente (woekerrente) aan artikel 3:40 lid 1 BW. Het hof achtte een jaarrente van meer dan 1.000% 'moreel onaanvaardbaar'.²¹ Kanttekening verdient dat de openbare orde en goede zeden pas in beeld komen wanneer een moreel-ethische grens is overschreden. Dit zal niet bij iedere onrechtvaardige contractsinhoud het geval zijn.

1.2.2 Een Europees paradigma

Het verband tussen het private belang bij de bescherming van de partij-autonomie van de zwakke contractspartij en het publieke belang van een vlotte marktwerking wordt sterker in het licht van de Europese harmonisatie van het consumentencontractenrecht. Het beschermend contractenrecht is ingrijpend veranderd onder invloed van de voor de Europese eenwording noodzakelijk geachte consumentenbescherming. Het waarborgen van het contractuele evenwicht tussen consument en professionele wederpartij is veelal instrumenteel voor de totstandkoming van de interne markt²² en daarmee tot een publiek, lees 'openbaar belang' geworden. Dit benadrukt het Hof van Justitie in zijn rechtspraak met betrekking tot de ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht.²³ Over de Richtlijn oneerlijke bedingen (1993/13/EEG) overwoog het Hof dat 'die tot doel heeft de bescherming van de consument te bevorderen, overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap'.²⁴

20 Denk aan het beding dat aansprakelijkheid voor schade uitsluit die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid: HR 14 april 1950, NJ 1951/17, m.nt. Houwing (*Röntgenstralen*).

21 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354, JOR 2011/348, m.nt. R.I.V.F. Bertrams.

22 Art. 114 VWEU vormt de grondslag voor harmoniserende wetgeving op het gebied van het consumentenrecht.

23 HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, r.o. 35-38 (*Elisa Maria Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium*).

24 *Mostaza Claro*, r.o. 37.

De dubbele ratio van het Europees consumentenrecht – bescherming van de zwakke consument en totstandbrenging van de welvaartsvergroten-
 interne markt – vertaalt zich meer nog dan in het nationale beschermend
 contractenrecht naar een balanceeract tussen private en publieke belan-
 gen.²⁵ Dit is duidelijk zichtbaar bij de handhaving en sanctionering van
 inbreuken op consumentenrechten. Beide hebben een publieke en een
 private dimensie waarbij de publiekrechtelijke kolom het publieke belang
 waarborgt door bij grootschalige schendingen van de economische belan-
 gen van consumenten handhavend op te treden en de civielrechtelijke
 kolom van oudsher de private belangen behartigt. In recente jaren verdis-
 conteert de civiele rechter echter in toenemende mate het publieke belang
 in zijn uitspraken, hiertoe aangespoord door het Hof van Justitie. Illustra-
 tief voor het handhavende optreden van de civiele rechter zijn de eerder-
 genoemde ambtshalve toepassing van aan de open orde gelijkwaardige
 normen uit het consumentenrecht²⁶ en het opleggen van afschrikkende
 sancties.²⁷

De economische internemarkt doelstelling botst met een hoog niveau
 van bescherming. Vertaald naar privaatrechtelijke begrippen belemmert
 een verregaande inperking van de contractsvrijheid van de handelaar de
 vrije handel. De bescherming van de consument als zwakke partij zou
 daarom, zo luidt de kritiek, ongeschikt worden gemaakt aan de eco-
 nomische beleidsdoelstelling.²⁸ Door de Europese inmenging in het con-
 tractenrecht zou de *bescherming* van de consument als zwakke partij naar
 de achtergrond zijn verdwenen.²⁹ Dit neemt niet weg dat de consumen-
 tenbescherming op zich in toenemende mate als een grondslag van de
 Europese harmonisatie van het contractenrecht wordt gezien. Artikel 169
 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vormt de
 grondslag voor het Europees consumentenbeleid. Consumentenbescher-
 ming is voorts opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de
 Europese Unie (art. 38). Binnen het Europees consumentencontracten-
 recht is in dit opzicht een ontwikkeling zichtbaar die het beschermings-

25 Over de verhouding tussen Europees en nationaal privaatrecht: Cherednychenko, *MLR* 2021. Bij de in dit preadvies besproken regels van Europees contractenrecht is sprake van ‘substitution’ ofwel van een ‘shift in the governance of private law relationships from national level to EU level’, p. 22 e.v.

26 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, TBR 2019/177, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Intermaris*).

27 Pavillon 2020a, p. 29-34.

28 Zie bijv. Hesselink, *ERPL* 2007/3, p. 323; Van Schagen, *ERPL* 2014/1, p. 70; zowel Duiven-
 voorde 2014, p. 220 als G. Howells, T. Wilhelmsson & Ch. Twigg-Flesner, *Rethinking
 EU Consumer Law*, Routledge 2017, p. 325-327 bekritisieren in dit verband de techniek
 van de maximumharmonisatie.

29 Micklitz, *JCP* 2012, p. 283 e.v., 289. Zie echter par. 1.3.1 voor een tegengeluid.

recht loskoppelt van de marktgedachte en juist ophangt aan de eerder aangehaalde fundamentele waarden van de samenleving.

De zogenoemde constitutionalisering van het privaatrecht stelt grenzen aan de contractsvrijheid, die nauw samenhangen met de bescherming van de consument.³⁰ Binnen het Europees consumentencontractenrecht wordt aangesloten bij politieke grondrechten (recht op toegang tot de rechter en tot effectieve remedies³¹) en bij sociaaleconomische grondrechten (recht op huisvesting³²). De onredelijk bezwarend-norm biedt bijvoorbeeld ruimte voor het mee laten wegen van fundamentele rechten.³³ Overwegingen van sociale rechtvaardigheid hebben in de Spaanse huizen crisis geleid tot een activistische houding van lagere rechters, die bereid bleken nationaal (proces)recht opzij te zetten daar waar dit schuurde met morele opvattingen.³⁴ Van een aansluiting bij het aan duurzaamheidsdoelstellingen gekoppelde recht op leven en/of een ongestoord gezinsleven³⁵ is bij de toepassing van open normen ter bescherming van de consument evenwel nog geen sprake geweest. Het maatschappelijke debat over verduurzaming en klimaatverandering en bijbehorende morele overtuigingen hebben nog geen rol van betekenis gespeeld in de rechtsvorming in het Europees consumentencontractenrecht. Dit kan mogelijk worden verklaard doordat geschillen waarin deze opvattingen een rol zouden kunnen spelen dan in het nadeel van de consument zouden worden beslecht. Denkbaar is dat de rechter geen ruimte ziet binnen het toepasselijke dwingendrechtelijk normenkader om deze opvattingen mee te laten wegen en beschermende regels opzij te schuiven.

1.2.3 Beschermingsinstrumenten in het BW

De bescherming van de zwakke partij als waarborg van zowel private als publieke belangen rechtvaardigt dat paal en perk aan de contractsvrijheid van de handelaar wordt gesteld. Autonomie wordt als beginsel vergezeld

30 Houben, AA 2017/7-8, p. 603-604; C. Mak, *NTM/NJCM-bull.* 2008, p. 770.

31 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2500, *TBR* 2012/19, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; zie ook Van Duin 2020.

32 HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, r.o. 38 (*Sanchez Morcillo*).

33 Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak waarin een verbod op een schotel in een sociale huurwoning in strijd werd geacht met het recht op vrije nieuwsgaring van art. 10 EVRM: Rb. Utrecht 7 november 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB8981.

34 C. Mak, *TvC* 2015, afl. 4, p. 177; Iglesias Sanchez, *CMLR* 2014/3, p. 955-956.

35 Vgl. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.9 en 4.4.10, *JA* 2021/93, m.nt. B.A. Kuiper-Slendeboek.

door paternalisme,³⁶ solidariteit³⁷ en fraternalisme^{38, 39} Als zwakke contractspartij zijn, behalve de consument, ook de huurder, de werknemer en de franchisenemer aangemerkt. Boek 7 bevat tal van beschermende regels ten behoeve van zwakkere wederpartijen. De bekendste zwakke wederpartij is evenwel de consument of particulier. Aan zijn bescherming zijn zelfs in Boek 6, met betrekking tot het algemene overeenkomstenrecht, bijzondere regels gewijd. In mijn preadvies richt ik mij op de bescherming van de consument ofwel van de ‘natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ (art. 6:236 BW).⁴⁰

Het hoofdzakelijk in het BW opgenomen consumentencontractenrecht is voor een groot deel afkomstig uit Europese richtlijnen. De naar minimumharmonisatie strevende Richtlijnen oneerlijke bedingen (1993/13/EEG) en consumentenkoop (1999/44/EG) vormen bekende voorbeelden. Sinds de eeuwwisseling zijn hier maximumharmoniserende richtlijnen bijgekomen zoals de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG), de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) en de nieuwe Richtlijnen digitale inhoud ((EU) 2019/770) en consumentenkoop ((EU) 2019/771). De Commissie geeft thans duidelijk de voorkeur aan maximumharmoniserende richtlijnen, waarvan een lidstaat niet mag afwijken, ook niet ten voordele van de consument. Niet al het consumentencontractenrecht is evenwel van Europese origine: zo valt de koop van onroerende zaken of de aannemingsovereenkomst⁴¹ grotendeels buiten het bereik van de Europese harmonisatie.

36 Vgl. W.H. van Boom, M.L. Tuil & W. Dijkshoorn (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008 en het pleidooi van Van Asch voor meer paternalisme bij het aanbieden van informatie, p. 53 e.v.

37 O.O. Cherednychenko, ‘Contractsvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?’, *Contracteren* 2004, afl. 3, p. 60-61.

38 A.L.M. Keirse, ‘Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord’, *Contracteren* 2009, afl. 4, p. 106.

39 E.H. Hondius, ‘De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

40 Er worden verschillende definities van de consument gebezigd. Ingevolge art. 6:230g lid 1 onder a BW is dat ‘iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen’. In de qua formulering iets afwijken-de definities komen wel dezelfde elementen terug: de consument is een natuurlijke, niet zakelijk handelende persoon: Schaub, *TvC* 2017, afl. 1, p. 31.

41 C.M.D.S. Pavillon, ‘De Titel Aanneming van werk in een consumentenrechtelijk perspectief’, *TBR* 2018/136.

Een van de meest gebruikte instrumenten in het consumentencontractenrecht is het toedichten van een dwingend karakter aan een rechtsregel.⁴² Bestaande bepalingen van aanvullend recht kunnen speciaal voor consumententransacties tot dwingend recht worden bestempeld. Ook kunnen nieuwe dwingendrechtelijke bepalingen worden uitgevaardigd. Dwingend recht kent verschillende modaliteiten:

- van de wettelijke bepaling mag in het geheel niet worden afgeweken (art. 6:246 BW);
- van de wettelijke bepaling mag niet ten nadele van de consument worden afgeweken (het zogenoemde semi-dwingend recht zoals bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW: art. 6:230i lid 1, 7:6 lid 1 en 7:862 BW);
- van de wettelijke regeling mag worden afgeweken bij standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW (art. 7:2 lid 4, 7:8, 7:26 lid 4, 7:242 lid 1, 7:755 en 7:769 BW);
- van de wettelijke bepaling mag alleen bij individueel beding worden afgeweken (art. 7:6 lid 2 BW).

In hun contractuele verhouding zijn partijen gebonden aan dwingend recht. Onderwerp van dwingend recht zijn allereerst vormvoorschriften. Een schriftelijkheidseis moet voorkomen dat de consument al te lichtvaardig een overeenkomst sluit (art. 7:2 lid 1 en 6:230v lid 6 BW). Voorts is van dwingend recht een veelheid aan (pre)contractuele verplichtingen die de professionele partij heeft jegens de consument. Deze verplichtingen betreffen in grote lijnen:

- het verstrekken van volledige, duidelijke en begrijpelijke informatie (art. 6:230l e.v., 6:233 onder b en 7:60 BW);
- het behoeden van de consument voor het sluiten van overhaaste, voor hem nadelige contracten (art. 6:230u BW en de kredietwaardigheidstoets uit art. 4:34 Wet op het financieel toezicht (Wft); vormvoorschriften en bedenktijden dragen hier ook aan bij);
- het tijdig leveren (art. 7:9 BW) en garanderen van de conformiteit van het gekochte (art. 7:17 lid 1 BW).

De consument heeft recht op de naleving van deze verplichtingen en kan, om deze af te dwingen, verschillende remedies inroepen. De consument heeft rechten in alle fasen van het contract, van het recht tot herroeping van een buiten de verkoopruimte of op afstand gesloten overeenkomst (art. 6:230o BW, zie ook art. 7:2 lid 2 BW bij de koop van een woning) tot het recht om stilzwijgend verlengde duurovereenkomsten, met een maand opzegtermijn, te beëindigen (art. 6:237 onder o BW). Het consumentencontractenrecht bakent de verplichtingen van de consumenten zo duidelijk

42 Loth 2009; Van Boom 2020, p. 28. Kritisch op dit instrument is: Wagner 2011. Hij bepleit de mogelijkheid tot opties (voor meer of minder bescherming). Vgl. Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 1, p. 26 m.b.t. het herroepingsrecht.

mogelijk af, van bijvoorbeeld de verplichting tot de betaling van de koopprijs (art. 7:26 lid 1 BW) tot de vergoeding van de kosten van terugzending van een product (art. 6:230s lid 2 BW). De klachtplicht bij non-conformiteit is neergelegd in artikel 7:18 lid 2 BW.

Uitleg speelt een centrale rol in het consumentencontractenrecht.⁴³ De omvang van contractuele verplichtingen is, waar sprake is van open normen, niet wettelijk vastgelegd. Daarbij geeft de open norm bij minimumrichtlijnen slechts een (vaak onduidelijke) ondergrens aan. Het is aan partijen om die omvang nader te bepalen. Een rechter zal de inhoud van de contractuele afspraken in geval van een geschil uitleggen en aan die normen toetsen. Bij deze uitleg- en toetsingsexercitie kan de rechter terugvallen op rechtspraak van hogere nationale rechters en, indien aanwezig, de jurisprudentie van het Hof van Justitie. De *inhoudelijke* controle van contracten vormt ook een wezenlijke pijler van het beschermend contractenrecht. Om het gebruik van onevenwichtige algemene voorwaarden tegen te gaan en deze voorwaarden op hun inhoud te beoordelen, is een aparte regeling in het leven geroepen met lijsten van in consumentencontracten verboden en verdachte bedingen (art. 6:236 en 6:237 BW). Met uitzondering van transparante kernbedingen, kunnen bedingen aan de onredelijk bezwarend-toets worden onderworpen. Doorstaan zij die toets niet, dan zijn zij vernietigbaar. Strijd met dwingend recht ter bescherming van de consument leidt voorts, onder de voorwaarde dat aan artikel 3:40 lid 3 BW is voldaan, tot vernietigbaarheid van het beding of de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.⁴⁴ De schending van informatieverplichtingen leidt in de praktijk langs die baan tot de vernietigbaarheid van de overeenkomst.⁴⁵ Bij de schending van Europees consumentenrecht stelt de rechter die vernietigbaarheid ambtshalve vast. Het ingrijpen door de rechter in de contractuele verhouding is aldus gemeengoed geworden in het consumentenrecht.

De consument ontleent tot slot bescherming aan de wilsvertrouwensleer, de wilsgebreken en aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zowel hun aanvullende als hun beperkende werking). Hoewel deze normen niet specifiek zijn toegesneden op de verhouding tussen professionele partij en consument, bieden zij ruimte om de onwenselijke gevolgen van een ongelijkwaardige contractsrelatie te corrigeren. De in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde mededelings- en zorgplichten geven het contractenrecht een sociaal gezicht. De (inmiddels wettelijk vastgelegde)

43 De verplichting om voor tweeërlei uitlegging vatbare bedingen *contra proferentem* uit te leggen is voorts verankerd in art. 6:238 lid 2 BW.

44 Zie ook art. 6:193j lid 3 BW.

45 Vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. J. Hijma (*Gratis Telefoon II*) en Parket bij de Hoge Raad 16 augustus 2021, ECLI:NL:PHR:2021:758.

bancaire zorgplicht is een voorbeeld van een uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid afgeleide verplichting voor de professionele partij jegens haar klant. Bij de toepassing van de beperkende werking ex artikel 6:248 lid 2 BW speelt de hoedanigheid van partijen een belangrijke rol: bij ongelijkwaardige partijen is van die werking sneller sprake.

1.3 Kritiek op het consumentencontractenrecht

1.3.1 De kritiek op de 'categoriale'⁴⁶ bescherming

Laat het kalibreren van dit instrumentarium met behulp van de huidige beschermingsstandaard afwijkende waarden zien? Een deel van de kritiek op het consumentencontractenrecht richt zich op het gebrek aan adequate bescherming van de echt zwakke consument, dat wil zeggen de consument die laaggeletterd is, diep in de schulden is geraakt of de razendsnelle digitale ontwikkelingen niet kan bijbenen. Er wordt helaas weinig (empirisch) onderzoek gedaan naar de vraag of genoemde instrumenten doeltreffend zijn. Een uitzondering betreft de informatieverstrekking (hierna par. 4.3). Zij zou geen geschikt instrument vormen om de zwakke consument te beschermen. Informatieplichten zijn veelal toegesneden op de uit het handelspraktijkenrecht afkomstige maatstaf van de gemiddeld geïnformeerde consument.⁴⁷ Diverse onderzoeken hebben betrekking op de discrepantie tussen het vanuit Europa opgelegde beeld van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument⁴⁸ die op basis van de informatie de economische gevolgen die voortvloeien uit de overeenkomst kan inschatten enerzijds,⁴⁹ en de werkelijkheid anderzijds.⁵⁰ Er is dan ook kritiek op het hanteren van een te veeleisende maatman – die uit het handelspraktijkenrecht – in het consumentencontractenrecht.⁵¹ Deze kritiek is terug te voeren op het feit dat de doelstellingen van het consumentencontractenrecht – bescherming van de zwakke contractspartij en vlotte werking van de interne markt – op gespannen voet staan met elkaar (hiervoor par. 1.2.2). Een te hoog niveau van bescherming belemmert de marktwerking en het private belang wordt door het hanteren van genoemde maatman ondergeschikt gemaakt aan het publieke belang van de eenwording van de interne markt.⁵² Ontwikkelingen op het terrein van de handhaving – het publiekrechtelijk

46 Deze term ontleen ik aan Hartlief, *WPNR* 2004/6564, p. 109.

47 De Jager & Pavillon 2020, p. 308.

48 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, r.o. 37 (*Gut Springenheide*).

49 Vgl. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 74 (*Kasler*); HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, r.o. 47, TvC 2016, afl. 2, m.nt. M.R. van Dam (*Van Hove*).

50 Vgl. Duivenvoorde 2014, p. 177 e.v.

51 Luzak, TvC 2020, afl. 2, p. 272-273.

52 Micklitz, JCP 2012, p. 289.

toezicht, collectieve acties en ambtshalve toepassing – vragen om maatmannen, objectieve maatstaven en veralgemeniseerde criteria. Betoogd is dat er niettemin meer differentiatie tussen consumenten mogelijk en ook nodig is, en dat in de individuele contractuele verhouding niet te snel moet worden teruggevallen op een referentieconsument.⁵³ Met de bepleite differentiatie en concretisering kan ook de kritiek op het gebrek aan bescherming van de ‘echt’ zwakke consument worden ondervangen. Overigens is al sprake van een zekere mate van differentiatie al naar gelang de afgenomen diensten of producten⁵⁴ en biedt genoemde maatman ook ruimte voor een flexibele toepassing (art. 6:193a lid 2 BW). Verdedigbaar is zelfs dat de beschermingsstandaard, die het kalibreren mogelijk moet maken, geen eenduidige standaard vormt. Bij de ambtshalve toepassing van consumentenrecht geniet de consument immers een (zeer) hoog niveau van bescherming omdat hij in de procesrechtelijke context als ‘onwetend’ en ‘onbemiddeld’ wordt gezien.⁵⁵

Waar volgens sommige auteurs de consumentenbescherming niet ver genoeg gaat, is er in de juridische literatuur andersom ook kritiek op een te hoog niveau van bescherming en, in het verlengde hiervan, op het uitgangspunt dat de particulier niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf een ‘categoriale’ bescherming verdient.⁵⁶ Deze kritiek raakt rechtstreeks aan de ratio van het beschermend contractenrecht: de autonomie van de consument is per definitie beperkt (in Hartliefs woorden, hij kan ‘zijn eigen boontjes niet doppen’⁵⁷) en er is (veel) bescherming nodig om de consument bij te staan wanneer hij een contract sluit met een professionele partij. Critici pleiten voor het loslaten van een (in hoofdlijnen) ‘categoriale’ bescherming. Bescherming is alleen gerechtvaardigd ‘in geval van een wezenlijke disbalans tussen partijen, waarbij financiële of economische afhankelijkheid dan wel een grote kennis- en informatieachterstand in de weg staan aan normaal functioneren van de

53 Luzak, TvC 2020, afl. 2, p. 272. Zie ook V. Mak, ‘De gemiddelde consument: Van fictie naar feit’, AA 2017/7-8, p. 592-599.

54 Cherednychenko, MLR 2021, p. 33-34 wijst op de differentiatiemogelijkheden binnen het financiële recht waarin sprake is van ‘complementarity’ tussen EU-recht en nationaal privaatrecht. Zij acht deze mogelijkheden echter beperkt in het ‘substitution’-model waarvan sprake is bij algemene voorwaarden en koop.

55 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo*); C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 720.

56 Hartlief, *Contracteren* 2003, afl. 1; Hartlief, WPNR 2004/6564. Recentere kritiek betreft die op de ambtshalve toepassing van informatieplichten en verregaande bescherming tegen oneerlijke bedingen: Jongeneel, *NJB* 2021/1393.

57 Hartlief, *NJB* 2018/1236.

contractvrijheid zodat onevenredige benadeling reëel is'.⁵⁸ Sommige consumenten beschikken over voldoende kennis en onderhandelingsmacht om die eigen boontjes te doppen. Het bestaande dwingendrechtelijk arsenaal leidt tot betutteling en de veronachtzaming van de eigen verantwoordelijkheid van de consument.⁵⁹ Het hoge niveau van bescherming kan de consument bovendien verleiden om zich opportunistisch op te stellen.⁶⁰ Te veel bescherming keert zich uiteindelijk tegen de consument doordat de prijzen stijgen⁶¹ of doordat verschillende regelingen elkaar doorkruisen.⁶² In beide opzichten wordt er kritiek geuit op bedenktijden en bijbehorende herroepingsrechten.⁶³ Recent zijn ook vraagtekens geplaatst bij de vergaande sancties op de schending van (dwingend) consumentenrecht en het feit dat bij het sanctioneren van inbreuken het evenredigheidsbeginsel uit het oog wordt verloren.⁶⁴ Om de effectiviteit van het consumentenrecht te waarborgen moet een remedie laagdrempelig blijven en is een financiële tegenprestatie van de consument bij ongedaanmaking van een overeenkomst niet snel aan de orde.⁶⁵ De kritiek op het 'doorgeschooten'⁶⁶ niveau van bescherming wordt niet door iedereen gedeeld. Er zijn voldoende voorstanders van een hoog niveau van consumentenbescherming.⁶⁷ Zij vinden steun voor hun standpunt in empirische bronnen die aantonen dat de gekozen maatman enerzijds en de handhaving van het consumentenrecht en daartoe beschikbare remedies anderzijds, tekortschieten.⁶⁸

58 Hartlief, *NJB* 2018/1236 met verwijzing naar Schelhaas, *AA* 2018/9, p. 689. Zie Van Boom in deel 2 van deze Preadviezen 2021, p. 180-181.

59 Hartlief, *Contracteren* 2003, afl. 1, p. 12 en *WPNR* 2004/6564, p. 108, wijst op de particulier die zich in de optiehandel begeeft.

60 Pavillon, *TvC* 2016, afl. 5, p. 242.

61 Hartlief, *Contracteren* 2003, afl. 1, p. 9-10; Hartlief, *WPNR* 2004/6564, p. 109.

62 Zie bijv. Hartlief, *Contracteren* 2003, afl. 1, p. 12 en N. Huppes, C.M.D.S. Pavillon & T.L. Wildenbeest, 'De fabel van het gratis mobieltje', *NTBR* 2019/5, p. 28.

63 Hartlief, *Contracteren* 2003, afl. 1, p. 12; Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 26 met verwijzing naar O. Bar-Gill & O. Ben-Shahar, 'Regulatory Techniques in Consumer Protection. A Critique of European Consumer Contract Law', *CMLR* 2013, p. 120-121.

64 Pavillon 2020a, p. 29; Jongeneel, *NJB* 2021/1393.

65 *Gratis Telefoon II*, r.o. 3.16.

66 Houben, *AA* 2017/7-8, p. 600 en 603 met verwijzing naar Hartlief 1999 en Loth 2009/24.

67 Zie bijv. de proefschriften van Duivenvoorde 2014 en Van Duin 2020.

68 Dit laatste kwam naar voren tijdens de evaluatie van de werking van het consumentenrecht in 2017 (REFIT). Het Hof van Justitie is wat betreft de effectieve toegang tot deze remedies in de laatste decennia wellicht de meest fervente verdediger van consumentenrechten gebleken. Zie H.-W. Micklitz & N. Reich, 'The Court and Sleeping Beauty: the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', *CMLR* 2014/3, p. 778-780 en de rechtspraak inzake de ambtshalve toepassing.

In het verlengde van de kritiek op de mate van bescherming van de consument is er kritiek op de sterke focus op de *consument* als beschermenswaardige partij. Waarom staat de consument in de schijnwerpers en niet de oudere, gehandicapte of armere wederpartij? Deze wederpartijen zijn niet het onderwerp van een 'categoriale' bescherming. Betoogd kan worden dat ook zij consumenten zijn en dat zij in het kader van het consumentenrecht ook extra worden beschermd (vgl. art. 6:193a lid 2 BW). De kritiek op de consument als eerste begunstigde van beschermend contractenrecht wordt luider nu de groep zwakkere commerciële partijen die geen bijzondere bescherming krijgt steeds groter wordt. De consument is niet de enige beschermenswaardige partij. Door de strikte definitie van het consumentbegrip, vallen kleine professionele partijen buiten de boot.⁶⁹ In recente jaren was er volop aandacht voor de onheuse bejegening van de kleine ondernemer door energieleveranciers. De bescherming van zwakkere commerciële partijen is intussen wel toegenomen; zij vindt plaats aan de hand van instrumenten als de bancaire zorgplicht en de nieuwe franchisewetgeving (zie hierover het Preadvies van Van Boom).⁷⁰ Het grote aandeel van het consumentenrecht binnen het beschermend contractenrecht wordt hiermee iets kleiner.

1.3.2 *De gespannen relatie tussen consumentencontractenrecht en ecologische duurzaamheid*

Sinds enige tijd zwelt de kritiek op het consumentenrecht verder aan, met als mikpunt de gespannen relatie tussen de met dank aan de consumentenbescherming florerende consumptiemaatschappij enerzijds (het zogenoemde consumentisme) en het in het licht van de klimaatcrisis noodzakelijke streven naar (ecologische) duurzaamheid anderzijds.⁷¹ Die spanning wordt al langer onderkend,⁷² maar de kritiek op de contraproductieve bijdrage van delen van het consumentenrecht aan een duurzame, circulaire economie wordt steeds scherper.⁷³ Met name de dwingendrechtelijke regeling die de consument beschermt bij *koopovereenkomsten* staat op onderdelen in de weg aan circulair gedrag. Een in de literatuur veel besproken knelpunt is de keuzevrijheid tussen de remedies die de

69 Schaub, TvC 2017, afl. 1. Dergelijke zwakkere professionele wederpartijen zijn veelal aangewezen op het mechanisme van de reflexwerking. Zie voorts Houben, AA 2017/7-8 en Schelhaas, AA 2018/9.

70 Hartlief, NJB 2017/1392, p. 1801.

71 Vgl. ook de gespannen relatie tussen mededingingsrecht en duurzaamheid: Jansen & Beeston, M&M 2020, afl. 4.

72 Zie Wilhelmsson, JCP 1998 en Tonner, JCP 2000 die ruim twintig jaar geleden al een herijking bepleitten.

73 Zie Maitre-Ekern & Dalhammar, MJECL 2019 en de in 2019 bij Intersentia verschenen bundel *Circular Economy and Consumer Protection* (redactie door B. Keirsbilck & E. Terryn); Keirsbilck e.a. 2020.

consument tot zijn beschikking heeft indien hij een product aanschafft dat gebrekkig blijkt te zijn.⁷⁴ De meest duurzame want levensduurverlengende en afvalbeperkende oplossing is dan herstel. De bestaande en ook nieuwe koopregels hanteren evenwel een ander uitgangspunt: de consument mag in beginsel kiezen voor vervanging in plaats van reparatie.⁷⁵ Deze keuzevrijheid wordt slechts beperkt indien de kosten van vervanging onevenredig hoog zijn en vervanging dus niet van de verkoper mag worden verlangd. In de praktijk zijn vaak de kosten van reparatie onevenredig hoog, omdat veel producten zich slecht laten repareren. De consument krijgt, tot zijn grote tevredenheid, al snel een vervangend product aangeboden.⁷⁶ Een tweede knelpunt met het oog op de circulaire economie is het feit dat de consument die een geslaagd beroep doet op de non-conformiteit van het gekochte volgens de Nederlandse rechter geen genoegen hoeft te nemen met een *refurbished* product.⁷⁷ Ook het herroepingsrecht bij koop op afstand wordt als problematisch beschouwd.⁷⁸ De negatieve impact op het milieu van het online shoppen en massaal (vaak gratis) terugsturen van producten is meermalen uitgebreid in het nieuws belicht.⁷⁹ Deze milieubelasting bestaat uit enerzijds het bezorgproces (verpakkingen, vervoer) en anderzijds de verspilling die ontstaat doordat een grote hoeveelheid geretourneerde zaken niet opnieuw wordt verhandeld. Vernietiging hiervan is voor bedrijven economisch vaak interessanter dan reinigen en opnieuw verkopen. In Nederland worden jaarlijks zo'n 1,23 miljoen onverkochte, deels geretourneerde, nieuwe kledingstukken vernietigd.⁸⁰ Consumenten gaan bovendien niet altijd even zorgvuldig om met het retourrecht door de geretourneerde zaken niet slechts te 'testen' maar ook uitgebreid te gebruiken. Hoewel dit punt in het kader van de REFIT door bedrijven is opgeworpen,⁸¹ heeft het geen invloed gehad op de besluitvorming inzake

74 Terryn, TvC 2018, afl. 3, p. 126-129; V. Mak & Lujinovic, *EUCML* 2019/1; Terryn, *ERPL* 2019/4, p. 851-873.

75 Onder de nieuwe regels is ook de mogelijkheid van ontbinding verder uitgebreid: V. Mak & Op Heij, TvC 2021, afl. 5.

76 V. Mak, TvC 2017, afl. 4, p. 187. De contractuele garantie die wordt aangeboden aan consumenten (voordeel voor de consument is dat hij dan geen bewijslast draagt voor de non-conformiteit) is ook vaak gericht op vervanging.

77 Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, TvC 2017, afl. 4, p. 183, m.nt. V. Mak en Rb. Amsterdam 18 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2519.

78 *E-commerce and the trade-off between consumer protection and sustainability*, Berlijn: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2020.

79 Zie bijv. nrc.nl/nieuws/2019/09/12/heen-en-weer-a3973016; 'Retour rumoer – de groei-pijn van onze bezorgingsstaat', app.nos.nl/op3/pakjes/index.html; nos.nl/nieuwsuur/artikel/2270363-retourzendingen-hoofdpijndossier-maar-ook-een-kans-voor-webwinkels.html; nos.nl/artikel/2213576-webwinkels-waarschuwen-spoedbezorging-niet-goed-voor-het-milieu.html; L. van der Velden, 'Hoe webwinkels worstelen met onze retouren', *Het Financieel Dagblad* 2 februari 2019.

80 Vgl. nos.nl/artikel/2117383-nieuwe-kleren-onnodig-vernietigd.html.

81 Vgl. de Evaluatie van de Richtlijn consumentenrechten, SWD(2017)169 def., p. 39.

de aanpassing van de Richtlijn consumentenrechten waarin het herroepingsrecht is verankerd.⁸² De bedenktijd is onaangeroerd gebleven.⁸³

Opvallend is dat de gegeven voorbeelden deels aansluiten bij de eerdergenoemde 'oudere' kritiek op het consumentencontractenrecht. De gespannen relatie tussen consumentenbescherming en ecologische duurzaamheid houdt ten eerste nauw verband met de vraag naar differentiatie tussen verschillende typen consumenten. Het miskennen van de eigen verantwoordelijkheid van de maatman-consument⁸⁴ is juist daar waar de groene transitie op het spel staat, een veelgehoord kritiekpunt.⁸⁵ De gespannen relatie is ten tweede voorts (deels) terug te voeren op het (mede door het Hof van Justitie voorgeschreven) hoge niveau van consumentenbescherming. Of een consument die tien broeken online bestelt om er negen te retourneren de huidige grote mate van bescherming verdient, is omstreden. Een hoog niveau van bescherming als niet duurzaam beschouwen is evenwel te kort door de bocht. Er zijn voldoende redenen aan te dragen waarom een hoog niveau van consumentenbescherming de ecologische duurzaamheid juist ten goede komt.⁸⁶ Langere bewijsvermoedens ten aanzien van de conformiteit van zaken versterken de positie van de consument en sporen bedrijven aan om producten van betere kwaliteit op de markt te brengen (die niet gedurende de periode van het bewijsvermoeden de geest geven). Een strikte omgang met wettelijke garantierechten kan bedrijven ertoe brengen om af te zien van geplande verouderingstechnieken (hierna par. 4.5.1).

In de derde plaats is de sterke focus op de *consument* als beschermenswaardige partij discutabel voor zover deze focus tot doel heeft het consumeren te bevorderen. De Duitse emeritus hoogleraar Micklitz legt in een recente bijdrage de vinger op de zere plek.

'Consumer law follows the market rationale. Consumer law is intrinsically tied to the market and its relevance for the society we are living in. If the gross income in the EU results basically from consumption – 54,4% – then consumption is needed for sustaining and growing the economy. The rationale of the market requires the consumer to buy ever more products and to constantly replace the old ones with new ones. The more the consumer buys, the better it is for the economy.'⁸⁷

82 Deze aanpassing vindt plaats door middel van de zgn. Moderniseringsrichtlijn.

83 De lobby van consumentenorganisaties was een succesvolle: eesc.europa.eu/en/news-media/press-releases/consumer-summit-2018-new-deal-consumers-must-be-fair-deal-all.

84 Hartlief, *WPNR* 2004/6564, p. 109.

85 Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 235: 'We need to open Pandora's box and discuss the responsabilisation of the consumer.'

86 Pavillon, *WNPR* 2020/7283; Pavillon 2020b, p. 56.

87 Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 230.

De aan het (Europees) consumentenrecht ten grondslag liggende gedachte dat het aanzetten tot de aankoop van nieuwe zaken (ofwel de lineaire economie) en daarmee ook de veroudering van producten, de interne markt en dus de welvaart bevorderen, staat op gespannen voet met de transitie naar een circulaire economie. Waar consumentenrecht, door de ruime aandacht voor consumentenkoopregels, aanspoort tot meer consumptie, vraagt de groene transitie juist om minder consumptie (het zogenoemde 'consuminderen'). Het Europese consumentenrecht en de afgekondigde *Green Deal*⁸⁸ zijn op dit punt moeilijk te verenigen.

1.4 De omvang van de herijking

Te veel of juist te weinig bescherming, wie beschermen en met welk doel? De hiervoor besproken kritiek op het consumentencontractenrecht noopt tot een heroverweging van de gehanteerde beschermingsstandaard, waarna het instrumentarium van het consumentencontractenrecht opnieuw gekalibreerd kan worden. De eerder besproken kritiek op de negatieve effecten van met name consumentenkoopregels draait om botsende economische en milieubelangen. Het hanteren van duurzaamheid als ijkpunt leidt er – zo wordt gevreesd⁸⁹ – toe dat de bescherming van economische consumentenbelangen erop achteruit gaat. Een hogere drempel opwerpen voor de uitoefening van het herroepingsrecht is een voorbeeld van een dergelijke 'stap terug'. De uitgesproken zorgen raken anderzijds ook aan het kostenplaatje: wie gaat de kosten van de verduurzaming dragen? Hoe verdelen wij deze kosten zo *eerlijk* mogelijk over de twee contractspartijen?⁹⁰

Consumentenbescherming draait om het mogelijk maken van goed geïnformeerde keuzes en om de bevordering van zelfontplooiing. Het *beschermend* contractenrecht heeft als doel het terugdringen van de informatie-asymmetrie en het corrigeren van de scheve (onderhandelings)machtsverhoudingen. De kernvraag is of de herijking aan het primaire (naar Europees recht, instrumentele) doel van de consumentenbescherming raakt – de partijautonomie van de consument als zwakke partij waarborgen – of aan het secundaire (ofwel eind)doel hiervan – de optimale werking van de (interne) markt. In het laatste geval gaat het erom dat de (interne) markt in dienst komt te staan van de transitie naar een circulaire, duurzame economie en dat die transitie (mede) wordt bewerkstelligd door de adequate bescherming van de consument als zwakke contractspartij, met name bij het uitrollen van nieuwe circulaire bedrijfsmodellen.

88 Mededeling inzake de *Green Deal*, COM(2019)640 final.

89 Vgl. Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1209.

90 Pavillon 2020b, p. 20.

Dat het te dienen publieke belang aldus verschuift, neemt niet weg dat het beschermend contractenrecht het maken van bewuste welingelichte keuzes en het beschermen tegen de nadelige gevolgen van slecht geïnformeerde keuzes voorop blijft stellen. De consument krijgt betere informatie over de duurzaamheid van producten, wordt beschermd tegen *greenwashing* maar blijft uiteindelijk vrij om niet-duurzame keuzes te maken en wordt ook daarbij beschermd. Het *tweaken* van het na te streven einddoel doet aldus geen afbreuk aan de bescherming van het individuele ofwel private (economische) belang van de consument. Dit vergt aanpassingen die niet raken aan de primaire ratio van het consumentencontractenrecht: het beschermen van de keuzevrijheid van de consument als zwakke partij staat niet ter discussie. Wel mogelijk is om bestaande regels te ijken en na te gaan of zij nodig zijn voor de beoogde zelfontplooiing en het terugbrengen van de ongelijkheid tussen partijen. Is de ongelijkheid zo groot dat de huidige uitgebreide testmogelijkheid bij online aankopen gerechtvaardigd is,⁹¹ of mag het ook een 'onsje minder' zijn, zonder aan de primaire ratio van de regeling voorbij te gaan? Ik noem deze herijking de 'lichte herijking' omdat het uitgangspunt een 'categoriale' bescherming van de partijautonomie van de consument blijft. Bij een lichte herijking kan er kritiek ontstaan op de gezien het einddoel noodzakelijke bijstelling van het bestaande beschermingsniveau (waar die bescherming 'doorgeschoten' lijkt te zijn). De verwachting is echter dat bij een herijking *light* men heel voorzichtig zal zijn met het afpakken van verworven rechten, dit met het oog op het draagvlak voor de te realiseren transitie.

Vraag is wel of de herijking van het einddoel – aangejaagd wordt niet langer een lineaire maar een circulaire economie – mogelijk is zonder het primaire doel van consumentenbescherming ter discussie te stellen. De herijking van het einddoel zal immers ook de ratio van het beschermend contractenrecht betreffen, dat is de veronderstelde noodzaak de keuzevrijheid van de consument als zwakke partij te waarborgen. Beargumenteed kan worden dat het hanteren van duurzaamheid als ijkpunt automatisch met zich brengt dat die noodzaak wordt heroverwogen. De gedachte van een volle herijking stoelt op de aangehaalde bijdrage van Micklitz.⁹² Hij duidt deze verschuiving aan als volgt: 'Individual autonomy, the legacy of the enlightenment, would be sacrificed on the altar of the public interest, the need for a circular economy.'⁹³ Dat een consument de mogelijkheid moet hebben om een online gesloten contract te herroepen, is dan niet langer gegeven. Terryn en Van Gool stelden recent voor om gratis terugzendingen te verbieden en het dwingende karakter van

91 Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 1, p. 24.

92 Micklitz, EUCML 2019/6 stelt een vergaande differentiatie tussen de (boven)gemiddeld geïnformeerde en de kwetsbare consument voor. Zie hierna par. 4.2.1.

93 Micklitz, EUCML 2019, p. 235.

het herroepingsrecht af te schaffen.⁹⁴ Denkbaar is ook dat consumenten (evenals bedrijven) worden verplicht om te kiezen voor herstel. De partij-autonomie van de consument wordt dan begrensd in plaats van bevorderd en bestaande mechanismen afgebouwd voor zover zij niet-duurzame keuzes faciliteren. Bij een volle herijking verdient juist de duurzame consument, de consument als *citizen*,⁹⁵ bescherming in de contractuele relatie. Als duurzaamheid de wijze van consumeren gaat bepalen, dan ook de wijze van bescherming. De bescherming van de duurzame consument houdt vanzelfsprekend ook in dat die consument, die duurzaam wil contracteren maar hiertoe redelijkerwijs niet in staat is, wordt ondersteund en beschermd door extra maatregelen. Hier komt onvermijdelijk een zekere differentiatie bij kijken. Deze vraag is actueler dan ooit met de ontwikkeling van deelplatformen en het groeiende aantal *prosumers*.⁹⁶ Bij een volle herijking is een 'categoriale' bescherming van de consument als *afnemer* van diensten en producten niet langer vanzelfsprekend.

De noodzaak om het consumentencontractenrecht te herijken, waarbij ecologische duurzaamheid als (een van de) ijkpunt(en) fungeert, is in de literatuur reeds geopperd.⁹⁷ De recente kritiek en de implementatie van de *Green Deal* kunnen beleidsmakers en wetgevers enerzijds en handhavers, dat wil zeggen rechters en toezichthouders anderzijds, mogelijk dat extra zetje geven. In dit preadvies bespreek ik de concrete uitwerking van een herijking van het consumentencontractenrecht, waarbij duurzaamheid het nieuwe ijkpunt vormt (par. 4). Ik sta eerst stil bij de hanteerbaarheid (par. 2) en inpasbaarheid (par. 3) van duurzaamheid als ijkpunt van consumentenbescherming.

2. Duurzaamheid als nieuw ijkpunt: hanteerbaarheid

2.1 Ecologische duurzaamheid

De hiervoor besproken kritiek op de negatieve (externe) effecten van het consumentencontractenrecht in termen van duurzaamheid betreft de impact van regels die de consument beschermen op het twaalfde ontwikkelingsdoel van de Verenigde Naties (VN): verantwoorde consumptie en (in het verlengde hiervan) productie. Deze doelstelling behelst de zorg voor een duurzaam beheer en efficiënt gebruik van natuurlijke hulpbronnen.

⁹⁴ Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 2, p. 25-26.

⁹⁵ Wilhelmsson, JCP 1998; V. Mak & Terryn, JCP 2020, p. 233.

⁹⁶ Zie hierover V. Mak in haar Leidse oratie *De prosument en de digitale economie. Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst*, uitgesproken op 15 oktober 2021.

⁹⁷ Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 2, p. 28 achten het 'nodig die bescherming opnieuw te bekijken in het kader van een meer omvattende evenwichtsoefening'.

Het produceren van onze goederen moet met het oog op de groeiende wereldbevolking veel zuiniger: ‘meer produceren met minder’. Bij doelstelling 12 draait het om het minimaliseren van het verbruik van natuurlijke grondstoffen en energie opdat de vervuiling die ontstaat bij de winning van grondstoffen en verwerking daarvan tot materialen en producten alsook het afval worden teruggedrongen. Verduurzaming van consumptie en productie dienen ertoe om de natuur te sparen, de materiële voetafdruk van de mens te verminderen en als gevolg hiervan de verandering van het klimaat tegen te gaan.⁹⁸ Het verwezenlijken van die doelstelling raakt dus aan de ecologische duurzaamheid in de zin van de doelstellingen 6 (Schoon water en sanitair), 7 (Betaalbare en duurzame energie), 13 (Klimaatactie), 14 (Leven in het water) en 15 (Leven op het land). Deze ecologische duurzaamheid wordt bewerkstelligd door de overgang van een lineaire economie naar een circulaire economie.⁹⁹ Het is aan bedrijven om door middel van productieprocessen circulaire producten te maken en aan te bieden. Er kunnen verschillende bedrijfsmodellen worden onderscheiden al naar gelang hergebruik (recyclingbedrijven), verlenging van de levensduur (*repairshops*), het delen (deelplatformen) of het aanbieden als diensten van producten (*leasemaatschappijen*) als verdienmodel wordt gehanteerd.¹⁰⁰ Deze modellen bepalen de toegang van consumenten tot circulaire producten.

Het product als dienst-model bewerkstelligt de overgang van ‘bezit naar gebruik’ en de zogenoemde verdienstelijking van de economie.¹⁰¹ In dat kader wordt gesproken van *servitization* van producten of van de *productization* van diensten.¹⁰² In plaats van een product aan te schaffen, neemt de consument een dienst af waarbij dat product wordt uitgeleend en ook hersteld en onderhouden door (of op kosten van) de professionele partij. De circulariteit wordt gewaarborgd door de verkoper en/of producent, die meer belang heeft bij de lange levensduur van het product dan bij het verkopen van zo veel mogelijk producten. Vereist is wel dat het gebruik van het product door de consument ook duurzaam is en dat de dienstverlener zijn groene beloftes (reparatie, onderhoud en recycling) nakomt.¹⁰³

98 Zie undp.org/sustainable-development-goals/responsible-consumption-and-production.

99 Zie cpb.nl/publicatie/circulaire-economie-economie-en-ecologie-in-balans.

100 Zie voor een beschrijving van deze bedrijfsmodellen: economie.rabobank.com/publicaties/2015/juli/de-potentie-van-de-circulaire-economie/ en Schmidt, M&R 2017/120.

101 *Rijksbrede programma Circulaire Economie de bouwstenen voor een circulair Nederland in 2050*, p. 10. Zie hierover ook: V. Mak, AA 2018/7-8 en Streep, AA 2018/7-8; Schmidt, M&R 2017/120.

102 Over de bescherming van de consument bij dit specifieke model is reeds gepreadviseerd: Van Schaick 2019; V. Mak 2019; Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019.

103 Hojnik, RECIEL 2018/2, par. 3.2.

Behalve de verdienstelijking van de economie staat ook de deeleconomie in het teken van de vanuit duurzaamheidsoverwegingen wenselijk geachte overgang van bezit naar gebruik. Door gebruik te delen worden minder producten aangeschaft. Voor de zogeheten *sharing economy* geldt dezelfde kanttekening als voor de verdienstelijking: onderzoek heeft uitgewezen dat gebruik niet *per definitie* groener is dan bezit, als dit gebruik niet duurzaam is. Zo blijkt dat wanneer consumenten niet langer eigenaar zijn van een product, zij hier minder zorgvuldig mee omgaan.¹⁰⁴ De bijdrage van de deeleconomie aan de verduurzaming hangt voor een belangrijk deel af van een zorgvuldige omgang door de consument met het afgenomen product. Voorwaarde is ook dat er daadwerkelijk minder producten worden aangeschaft. Wie denkt aan duurzaamheid, denkt ook aan producten die langer meegaan en dus opgeknapt en gerepareerd kunnen worden.¹⁰⁵ Dit vergt dat de geplande veroudering van producten wordt tegengegaan en dat het herstellen van producten niet onmogelijk of onevenredig prijzig is. Daartoe is vereist dat (reserve)onderdelen en handleidingen beschikbaar zijn.

Over wat ecologisch duurzaam is, bestaat onenigheid. De Europese Commissie heeft begin 2021 criteria voorgesteld aan de hand waarvan projecten en activiteiten in talrijke sectoren worden gerangschikt op duurzaamheid. De taxonomieverordening die aanleiding gaf tot de vaststelling van deze criteria¹⁰⁶ bepaalt welke soorten energiegebruik bijdragen aan het behalen van de klimaatdoelen en verzekert investeerders dat ze hun geld in groene projecten steken. De vraag of aardgas en kernenergie als duurzame energievormen moeten worden beschouwd, laat Brussel vooralsnog onbeantwoord. Ook over het groene karakter van andere energiebronnen heerst verdeeldheid. Dat houtkap en biomassa als groen worden bestempeld, acht de pan-Europese consumentenorganisatie Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) misleidend.¹⁰⁷

Doordat ecologische duurzaamheid een open, moeilijk meetbaar containerbegrip vormt, biedt het op zich weinig houvast. Duurzaamheid kan daarom slechts als ijkpunt fungeren voor beleid en regelgeving indien het concept handen en voeten krijgt. De keuze voor bepaalde criteria ter bepaling van duurzaamheid is aan beleidsmakers (vergelijk de eisen die aan labels worden gesteld). De nadere invulling van het ijkpunt duurzaamheid is veelal politiek van aard, al kan de politiek zich bedienen van wetenschappelijk onderzoek naar de impact van beleid op concrete aspecten,

104 Demyttenaere, Dewit & Jacoby 2016.

105 Maitre-Ekern & Dalhammar, *RECIEL* 2016, p. 378-394.

106 Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen (*PbEU* 2020, L 198/13).

107 rd.nl/artikel/924333-europese-commissie-stelt-regels-voor-groene-investeringen-voor.

zoals de hoeveelheid afval die wordt geproduceerd. Maar ook wetenschappelijke onderzoeksuitkomsten zijn vaak onderwerp van discussie. Kritiek is er bijvoorbeeld op de gehanteerde methodologie en de vraag of bepaalde uitkomsten kunnen worden veralgemeniseerd. Effecten van bepaalde bedrijfsmodellen (zoals deelplatformen) op het milieu zijn lang niet altijd eenduidig vast te stellen.¹⁰⁸ Dit maakt de controle op misleidende milieucclaims ook bijzonder lastig.¹⁰⁹ Bij het vervaardigen van nieuwe regels is een solide onderbouwing van de te verwachten effecten van groot belang (hierna par. 2.4).

2.2 Duurzame ontwikkeling en het ruimere duurzaamheidsbegrip

Duurzaamheid wordt veelal geassocieerd met de transitie naar een circulaire economie omwille van milieu en klimaat. Duurzaamheid als concept heeft echter, zo volgt uit de aangehaalde VN-ontwikkelingsdoelen, ook een duidelijke sociaaleconomische dimensie: armoedebestrijding, gezondheid, onderwijs, gendergelijkheid, eerlijk werk en dito economische groei, vrede en justitie vormen een greep uit de niet direct op het milieu betrekking hebbende, door de VN gestelde ontwikkelingsdoelen. Duurzaamheid moet derhalve breder worden benaderd dan vanuit het enkele perspectief van de transitie van een lineaire naar een circulaire economie. De VN-commissie-Brundtland definieerde in 1987 duurzame ontwikkeling als 'een ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie, zonder de behoeften van toekomstige generaties, zowel hier als in andere delen van de wereld, in gevaar te brengen'. Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) vraagt een duurzame ontwikkeling om een 'ideaal evenwicht tussen ecologische, economische en sociale belangen. Alle ontwikkelingen die op technologisch, economisch, ecologisch, politiek of sociaal vlak bijdragen aan een gezonde aarde met welvarende bewoners en goed functionerende ecosystemen, zijn duurzaam'.¹¹⁰ Duurzame ontwikkeling vergt een ingewikkelde balanceeract waarin ecologische, sociale en economische aspecten worden samengebracht.

108 J. Jung & Y. Koo, 'Analyzing the Effects of Car Sharing Services on the Reduction of Greenhouse Gas (GHG) Emissions', *Sustainability* 2018, 10/2, p. 539 tonen aan dat de overgang van privéautobezit of openbaar vervoer naar *carsharing* niet zonder meer tot een vermindering van de CO₂-uitstoot leidt. Dit hangt af van een veelheid aan factoren zoals de vraag of de gedeelde auto's elektrisch rijden.

109 De ACM heeft hiertoe een leidraad duurzaamheidsclaims uitgebracht: acm.nl/nl/publicaties/leidraad-duurzaamheidsclaims. Uitgebreid hierover: Koolhoven & Pavillon, *SEW* 2022, afl. 3.

110 Zie cpb.nl/publicatie/circulaire-economie-economie-en-ecologie-in-balans.

In de literatuur en beleidsdocumentatie worden doorgaans drie dimensies van duurzaamheid onderscheiden.¹¹¹ Naast de ecologische duurzaamheid waar de vorige paragraaf reeds op inging, wordt ook gestreefd naar sociale en naar economische duurzaamheid. Sociale duurzaamheid raakt aan de armoedebestrijding, de kwaliteit van woon- en werkomstandigheden, de toegang tot sociale voorzieningen en het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie.¹¹² Een duurzame economie biedt alle ruimte om activiteiten te ontwikkelen die ecologisch en sociaal duurzaam zijn. Deze activiteiten dienen wel winstgevend te zijn opdat investeringen in de andere twee facetten van duurzaamheid mogelijk blijven.¹¹³ Economische duurzaamheid is aldus een noodzakelijke voorwaarde om ecologische en sociale duurzaamheid te bereiken.¹¹⁴ Duurzaamheid als ijkpunt hanteren komt neer op 'a more integrated understanding of the economic, environmental, and social pillars of sustainability'.¹¹⁵

Wat het hanteren van duurzaamheid in ruime zin als ijkpunt bijzonder ingewikkeld maakt, is dat er onenigheid bestaat over de onderlinge verhouding tussen de verschillende dimensies van duurzaamheid. Discussie is er ten aanzien van de vraag hoe beslissend de ecologische duurzaamheid is ten opzichte van de andere twee dimensies. Is er sprake van een hiërarchie tussen de drie dimensies, waarbij de economische duurzaamheid ondergeschikt is aan de sociale en ecologische duurzaamheid? Of zijn alle dimensies gelijkwaardig en even doorslaggevend? Aanleiding voor deze discussie is de spanning die er tussen de verschillende dimensies bestaat en zichtbaar wordt wanneer een dimensie voorrang krijgt.¹¹⁶ Het aanmoedigen van *servitization* kan, door de toegenomen langdurige financiële verplichtingen die consumenten in dat kader aangaan, schulden in de hand werken die sociale duurzaamheidsdoelstellingen als de armoedebestrijding frustreren.¹¹⁷ Ook de energietransitie heeft repercussies op deze doelstellingen, getuige de noodzaak om tegelijk met deze transitie de pro-

111 Purvis, Mao & Robinson, *Sustainability Science* 2019; Hazenberg 2017, p. 87 e.v.

112 Vgl. de Aanbeveling Toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen, COM(2018)132 final, p. 2.

113 Zie het Actieplan duurzame groei financieren COM(2018)97 final. In het financiële recht zijn veel initiatieven gericht op het verduurzamen van investeringen: D. Busch, 'Kroniek financieel recht', *NJB* 2020/1218, p. 1276-1280.

114 Vgl. het nieuwsbericht van de Europese Commissie 'De groene transitie financieren: Het investeringsplan voor de Europese Green Deal en het mechanisme voor een rechtvaardige transitie', januari 2020, ec.europa.eu/regional_policy/nl/newsroom/news/2020/01/14-01-2020-financing-the-green-transition-the-european-green-deal-investment-plan-and-just-transition-mechanism.

115 R.H.W. Boyer, N.D. Peterson, P. Arora & K. Caldwell, 'Five approaches to social sustainability and an integrated way forward', *Sustainability* 2016/8, p. 878.

116 Vgl. De Snoo, *Bb* 2019/76.

117 Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019, p. 31-35 en V. Mak 2019, p. 73.

blematiek van energiearmoede aan te pakken.¹¹⁸ Dat voor investeringen in groene voorzieningen leningen moeten worden aangegaan, doet verschillende vragen rijzen: wie zal deze leningen verstrekken en wie komt voor deze leningen in aanmerking? Zijn de bestaande en herziene regels inzake consumentenkrediet toekomstbestendig?¹¹⁹ Uit de duurzaamheidsmonitor van ABN AMRO volgt dat consumenten met lage inkomsten zwaarder worden getroffen door de vergroening en minder besparingsmogelijkheden hebben.¹²⁰ Bestaande sociaaleconomische ongelijkheden worden aldus versterkt.¹²¹ Een laatste voorbeeld is de kritiek op de deeleconomie in termen van sociale duurzaamheid: de uitbuiting en uitholling van de arbeidsrechtelijke positie van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) door platformen is veelvuldig in het nieuws geweest.¹²²

In sommige modellen worden de drie dimensies van duurzaamheid gepresenteerd als drie pijlers of overlappende cirkels. De drie dimensies staan hierin (deels) los van elkaar en kunnen (tot op zekere hoogte) afzonderlijk van elkaar worden gerealiseerd. In andere modellen is sprake van concentrische cirkels waarin ecologische duurzaamheid de grootste cirkel en dus overkoepelende dimensie vormt, waarbinnen sociale en daarbinnen weer economische duurzaamheid moeten worden bereikt (*nested model*). In het eerste model draait het om het evenwicht tussen de drie aspecten, terwijl in het tweede model *het milieu* de alomvattende dimensie vormt waarbinnen de maatschappij opereert. De economie is op haar beurt onderdeel van de maatschappij.¹²³ Een eenduidige theoretische onderbouwing van deze modellen ontbreekt echter.¹²⁴ Een ander in het kader van het

118 Mededeling van de Europese Commissie inzake de Green Deal, COM(2019)640 final, p. 7. Zie ook V.G.J. Boumans & M. Faase, 'Wie moet de energiebesparingsplicht uitvoeren? De huurder of de verhuurder?', *TvHB* 2021, afl. 2, p. 97-108.

119 Het richtlijnvoorstel COM(2021)347 final bevat impliciete verwijzingen naar sociale duurzaamheid maar duurzaamheid wordt niet genoemd en de rol van kredietovereenkomsten bij de financiering van de groene transitie evenmin.

120 Te raadplegen via: abnamro.nl/nl/zakelijk/insights/sectoren-en-trends/energie/verduurzaming-vergroot-ongelijkheid.html.

121 F. Trentmann, *Empire of Things – How We Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*, City of Westminster: Penguin Books 2016, p. 356-357.

122 Zie bijv. parool.nl/cs-b718680a; www.groene.nl/artikel/uitgehold. Zie ook het CPB-onderzoek *Platformisering en de kwaliteit van werk: een kennissynthese*, 2021.

123 Ravalli 2017.

124 Purvis, Mao & Robinson, *Sustainability Science* 2019 wijzen erop dat 'A consequence of the lack of rigour in the theoretical underpinnings of sustainability and the three-pillar paradigm is the difficulty in producing operational frameworks for the characterisation of sustainability which remain rooted in theory. (...) The inherently political nature of sustainability can often be forgotten, and we should be careful to avoid reproducing models without carefully considering their theoretical basis and the embedded ideology within them. Finally, it should be remembered that sustainability, through its complex and disparate historical origins, remains both context specific and ontologically open, and thus any rigorous operationalisation requires explicit description of how it is understood.'

duurzaamheidsdiscours vaak aangehaald model is dat van de donuteconomie.¹²⁵ Dit model legt een sociaal fundament bestaande uit twaalf elementen (o.a. vrede, gelijkheid, huisvesting, onderwijs) ten grondslag aan een welvarende economie. Deze economie mag het ecologisch plafond niet overschrijden en wordt in het model beschreven als 'de veilige en rechtvaardige ruimte voor de mensheid'.

Duurzaamheid vormt een veelzijdig en moeilijk grijpbaar concept dat alle ruimte laat voor beleidsmatige interpretaties. Het nastreven van een duurzame ontwikkeling vergt dat ecologische, sociale en economische belangen nauwkeurig op elkaar worden afgestemd. De hiërarchie tussen deze belangen en inzet op een bepaald model vragen om een politieke keuze. Het is vooralsnog onduidelijk hoe de Europese Unie en Nederland in het bijzonder de duurzaamheidsdiscussie bejegenen. De opsomming van doelstellingen in artikel 4 VWEU wijst op het pijlermodel. De totstandkoming van de *Green Deal* laat een verschuiving zien naar het concentrische model. Binnen de *Green Deal* is veel aandacht voor een duurzame economische groei en de manier waarop de transitie wordt gefinancierd. Ook rept de Commissie over de bestrijding van energiearmoede. Sociale duurzaamheid staat als gevolg van de pandemie duidelijk op de kaart en volgens de Consumentenagenda 2020 vormt de vergroening van de economie de uitweg uit de crisis. Op nationaal niveau bevat het Rijksbrede programma Circulaire Economie de bouwstenen voor een circulair Nederland in 2050. Daarbij staat de herinrichting van productieprocessen en het ontwerpen van nieuwe, circulaire productiemethodes centraal. Het Rijksprogramma is erop uit om ingesleten, niet-circulaire gedragspatronen bij consumenten, producenten en andere organisaties te doorbreken. In het verlengde hiervan geeft het uitvoeringsprogramma vorm aan de overgang naar een circulaire economie in de jaren 2019 tot en met 2023.¹²⁶ In genoemde programma's is weinig tot geen aandacht voor een afstemming tussen ecologische, economische én sociale duurzaamheidsdoelstellingen. Met name deze laatste poot krijgt weinig aandacht in de beleidsdocumentatie.¹²⁷

125 K. Raworth, *Doughnut economics: seven ways to think like a 21st century economist*, Vermont: White River Junction 2017.

126 rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/02/08/uitvoeringsprogramma-2019-2023.

127 Interessant is de doortastende Franse aanpak: '50 mesures pour une économie 100% circulaire', de *Loi n° 2020-105 anti-gaspillage pour une économie circulaire* waarvan een Engelstalige bespreking raadpleegbaar is via: ecologie-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/en_DP%20PJL.pdf en de *Loi 'Climat et Résilience'* van 22 augustus 2021. Deze wetten hebben ook gevolgen voor het consumentencontractenrecht: ingevoerd zijn aanvullende informatieplichten inzake de eerbiediging van mensenrechten tijdens het productieproces (vgl. art. L. 113-1 *Code de la consommation*) en regels betreffende nieuwe wettelijke garantietermijnen na vervanging (twee jaar) of reparatie (zes maanden). In de laatste wet is meer aandacht voor de sociale dimensie van duurzaamheid.

Beleidsmakers zullen bij het uitvaardigen van nieuw consumentenrecht een doordachte keuze moeten maken voor een bepaald model, althans voor de onderlinge afstemming van de drie dimensies van duurzaamheid. Bij het vooropstellen van ecologische duurzaamheid dient men zich hoe dan ook rekenschap te geven van de noodzaak de sociale en economische dimensies van duurzaamheid in het uit te voeren beleid mee te nemen. Voor de handhavers van consumentencontractenrecht is van groot belang dat het beleid enige houvast biedt ten aanzien van de te maken afwegingen. Campbell wijst op de kansen die de spanning tussen de verschillende duurzaamheidsdimensies biedt bij het initiëren van nieuw beleid: 'despite the perhaps inevitable criticisms of immeasurability and vagueness, sustainability has endured as a central principle in urban planning because its oppositional engagement with social justice and economic development continually reinvigorates sustainability planning, keeps the term relevant and inclusive, and grants the task of urban planning greater urgency'.¹²⁸ Wat geldt voor een duurzame ruimtelijke ordening geldt in zekere zin ook voor het consumentencontractenrecht: de spanning tussen ecologische duurzaamheid, economische groei en sociale rechtvaardigheid onderstreept de urgentie van creatieve, inclusieve regels gericht op de groene transitie.

2.3 Van *social justice* naar sociale duurzaamheid als ijkpunt

Of de genoemde circulaire bedrijfsmodellen economisch duurzaam zijn, hangt onder meer af van de juiste balans tussen rechten en plichten van aanbieders en afnemers van diensten en producten, en van een goede taak- en risicoverdeling.¹²⁹ De sociale duurzaamheid van nieuwe modellen is afhankelijk van hun rechtvaardigheid (eerbied voor de (grond-)rechten van producenten, aanbieders en afnemers) en van hun toegankelijkheid, lees inclusiviteit in brede zin (prijs, gebruiksvriendelijkheid). Het deelmodel vraagt om aandacht voor de positie van (particuliere en kleine commerciële) aanbieders. Het is gelet op de hiervoor uiteengezette duurzaamheidsstriptiek interessant om na te gaan hoeveel aandacht er in het consumentencontractenrecht reeds uitgaat naar de sociale dimensie van duurzaamheid. De kritiek in de literatuur is gericht op de gespannen relatie tussen consumentenbescherming en *ecologische* duurzaamheid. Hoe verhoudt consumentenbescherming zich tot sociale duurzaamheid?

De relatie tussen (aspecten van) sociale duurzaamheid en Europees consumentencontractenrecht kent een lange geschiedenis. In deze geschiedenis draait het vooral om de vraag of sociale rechtvaardigheid ten grondslag ligt

128 Campbell, *Michigan Journal of Sustainability* 2013/1.

129 Vgl. Schmidt, *M&R* 2017/120, par. 5.1 met betrekking tot circulaire duurovereenkomsten.

of zou moeten liggen aan de bescherming van de consument als zwakke contractspartij en aan de verwachtingen die zij mag koesteren ten aanzien van de afkomst en vervaardiging van de door haar afgenomen diensten en producten.¹³⁰ Sociale rechtvaardigheid is gebaseerd op een politiek-filosofische stroming waarin *distributive fairness* en de eerlijke toegang tot basisbehoeften vooropstaan. In 2004 was het pleidooi voor een stevige verankering van dit sociaaldemocratische gedachtegoed in het Europees privaatrecht heel krachtig. In dat jaar verscheen de *New Manifesto for Social Justice*, waarin de *Study Group on Social Justice in European Private Law* concrete voorstellen deed voor een herijking van het Europees privaatrecht (waarvan het consumentenrecht de hoofdmoot vormt) met sociale rechtvaardigheid als ijkpunt.¹³¹ Dit Europees privaatrecht dient bovenal de (interne) markt en zou meer aandacht moeten schenken aan de sociale rechtvaardigheid en eerbiediging van grondrechten. De studiegroep brak destijds een lans voor het heroverwegen van de grondslagen van het beschermend contractenrecht van Europese afkomst.¹³² Hun kritiek had onder meer betrekking op het feit dat er over de grondslagen van het Europees contractenrecht geen publiek debat plaatsvond. Rond die tijd werden door de Commissie plannen gesmeed voor een herziening van het Europees contractenrecht en burgers zijn niet betrokken bij deze, door 'Brussel' geïnitieerde herziening.¹³³ Het door het Manifesto voorgestelde ijkpunt sluit aan bij dat van de sociale duurzaamheid. Sociale rechtvaardigheid is in beginsel duurzaam omdat hiermee grondrechten worden geëerbiedigd, armoede wordt bestreden en gelijkheid wordt bevorderd. Er is in latere regelgeving weinig gedaan met de input van de studiegroep. De hoop op een Europees BW vervloeg al snel, de secundaire wetgeving die uit het Actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht¹³⁴ is voortgekomen is vroegtijdig gesneuveld en zo niet, dan had zij weinig 'sociaals' om het lijf.

De politiek gevoelige, tot op heden weinig vruchtbare *social justice*-discussie zou in het kader van de thans voorgestelde herijking plaats kunnen maken voor een debat over hoe het consumentencontractenrecht de verschillende duurzaamheidsdoelen kan dienen: 'the concept of sustainability, indeed,

130 E.H. Hondius, 'Sociale rechtvaardigheid: de bijdrage van het privaatrecht', *AA* 2013/3, p. 197.

131 G. Brueggemeier e.a., 'Social Justice in European Contract Law: A Manifesto', *European Law Journal* 2004, p. 653-674; M. Fabre-Magnan, 'What is a modern law of contracts?', *ERCL* 2017/4, p. 376-388.

132 Het VBR Preadvies over barmhartigheid en privaatrecht lag in het verlengde van het Manifesto en stipte vergelijkbare manco's op het gebied van sociale rechtvaardigheid in het consumentenkredietrecht aan: J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (Preadviezen 2017, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

133 Ravalli 2017, p. 6-7.

134 Mededeling COM(2003)68 def.

is less ideological than the notion of justice, without losing its normative dimension'.¹³⁵ Dat sociale rechtvaardigheid in de (minder politiek beladen) sleutel van duurzaamheid wordt geplaatst, mag er echter niet toe leiden dat sociale rechtvaardigheid *an sich* naar de achtergrond verdwijnt. Zoals Campbell opmerkt ten aanzien van beleidsvorming inzake ruimtelijke ordening: 'We should keep the sustainability-social justice debate open, evolving and in a creative tension. The two impulses arguably do not arise from the same social histories or institutions, and therefore cannot – at least for now – be merged without important stakeholders losing out'.¹³⁶ De dreigende toename van sociaaleconomische ongelijkheden vraagt om aandacht, ongeacht het duurzaamheidsmodel dat als uitgangspunt fungeert (par. 2.2). De Commissie geeft aan zich bewust te zijn van de noodzaak van inclusieve regels die rekening houden met de uiteenlopende draagkracht van consumenten. In de Consumentenagenda 2020 wordt bijvoorbeeld aangegeven dat 'de toegang tot duurzame producten (...) niet (mag) afhangen van het inkomensniveau van een consument of de plaats waar hij woont'.¹³⁷ Campbell beschouwt 'an emphasis on equity as a way to expand the political base for sustainability'.¹³⁸ Anders gesteld: de nadruk op billijkheid en het actief betrekken van alle lagen van de maatschappij bij de groene transitie komen deze alleen maar ten goede.

In de literatuur is aangetoond dat het consumentenrecht, hoewel gericht op economische doelstellingen en het verstevigen van de onderhandelings- en dus marktpositie van de consument, wel degelijk ruimte biedt voor de inachtneming van sociale duurzaamheidsoverwegingen.¹³⁹ Die ruimte is met name geschapen door het Hof van Justitie, dat de weg vrij maakte voor het mee laten wegen van sociaaleconomische grondrechten (van de consument zelf maar ook van derden) bij de toepassing van contractenrechtelijke open normen.¹⁴⁰ De vraag is of de gecreëerde ruimte in ons land wordt benut. Hier zijn vooralsnog weinig aanwijzingen voor (vgl. par. 1.2.2). Een uitzondering vormt de Leidraad duurzaamheidsclaims van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die bij de invulling van de (aan de contractuele remedie ex art. 6:193j lid 3 BW gekoppelde) misleidingnorm geen onderscheid maakt tussen duurzaamheidsclaims inzake de impact op het milieu en claims betreffende sociale aspecten rondom mens

135 Ravalli 2017, p. 9.

136 Campbell, *Michigan Journal of Sustainability* 2013/1.

137 Mededeling COM(2020)696 final, p. 5.

138 Campbell, *Michigan Journal of Sustainability* 2013/1 met verwijzing naar M.D. Oden, 'Equity: The Forgotten E in Sustainable Development', in: S.A. Moore (red.), *Pragmatic Sustainability: Theoretical and Practical Tools*, New York: Routledge 2010, p. 31-49.

139 Vgl. V. Mak 2018, p. 213-230.

140 Iglesias Sanchez, *CMLR* 2014/3, p. 955-956; V. Mak 2018, p. 216-217. Zie voorts: H.-W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European private law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

en werk. In Frankrijk gaat men een stap verder: daar zijn onlangs wettelijke informatieplichten ingevoerd met betrekking tot de sociale omstandigheden waaronder producten worden vervaardigd.¹⁴¹

2.4 Zorgen om effectiviteit

In dit preadvies neem ik als uitgangspunt dat het consumentencontractenrecht een eerlijke transitie naar een circulaire economie kan helpen bewerkstelligen.¹⁴² Maar hoe effectief is het instrumentele gebruik van consumentenrecht en wat is tot op heden de daadwerkelijke bijdrage hiervan aan publieke doelstellingen als de internemarktwerking? Er is op Europees niveau enig onderzoek verricht naar de impact van de harmonisatie van het Europees consumentencontractenrecht maar dit onderzoek schiet tekort.¹⁴³ De recente REFIT is bekritiseerd vanwege een methodologisch onvermogen om het effect van Europese regelgeving op de internemarktwerking te meten.¹⁴⁴ Er zijn overigens genoeg redenen om het veronderstelde effect van het geharmoniseerde beschermingsniveau op de grensoverschrijdende handel in twijfel te trekken, althans te relativiseren. Taalbarrières, afstanden en de gebrekkige handhaving zijn factoren die dit effect doen afnemen. Er wordt voorts openlijk getwijfeld aan de effectieve bijdrage van het *privaatrecht* aan het realiseren van publieke doelstellingen als een andere verdeling van de welvaart.¹⁴⁵ Een dergelijke herverdeling zou veeleer via een belastingstelsel moeten worden bewerkstelligd. In lijn met deze kritiek kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij de bijdrage die de individuele consument¹⁴⁶ en het consumentencontractenrecht kunnen leveren aan de verduurzaming. Vaststaat dat het consumentencontractenrecht slechts een onderdeel is van de mix aan maatregelen die getroffen moet worden om de circulaire economie tot stand te brengen en te bestendigen.¹⁴⁷ *Market based* instrumenten en zelfregulering zijn ook belangrijk. Fiscale maatregelen lijken onmisbaar (vgl. de fiscale voordelen voor reparatiediensten in Zweden), evenals milieuwetgeving en maatregelen op het gebied van afvalverwerking en recycling.

141 De Loi 'Climat et Résilience' van 22 augustus 2021 introduceert art. L. 113-1 en L. 113-2 *Code de la consommation* getiteld *Information sur les conditions sociales de fabrication des produits*.

142 Vgl. Grochowski, *Yearbook of European Law*, 2020/1, p. 387.

143 Van Schagen, *ERPL* 2014/1, p. 81-84.

144 Vgl. E. van Schagen & S. Weatherill (red.), *Better Regulation in EU Contract Law: The Fitness Check and the New Deal for Consumers*, Hart Publishing 2019.

145 Hartlief, *WPNR* 2004/6564, p. 107; Houben, *AA* 2017/7-8, p. 604-605.

146 R. van Iperen, 'Nee, een duurzame wereld begint niet bij jezelf. Een pleidooi tegen consumentenactivisme', *Vrij Nederland* 18 november 2019. Zie ook brainwash.nl/bijdrage/waarom-duurzaam-consumeren-niet-de-oplossing-is.

147 V. Mak & Terry, *JCP* 2020, p. 229 e.v.; Terry & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 16 en 27; Van Gool en Michel, *EUCML* 2021/4, p. 139.

Het succes van de maatregelen ter vergroting van circulair consumentengedrag staat of valt met de omarming hiervan door producent, handelaar én consument. Dan pas zullen gedrag, strategieën en producten worden aangepast. Gedragswetenschappelijke inzichten zullen de herijking moeten ondersteunen.¹⁴⁸ Micklitz stelt in zijn bijdrage vast dat in het proces van herijking de samenwerking moet worden gezocht met de 'law &'-disciplines.¹⁴⁹ De Europese Commissie heeft steeds meer aandacht voor gedragswetenschappelijke inzichten en streeft ernaar de nieuwe regels beter af te stemmen op wat consumenten beweegt om wel of geen duurzaam gedrag te vertonen.¹⁵⁰ Toekomstige wetgeving zou, om effectief te zijn, in grotere mate gebaseerd moeten worden op onderzoek waaruit blijkt wat wel of geen invloed heeft op het gedrag van consumenten.¹⁵¹ Dergelijk onderzoek is reeds beschikbaar maar zou verder moeten worden gefaciliteerd op nationaal en Europees niveau. Sturing van consumentengedrag kan plaatsvinden door informatie en educatie, verboden, verplichtingen en niet in de laatste plaats door financiële prikkels. Een voorbeeld zijn subsidies bij de aanschaf van duurzame producten of een korting van 50 cent wanneer bij de aankoop van een nieuwe fles wijn de lege fles wordt ingeruild.¹⁵² Het eventueel 'afbouwen' van de bescherming in het kader van een volle herijking zal er mogelijk niet direct toe leiden dat minder wordt geconsumeerd. Illustratief is het feit dat consumenten op grote schaal verhuurdiensten afnemen en (deel)platformen gebruiken en zich kennelijk niet laten afschrikken door het lage niveau van consumentenbescherming. Hoewel het de vraag is of de onlinehandel zo'n vlucht had genomen zonder het herroepingsrecht (dat betwijfel ik), zal het nader inperken van dit recht er waarschijnlijk niet (meteen) toe leiden dat er minder online wordt besteld. De toename van de internethandel via Chinese platformen is illustratief voor het feit dat consumenten niet snel worden afgeremd door een laag niveau van bescherming.¹⁵³ Dit alles, meer in het bijzonder het verband tussen beschermingsniveau en consumentenvertrouwen, verdient evenwel nader onderzoek.

148 Zie bijv. Hojnik, Ruzzier & Konečik Ruzzier, *Sustainability* 2019/16 die benadrukken: 'Transition to sustainability is a long-term challenge which should also actively engage consumers, as consumption causes environmental stress.'

149 Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 228.

150 Vgl. de *Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy* uit 2018, online raadpleegbaar op ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf.

151 J.J.A. Braspenning & P. Verbruggen, 'Gedragswetenschappelijke inzichten in het consumentenrecht', *TvC* 2017, afl. 6.

152 Voor dat laatste moet wel eerst naar Amsterdam worden afgereisd... Met dank aan V. Mak voor de tip. V. van der Kooy wees mij op acties bij grote modeketens waarbij oud textiel kan worden ingeleverd in ruil voor een kortingsbon van 15%.

153 Denkkelijk is 'het voor lief nemen' van een lager niveau van bescherming wel gerelateerd aan de prijs van het gekochte.

Dergelijk onderzoek moet aantonen welke verwachtingen men mag koesteren ten aanzien van de bijdrage van het consumentencontractenrecht als marktregulerend rechtsgebied¹⁵⁴ aan de transitie naar een circulaire economie. De Europese Commissie gaat ervan uit dat een consumentenrecht als het recht op herstel een dergelijke bijdrage kan leveren.¹⁵⁵ Opmerkelijk is dat consumentenrechten en -plichten tot op heden geen rol van betekenis spelen in de transitie. Vooralsnog richten Europese en nationale wetgevers zich grotendeels op het bedrijfsleven. Recente Franse en ook Engelse wetten leggen bedrijven aanvullende verplichtingen op die direct ingrijpen in bestaande productieprocessen (bijv. een verbod op het gebruik van bepaalde materialen of de verplichting reserveonderdelen op voorraad te hebben) en handelspraktijken reguleren (bijv. een verbod op misleidende prijsreclame om acties als *Black Friday* tegen te gaan¹⁵⁶ en op reclame voor fossiele energie¹⁵⁷). Hierbij wordt vooral op gedragsverandering aan de kant van bedrijven ingezet. De consument krijgt in deze wetgeving nauwelijks extra rechten of remedies om deze verplichtingen af te dwingen.¹⁵⁸ Niet uitgesloten is dat het gedrag van (rationele) bedrijven beter stuurbaar is dan dat van de (minder rationele) consument.

2.5 Digitalisering en herijking

De ontwikkelingen op het gebied van duurzaamheid mogen niet los worden gezien van de ontwikkelingen op het gebied van digitalisering. Op dit laatste gebied weerklinkt ook de roep om een herijking van het consumentenrecht.¹⁵⁹ Bij de toenemende digitalisering is behalve van informatieasymmetrie en ongelijkheid ook sprake van effectieve *beïnvloeding*. Deze beïnvloeding treft alle consumenten en vergt juist dat in mindere mate wordt gedifferentieerd.¹⁶⁰ Als we deze oproep vertalen naar de beginselen die ten grondslag liggen aan het beschermend contractenrecht (par. 1.2.1), dan wordt de partijautonomie van de consument in de digitale economie nog verder beknot dan in de analoge economie. Gesteld kan dus worden dat waar de verduurzaming om heroverweging van de 'categoriale' bescherming vraagt, de digitalisering en bijbehorend datagebruik juist de

154 Vgl. Van Boom 2020, p. 33-34.

155 Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 7-8.

156 Art. L. 121-4 *Code de la consommation*.

157 Art. 7 *Loi 'Climat et Résilience'* van 22 augustus 2021.

158 Op de zgn. '*right to repair*' laws is wel de nodige kritiek geuit omdat de wetten zich enkel richten tot bedrijven en onvoldoende afdwingbare rechten toekennen aan de consument: [bbc.com/news/business-57665593](https://www.bbc.com/news/business-57665593). Zie echter art. L. 217-13 *Code de la consommation*, waarover par. 4.6.3.

159 Zie Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 231.

160 Duivenvoorde, *TvC* 2021, afl. 4, p. 202-203; Helberger e.a. 2021.

instandhouding van een vergaande 'categoriale' bescherming vergen en één die nauw verstrengeld is met privacybescherming.

De herijking van het consumentencontractenrecht vereist dat digitale ontwikkelingen binnen dit rechtsgebied in de duurzaamheidssleutel worden geplaatst. *Big data* en digitalisering hebben verregaande gevolgen voor de ecologische (denk aan het herroepingsrecht, deelplatformen, apps waarmee het verbruik wordt gemeten, de verplichting tot updates en meer in het algemeen het energieverbruik en de elektronische vervuiling¹⁶¹), sociale (denk aan de digitale geletterdheid en aan profilering of oneigenlijke beïnvloeding) en economische (online prijsdiscriminatie,¹⁶² het 'gratis' karakter van gegevens en verhandelen hiervan) duurzaamheidsdimensies van het consumentencontractenrecht. De digitalisering vormt een zwaarwegende factor bij het bepalen van de omvang van de herijking (par. 1.4). Hoe wenselijk is een volle herijking als de partijautonomie van consumenten door het gebruik van algoritmes steeds verder afneemt? De casus van het herroepingsrecht (hierna par. 4.5.1 en 4.5.3) of van de import van niet-duurzame producten via buitenlandse platformen toont evenwel aan dat ook in een digitale wereld op de consument een zekere verantwoordelijkheid rust. Duurzaamheid vooropstellen houdt in dat, al naar gelang de situatie, naar een passend consumentenbeeld wordt teruggegrepen en dat een abstracte maatman zo nodig wordt losgelaten (par. 4.2).

Of het herijken van het consumentencontractenrecht veel verschil zal uitmaken voor een succesvolle transitie naar een circulaire economie, staat niet vast. Aan het hanteren van ecologische duurzaamheid als ijkpunt kleven nadelen: het concept is niet eenduidig en moeilijk meetbaar. Het vizier enkel richten op ecologische duurzaamheid is bovendien te kortzichtig: voor een duurzame ontwikkeling dienen ook de economische en sociale duurzaamheid te worden versterkt. Duurzaamheid als ijkpunt hanteren vergt aldus de nodige afstemming. Deze lastige evenwichtsoefening wordt verder gecompliceerd door de ontwikkelingen op digitaal gebied. De herijking van het consumentenrecht zal gepaard gaan met veel politieke en academische discussies en, naar ik hoop, met veel wetenschappelijk, multidisciplinair onderzoek. De bij de hanteerbaarheid van duurzaamheid als ijkpunt te plaatsen kanttekeningen vormen evenwel geen voldoende reden

161 Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 15 en noot 5 aldaar.

162 E.D.C. Neppelenbroek, 'Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie', *WPNR* 2016/7110, p. 443-452. Deze vorm van discriminatie raakt vanzelfsprekend ook aan de sociale dimensie van duurzaamheid. Zie voorts K. Heidary & B.H.M. Custers, 'Online prijsdiscriminatie: algoritmische prijspersonalisatie in het licht van het discriminatieverbod en consumentenbescherming', *NJB* 2021/2282, p. 2507-2513.

om van een herijking af te zien, mits deze inpasbaar is in het Europees- en nationaalrechtelijke kader. Hierover gaat paragraaf 3.

3. Duurzaamheid als nieuw ijkpunt: inpasbaarheid

De uiteenlopende kritiek op het consumentencontractenrecht kan grotendeels worden geadresseerd door het streven naar duurzaamheid, in haar verschillende facetten, als ijkpunt te hanteren. Vraag is wel of dit juridisch zomaar kan. Omdat het consumentencontractenrecht (met name het kooprecht) veelal van Europese origine is, dient allereerst het Europeesrechtelijk kader in ogenschouw te worden genomen (par. 3.1). Niet ál het consumentencontractenrecht vloeit evenwel voort uit Europese regelgeving en daar waar de Nederlandse wetgever de ruimte en vrijheid heeft – hetgeen niet altijd eenvoudig kan worden vastgesteld – om ‘eigen’ regels te vervaardigen, rijst de vraag of de nationale grondslag voor het beschermend contractenrecht kan worden herijkt (par. 3.2).

3.1 Het Europeesrechtelijk kader

3.1.1 *Verdragsrechtelijke grondslag*

Volgens artikel 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) brengt de EU een interne markt tot stand en spant zij zich in voor ‘de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu’.¹⁶³ Artikel 6 VEU vormt eveneens een aanknopingspunt bij het vooropstellen van duurzaamheidsdoelstellingen bij de omzetting en uitvoering van (nieuwe) Europese regelgeving. Volgens deze bepaling erkent de Unie de ‘rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (...) dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft’. Artikel 37 van het Handvest bepaalt immers dat: ‘een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling’. Meer in het algemeen zijn ook grondrechten uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (art. 2 en 8) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

163 In art. 3 lid 5 VEU wordt het streven naar een ‘duurzame ontwikkeling van de aarde’ genoemd als een van de doelstellingen van de internationale betrekkingen van de EU.

(IVBPR) (art. 6 en 17) relevant voor de herijkingsexercitie.¹⁶⁴ Wetgever en rechter zijn, gelet op de grondrechtelijke dimensie hiervan, rechtens gehouden om ‘duurzaamheidseffecten’ van contracten mee te laten wegen en soms de doorslag te laten geven.

Op grond van artikel 4 lid 2 onder e en f VWEU behoort zowel het milieu als de consumentenbescherming tot de gebieden waarop EU en lidstaten bevoegdheden delen. Artikel 11 VWEU bepaalt dat de eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling. Dit artikel verbindt zodoende de milieubescherming nadrukkelijk met duurzaamheid.¹⁶⁵ Een vergelijkbare *expliciete* koppeling tussen consumentenbeleid en duurzaamheid ontbreekt echter in het VWEU. Dit koppeling is slechts impliciet: volgens artikel 12 VWEU wordt bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Unie op andere gebieden rekening gehouden met de eisen ter zake van consumentenbescherming. Deze artikelen wijzen erop dat milieu- en consumentenbescherming zo veel mogelijk moeten samengaan. Er is duidelijk geen sprake van een rangschikking tussen eisen.¹⁶⁶ Artikel 7 VWEU vergt een zekere consistentie van beleid, waarvan gezien de eerdergenoemde kritiek (par. 1.3.2) nauwelijks sprake lijkt te zijn. Consumentenbescherming staat in dienst van de totstandbrenging van de interne markt en economische groei maar lijkt in de praktijk veelal losgekoppeld van de andere grondslagen van de door de EU beoogde duurzame ontwikkeling (sociale vooruitgang en milieubescherming). De samenhang van de verschillende beleidsgebieden wordt momenteel dus niet voldoende gewaarborgd door bovenstaande verdragsbepalingen. De grote nadruk op de interne markt verklaart waarom voor de *social justice*-dimensie van het consumentenrecht tot op heden relatief weinig aandacht is geweest.¹⁶⁷ Om diezelfde reden is in de considerans van consumentencontractenrechtelijke richtlijnen nog nooit naar de afstemming van consumenten- en milieubescherming verwezen.¹⁶⁸ Zonder aandacht voor een duurzaam gebruik van natuurlijke hulpbronnen, is de beoogde interne markt echter allesbehalve toekomstbestendig. Mij komt voor dat er voor het hanteren van een ‘duurzame ontwikkeling’ als ijkpunt van consumentencontractenrecht een solide verdragsrechtelijke basis bestaat. Artikel 169

164 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.10, JA 2021/93, m.nt. B.A. Kuiper-Slendebroek.

165 Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 137, 145.

166 Van Damme, *M&M* 2017, afl. 1, p. 7.

167 V. Mak 2018, p. 216 en 220.

168 Rdnr. 32 van de considerans bij de nieuwe Kooprichtlijn kan wellicht als een noviteit worden gezien.

VWEU refereert niet slechts aan de economische belangen van consumenten maar ook aan de bescherming van hun gezondheid en veiligheid.

3.1.2 Nieuw beleid inzake duurzaamheid

Op Europees niveau zijn er in de loop der jaren al wel verschillende initiatieven ontplooid om ecologische duurzaamheid te bewerkstelligen door consumptie- en productiepatronen te veranderen. Te denken valt aan het verbod op plastic tasjes en *single use* plastic. Aandacht voor duurzame consumptie was er al in 2008 met het Actieplan inzake duurzame consumptie en productie en een duurzaam industriebeleid.¹⁶⁹ In 2015 lanceerde de EU een Actieplan voor de circulaire economie met als titel *Maak de cirkel rond*.¹⁷⁰ In januari 2019 verscheen de *Reflection Paper Towards a Sustainable Europe by 2030* van de Europese Commissie.¹⁷¹ De circulaire economie wordt 'prioriteit nummer één' binnen de Europese *Green Deal*. Op 11 maart 2020 verscheen het Actieplan voor de *Green Deal*, waarin de Commissie onder meer inzet op het bestrijden van geplande veroudering, op het verstrekken van informatie over levensduur en repareerbaarheid van (bepaalde typen) producten en op een effectief recht op reparatie.¹⁷² De Consumentenagenda van november 2020 getiteld *De weerbaarheid van de consument versterken met het oog op duurzaam herstel* bevestigt deze ambities, onder toevoeging van een opvallende sociale dimensie.¹⁷³ Binnen prioritair gebied nummer 1 – de 'groene transitie' – is er expliciet aandacht voor de gelijke toegang tot duurzame producten. De in de nasleep van de pandemie noodzakelijk geachte bijdrage van consumentenrecht aan aspecten van sociale duurzaamheid is niet eerder zo uitdrukkelijk geagendeerd.

De veronachtzaming van duurzaamheidsdoelstellingen binnen de recente REFIT en daaropvolgende *New Deal for Consumers*, met name bij de totstandkoming van de Moderniseringsrichtlijn, contrasteert met de recente agenda. De nieuwe Richtlijn consumentenkoop draagt, behalve op het

169 Mededeling van de Commissie over het Actieplan inzake duurzame consumptie en productie en een duurzaam industriebeleid, COM(2008)397 def. Zie ook ec.europa.eu/environment/eussd/escp_en.htm.

170 Mededeling, COM(2015)614 final.

171 Reflection Paper Towards a Sustainable Europe by 2030, COM(2019)22 final.

172 Te raadplegen via: ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new_circular_economy_action_plan.pdf.

173 Mededeling, COM(2020)696 final. Zie bijv. de verwijzingen op p. 5 ('De uitdaging bestaat erin dit potentieel te ontsluiten via maatregelen die elke consument, ongeacht zijn financiële situatie, in staat stellen een actieve rol te spelen in de groene transitie, zonder een specifieke levensstijl op te leggen en zonder sociale discriminatie...') en 8 ('Om nieuwe goederen en diensten en nieuwe benaderingen van consumptie op sociaal optimale wijze ingang te doen vinden, hebben consumenten behoefte aan betere en betrouwbaardere informatie over duurzaamheidsaspecten van goederen en diensten, zonder hen te overladen met informatie').

punt van de verlenging van het bewijsvermoeden, weinig bij aan de circulaire economie.¹⁷⁴ In de onlangs aangenomen richtlijn is de duur van de omkering van de bewijslast verlengd (art. 7:18 lid 2 BW), opdat consumenten beter in staat zullen zijn hun wettelijke garantierecht te effectueren. Van de wettelijke garantie wordt aangenomen dat zij een positieve invloed heeft op de levensduur van producten: als verkopers sneller aansprakelijk worden geacht voor gebrekkige producten, zullen zij – zo luidt de aanname – sneller geneigd zijn om duurzame producten te verkopen en geplande veroudering tegen te gaan. Het Actieplan inzake de *Green Deal* geeft expliciet aan dat wordt gedacht aan het aanpassen van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop op het punt van de wettelijke garantie.¹⁷⁵ Het Actieplan en de Consumentenagenda zinspelen beide op een ‘effectief’ recht op herstel. In welke mate niet slechts de koopregels maar ook andere regels van consumentenrecht in lijn worden gebracht met, lees: zullen moeten bijdragen aan de groene ambities, is nog niet bekend. Uit de Consumentenagenda blijkt dat ‘nieuwe consumptieconcepten en -gedragingen, zoals de deeleconomie, nieuwe bedrijfsmodellen die consumenten de mogelijkheid bieden een dienst te kopen in plaats van een goed’, kunnen worden gepromoot. Dit kan inhouden dat de diensten- en deeleconomie nader zullen worden ingekaderd. Binnenkort zal de Commissie een *Legislative proposal empowering consumers in the green transition* uitbrengen die inzet op emancipatie van de consument. Duidelijk is dat zij bij de implementatie van de *Green Deal* de consumentenbescherming vooral wil doen toenemen: ‘The Commission will also consider further strengthening consumer protection against green washing and premature obsolescence, setting minimum requirements for sustainability labels/logos and for information tools.’¹⁷⁶ Van een stap terug, waarin bepaalde niet-duurzame instrumenten van consumentenbescherming (deels) zouden worden afgebouwd, is vooralsnog geen sprake.

Een interessante parallel is die met het mededingingsrecht. Het sterke accent op de vlotte werking van de interne markt maakt dat er ook binnen het mededingingsrecht nauwelijks ruimte is voor het mee laten wegen van duurzaamheidsbelangen. Op dat gebied is wel een voorzichtige kentering te zien: het verbod op concurrentiebeperkende afspraken lijkt in recent ACM-beleid minder streng wanneer het om duurzaamheidsafspraken gaat (mits een initiatief breed wordt gedragen).¹⁷⁷ Dit gezegd hebbende, de ver-

174 Kritisch hierover is J.W. Rutgers, ‘Kroniek van het Europees privaatrecht’, *NJB* 2018/747. Zie ook Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 147; Bijloo, *Contracteren* 2018, afl. 3, p. 68-69.

175 Actieplan *Green Deal*, p. 8.

176 Actieplan *Green Deal*, p. 8.

177 ACM, Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken 2017, waarover Jansen & Beeston, *M&M* 2020, afl. 4-5.

schuiving geschiedt mondjasmaat daar de ACM niet eenzijdig artikel 101 lid 3 VWEU en 6 lid 3 Mededingingswet (Mw) van een nieuwe, duurzamere invulling mag voorzien. Het is aan de Europese Commissie om duurzaamheidskartels toe te staan en aan de EU-wetgever om de wettelijke normen te herformuleren. Volgens Gerbrandy vraagt de ‘solidariteit tussen groepen mensen, tussen generaties, en zelfs tussen mens en omgeving’ om een minder restrictieve aanpak van duurzaamheidsafspraken.¹⁷⁸ In de literatuur wordt aangehaakt bij de ‘leer van de inherente beperkingen’.¹⁷⁹ De herijking van het consumentencontractenrecht is evenzeer gebaat bij het ‘overrulen’ van internemarktoverwegingen omwille van het publieke duurzaamheidsbelang en bij het creëren van voldoende draagvlak voor duurzame initiatieven.¹⁸⁰

3.1.3 *Verhouding tot (maximum)harmonisatie*

Vooropgesteld zij, dat een deel van het consumentencontractenrecht tot op heden (nog) niet is geharmoniseerd. De toegenomen betekenis van *leasing*, verhuur of bruikleen in combinatie met een pakket aan diensten (onderhoud, vervanging, levering van bijbehorende zaken als koffiecupsjes of stofzuigerzakken enz.) – de zogenoemde verdienstelijking van de economie – is in recente Preadviezen uitvoerig behandeld.¹⁸¹ Op Europees niveau zijn de regels met betrekking tot dergelijke contracten niet of nauwelijks geharmoniseerd en er bestaat dus ruimte om op nationaal niveau aan rechten en plichten van partijen te sleutelen. Belemmeringen voor het grensoverschrijdend verrichten van diensten, het vrije verkeer van goederen en de vrijheid van vestiging zijn bij gebrek aan uniforme regels op EU-niveau gerechtvaardigd, indien zij tot doel hebben erkende doelstellingen van algemeen belang te beschermen en indien zij met deze doelstellingen evenredig zijn. Op terreinen die niet zijn geharmoniseerd geldt immers de

178 Kritisch op de nieuwe tendens en tegenstander van een dergelijke aanpak is Van Damme, die stelt dat de marktwerking en concurrentie zonder bewijs van het tegendeel de verduurzaming zullen helpen bewerkstelligen: M&M 2017, afl. 1, p. 12. Een tegenstelling tussen markt en duurzaamheid kan slechts bij een ruime, niet op het individu betrokken opvatting van economische belangen worden weggedacht (hierna par. 3.1.3). Zolang deze belangen eng worden gedefinieerd als een vooruitgang in welvaart, blijft het schuren.

179 Mulder, *NJB* 2015/1400. Deze leer wordt als volgt gedefinieerd: ‘Een afspraak die deel uitmaakt van een legitieme regeling die beoogt een publiek belang te borgen is niet mededingingsbeperkend in de betekenis van artikel 101.1 VWEU als de afspraak noodzakelijk is om dat belang te borgen’: Van Damme, M&M 2017, afl. 1, p. 12.

180 Het betrekken van consumenten en hun vertegenwoordigende organisaties bij dergelijke initiatieven sluit aan bij aspecten van sociale duurzaamheid.

181 Van Schaick 2019; V. Mak 2019; Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019. Hierin worden verschillende typen veelal gemengde contracten onderscheiden, met name Keirsbilck e.a. verrichtten een fijnmazige analyse van de verdienstelijking in België die ook voor Nederland zeer relevant is.

bepierking uit artikel 34 VWEU: nationale regels mogen niet neerkomen op een kwantitatieve invoerbepierking of een maatregel van gelijke werking.

Richtlijnen op het gebied van het consumentencontractenrecht beschermen de *economische* belangen van consumenten,¹⁸² dat is hun veilige, wel geïnformeerde deelname aan het handelsverkeer. De aard van de beschermde consumentenbelangen bepaalt de reikwijdte van de harmonisatie. Een enge opvatting van genoemde economische belangen als korte termijn financiële belangen leidt tot de conclusie dat nationale regelgeving, die ecologische duurzaamheidsbelangen beschermt, niet binnen het geharmoniseerd gebied valt en dus, in lijn met bovenstaande riedel, drempels voor de vrije handel (lees de contractsvrijheid) mag opwerpen. Duurzaamheid kan mijns inziens worden gekwalificeerd als een 'erkende doelstelling van algemeen belang'. Dit appelleert aan de bepleite toepassing van de 'leer van de inherente beperkingen' in het mededingingsrecht (hiervoor par. 3.1.2). Aan veel kritiek op het niet-duurzame karakter van het consumentenrecht ligt een enge opvatting ten grondslag, waarin economische belangen van de consument om een weinig duurzame bescherming van zijn contractenrechtelijke positie vraagt. Een ruime opvatting van deze economische belangen leidt tot de conclusie dat duurzaamheid in al haar facetten ook de economische belangen van consumenten beschermt en dat sprake is van een zekere convergentie.¹⁸³ De ruimte om op nationaal niveau in actie te komen is dan juist beperkt. Doorgaans wordt uitgegaan van een enge opvatting (zoals onlangs bij de omzetting van de nieuwe Kooprichtlijn). Toch is de Nederlandse wetgever, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Franse, buitengewoon terughoudend met het opwerpen van drempels voor de vrije handel aan de randen van het geharmoniseerde terrein. Vooralsnog biedt de grondslag (en toelichting hierop in de considerans) van Europees consumentencontractenrecht overigens weinig (concrete) aanknopingspunten voor een ruime opvatting.¹⁸⁴

Alvorens 'duurzame' consumentenregels tot stand te brengen, dient de nationale wetgever zich dus af te vragen of hij zich binnen het materiële toepassingsbereik van secundaire EU-regelgeving begeeft. Wanneer sprake is van *targeted* volledige harmonisatie,¹⁸⁵ zoals bij de nieuwe Kooprichtlijn, is de manoeuvreerruimte van de omzettingswetgever zonder meer

182 De bescherming van andere zwakke wederpartijen zoals zzp'ers, is veelal aan de nationale lidstaten overgelaten.

183 Vgl. V. Mak & Terryn, JCP 2020, p. 234.

184 Of economische en duurzaamheidsbelangen uiteindelijk parallel zullen lopen, is afhankelijk van de verdere implementatie van de *Green Deal*.

185 Loos, WPNR 2021/7334, p. 567.

gelimiteerd. Er bestaan evenwel enkele mogelijkheden om ook dan nationale regelgeving te vervaardigen. Ik bespreek enkele denkbare uitwegen. Binnen maximumrichtlijnen bestaat soms een mogelijkheid voor lidstaten om het beschermingsniveau te verlagen of juist te verhogen (de zogenoemde kan-bepalingen).¹⁸⁶ Zo laat de nieuwe Richtlijn consumentenkoop ruimte aan de lidstaten om de bescherming bij de koop van tweedehandsgoederen te beperken of om een langere termijn voor de omkering van de bewijslast van de non-conformiteit te hanteren (art. 11 lid 2). De Richtlijn consumentenrechten biedt enige marge voor aanvullende, specifieke informatieverplichtingen (art. 5 lid 4).

Sommige in secundaire wetgeving neergelegde normen van Europees consumentencontractenrecht zijn voorts open geformuleerd, denk aan normen als de conformiteit van het gekochte of de oneerlijkheid van algemene voorwaarden. Die openheid biedt de nodige bewegingsvrijheid aan de rechter die de richtlijnnormen toepast om duurzaamheidsbelangen te laten doorwerken in het contractenrecht, bij de uitleg en beoordeling van de wederzijdse prestaties. Een mogelijkheid is om (nader te definiëren) duurzaamheidsaspecten als de levensduur, repareerbaarheid en beschikbaarheid van reserveonderdelen als ‘voornaamste kenmerken van de goederen of de diensten’ aan te merken (art. 6:230l lid 1 onder a en 6:230m lid 1 onder a BW). De Richtlijn consumentenrechten laat dit in beginsel toe daar zij het begrip ‘voornaamste kenmerken’ niet nader definieert. Denkbaar is dat de Leidraad bij die richtlijn opgesteld door DG Justitie op dit punt wordt aangepast. Dit document bevat thans geen enkel aanknopingspunt ter bevordering van de verduurzaming.¹⁸⁷ Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid zou de richtlijn zelf op dit punt moeten worden aangepast.

De nationale wetgever moet bij het opleggen van verplichtingen aan producenten en verkopers thans rekening houden met regelgeving *buiten het terrein* van het consumentenrecht zoals de voorschriften die voortvloeien uit de Ecodesign-richtlijn (2009/125/EG), die eisen stelt aan het ecologisch ontwerp van energiegerelateerde producten en aanleiding geeft voor productspecifieke regelgeving (denk aan stofzuigers en gloeilampen), in de vorm van verordeningen. Deze laten weinig speelruimte aan lidstaten om eigen regelgeving op het terrein van energie-efficiëntie (*ecologisch ontwerp*) in te voeren.¹⁸⁸ Tegelijkertijd zijn de bestaande Ecodesign-regels niet exhaustief: niet alle ‘groene’ aspecten van producten (levensduur, herbruikbaarheid, repareerbaarheid) worden door de bestaande regels gedekt.

186 Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 137-138.

187 ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_nl_updated.pdf.

188 Maitre-Ekern & Dalhammar, *RECIEL* 2016, p. 392.

In recente voorstellen voor nieuwe Ecodesign-verordeningen¹⁸⁹ worden onder druk van het Europees Parlement¹⁹⁰ meer duurzaamheidsaspecten opgenomen.¹⁹¹ Deze regelgeving is gericht op producenten en verschaft de individuele consument geen directe rechten, zoals een rechtens jegens de verkoper af te dwingen recht op informatie over, of naleving van de in deze regelgeving neergelegde eisen. Het is echter niet ondenkbaar dat deze regelgeving invulling geeft aan open normen van consumentencontractenrecht (zoals dit bij productveiligheidsnormen geschiedt¹⁹²). Ook lijkt er ruimte te bestaan voor nationale regelgeving die niet direct raakt aan het ecologisch ontwerp, de energiezuinigheid en bijbehorende *labelling*. Te denken valt aan informatie over repareerbaarheid, de beschikbaarheid van reserveonderdelen¹⁹³ of mate waarin een product wordt gerecycled. In Frankrijk is reeds in 2014 een wet in werking getreden waarin verkopers worden verplicht om aan te geven hoe lang reserveonderdelen beschikbaar zijn.¹⁹⁴ De vraag kan worden gesteld hoeveel ruimte er bestaat voor dergelijke algemene informatieverplichtingen in het licht van de specifieke informatieverplichtingen die voortvloeien uit de Ecodesign-richtlijn. Het lijkt er evenwel op dat de Commissie weinig moeite heeft met dergelijke nationale initiatieven. De energie-etikettering ontwerpverordening is bijvoorbeeld gebaseerd op artikel 194 lid 2 VWEU (inzake het energiebeleid) en niet op artikel 114 VWEU (interne markt). Dit is een bewuste keuze geweest, zo blijkt uit toelichtende stukken. Voorkomen moest worden dat de nieuwe regels ‘unintentionally limit Member States legislation on provision of information on energy-related products that may be complementary to the energy label’.¹⁹⁵ In een voetnoot wordt expliciet verwezen naar de recente Franse regel.¹⁹⁶ Of de Franse regelgeving de toets aan artikel 34 VWEU doorstaat, is echter de vraag. Vooralsnog bestaat hier geen discussie over en de impliciete steun zijdens de Commissie voor de *Loi contre le gaspillage* (wet tegen verspilling) geeft aan dat lidstaten ruim baan

189 Denk aan het voorstel voor de Ecodesign-verordening voor was- en droogmachines, R. van Neck & T.A. van den Ende, ‘De voorgestelde Ecodesign-verordeningen en “het recht op repareren”’, *Juridisch up to Date* 2019, nr. 14, 19 juli 2019.

190 Resolutie over een langere levensduur voor producten: voordelen voor consumenten en bedrijven (2016/2272(INI)).

191 Zie het persbericht van 24 mei 2018: europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20180522STO04021/ecodesign-richtlijn-van-energie-efficientie-tot-herbruikbaarheid.

192 G.M. Veldt, *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling* (Recht en Praktijk, deel CA22) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 247 e.v.

193 De Consumentenagenda 2020 benoemt deze informatie expliciet: Mededeling COM(2020)696 final, p. 8.

194 Art. L. 111-3 *Code de la consommation*.

195 Zie voor de tekst van de ontwerpverordening: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52015SC0139.

196 Het gaat om voetnoot 151. Zie voorts Maitre-Ekern & Dalhammar, *RECIEL* 2016, p. 392.

hebben voor het treffen van ‘groene’ maatregelen als extra informatieverplichtingen over duurzaamheid.¹⁹⁷

Tot slot biedt artikel 114 lid 5 VWEU een mogelijke uitweg. Dit artikel bepaalt dat ‘wanneer een lidstaat het, nadat door het Europees Parlement en de Raad, door de Raad of door de Commissie een harmonisatiemaatregel is genomen, noodzakelijk acht, nationale bepalingen te treffen die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend nadat de harmonisatiemaatregel is genomen, (...) hij de Commissie in kennis (stelt) van de voorgenomen bepalingen en de redenen voor het vaststellen ervan’.¹⁹⁸ Nieuwe wetenschappelijke inzichten ten aanzien van de impact van een specifiek(e) praktijk of product in termen van duurzaamheid kunnen leiden tot nationale regelgeving in afwijking van geharmoniseerd recht.

3.2 Het nationaalrechtelijk kader

3.2.1 De grondslag van beschermend contractenrecht

De solidariteit met de zwakkere partij en haar onvermogen tot zelfontplooiing vormt een wezenlijke grondslag voor het beschermend contractenrecht (par. 1.2.1). Bij het hanteren van duurzaamheid als ijkpunt staat (ook) een andere vorm van solidariteit centraal, die met toekomstige generaties. Betoogd wordt dat het verdisconteren van duurzaamheidsbelangen van derden – uitzonderingen daargelaten – in beginsel niet past binnen het contractenrecht.¹⁹⁹ De vraag is of het wel echt gaat om belangen van derden. Ook de partijen bij de overeenkomst hebben in veel gevallen een rechtstreeks belang bij de effecten van de overeenkomst in termen van duurzaamheid. Het punt is evenwel dat dit duurzaamheidsbelang niet steeds ten grondslag ligt aan de gesloten overeenkomst (de *causa*).²⁰⁰ Bij de keuze voor een product dat een energiebesparing oplevert of langere levensduur heeft, denk bijvoorbeeld aan de aanschaf van zonnepanelen, een elektrische auto of energiezuinige wasmachine, dient de partijautonomie ook duurzaamheidsdoelen. Bij de keuze voor een benzineslurpende sportwagen of goedkope synthetische kleding van slechte kwaliteit is dat

197 Pavillon, WPNR 2020/7283. Opvallend in dit opzicht zijn ook de verboden op fossiele reclame, die op gespannen voet staan met de maximumharmoniserende Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, tenzij wordt aangenomen dat de milieu-impact een ‘erkende doelstelling van algemeen belang’ vormt. Zie ook considerans, rdnr. 54 van de Moderniseringsrichtlijn.

198 Deze uitweg wordt bepleit door Micklitz, EUCML 2019/6, p. 234.

199 Ravalli 2017, p. 2.

200 De consument wil simpelweg waar voor zijn geld: Kryla-Cudna, ERPL 2020/6 verwijst naar ‘performance interest’.

nadrukkelijk niet het geval. Het huidige beschermend contractenrecht strekt er evenwel toe die vrije keuze te beschermen, en niet het publieke belang bij verduurzaming. Pas als duurzaamheidsoverwegingen de keuze om te contracteren hebben bepaald, wordt dit belang ook beschermd. Zoals in paragraaf 1.2.1 is uiteengezet, stoelt het beschermend contractenrecht ook op het *publieke* belang van een optimale allocatie van schaarse middelen. Dit belang rechtvaardigt dat wordt ingegrepen in de contractsvrijheid wanneer de scheve contractuele verhoudingen tot marktfalen leiden. Betoogd kan worden dat een contract met negatieve externaliteiten in termen van duurzaamheid op termijn geen optimale allocatie van schaarse middelen bewerkstelligt. Zou dan gelet op de eerder besproken dubbele gedachte, het beschermend contractenrecht niet het publieke belang bij duurzaamheid boven de partijautonomie moeten plaatsen zoals het al decennialang de contractsvrijheid (van de handelaar) ondergeschikt maakt aan het in goede banen leiden van het handelsverkeer?²⁰¹

Het beschermend contractenrecht dient in de eerste plaats het private belang van de onwetende consument die riskeert een contract te sluiten dat hij bij juiste en volledige kennis van zaken niet had gesloten. De negatieve of positieve effecten op het milieu van (de uitvoering van) een bepaald contract zullen niet altijd bekend zijn bij de partijen. Soms zal de ene partij beter geïnformeerd (kunnen) zijn dan de andere: in een dergelijk geval moet deze onwetendheid worden gecompenseerd. Genoemde effecten zullen als gezegd ook niet altijd beslissend zijn voor de beslissing om te contracteren. De meeste voorstellen die thans worden gedaan voor het verduurzamen van het consumentencontractenrecht beogen wat ik eerder aanduidde als een lichte herijking. Een licht herijkt consumentencontractenrecht faciliteert het maken van autonome keuzes die de transitie naar een circulaire economie bevorderen meer dan thans het geval is, maar gaat niet verder dan keuzes die een averechts effect hebben te ontmoedigen door bijvoorbeeld *default* opties²⁰² op te leggen aan handelaren. Het sturen van keuzes door middel van *nudging* kan overigens ook zo ver gaan dat van een vrije keuze geen sprake meer is.²⁰³ Het (deels) afnemen van een vrije keuze past bij wat ik eerder een volle herijking noemde.

Bij een volle herijking beschermt het consumentencontractenrecht autonome keuzes die de transitie naar een circulaire economie bevorderen

201 Volgens Wilhelmsson, *JCP* 1998, p. 48 behoren consumentenbescherming en milieubescherming tot 'the same welfarist and interventionist paradigm'.

202 V. Mak & Terryn, *JCP* 2020; vgl. Van Boom 2020, p. 77-80.

203 P. Westerman, 'Nudging en de paradox van autonomie', *AA* 2017/7-8, p. 582-590 wijst erop dat de autonomie van de burger een fictie is en dat van een inperking dus geen sprake kan zijn. Zie verder Pavillon 2020b, p. 48 e.v.; Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 17.

én belemmert het daarnaast op actieve wijze keuzes die dat niet doen. In het laatste geval kan het (korte termijn) economische belang van de consument het onderspit delven.²⁰⁴ We hebben het dan over het inperken van de contractsvrijheid van de consument, een vrijheid die door het beschermend contractenrecht juist wordt gewaarborgd.²⁰⁵ Van de gemiddelde consument (de *consumer citizen*, hierna par. 4.2.2) mag evenwel worden verwacht dat hij duurzaamheidsoverwegingen zijn keuzes (mede) laat bepalen. In het consumentencontractenrecht wordt de partijautonomie van de consument overigens soms al beknot indien de bescherming van zijn financiële positie en het publieke belang van het voorkomen van problematische schulden hierom vragen: voorbeelden vormen de kredietwaardigheidsstoets en artikel 6:230u BW.²⁰⁶ Een inperking van de contractsvrijheid is ook denkbaar indien het duurzaamheidsbelang dit dicteert: de (toekomstige) consument wordt dan als het ware tegen zichzelf beschermd: een combinatie van paternalisme en van bescherming van het publieke belang. Dit inperken dient wel met de nodige waarborgen te geschieden (hiervoor par. 2.3). Het open en diffuse karakter van duurzaamheid als ijkpunt vraagt om zorgvuldige afwegingen wanneer ecologische belangen op gespannen voet staan met de draagkracht van de consument. Bij dergelijke afwegingen is politieke sturing, inspraak van consumenten(organisaties) en transparantie nodig.²⁰⁷

De partijautonomie van de consument kan op verschillende manieren aan banden worden gelegd. Gedacht kan worden aan een bepaling die luidt: ‘Het is een handelaar verboden een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst te doen indien hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de rechten en verplichtingen die daaruit voor de consument voortvloeien, niet in overeenstemming zijn met diens duurzaamheidsbelang’, gemodelleerd naar artikel 6:230u BW. Een dergelijke bepaling raakt aan

204 In de literatuur kunnen auteurs in twee ‘kampen’ worden ingedeeld: Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6 ziet geen ruimte voor een volle herijking (het afpakken van de keuzevrijheid bij remedies is volgens haar slechts mogelijk indien het economische belang van de consument hierdoor niet wordt geschaad) terwijl Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 21 en 25 e.v. hiertoe wat betreft het herroepingsrecht wel enkele voorstellen doen.

205 De spanning tussen mededingingsrecht en duurzaamheid heeft ook betrekking op het feit dat duurzaamheidsafspraken de consument de keuze ontnemen voor een vaak goedkoper, minder duurzaam alternatief. Dit acht de ACM problematisch, zoals bij de afspraken over ‘kippenwelzijn’: Mulder, *NJB* 2015/1400, p. 1912-1920.

206 Volgens Van Boom 2020, p. 73, 77 getuigt dit van ‘sterk paternalisme’. Dergelijke bepalingen bevorderen reeds sociale duurzaamheid door overkreditering tegen te gaan.

207 Hierbij kan inspiratie worden geput uit het mededingingsrecht en de Wet Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven waarin het bij het toelaten van dergelijke initiatieven en de omzetting hiervan in regelgeving vooral gaat om het toetsen van draagvlak bij alle betrokken partijen. Vgl. *Kamerstukken II* 2018/19, 35247, nr. 3. Kritisch op het vertalen van dit draagvlak naar de bereidheid om voor duurzaamheid te betalen, is Mulder, *NJB* 2015/1400.

de totstandkoming van (consumenten-)overeenkomsten, die geen onderdeel uitmaakt van het geharmoniseerd consumentenrecht.²⁰⁸ Zij komt de consument tegemoet die niet bereid of in staat is dit belang na te streven maar vormt een zeer vergaande inbreuk op de contractsvrijheid, gelet op het open karakter van het duurzaamheidsbegrip en daarmee gemoeide belangenafweging. Er bestaan naar nationaal recht bepalingen die een dergelijke afweging *achteraf en per geval* mogelijk maken. De roep om verduurzaming van milieu, maatschappij en economie kleurt maatschappelijke opvattingen ten aanzien van rechtvaardigheid en aanvaardbaarheid. Deze veranderende opvattingen leiden met behulp van een dynamische uitleg van de wet, en waar nodig toepassing van de redelijkheid en billijkheid, tot gewijzigde, maatschappelijk aanvaardbare oplossingen.²⁰⁹

Een voorbeeld is de situatie waarin de consument is misleid over de eigenschappen van een product (het aantal toeren van een wasmachine bijvoorbeeld) en de overeenkomst vernietigt op grond van artikel 6:193j lid 3 BW. Vanuit een oogpunt van duurzaamheid is gebondenheid aan de overeenkomst, en het blijven gebruiken van de wasmachine in ruil voor een prijsvermindering een 'betere' oplossing (hierna par. 4.6).²¹⁰ Met duurzaamheid als ijkpunt van het consumentencontractenrecht zou de rechter het beroep op vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen achten. De consument zit dan evenwel vast aan een contract dat hij niet in volle vrijheid heeft gesloten. Misschien is het aantal toeren ook niet toereikend om de was van zijn voetballende kinderen schoon te krijgen. Het individuele belang van de consument vraagt dan om de aantastbaarheid van de overeenkomst zoals voorzien in het beschermend contractenrecht. Het diffusere duurzaamheidsbelang zou ook gediend kunnen worden door aanvullende recycle- of doorverkoopverplichtingen voor de verkoper. Of het beroep van de consument op de hem ter beschikking staande remedie moet worden gehonoreerd, is mijns inziens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Dit is een kwestie van maatwerk: er zijn situaties denkbaar waarin het 'opleggen' van een bepaalde duurzame remedie wel voor de hand ligt. Bij dit maatwerk speelt het Europeesrechtelijk evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol (zoals wordt betoogd in par. 4.6.3).²¹¹ Op dit moment bestaat evenwel weinig ruimte om dwingend consumentencontractenrecht uit te

208 Vgl. art. 3 lid 5 en considerans, rdnr. 14 Richtlijn consumentenrechten.

209 Vgl. Wolters 2013/2.3.1; M.H. Remmink, 'Het systeem van W. Sniijders', WPNR 2021/7334, p. 583-586.

210 Vgl. Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1210. Het is natuurlijk wel deels afhankelijk van de vraag wat er met de wasmachine gebeurt na de vernietiging van de overeenkomst. Krijgt deze een tweede leven, wordt zij gedemonteerd en worden de onderdelen hergebruikt? Punt is wel dat er een nieuwe machine wordt aangeschaft en een oude wordt afgedankt.

211 Pavillon 2020a, p. 29-30.

schakelen²¹² of zo uit te leggen dat duurzaamheidsoverwegingen boven het economisch belang prevaleren. Mij komt voor dat al wel enige winst valt te behalen bij de uitleg van de overeenkomst (par. 4.4.2 en 4.5.1). Dit leerstuk biedt ruimte voor maatwerk. Waar mogelijk zou de convergentie tussen (lange termijn) economisch belang en duurzaamheidsbelang kunnen worden benadrukt,²¹³ bijvoorbeeld bij de toepassing van gezichtspunten als de redelijke verwachtingen en wederzijdse belangen van partijen.

Bij de toepassing van contractenrechtelijke open normen vormt de inachtneming van duurzaamheidsbelangen, mede gezien hun grondrechtelijke dimensie, een potentieel beslissend gezichtspunt.²¹⁴ Genoemde zorg voor mens en milieu is immers terug te voeren op grondrechten waarvan de civiele rechter heeft vastgesteld dat ook private partijen deze in acht moeten nemen. In het licht van de *Shell*-uitspraak is verdedigbaar dat deze grondrechten ook doorwerken in contractenrechtelijke open normen.²¹⁵ Langs de band van artikel 3:40 BW (openbare orde en goede zeden²¹⁶), artikel 6:248 lid 2 BW (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid)²¹⁷ of artikel 6:233 onder a BW (de onredelijk bezwarend-norm) is er ruimte om (diffuse) belangen met betrekking tot duurzaamheid paal en perk aan de contractsvrijheid te laten stellen. Die ruimte is evenwel beperkt: het gaat ver om niet-duurzame keuzes van consumenten als een aantasting van het recht op leven en/of overschrijding van een moreel-ethische grens te beschouwen.

Een voorbeeld vormt de niet-nakoming door de verkoper van een verplichting tot vervanging neergelegd in een commerciële garantieovereenkomst afgesloten bij de koop van een wasmachine. Stel, de wasmachine gaat na vijf jaar stuk en de consument doet een beroep op de garantie. De verkoper biedt vervanging van het kapotte onderdeel aan. De consument-koper

212 Hiervoor moet sprake zijn van misbruik van recht. Opportunisme en misbruik van consumentencontractenrecht zouden mijns inziens strenger mogen worden aangepakt, helemaal wanneer dit misbruik duurzaamheidsdoelstellingen frustreert. Ik denk hierbij in eerste instantie aan het herroepingsrecht. Misbruik is economisch ook niet duurzaam. Er zitten kosten aan vast die worden doorberekend in de prijs, hetgeen vooral de armere consument treft.

213 Vgl. V. Mak & Terryn, *JCP* 2020, p. 234.

214 Zie over het hanteren van duurzaamheid als gezichtspunt bij de toepassing van de objectieve goede trouw ook: Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1214-1215. In China vormt duurzaamheid reeds een wettelijk gecodificeerd gezichtspunt binnen de redelijkheid en billijkheid (art. 509 Chinees Burgerlijk Wetboek).

215 Zie over de doorwerking van grondrechten: C. Mak, *NTM/NJCM-bull.* 2008.

216 Vgl. L.K.L. Tjon Soei Len, *The effects of contracts beyond frontiers: A capabilities perspective on externalities and contract law in Europe* (diss. Amsterdam UvA), 2013.

217 De maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden met een zekere terughoudendheid toegepast: HR 29 januari 2021, *ECLI:NL:HR:2021:153*. Vraag is hoeveel terughoudendheid toegepast moet worden wanneer grondrechten en duurzaamheidsbelang invulling geven aan deze normen.

vordert vervanging van de machine. Zijn individuele belang is gediend bij de levering van een nieuwe zaak terwijl het milieu gebaat is bij herstel. Kan het beroep op vervanging van de machine stranden op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, aangenomen dat duurzaamheid hier invulling aan zou geven? Of kan het beding dat recht geeft op vervanging nietig worden geacht op grond van artikel 3:40 lid 1 BW vanwege strijd met het recht op leven? Het contractenrecht beschermt dan niet langer het economische belang van de consument-koper (die heeft gekozen en betaald voor de garantie waarvan hij nakoming wenst) maar het duurzaamheidsbelang (en dat van de sterkere partij...). Dit gaat duidelijk te ver en vraagt om het reguleren van commerciële garantieovereenkomsten (par. 4.5.1).²¹⁸ Wanneer de grenzen van een toetsing *achteraf* in zicht komen, niet in de laatste plaats om redenen van rechtszekerheid en -gelijkheid, verdient het *ex ante* beletten van niet-duurzame keuzes de voorkeur en moet de wetgever in actie komen (denk ook aan het inperken van het herroepingsrecht). Hierbij rijst wel de vraag naar de bij het opzetten van de regeling te hanteren referentieconsument (par. 4.2) en naar de ruimte die er *binnen* de regeling moet overblijven voor maatwerk.

3.2.2 Verhouding tot het publiekrecht

De herijking is slechts mogelijk op voorwaarde dat sprake is van een harmonieus samenspel tussen publiek- en privaatrecht. Dit samenspel is in paragraaf 3.1.3 reeds besproken wat betreft de Ecodesign-regelgeving. Enerzijds wordt de potentiële bijdrage van het herijkte consumentencontractenrecht aan de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen op nationaal niveau onvoldoende ondersteund door publiekrechtelijke regelingen. Een publiekrechtelijke ondersteuning van die bijdrage bestaat bijvoorbeeld uit op bedrijven rustende verplichtingen tot het beschikbaar houden van reserveonderdelen²¹⁹ of tot het opnieuw op de markt brengen van teruggestuurde producten.²²⁰ De Commissie wijst in haar Consumentenagenda op het initiatief voor herbruikbare elektronica en dat voor universele laders.²²¹

218 Terryn, *TvC* 2018, afl. 3, p. 127 noemt een verbod 'niet evident' omdat dergelijke garanties gretig aftrek vinden.

219 Er is in Engeland kritiek op het feit dat deze verplichting voor bedrijven niet gepaard gaat met een 'echt' recht op herstel voor de consument.

220 De Franse wet tegen verspilling verbiedt handelaren om geretourneerde (duurzame) goederen te vernietigen: art. L. 541-15-8 *Code de l'environnement*. In Duitsland bestaat vergelijkbare wetgeving: § 23.2(11) *Kreislaufwirtschaftsgesetz*. Zie voorts Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 27. Het verbinden van hoge kosten aan de vernietiging van dergelijke goederen kan afschrikkend werken.

221 Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 7.

Anderzijds wordt de bijdrage van het contractenrecht aan de verduurzaming ook begrensd. De belemmeringen die het publiekrecht opwerpt komen niet slechts voort uit een gebrekkige aandacht voor duurzaamheidsdoelen maar ook uit het feit dat de overheid zich de bevoegdheid voorbehoudt om dergelijke doelen te stellen. De gemeente heeft veelal een machtspositie op de grondafgifte en om misbruik daarvan te voorkomen bepaalt artikel 122 Woningwet dat via het privaatrecht geen verdergaande verplichtingen worden opgelegd dan verplichtingen die elders reeds publiekrechtelijk zijn geregeld. Artikel 122 Woningwet vormt aldus een aanzienlijke belemmering voor het stellen van privaatrechtelijke duurzaamheidseisen aan bouwprojecten. Het wetsartikel staat bijvoorbeeld niet toe dat een gemeente contractuele afspraken maakt over de energiezuinigheid, omdat over dit onderwerp al publiekrechtelijke normen zijn opgenomen in het Bouwbesluit.²²² Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever het stellen van milieueisen bij (ver)bouw als een exclusieve bevoegdheid van de Rijksoverheid heeft willen aanmerken en daartoe het onderwerp milieu in het Bouwbesluit heeft opgenomen. Het begrip 'milieu' dient daarbij ruim te worden uitgelegd. Zo wordt landelijk een uniforme benadering gewaarborgd.

In een recente zaak had de gemeente Tytsjerksteradiel in haar duurzaamheidsnota opgenomen dat de door haar uitgegeven woningbouwkavels standaard moesten worden voorzien van een regenwatersysteem. Twee particuliere kopers van dergelijke kavels stelden met succes dat de afnameverplichting van een regenwatersysteem nietig was.²²³ Ambitieuze duurzaamheidsinitiatieven van gemeenten zijn eerder al gestrand door artikel 122 Woningwet jo. artikel 3:40 lid 2 BW.²²⁴ In de literatuur is in 2010 reeds voorgesteld om 'artikel 122 Woningwet buiten toepassing te verklaren voor de hoofdstukken 5 en 6 van het Bouwbesluit (de hoofdstukken over energiezuinigheid en milieu), zodat voor gemeenten en marktpartijen ruimte ontstaat om over de mate van duurzaamheid te onderhandelen en afspraken te maken, ook over de kosten en opbrengsten daarvan, in (anterieure

222 Jurgens-Boot, *Bb* 2019/82. De Woningwet en de Crisis- en herstelwet bieden weliswaar mogelijkheden om voor bepaalde projecten af te wijken van deze publiekrechtelijke normen, maar alleen in experimentele en bijzondere gevallen. Voor meer reguliere nieuwbouwprojecten kunnen derhalve geen privaatrechtelijke afspraken worden gemaakt over de energiezuinigheid ervan.

223 Rb. Noord-Nederland 9 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4348 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1986/87, 20066, nr. 3, p. 81 waarover: W. Huijgen, 'Contractuele duurzaamheidseisen bij nieuwbouw in strijd met art. 122 Woningwet', *JBN* 2021/6.

224 Zie ook Rb. Arnhem 7 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM0509. In dat laatste geval betrof het de gemeente Buren die kopers van bouwkavels wilde verplichten tot het realiseren van een lagere energienorm bij de nieuwbouw (zgn. EPC-norm) dan de norm uit het Bouwbesluit.

of posterieure) overeenkomsten'.²²⁵ Dat het dienen van duurzaamheidsdoelstellingen het primaat van de overheid vormt, is in mijn optiek niet langer houdbaar en zou in ruimere mate aan private partijen mogen en zelfs moeten worden overgelaten. Wat is er mis met een minder uniforme aanpak waardoor een race naar de top kan ontstaan? Overigens geldt dat gelijkwaardige partijen wel vrijwillig verdergaande duurzaamheidsverplichtingen mogen overeenkomen zonder dat de desbetreffende contractbedingen door nietigheid worden getroffen. De bereidheid van partijen om dergelijke verplichtingen aan te gaan is over het algemeen erg groot, waardoor de beperkingen van artikel 122 Woningwet in de praktijk meevallen.²²⁶ De vraag rijst wel waar de grens ligt tussen opgelegd en vrijwillig en hoe het bewaken van die grens wordt gegarandeerd en contractueel vastgelegd. Het eenzijdig opleggen van een dergelijke verplichting is wanneer sprake is van een zwakkere wederpartij hoe dan ook niet toegestaan. Mocht het primaat van de Rijksoverheid worden losgelaten, dan zou een aan een consument opgelegd beding getoetst kunnen worden aan de onredelijk bezwarend-norm waarbij het duurzaamheidsgezichtspunt ook gewicht in de schaal kan leggen (hierna par. 4.4).

3.3 Wie is ijkmeester?

Allereerst is de wetgever aan zet. De herijking van het beschermend contractenrecht zal gepaard moeten gaan met nieuwe regels, niettegenstaande de politieke doelstelling om de regeldruk te verminderen. Als de voorzichtig door de Commissie ingezette herijking *light* doorzet, zullen er nieuwe regels komen en op termijn ook (kleine) aanpassingen aan ons BW plaatsvinden. Deze aanpassingen hadden voor een deel al plaats kunnen vinden bij de omzetting van de nieuwe Kooprichtlijn maar daar heeft de wetgever van afgezien.²²⁷ Enkele individuele lidstaten hebben reeds nieuwe wetten vervaardigd ten behoeve van de transitie naar een circulaire economie. Deze wetten richten zich voornamelijk tot producenten en verkopers en verschaffen een enkele keer contractuele rechten aan de consument, zoals een nieuwe garantietermijn na vervanging indien hem het gevorderde herstel wordt ontzegd.²²⁸ Op nationaal niveau wordt het consumentencontractenrecht nog maar mondjesmaat in de sleutel van duurzaamheid geplaatst. Op Europees niveau moet nog blijken of de verdragsrechtelijke basis van nieuwe consumentenwetgeving op termijn wordt uitgebreid met artikel 11 VWEU en of een volle herijking in gang wordt gezet. Hiervoor bestaat nog geen enkele aanwijzing. Het beeld van

225 M.Y.C.L. de Wit, 'Duurzaamheidseisen bij (projectontwikkel)overeenkomsten', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2010/4.

226 Jurgens-Boot, *Bb* 2019/82.

227 Pavillon, *WPNR* 2020/7283.

228 Art. L. 217-13 *Code de la consommation*.

de consument als beschermenswaardige partij blijft ongewijzigd en de niet-duurzame consument krijgt niet minder bescherming dan de duurzame consument. Uit de op Europees niveau ‘hangende’ aanpassingen, – zij die aangekondigd worden in de *Green Deal* en in de Consumentenagenda –, volgt dat het niveau van bescherming verder toeneemt en dat consumenten meer rechten en geen nieuwe verplichtingen krijgen. Deze aanpassingen raken aan het recht op herstel, wettelijke garantierechten, informatieplichten en de bestrijding van *greenwashing* en breiden de bescherming van de consument verder uit.

Het herijkingsproces kost tijd en vraagt om een nieuwe *mindset*, dat wil zeggen de bereidheid om een knop om te zetten.²²⁹ In afwachting van een doorgaans traag en tamelijk onwillig wetgevingsproces kunnen toezicht en rechtspraak in Nederland reeds het verschil uitmaken. Het gaat hierbij om de uitleg van bestaande, open geformuleerde regels, waarvan de tekst dus niet hoeft te worden aangepast. In het aansprakelijkheidsrecht is de weg geopend met de *Urgenda*- en *Shell*-uitspraken. Omdat zij ruimte bieden voor de constitutionalisering van het contractenrecht en voor het mee laten wegen van verkeersopvattingen ten aanzien van duurzaamheid, spelen open normen een centrale rol bij de herijking van beschermend contractenrecht op nationaal niveau. Het is aan de rechter om deze normen hiervoor aan te wenden. Het gaat hierbij om algemene normen als de maatstaven van redelijkheid en billijkheid²³⁰ en de openbare orde of goede zeden, maar meer specifiek ook om die normen die dienen ter bescherming van de zwakke partij. In de volgende paragraaf zal ik enkele suggesties doen hoe en in welke mate de uitleg en toepassing van die normen kan worden herijkt. Een idee zou zijn om in afwachting van nadere regels een nationaal of Europees *guidance*-document²³¹ op te stellen ten behoeve van de uitleg van de bepalingen uit bestaande en nieuwe kooprichtlijnen in het licht van de circulaire economie en de afgekondigde *Green Deal*.

Uiteindelijk is de herijking ook de verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven én de consument en is hun betrokkenheid hierbij doorslaggevend. Terwijl overheden de eerste zeer voorzichtige stappen zetten in termen van de verduurzaming van het privaatrecht, geven zelfreguleringsinitiatieven ook enige hoop. Steeds meer webshops bieden geretournerde producten opnieuw te koop aan, als tweedehandsjes.²³² Dat bedrijven, vooruitlopend

229 Pavillon 2020b, p. 56.

230 Wolters 2013/2.3.1.

231 Naar model van de Leidraad bij de Richtlijn consumentenrechten: ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_nl_updated.pdf.

232 Vgl. het platform Amazon, dat onlangs aankondigde minder teruggestuurde producten te willen vernietigen: aboutamazon.com/news/operations/amazons-new-programs-give-retuned-and-unsold-inventory-new-life.

op de wetgever, een geheel nieuwe weg zijn ingeslagen, is echter geenszins het geval. Er wordt gepronkt met groene labels maar daar waar het consumentenrecht het streven naar duurzaamheid dwarsboomt, zijn weinig concrete stappen te zien. Kanttekening verdient dat deze initiatieven niet ten nadele van de consument van dwingend recht mogen afwijken en dat een inperking van het herroepingsrecht dus ook niet te verwachten valt. Echter, daar waar dwingend consumentencontractenrecht een bijdrage kan leveren aan duurzaamheid, is soms juist sprake van een dergelijke afwijking. Een contractueel verplichte gefixeerde bijdrage aan het herstel van een non-conforme zaak, vormt hiervan een voorbeeld.²³³ De herijking vraagt tot slot om een grotere betrokkenheid van de beschermde partij bij de totstandkoming van nieuwe regels en implementatie hiervan. Deze betrokkenheid werd tot nu toe niet of nauwelijks van haar verwacht. De participatie is tot nu toe ook niet gefaciliteerd.²³⁴ Dit zal moeten veranderen. Voorwaarde voor een succesvolle herijking is dat bedrijven en consumenten in dit proces niet slechts hun korte termijn economische belangen naar voren schuiven maar ook blijf geven van altruïsme.²³⁵

4. Duurzaamheid als nieuw ijkpunt: concretisering

4.1 Duurzaam contracteren

Een geslaagde herijking zou ertoe leiden dat het consumentencontract naar zijn inhoud (denk aan garanties en zorgplichten, par. 4.4 en 4.5) bijdraagt aan een duurzame toekomst. Om dit doel te bereiken is meer nodig dan nieuwe rechten en plichten en bijbehorende informatieplichten²³⁶ (par. 4.3) in het leven roepen. Duurzaam contracteren is meer dan contracteren over duurzaamheid. Wanneer sprake is van een ongelijke verhouding, blijkt de sterke partij helaas snel geneigd om een wettelijke regeling naast zich neer te leggen. Passende remedies en effectieve handhaving zijn dan de beproefde oplossing (par. 4.6). Een duurzaam consumentencontractenrecht draait idealiter ook om een duurzame wijze van contracteren waarin niet langer het recht van de sterkste geldt en in de contractuele relatie wordt geïnvesteerd. Naast de strikt inhoudelijke en formele aspecten is dus de manier waarop de sterke partij de zwakkere bejegt, essentieel voor het behalen van duurzaamheidsdoelstellingen. Transparante bewoordingen, eerlijke informatie en op vertrouwen gebaseerde bestendige (duur)overeenkomsten dienen in deze tijden van verdienstelijking en

233 Pavillon, AA 2020/2, p. 203. Een dergelijke bijdrage is in strijd met art. 7:21 lid 2 BW.

234 Ravalli 2017, p. 5.

235 Grochowski, *Yearbook of European Law* 2020/1, p. 397-398 en 407.

236 De gegeven informatie maakt ook onderdeel uit van de overeenkomst: art. 6:230n lid 2 BW.

langere garantietermijnen, de economische en sociale dimensie van duurzaamheid.²³⁷

Er wordt in het consumentencontractenrecht gepleit voor de invoering van een positief geformuleerde verplichting om eerlijk te informeren en te handelen (*fairness by design*)²³⁸ en voor het inbouwen van bestaande transparantie- en informatieverplichtingen in de (online) contractomgeving (*consumer law by design*).²³⁹ Omwille van de herijking zou ook de invoering van een verplichting om duurzaamheid na te streven (*sustainability by design*) kunnen worden overwogen, waarbij duurzame *default* opties en informatie over duurzaamheid onderdeel uitmaken van genoemde contractomgeving. Er is sprake van een grote mate van overlap tussen *fairness* en *sustainability*, wat betreft de sociale duurzaamheidsdimensie. Toch is er ook sprake van een groot verschil.²⁴⁰ *Fairness by design* beoogt een contractueel evenwicht tussen twee ongelijkwaardige partijen te bereiken, terwijl *sustainability by design* ecologische duurzaamheidsoverwegingen dit evenwicht (mede) laat bepalen. Zolang hierbij de brede, driedimensionale benadering van duurzaamheid wordt gevolgd, zullen ook sociale en economische aspecten van duurzaamheid bij de totstandkoming en inhoud van contracten worden verdisconteerd. Een eerlijke risicoverdeling en de bescherming van de contractspartij die wel duurzaam wil contracteren maar hiertoe niet in staat is (door gebrek aan kennis of middelen) staat dan op de voorgrond.

4.2 De te beschermen consument

4.2.1 Differentiatie tussen consumenten

Welke bescherming heeft de consument nodig, of beter geformuleerd, welke consument heeft bescherming nodig bij het realiseren van een duurzame ontwikkeling? In het licht van de verduurzaming wordt in de literatuur een verdere differentiatie tussen de te hanteren maatmannen bepleit. Zo stelt Micklitz een tweedeling voor tussen de ‘vulnerable consumer’ enerzijds en de consument die hij als ‘confident’ of ‘responsible’ aanmerkt, anderzijds.²⁴¹ Van de huidige maatman, de rationele *homo eco-*

237 Vgl. hoofdstuk 7 in Siciliani, Riefa & Gamper 2019, p. 184-185.

238 Siciliani, Riefa & Gamper 2019, p. 187-192. Hoewel een dergelijke verplichting niet is verankerd in het Europees recht (anders dan een verbod om oneerlijk te handelen, zie de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken), kan worden beargumenteerd dat zij naar nationaal recht wel bestaat, op grond van de redelijkheid en billijkheid.

239 E.D.C. Neppelenbroek, ‘Consumer law by design. Over de rechterlijke beoordeling van de contractomgeving van online handelaren’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2020, nr. 6, p. 231-241.

240 Ravalli 2017, p. 8.

241 Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 235.

nomicus, mag worden verwacht dat hij een steentje bijdraagt aan de verduurzaming. De gemiddeld geïnformeerde, oplettende en omzichtige consument uit het handelspraktijkenrecht zou het dan juist met minder bescherming (minder rechten en meer verplichtingen) moeten doen. Het consumentenrecht zou daarentegen de kwetsbare consument meer bescherming moeten bieden met het oog op de groene transitie. Micklitz erkent dat consumenten indelen in algemene categorieën een lastige exercitie vormt maar gaat enigszins voorbij aan het feit dat de verantwoordelijke (en dus minder beschermenswaardige) consument lang niet zo rationeel is als wordt aangenomen. De voorgestelde differentiatie is behalve slecht hanteerbaar ook onwenselijk gelet op empirisch onderzoek. Dat 'consumentenbescherming bescherming van de kapitaalkrachtige, ontwikkelde consument is', zoals in Zuid-Afrika volgens Van Schaick het geval is,²⁴² is in ons land niet zonder meer waar. Van een scherpe tweedeling tussen sterke en zwakke consumenten is evenmin sprake. In tijden waarin ondoorzichtige algoritmes de wilsvorming sturen, weet een gemiddeld geïnformeerde consument helemaal niet zo veel.²⁴³ Vraag is ook of de gemiddeldeconsumentmaatstaf geschikt is voor toepassing in het op individuele verhoudingen toegesneden consumentencontractenrecht.²⁴⁴ Al met al vergt de verduurzaming van dit rechtsgebied (anders dan de handhavingsmechanismen waar in par. 1.3.1 naar werd verwezen) juist ook het loslaten van abstracte maatmannen, en meer maatwerk, via de band van open normen (par. 3.2.1).

Als dan toch van een maatman wordt uitgegaan, bijvoorbeeld bij het vormgeven van een nieuwe regeling en bij de bestuursrechtelijke of collectieve handhaving hiervan, dan ligt op het terrein van diensten een hoger niveau van bescherming voor de hand dan bij koop.²⁴⁵ Het consumentencontractenrecht is immers van belang voor het aanjagen van de voor de circulaire economie wezenlijke dienstensector. De dienstenafnemende consument verdient ook door de duur en financiële repercussies van veel typen dienstovereenkomsten meer bescherming. Op koopgebied is het beeld immers genuanceerder: waar de naleving van informatieplichten, garantie-termijnen en het recht op herstel met het oog op de verduurzaming beter kan, zal de consument op punten ook wat kunnen inleveren wat betreft het recht op vervanging en herroeping. Al naar gelang de aard en inhoud van de diensten- of koopovereenkomst kan een verdere differentiatie tus-

242 Van Schaick 2019, p. 16.

243 Helberger e.a. 2021.

244 De introductie van deze maatman in het consumentencontractenrecht is het werk van het Europees Hof van Justitie en stuit in de literatuur terecht op kritiek: Luzak, TvC 2020, afl. 2, p. 265-270.

245 Dit hoge niveau van bescherming zou ook moeten gelden voor de aan platformen gelieerde *big data*-aspecten.

sen maatmannen, zoals bepleit door Micklitz, gerechtvaardigd zijn. In het consumentenenergierecht is reeds sprake van differentiatie, waarbij de kwetsbare en energiearme consument extra wordt beschermd.²⁴⁶ Dit model zou tot op zekere hoogte kunnen worden overgenomen bij een toekomstige regeling van de diensteneconomie, met name daar waar de afgenomen diensten in basisbehoeften voorzien.²⁴⁷ Terwijl er ook van de kwetsbare consument mag worden verwacht dat hij zorgvuldig omgaat met een gehuurd of gekocht product, verdient hij wel een adequate bescherming van zijn zwakkere financiële positie (opdat hij de kosten van het onderhoud ook daadwerkelijk kan dragen)²⁴⁸ en een nader op hem toegesneden communicatie (opdat hij zich bewust is van zijn verplichtingen).²⁴⁹

Bij een volle herijking van het consumentencontractenrecht staat de mogelijkheid tot maatwerk voorop. Bij de inperking van de partijautonomie bij niet-duurzame keuzes aan de hand van open normen dient naar de gevolgen van die inperking voor de individuele consument te worden gekeken.²⁵⁰ Waar de inperking wettelijk wordt verankerd zonder ruimte voor maatwerk, bijvoorbeeld door het opleggen van *default* opties, dient het wettelijke uitgangspunt van de duurzaamste bescherming ook de voor de consument voordeligste optie te zijn.²⁵¹ Om te voorkomen dat er ongelijkheid ontstaat tussen consumenten die zich niet-duurzaam gedrag kunnen veroorloven en consumenten die dat niet kunnen, gaat mijn voorkeur uit naar bepalingen die geen duurdere afwijkingen van het wettelijke uitgangspunt in het voordeel van de consument (en het nadeel van het milieu) toestaan.

4.2.2 De consument-burger als maatman

Teneinde de mate van bescherming van de gemiddelde consument vast te stellen, kan in het kader van een volle herijking ook worden overwogen om het beeld van de te beschermen maatman bij te stellen. De consument

246 Het zgn. Winterpakket *Clean Energy for all Europeans* (2016) maakt een onderscheid tussen deze consument en de actief aan de energietransitie deelnemende consument. Kritisch over de (vage) contouren van beide categorieën: L. Diestelmeier & M. Hesselman, 'De positie van huishoudelijke consumenten in het EU Winterpakket: Tussen participeren en beschermen', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2018, nr. 1/2.

247 Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019, p. 65 en V. Mak 2019, p. 91.

248 Deze bescherming hoeft niet voort te komen uit het consumentencontractenrecht.

249 Van een laaggeletterde consument kan niet worden verwacht dat hij geschreven, ingewikkelde informatie over onderhoudsverplichtingen leest en begrijpt. De Commissie wil vanaf 2021 initiatieven ondersteunen die lokaal advies verstrekken aan consumenten die om structurele of persoonlijke redenen geen toegang hebben tot steun en informatie die online of via centrale voorlichtingsbureaus wordt verstrekt, zo volgt uit de Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 21.

250 Binnen het contractenrecht is minder plaats voor een maatman: Luzak, *TvC* 2020, afl. 2, p. 266.

251 Vgl. Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 26.

die ook *non-economic values* nastreeft, verdient, ongeacht of hij hier (financieel) toe in staat is, bescherming. Aan de consument-burger als gebruiker van gehuurde of gekochte zaken mogen andersom ook meer verantwoordelijkheden worden toegedicht. Het nog niet echt doorgedrongen paradigma van de consument als burger (*citizen*), als lid van een gemeenschap, past goed bij het hanteren van duurzaamheid als ijkpunt.²⁵² De herijking gaat gepaard met 'a new kind of consumer defined as citizen who is able to embrace a sustainable and moral concept of consumption focused on collective well-being'.²⁵³ Ethische en morele overwegingen bepalen (mede) zijn besluiten over transacties. Of de gemiddelde consument al aan deze definitie voldoet, is de vraag.²⁵⁴ De herijking leidt aldus tot het vervuilen van de ene niet met de werkelijkheid overeenstemmende fictieve maatman met de andere. Dit is uiteindelijk een politieke keuze. Bij een volle herijking zouden de deels tegenstrijdige²⁵⁵ koppeling tussen consument en burger uiteindelijk los moeten laten. Althans, het doel is dan om de bescherming toe te spitsen op hun convergerende belangen. Daar waar de korte termijn economische belangen van de consument en de lange termijn duurzaamheidsbelangen van de burger uiteenlopen, prevaleren laatstgenoemde belangen.

Volgens Micklitz leidt het hanteren van de consument-burger als maatman tot het opleggen van verplichtingen aan consumenten die in staat zijn hun verantwoordelijkheden te nemen.²⁵⁶ Deze ontwikkeling is een geleidelijke waarbij veel voorlichting en educatie komt kijken opdat steeds alle consumenten worden betrokken bij de transitie naar een circulaire economie.²⁵⁷ Onderdeel van de *Green Deal* zijn maatregelen die inzetten op emancipatie van de consument ('empowering consumers in the green transition'). Meer aandacht voor circulariteit op scholen is een van de maatregelen in de Franse wet tegen verspilling.²⁵⁸ De Commissie is ook van plan om 'vanaf

252 Wilhelmsson, JCP 1998; Hesselink, ERPL 2007/3; G. Davies, 'The Consumer, the Citizen, and the Human Being', in: D. Leczykewitz & S. Weatherill (red.), *The Images of the Consumer in EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 325.

253 C. Ricci e.a., 'The consumer as citizen: the role of ethics for a sustainable consumption', *Agriculture and Agricultural Science Procedia* 2016/8, p. 395-401.

254 Hoewel ruim twee derde van de consumenten duurzaamheid steeds belangrijker vindt en hieraan wil bijdragen, leert de duurzaamheidsmonitor van ABN AMRO dat maar een krappe meerderheid bereid is om meer te betalen voor groenere producten en slechts een derde geld over heeft voor groene energie: insights.abnamro.nl/2019/03/nederlanders-worstelen-met-hun-bijdrage-aan-een-beter-klimaat/.

255 Over die tegenstrijdigheid is veel discussie in de literatuur: J. Johnston, 'The Citizen-Consumer Hybrid: Ideological Tensions and the Case of Whole Foods Market', *Theory and Society* 2008/3, p. 229-270; A. Kallhoff, 'Consumer citizenship: a self-contradictory concept?', *The ethics of consumption* 2013, p. 177-182 en 'The Normative Limits of Consumer Citizenship', *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 2015, p. 24-34.

256 Micklitz, *EuCML* 2019/5, p. 229.

257 Pavillon 2020b, p. 49.

258 Vgl. art. L. 312-19 et L. 752-2 *Code de l'éducation: Sensibilisation au réemploi et au recyclage des produits et matériaux ainsi qu'au geste de tri dans les activités éducatives*.

de schoolbanken te investeren in levenslange consumentenopleiding en bewustmaking'.²⁵⁹ Ik heb mijn bedenkingen bij de door Micklitz voorgestelde tweedeling waarin op kwetsbare consumenten geen verplichtingen zouden komen te rusten. Ik zie wel in dat de verwachtingen ten aanzien van met name de laaggeletterde en mindervermogende consument zonder extra hulp en compensatie dienen te worden bijgesteld. Deze educatie, zorg en (financiële) steun zijn echter onderdeel van het streven naar sociale duurzaamheid. Wanneer zij voorhanden zijn, mag ook van kwetsbaarder consumenten worden verwacht dat zij een bijdrage leveren aan de verduurzaming.

4.2.3 Vervagende grenzen

De voorgestelde differentiatie sluit naadloos aan bij de veelal door de platformeconomie en verzzp-ing ingegeven vervaging van het begrip 'consument' en opkomst van de 'prosumer'. In het verlengde hiervan zou nagedacht moeten worden over de nadere regulering van de *consumer-to-consumer* (C2C)-verhouding, met bijzondere aandacht voor die *prosumer* als handelaar. De deeleconomie levert (onder voorwaarden²⁶⁰) een bijdrage aan de verduurzaming en verdient in het kader van de herijking de nodige aandacht.²⁶¹ Het huidige consumentencontractenrecht knelt echter in de driehoeksverhouding tussen particuliere afnemers, aanbieders en platformen. Indien sprake is van een particuliere aanbieder, hetgeen soms moeilijk is vast te stellen, is het consumentencontractenrecht strikt genomen niet van toepassing. Daarbij komt dat platformen veelal buiten schot blijven in geval van wanprestatie door de aanbieder. In geval van *greenwashing* van het platform zelf, kan de overeenkomst met de aanbieder niet zomaar worden aangetast door de afnemer van de dienst of het product. De balans zou idealiter zo uit moeten vallen dat het aanbieden van (echt) duurzame diensten en producten wordt bevorderd.

Sommige platformen geven de koper, ongeacht of de verkoper professioneel handelt, extra bescherming. Hierdoor wordt een koper beschermd tegen zich als consument voordoende handelaren maar worden particuliere verkopers soms in een moeilijke positie geplaatst.²⁶² Problema-

259 Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 19.

260 D. Hoving, 'Duurzaam zullen we alles delen. De deeleconomie is minder milieuvriendelijk dan je denkt', nemokennislink.nl/publicaties/duurzaam-zullen-we-alles-delen. Zie Koolhoven & Pavillon, *SEW* 2022, afl. 3 voor diverse voorbeelden.

261 J.H. Gerards, 'Grondrechten in de platformeconomie', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick (red.), *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten* (Preadviezen 2019, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 99 met verwijzingen aldaar.

262 Vgl. bnnvara.nl/kassa/artikelen/kleding-verkopen-via-online-platform-vinted-is-niet-voor-iedereen-een-succes.

tisch is de verhouding tussen platform en particuliere aanbieder: in die verhouding geldt het consumentenrecht in beginsel wel maar daar heeft de aanbieder weinig aan wanneer hij schade lijdt doordat een afnemer zich beroept op door het platform voorgeschreven rechten. De aanbieder heeft zo gezien wel wat weg van de beknelde detaillist als bedoeld in artikel 7:25 BW. Om professionele aanbieders tegemoet te treden is een verordening in het leven geroepen²⁶³ maar particuliere aanbieders blijven vooralsnog volledig buiten beeld. Het consumentenrecht is niet toegesneden op de bescherming van particuliere aanbieders van diensten of producten (denk ook aan de problematische bescherming van consumenten bij de verkoop van auto's of goud). In de driehoeksverhouding verdient de aanbieder meer bescherming.²⁶⁴ Lijdt de aanbieder schade doordat de afnemer rechten inroept die hem contractueel worden toegekend (denk aan een uitgebreid recht van de afnemer om het product te testen en te retourneren), dan zou hij deze moeten kunnen verhalen op het platform. De vraag naar de verantwoordelijkheid van platformen jegens de partijen die zich hiervan bedienen, krijgt steeds meer aandacht op de Europese wetgevingsagenda. Na genoemde verordening ten behoeve van onlinetussenhandelaren en de *Model Rules on Online Platforms* van het *European Law Institute*²⁶⁵ is recent de *Digital Services Act package* van de Europese Commissie verschenen. De eerste twee Europese bronnen verwijzen niet expliciet naar de bijdrage van platformen aan duurzaamheidsdoelstellingen. De ontwerpverordening inzake de *Digital Services Act (DSA)*²⁶⁶ erkent wel in de considerans dat 'digitale diensten kunnen helpen om doelstellingen van duurzame ontwikkeling te bereiken door bij te dragen aan economische, sociale en milieuduurzaamheid', maar laat de manier waarop de nieuwe regels hier concreet aan zullen bijdragen in het midden.

De vervaging die optreedt in de platformeconomie doet zich ook tot op zekere hoogte voor in de traditionele economie. Ook hierin is de consument niet steeds de zwakke partij in een *business-to-consumer* (B2C)-verhouding en een C2C-verhouding kan net zo ongelijkwaardig zijn als een B2C-verhouding.²⁶⁷ De uitgangspunten van ons beschermend contracten-

263 Op 12 juli 2020 is de EU-verordening 2019/1150 'Platform-to-Business' (P2B) in werking getreden. Zie V.I. Daskalova, 'Oneerlijke platform-to-business-handelspraktijken: oude kwesties, nieuwe regelgeving', *SEW* 2018, afl. 12; J.H.M. Spanjaard, 'Online tussenhandelaren: transparantie en eerlijkheid als geboden', *Contracteren* 2021, afl. 1, p. 3-10 en V. Mak, *MvV* 2021/2.

264 Vgl. ook het betoog van V. Mak, *MvV* 2021/2.

265 Vgl. C. Busch e.a., 'The ELI Model Rules on Online Platforms', *EuCML* 2020/2, p. 61-70.

266 Verordening betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (COM(2020)825 final); V. Mak & F. Schemkes, "'With great power comes great responsibility". De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716, p. 746-754.

267 C.M.D.S. Pavillon, 'Het lot van nulzijdige voorwaarden', *WPNR* 2019/7259, p. 783-785.

recht botsen met deze nieuwe werkelijkheid. Wanneer de bescherming van duurzaamheidsbelangen voorop komt te staan, bepalen deze belangen wie in een bepaalde situatie bescherming verdient. Dit veronderstelt dat alle contractuele geschillen zich naar duurzaamheidsbelangen laten vertalen, wat niet evident is. De ruime definitie van duurzaamheid biedt evenwel ruimte voor een dergelijke minder marktgerichte, minder economisch gestuurde benadering van beschermend contractenrecht. Ook tussen particulieren kunnen overwegingen van sociale of ecologische duurzaamheid een rol spelen en de bescherming van de ene partij, lees burger tegen de andere rechtvaardigen.

4.3 Informatieverstrekking

Het meest gebruikte beschermingsmechanisme is momenteel het verstrekken van informatie. In de Consumentenagenda 2020 wordt omwille van de groene transitie traditiegetrouw sterk ingezet op informatieverstrekking. De bescherming van het zelfbeschikkingsrecht van de consument wordt juist opgeschroefd en in dit opzicht is hier sprake van een lichte herijking. Hoewel de effectiviteit van informatieverstrekking in twijfel wordt getrokken, is niet informeren ook geen optie.²⁶⁸ Uit onderzoek blijkt dat 85% van de respondenten (EU-consumenten) graag betere informatie over de duurzaamheid van goederen zou willen krijgen wanneer zij een aankoop overwegen.²⁶⁹ De consument krijgt de troeven in handen om een geïnformeerd *duurzaam* besluit te nemen. Of dit besluit helemaal vrij is, is de vraag. Door de vormgeving van informatie kan dit besluit nader worden gestuurd. De partijautonomie wordt dan ingeperkt, wat juist past bij een volle herijking.

4.3.1 Inhoud van de informatie

De consument beschikt over rechten die een bijdrage leveren aan de verduurzaming zoals de hierna te bespreken wettelijke garantierechten (par. 4.5.1) en bijbehorende remedies (par. 4.7.3). Van belang is dat hij zich bewust is van deze, vanuit het oogpunt van duurzaamheid, 'constructieve' beschermingsregels. Bij het informeren over wettelijke garantierechten kunnen consumentenorganisaties een belangrijke rol spelen 'door middel van bewustmakingscampagnes, artikelen in tijdschriften, hulplijnen, enz.'²⁷⁰ Naast kennis over deze rechten zou de consument ook beter kunnen worden geïnformeerd over de groene eigenschappen van de door hem

268 Terryn, TvC 2021, afl. 5, p. 258.

269 Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 5.

270 Consumer Pro, *Duurzaamheid – Theoretisch achtergronddocument*, december 2020, p. 64, te raadplegen via: beuc.eu/sites/default/files/publications/consumerpro_sustainability_tbd_be_nl.pdf.

af te nemen diensten of producten. In het verlengde van informatie over de levensduur, de repareerbaarheid (zoals handleidingen) en de beschikbaarheid van reserveonderdelen zou ook verdere informatie over de duurzaamheidsaspecten van goederen – voor zover deze niet al zijn geregeld door Ecodesign-regelgeving (par. 3.1.3) – verplicht kunnen worden gesteld. Bij duurzaamheidsaspecten zou bijvoorbeeld ook gedacht kunnen worden aan informatievoorziening over het percentage van een product dat gerecycled is of uit bepaalde niet-recyclebare materialen bestaat. Of aan informatie inzake de mogelijkheden tot hergebruik.²⁷¹ Een ecolabel voor diensten is ook een mogelijke oplossing om betrouwbare informatie over de bijdrage van een bepaald type dienst aan de verduurzaming te verkrijgen.²⁷² Consumenten dienen voorts voldoende informatie tot hun beschikking te hebben om groene claims te kunnen beoordelen, zoals toegang tot de wetenschappelijke onderzoeken waarop de claim is gefundeerd.²⁷³ De bedoeling is dat kritische consumenten het aanbod kunnen bijsturen en met hun keuzes de aanbieders van diensten en producten kunnen dwingen om echt duurzame diensten en producten te leveren.

Behalve informatie over de groene eigenschappen van een product kan ook worden overwogen om informatie verplicht te stellen over de *manier waarop* het product zo zuinig mogelijk kan worden gebruikt. De aan de consument te verschaffen informatie ten behoeve van de overgang naar de circulaire economie kan ook informatie betreffen die de consument helpt om zijn ecologische voetafdruk te meten.²⁷⁴ De duurzaamheid van een product wordt tegenwoordig weleens uitgedrukt in gebruikseenheden of -cycli. Vaak kan een elektronisch product zelf de registratie van deze eenheden bijhouden (denk aan een kilometerteller). De Franse wet tegen verspilling verplicht bedrijven reeds om informatie te verschaffen over de door het mobiele en internetgebruik van consumenten veroorzaakte uitstoot. Apps die consumenten helpen om gebruik en verbruik bij te houden, die hen in staat stellen om de groenste keuze te maken of om on(der)benutte zaken uit te delen (via platformen) bestaan al. De aan de consument verstrekte informatie kan door gebruik van *big data* in toenemende mate worden gepersonaliseerd. Aan deze tendens kleven voor- en nadelen die zorgvuldig tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Ik zie voordelen in termen van verduurzaming indien deze de voor de consument duurzaamste keuzes voorstellen. De op de individuele consument toegesneden informatie kan evenwel ook een vorm van discriminatie vormen of een

271 Vgl. in Frankrijk het nieuwe art. L. 541-9-1 *Code de l'environnement*.

272 Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019, p. 62.

273 Koolhoven & Pavillon, SEW 2022, afl. 3; Leidraad duurzaamheidsclaims ACM 2020.

274 De Consumentenagenda rept over een wetgevingsvoorstel inzake de onderbouwing van groene claims op basis van methoden om de milieuvoetafdruk te bepalen, Mededeling COM(2020)696 final, p. 10.

inbreuk op zijn privacyrechten. De toename van *gepersonaliseerde* informatie vraagt om adequate bescherming tegen onheuse beïnvloeding.²⁷⁵ Wanneer in het algoritme duurzaamheidsdoelstellingen worden verwerkt, zou dit duidelijk naar de consument moeten worden gecommuniceerd.

Een belangrijk punt van aandacht betreft tot slot de informatie over de lasten en baten van de groene transitie en de manier waarop deze worden verdeeld over de partijen.²⁷⁶ Of en hoe het gedrag van consumenten wordt beïnvloed, zal afhangen van de gepercipieerde kosten van de vergroening. Mocht blijken dat bepaalde groepen van de samenleving onevenredig hard getroffen worden door de transitie (omdat duurzame producten veel duurder blijken te zijn) dat zal het draagvlak voor verduurzaming mogelijk afnemen. Betrouwbare informatie over de met de duurzame keuzes te behalen winst is dus ook van belang, om misvattingen te voorkomen.²⁷⁷ Voor consumentenbeleidsmakers betekent dit ten eerste dat nagedacht zou kunnen worden over wetgeving die bepaalde transitiekosten bij de professionele partij neerlegt, in combinatie met prijsregulerende wetgeving (waardoor die kosten niet zomaar kunnen worden doorberekend aan de consument)²⁷⁸ en/of fiscale (subsidie)maatregelen. Ten tweede moet de consument verzekerd zijn van een transparante en evenwichtige informatievoorziening over zowel de kosten als de baten van de verduurzaming. Dergelijke concrete informatieverplichtingen maken nog geen deel uit van de bestaande (Europese) consumentenregelgeving.

4.3.2 *Vorm van de informatie*

Bij de toename van informatieverplichtingen dient rekening te worden gehouden met hun bewezen beperkte effectiviteit om gedragsverandering te bewerkstelligen, zelfs wanneer de informatie goed leesbaar en begrijpelijk is. Consumenten zijn niet geneigd om de informatie te lezen en hier-

275 In gelijke zin: Helberger e.a. 2021; Duivenvoorde, TvC 2021, afl. 4, p. 202-203. Zie voorts V. Mak, 'Gedachten bij een gepersonaliseerd consumentenrecht', TvC 2018, afl. 6, p. 274-276.

276 Pavillon 2020b, p. 47. In dit kader is ook de adequate informatievoorziening over de kosten van het afnemen van producten als diensten van groot belang.

277 Uit onderzoek uitgevoerd door het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD) is gebleken dat consumenten een verkeerd beeld hebben van de voordelen van verduurzaming van huizen: nibud.nl/consumenten/weinig-verduurzaming-door-misvattingen/.

278 Vgl. de Regeling van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 22 juni 2020, nr. WJZ/20155386, tot wijziging van de Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden gas in verband met het stellen van regels voor de verdeling van kosten voor het verwijderen van de gasaansluiting. In Frankrijk is bij wet bepaald dat handelaars verplicht zijn om lagere prijzen aan te rekenen voor drankjes in een herbruikbare beker dan in een wegwerpbeker: art. L. 541-15-10, III al. 4 *Code de l'environnement*.

toe ook niet verplicht.²⁷⁹ Het BEUC wijst in een recent document op de beperkingen van informatieverstrekking.²⁸⁰ Ook de effectiviteit van labels en keurmerken om verandering teweeg te brengen wordt in twijfel getrokken.²⁸¹ Er is sprake van een proliferatie van groene keurmerken, vaak in de vorm van bomen, die consumenten het zicht op het bos ontnemen. De hoeveelheid informatie die door handelaren verschaft moet worden kan ook uit praktische overwegingen niet eindeloos toenemen.²⁸² Een ander argument tegen een verdere toename van informatieplichten en labels betreft de moeizame handhaving hiervan.²⁸³

Hoewel er dus serieuze kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij het beschermende potentieel van informatieplichten en er zonder meer behoefte is aan producten die duurzaam *by design* zijn, zijn er ook argumenten tegen het verlaten van de *information paradigm*. Van de diverse beschermingsmechanismen (par. 1.2.3) schuurt deze het minst met de partijautonomie en de vrijemarktgedachte. De EU lijkt ook nog niet bereid hier afscheid van te nemen getuige de onlangs in werking getreden Moderniseringsrichtlijn. De ineffectiviteit van informatie *an sich* dient ook niet overdreven te worden. Door aan de presentatie van informatie te sleutelen kan wel degelijk een positief effect worden bereikt.²⁸⁴ Het is dan ook zaak om na te gaan welke informatievormen ‘werken’, zoals bijvoorbeeld pictogrammen.²⁸⁵ Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft een onderzoek verricht naar de impact van informatievoorziening betreffende de levensduur van producten.²⁸⁶ Alle onderzochte icoontjes hadden een positieve invloed op de keuze van de consument om een product met een langere levensduur aan te schaffen. Het meeste effect hadden het icoontje met betrekking tot het aantal gebruikscycli en het icoontje waarin de levensduur evenals het energieverbruik op een schaal van A tot en met G wordt aangegeven.

279 De Jager & Pavillon 2020, p. 296; Mak & Terryn, JCP 2020, p. 230-231.

280 BEUC, *Consumers at the center of the drive to sustainability – BEUC's view on the European Green Deal*, p. 9, te raadplegen via: beuc.eu/publications/beuc-x-2020-012_beuc_position_on_european_green_deal.pdf.

281 R.E. Horne, ‘Limits to labels: The role of eco-labels in the assessment of product sustainability and routes to sustainable consumption’, *International Journal of Consumer Studies* 2009/2, p. 175-182; Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 137.

282 Zie ook de Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 8.

283 Vgl. ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_20_156; De Jager & Pavillon 2020, p. 315 wijzen evenwel op de noodzaak tot nader onderzoek.

284 Vgl. Terryn, *TvC* 2021, afl. 5, p. 258-259, die wijst op de ‘Nutri-Score’, een logo dat aangeeft welke voedingsmiddelen binnen dezelfde productgroep een betere samenstelling hebben en dat lijkt aan te zetten tot gezonder gedrag. Zie ook Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 17-18.

285 Met alle beperkingen van dien: W.H. van Boom, ‘Experimenteren met informeren’, *Justitiële verkenningen* 2016/6.

286 eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-04-16-076-fr-n.pdf.

Ook blijkt een reparatieindex en een levensduur- ofwel duurzaamheidsindex wel degelijk invloed te hebben op de besluitvorming van consumenten. De Europese Commissie heeft onderzocht of dergelijke informatie de consument ook daadwerkelijk aanzet tot het aanschaffen van (veelal duurder) duurzame producten en ‘the main findings are that providing information on the durability of products facilitates the choice of more durable products (irrespective of the type of durability information) and providing information on the reparability of products facilitates choice of products that are easier or less costly to repair.’²⁸⁷ Informatie over de levensduur en reparatiebaarheid van producten zou consumenten ertoe brengen hun keuze (en bereidheid om hiervoor te betalen) hierop af te stemmen. Uit dit onderzoek blijkt dat Nederlandse consumenten gevoelig zijn voor deze informatie, meer nog dan de Franse consumenten die sinds 1 januari 2021²⁸⁸ over dergelijke indexen beschikken.²⁸⁹

Nieuwe vormen van informatieverstrekking kunnen ook invloed hebben op de hoeveelheid retours bij onlineaankopen. Retourzendingen kunnen worden teruggebracht door de consument beter in staat te stellen om op afstand, voorafgaand aan de koop, na te gaan of het product voldoet aan zijn verwachtingen.²⁹⁰ Er is nog veel ruimte voor innovatie bij de online presentatie en -visualisatie van producten.

4.4 Algemene voorwaarden en duurzaamheid

Welke rol spelen bedingen in algemene voorwaarden bij het bereiken van duurzaamheidsdoelstellingen? Juist bij het opstellen van algemene voorwaarden kunnen de drie dimensies van duurzaamheid nader op elkaar worden afgestemd. Voor die afstemming zijn zelf- en coregulering en standaardisatie vaak genoemde oplossingen.²⁹¹ Bij de uitleg en inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden is bovendien ruimte voor maatwerk en voor een nadere afstemming in concrete gevallen. Samen met de informatieverplichting (art. 6:233 onder b en 6:234 BW²⁹²) en transparantie-eis (art. 6:238 lid 2, eerste zinsdeel, BW) kunnen zij worden ingezet om duurzame keuzes te bevorderen (lichte herijking). De uitleg en inhoudelijke toetsing kunnen niet-duurzame voorwaarden in het voordeel van de con-

287 Consumer Market Study to support the fitness check of the consumer Law, par. 3.4.4, online te raadplegen via: op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a8d7ca32-772c-11e7-b2f2-01aa75ed71a1/language-en.

288 ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf.

289 ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf, p. 132-135.

290 Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 1, p. 23 en A. Minnema, *Managing purchases and returns for retailers* (diss. Groningen) 2017, rug.nl/research/portal/files/39210411/Complete_thesis.pdf.

291 Keirsbilck e.a. 2019; Mak 2019, p. 79 en 83-84.

292 Vgl. Rb. Gelderland 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5081.

sument evenwel slechts in beperkte mate tegengaan. De regeling leent zich (vooralsnog) niet goed voor een volle herijking.

4.4.1 *Inhoud en duurzaamheid*

In het kader van zelf- en coregulering van consumentencontracten bestaat er buiten de grenzen van het geharmoniseerde contractenrecht (denk aan huur en *lease*) en zelfs binnen de grenzen van (geharmoniseerd) dwingend beschermend contractenrecht – daar waar sprake is van open normen – ruimte voor algemene voorwaarden die bijdragen aan de transitie naar een circulaire economie. Beloftes van duurzaamheid en verklaringen over maatschappelijk verantwoord ondernemen (mvo) kunnen hierin contractueel worden vastgelegd.²⁹³ Algemene voorwaarden verankeren zorgplichten, extra kwaliteits- en veiligheidsgaranties, en andere duurzame verplichtingen tijdens de professionele partij (service- en terugnamegaranties, verplichting tot updates of herstel binnen een redelijke termijn, verplichting tot recycling of duurzame sloop). Gedacht kan ook worden aan een ontbindende voorwaarde wanneer concrete duurzaamheidsdoelstellingen (waar het bedrijf mee adverteert) niet zouden worden bereikt. Bedingen die duurzaamheid (in haar verschillende facetten) bevorderen, zijn er in vele soorten en maten. Sommige bedingen leggen de consument verplichtingen op. Te denken valt aan boetebedingen die duurzaam gedrag bij de consument-wederpartij afdwingen (in huurcontracten bijvoorbeeld). Op dergelijke bedingen is een strenge controle nodig: boetebedingen zijn problematisch met het oog op de sociale duurzaamheid, zij vergroten veelal de schuldenproblematiek. De afstemming tussen de verschillende dimensies van duurzaamheid wordt duidelijk zichtbaar daar waar risico's eerlijk over partijen worden verdeeld. Bedingen die zowel ecologische als economische duurzaamheid nastreven, betreffen bijvoorbeeld de beperkte opzegmogelijkheid bij duurovereenkomsten, ten behoeve van *life-cycle-optimalisatie*.²⁹⁴

Tegenover voorwaarden die duurzaamheid bevorderen, staan ook voorwaarden die op zijn minst op een gespannen voet staan met duurzaamheidsdoelstellingen. Voorbeeld vormt een commerciële garantie-overeenkomst waarin het recht op vervanging voorrang krijgt boven de mogelijkheid tot herstel (of dat recht zelfs helemaal uitsluit).²⁹⁵ Bedingen die het wettelijk recht op *gratis* herstel inperken, vormen een tweede voorbeeld. Verschillende brancheorganisaties hanteren in hun algemene

293 Vgl. de kritiek op art. 2 onder 2 Algemene Bankvoorwaarden (ABV) 2017 van A.G. Castermans & R. de Graaff, 'Vernieuwde Algemene Bankvoorwaarden: begrijpelijk, evenwichtig, duurzaam', *FR* 2019/1, p. 18-20.

294 Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 413.

295 Terryn, *TvC* 2018, afl. 3, p. 127; Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1221.

voorwaarden een staffel aan de hand waarvan wordt bepaald hoeveel de consument moet bijdragen aan de reparatie van een gebrekkig product. Een dergelijke benadering komt de effectiviteit van de aan de consument op Europees niveau toegekende rechten niet ten goede: de consument zal er wel twee keer over nadenken om die rechten in te roepen. Illustratief is de volgende bepaling:

‘Na meer dan twee jaar na aflevering heeft de consument, die aantoonbaar dat sprake is van een gebrekkig product nog steeds zijn wettelijke rechten op kosteloos herstel of vervanging binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument. Het kan redelijk zijn om dan van de consument een bijdrage te vragen in de kosten. Dit kan bijvoorbeeld in het geval van een aanzienlijke verlenging van de levensduur van het product. Daarbij kan de winkelier het overzicht met gemiddelde gebruiksduurverwachtingen van Techniek Nederland en de onderstaande kostenvervalsleutel hanteren: Consumentenbijdrage in de (reparatie/vervanging)kosten (B) = Kosten (K) x Huidige leeftijd (L) / Gemiddelde gebruiksduur (D), dus $B = K \times L / D$.’²⁹⁶

Exoneratie- en vervalbedingen vormen ook vanuit het oogpunt van duurzaamheid verdachte bedingen. Ik denk hierbij in het bijzonder aan exoneratie- of vervalbedingen die de (private) handhaving van (specifieke) contractuele duurzaamheidsplichten bemoeilijken.²⁹⁷ Bedingen die investeringen in onroerend goed ontmoedigen, verdienen ook vermelding in deze niet-exhaustieve lijst. Op grond van artikel 3:266 BW is de hypotheekgever die na de vestiging van het hypotheekrecht veranderingen of toevoegingen aan de zaak aanbracht zonder verplichting om deze mede tot onderpand voor de vordering te doen strekken, bevoegd om deze veranderingen en toevoegingen weg te nemen, mits hij de zaak in de oude toestand terugbrengt en desverlangd voor de tijd dat dit nog niet is geschied, ter zake van de waardevermindering zekerheid stelt. In algemene bankvoorwaarden staat echter doorgaans dat deze veranderingen en toevoegingen eveneens tot zekerheid van de vordering strekken.²⁹⁸ De zogeheten ‘afsluitboete’ voor gasverlaters ontmoedigt consumenten om van het gas af te gaan. Bij de instandhouding van de afsluitboete door de Geschillencommissie Energie is geen aandacht besteed aan de duurzaamheidsaspecten hiervan.²⁹⁹

²⁹⁶ Pavillon, AA 2020/2, p. 203.

²⁹⁷ Vgl. Rb. Gelderland 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5081 (aansprakelijkheidsbeperking voor een gebrek aan toegezegde duurzaamheid) en HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:531 (vervalbeding bij gebreken t.a.v. duurzame energievoorziening) en, na verwijzing, Hof Den Haag 8 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1657.

²⁹⁸ Streep, AA 2018/7-8, p. 617.

²⁹⁹ Pavillon, AA 2020/2, p. 202. Bij de rechtbank is de boete inmiddels meermalen van tafel geveegd: Rb. Noord-Nederland 17 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5858; Rb. Noord-Nederland 4 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2734. In 2020 is een regeling aangenomen die ziet op het gelijkkelijk verdelen van de gasafsluitkosten tussen consument en netbeheerder.

Tot slot wil ik wijzen op voorwaarden die het realiseren van duurzaamheidsdoelstellingen indirect belemmeren doordat zij de toetreding tot duurzame dienstovereenkomsten minder aantrekkelijk of zelfs risicovol maken, terwijl dergelijke bedingen vanuit economisch (en zelfs ecologisch) oogpunt wellicht gerechtvaardigd zijn. Te denken valt aan de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging of opzegging, een onbeperkte reparatie- of onderhoudstermijn of het niet beschikbaar stellen van een (gratis) vervangend exemplaar.³⁰⁰ Bij dergelijke bedingen, waaronder ook eerdergenoemde boetebedingen zouden kunnen worden geschaard, komt het aan op de vraag hoe de drie dimensies van duurzaamheid het beste op elkaar kunnen worden afgestemd. Als gezegd zullen er soms keuzes moeten worden gemaakt om aan de ene dimensie van duurzaamheid meer gewicht toe te kennen dan aan de andere.

4.4.2 Uitleg en duurzaamheid

Indien duurzaamheid tot een of zelfs hét ijkpunt van het consumentencontractenrecht verwordt, dan zal dit ook invloed hebben op de manier waarop de in voorgaande paragrafen besproken bedingen worden uitgelegd. De uitleg *contra proferentem* (art. 6:238 lid 2 BW) kan ten koste gaan van duurzaamheidsdoelstellingen wanneer de door een gebruiker van algemene voorwaarden voorgestane duurzame uitleg op het eerste gezicht in het nadeel is van de consument. In paragraaf 3.2.1 werd het voorbeeld gegeven van een beding in een commerciële garantie dat de consument het recht op vervanging verschaft. Stel dat dit beding onduidelijk is geformuleerd en niet preciseert wat er onder de verplichting tot vervanging valt: het exemplaar of het kapotte onderdeel? De verkoper meent dit laatste (omdat dit voor hem goedkoper is). Ervan uitgaand dat vervanging van een onderdeel de levensduur van het product verlengt, kan de uitleg *contra proferentem* van het beding de minst duurzame uitleg zijn. Betoogd kan worden dat, vanuit een duurzaamheidsperspectief, de optie die de levensduur van de gekochte zaak maximaliseert en zijn recht op een schoon milieu beschermt, juist in het voordeel is van de consument, zeker wanneer het vervangen van het onderdeel van voldoende waarborgen is voorzien (zoals de beschikking over een vervangend product tijdens de reparatie). Dat een dergelijke uitleg zich laat verenigen met de dwingendrechtelijke uitlegregel zoals deze nu is bedoeld, valt te betwijfelen. Deze uitleg is namelijk niet in het nadeel van de verkoper. Een oplossing kan zijn om aan te nemen dat er, gelet op de wederzijdse duurzaamheidsbelangen, geen twijfel bestaat over de betekenis van het beding.³⁰¹

300 Vgl. Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019, p. 35.

301 En er dus geen reden is voor een uitleg *contra proferentem*. Zie H.B. Krans, 'Het contra proferentem-beginsel', in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Markante analyses*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 84-85.

De voorgestelde herijking van het consumentencontractenrecht zal impact hebben op de algemene uitlegeregels. Bij de in ruime mate geobjectiverende uitleg van bedingen voorafgaand aan de toepassing van de inhoudstoets kan duurzaamheid een belangrijke rol spelen (par. 3.2.1). Het lijkt er bovendien op dat het mee laten wegen van gezichtspunten die betrekking hebben op de verschillende facetten van duurzaamheid – niettegenstaande bovengenoemd voorbeeld – vaak in het voordeel van de consument uitvalt (hetgeen het draagvlak onder consumenten voor de transitie ten goede komt). Voorbeeld is de definitie van een ‘ernstig gebrek’ bij het beantwoorden van de vraag of een eventueel nader te toetsen vervaltermijn van toepassing is.³⁰² Zou een gebrek dat invloed heeft op de duurzaamheid van een woning als ernstig worden aangemerkt, dan staat de vervaltermijn een vordering tot nakoming niet in de weg.³⁰³ Een ander voorbeeld vormt een ruime uitleg van de ‘zorgvuldigheid, deskundigheid en het vakmanschap waarop de opdrachtgever mag vertrouwen’. Worden deze niet in acht genomen, dan is een beroep door de professionele partij op een exonerationbeding contractueel uitgesloten.³⁰⁴ Een vanuit ecologisch perspectief meest wenselijke uitleg kan evenwel worden begrensd door overwegingen van economische duurzaamheid (denk aan het recht op updates)³⁰⁵ en sociale duurzaamheid. Indien de levensvatbaarheid van het contract in het geding komt, kan aan de rem worden getrokken. Daartoe moet wel voldoende zijn gesteld door de gebruiker van het beding.

4.4.3 *Inhoudstoetsing en duurzaamheid*

Om duurzaamheidsdoelstellingen met behulp van algemene voorwaarden en de (rechterlijke) controle hierop af te dwingen is eenvoudig gezegd nodig dat bedingen die duurzaamheid bevorderen zo veel mogelijk standhouden en dat bedingen die duurzaamheid in de weg staan hun geldigheid verliezen. De bovengenoemde bedingen die duurzaamheid (direct of indirect) belemmeren, bevatten op het eerste gezicht voor de consument potentieel onredelijk bezwarende bedingen (exonerationbedingen, vervalbedingen, inperking van het recht op herstel). Duurzaamheid en bescherming van de partijautonomie convergeren dan in grote mate en het bestaande beschermingsmechanisme kan hiermee de duurzaamheids-

302 Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3856, r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

303 De huurcommissie hanteert een ruime uitleg van het begrip ernstig gebrek daar waar koopaannemingsovereenkomsten een restrictieve definitie bevatten: vgl. huurcommissie.nl/faq/onderhoudsklachten/ernstige-gebreken-categorie-b; met HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:531, r.o. 2.1.

304 Rb. Noord-Nederland 5 juni 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2414. Het gebrek aan een duidelijk juridisch kader waaraan de partijen hun verwachtingen kunnen ontleenen, doet zich voelen bij bepaalde onbenoemde overeenkomsten: Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 415.

305 Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2021/7326, p. 407.

doelstellingen helpen realiseren. Het mee laten wegen van duurzaamheidsoverwegingen in het voordeel van de consument past bij een lichte herijking. De casus van de algemene voorwaarden laat zien dat bij de herijking behoefte is aan rechterlijk pragmatisme (par. 3.3), waarbij bestaande open normen zo nodig van een ‘nieuwe’ invulling worden voorzien. De onderwerping van algemene voorwaarden aan de onredelijkbezwarendnorm (inclusief de open normen uit de grijze lijst) biedt ruimte om duurzaamheid, haar verschillende facetten en de onderlinge afstemming hiertussen als gezichtspunten mee te laten wegen. De automatische koppeling tussen bepaalde zaken en diensten roept bijvoorbeeld vragen op.³⁰⁶ Koppelverkooppraktijken zijn altijd al met een zekere argwaan bekeken omdat zij de keuzevrijheid van consumenten sterk beperken. Duurzaamheidsdoelstellingen kunnen helpen bepalen wat ‘redelijkerwijze van de wederpartij kan worden geleverd’, zoals bedoeld in artikel 6:237 onder j BW. De expliciete inachtneming van deze gezichtspunten zou ook bij de toetsing van exoneratie- en vervalbedingen gewicht in de schaal kunnen leggen. Mogelijk kan het niet-duurzame karakter van een beding reden zijn om dit beding aan te tasten, ook al is het in overeenstemming met de wet. Hoewel de oneerlijkheidstoets de afwijking van aanvullend recht als centraal gezichtspunt hanteert, mag de open norm (gelet op haar minimumharmoniserend karakter) een beding ‘vangen’ dat in overeenstemming is met aanvullend recht, indien dit beding onredelijk bezwarend is.³⁰⁷ Dit onredelijke nadeel kan naar ik meen zijn gelegen in de schending van duurzaamheidsbelangen.

Betoogd kan worden dat de ambtshalve toepassing van de inhoudstoets reeds de sociale duurzaamheid bevordert, door haar gerichtheid op de kwetsbare (onwetende en onbemiddelde) consument en diens effectieve rechtsbedeling. Het Hof van Justitie dicht de civiele rechter nadrukkelijk een handhavende rol toe en de regeling algemene voorwaarden speelt ook een voortrekkersrol daar waar het aankomt op het meewegen van grondrechten. Binnen de herijking kan deze regeling naar ik meen de weg openen voor een nadere afstemming van de ecologische, economische en sociale duurzaamheidsaspecten van contracten omwille van het publieke belang van een duurzame ontwikkeling. Bij een boetebeding dient bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van sociale duurzaamheid het financiële risico voor de consument tegen de ecologische winst te worden afgewogen. Vooralsnog lijkt de bereidheid om duurzaamheidsbelangen mee te laten wegen, beperkt. Een voorbeeld vormt een recente uitspraak waarin een van de wet afwijkend vervalbeding niet onredelijk bezwarend werd geacht

306 Van Boom, heeft het in deel 2 over ‘inkapselen’, p. 164.

307 Zie het amendement van het Tweede Kamerlid Korthals, *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1598.

in een zaak die draaide om nieuwbouwwoningen waarvan de energievoorziening minder duurzaam bleek dan contractueel was afgesproken.³⁰⁸ Wanneer een beding van de wet afwijkt, past de rechter mijns inziens gelet op de Europese rechtspraak een zekere terughoudendheid, al helemaal indien dit beding de duurzaamheidsbelangen van consumenten veronachtzaamt.

Er zitten evenwel grenzen aan de mate waarin de toetsing van algemene voorwaarden aan de verwezenlijking van de duurzaamheidsdoelstellingen kan bijdragen. Allereerst valt de uitsluiting van de *iustum pretium*³⁰⁹ vanuit het afstemmingsperspectief te betreuren omdat prijsafspraken lang niet altijd evenwichtig (en dus economisch en sociaal duurzaam) zijn.³¹⁰ Ten tweede berust de bescherming op de consument in grote mate op lijsten bedingen die weinig ruimte bieden voor de inachtneming van duurzaamheidsbelangen. Het genoemde gezichtspunt van de fictieve vergelijking ('wat is rechtens zonder het beding?') is tot slot problematisch daar waar een wettelijke regeling niet is toegesneden op een duurzame prestatie, en dus minder geschikt is als referentiekader.³¹¹ Er is voorts soms onduidelijkheid over de kwalificatie van de overeenkomst en de toepasselijkheid van wettelijke regels. Veel contracten zijn niet eenvoudig onder een regeling te plaatsen, wat de vergelijking met hetgeen zou gelden zonder het beding ingewikkeld maakt. Bij sommige typen overeenkomsten ontbreekt een uitgebreid wettelijk kader (*lease*, ruil) en is de beoordeling van het contractuele evenwicht veelal aan partijen overgelaten. Hoewel standaardisering en zelfregulering welkom zijn – een branche kan een eigen normatief kader opzetten – dient de rechter kritisch naar door middel van zelfregulering tot stand gekomen consumentenvoorwaarden te kijken.

De regeling algemene voorwaarden biedt weinig ruimte voor een volle herijking. De bescherming die uitgaat van de algemene voorwaardenregeling kan in dat kader zelfs contraproductief blijken, indien bedingen die duurzaamheid bevorderen³¹² kunnen worden vernietigd en bedingen die duurzaamheid belemmeren³¹³ onaangetast blijven. Niet waarschijnlijk is dat

308 Hof Den Haag 8 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1657.

309 Ons contractenrecht plaatst een vrijwillig onderhandelingsresultaat boven een rechtvaardig onderhandelingsresultaat: T. Hartlief, 'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

310 Vgl. Van Gulijk, WPNR 2021/7326, p. 411.

311 Vgl. Van Gulijk, WPNR 2021/7326, p. 415.

312 De inachtneming van duurzaamheidsdoelstellingen zou bij een volle herijking ook een verzwaring van de rechten van de consument kunnen rechtvaardigen (hierna par. 4.5.3).

313 Kryla-Cudna, ERPL 2020/6, p. 1221 wijst erop dat het uitsluiten van herstel in een commerciële garantie geen oneerlijk beding vormt: deze garantie geeft de consument meer dan waar hij wettelijk recht op heeft en is derhalve toegestaan.

het duurzame karakter van een beding de toepassing van de regeling kan beletten (in de zin dat een beroep op de vernietigingssanctie in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid). Voorkeur verdient om niet-duurzame wettelijke regelingen die als referentiekader worden gehanteerd aan te passen (herroepingsrecht, hiërarchie tussen remedies, publiekrechtelijke regeling³¹⁴).

4.5 Wederzijdse verplichtingen en duurzaamheid

Het bereiken van duurzaamheidsdoelstellingen vergt inzet van beide partijen. Het ligt voor de hand om producenten en verkopers extra verantwoordelijkheden te geven. Daartegenover staat dat ook de consument meer verplichtingen zouden kunnen worden opgelegd. Dit betekent dat de beschermingsstandaard wordt bijgesteld. Ik bespreek hier zowel de koopregels als de dienstenovereenkomst. Hoewel het product-als-dienst-model aan (financieel) belang wint, blijft de koopovereenkomst nog steeds de meest gesloten overeenkomst.³¹⁵

4.5.1 *Verplichtingen van de verkoper*

De verkoper dient de gekochte zaak binnen 30 dagen te leveren en draagt hiervoor tot aan de feitelijke levering aan de consumentkoper of een door hem aangewezen derde (niet zijnde de vervoerder) het risico (art. 7:9 jo. 7:11 BW). De druk die de verkoper ervaart om snel te leveren en laatstgenoemde risicoverdeling hebben in het kader van de onlinehandel een negatieve impact op het milieu. Zij doen het aantal leveringspogingen en dus ritten van bezorgdiensten toenemen. Denkbaar is om de consument beter te informeren over groene bezorgopties: een te kiezen leveringsmoment of afhaalpunt dan wel de mogelijkheid om een derde aan te wijzen. Sommige auteurs bepleiten het ‘activeren’ van de consument door een duurzaam design van het bestelproces (par. 4.1).³¹⁶ Mogelijk is ook om de consument die verantwoordelijk is voor een ‘mislukte levering’ (door niet op het afgesproken tijdstip thuis te zijn) hier de kosten van te laten dragen. Deze oplossing past, evenals het sleutelen aan de risico-overdracht en de kostenverdeling,³¹⁷ bij een volle herijking en wordt dan ook met nodige kanttekeningen aangedragen.³¹⁸

De verkoper is voorts verplicht een zaak te leveren die de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan de

314 Rb. Noord-Nederland 9 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4348.

315 Van Schaick 2019, p. 44-45.

316 Mak & Terryn, *JCP* 2020, p. 230-231; Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 18-21.

317 HvJ EU 15 april 2010, C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 (*Heinrich Heine*).

318 Terryn & Van Gool, *TvC* 2021, afl. 1, p. 20-21.

koper de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen (art. 7:17 lid 2 BW). Het nieuwe artikel 7:18 BW bevat een lange lijst subjectieve (lid 1) en objectieve (lid 2) gezichtspunten die bepalen of het gekochte in conformiteit is met de overeenkomst. ‘Duurzaamheid’ vormt een objectief gezichtspunt bij die toets (art. 7:18 lid 2 onder d BW)³¹⁹ dat slechts betrekking heeft op de ‘geschiktheid van de goederen om hun vereiste functies en prestaties bij normaal gebruik te behouden’ (art. 7:5 lid 1 onder a BW).³²⁰ Hierbij moet rekening worden gehouden met de prijs van de goederen en de intensiteit of frequentie waarmee de consument de goederen gebruikt.³²¹ Opmerkelijk is wel dat het met die duurzaamheid nauw verbonden recht op updates een subjectief gezichtspunt vormt en dus wordt begrensd door wat hierover in de overeenkomst is bepaald (art. 7:17 lid 1 onder d BW). Duurzaamheid dient volgens onze wetgever strikt te worden opgevat als de levensduur van de zaak en niet als de ecologische kenmerken van het gekochte.³²² De conformiteitseis (ofwel wettelijke garantie) is evenwel een open norm en de lijst gezichtspunten is niet limitatief (vgl. art. 7:18 lid 2 onder d BW: ‘onder meer’). Dergelijke kenmerken, waaronder de reparbaarheid of uitstoot kunnen worden geschaard, kunnen dus wel degelijk de redelijke verwachtingen van de consument kleuren.³²³ Dit wordt in de parlementaire documentatie onvoldoende onderstreept.

Vanuit duurzaamheidsoogpunt is mogelijk wenselijk om, zolang herstel als remedie geen voorrang krijgt (hierna par. 4.6.3), ‘normaal gebruik’ als bedoeld in artikel 7:17 lid 2 BW ruim op te vatten, opdat zaken niet te snel worden ‘afgeschreven’.³²⁴ Een voorbeeld is dat van de kapotte pixel bij aanschaf van een LCD-monitor of -tv: bij hoeveel pixels is normaal gebruik niet meer mogelijk en reparatie of – waarschijnlijker gelet op de kosten van reparatie – vervanging gerechtvaardigd? Een te ruime uitleg heeft evenwel tot gevolg dat de lat mogelijk te laag ligt voor producenten. Zij worden niet geprikkeld om betere producten af te leveren. Het is mijns inziens een kwestie van maatwerk: bij de pixels rijst bijvoorbeeld de vraag wat van een producent mag worden verwacht in termen van beeldkwaliteit, zonder dat de prijzen voor consumenten de pan uit rijzen. Denkbaar is om ‘normaal gebruik’ uit te leggen als ‘normaal gebruik in een circulaire economie’.³²⁵

319 Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 136 e.v.

320 *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 24.

321 Daarnaast geldt dat, indien een precontractuele mededeling, die deel uitmaakt van de koopovereenkomst, specifieke informatie over duurzaamheid bevat, de consument daarop moet kunnen vertrouwen (considerans, rdnr. 32).

322 *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 24.

323 Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 140-141. Negatieve externaliteiten in termen van duurzaamheid tijdens het productie- en distributieproces lijken wel te zijn uitgesloten, tenzij medegedeeld. Zie voorts par. 4.6.1.

324 Vgl. Pavillon 2020a, p. 33.

325 Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 140.

Naar Nederlands recht is de wettelijke termijn om de verkoper aan te spreken in geval van non-conformiteit niet beperkt tot twee jaar maar onder meer afhankelijk van de normale levensduur van een zaak. Bij de omzetting van de nieuwe Kooprichtlijn wordt vastgehouden aan deze bij duurzame goederen langere termijn. Dit is toegestaan omdat de tweejarige aansprakelijkheidstermijn voor non-conformiteit ex artikel 10 lid 3 richtlijn (slechts) minimumharmonisatie beoogt. De langere garantietermijn biedt de consumentkoper, zo wordt aangenomen, meer bescherming dan de richtlijn. Naar mijn idee zou deze aanneme wel nader mogen worden onderzocht. De vraag is immers hoe vaak de consument na twee jaar een vordering op grond van non-conformiteit krijgt toegewezen. Ter compensatie van de langere termijn rust op de Nederlandse consument overigens ook een klachtplicht, die in zijn nadeel kan uitpakken (art. 7:23 lid 1 BW). In Frankrijk is de wettelijke garantietermijn beperkt tot twee jaar maar gaat zij wel vergezeld van een wettelijk vermoeden van twee jaar (zoals toegestaan door art. 11 lid 2 richtlijn). In Nederland wordt het bewijsvermoeden één jaar (art. 7:18 lid 2 BW). Het is interessant om na te gaan welk effect deze combinaties (kortere aansprakelijkheidstermijn en langer bewijsvermoeden enerzijds en langere aansprakelijkheidstermijn en korter bewijsvermoeden anderzijds) hebben in termen van verduurzaming.³²⁶ Bij welke combinatie gaat de kwaliteit van producten vooruit? En bij welke combinatie gaan consumenten meer of juist minder zorgvuldig om met de door hen gekochte producten?³²⁷ Dit vergt inzichten uit de gedragswetenschappen (par. 2.4).

Vanuit duurzaamheidsoverwegingen is belangrijk dat de normale levensduur (of die van specifieke onderdelen) van het gekochte een minimumgrens vormt. Idealiter kunnen kopers gedurende de gehele verwachte levensduur van een zaak gebruikmaken van hun wettelijke garantierechten. Helaas wordt de consument nog regelmatig misleid over deze rechten, bij de aanschaf van een commerciële garantie bijvoorbeeld. Commerciële garanties die de koper tegemoetkomen in diens bewijslast van de non-conformiteit, dragen niettemin, onder bepaalde voorwaarden, ook hun steentje bij aan de verduurzaming. Garanties die zijn gekoppeld aan de verwachte levensduur van een product hebben, zo blijkt uit onderzoek, een

326 Pavillon 2020b, p. 26.

327 Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 142 geven vanuit duurzaamheidsoogpunt de voorkeur aan de laatste combinatie. Een langer vermoeden zou gepaard gaan met een *moral hazard*.

positieve invloed op die levensduur.³²⁸ Dit geldt ook voor een garantie die aanstuurt op herstel (par. 4.6.3).

Uit het recente Actieplan inzake de *Green Deal* blijkt dat de Europese Commissie de conformiteitseis als een belangrijk instrument beschouwt om verduurzaming te realiseren en dat zij overweegt om de nieuwe Kooprichtlijn op dit punt aan te passen.³²⁹ In de tussentijd kunnen reeds stappen worden gezet om het duurzaamheidsgezichtspunt nader in te vullen. Van belang is dat branches en producenten objectieve informatie beschikbaar maken over de ecologische duurzaamheid, in het bijzonder de te verwachten levensduur van producten (voor zover zij hiertoe niet al worden verplicht door andere regelingen). In het verlengde van hetgeen in paragraaf 4.3.1 is betoogd, kan ook via (zelf)regulering sterker worden ingezet op duidelijke en betrouwbare informatie over de normale levensduur van producten, opdat de consumentkoper wordt tegemoetgekomen in zijn bewijslast wanneer hij zich beroept op de non-conformiteit van een product.³³⁰ Duidelijke regels over de levensduur van producten verdienen de voorkeur. Omslachtig maar 'eerlijk' is het vastleggen van de levensduur van de verschillende onderdelen van een product. Dit voorkomt dat het zwakste onderdeel de levensduur van het gehele product bepaalt. Dergelijke regels zijn (deels) het onderwerp van de Ecodesign-regelgeving waar de considerans met het oog op zowel de verduurzaming van consumptie als de internemarkt doelstelling naar verwijst (rdnr. 32).³³¹ Een logische vervolgstap kan zijn om deze regels uitdrukkelijk aan de wettelijke garantieperiode te koppelen.³³² Dit vereist dat de onlangs tot stand gekomen Kooprichtlijn wordt herzien. In het Actieplan hint de Commissie hierop.

328 K. Tonner & R. Malcolm, *How and EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the EU*, onderzoek in opdracht van het Europees Parlement, 2017, te raadplegen via: [europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583121/IPOL_STU\(2017\)583121_EN.pdf](http://europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583121/IPOL_STU(2017)583121_EN.pdf). Het aanbieden van dergelijke garanties kan mogelijk worden aangemoedigd door een actieve informatieverplichting over hun beschikbaarheid. Een stap verder zou zijn een verplichting om een dergelijke lange commerciële garantie aan te bieden.

329 Zie p. 8: 'Regarding the role that guarantees can play in providing more circular products, the Commission will explore possible changes also in the context of the review of Directive 2019/771.'

330 C. Drion, 'Een levensduurlijst voor producten', *NJB* 2015/294, p. 355.

331 'Met het oog op deze doeleinden is productspecifieke Uniewetgeving de meest geschikte aanpak om duurzaamheid en andere productgerelateerde vereisten in te voeren voor specifieke categorieën of groepen producten, aan de hand van daartoe aangepaste criteria. Deze richtlijn moet derhalve een aanvulling vormen op de doelstellingen van dergelijke productspecifieke Uniewetgeving, en moet duurzaamheid als objectief criterium opnemen voor de beoordeling van de conformiteit van goederen.'

332 Het hiervoor genoemde onderzoek van Tonner en Malcolm wijst ook in deze richting.

De koper zou voorts gebaat zijn bij heldere informatie over wat van hem wordt verwacht qua ‘normaal gebruik’. Dit gebruik zou, met andere woorden, nader ingekaderd kunnen worden, bijvoorbeeld aan de hand van gebruiksvoorwaarden voor de consument (vgl. het voorbeeld genoemd in rdnr. 32 van de considerans bij de nieuwe Kooprichtlijn: ‘de mogelijke behoefte aan redelijk onderhoud van de goederen, zoals regelmatige controle of vervanging van de filters van een auto’, hierna par. 4.5.3).

Een idee zou zijn om, in afwachting van nadere regels, een nationaal of Europees *guidance*-document op te stellen ten behoeve van de duurzame uitleg van de bepalingen uit de nieuwe richtlijnen, in het licht van de circulaire economie en de afgekondigde *Green Deal*. De vraag rijst bijvoorbeeld hoe de duur van een ‘commerciële garantie van duurzaamheid’ (art. 17 lid 1 richtlijn) zich verhoudt tot de duurzaamheid als gezichtspunt bij de conformiteitstoets (dat wil zeggen de gemiddelde levensduur van het product dat het uitgangspunt vormt van de Nederlandse conformiteitstoets). Een commerciële garantie biedt consumenten extra rechten gedurende een door de verkoper bepaalde termijn (de consument hoeft dan bijvoorbeeld niet te bewijzen dat het product reeds niet conform was bij de levering). Dat de verkoper deze rechten aan een bepaalde levensduur koppelt, geeft aan dat hij deze levensduur als uitgangspunt neemt. Daar zal een rechter of geschillencommissie niet zomaar aan voorbij kunnen gaan bij de wettelijke conformiteitstoets (waarbij de bewijslast wel bij de consument ligt). De uit de nieuwe Richtlijn digitale inhoud afkomstige ‘redelijke termijn’ voor updates is niet nader ingevuld en verdient een zo duurzaam mogelijke uitleg (waarbij ecologische en economische duurzaamheid al snel op gespannen voet staan met elkaar). Wat betreft de digitale inhoud in relatie tot duurzaamheid, rijst ook de belangrijke vraag naar de compatibiliteit en interoperabiliteit van digitale inhoud en in het verlengde hiervan naar de overdraagbaarheid van zaken waarbij sprake is van *embedded software*.³³³ Een deel van de te verschaffen *guidance* had al in de parlementaire documentatie bij de nieuwe regeling kunnen worden verschaft.

Een consumentvriendelijke evenals duurzaamheidsbevorderende keuze van de Nederlandse omzettingswetgever tot slot, betreft de keuze om geen gebruik te maken van de (weinig duurzame) uitzonderingen voor tweedehandsproducten (art. 3 lid 5 onder a en art. 10 lid 6). Naar huidig recht wordt daar ook geen uitzondering voor gemaakt.³³⁴ Wel speelt de aard van het product een rol binnen de conformiteitstoets. Helaas is er in dit verband niets in de richtlijn geregeld ten aanzien van de nieuwe catego-

333 Mak 2019, p. 90. Deze eigenschappen moeten technologische veroudering tegen gaan.

334 Uit het verlagen van de bescherming bij tweedehandszaken gaat een verkeerd signaal uit aldus Van Gool & Michel, *EUCML* 2021/4, p. 138.

rie *refurbished* producten: deze hebben meer gemeen met nieuwe dan met tweedehandsproducten.

4.5.2 *Verplichtingen van de dienstverlener*

De verdienstelijking staat in het teken van de vanuit duurzaamheids-overwegingen wenselijk geachte overgang van bezit naar gebruik. Bij de bijdrage van de verdienstelijking aan de circulaire economie kunnen niet-temin de nodige vraagtekens worden geplaatst. De lessor of huurder kan om commerciële redenen geneigd zijn om producten sneller uit de markt te halen en te vervangen door nieuwe modellen.³³⁵ De consument zal mogelijkerwijs niet altijd even zorgvuldig omgaan met een geleende zaak waardoor de levensduur van het product per saldo korter is dan wanneer het in eigendom van de consument was geweest. Er is dus voorzichtigheid geboden met het naar voren schuiven van de verdienstelijking als dé oplossing. Uit onderzoek blijkt dat eigendom niet per definitie nadelig is voor de circulaire economie: de verantwoordelijkheid voor het duurzame gebruik ligt dan bij de consument-eigenaar.³³⁶ Bij producten die intensief worden gebruikt, rijst de vraag of de verdienstelijking niet juist ongunstig uitpakt in termen van circulariteit (fiets, wasmachine). Dit vergt meer onderzoek.

De bescherming van de consument schiet, ingeval een afgenomen dienst gebrekkig is, thans tekort. Er bestaan geen ‘harde’ regels die de kwaliteit en veiligheid van diensten waarborgen. Wel geldt er een algemene zorgplicht voor de professionele partij die per type overeenkomst een andere invulling kan krijgen.³³⁷ Er is dan ook geen specifieke consumentenbeschermende regeling inzake de huur van *roerende* zaken of dienstenovereenkomst voorhanden.³³⁸ De bescherming van de rechtspositie van de consument binnen de verdienstelijking is een terecht punt van zorg.³³⁹ Ten aanzien van dienstenovereenkomsten zijn consumenten in grote mate afhankelijk van het nationale recht en van de niet specifiek op dit type overeenkomst toegespitste algemenevoorwaardenregeling.³⁴⁰ Partijen moeten zelf op zoek naar een passende contractsinhoud,³⁴¹ hetgeen nadelig

335 V.V. Agrawal e.a., ‘Is Leasing Greener Than Selling?’, *Management Science* 2021/3 trekken in een recent onderzoek de groene voordelen van *leasing* in twijfel. Zie ook A. Tukker, ‘Eight types of product-service system: Eight ways to sustainability’, *Business Strategy and the Environment* 2004, nr. 4, p. 246-260.

336 Hojnik, *RECIEL* 2018/2, par. 3.2; Demyttenaere, Dewit & Jacoby 2016.

337 Deze zorgplicht wordt in algemene voorwaarden vaak ingeperkt. Hiervoor par. 4.4.1.

338 De *Principles of European Law on Service Contracts* (PELSC) bieden enige houvast maar zijn niet gericht op consumentenbescherming.

339 Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 409 en de drie Preadviezen uit 2019.

340 Zie de voorbeelden aangehaald door Keirsbilck, Terry & Van Gool 2019, p. 40, 45-46, 48, 54, 60.

341 Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2021/7326, p. 407.

kan uitpakken voor de zwakkere, minder autonome contractspartij. Daar komt bij dat er geen kader bestaat voor het opstellen en later ook toetsen van algemene voorwaarden (hiervoor par. 4.4.3). Niet slechts de economische maar ook de duurzaamheidsbelangen van de consument kunnen hierbij in het gedrang komen. Aan de verdienstelijking liggen immers veelal andere, meer financiële redenen ten grondslag dan duurzaamheidsmotieven.³⁴² Bij langlopende dienstenovereenkomsten komen de drie dimensies van duurzaamheid nadrukkelijk samen.

Er zou nagedacht kunnen worden over de (gedeeltelijke) toepasselijkheid van regels die de consument beschermen bij het sluiten van kredietovereenkomsten³⁴³ en/of aan de ontwikkeling van een bijzondere zorgplicht. Vooral de kwetsbare, onbemiddelde consument is hierbij gebaat. Die zal dankzij een huurcontract toegang krijgen tot goederen die hij zich anders niet kan veroorloven. Door te huren is hij mogelijk wel duurder uit. Gelet moet worden op mogelijke verkapte vormen van consumenten-/goederenkrediet waarbij de consument niet de bijbehorende wettelijke bescherming geniet. BKR-registratie is bij *leasing* thans gebruikelijk. Voor de rest is dit type overeenkomst niet nader gereguleerd terwijl het de financiële positie van consumenten net zozeer raakt als een kredietovereenkomst.³⁴⁴ Uit onderzoek blijkt overigens niet dat *lease*contracten tot een toename van de schuldenlast leiden. Betalingsproblemen worden veelal opgelost door inlevering van het gehuurde (of een betalingsregeling).³⁴⁵ Dit inleveren kan de consument vanzelfsprekend wel voor een groot probleem plaatsen, met name ingeval het gehuurde in een basisbehoefte voorziet.³⁴⁶

342 V. Mak & Terryn, *JCP* 2020, p. 239.

343 Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019, p. 31-35 en V. Mak 2019, p. 73.

344 Voor een ruime(re) toepassing van de kredietregelingen pleit R. Koolhoven, 'Bescherming tegen 'overkreditering' bij huur en lease van producten als diensten (PAAS)', *WPNR* 2021/7345, p. 835-844. Zij wijst op bedingen die de consument kosten laten dragen die voor risico van de dienstverlener komen, p. 841-842 en op de noodzaak van voordeelsverrekening bij een hogere restwaarde, p. 844.

345 Vgl. het naar aanleiding van een waarschuwing van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) door het Ministerie van Financiën opgedragen *Marktonderzoek Private Lease*, 4 juni 2021, p. 51 te raadplegen via: rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2021/07/08/bijlage-1-rapport-onderzoek-naar-de-markt-van-private-lease/bijlage-1-rapport-onderzoek-naar-de-markt-van-private-lease.pdf. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 3165.

346 Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019, p. 65 en V. Mak 2019, p. 91.

4.5.3 *Verplichtingen van de consument*

Het is mogelijk om de consument die zich beroept op non-conformiteit de door zijn eigen onzorgvuldige gedrag veroorzaakte schade te laten dragen.³⁴⁷ De huurder is verplicht zich ten aanzien van het gebruik van de gehuurde zaak als een goed huurder te gedragen (art. 7:213 BW). Doet hij dit niet, dan kan de verhuurder hem aansprakelijk stellen voor de geleden schade. Een mogelijke spanning tussen consumentenbescherming en verduurzaming bestaat daar waar, omwille van de circulaire economie, de consument verplichtingen worden opgelegd, zoals een bepaalde zorg- of onderhoudsplicht bij het gebruiken of hanteren van door hem aangeschafte of gehuurde zaken, die verdergaan dan wat er op grond van de wet van hem mag worden verwacht.³⁴⁸ Te denken valt aan een verval van recht op remedies bij koop gekoppeld aan een bepaald aantal onderhoudsbeurten, of aan het verbinden van een termijn aan de verplichting tot klein onderhoud bij huur.³⁴⁹ Het opleggen van gebruiksvoorwaarden en van (onderhouds)verplichtingen aan consumenten vormt een vanuit duurzaamheidsperspectief serieuze optie. De vraag is evenwel of expliciete op de consument rustende verplichtingen die betrekking hebben op de wijze waarop hij met een zaak omgaat, wettelijk verankerd moeten worden.³⁵⁰ Daartoe zouden bijvoorbeeld ook gedragscodes voor consumenten kunnen worden opgesteld, waarin wordt aangegeven wat ‘normaal’ of ‘duurzaam gebruik’ inhoudt bij bepaalde producten. Contractsvoorwaarden die consumenten plichten opleggen kunnen aan de oneerlijkheidstoets worden onderworpen, waarbij aspecten van sociale duurzaamheid die verplichtingen nader begrenzen (par. 4.4.3).

Een vergoeding van het (zorgvuldige) gebruik (en bijbehorende waarde- en staatvermindering³⁵¹) van een zaak is niet op haar plaats in geval van

347 Zo is bij een vordering van schadevergoeding vanwege non-conformiteit toepassing van het leerstuk van eigen schuld ‘gewoon’ toegestaan (vgl. art. 13 lid 7 richtlijn).

348 Dit is gelet op de open bewoordingen van art. 7:213 BW niet altijd duidelijk vast te stellen (par. 4.4.3).

349 Zie V. Mak 2019, p. 81 en de aldaar genoemde voorbeelden uit de AV van Swapfiets.

350 Uit het nieuwe art. 7:50af lid 1 onder b BW volgt dat de consument updates moet installeren, op straffe van verval van recht.

351 Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen waardevermindering door tijdsverloop en staatvermindering door gebruik. Dit gebruik is dat van een zorgvuldige schuldenaar (art. 6:273 BW). Bij staatvermindering door afwijkend gebruik, gaat het om wanprestatie: Rb. Haarlem 15 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV8727. Vgl. Pavillon, TvC 2016, afl. 5, p. 237-239.

herroeping³⁵² of vervanging³⁵³ (vgl. art. 7:21 lid 7 BW³⁵⁴). Het opleggen van een gebruiksvergoeding staat op gespannen voet met de effectiviteit van remedies: consumenten zullen (nog) minder snel geneigd zijn om deze in te roepen. De vergoeding van (normaal) gebruik of genot is voorts niet eenvoudig in te passen in het kooprecht, daar het verschaffen van het gebruik of genot geen verplichting vormt van de verkoper (hij dient slechts de eigendom van de zaak te verschaffen).³⁵⁵ Een volle herijking kan betekenen dat van de *zorgvuldige* consument een vergoeding van het gebruik van een geretourneerde (conforme) zaak wordt verlangd. De waardevermindering die inroeping van het herroepingsrecht met zich brengt, komt nu in beginsel voor rekening van de verkoper.³⁵⁶ Bij een volle herijking zou ook, om vervanging te ontmoedigen, afstand van het nieuwe artikel 7:21 lid 7 BW kunnen worden gedaan. Naar huidig recht kan slechts de weg van de ongerechtvaardigde verrijking worden bewandeld.³⁵⁷ In de parlementaire geschiedenis bij de nieuwe koopregels wijst de minister op de situatie waarin een non-conforme wasmachine na zes jaar wordt vervangen door een *nieuw* model omdat het oude model niet meer beschikbaar is³⁵⁸ en reparatie niet mogelijk.³⁵⁹ Gelet op de vereiste terughoudendheid bij het opleggen van een vergoedingsplicht en omwille van de verduurzaming, zou als extra voorwaarde kunnen worden gesteld dat het nieuwere model een langere levensduur heeft. In zo'n geval heeft de koper immers een zaak geleverd gekregen die zijn duurzaamheidsverwachtingen op grond van de overeenkomst overtreft. De aanspraak op een vergoeding kan bedrijven mogelijk aansporen om vervanging met betere exemplaren aan te bieden. De consument zou immers bereid zijn om meer te betalen voor goederen die langer meegaan.³⁶⁰ Hij zou wel steeds de keuze voor de (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst moeten behouden, in dit geval de enige beschikbare remedie.³⁶¹

352 HvJ EG 3 september 2009, C-489/07, ECLI:EU:C:2009:502 (*Messner*).

353 HvJ EG 17 april 2008, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231 (*Quelle*). Dat bij ontbinding een gebruiksvergoeding kan worden gevraagd, lijkt door de specifiek op vervanging toegesneden overwegingen in het *Quelle*-arrest niet uitgesloten.

354 'De koper is niet gehouden te betalen voor normaal gebruik van de vervangen zaak in de periode voor de vervanging.' Zie ook rdnr. 57 van de considerans van de nieuwe Kooprichtlijn.

355 *Gratis Telefoon II*, r.o. 3.16.

356 Tenzij de consument verder is gegaan dan nodig om de aard, de kenmerken en de werking van de goederen na te gaan, zie art. 6:230s lid 3 BW.

357 HvJ EG 3 september 2009, C-489/07, ECLI:EU:C:2009:502 (*Messner*); *Gratis Telefoon II*, r.o. 3.16.

358 Zie ook Asser/Hijma 7-I 2019/553.

359 *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 7, p. 9 en 10. Zie hierover Bijloo, *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 70.

360 Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 5.

361 In dit opzicht botst de gebruiksvergoeding niet met de maximumharmoniserende richtlijn. Anders Bijloo, *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 70-71.

In plaats van of naast een vergoedingsplicht zijdens de consument kan ook paal en perk aan de testmogelijkheden bij online gekochte elektronica, witgoed en bruigoed worden gesteld.³⁶² Bij sommige zaken zou het herroepen zelfs kunnen worden uitgesloten (art. 6:230o BW). Op deze manier kan bovendien de ‘scheefgroei’ van het herroepingsrecht worden aangepakt: er bestaat momenteel een grote discrepantie tussen de grenzen die aan dit recht worden gesteld bij digitale inhoud (vanwege de vrees voor illegale kopieën, in wezen een kwestie van economische duurzaamheid) en de grenzen die gelden bij andere zaken. De testmogelijkheden bij online aangeschafte producten gaan thans verder dan in een winkel. Denkbaar is dat de consument voor het testen naar een speciale showroom zou moeten gaan of op online filmpjes moet vertrouwen (vgl. een *preview* of geluidsfragment bij digitale inhoud, deze zijn ook niet optimaal). Het spreekt voor zich dat als het gekochte niet conform is, de consument zijn garantierechten kan inroepen.

De herijking zou zonder meer gepaard moeten gaan met een bijstelling van het beschermingsniveau bij *verwijtbaar* niet-duurzaam consumptiegedrag aan de kant van de (niet zorgvuldige) consument.³⁶³ Dat is gedrag dat niet kan worden verklaard door de (te) hoge kosten van het groenere alternatief, als dit al beschikbaar is, of door een gebrek aan informatie, ondersteuning of educatie. Op elke consument rust een verduurzamingsverplichting binnen de grenzen van zijn of haar mogelijkheden. Naar huidig recht worden reeds verplichtingen aan de consument opgelegd die de duurzaamheid ten goede kunnen komen, zoals de verplichting om te betalen voor het terugsturen van zaken tijdens de bedenktijd (art. 6:230s lid 2 BW). Het probleem is evenwel dat de handelaar hiervan ten voordele van de consument mag afwijken (door die kosten op zich te nemen), hetgeen om commerciële redenen vaak gebeurt. Een schadevergoeding vorderen bij een te vergaand ‘testen’ is commercieel ook niet interessant. Artikel 6:230s lid 3 BW – de verplichting om schade te vergoeden die het gevolg is van een ‘behandeling van de zaak verder is gegaan dan noodzakelijk om de aard, de kenmerken en de werking daarvan vast te stellen’ – wordt dan ook niet of nauwelijks benut. Het is bovendien aan de handelaar om te bewijzen dat de consument meer heeft gedaan dan nodig om de goederen te testen. Dat bewijs zal gelet op de ruime testmogelijkheid lastig te leveren zijn.

Een idee zou zijn om de verplichtingen uit artikel 6:230s BW dwingend voor te schrijven. Het opleggen van dwingendrechtelijke verplichtingen aan de consument zou de tegenhanger zijn van een toename aan

362 Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 1, p. 24.

363 De ruime uitleg van art. 6:204 lid 1 BW in het arrest *Gratis Telefoon II* inhoudende dat de consument redelijkerwijze geen rekening hoefde te houden met een verplichting tot teruggave van het toestel, ging in dit opzicht te ver.

(publiekrechtelijke) maatregelen die bedrijven aansporen of er zelfs toe dwingen de circulaire economie te omarmen: een verbod op geplande veroudering³⁶⁴ en op het vernietigen van geretourneerde (duurzame) goederen (par. 3.2.2). De *Green Deal* zal de mogelijkheden tot het opleggen van dergelijke duurzaamheidsverplichtingen aan professionele partijen gaan verruimen. Of dit ook voor consumenten geldt, is de vraag. Dit lijkt mij wel wenselijk. Dergelijke verplichtingen zouden overigens voor alle consumenten moeten gelden. De eerder besproken (par. 4.2.1) differentiatie³⁶⁵ acht ik bij het optuigen van zorgplichten aan de kant van de consument niet wenselijk, mits dit gepaard gaat met goede voorlichting en educatie, een strenge controle op de naleving van de verplichtingen aan de kant van de professionele partij en ruimte voor maatwerk bij geschillen.

4.6 Remedies en duurzaamheid

Het hanteren van duurzaamheid als ijkpunt brengt met zich dat kritisch naar de effectiviteit en evenredigheid van bestaande, de consument ter beschikking staande, remedies wordt gekeken en dat nieuwe remedies zoals vervanging van een defect apparaat door een *refurbished* of juist nieuwer (duurzamer) exemplaar mogelijk worden gemaakt. Dit alles heeft per saldo slechts beperkte gevolgen voor de bestaande beschermingsstandaard. In sommige gevallen wordt deze juist verhoogd.

4.6.1 Remedies om groene claims af te dwingen

Aandachtspunt bij het vervaardigen van nieuwe regelgeving is dat van de afdwingbaarheid van de (veelal vage) groene beloftes van bedrijven, denk aan een algemene eed om maatschappelijk verantwoord te ondernemen. Er zijn steeds meer consumenten die zich richten op dergelijke uitlatingen en hun verwachtingen daarop afstemmen.³⁶⁶ Uit onderzoek van de Consumentenbond blijkt de duurzaamheidswinst van het *leasen* of huren (gelet op de kosten) soms flink tegen te vallen.³⁶⁷ Welke remedies kan een consument die het slachtoffer is van een misleidende of onjuiste duurzaamheidsclaim met betrekking tot een door hem afgenomen dienst of gekochte zaak invoeren jegens zijn (professionele) wederpartij? En gaat van het invoeren van een remedie een afschrikkend effect uit waardoor de professionele partij wordt aangespoord tot naleving van de geuite claims?

364 Art. L. 213-4-1 *Code de la consommation*.

365 Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 235.

366 Zo ook de financiële consument: AFM, 'Consument accepteert meer risico en lager rendement voor duurzame belegging', 1 september 2020, te raadplegen op afm.nl/~profmedia/files/nieuws/2020/september/artikel-onderzoek-consument-duurzame-belegging.pdf?la=nl-NL.

367 'Apparaat huren? Laat maar zitten', *Consumentengids*, maart 2017, p. 26.

De mogelijkheden om *greenwashing* aan te pakken aan de hand van het leerstuk van de oneerlijke handelspraktijk zijn in de literatuur reeds uitgebreid besproken.³⁶⁸ De afdwingbaarheid van duurzaamheidsclaims via contractuele normen als de dwaling, artikel 6:193j lid 3 BW of non-conformiteit is momenteel onvoldoende gewaarborgd. Los van het feit dat een individuele rechtsgang door de hoge kosten en onzekere uitkomst hiervan weinig aantrekkelijk is, is het moeilijk te bewijzen dat de misleidende of onjuiste informatie over duurzame eigenschappen de aanschafkeuze of redelijke verwachtingen ten aanzien van het product of de dienst³⁶⁹ heeft bepaald.³⁷⁰ In het eerste geval is het lastig om aan te tonen dat sprake is van een tekortkoming. De consument heeft nauwelijks mogelijkheden om algemene beloftes die niet rechtstreeks de kern van de prestaties betreffen, af te dwingen. Helemaal onbegaanbaar is de weg van de non-conformiteit niet en een tegemoetkoming in de bewijslast en/of een collectieve actie biedt dan mogelijk uitkomst.³⁷¹ Zoals in paragraaf 4.5.1 is betoogd, is een sterkere koppeling van de conformiteitseis aan duurzaamheidsnormen (Eco-designregels, levensduur, keurmerken, enz.) wenselijk. Deze koppeling is evenwel pas zinvol voor zover de consument toegang heeft tot *effectieve* en *evenredige* remedies. Dit behandel ik in paragraaf 4.6.2. Over de specifieke remedies die de consument-koper die zich beroept op non-conformiteit, ongeacht de oorzaak hiervan, ter beschikking staan en de duurzaamheidsaspecten van deze remedies gaat paragraaf 4.6.3.

Ik bespreek hier de contractuele remedies die de consument kan (en volgens Micklitz zou moeten³⁷²) invoeren wanneer vaststaat dat *greenwashing* non-conformiteit oplevert. Een consumentkoper kan nakoming, dat is herstel of vervanging, vorderen (art. 7:21 lid 1 BW). Vervanging ligt bij een zaak die minder duurzaam is dan geadverteerd, niet voor de hand (tenzij het om een afwijkend exemplaar gaat). Herstel is, wanneer het gaat om *performance* of uitstoot, niet ondenkbaar maar heeft flink wat voeten in de aarde (zo bleek ook in de sjoemeldieselzaak³⁷³). Is het gebruik bijvoorbeeld minder zuinig dan geadverteerd, dan is een prijsvermindering de meest voor de hand liggende sanctie.³⁷⁴ Bij diensten die minder duurzaam blijken

368 P.W.J. Verbruggen, 'Klimaatrechtspraak, consumentenrecht en misleidende milieuclaims', TvC 2021, afl. 4, p. 186-188.

369 Bij diensten maakt het verschil uit of de duurzaamheidsclaim een inspannings- of een resultaatverbintenis betreft.

370 Zeker wanneer het gaat om informatie omtrent de (sociale) duurzaamheid van het productieproces. Vgl. L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten* (diss. Groningen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, nr. 266.

371 Vgl. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617.

372 Micklitz, *EUCML* 2019/6, p. 235-236.

373 Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617, r.o. 17.13.

374 Tot die conclusie komt ook Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617, r.o. 18.28.

dan voorgespiegeld, is mogelijk meer ruimte voor nakoming. Zeker wanneer de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die het beroep op artikel 3:296 BW inkaderen ruimte laten voor duurzaamheidsbelangen (par. 3.2.1).

Het kan voorkomen dat de consument die slachtoffer is van *greenwashing* geen vertrouwen meer heeft in zijn professionele wederpartij, geen genoegen neemt met een prijsvermindering en van de overeenkomst af wil. (Volledige) ontbinding is dan de aangewezen remedie. Bij 'groenge-waste' diensten zou niet te snel op de tenzij-clausule uit artikel 6:265 lid 1 BW mogen worden teruggegrepen. Bij consumentenkoop geldt in beginsel een hiërarchie tussen remedies waardoor ontbinden niet direct mogelijk is. De mogelijkheid om een niet-conforme koop 'meteen' te ontbinden (zonder eerst nakoming te vorderen) lijkt evenwel te zijn verruimd in het nieuwe artikel 7:22 lid 5 BW.³⁷⁵ Onderdeel d biedt wellicht uitkomst.³⁷⁶ De mogelijkheid tot opschorting teneinde de verkoper aan te sporen zijn terugbetalingsverplichting na te komen wordt overigens juist bemoeilijkt door het nieuwe lid 7.³⁷⁷ De consumentkoper die bij *greenwashing* van een overeenkomst af wil, doet er denkkelijk beter aan zich op de schending van een informatieplicht dan wel op een misleidende praktijk of omissie te beroepen. In beide gevallen staat in beginsel vernietiging open (art. 3:40 lid 2³⁷⁸ resp. 6:193j lid 3 BW). De vraag is of de informatie met betrekking tot duurzaamheidsaspecten als 'essentiële informatie' dient te worden aange-merkt, dat is informatie die doorslaggevend is voor het sluiten van de overeenkomst. In het kader van een herijking ligt dit voor de hand: de lat voor vernietiging (of ontbinding) mag niet te hoog liggen.

Wanneer de wegen van de contractspartijen scheiden, komt de ingewikkelde problematiek van de ongedaanmaking in beeld. Hoe consumentvriendelijker deze afwikkeling (zonder gebruiksvergoeding, par. 4.5.3), hoe aantrekkelijker ontbinding of vernietiging wordt. In het kader van de herijking ligt bij *greenwashing* een consumentvriendelijke benadering voor de hand (anders dan bij een herroeping en ontbinding of vernietiging in verband met een andersoortige normschending). Voor veel consumenten

375 V. Mak & Op Heij, TvC 2021, afl. 5, p. 277-280.

376 'De verkoper heeft verklaard, of uit de omstandigheden blijkt duidelijk dat hij de zaak door middel van herstel of vervanging niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de koper aan de overeenkomst kan laten beantwoorden.'

377 Volgens M.B.M. Loos, 'De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud', TvC 2021, afl. 4, par. 4.5 staat de weg van art. 6:263 (en zelfs die van art. 6:52) BW open indien de verkoper de non-conformiteit betwist. Dit valt te betwijfelen. In WPNR 2021/7334 betoogde hij dat de maximumharmonisatie het dwalingsleerstuk opzijzet. Art. 16 lid 3 richtlijn lijkt de opschorting door de consument naar nationaal recht onmogelijk te maken.

378 Parket bij de Hoge Raad 16 augustus 2021, ECLI:NL:PHR:2021:758.

is het niet-duurzame karakter van het gekochte niet meteen een reden om in actie te komen. De bestrijding van *greenwashing* aan de individuele contractant overlaten, is daarom weinig effectief. Het is een goede zaak dat de ACM het bestrijden van misleidende duurzaamheidsclaims serieus neemt.³⁷⁹

De bereidheid om individueel of collectief actie te ondernemen is denkbaar het grootst indien de consument de gevolgen van *greenwashing* in zijn portemonnee voelt. Dit zal lang niet altijd het geval zijn.³⁸⁰ Indien aanwezig, dan kan dit nadeel bestaan uit een hogere prijs dan gelet op de kenmerken van het product of de dienst gerechtvaardigd is. Het kan echter ook bestaan uit kosten die de consument maakt bij het gebruik van het product en waarvan hij had mogen verwachten dat hij zich deze kon besparen (benzine of stroom, onderhouds- of vervangingskosten). In beide gevallen kan de consument schadevergoeding vorderen (hetzij via art. 6:74 BW, hetzij via art. 6:193j lid 2 BW). De verwachte besparing is weliswaar niet eenvoudig te begroten maar de rechter heeft veel vrijheid bij het vaststellen van de schade (art. 6:97 BW). In het eerste geval lijkt prijsvermindering een gepaste remedie voor de geleden transactieschade. In het tweede geval, waarin sprake is van gevolgschade, zal de consument wellicht eerder geneigd zijn van de overeenkomst af te willen en zijn (tijdelijke) verlies voor lief te nemen. Dit verlies pleit tegen een gedeeltelijke vernietiging in de vorm van een prijsvermindering (en tegen elke vorm van waardevergoeding). De bestrijding van *greenwashing* vraagt om de inzet van verschillende remedies, op individuele en collectieve basis. Zij vergt ook dat nadere aandacht wordt besteed aan de actiemogelijkheid in de driehoeksverhouding die door tussenkomst van een platform ontstaat (par. 4.2.3).³⁸¹

4.6.2 Remedies en duurzaamheid als gezichtspunt

Niet in de laatste plaats rijst bij een herijking de vraag of de ingeroepen remedies op zich wel duurzaam zijn. Contractuele remedies bij de schending van regels van Europees consumentenrecht dienen evenredig en doeltreffend te zijn.³⁸² Het gaat hierbij om het perspectief van de consument. Sancties op de schending van deze regels, het perspectief van de professionele partij, moeten behalve doeltreffend en evenredig, ook afschrik-

379 ACM, 'Leidraad duurzaamheidsclaims', p. 5.

380 S.A.M. Vermeulen & F.W.J. van der Eerden, 'Sustainability sells?', *MvV* 2020/11, p. 399 bespreken deze problematiek voor financiële producten en noemen het voorbeeld van 'groene' beleggingen die evenveel rendement opleveren als de wel duurzame variant.

381 Koolhoven & Pavillon, *SEW* 2022, afl. 3. Wij onderzochten de beperkte actiemogelijkheden van de consument in geval van *greenwashing* door het platform zelf.

382 Zie bijv. het door de Moderniseringsrichtlijn gewijzigde art. 11bis Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

kend zijn. Bij de bestaande discussie over de invulling van deze criteria,³⁸³ speelt duurzaamheid geen rol van betekenis. Er is één uitzondering. Zo moeten de onlangs door de Moderniseringsrichtlijn ingevoerde individuele remedies bij oneerlijke handelspraktijken een afschrikkende werking hebben ten aanzien van misleidende milieueclaims en misleidende informatie over de levensduur van producten (hierbij past dus de genoemde royale afwikkeling).³⁸⁴ Of contractuele remedies – de ongedaanmaking van de overeenkomst, toekenning van schadevergoeding of van een prijsvermindering – een afschrikkend effect hebben, is overigens de vraag. Aannemelijk is dat pas van afschrikking sprake zal zijn wanneer deze remedies op grote schaal worden ingeroepen, met grote financiële gevolgen.³⁸⁵

Doeltreffendheid en afschrikking liggen in elkaars verlengde. Van belang is dat er een einde komt aan de normschending en dat de norm (uiteindelijk) wordt nageleefd. Duidelijk is dat de norm (de conformiteitsnorm of het verschaffen van correcte informatie) ziet op het beschermen van de partijautonomie en niet op het bevorderen van duurzaamheid. Het lijkt dus niet mogelijk om de effecten van remedies en sancties in termen van duurzaamheid bij de inkleuring van de twee gezichtspunten 'doeltreffend' en 'afschrikkend' te betrekken. Een indirecte impact is er wel wanneer de gesanctioneerde schending van genoemde normen een misleidende duurzaamheidsclaim betreft. Denkbaar is, dat een dergelijke schending extra zwaar wordt gesanctioneerd. Het gezichtspunt dat hierbij een sleutelrol speelt, is mijns inziens dat van de evenredigheid. De gezichtspunten die blijkens de Moderniseringsrichtlijn bij de evenredigheidstoets dienen te worden gehanteerd bieden enkele aanknopingspunten (onder a, de 'aard' van de inbreuk of onder f, 'verzwarende omstandigheden').³⁸⁶ Het is aan de rechter of toezichthouder om hier nader invulling aan te geven.

Bij de vaststelling van de evenredigheid van een bepaalde sanctie, zou het mee laten wegen van duurzaamheidsaspecten er ook toe kunnen leiden dat de consument de door hem gewenste remedie wordt ontzegd.³⁸⁷ Zouden de informatieplichten betreffende duurzaamheidsaspecten inderdaad

383 F. Cafaggi & P. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Disuasiveness 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. 575-618.

384 *Commission Staff working document Report of the Fitness check*, 9513/17, SWD(2017)209 final, p. 77, 86 en 94.

385 De afschrikkende effecten van remedies en sancties zijn nog nauwelijks onderzocht: Pavillon 2020a. Zie ook P.T. Dijkstra & A.A.M. Tuinstra-Karel, 'Toepassing van gedragsinzichten in het consumentenrecht door de Autoriteit Consument en Markt', *TvC* 2017, afl. 6, p. 284, die wijzen op het preventieve effect van reputatieschade.

386 Zie de aanpassingen aan art. 13 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, art. 8 ter Richtlijn oneerlijke bedingen, art. 24 Richtlijn consumentenrechten.

387 Pavillon 2020a, p. 18-19. Hiervoor par. 3.2.1.

worden uitgebreid (par. 4.3), dan dienen de sancties op de schending van informatieplichten, ofwel de remedies die de consument ter beschikking staan, goed te worden afgestemd op de inhoud van de te verstrekken informatie. Het vernietigen of ontbinden van een overeenkomst vanwege de schending van een informatieplicht inzake de levensduur heeft negatieve gevolgen in termen van duurzaamheid. Het product zal immers worden teruggestuurd (en vernietigd?) en de consument zal doorgaans een nieuw product aanschaffen. Een prijsvermindering ligt dan meer voor de hand: de kans is groot dat de consument het product toch nog blijft gebruiken.³⁸⁸ In dit opzicht is in de sjoemeldieselzaak een vanuit duurzaamheidsoogpunt evenredige sanctie opgelegd door de Amsterdamse rechter. De in de VS gekozen massale ontbinding levert plaatjes op van lange rijen afgedankte, in de woestijn achtergelaten auto's.

4.6.3 *Remedies bij koop*

Vanuit een oogpunt van ecologische duurzaamheid – het streven naar levensduurverlenging – wordt het recht op *kosteloze* vervanging of reparatie (art. 7:21 lid 2 BW) momenteel onvoldoende gewaarborgd in Nederland. Dit komt paradoxaal genoeg in grote mate door de niet begrensde aansprakelijkheidstermijn (par. 4.5.1). Na enkele jaren acht het bedrijfsleven het niet langer gerechtvaardigd dat het defecte product kosteloos wordt vervangen of gerepareerd.³⁸⁹ Op deze manier wordt de langere Nederlandse termijn in feite uitgehold. Dit pleit voor het wettelijk vastknopen van de aansprakelijkheidstermijn aan de levensduur van verschillende producten (par. 4.5.1).³⁹⁰ Als de aansprakelijkheid van de verkoper dan vast komt te staan, zou vervanging en/of reparatie kosteloos moeten zijn.

Herstel heeft een directe impact op de levensduur van producten en verdient, vanuit duurzaamheidsperspectief, de voorkeur boven vervanging of ontbinding.³⁹¹ Vooropgesteld zij, dat de repareerbaarheid van producten (alsmede de beschikbaarheid van handleidingen en onderdelen) het uitgangspunt moet vormen. Het is dan zaak dan de consument zijn recht op

388 Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1210.

389 Zie de reactie op de consultatiewetgeving van Detailhandel Nederland, p. 4.

390 In Noorwegen hanteert men een per type zaak verschillende termijn. Een alternatief zou zijn een vaste langere aansprakelijkheidstermijn zoals in Ierland (6 jaar).

391 Zie o.a. Terryn, *TvC* 2018, afl. 3, *ERPL* 2019/4 en A. Michel, 'La Directive 1999/44/CE sur la garantie des biens de consommation: un remède efficace contre l'obsolescence programmée?', *REDC* 2016/2, p. 228. Betoogd kan worden dat het systeem van remedies de economische belangen van consumenten niet op evenwichtige wijze beschermt: economisch gezien is vervanging vaak interessanter dan de gelijkwaardige remedie reparatie voor de consument. Dat herstel als de 'mindere' optie wordt gezien, blijkt ook uit het betoog van Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1229 die concludeert dat de keuze voor een duurzame remedie boven een minder duurzame remedie daarom niet aan de consumentkoper mag worden opgelegd.

kosteloos herstel kan effectueren. In voorlichtingscampagnes maar ook in de geschillenbeslechting (rechtspraak, geschillencommissies) en het toezicht zou gelet moeten worden op een betere naleving van de wet. Gedragscodes en andere vormen van zelfregulering zouden tegen het licht van de wet moeten worden gehouden (zoals de standaardconsumentenbijdrage aan reparatie na twee jaar in de gedragscode van Uneto/VNI).³⁹² Commerciële garanties leggen veelal de nadruk op vervanging en dragen om die reden weinig bij aan verduurzaming. Een nadere regulering van dit type garantie teneinde het recht op herstel te waarborgen, is ook een optie.

Consumenten zouden daarnaast extra gestimuleerd kunnen worden om te kiezen voor reparatie: volgens een studie van de Commissie uitgevoerd in 2018 is maar liefst 64% van de consumenten bereid om een defecte zaak te (laten) repareren.³⁹³ Denkbaar is dat de keuze voor reparatie extra wordt beloond met het opnieuw laten lopen van een garantietermijn.³⁹⁴ De hierboven vermelde informatie over de repareerbaarheid zal niet slechts de keuze voor een bepaald product maar mogelijk ook de keuze voor herstel als remedie beïnvloeden. De snelheid waarmee reserveonderdelen geleverd kunnen worden, speelt ook een belangrijke rol: consumenten willen niet te lang wachten op reparatie. Ook het verplicht (gratis) ter beschikking stellen van een vervangend (gebruikt of *refurbished*) exemplaar tijdens de reparatie zou de consument kunnen aanmoedigen om voor reparatie te kiezen. Naast de prijs vormt immers het gemak (*ease-of-repair*) een belangrijke drijfveer. De aantrekkingskracht van herstel als remedie zal toenemen als de consument hier weinig moeite voor hoeft te doen en de reparatie gratis en snel plaatsvindt. Het nieuwe artikel 7:21 lid 7 BW, dat verder reikt dan artikel 14 lid 2 richtlijn door de kosten voor het terugnemen van zaken niet slechts bij vervanging maar ook bij herstel expliciet bij de verkoper neer te leggen,³⁹⁵ draagt hier hopelijk aan bij.

Ook de handelaar zou nader aangespoord kunnen worden om reparatie mogelijk te maken. Het perspectief verschuift dan naar maatregelen die de keuze van bedrijven voor vervanging (of ontbinding) ontmoedigen, zoals het laten ingaan van een nieuwe garantietermijn (inclusief bewijsvermoeden) bij het geven van een nieuw exemplaar en het strikt handhaven van het recht op gratis vervanging. Die keuze maakt de Nederlandse wetgever vooralsnog niet. Oostenrijk, Kroatië, Denemarken, Estland, Griekenland, Hongarije, Polen, Portugal, Slowakije en Spanje laten wel een nieuwe ter-

392 Pavillon, AA 2020/2, p. 203. UNETO staat voor Unie van Elektrotechnische Ondernemers en VNI voor Vereniging Nederlandse Installatiebedrijven.

393 Mak & Terryn, JCP 2020, p. 233 met verwijzing naar de *Behavioural study on consumers' engagement in the circular economy*.

394 Vgl. Consumentenagenda 2020, Mededeling COM(2020)696 final, p. 8.

395 Bijloot, *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 70.

mijn ingaan bij vervanging.³⁹⁶ Vervanging zou in verhouding tot herstel dan minder aantrekkelijk worden voor verkopers maar juist aantrekkelijker voor consumenten. Deze weg lijkt dus niet de meest aangewezen weg om reparatie te stimuleren. In Frankrijk gaat de nieuwe wettelijke garantie van twee jaar (inclusief vermoeden) na vervanging pas lopen indien de consument vergeefs herstel heeft gevorderd (de verlenging is zes maanden bij reparatie).³⁹⁷ De consument moet dus wel eerst om herstel vragen. Het is interessant om na te gaan hoe dergelijke maatregelen uitpakken.

Behalve genoemde opties zijn er ook mogelijkheden om op nationaal niveau, bij de toepassing van open geformuleerde richtlijnnormen, door middel van uitleg herstel te stimuleren. Op grond van artikel 7:21 lid 4 BW kan vervanging of herstel slechts worden geweigerd indien dit niet van de verkoper kan worden gevergd: 'In dit verband zij eraan herinnerd dat de consument (...) in eerste instantie het recht heeft om van de verkoper het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging van de goederen te verlangen, behalve als dat onmogelijk of buiten verhouding zou zijn.'³⁹⁸ Deze toets wordt aangeduid als de relatieve evenredigheidstoets. Bij deze toets zouden behalve de (financiële) kosten ook de, in termen van verduurzaming, te verwachten inspanningen van de verkoper kunnen worden meegewogen.³⁹⁹ Bij het bepalen van een *redelijke* remedie, zou duurzaamheid als gezichtspunt een rol moeten spelen.⁴⁰⁰

Slechts als er redelijkerwijs geen mogelijkheid tot reparatie bestaat, kan onder voorwaarden van de consument worden verwacht dat hij een bijdrage levert aan de vervangingskosten, met andere woorden: is vervanging de enige beschikbare remedie, dan mag de nationale rechter een afweging maken of de volledige kosten door de verkoper dienen te worden vergoed of niet.⁴⁰¹ Naar ik meen zou, wanneer reparatie onmogelijk is door het ontwerp (*planned obsolescence*), kritisch naar een veroordeling van de consument in de kosten van vervanging moeten worden gekeken. Zou reparatie door een gebrek aan reserveonderdelen of de onmogelijkheid het product te demonteren niet beschikbaar zijn, dan zouden de kosten van vervanging niet (deels) op de consument mogen worden afgewenteld. Rechter

396 Study on the costs and benefits of extending certain right under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC, p. 15-16.

397 Art. L. 217-13 Code de la consommation.

398 HvJ EU 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, r.o. 66 (Weber en Putz).

399 Van Gool & Michel, EUCML 2021/4, p. 145.

400 Vgl. een uitspraak van de hoogste rechter in Noorwegen uit 2006 waarover Mak & Terryn, JCP 2020, p. 236.

401 J.A. Luzak, 'Een storm in een glas water? Over de rechtsmiddelen van een consument bij non-conforme goederen na de beslissing van het Hof van Justitie in Weber en Putz', TvC 2014, afl. 5, p. 231-238.

zullen moeten bepalen onder welke voorwaarden van de consument mag worden verwacht dat hij bijdraagt aan de uitoefening van een door hem terecht ingeroepen remedie. Eerdergenoemd *guidance*-document zou (bij gebrek aan sturende parlementaire documentatie op dit punt) in kunnen gaan op de huidige verhouding tussen remedies en de vraag in welke ‘uitzonderlijke gevallen’ de consument om een bijdrage voor reparatie of vervanging mag worden gevraagd in het licht van de transitie naar een circulaire economie.⁴⁰²

In de nieuwe Kooprichtlijn lijkt de relatieve onevenredigheid niet langer alleen de mogelijkheid van herstel ten opzichte van die van vervanging aan te gaan maar betreft zij, naar de letter van de richtlijn, *alle* remedies, dus ook de mogelijkheid om te ontbinden (considerans bij de richtlijn, rdnr. 49). De uitbreiding van deze relatieve onevenredigheidstoets vormt mogelijk een extra reden voor het mee laten wegen van duurzaamheidsaspecten. De ‘onevenredige kosten voor de verkoper’ waarop de proportionaliteitstoets is toegespitst zouden dan een ruimere uitleg krijgen, die verder reikt dan de *financiële* kosten. Genoemde aspecten zouden dan inkleuren wat *evenredige* kosten vormen. Dit zou andersom ook een inperking van de vrije keuze van consumenten kunnen betekenen. Nederlandse consumenten geven immers veelal de voorkeur aan vervanging of ontbinding. 56% van de Nederlandse consumenten heeft geen ervaring met het repareren van defecte zaken, blijkt uit onderzoek van de Europese Commissie. Daarmee bungelt Nederland onderaan de lijst van de in het onderzoek betrokken lidstaten.⁴⁰³ Het huidige kooprecht is al met al onvoldoende toegesneden op het bevorderen van herstel. Gedurfde duurzaamheidsbevorderende keuzes, die ingrijpen in het niveau van consumentenbescherming, betreffen onder meer het herzien van de hiërarchie tussen remedies en het afnemen van de keuzevrijheid⁴⁰⁴ tussen remedies van de consument. De mogelijkheden voor de verkoper om de consument een remedie te ontzeggen en een bijdrage te vragen bij de uitoefening van de overgebleven remedie blijven in de nieuwe Kooprichtlijn echter beperkt.

Bij een volle herijking zou tot slot ook vervanging door een *refurbished* exemplaar als een volwaardige remedie moeten worden geaccepteerd (hier besteedt de nieuwe Kooprichtlijn geen enkele aandacht aan). De Neder-

402 Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 32.

403 Zie: ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf, p. 85.

404 Terryn, *ERPL* 2019/4, p. 856; Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1213 is tegen het afpakken van de keuzevrijheid wanneer de keuze diens economisch belang frustreert. Slechts indien de remedie voor dit belang geen verschil uitmaakt, acht zij denkbaar dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de keuze voor de minst duurzame remedie wordt geblokkeerd.

landse rechter achtte tot tweemaal toe de vervanging van een niet-conform product met een *refurbished* product in strijd met de koopregels, gelet op de *Quelle*-uitspraak waarin het recht op een conforme zaak werd benadrukt.⁴⁰⁵ Of dit recht op gespannen voet staat met een dergelijke vervanging, hangt af van de vraag welke verwachtingen de koper redelijkerwijs mag hebben ten aanzien van met name de levensduur van het gekochte. Gaat deze er door de vervanging op achteruit, dan is geen sprake van nakoming.⁴⁰⁶ Zo niet, dan kan deze vervanging met een *refurbished* product worden gezien als een mengvorm van reparatie en vervanging, met andere woorden als een ‘hybride remedie’.⁴⁰⁷ Er zijn andere mengvormen denkbaar zoals herstel met behulp van *refurbished* onderdelen.⁴⁰⁸ Vooropstaat dat de consument hierbij eerlijk wordt voorgelicht. Om een dergelijke hybride remedie aantrekkelijker te maken voor kopers zou hieraan een nieuwe wettelijke aansprakelijkheidstermijn (die ingaat op het moment waarop het *refurbished* product wordt geleverd) of zelfs een kosteloze commerciële garantietermijn (met een voor de consument gunstige bewijslastomkering) kunnen worden gekoppeld.⁴⁰⁹ Van belang is ook dat de kwaliteit van *refurbished* producten aan nadere regelgeving wordt onderworpen.⁴¹⁰ Er is EU-regelgeving vereist die aan dergelijke producten hoge kwaliteitseisen stelt.⁴¹¹

5. Slotbeschouwingen

De kritiek op het weinig duurzame karakter van het consumentenrecht vergt dat de Europese ratio van het consumentenrecht (bescherming van het zelfbeschikkingsrecht omwille van economische belangen) en daarbij horende beschermingsstandaard worden heroverwogen. De voorgestelde herijking houdt in dat de bescherming van het private belang bij zelfontplooiing (primaire doel) wordt opgehangen aan de bescherming van het

405 Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, TvC 2017, afl. 4, m.n. V. Mak, p. 187; Rb. Amsterdam 18 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2519. Ook in Denemarken wordt deze lijn gevolgd: Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6, p. 1223.

406 In gelijke zin: Bijloo, *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 69.

407 Het argument van de Deense rechter was dat de economische waarde van een *refurbished* product minder zou zijn dan van een nieuw product. Of dit argument een rol moet spelen is twijfelachtig: de economische waarde van een gerepareerd product ligt ook lager en toch is herstel een volwaardige remedie bij non-conformiteit. Dat vervanging in veel gevallen economisch zo aantrekkelijk is, is vanuit duurzaamheidsoogpunt een probleem.

408 Bijloo, *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 68-69.

409 Terryn, *ERPL* 2019/4, p. 861. Dit kan echter ook een averechts effect hebben op de bereidwilligheid van verkopers om deze optie aan te bieden en vergt dus nader onderzoek.

410 V. Mak & Terryn, *JCP* 2020, p. 236-237.

411 V. Mak & Lujinović, *EUCML* 2019, p. 9 met verwijzing naar test-aankoop.be/hightech/gsms-en-smartphones/nieuws/een-op-twee-refurbished-iphones-deugt-niet.

publieke duurzaamheidsbelang, daar waar de bescherming van het private belang voorheen enkel werd gekoppeld aan de optimale marktwerking. De rechtvaardiging voor deze herijking is een dubbele: aan de klimaatcrisis gelieerde morele opvattingen botsen in toenemende mate met het bestaande recht en een optimale marktwerking is op lange termijn slechts mogelijk indien de uitputting van hulpbronnen wordt voorkomen en op duurzame ontwikkeling wordt ingezet.

Duurzaamheid is evenwel een tamelijk vaag concept om als ijkpunt te hanteren. Een dergelijke herijking vraagt om de afstemming tussen de sociale, economische en ecologische dimensies van duurzaamheid. Het doel van een duurzame economie is om activiteiten te ontwikkelen die ecologisch en sociaal duurzaam zijn. Tegelijkertijd dienen deze activiteiten financieel mogelijk te zijn en in het voordeel van de nationale economie. Een duurzame economie streeft ernaar om de sociale welvaart te vergroten door verantwoorde consumptie te bevorderen, via een financieel systeem gebaseerd op duurzaam opererende bedrijven. Het consumentencontractenrecht botst in grotere mate met het streven naar ecologische duurzaamheid dan met het realiseren van economische en sociale duurzaamheid. Het bestaande, veelal uit de EU afkomstige, consumentencontractenrecht dient immers vooral economische en, in mindere mate, sociale doelstellingen. Op grond van artikel 11 VWEU zou ook de ecologische duurzaamheid aandacht moeten krijgen.

De drie dimensies zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden maar hun onderlinge verhouding staat niet vast. Er is onmiskenbaar sprake van spanning tussen ecologische duurzaamheidsdoelstellingen en doelstellingen die betrekking hebben op sociale duurzaamheid. Hoewel door middel van differentiatie en financiële ondersteuning getracht kan worden om deze doelstellingen te verenigen, rijst de vraag in hoeverre spanningen kunnen worden gladgestreken.⁴¹²

De te maken afwegingen vragen om keuzes die idealiter door onze volksvertegenwoordigers worden gemaakt. Vanuit het perspectief van de wetgever is het thans afwachten hoe de *Green Deal* verder wordt uitgerold op het gebied van het consumentencontractenrecht. De bereidheid om dit recht te hervormen blijkt vooralsnog beperkt. Vanuit het perspectief van de zelfregulering enerzijds en dat van de rechtspraak en het toezicht anderzijds zijn de mogelijkheden om duurzaamheidsdoelstellingen centraal te stellen uitgebreider. De vele open normen binnen het consumentencontractenrecht bieden hiervoor een zekere ruimte. Waar de financiële crisis binnen dit rechtsgebied tot rechterlijk 'activisme' heeft geleid, zou ook de

412 Campbell, *Michigan Journal of Sustainability* 2013/1.

klimaatcrisis de rechtsvorming kunnen aansturen.⁴¹³ De rol van de rechter bij de herijking moet dan wel worden erkend en ondersteund door hogere instanties (zoals zijn rol bij de handhaving van het consumentenrecht dat thans al wordt).

De voorgestelde herijking houdt meer concreet in dat het niveau van consumentenbescherming wordt bijgesteld omwille van het publieke belang van de transitie naar een duurzame, circulaire economie. Om duurzaamheid te bevorderen moeten allereerst duurzame keuzes worden aangemoedigd en gefaciliteerd. Hiertoe kan het beschermend potentieel van bestaande mechanismen zoals de oneerlijkheidstoets worden benut. Betoogd is dat de consumentenbescherming bij dergelijke keuzes juist zal moeten toenemen (betere informatie, langere garanties en mogelijkheden om groene beloftes af te dwingen), zeker bij nieuwe circulaire bedrijfsmodellen. Consumenten staan in veel situaties in een ongelijke relatie tot een professionele partij, die hiervan misbruik kan maken. De toenemende digitalisering vergroot die ongelijkheid.⁴¹⁴

Duurzaamheid als ijkpunt vergt dat vaker wordt nagegaan wie in een bepaalde situatie de beschermenswaardige partij is. De focus zou soms minder op de consument als afnemer van producten en diensten in relatie tot een handelaar moeten komen te liggen en meer op de situatie van ongelijkwaardigheid in het licht van de verduurzaming. Duurzaamheidsdoelstellingen vereisen dat soms de aanbieder van een dienst of product wordt beschermd (binnen de deeleconomie bijvoorbeeld). Een eenduidige standaard lijkt niet langer haalbaar noch wenselijk.

Hoever de herijking zal reiken, hangt af van de vraag hoever ‘we’ willen gaan met het beknootten van de partijautonomie van de ‘niet-duurzame consument’ en met het afbouwen van beschermende instrumenten die deze autonomie thans waarborgen maar ten koste gaan van duurzaamheidsbelangen. Voorbeelden zijn een verplichte keuze voor reparatie of het inperken van het herroepingsrecht. Beschermingsmechanismen waarvan vaststaat dat zij de groene transitie frustreren, zouden bij een volle herijking moeten worden herzien. Wellicht geldt dit ook voor de Luchtvaartverordening (261/2004) of de Richtlijn pakketreizen (EU) 2015/2302.⁴¹⁵ Met

413 Zie over de activistische rol van de rechter: L. Burgers, J. van Duin & C. Mak, ‘Judges in Utopia The Transformative Role of the Judiciary in European Private Law’, *ERPL* 2020/4, p. 865-884.

414 Helberger e.a. 2021.

415 Gedacht kan worden aan een verplichte CO₂-compensatie. De praktijk die inhoudt dat de ecologische voetafdruk door een extra betaling kan worden gecompenseerd zou wel kritisch onder de ‘empirische’ loep moeten worden genomen en nader worden ingekaderd (wat is een reële prijs, is de gegeven informatie over de compensatie eerlijk, enz.). Zie hierover Pavillon 2020b, p. 49.

het oog op de verduurzaming zouden er grenzen aan de bescherming kunnen worden gesteld, met name daar waar opportunisme op de loer ligt. Die begrenzing behoort duurzaamheidsdoelstellingen te dienen en gaat daarom ook gepaard met aanvullende verplichtingen voor handelaren, zoals die om geretourneerde zaken opnieuw te verhandelen. Teneinde het draagvlak voor de transitie te waarborgen, moet een volle herijking geleidelijk plaatsvinden en bij het afbouwen van de bescherming bij niet-duurzame keuzes enige voorzichtigheid worden betracht. Daar in veel gevallen een Europees initiatief nodig is, ligt een snelle, volle herijking ook niet voor de hand. Een tussenstap zou kunnen zijn om de consument een (in zijn nadeel van het dwingende recht afwijkende) keuze te geven voor een duurzaam beschermingsmechanisme en 'extra te laten betalen' voor het beschermingsmechanisme waarvan vaststaat dat dit niet duurzaam is.⁴¹⁶

Duurzaamheid vraagt dus niet zozeer om een lager niveau van consumentenbescherming als wel om een flexibeler niveau van bescherming dat al naar gelang de duurzaamheidsimpact wordt bijgesteld. Het hanteren van duurzaamheid als ijkpunt impliceert de overgang naar een gedifferentieerde beschermingsstandaard en kan ook de bredere kritiek op het consumentencontractenrecht (par. 1.3.1) ondervangen. Zou na de herijking opnieuw tot de kalibratie-exercitie uit paragraaf 1 worden overgegaan dan zal, naar ik verwacht, het aantal afwijkende waarden sterk zijn afgenomen.

416 Vgl. Wagner 2011, p. 68, Terryn & Van Gool, TvC 2021, afl. 1. Nadeel van deze tussenstap is dat deze weinig inclusief is.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur**Bijloo, *Contracteren* 2021, afl. 3**

M. Bijloo, 'Een aantal aspecten van de implementatie van Richtlijn 2019/771 nader belicht', *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 65-71.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Campbell, *Michigan Journal of Sustainability* 2013/1

S.D. Campbell, 'Sustainable Development and Social Justice: Conflicting Urgencies and the Search for Common Ground in Urban and Regional Planning', *Michigan Journal of Sustainability* 2013/1, te raadplegen via: dx.doi.org/10.3998/mjs.12333712.0001.007.

Cherednychenko, *MLR* 2021

O.O. Cherednychenko, 'Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law', *Modern Law Review* 2021, p. 1-36.

Van Damme, *M&M* 2017, afl. 1

E.E.C. van Damme, 'Goede marktwerking en overige publieke belangen', *Markt & Mededinging* 2017, afl. 1, p. 5-17.

Demyttenaere, Dewit & Jacoby 2016

K. Demyttenaere, I. Dewit & A. Jacoby, 'The Influence of Ownership on the Sustainable Use of Product-service Systems. A Literature Review', *Procedia CIRP* (47) 2016, p. 180-185, te raadplegen via: [sciencedirect.com/science/article/pii/S2212827116300415](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2212827116300415).

Van Duin 2020

J.M.L. van Duin, *Justice for Both: Effective Judicial Protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Unfair Contract Terms Directive* (diss. Amsterdam UvA), 2020.

Duivenvoorde 2014

B.B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive* (diss. Amsterdam UvA), 2014.

Duivenvoorde, *TvC* 2021, afl. 4

B.B. Duivenvoorde, 'Datagedreven marketing en de toekomst van het consumentenrecht: tijd voor een nieuwe beschermingsgedachte?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2021, afl. 4, p. 189-203.

De Snoo, Bb 2019/76

A. de Snoo, 'De spanning tussen economie en ecologie: twee benaderingen', *Bedrijfsjuridische berichten* 2019/76, p. 328-332.

Grochowski, Yearbook of European Law 2020/1

M. Grochowski, 'European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich', *Yearbook of European Law* 2020/1, p. 387-422.

Van Gool & Michel, EUCML 2021/4

E. van Gool & A. Michel, 'The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis', *Journal of European Consumer and Market Law* 2021/4, p. 136-147.

Van Gulijk, WPNR 2021/7326

S. van Gulijk, 'De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021/7326, p. 409-415.

Hartlief 1999

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd: enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief, Contracteren 2003, afl. 1

T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003, afl. 1, p. 5-14.

Hartlief, WPNR 2004/6564

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004/6564, p. 106-118.

Hartlief, NJB 2017/1392

T. Hartlief, 'Het contractenrecht anno 2025', *Nederlands Juristenblad* 2017/1392.

Hartlief, NJB 2018/1236

T. Hartlief, 'Kooplieden in het recht', *Nederlands Juristenblad* 2018/1236.

Hazenberg 2018

J.L.J. Hazenberg, *The Good Governance of Transnational Private Relationships. Towards the Realisation of Social Sustainability* (diss. Groningen), Groningen 2018.

Helberger e.a. 2021

N. Helberger e.a., *EU consumer protection 2.0: structural asymmetries in digital consumer markets* (onderzoeksrapport BEUC), 2021. Te raadplegen via: beuc.eu/publications/beuc-x-2021-018_eu_consumer_protection.0_0.pdf.

Hesselink, ERPL 2007/3

M.W. Hesselink, 'European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?', *European Review of Private Law* 2007/3, p. 323-348.

Hojnik, RECIEL 2018/2

J. Hojnik, 'Ecological modernization through servitization: EU regulatory support for sustainable product-service systems', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (27) 2018/2, p. 162-175.

Hojnik, Ruzzier & Konečik Ruzzier, Sustainability 2019/16

J. Hojnik, M. Ruzzier & M. Konečik Ruzzier, 'Transition towards Sustainability: Adoption of Eco-Products among Consumers', *Sustainability* 2019, 11 (16) 4308, te raadplegen via: mdpi.com/2071-1050/11/16/4308/pdf.

Houben, AA 2017/7-8

I. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *Ars Aequi* 2017/7-8, p. 600-609.

Iglesias Sanchez, CMLR 2014/3

S. Iglesias Sanchez, 'Unfair Terms in Mortgage Loans and Protection of Housing in Times of Economic Crisis: Aziz v. CatalunyaCaixa', *Common Market Law Review* 2014/3, p. 955-974.

De Jager & Pavillon 2020

C.E. de Jager & C.M.D.S. Pavillon, 'Consumentenbescherming door informatie', in: A. Akkermans e.a. (red.), *De Nederlandse Encyclopedie voor Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 293-330.

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 133-152.

Jansen & Beeston, M&M 2020, afl. 4

P. Jansen & S. Beeston, 'De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM: de "tragedy of the commons" voorbij?', *Markt & Mededinging* 2020, afl. 4, p. 136-151.

Jongeneel, *NJB* 2021/1393

H. Jongeneel, 'Europese civiele dogmatiek', *Nederlands Juristenblad* 2021/1393, p. 1570-1571.

Jurgens-Boot, *Bb* 2019/82

A.A. Jurgens-Boot, 'De impact van klimaatregelgeving op vastgoed', *Bedrijfs-juridische berichten* 2019/82, p. 354-360.

Keirsbilck, Terryn & Van Gool 2019

B. Keirsbilck, E. Terryn & E. van Gool, 'Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienst-systemen (PDS)', in: *Preadviezen 2019 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 11-68.

Keirsbilck e.a. 2020

B. Keirsbilck, E. Terryn, A. Michel & I. Alogn, 'Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation. How can sustainable consumption and longer lifetime of products be promoted through consumer protection legislation?', april 2020, In depth study ten behoeve van IMCO, te raadplegen via [europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648769/IPOL_IDA\(2020\)648769_EN.pdf](https://europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648769/IPOL_IDA(2020)648769_EN.pdf).

Koolhoven & Pavillon, *SEW* 2022, afl. 3

R. Koolhoven & C.M.D.S. Pavillon, "Verhuurder doucht elders ook". Over individuele remedies bij misleidende milieuclaims van deelplatformen', *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2022, afl. 3 (nog te verschijnen).

Kryla-Cudna, *ERPL* 2020/6

K. Kryla-Cudna, 'Sales Contracts and the Circular Economy', *European Review of Private Law* 2020/6, p. 1207-1230.

Loos, *WPNR* 2021/7334

M.B.M. Loos, 'Dwaling bij consumentenkoop en digitale inhoud', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021/7334, p. 567-569.

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW A19), Deventer: Kluwer 2009.

Luzak, TvC 2020, afl. 2

J.A. Luzak, 'The Steady Creep of an Average Consumer as a Reference Consumer in the Assessment of the Transparent Provision of Mandatory Information', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2020, afl. 2, p. 265-274.

Maitre-Ekern & Dalhammar, RECIEL 2016

E. Maitre-Ekern & C. Dalhammar, 'Regulating Planned Obsolescence: A Review of Legal Approaches to Increase Product Durability and Reparability in Europe', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2016/3, p. 378-394.

Maitre-Ekern & Dalhammar, MJECL 2019/3

E. Maitre-Ekern & C. Dalhammar, 'Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019/3, p. 394-420.

C. Mak, NTM/NJCM-bull. 2008

C. Mak, 'Grondrechten en Europees contractenrecht. Over de rechtspolitieke achtergrond van contractenrechtelijke uitspraken', *NTM/NJCM-bull.* 2008, p. 770-781.

C. Mak, TvC 2015, afl. 4

C. Mak, "'Do justice, Justice". Over rechterlijke rechtsvorming in het Europees consumentencontractenrecht', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2015, afl. 4, p. 175-180.

V. Mak, TvC 2017, afl. 4

V. Mak, annotatie bij Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2017, afl. 4, p. 183-187.

V. Mak, AA 2018/7-8

V. Mak, 'Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?', *Ars Aequi* 2018/7-8, p. 664-671.

V. Mak 2018

V. Mak, 'Social considerations in European Law. The legislator, the court and a rhapsody in blue', in: D. Ferri & F. Cortese (red.), *The EU Social Market Economy and The Law*, London/New York: Routledge 2018, p. 213-230.

V. Mak 2019

V. Mak, 'Consumentenbescherming bij servitisation', in: *Preadviezen 2019 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69-98.

V. Mak, MvV 2021/2

V. Mak, 'Contracteren in de platformeconomie. De derde-aanbieder als zwakke partij', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021/2, p. 57-63.

V. Mak & Lujinović, EUCML 2019/1

V. Mak & E. Lujinović, 'Towards a circular economy in EU consumer markets: Legal possibilities and legal challenges and the Dutch example', *Journal of European Consumer and Market Law* 2019/1, p. 4-12.

V. Mak & Terryn, JCP 2020

V. Mak & E. Terryn, 'Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law', *Journal of Consumer Policy* (43) 2020, p. 227-248.

V. Mak & Op Heij, TvC 2021, afl. 5

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

Micklitz, JCP 2012

H.W. Micklitz, 'The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic', *Journal of Consumer Policy* (35) 2012 35, p. 283-296.

Micklitz, EUCML 2019/6

H.-W. Micklitz, 'Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy', *Journal of European Consumer and Market Law* 2019/6, p. 229-237.

Mulder, NJB 2015/1400

J. Mulder, 'Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?', *Nederlands Juristenblad* 2015/1400, p. 1912-1920.

Pavillon, TvC 2016, afl. 5

C.M.D.S. Pavillon, 'Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjesuitspraak van de Hoge Raad', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2016, afl. 5, p. 236-242.

Pavillon, AA 2020/2

C.M.D.S. Pavillon, 'Als consument je recht halen bij een geschillencommissie: goed(koop), maar kan beter', *Ars Aequi* 2020/2, p. 199-204.

Pavillon, WNPR 2020/7283

C.M.D.S. Pavillon, 'Duurzaam consumentenkooprecht: het Franse voorbeeld', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2020/7283, p. 367-369.

Pavillon 2020a

C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nieten. Sancties in het consumentenrecht anno 2020* (oratie Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Pavillon 2020b

C.M.D.S. Pavillon, *Onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid* (onderzoekstudie Groningen), 2020, te raadplegen via [rijks-overheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2020/08/20/onderzoekstudie-duurzaamheid-en-consumentenbeleid/Onderzoekstudie+rondom+duurzaamheid+en+consumentenbeleid_def.pdf](https://overheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2020/08/20/onderzoekstudie-duurzaamheid-en-consumentenbeleid/Onderzoekstudie+rondom+duurzaamheid+en+consumentenbeleid_def.pdf).

Purvis, Mao & Robinson, Sustainability Science 2019

B. Purvis, Y. Mao & D. Robinson, 'Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins', *Sustainability Science* 2019/14, p. 681-695.

Ravalli 2017

R. Ravalli, *External effects on contracts: from fair to sustainable contract law*, 22th Ius Commune Conference 23-24 november 2017, Utrecht, Nederland, te raadplegen via papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3624718.

Van Schagen, ERPL 2014/1

E. van Schagen, 'The Hidden Potential of Regulatory Impact Assessments (RIAs) in the Private Law Acquis', *European Review of Private Law* 2014/1, p. 69-87.

Van Schaick 2019

A.C. van Schaick, 'Digitalisering en vermogensrecht', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick (red.), *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten* (Preadviezen 2019, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019.

Schaub, TvC 2017, afl. 1

M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2017, afl. 1, p. 30-40.

Schelhaas, AA 2018/9

H. Schelhaas, 'Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht', *Ars Aequi* 2018/9, p. 681-692.

Schmidt, M&R 2017/120

A.M. Schmidt, 'Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen', *Milieu & Recht* 2017/120, p. 812-819.

Siciliani, Riefa & Gamper 2019

P. Siciliani, C. Riefa & H. Gamper, *Consumer Theories of Harm, An Economic Approach to Consumer Law Enforcement and Policy Making*, Oxford: Hart Publishing 2019.

Streep, AA 2018/7-8

N.C. Streep, 'De eigendom voorbij? Juridische aspecten van crowdownership en andere opkomende fenomenen', *Ars Aequi* 2018/7-8, p. 612-619.

Terry, TvC 2018, afl. 3

E. Terry, 'Circulaire economie en het herstellen van goederen: een mogelijkheid, een recht, een verplichting?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2018, afl. 3, p. 126-129.

Terry, ERPL 2019/4

E. Terry, 'A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law', *European Review of Private Law* 2019/4, p. 851-873.

Terry, TvC 2021, afl. 5

E. Terry, 'Consumenten correct informeren over ecologische duurzaamheid: een uitdaging en een must?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2021, afl. 5, p. 256-259.

Terry & Van Gool, TvC 2021, afl. 1

E. Terry & E. Van Gool, 'Kunnen we e-commerce vergroenen door het consumentencontractenrecht te herzien?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2021, afl. 1, p. 15-28.

Tjong Tjin Tai, WPNR 2021/7326

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Juridische aandachtspunten bij servitization, in het bijzonder ten aanzien van IT', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021/7326, p. 402-408.

Tonner, JCP 2000

K. Tonner, 'Consumer Protection and Environmental Protection: Contradictions and Suggested Steps Towards Integration', *Journal of Consumer Policy* (23) 2000, p. 63-78.

Wagner 2011

G. Wagner, 'Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights', in: A. Ogus & W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 9-42.

Wilhelmsson, JCP 1998

T. Wilhelmsson, 'Consumer law and the environment: From consumer to citizen', *Journal of Consumer Policy* (21) 1998, p. 45-70.

Wolters 2013

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (Onderneming en recht nr. 77), Deventer: Kluwer 2013.

DEEL 2

Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen

*Prof. mr. W.H. van Boom**

Inhoud

- 1. **Inleiding** / 117
- A. **Algemeen** / 120
- 2. **Uitgangspunten en onderverdelingen** / 120
 - 2.1 Uitgangspunten / 120
 - 2.2 Onderverdelingen / 123
- 3. **Contracteerpraktijken** / 127
 - 3.1 Mededingingsrecht / 127
 - 3.2 B2B-handelspraktijkenrecht; blik op andere landen / 132
 - 3.3 Ons land? / 141
- B. **Casestudies** / 152
- 4. **Contracteerpraktijken in de agrifood sector** / 152
 - 4.1 Aanleiding / 152
 - 4.2 Richtlijn 2019/633 / 154
 - 4.3 Kanttekeningen / 155
 - 4.4 Implementatie: Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen / 159
- 5. **Marktmacht van digitale platforms** / 161
 - 5.1 Verstorende nieuwkomers / 161
 - 5.2 Hoe wetgevers reageren / 167
 - 5.3 Hoe de EU reageert / 171

* Prof. mr. W.H. van Boom is hoogleraar civiel recht, Universiteit Leiden. Met dank aan Tycho de Graaf, Charlotte Pavillon en Mirella Peletier, voor suggesties, commentaar en discussie. De bijdrage werd afgesloten begin oktober 2021; met latere ontwikkelingen werd geen rekening gehouden.

C. Analyse en conclusies / 176

6. Nadere ordening / 176

6.1 Oogst / 176

6.2 Het rommelt / 178

6.3 Rechtvaardigingsgronden en reguleringskeuzes / 180

6.4 Rondvraag / 185

Verkort aangehaalde literatuur / 187

1. Inleiding

‘Tussen morele en legale vlekkeloosheid en gedrag dat vrij algemeen als misdadig wordt gebrandmerkt is een ruim overgangsgebied waarop een groot deel van het economische verkeer zich afspeelt’, schrijft Wilterdink.¹ Dit ‘ruime overgangsgebied’ is een van de schaduwkanten van een vrije markteconomie, waar concurrentie ellebogenwerk kan zijn en waar verdiend kan worden aan subtiële verdraaiing, intransparante communicatie, onzuiver aanhaken op andermans prestaties en agressieve bejeging van klanten en concurrenten. Het ‘overgangsgebied’ is van alle tijden.² Het gaat om praktijken die door de tijden heen soms getolereerd of zelfs goedgekeurd werden, maar soms ook morele afkeuring of zelfs juridisch verbod ten deel vielen. In onze hoedanigheid van consument kennen en herkennen we dit soort praktijken maar al te goed. Ze komen niet alleen voor in *business-to-consumer* (B2C)-verhoudingen. Ook tussen ondernemers onderling, dus in *business-to-business* (B2B)-verhoudingen, is geregeld sprake van praktijken die benadelend zijn voor een specifieke partij, schadelijk voor de eerlijke mededinging en uiteindelijk vaak ook voor consumenten.

Denk aan contracteerpraktijken in een situatie waarbij een machtiger contractspartij volledig in staat is om de contractinhoud met een kleinere wederpartij te bepalen (adhesiecontracten) en dus in staat is om zo veel mogelijk risico’s bij deze wederpartij te leggen of om intransparant te zijn over die risico’s. Of denk aan een partij die een blanco wijzigingsbevoegdheid heeft bedongen en zo gaandeweg het contractuele evenwicht kan wijzigen. Of aan een partij die een wederpartij probeert vast te houden door middel van contractuele obstakels om op te zeggen. Misbruik van economische machtspositie en het afknippen van onmachtige wederpartijen liggen in het verlengde hiervan. Voor consumentenwelvaart kunnen dergelijke B2B-praktijken overigens gunstig zijn als ze leiden tot betere kwaliteit en lagere consumentenprijzen.

Naast contracteerpraktijken kan worden gedacht aan mededingingspraktijken die specifiek tot verstoring van het proces van mededinging leiden, zoals kartelvorming, prijsdumping (roofprijzen, *predatory pricing*, verkoop met verlies), het stelen van bedrijfsgeheimen, het onbetamelijk profiteren van (wan)prestaties van een ander.³ Die praktijken kunnen zowel benadelend zijn voor concrete concurrenten, de mededinging in het algemeen als voor consumenten in het algemeen. Praktijken zoals misleidende reclame,

1 Wilterdink 2015, p. 331.

2 Luther gaf al een mooi overzicht van oneerlijke handelspraktijken; zie Rössner 2015, p. 147.

3 Voor een aantal van deze praktijken zie *GS Onrechtmatige Daad*, IV Ongeoorloofde mededinging (Van Nispen).

kwaad spreken van de concurrentie, het meeliften op andermans prestaties en inbreuken maken op handelsnamen kunnen namelijk het gedrag van consumenten beïnvloeden en daarmee ook de eerlijke mededinging tussen ondernemers verstoren en concrete ondernemers schade berokkenen. Zodoende kan het bedrijven van oneerlijke handelspraktijken tegenover consumenten ook de eerlijke mededinging tussen ondernemers verstoren.⁴

We zijn goed bekend met de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken, het gebruik van onereuze voorwaarden daaronder begrepen. Met de implementatie van Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (OHP)) is dat rechtsgebied opnieuw geordend.

De Richtlijn OHP verbiedt het verrichten van oneerlijke handelspraktijken door handelaren die het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd transactiebesluit te nemen merkbaar beperken met als gevolg dat de consument een transactiebesluit neemt over het aangaan of beëindigen van een overeenkomst of het uitoefenen van zijn rechten, dat hij anders niet zou hebben genomen. Het kan in het bijzonder gaan over het geven van misleidende informatie, het achterhouden van belangrijke informatie of het agressief bejegenen van de consument in het kader van verkoopbevordering, verkoop en *after sales* gedragingen. De richtlijn, die bij ons werd geïmplementeerd in artikel 6:193a e.v. Burgerlijk Wetboek (BW), kent een aantal open normen en een aantal lijsten met concreet verboden handelspraktijken. De richtlijn streeft maximumharmonisatie na en dat heeft de nationale stelsels iets dichter bij elkaar gebracht voor wat betreft B2C-rechtsverhoudingen.⁵ Zo sneuvelen in de landen om ons heen regels die op generieke wijze bepaalde verkoop- en reclamemethoden verboden (denk aan een verbod van koppelverkoop, verkoop met verlies, verplichte aankondigingstermijnen voor uitverkoop), voor zover deze onverenigbaar bleken met het maximumharmonisatiekarakter van de richtlijn.⁶ Ook in ander opzicht zien we EU-convergentie, namelijk tussen de 'oude' Richtlijn 93/13/EEG (Richtlijn oneerlijke bedingen) en de Richtlijn OHP. De toetsing van (het beroep op) algemene voorwaarden is lange tijd los gezien van het leerstuk van oneerlijke handelspraktijken die zich voor en na contractsluiting kunnen voordoen, maar inmiddels zien we in het consumentenrecht dat de rechter de kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk mag betrekken in zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen in de resulterende

4 Zo is het mogelijk dat een concurrent getroffen wordt door een handelspraktijk in de zin van art. 6:193a e.v. BW van een handelaar, gericht tot de consument. Deze concurrent heeft dan de mogelijkheid om daartegen op te treden, vermoedelijk via art. 6:162 BW. Over de relativiteitsdiscussie daarbij, zie de verwijzingen bij Van Boom 2020, p. 91, nt. 27.

5 Over het maximumharmonisatiekarakter en de implicaties daarvan bijv. Van Boom e.a. 2014, p. 3 e.v.

6 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 375.

overeenkomst.⁷ In het verlengde hiervan wordt zelfs het *pogen* om oneerlijke bedingen in een overeenkomst opgenomen te krijgen, soms als oneerlijke handelspraktijk gezien.

Minder geordend is het recht inzake marktpraktijken *tussen ondernemers onderling*. Een deel van die regels is generiek, een ander deel is specifiek en ziet op bepaalde sectoren of problemen. Een deel van deze regels is primair publiekrechtelijk van origine en een ander deel privaatrechtelijk. Deze regels zijn deels Europeesrechtelijk en deels nationaalrechtelijk van aard, deels in wetten en deels in ongeschreven recht te vinden. Soms zijn ze vervlecht met branchegebruiken en vormen van zelfregulering. Dit recht inzake praktijken tussen ondernemers onderling krijgt in de literatuur verschillende benamingen, maar die dekken voor mijn gevoel niet altijd de hele lading. Onderdeel van deze bijdrage is daarom een poging om de materie op een iets andere manier te ordenen; ik hoop dat daarmee de verbanden tussen de verschillende onderdelen beter tot hun recht kunnen komen. Ik gebruik de algemene noemer *marktpraktijkenrecht* en daarbinnen concentreer ik mij op de verhoudingen tussen ondernemers (dus: B2B) om een nieuwe ordening van het recht inzake ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken te beproeven.

Naast een poging tot herordening en onderverdeling wil deze bijdrage aandacht vragen voor de veranderende rol van het marktpraktijkenrecht. Er is namelijk hernieuwde aandacht voor machtsongelijkheid in het economisch verkeer. Daar waar ongelijkheden groeien, gaan stemmen op voor ongelijkheidscompensatie door het recht. En waar nieuwe ongelijkheden de kop opsteken, horen we die stemmen luider en luider. Langs die lijnen zien we dat bescherming van kleine ondernemers tegen economische afhankelijkheid op de agenda is gekomen. Zo zijn er pleidooien voor meer bescherming van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) en voor het tegengaan van het 'uitwringen' van ondernemers in het midden- en

7 HvJ 15 maart 2012, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144 (*Pereničová en Perenič/SOS financ*). Vgl. over de convergentie van toetsing van bedingen en praktijken ook De Pourcq 2018, p. 2 e.v.

kleinbedrijf (mkb'ers) door grote(re) bedrijven.⁸ We zien dat ontregelende innovaties kunnen leiden tot aanbodconcentratie en een ongeken- de marktmacht, en dat kan uiteindelijk leiden tot de introductie van een wet- telijk tegenwicht zoals bij digitale platforms momenteel gaande is.⁹ Deze ontwikkelingen geven aanleiding tot deze bijdrage; ik probeer ze in een breder verband van het marktpraktijkenrecht te plaatsen.

Mijn bijdrage is onderverdeeld in de Delen A, B en C. In Deel A wordt een algemene uiteenzetting van het marktpraktijkenrecht gegeven. Ik maak daarbij een onderverdeling in wat ik hierna contracteerpraktijken en mededingingspraktijken zal noemen (par. 2). Ik concentreer mij vervol- gens (par. 3) op contracteerpraktijken omdat daarover nog betrekkelijk weinig is geschreven in ons land. In Deel B zijn twee 'casestudies' opgeno- men, waar bijzondere aandacht is voor het marktpraktijkenrecht inzake de agrifoodsector en digitale platforms. Deel C bevat een nadere ordening en analyse van het marktpraktijkenrecht, enkele stellingnames en conclu- sies.

A. Algemeen

2. Uitgangspunten en onderverdelingen

2.1 Uitgangspunten

Ons recht functioneert in de context van een open markteconomie en democratische rechtsstaat. In de economische context speelt een aan- tal beginselen een rol: de vrijheid van beroep en bedrijf, de bescherming van eigendomsposities en de exploitatie ervan, de vrijheid van woord, gedachte en vereniging, de contractsvrijheid en de afdwingbaarheid van in vrijheid gesloten contracten, de bescherming van de persoonlijke levens-

8 Bijv. Van Dijk e.a. 2016, p. 71; Pavillon 2019, p. 102 e.v.; Jongeneel 2017, p. 2457 e.v. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) wil bijvoorbeeld dat energiebedrijven op- houden met zzp'ers lastig vallen met zakelijke contracten voor hun woonhuizen (persbericht ACM 19 april 2019; 9 december 2019). Zzp'ers willen in algemenere zin bescherming tegen dataverkoop door de Kamer van Koophandel (KvK), omdat die verkoop ertoe leidt dat ze worden lastiggevallen en prooi kunnen worden van ac- quisitiefraude. Zie bijv. 'Voorman ZZP Nederland: Kamer van Koophandel blijft "lek- kende kraan"', *Het Financieele Dagblad (FD)* 19 maart 2019, en over de recente maatre- gelen daartegen 'Woonadressen afgeschermd in handelsregister KVK', *FD* 1 oktober 2021. En zzp'ers willen een kartelvuist maken tegen uitbuiting door opdrachtgevers; zie 'Leidraad tariefafspraken zzp'ers' (ACM, november 2019). Over de mededingings- rechtelijke discussie die de aanzet gaf voor deze regeling, zie Canoy & Hellingman 2018, p. 185 e.v.

9 Over innovatie in een platformmededingingscontext Robertson 2020, p. 89 e.v.

sfeer.¹⁰ Elk van deze beginselen kan in verband worden gebracht met het marktpraktijkenrecht in ruime zin. De vrijheden van beroep en bedrijf geven de grondslag voor de uitgangspunten van open concurrentie, vrije toetreding en uittreding.¹¹ De vrijheid van woord en gedachte vormen de basis voor vrijheid van reclame, werving en commerciële communicatie; contractsvrijheid staat toe dat vraag en aanbod op open markten samenkomen tussen in vrijheid handelende partijen, terwijl verenigingsvrijheid toestaat dat vragers en aanbieders zich verenigen en hun belangen door aangewezen zegslieden laten vertegenwoordigen. Bescherming van eigendomsposities kan in verband worden gebracht met bescherming van intellectuele eigendom, bedrijfsgeheimen en andere exclusieve posities.

Met vrijheid komen ook verantwoordelijkheden,¹² en die staan ook in verband met het marktpraktijkenrecht. Markten kunnen alleen werken als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, en omdat markten zelden uit zichzelf die voorwaarden weten te vervullen, heeft het recht de functie van het ordenen van de markttuitwisseling door markten te faciliteren en geleiden.¹³

Deze uitgangspunten vinden bijvoorbeeld weerklank in de uitgangspunten van de economische school van het *ordoliberalisme*, die meende dat de ideale markt was gebouwd op fundamenteën van een juridisch raamwerk van contracteervrijheid, eigendomsbescherming, vrije toetreding en uittreding, een verbod van kartel en concentratie, en zo nodig staatsinmenging door middel van rechtsregels en handhaving om de spelregels van de mededinging te handhaven teneinde de vrijheid van marktactoren te borgen of om ‘alsof mededinging’ te bewerkstelligen.¹⁴ Het zijn deze uitgangspunten die we ook terugzien in het Europese (mededingings)recht, naast uiteraard het overkoepelende

10 Zie bijv. art. 15 lid 1 en art. 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EUH) en ook HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0390, NJ 1992/423 (*Cacharel e.a./Geparo*) (vrijheid van beroep en bedrijf); art. 14 Grondwet (Gw), art. 17 EUH (bescherming van eigendomsposities); art. 7 en 8 Gw; art. 10 en 11 EUH (vrijheid van woord, gedachte en vereniging); art. 10 Gw, art. 8 EUH, art. 16 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (bescherming van de persoonlijke levenssfeer). De verankering van contractsvrijheid en afdwingbaarheid van in vrijheid gesloten contracten is (buiten art. 3:296 BW) niet met zoveel woorden terug te vinden.

11 Vgl. Vogel 2016, p. 711.

12 Over de vraag wat hoofdregel is – de vrijheid of de verantwoordelijkheid – en wat de uitzondering daarop, is het nodige geschreven. Ik zie het duo in wezen als *Yin en Yang* ('Freiheit und Ordnung sind kein Gegensatz. Sie bedingen einander', aldus Eucken 1952, p. 179). In het privaatrechtelijke debat is dit helaas niet de hoofdtoon; zie nader Van Boom 2020, p. 47.

13 Van Boom 2020, p. 1 e.v.

14 Daarover bijv. Gerber 1998, p. 232 e.v.; Wurmnest 2012, p. 151 e.v.; Lindeboom 2020; Grewe 2020, p. 89-92. Zie over de invloed hiervan op het Europese mededingingsrecht Van den Bergh 2017, p. 30-33, 100-101, 107-109; Gerbrandy 2019b, p. 129.

doel van het realiseren van de interne markt (art. 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)).¹⁵

Mededinging is de strijd van aanbieders om de gunst van de vragende partij. Het ideaalbeeld is kort gezegd: er zijn veel aanbieders en veel vragers, zij kunnen vrijelijk de markt betreden en verlaten, het aanbod is transparant en te vergelijken (informatiesymmetrie), prijzen komen vrijelijk tot stand en eenmaal gesloten contracten zijn niet schadelijk voor anderen (geen negatieve externaliteiten).

Dit ideaalbeeld is zelden werkelijkheid. In sommige markten zijn er bijvoorbeeld te weinig aanbieders of te weinig vragers, met marktmacht van deze weinigen als gevolg. Marktmacht wil zeggen dat een marktdeelnemer zich in een bepaalde mate onafhankelijk van andere deelnemers kan gedragen. Een aanbieder die zelfstandig de vraagprijs kan bepalen, heeft kennelijk niets te duchten van concurrenten en ook niet van vraaguitval. In extreme mate kan dat spelen bij onaantastbare monopolisten, in mindere mate bij andere spelers die een bepaalde mate van marktmacht hebben.¹⁶ Het *mededingingsrecht* staat daarom in het teken van het creëren van essentiële randvoorwaarden voor mededinging zoals (1) een verbod van kartel aan aanbod- en vraagzijde zodat inhoud en prijs van het aanbod door marktwerking tot stand komen en de toetreding en uittreding op markten niet worden gehinderd, (2) een verbod van misbruik van economische machtspositie en (3) een ex-antetoetsing van fusies en concentraties.¹⁷

Veronderstelling bij dit ideaalbeeld is voorts dat iedereen zich aan de spelregels houdt, eerlijk is over aspecten die voor de markt relevant zijn, transparant is wat betreft prijs en voorwaarden en niet-agressief in de manier waarop wederpartijen worden benaderd voor en na contractsluiting. Ook deze veronderstellingen zijn lang niet altijd werkelijkheid.¹⁸ Het verspreiden van desinformatie en valse geruchten over concurrenten kan op

15 Overigens is er debat over de vraag of het Europese mededingingsrecht in werkelijkheid geen strikter doel heeft, namelijk het maximaliseren van consumentenwelvaart, ook als dat niet 'eerlijk' is voor bepaalde ondernemers die daarbij het onderspit delven; dit wordt in EU-verband wel 'the more economic approach' genoemd, die de Commissie vanaf in elk geval ongeveer het jaar 2000 belijdt. Vgl. (de verwijzingen bij) Houdijk 2009, p. 29-31; Wurmnest 2012, p. 209 e.v.; De Pourcq 2018, p. 504-509; Podszun & Kreifels 2018, p. 188-189; Gerbrandy 2019b, p. 127 e.v.; Lindeboom 2020, p. 655; Gerbrandy & De Vries 2020, p. 528-530.

16 Over het begrip marktmacht zie nader par. 3.

17 Daarnaast heeft het EU-(mededingings)recht uiteraard specifiek de integratie van nationale markten ten doel; dat belangrijke aspect blijft hier buiten beschouwing. Vgl. Houdijk 2009, p. 31.

18 Als we de ronkende analyse van Akerlof & Shiller 2015 moeten geloven, zijn ondernemers altijd geneigd tot manipulatie, misleiding en bedrog.

slinkse wijze het eigen marktaandeel vergroten, net als het maken van een inbreuk op andermans handelsnaam, intellectuele-eigendomsrecht (IE) of prestatie, het lokken van consument door het verborgen houden van een deel van de prijs of het bedingen van algemene voorwaarden die het beëindigen van eenmaal gesloten overeenkomst bemoeilijken. Het recht geeft daarom buiten het mededingingsrecht verdere spelregels om mededinging *eerlijk* te houden. Zo zijn er regels die het onrechtmatig gebruik van eens anders handelsnaam, IE-rechten en bedrijfsgeheimen verbieden en die misleidende reclame en het profiteren van andermans prestaties tegengaan. Deze regels worden onder verschillende namen gegroepeerd, zoals het recht inzake oneerlijke mededinging, ongeoorloofde mededinging, marktgedragingenrecht en handelspraktijkenrecht.¹⁹ In andere landen worden begrippen gebruikt als *unfair competition*, *unlauterer Wettbewerb* en *pratiques commerciales déloyales*.

2.2 Onderverdelingen

De werkelijkheid komt dus niet in de buurt van het ideaalbeeld. Het recht stelt zich in het algemeen als taak om de werkelijkheid en het ideaalbeeld dichter bij elkaar te brengen door de juiste randvoorwaarden voor mededinging te scheppen en om specifieke problemen op specifieke markten aan te pakken. Dat is niet altijd zo geweest. Het mededingingsrecht kreeg namelijk pas met het Verdrag tot Oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) een impuls in ons kartelparadijs,²⁰ en het recht inzake eerlijke mededinging was vooral ongeschreven en nauwelijks gehandhaafd privaatrecht. In ons land is dit rechtsgebied namelijk lange tijd gedomineerd gebleven door de open norm van de onrechtmatige daad en is geen sprake geweest van bijzondere handelspraktijkenwetgeving zoals bijvoorbeeld in Duitsland al vanaf 1896 het geval was. Met *Lindenbaum/Cohen* (1919) werd de druk op de wetgever om een voorziening te treffen, in één keer weggenomen;²¹ door het ontbreken van codificatie ontstond ook geen spontane ordening van dit rechtsgebied, laat staan een spontane naamgeving.

19 Voor terminologie zie bijv. *GS Onrechtmatige Daad*, IV Ongeoorloofde mededinging, aant. IV.1.1 (Van Nispen); Verkade 1986, p. 1-5; Leistner 2007, p. 215-216. Over het concept 'eerlijke mededinging' Van Boom 2020, p. 145-146. Radeideh 2005, p. 9-10 maakt nog onderscheid tussen 'fair competition' als iets dat tussen ondernemers speelt en 'fair trading' (eerlijke handel) als iets dat tussen ondernemer en consument plaatsvindt.

20 Zie over de historische ontwikkeling van ons mededingingsrecht bijv. Mok 2004, p. 19 e.v.

21 Zie voor de historische achtergrond bijv. Slagter 1963, p. 10 e.v., p. 66 e.v.; Van Maanen 1986, p. 136 e.v.; Van Engelen 1994, p. 13 e.v. Van Bochove 2013, p. 30 e.v. en mijn annotatie bij HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*) op rechtspraak-verkort.nl.

Ik kies voor de algemene noemer *marktpraktijkenrecht*.²² Daaronder vallen zowel elementen van mededingingsrecht als van het recht inzake eerlijke mededinging. Daarbinnen kan men de instrumenten die het marktpraktijkenrecht gebruikt, op verschillende manieren onderverdelen. Zo is een onderverdeling naar rechtsgebied mogelijk.²³

- Het *generieke mededingingsrecht* verbiedt mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen, net als het misbruiken van een economische machtspositie (art. 101 resp. 102 VWEU; art. 6 en 24 Mededingingswet (Mw)).²⁴
- *Sectorale regulering* geeft een raamwerk voor specifieke markten; zo gelden voor essentiële dienstverlening in de klassieke nutssectoren (energie, telecommunicatie, post en vervoer) bijzondere regels die de toegang tot en het verlaten van de betreffende markt reguleren, eisen stellen aan kwaliteit en prijsstelling, gebruikers beschermen en marktmeesters aanwijzen.
- Het *privaatrecht* is in zekere zin ook onderdeel van het rechtsgebied. Pijlers zoals contractsvrijheid, eigendomsbescherming (inclusief IE-rechten, handelsnamen en beschermde bedrijfsgeheimen) en aansprakelijkheidsrecht zijn onmisbaar voor het fundament van mededinging²⁵ en geven (ongeschreven) gedragsregels voor marktdeelnemers.

Die onderverdeling naar rechtsgebied en herkomst van rechtsregel leidt tot vragen als ‘in welke wet staat het?’ en ‘bij welke rechter is de zaak ontvankelijk?’. Die benadering is beproefd, maar kent ook beperkingen. Bovendien zien we een voortschrijdende *mix and match*-aanpak, ook in het marktpraktijkenrecht. Zo heeft deelname aan een verboden kartel zowel rechtsgevolgen die door de Mededingingswet en het bestuursrecht worden bepaald als rechtsgevolgen die door het Burgerlijk Wetboek en dus het privaatrecht worden beheerst. En een oneerlijke handelspraktijk kan zowel leiden tot beboeting door de ACM (als handhaving past binnen de zelfgekozen beleidsagenda) als een collectieve verbodsactie bij de civiele rechter.

En algemener: het begrip ‘rechtsgebied’ is minder stabiel dan men misschien zou verwachten, want iemand die zich voordoet als expert in ‘het consumentenrecht’ houdt

22 Zie over het gebruik van deze term in het Belgische recht Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 229-230.

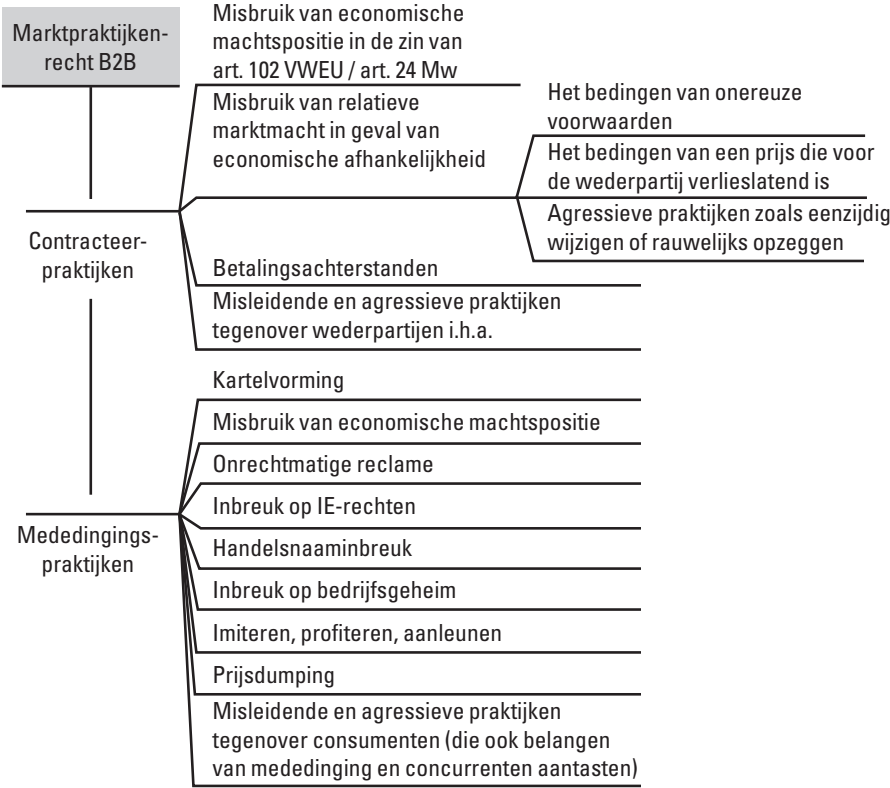
23 Zie over onderverdelingen en afbakeningsvragen van mededingingsrecht, oneerlijke mededingingsrecht, consumentenrecht, bijv. Slagter 1963, p. 4 e.v.; Keurentjes 1986, p. 3 e.v. Vgl. ook Petit 2020, p. 252-256; Picod 2007, p. 35 e.v.; Gloy e.a. 2019, p. 224 e.v. (par. 16-1); Götting e.a. 2020, p. 854 e.v. (par. 31, nr. 30 e.v.). In sommige landen (België en Duitsland) wordt wel van ‘economisch recht’ gesproken (onder te verdelen in mededingingsrecht en handelspraktijkenrecht); bijv. Keirsbilck 2011, p. 517 en Micklitz 2018, p. 4. Ik vind die noemer niet zo scherp, alleen al omdat in mijn optiek ál het vermogensrecht (ook) economisch van aard is.

24 Zie bijv. Van Boom 2020, p. 131 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 42 e.v.

25 Vgl. Malaurie-Vignal 2020, p. 22-23.

zich inmiddels bezig met Europees recht, burgerlijk recht, bestuursrecht, Alternative Dispute Resolution (ADR) en tal van andere aspecten van B2C-rechtsverhoudingen. Het heeft dus niet zoveel zin om altijd vast te houden aan een onderverdeling naar rechtsgebied; bovendien wordt het zicht op verbanden tussen rechtsregels belemmerd als die onderverdeling wordt gevolgd. Zoals men het consumentenrecht niet kan begrijpen zonder het mededingingsrecht, sectorale regulering, het BW en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) erbij te pakken, zo kan men het B2B-marktpraktijkenrecht niet begrijpen zonder de onderverdeling in de traditionele rechtsgebieden even te laten voor wat deze is.²⁶

Als we alle handelingen en praktijken van ondernemers gericht tot andere ondernemers als gemene deler nemen voor het marktpraktijkenrecht, dan kunnen we een onderverdeling maken van praktijken die samenhangen met het proces van contracteren tussen ondernemers tegenover praktijken die samenhangen met mededinging tussen concurrenten. Die onderverdeling zou er zo uit kunnen zien:²⁷



26 Over de *mix and match*-aanpak in het consumentenrecht bijv. Loos & Van Boom 2010; Van Boom 2010; Weber 2014; Weber & Faure 2015; Hage 2017.
27 Zie voor een andere visualisatie, vanuit de beschermde belangen, Keirsbilck 2011, p. 540.

De reden waarom ik deze onderverdeling laat zien, is om te tonen dat als we grofweg onderscheid maken tussen praktijken die ondernemers ondervinden in hun *contracteerprocessen* met wederpartijen enerzijds en praktijken van concurrenten die zij ondervinden in de *concurrentiestrijd* anderzijds, we verbanden tussen rechtsgebieden en doctrines kunnen zien die eerder niet in het oog sprongen.

Een korte toelichting op de figuur. Een verboden kartelafpraak is natuurlijk een contracteerpraktijk tussen de karteldeelnemers, maar de reden waarom ze onder ‘mededingingspraktijken’ staan, is omdat ze schadelijk zijn voor buitengesloten concurrenten en niet voor de medecontractanten. De figuur toont misbruik van economische machtspositie zowel bij contracteerpraktijken als bij mededingingspraktijken: de eerste categorie kunnen bijvoorbeeld uitbuitingspraktijken betreffen, de tweede uitsluitingspraktijken (daarover nader in par. 3.1). Bij mededingingspraktijken staat ‘profiteren’; dat kan zijn het onrechtmatig profiteren van eens anders verkooporganisatie zonder daaraan mee te betalen,²⁸ maar ook het profiteren van een uitgelokte wanprestatie.²⁹ Ten slotte zijn ook indirecte belangenaantastingen opgenomen: een oneerlijke handelspraktijk tegenover een consument (denk aan misleidende reclame) is tegenover concurrenten die daardoor in hun economische belangen worden aangetast, een oneerlijke B2B-handelspraktijk.³⁰

De figuur is overigens slechts een onderverdeling, er kan ongetwijfeld het nodige op worden afgedongen en andere onderverdelingen zijn ook denkbaar. Duidelijk is in elk geval dat de hier gevisualiseerde onderverdeling in contracteerpraktijken en mededingingspraktijken zich niet veel gelegen laat liggen in verschillen in handhaving; een geval waarin bestuursrechtelijke sanctionering wegens overtreding van artikel 24 Mw plaatsvindt, wordt onder dezelfde noemer gebracht als een civiele procedure waarin onereuze algemene voorwaarden buiten toepassing worden verklaard.³¹ Wat ze gemeen hebben, is dat het contracteerpraktijken zijn waar de minder machtige wederpartij benadeeld door raakt en waar het recht een standpunt over moet innemen.

28 Let wel: het mededingingsrecht stelt grenzen aan een gesloten distributiestelsel, zodat zeker niet elke ‘inbreuk’ onrechtmatig kan zijn. Voor de vraag in hoeverre het inbreken op een distributiestelsel tegenwoordig nog onrechtmatig is, zie HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9352, NJ 2010/187 (*Alfa Romeo/Multicar*); vgl. Verkade 2011, p. 23-25; Van Bochove 2013, p. 67 e.v.

29 Bijv. Van Bochove 2013, p. 30 e.v.

30 Zie hiervoor (de hoofdtekst bij) voetnoot 4. Voor de verhouding tot het werkingsbereik van art. 6:194 BW zie Verkade 2019, p. 6-11.

31 Vgl. ook de dubbele handhavingroute bij onereuze algemene voorwaarden in B2C-overeenkomsten: art. 6:233 e.v. BW en art. 8.3 Whc.

3. Contracteerpraktijken

3.1 Mededingingsrecht

Algemeen; misbruik van economische machtspositie

Mededingingsrecht geeft onder meer spelregels aan ondernemers; overtreding van die regels wil het recht voorkomen om het algemeen belang van onze marktsamenleving, het individuele belang van andere ondernemingen en dat van eindgebruikers te beschermen.³² Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (het kartelverbod; art. 101 VWEU en art. 6 Mw) en het verbod van misbruik van economische machtspositie (art. 102 VWEU en art. 24 Mw) zijn twee belangrijke pijlers van het mededingingsrecht die we onder het mededingspraktijkenrecht kunnen scharen.³³

Het kartelverbod ziet op verboden horizontale maar ook op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen; van verticale mededingingsbeperkende overeenkomsten is sprake als 'twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen'.³⁴ Een verboden verticale afspraak is bijvoorbeeld prijsbinding; dat doet zich voor als een leverancier voorschrijft aan een afnemer welke prijs deze aan diens afnemers in rekening moet brengen. Dergelijke afspraken zijn in de regel strijd met artikel 101 VWEU.³⁵

Het verbod van misbruik van economische machtspositie ziet op een situatie waarin een marktspeler een zodanige marktmacht heeft dat deze zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan andere marktspelers. Absolute marktmacht zal zelden bestaan; zelfs monopolisten kunnen door innovatie van hun troon worden gestoten. Een dominante marktspeler kan echter wel een zodanige mate van marktmacht hebben dat hij de daadwerkelijke mededinging verhindert, zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, afnemers en consumenten kan gedragen, en daarmee

32 Over beschermde belangen in het mededingingsrecht, mede met betrekking tot het handelspraktijkrecht, Keirsbilck 2011, p. 525 e.v.

33 Zie nader Van Boom 2020, p. 133 e.v. Daarnaast zijn concentratietoezicht en het staatssteunverbod belangrijke pijlers van (EU-)mededingingsrecht, maar die blijven hier onbesproken omdat ze niet zien op contracteerpraktijken waarbij een wederpartij wordt benadeeld.

34 Art. 1 Verordening (Vo.) (EU) nr. 330/2010 Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten. Vgl. over de structuur van verticale restricties (bijv. bij gesloten distributiekanaalen) Combe 2020, p. 203 e.v.; Niels e.a. 2016, p. 269 e.v.

35 Vgl. art. 4 aanhef en onder a Vo. 330/2010. Voor Frans recht zie art. L 442-6 Code de Commerce.

de voorwaarden kan beïnvloeden waaronder de mededinging zich ontwikkelt.³⁶ Die mate van marktmacht noemt men economische machtspositie en het is ondernemingen verboden om misbruik te maken van een dergelijke machtspositie, aldus artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU.³⁷ De sanctie op misbruik is niet alleen bestuursrechtelijk van aard; tussen partijen is misbruik grond voor aansprakelijkheid.³⁸

Hoewel het lidstaten toegestaan is om strengere regels te stellen dan art. 102 VWEU (zie art. 3 lid 2 Vo. (EG) nr. 1/2003), wat een opening biedt om bijvoorbeeld het mkb specifiekere bescherming te geven, gaat ons recht nog steeds uit van concordantie van de maatstaf in artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU.³⁹ Er bestaan dus geen generieke strengere regels op dit punt.⁴⁰ Zoals we hierna zullen zien is dat in Frankrijk, Duitsland en België tot op zekere hoogte wél het geval.

Of sprake is van een economische machtspositie moet van geval tot geval worden getoetst, waarbij onder meer de volgende factoren indicatief zijn: een aanzienlijk marktaandeel van de onderneming met marktmacht, toetredingsbarrières op de markt, verticale integratie binnen de onderneming,⁴¹ technische voorsprong en netwerkeffecten.⁴² Het is veelal de combinatie van aanwezige factoren die maakt dat een onderneming een zodanige mate van marktmacht heeft dat van een economische machtspositie kan worden gesproken.⁴³

Marktmacht kan ontstaan door de feitelijkheden van de markt, maar ook door de juridische inrichting van de markt. Zo kunnen ondernemingen macht ontleen aan toetredingsbarrières die het recht opwerpt, zoals vergunningstelsels en bescherming van intellectuele eigendom. In markten waar innovatiecycli elkaar snel opvolgen, kan

36 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, r.o. 65 (*United Brands*); HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, r.o. 38-39 (*Hoffmann La Roche*). Art. 1 aanhef en onder i Mw heeft de omschrijving aldaar aan deze rechtspraak ontleend.

37 Vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, nr. 3, p. 24-25; Mok 2004, p. 311.

38 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*). Zie inmiddels ook Richtlijn 2014/104/EU (Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), geïmplementeerd in art. 6:193k e.v. BW (*Stb.* 2017, 28).

39 Vgl. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5542, r.o. 3.5; HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745, r.o. 3.5.1, NJ 2014/101; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.5.3, NJ 2014/347.

40 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 376 spreken van de 'negatieve reflexwerking' van het mededingingsrecht op de norm van de eerlijke handelsgebruiken: dat wat mededingingsrechtelijk is toegestaan, is niet oneerlijk.

41 Dat deed zich bijv. voor in HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*).

42 Van Boom 2020, p. 133 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 124-125; vgl. Schaub 2020, p. 104-106.

43 Zie bijv. de analyse bij Bishop & Walker 2010, p. 51-106; Niels e.a. 2016, p. 93 e.v.

marktmacht komen en gaan. Een groot marktaandeel is in dergelijke dynamische markten niet noodzakelijkerwijs een aanwijzing van marktmacht, tenzij stabilisering, consolidatie en hiërarchie is ontstaan.⁴⁴

Of sprake is van misbruik van economische machtspositie, is ook een nogal casuïstisch vraagstuk. In artikel 102 VWEU worden bij wijze van voorbeeld vier gevallen genoemd waarin sprake kan zijn van misbruik:

- a. *het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;*
- b. *het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;*
- c. *het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;*
- d. *het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.*

Op de onderneming met een economische machtspositie rust, los van de oorzaken van het ontstaan van de machtspositie, de bijzondere verantwoordelijkheid om zich te onthouden van gedrag dat inbreuk maakt op de daadwerkelijke en onvervalste mededinging;⁴⁵ dat kan ook gedrag zijn dat voor ‘normale’ ondernemingen wel toegestaan zou zijn.⁴⁶

De verschillende verschijningsvormen van misbruik worden in de literatuur wel onderverdeeld in uitsluitingsmisbruik, uitbuitingsmisbruik en discriminatie.⁴⁷

Bij *uitsluiting* kan men denken aan het opwerpen van barrières voor concurrenten en toetreders, bijvoorbeeld door prijsdumping (roofprijzen, *predatory pricing*, verkoop met verlies), *margin squeeze* (marge-utholling door

44 Gerecht EU 11 december 2013, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635, r.o. 69 (*Cisco*); GvEA EG 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, r.o. 108 (*Wanadoo*).

45 De uitdrukking ‘bijzondere verantwoordelijkheid’ zien we in HvJ EG 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, r.o. 57 (*Michelin*).

46 GvEA 30 september 2003, T-191/98, ECLI:EU:T:2003:245, r.o. 1460 (*Atlantic Container Line*): de bijzondere verantwoordelijkheid betekent dat gedragingen die in het geval van ondernemingen zonder machtspositie rechtmatig zijn, voor een onderneming met een machtspositie verboden kunnen zijn.

47 Bijv. Cauffman 2018, p. 504 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 129; Gerbrandy & De Vries 2020, p. 538; Grewe 2020, p. 60. Uitgebreid over deze praktijken en de voorwaarden waaronder ze onwenselijk zijn Van den Bergh 2017, p. 300 e.v.

uitsluitingsprijzen) of botweg leveringsweigering.⁴⁸ *Discriminatie* wordt in EU-verband vooral gezien als een probleem van verschil in behandeling van toeleveranciers of afnemers op grond van herkomst.

Uitbuiting vindt met name plaats in verticale verhoudingen waarbij de dominante onderneming bijvoorbeeld afnemers uitbuit door te hoge prijzen te rekenen, te slechte kwaliteit te leveren, onbillijke contractsvorwaarden op te leggen of min of meer te dwingen tot bijkomende prestaties die geen verband houden met het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst.

Of iets uitbuiting is, zal door een vergelijkingsproces met contracten en praktijken die in een gewone mededingingscontext plaatsvinden, moeten worden vastgesteld. Eenvoudig is dat niet. Kan men met een kwantitatieve benadering misschien nog iets zinnigs zeggen over het verband tussen marktmacht en de hoogte van de prijs,⁴⁹ voor het verband met bezwarende bedingen ('onbillijke contractuele voorwaarden') is die benadering minder geëigend. In plaats daarvan wordt dan ook in de regel een meer normatieve benadering gekozen, zoals dat ook in het consumentenrecht gebeurt bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van algemene voorwaarden.⁵⁰

Bij de beoordeling van de onbillijkheid van contractvoorwaarden moet het buitensporig karakter worden beoordeeld aan de hand van het effect dat deze voorwaarden teweegbrengen, zowel op grond van hun eigenlijke aard als door hun samenhang.⁵¹ Een beding dat moeilijk te verenigen is met het doel van de overeenkomst, zal eerder oneerlijk zijn. Blanco bevoegdheden die bij een contractbeding toegeëigend worden, kunnen onbillijk zijn.⁵² In de rechtspraak is te zien dat vooral bezwarende contractclausules in duurovereenkomsten ten aanzien van kapitaalintensieve productiemiddelen (denk aan huur van machines e.d.) het moeten ontgelden. Zo werd bijvoorbeeld een contract voor de huur van een hoogwaardige telefooncentrale onbillijk geoordeeld omdat het een looptijd van vijftien jaar koppelde aan een stilzwijgende verlenging voor steeds vijf jaren, een eenzijdige

48 Daarover bijv. Wurmnest 2012, p. 341 e.v.; Whish & Bailey 2018, p. 697 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 150 e.v. Vgl. Niels e.a. 2016, p. 156 e.v. Let wel: het enkele feit dat een marktspeeler met een economische machtspositie weigert te contracteren, is niet gelijk aan misbruik; vgl. Hof Amsterdam 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1337, r.o. 3.27.1 (*Funda*).

49 Akman & Garrod 2011, p. 403 e.v.

50 Grewe 2020, p. 64-65; 124-125.

51 HvJ EG 27 maart 1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 (*BRT/SABAM/Fonior*). De rechtspraak laat zien dat bedingen ook geïsoleerd gezien misbruik kunnen opleveren.

52 Zie het overzicht bij Grewe 2020, p. 150-151.

bevoegdheid om de prijs met 15% te verhogen en een verbod om zelf wijzigingen aan te brengen in de installatie.⁵³

De toets die bij onbillijk hoge prijzen wordt aangelegd, komt neer op een proportionaliteitstoets waarbij de economische waarde van de geleverde prestatie wordt vergeleken met de in rekening gebrachte prijs; de winstmarge kan daarbij worden betrokken. Disproportioneel hoge prijzen kunnen maar hoeven niet onbillijk te zijn. In de praktijk wordt zelden de conclusie bereikt dat een prijs onbillijk hoog is; terughoudendheid op dat punt is begrijpelijk omdat, afgezien van de moeilijkheid van het vaststellen van de economische waarde van een prestatie, het stellen van wenselijke winstmarges betrekkelijk arbitrair is en een normatief onderbuikoordeel langs de lijnen van het iustum pretium-leerstuk op de loer ligt.

De handelspraktijk van koppelverkoop is een praktijk waarbij de verkoper marktmacht probeert te gebruiken of te ontwikkelen door afnemers te verplichten om producten in combinatie te gebruiken; dit kan zowel uitbuiting als uitsluiting ten doel hebben. Als bijvoorbeeld IE-rechten of contractsclausules worden gebruikt om alleen het gebruik van machineonderdelen van het eigen merk toe te staan, worden de machine- en onderdelenmarkt gebundeld en kan sprake zijn van misbruik van economische machtspositie. Ook technische koppeling naar een aanpalende markt kan dat zijn; denk aan de koppeling van een geprefereerde muzikspeler of browser aan een dominant besturingssysteem waarmee de opkomst van concurrenten in die aanpalende markten wordt gefrustreerd.⁵⁴

Uitbreiding naar relatieve marktmacht

Of zich een economische machtspositie in de zin van artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU voordoet, is dus een casuïstisch vraagstuk maar kent ook een belangrijke *drempel*. Het hoeft weliswaar niet om absolute marktmacht te gaan zoals bij een monopolie het geval zal kunnen zijn, maar wel om een zodanige mate van marktmacht die deze actor in staat stelt om de mededingingsvoorwaarden aanmerkelijk te beïnvloeden en zich bij haar gedrag weinig gelegen te laten liggen aan de concurrentie of afnemers. Dat wijst op dominantie *in alle richtingen*: horizontaal én verticaal.⁵⁵ Daarvan is

53 HvJ EG 5 oktober 1988, C-247/86, ECLI:EU:C:1988:469 (*Alsattel/Novasam*). Vgl. ook Commissie 24 juli 1991, IV/31043 en HvJ EG 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436 (*Tetra Pak II*). Daarover bijv. Daskalova 2019, p. 290; Grewe 2020, p. 129-130, en ook p. 363: lange looptijden van contracten kunnen de mededinging hinderen.

54 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 163-164; Grewe 2020, p. 61-62.

55 HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, r.o. 38 (*Hoffmann La Roche*). Vgl. Keirsbilck & Terryn 2020, p. 99; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 122-123. Vgl. over de economische begripsvorming ter zake van marktmacht bijv. Van den Bergh 2017, p. 124 e.v.

niet snel sprake zolang een marktspeler concurrentie ervaart aan de ene kant van de schakel in de handelsketen en tegelijk aanzienlijke macht kan uitoefenen aan de andere kant van de schakel.⁵⁶ Toch kan de macht die hij uitoefent aan die laatstbedoelde kant van de schakel, wel een relatieve marktmacht opleveren die voor een van de partijen leidt tot een situationele afhankelijkheid van de partij met die relatieve marktmacht.

Willen we het begrip marktmacht gebruiken buiten de strikte context van artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU, dan moeten we het dus opvatten als een contextueel concept.⁵⁷ Bijvoorbeeld: als er op een markt vijf inkomende supermarkten zijn met een gelijk marktaandeel waar zij dagelijks hevig strijd om voeren, dan heeft geen van hen in absolute zin een dominante marktpositie; zou nu een van hen onereuze bedingen opleggen aan kleine leveranciers, dan is het de vraag of dat misbruik van economische machtspositie (art. 102 VWEU, art. 24 lid 1 Mw) oplevert. Als in de context van de betreffende markt echter sprake is van relatieve marktmacht (inkoopmacht) die ten nadele van kleine, verspreid opererende toeleveranciers wordt uitgeoefend,⁵⁸ kan er aanleiding zijn om beschermingsmaatregelen te introduceren ter voorkoming van misbruik van de economische afhankelijkheid die is ontstaan door de relatieve marktmacht. Dat kan door middel van regelendrechtelijke wetsbepalingen of door middel van rechterlijke toepassing van open normen uit het verbintenissenrecht. Het marktpraktijkenrecht vult dan aan waar het mededingingsrecht in enge zin geen oplossingen biedt.⁵⁹ Zowel het Duitse, Franse als Belgische recht kent een bijzondere wettelijke regeling inzake misbruik van economische afhankelijkheid.

3.2 B2B-handelspraktijkenrecht; blik op andere landen

Voordat we naar ons eigen recht kijken, is het goed om Duits, Frans en Belgisch recht in grote lijnen te schetsen. Daaruit zal namelijk blijken dat de aanpak in die landen doelgerichter en coherenter lijkt te zijn dan in ons land.⁶⁰

56 Zie in dit verband over 'multi-sided markets' zoals bij platforms Robertson 2020, p. 218 e.v.

57 Vgl. Keirsbilck & Terryn 2020, p. 88.

58 Bij supermarkten is daarvan tegenwoordig zeker sprake; zie nader par. 4.

59 Dit is vanuit het EU-perspectief toegestaan: art. 3 lid 2 Vo. 1/2003 staat toe dat lidstaten verdergaande regels introduceren voor eenzijdige gedragingen van ondernemingen. Vgl. Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 377; Devroe e.a. 2020, p. 78-79; Körber e.a. 2020, GWB § 20 rdnr. 1.

60 Dat wil zeggen: op papier. Of en in hoeverre handhaving van deze regels een deuk in een pakje boter weet te slaan, heb ik niet onderzocht.

Duitsland

Naast het algemene aansprakelijkheidsrecht kent het Duitse recht al sinds 1896 een specifieke wet ter bestrijding van oneerlijke mededinging, de *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG). Met die additionele wetgeving werden discussies zoals die welke bij ons culmineerden in *Lindenbaum/Cohen* (1919) vroegtijdig beslecht.⁶¹ Het Duitse recht koos met de UWG 1909 voor de introductie van een wettelijke *Generalklausel*:⁶² degene die in het maatschappelijk verkeer met mededingingsoogmerk handelingen verricht die in strijd zijn met de goede zeden die in het economische verkeer betamelijk zijn, kan tot schadevergoeding en tot verbod worden gehouden.⁶³ De kernwaarden die de UWG tegenwoordig probeert te borgen, zijn *Sittlichkeit*, *Lauterkeit* en *Fairness*: betamelijke en eerlijke mededingingspraktijken.

§ 3 UWG verbiedt in het algemeen oneerlijke handelspraktijken (Abs. 1) en in het bijzondere de onrechtmatige praktijken die zich richten op consumenten (Abs. 2). Oneerlijk tegenover concurrenten zijn kort gezegd denigrerende en leugenachtige praktijken, praktijken die verwarringsgevaar teweegbrengen (§ 4) en oneerlijke vergelijkende reclame (§ 6), terwijl oneerlijk tegenover ondernemers in het algemeen zijn agressieve en misleidende praktijken (§ 4a en § 5) en opdringerige reclame en marketing (§ 7).

61 De UWG 1896 werd geïntroduceerd als een 'extensie' van het onrechtmatigedaadsrecht, vandaar dat het handelspraktijkenrecht in Duitsland van oudsher wordt gezien als een species van het aansprakelijkheidsrecht. Zie Leistner 2007, p. 209 e.v.; Peukert 2008, p. 313 e.v., p. 338 e.v.; Beater 2011, p. 105 e.v.; Götting e.a. 2020, p. 860, par. 31, rdnr. 49. Oorspronkelijk was het doel van de UWG het beschermen van concurrenten tegen oneerlijke mededinging (Von Stechow 2002, p. 164 e.v.; Glöckner 2017, p. 416-417) maar gaandeweg werden ook consumentenbelangen onder het beschermingsbereik gebracht (Beater 2011, p. 621-622). De herziening van de UWG in 2004 codificeerde deze 'Schutzzwecktrias'; zie Leistner 2007, p. 221 e.v. Recentelijk werden de drempels voor concurrenten en belangenorganisaties weer een stukje hoger gemaakt om misbruik tegen te gaan (*Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs*, welke per 1 december 2021 vereist dat de concurrent als zodanig bestendig handelt en niet incidenteel; belangenorganisaties moeten voortaan een 'gekwificeerde entiteit' zijn).

62 Beater 2011, p. 159.

63 Zie thans § 3 (1) UWG 2004, uitgewerkt in verbod van misleidende en agressieve handelspraktijken, zowel tegenover consumenten als ondernemers (§ 4 en 5 UWG). Na der Peukert 2008, p. 316 e.v. Consumenten kunnen bovendien een beroep doen op een specifieke lijst van verboden handelspraktijken (§ 3 (3) UWG jo. Anhang).

De UWG beoogt niet de structuur van de markt te beschermen of iets dergelijks; het doel is dus bijvoorbeeld niet om kleine ondernemers als zodanig te beschermen tegen de tucht van de markt.⁶⁴ Die rol wordt deels vervuld door een andere wet, de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). De GWB ziet met name op kartelvorming, misbruik van economische machtspositie en controle op concentraties. Daarnaast kent de GWB een aantal bijzondere bepalingen voor B2B-mededingingspraktijken,⁶⁵ en die zijn hier relevant.

Allereerst breidt de wet het beschermingsbereik van het leerstuk van misbruik van economische machtspositie uit naar gevallen van ‘relative Marktmacht’. Daarvan is sprake indien en voor zover andere ondernemingen als aanbieder of vrager van bepaalde goederen of diensten op zodanige wijze *afhankelijk* zijn van de onderneming met relatieve marktmacht dat er geen effectieve en praktische mogelijkheden bestaan om naar derde ondernemingen uit te wijken en er een duidelijke onevenwichtigheid in tegenmacht bestaat.⁶⁶

Het vereiste van afhankelijkheid is contextueel en vereist beantwoording van de vraag of de minder machtige onderneming niet alleen theoretische maar ook feitelijk toegankelijke alternatieve wederpartijen ter beschikking stonden op het relevante moment.⁶⁷ Afhankelijkheid kan zich bijvoorbeeld voordoen als de afnemer niet eenvoudig alternatieve componenten met dezelfde technische specificaties elders kan betrekken (bijv. omdat de componenten exclusief door de octrooihouder worden geproduceerd en verkocht) of als partijen al zolang zaken met elkaar doen dat de minder machtige onderneming aanzienlijke overstapkosten zal moeten maken.⁶⁸ Ook gevallen waarin door plotselinge schaarste, bijvoorbeeld door een importverbod, een minder machtige afnemer veroordeeld wordt om zaken te doen met een plotseling marktmachtige wederpartij, vallen eronder.⁶⁹ Dat laatste is opmerkelijk omdat in dat soort situaties specifieke crisiswetgeving wellicht meer voor de hand ligt.

64 Beater 2011, p. 645. Overigens is dit uitgangspunt inmiddels aan verandering onderhevig als gevolg van het toepassen van het verbod op agressieve handelspraktijken op B2B-verhoudingen (§ 4a UWG).

65 Over de convergentie van de doelen van UWG en GWB zie Grewe 2020, p. 180 e.v.

66 § 20 Abs. 1 UWG. § 20 Abs. 4 UWG geeft een algemeen bewijsvermoeden; § 20 Abs. 1 laatste zin GWB geeft een specifiek vermoeden: als een onderneming met regelmaat bijzondere kortingen bedingt of andere voordelen verlangt van een wederpartij, die andere partijen niet gegund worden, dan wordt een relatieve marktmacht tegenover deze wederpartij vermoed aanwezig te zijn.

67 Körber e.a. 2020, GWB § 20, rdnr. 17 e.v.

68 Körber e.a. 2020, GWB § 20, rdnr. 20 e.v.

69 Körber e.a. 2020, GWB § 20, rdnr. 42 e.v.

De onderneming met relatieve marktmacht is verplicht om zich tegenover de afhankelijke onderneming te onthouden van de volgende onrechtmatige gedragingen:⁷⁰

- het direct of indirect hinderen of ongelijk behandelen zonder dat daarvoor een gerechtvaardigde grond bestaat;
- het eisen van voordelen zonder objectief gerechtvaardigde reden ('onzakelijke voordelen'), waarbij in het bijzonder moet worden betrokken of de eis voor de andere onderneming op een begrijpelijke wijze onderbouwd is en of het gevraagde voordeel in redelijke verhouding staat tot de reden van de eis (men noemt dit wel het 'Anzapfverbot', dat zich laat vertalen als het uitmelkverbod (of letterlijk: tapverbod; waar Duitsers zichzelf associëren met tappen moeten wij het doen met melk...)).

Het doel van de wet op dit punt is het creëren van tegenwicht tegen de relatieve marktmacht in algemene zin, en niet zozeer het beschermen van mkb-ondernemingen.⁷¹ Daarnaast kent de wet sinds 1989 ook een bijzondere bescherming voor mkb'ers tegen prijsdumping, maar omdat dat meer een mededingingspraktijk dan een contracteerpraktijk is, blijft dat buiten beschouwing.

Frankrijk

Het Franse recht omarmt weliswaar sinds 1791 de vrijheid van onderneming en nijverheid,⁷² maar heeft tegelijk onmiskenbaar een *tradition dirigiste*, ook wat betreft marktpraktijkenrecht. De oorsprong ervan ligt in het onrechtmatigedaadsrecht,⁷³ maar sinds 1986 kent het Franse recht ook een wettelijke regeling inzake 'des pratiques commerciales déloyales entre entreprises',⁷⁴ die niet alleen private belangen van ondernemingen maar

70 § 20 Abs. 1 eerste zin jo. § 19 Abs. 1 en Abs. 2 (2) onder 1 GWB resp. § 20 Abs. 2 jo. § 19 Abs. 1 en Abs. 2 (2) onder 5 GWB. Zie nader Glöckner 2019, p. 138 e.v.; Devroe e.a. 2020, p. 101-103.

71 Körber e.a. 2020, GWB § 20 rdnr. 8.

72 Art. 7 Loi d'Allarde (1791) vormt de basis voor de vrijheid van onderneming, exploitatie en mededinging, aangevuld door de Lois Chapelier 1791 waarbij o.a. gilden werden afgeschaft. Tegelijk toont het genoemde art. 7 ook de dirigistische kant van de medaille: eenieder zal vrij zijn om het beroep, ambacht of bedrijf uit te oefenen dat men wenst, maar hij zal ook gehouden zijn om van tevoren vergunning aan te vragen, de daarvoor geldende retributie te betalen en zich te houden aan de gedragsregels die nu en in de toekomst gelden.

73 Vogel 2016, p. 712-713; Beater 2011, p. 157-158. Vgl. Gerber 1998, p. 37-38.

74 De Pourcq 2018, p. 125.

ook het publieke belang van een ordelijke mededinging beoogt te beschermen.⁷⁵

In het Franse recht bestaat een verbod van misbruik van relatieve marktmacht tegenover ondernemers die in een staat van economische afhankelijkheid verkeren (art. L 420-2 tweede alinea Code de Commerce; *abus de dépendance économique*). Dit artikel verbiedt misbruik door een onderneming van de economische afhankelijkheid waarin een afnemer of leverancier zich bevindt tegenover die onderneming; als voorbeelden geeft het artikel: het weigeren te contracteren, gedwongen koppelverkoop en discriminatoire praktijken.⁷⁶ Afhankelijkheid doet zich voor als een onderneming feitelijk niet in staat is om door middel van een overeenkomst met een andere onderneming een resultaat te behalen dat in technisch of economisch opzicht vergelijkbaar is.⁷⁷ Het vereiste van afhankelijkheid is echter een hoge drempel om artikel L 420-2 met succes in te roepen.⁷⁸

De regeling inzake oneerlijke mededingingspraktijken ziet ook op aspecten van de totstandkoming, de inhoud en de beëindiging van overeenkomsten. Zo bepaalt artikel L 441-3 Code de Commerce dat een schriftelijke overeenkomst tussen leverancier en distributeur duidelijk de wederzijdse verplichtingen, de toepasselijke algemene voorwaarden en de prijsbepalingen moet omvatten.⁷⁹

Voor 'produits de grande consommation' (niet-duurzame consumptiegoederen met hoge omloopsnelheid die staan op een lijst afgekondigd 'par décret'; deze lijst omvat ongeveer alles wat men in een supermarkt kopen kan) gelden daarbovenop de regels van artikel L 441-4 Code de Commerce.⁸⁰ Deze houden kort gezegd in dat tussen een leverancier en detailhandel de overeenkomst op schrift moet worden gesteld, dat deze de prijsbepaling transparant weergeeft en een inschatting van de aantallen geeft van het aantal af te nemen goederen, zodat een geïndividualiseerd contract ontstaat en ook de leverancier bij benadering weet waar hij aan toe is (*le plan d'affaires de la relation commerciale*). Het klinkt allemaal nogal voor de hand liggend maar als het in de

75 Om die reden wordt overtreding ook gesanctioneerd met strafrechtelijke sancties of bestuursrechtelijke boetes opgelegd door de *Autorité de la concurrence*. Zie Malaurie-Vignal 2020, p. 137. Daarnaast is de implementatiewetgeving inzake Richtlijn 2005/29/EG (OHP) wat betreft *misleidende handelspraktijken* óók van toepassing verklaard op B2B-praktijken; zie art. L 121-5 Code de la Consommation.

76 Niet is vereist dat het misbruik plaatsvindt met het opzet de mededinging te beïnvloeden.

77 Com. 12 februari 2013, no. 12-13603, ECLI:FR:CCASS:2013:CO00151. Vgl. Com. 9 april 2002, no. 00-13.921. Malaurie-Vignal 2020, p. 296-297.

78 De Pourcq 2018, p. 540 e.v. Om vergelijkbare redenen biedt het wilsgebrek van misbruik van economische omstandigheden (*violence abusive de contrainte économique*; art. 1143 Code Civil) slechts in uitzonderlijke gevallen soelaas.

79 Iets vergelijkbaars bepaalt art. L 441-5 voor bestellingen van halffabrikaten.

80 Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1262 e.v. (rdnr. 84505 e.v.).

wet opgenomen moest worden, zal de praktijk wel een stuk minder transparant zijn geweest. Overigens dienen gebruikers van algemene voorwaarden in B2B-verhoudingen deze, inclusief prijslijst, van tevoren op verzoek ter beschikking te stellen.⁸¹ Dit alles dient ertoe om transparantie en eerlijke totstandkoming te borgen.⁸²

Artikel L 442-1-I Code de Commerce geeft een open norm die de inhoud van overeenkomsten betreft: een partij die van de wederpartij een prestatie bedingt of probeert te bedingen die op geen enkele wijze correspondeert met een tegenprestatie of die onmiskenbaar disproportioneel is gezien de afgesproken tegenprestatie, is aansprakelijk en tot schadevergoeding verplicht (1°).⁸³ Hetzelfde geldt voor een partij die de wederpartij onderwerpt of probeert te onderwerpen aan voorwaarden die een aanzienlijke verstoring van het evenwicht (*un déséquilibre significatif*) tussen de wederzijdse verplichtingen van partijen veroorzaken (2°) of die disproportionele sancties op niet-nakoming stelt (3°).⁸⁴

Het concept van *déséquilibre significatif* is geïnspireerd op het consumentenrecht. Het werd in 2008 geïntroduceerd voor B2B-rechtsverhoudingen en is inmiddels de belangrijkste toetssteen van deze drie. Uit de rechtspraak volgt dat er verschillende indicatoren zijn voor een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht in B2B-contracten. Het draait vaak om de afwezigheid van een daadwerkelijke onderhandelingsruimte die ertoe leidt dat in het contract clausules worden opgenomen die één partij bevoordelen, zonder dat er iets tegenover staat. Als het ontbreken van die wederkerigheid dan niet wordt gerechtvaardigd door het economische evenwicht van de overeenkomst als geheel, kan sprake zijn van een *déséquilibre significatif*. Hier kan worden gedacht aan een excessieve boeteclausule, een recht van een afnemer om onverkochte zaken te retourneren zonder additionele vergoeding en de ongelijke verdeling van risico's. Een indicatie kan zijn dat de eenzijdige clausule ongewoon is in de betreffende sector.⁸⁵ Een prijs-

81 Art. L 441-1 Code de Commerce.

82 Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1255 (rdnr. 84000).

83 Het moet gaan om een B2B-contract in de uitoefening van bedrijf ter zake van productie, distributie (koop) of dienstverlening; verhuur is kennelijk uitgesloten, net als financiële dienstverlening en de vrije beroepen. Zie Malaurie-Vignal 2020, p. 141-142; Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1273 (rdnr. 85014-85015); Vogel & Vogel 2020a, p. 54 e.v. Uit de zinsnede 'bedingt of probeert te bedingen' wordt afgeleid dat het moet gaan om contractsbepalingen waarover niet is onderhandeld c.q. waarover geen onderhandelingsmogelijkheid werd geboden; zie Com. 25 januari 2017, 15-23547, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00135.

84 De open norm van art. L 442-1-I Code de Commerce is ingevoerd in 2019 als opvolger van het uitgebreidere art. L 442-6 (oud), waarin specifieke oneerlijke mededingingspraktijken werden opgesomd.

85 Voorbeelden bij Vogel & Vogel 2020a, p. 65 e.v. Indien er een kennelijke disbalans is tussen de prestatie van de een en de ander (art. L 442-1, I, 1°) wordt sneller 'un déséquilibre significatif' aangeroepen (2°), aldus Malaurie-Vignal 2020, p. 140.

herzieningsclausule die wordt ingeroepen om eerder afgesproken prijzen te veranderen zonder dat aannemelijk wordt gemaakt welke objectieve redenen daarvoor bestaan, kan ook met behulp van het artikel worden getoetst.⁸⁶

Artikel L 442-1-I Code de Commerce maakt dus toetsing van overeenkomsten aan het contractuele evenwicht mogelijk, en dat maakt in zekere zin ook toetsing van prijsbedingen mogelijk.⁸⁷ Zo bepaalde de Cour de Cassation dat óók de prijs getoetst kan worden in verband met intransparante prijsbepaling.⁸⁸

Bij de beoordeling van het contractuele evenwicht staat de uitwisseling van prestaties binnen de overeenkomst centraal en niet specifieke clausules; als de ene clausule voordelen voor de bovenliggende partij biedt, kan deze partij wijzen op andere clausules die een tegenwicht voor de wederpartij vormen. De rechter zal minder ontvankelijk zijn voor externe argumenten van economische en strategische aard van de bovenliggende partij.⁸⁹ Het argument dat de voordelen die de bovenliggende partij behaalt met de contracteerpraktijk worden doorgegeven aan consumenten vanwege de scherpe concurrentie die de bovenliggende partij ervaart en dat die praktijken dus consumentenwelvaartvergroten zijn, is geen valide verweer.⁹⁰

86 Com. 3 maart 2015, 13-27.525, ECLI:FR:CCASS:2015:CO00238.

87 Hier bestaat kritiek op; vgl. Devroe e.a. 2020, p. 101.

88 Com. 25 januari 2017, 15-23.547, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00135. Zie Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1277 (rdnr. 85054). De Cour oordeelde o.m. '(...) la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (...)', in mijn vertaling: '(...) Het hof heeft terecht geoordeeld dat de wet [nu: art. L441-1 Code de Commerce], door een schriftelijke overeenkomst te eisen met de prijsbepaling volgens de opgave van de leverancier in diens algemene verkoopvoorwaarden, beoogt om een vergelijking mogelijk te maken tussen de prijs zoals partijen die overeengekomen zijn en de prijs zoals de leverancier die oorspronkelijk voorstelde; dat hieruit volgt dat [nu: art. L 442-1-I Code de Commerce] een rechterlijke toetsing van de prijs toestaat, nu deze niet het gevolg is van een vrije onderhandeling en als een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen kan worden gekenmerkt'.

89 Vogel & Vogel 2020a, p. 85-86.

90 Cour d'Appel de Paris 16 mei 2018, no. 17/11187, weergegeven bij Vogel & Vogel 2020a, p. 91.

De Code Civil kent sinds 2016 een bepaling die voortborduurde op de door artikel L 442-1-I Code de Commerce ingeslagen weg, namelijk artikel 1171 Code Civil. Het artikel schuurt de scherpe kanten af van de ferme hoofdregel (art. 1168 Code Civil) dat een gebrek aan gelijkwaardigheid van de prestaties bij wederkerige overeenkomsten geen grond biedt voor nietigheid. Artikel 1171 nuanceert dit in zekere zin want het biedt de mogelijkheid van terzijdestelling van een contractsbeding als dit een *déséquilibre significatif* teweegbrengt in 'toetredingscontracten' of 'adhesiecontracten' tussen ondernemers; bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht mag evenwel geen acht worden geslagen op de kern van de overeenkomst of op de gelijkwaardigheid van prijs en prestatie.

De verschillen tussen artikel L 442-1-I Code de Commerce en artikel 1171 Code Civil zijn kort gezegd de volgende: het laatstgenoemde artikel (1) bestrijkt *alle* mogelijke overeenkomsten tussen ondernemingen zolang het maar contracten zijn die zijn opgesteld door een van beide partijen en waarover niet onderhandeld is⁹¹ en (2) hanteert de nietigheidssanctie en niet de schadevergoedingsplicht; artikel L 442-1-I Code de Commerce is wat ruimer qua strekking omdat het niet uitsluitend ziet op een totstandgekomen contract, maar ook op de handelspraktijk van het bedingen of proberen te bedingen.⁹²

België

In België wordt al langere tijd gepleit voor bescherming van ondernemers tegen oneerlijke mededingingspraktijken.⁹³ Boek IV Wetboek van Economisch Recht (WER) bevat sinds 2020 naar Frans en vooral Duits voorbeeld een uitdrukkelijk verbod van misbruik van economische afhankelijkheid.⁹⁴ Artikel IV.2/1 WER bepaalt namelijk dat het verboden is om misbruik te maken van een positie van economische afhankelijkheid waarin een onderneming zich bevindt. De regeling is generiek van aard en is dus niet gebonden aan een bepaalde omvang van de betrokken ondernemingen.⁹⁵ Handhaving van het verbod is zowel via de mededingsautoriteiten en dus bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk mogelijk.

Vereist zijn (a) economische afhankelijkheid, (b) misbruik daarvan en (c) een potentiële aantasting van de mededinging. Economische afhankelijkheid is hier: een

91 Art. 1110 Code Civil omschrijft het adhesiecontract als de overeenkomst die bestaat uit bedingen die niet onderhandelbaar zijn en van tevoren door een van beide partijen zijn opgesteld.

92 De Pourcq 2018, p. 190-191, p. 219-220.

93 Zie (de verwijzingen bij) Devroe e.a. 2020, p. 11; De Pourcq 2018, p. 130 e.v.; p. 356 e.v.; p. 687 e.v.

94 Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 241; Devroe e.a. 2020, p. 15.

95 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 382. Voor een overzicht van factoren die kunnen wijzen in de richting van relatieve marktmacht, zie Vandermeersch 2020, p. 57.

‘positie van onderworpenheid van een onderneming ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden’ (art. I.6.12bis WER).⁹⁶

Van de praktijken die misbruik *kunnen* opleveren, somt artikel IV.2/1 WER er een aantal op:⁹⁷

- 1° *het weigeren van een verkoop, een aankoop of van andere transactievoorwaarden;*
- 2° *het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;*
- 3° *het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;*
- 4° *het toepassen ten opzichte van economische partners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;*
- 5° *het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de economische partners van bijkomende prestaties, die naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.*

Voorop staat dat niet elk gebruik van een relatieve machtspositie misbruik oplevert, maar slechts de onrechtmatige uitbuiting daarvan.⁹⁸ De gevallen opgesomd in artikel IV.2/1 WER vergen dus een nadere weging in concreto.⁹⁹

Naast de regels uit Boek IV kan worden gewezen op Boek VI WER. Daarin is de Richtlijn OHP geïmplementeerd voor B2C-rechtsverhoudingen, maar er is tevens plaats ingeruimd voor een regeling van verboden handelspraktijken in B2B-verhoudingen.¹⁰⁰ Artikel VI.104 WER bepaalt dat verboden is elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden.¹⁰¹ De wet onderscheidt tussen misleidende en

96 Over deze vereisten bijv. Devroe e.a. 2020, p. 86 e.v.; Vandermeersch 2020, p. 56; Claeys & Tanghe 2019, p. 366; De Pourcq 2019, p. 651 e.v.

97 De opsomming is niet uitputtend bedoeld; Devroe e.a. 2020, p. 90.

98 Vandermeersch 2020, p. 57; Claeys & Tanghe 2019, p. 368-370; De Pourcq 2019, p. 653-654. De toelichting bij de wet stelt voorts dat sprake moet zijn van een aantasting van de mededinging op de betrokken markt, maar wat dit exact inhoudt, is ongewis. Zie Vandermeersch 2020, p. 58.

99 Vgl. De Pourcq 2019, p. 654-655.

100 Zie uitgebreid Claeys & Tanghe 2019, p. 323 e.v., 363 e.v.

101 De bepaling wordt gezien als een specialis van art. 1382 BW en heeft dus een delictuele grondslag. Voor de vraag of de bepaling kan worden ingeroepen tussen contractanten gezien de Belgische samenloopregels, zie De Pourcq 2018, p. 367 e.v.; Devroe e.a. 2020, p. 6-7.

agressieve handelspraktijken. De eerstgenoemde categorie wordt op vergelijkbare wijze als in het consumentenrecht onderverdeeld in misleidende mededelingen en misleidende omissies, inclusief een lijst van praktijken die als misleidend worden beschouwd en een nadere uitwerking van hetgeen als agressief heeft te gelden (art. VI.104, VI.109/1-2 WER).¹⁰²

Opmerkelijk is dat de uitgangspunten van Richtlijn OHP eenvoudigweg zijn getransponeerd naar het domein van handelspraktijken tussen ondernemingen onderling. Dit kan afbakeningsvragen oproepen. Zo kan men zich afvragen of agressieve handelspraktijken zoals het gebruik van intimidatie en ongepaste beïnvloeding (omschreven als ‘het uitbuiten door een onderneming van een machtspositie ten aanzien van de andere onderneming om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die haar vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt’) overlap vertonen met de doctrine van misbruik van economische afhankelijkheid.¹⁰³

Wat handhaving betreft kan gewezen worden op de *bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige Bedingen* die, naar Frans voorbeeld (de *Commission d'examen des pratiques commerciales*), adviezen geeft over onereuze bedingen; de commissie kan zich nu ook uitspreken over overeenkomsten tussen ondernemingen.¹⁰⁴

3.3 Ons land?

Algemeen

Wat betreft contracteerpraktijken zijn in ons land, buiten de regels van het mededingingsrecht, de open normen van het vermogensrecht en de invulling daarvan in de rechtspraak altijd leidend geweest. Denk aan leerstukken als precontractuele betamelijkheid, totstandkomingsgebreken zoals dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden, uitleg en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Bij deze leerstukken was en is de hoedanigheid van partijen, en dus ook het gegeven dat de ene partij mogelijk meer onderhandelingsmacht, superieure kennis en vaardigheden heeft dan de andere partij, een relevant gegeven dat betrokken werd en wordt bij de vraag of het contract tussen partijen geldt, hoe het luidt en of het ingeroepen mag worden.

102 Ook vormen van acquisitiefraude en ongevraagde toezending vallen onder de regeling (art. VI.106-107, art. VI/109/3).

103 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 393; Devroe e.a. 2020, p. 188-190.

104 Art. VI.91/8 WER. Zie nader cecrb.fgov.be/. Voor Frankrijk zie art. L 440-1 Code de Commerce. De CEPC heeft een ruim takenpakket; zie nader economie.gouv.fr/cepc/.

Naast de generieke open normen werden op deelaspecten generieke wettelijke regels ingevoerd; ik noem hier algemene voorwaarden (1992), betalingsachterstanden (2002) en acquisitiefraude (2016). Daarnaast werd de inhoud van een aantal bijzondere B2B-overeenkomsten dwingendrechtelijk ingericht om onder meer te beschermen tegen situationele afhankelijkheid en de handelspraktijken en contractsbepalingen die daar het gevolg van waren; hier kunnen handelsagentuur¹⁰⁵ en franchising¹⁰⁶ worden genoemd.¹⁰⁷

Praktijken die samenhangen met *mededinging* tussen concurrenten (bijv. kwaadspreken, denigreren, parasiteren, verwarring creëren bij (eind)gebruikers ten nadele van een concurrent, het ondermijnen van of inbreken op een gesloten verkooporganisatie, anderszins profiteren) werden en worden nog steeds goeddeels via het commune vermogensrecht afgewikkeld.¹⁰⁸ Sommige van deze leerstukken zijn de laatste decennia gewijzigd of ten onder gegaan onder invloed van het Europese mededingingsrecht. Voor handelsnaambescherming is er een bijzondere wet en sinds 2018 is er additionele bescherming voor bedrijfsgeheimen.¹⁰⁹

Een raamwerk zoals dat in andere landen bestaat voor contracteerpraktijken, kent ons recht dus niet. Wat nog het dichtst in de buurt komt, is afdeling 6.3.4 BW, waarin een aantal oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling is benoemd. De afdeling is de 'oude' regeling van de misleidende en vergelijkende reclame,¹¹⁰ die bij gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn OHP in 2008 werd omgedoopt.¹¹¹ In artikel 6:194 BW werd na het woord 'onrechtmatig' toegevoegd 'jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf' en in artikel 6:194a lid 2 onder a BW na 'misleitend': 'of een misleidende handelspraktijk als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g (...)'. In 2016 volgde de toevoeging van de Wet acquisitiefraude in deze afdeling.¹¹²

105 Richtlijn 86/653/EEG inzake zelfstandige handelsagenten, geïmplementeerd in art. 7:427 e.v. BW (handelsagentuur). De regeling omvat beschermingsregels met betrekking tot provisie, opzegging, klantenvergoeding bij beëindiging en concurrentiebeding.

106 Wet van 1 juli 2020 (*Stb.* 2020, 251) (Wet franchise).

107 Ook de huur van bedrijfsruimte is in elk geval sinds de Huurwet 1950 onderwerp van B2B-beschermingsrecht.

108 Zie bijv. Van Engelen 1994; De Vrey 2005; Van Bochove 2013.

109 Handelsnaamwet 1921 resp. Wet van 17 oktober 2018 (*Stb.* 2018, 369) (Wet bescherming bedrijfsgeheimen).

110 Richtlijn 2006/114/EG (misleidende en vergelijkende reclame) vervangt Richtlijn 84/450/EG en Richtlijn 97/55/EG.

111 Wet van 25 september 2008 (*Stb.* 2008, 397).

112 Wet van 29 maart 2016 (*Stb.* 2016, 133) (Wet Acquisitiefraude, ook wel bekend als de initiatiefwet Gesthuizen/Van Oosten).

Het opschrift van afdeling 6.3.4 (misleidende en vergelijkende reclame) is sinds invoering van de Wet acquisitiefraude niet langer accuraat.¹¹³ Die wet voegde aan de afdeling in artikel 6:194 BW de huidige leden 2, 3 en 4 toe, waarin kort gezegd het concept van misleidende omissie als bedoeld in artikel 6:193d BW wordt overgenomen voor handelspraktijken tussen ondernemers onderling. De afdeling zou dus beter 'oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling' of iets dergelijks kunnen heten.

Deze Wet acquisitiefraude is zuiver nationaalrechtelijk van aard. Ze beoogt primair dubieuze praktijken gericht op (kleine) ondernemers tegen te gaan, zowel strafrechtelijk (art. 326d Wetboek van Strafrecht (Sr)) als civielrechtelijk. Het gaat meer bepaald om praktijken waarbij spookfacturen worden verstuurd, op agressieve wijze advertenties voor nepbedrijvendissen worden geworven, of juist de indruk wordt gewekt dat het opnemen van de naam in een gids gratis is, waarna met een beroep op versluierde voorwaarden een bedrag wordt gevorderd.¹¹⁴ Gangbare remedies zoals het invoeren van bedrog, dwaling of wanprestatie werden niet toereikend geacht om deze praktijken tegen te gaan, vooral omdat ze geraffineerd langs de randen van het toelaatbare of bewijsbare schurken en de betaalde bedragen de kosten van een civiele terugvorderingsprocedure veelal niet rechtvaardigen.¹¹⁵

De Wet acquisitiefraude doet echter veel meer dan alleen fraude aanpakken.¹¹⁶ De wet voegde aan artikel 6:194 BW de leden 2, 3 en 4 toe. Artikel 6:194 lid 2 BW bepaalt dat een openbare of specifiek gerichte mededeling misleidend is (en daarmee onrechtmatig in de zin van lid 1) indien essentiële informatie wordt weggelaten die een ondernemer nodig heeft om een geïnformeerd transactiebesluit te nemen waardoor hij een besluit neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen.¹¹⁷

113 Wet van 29 maart 2016 (*Stb.* 2016, 133).

114 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, nr. 6, p. 1-2. Vgl. ook het Belgische art. VI.107 WER: 'Het is verboden voor een onderneming ofwel rechtstreeks, ofwel via een betalingsformulier, een bestelformulier, een factuur, een aanbod, algemene voorwaarden, een voorstel tot verbetering of elk ander soortgelijk document, adverteerders te werven om hen in gidsen, adressenbestanden, telefoonboeken of soortgelijke lijsten of bestanden op te nemen, zonder ondubbelzinnig aan te geven dat deze werving een aanbod van overeenkomst tegen betaling uitmaakt en zonder in het vet en in het grootste lettertype dat in het document wordt gebruikt de duur van de overeenkomst en de hieraan verbonden prijs te vermelden.' Over deze praktijken in empirische zin Huisman e.a. 2009, p. 21 e.v.; Van de Bunt & Huisman 2009, p. 19 e.v.

115 Huisman e.a. 2009, p. 63 e.v.; Van de Bunt & Huisman 2009, p. 70 e.v.

116 Pavillon 2019, p. 102 e.v. Vgl. De Vries 2021.

117 De structuur van art. 6:194 lid 2 BW is ontleend aan art. 6:193d BW (de misleidende omissie in B2C-praktijken).

Binnen het werkingsbereik van de wet vallen dus ook andere gevallen dan evidente fraude en misdrijfgevallen;¹¹⁸ zo heeft bijvoorbeeld ook een franchisenemer die meent dat de franchiseggever in de precontractuele fase onjuiste informatie heeft gegeven waar hij op afgegaan is, het bewijsvoordeel van artikel 6:195 BW.¹¹⁹

Lid 3 breidt de werking van lid 2 uit, naar gevallen waarin essentiële informatie verborgen wordt gehouden, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt of gepresenteerd wordt of waarin de wederpartij het commerciële oogmerk van de praktijk niet laat blijken. Hieronder zijn ook te begrijpen de gevallen waarin de ondernemer wel de algemene voorwaarden heeft gekregen en daarvan kennis heeft kunnen nemen, maar deze dusdanig onopvallend, slecht leesbaar of onbegrijpelijk geformuleerd zijn dat toch sprake is van een misleidende omissie.¹²⁰

Lid 4 verklaart onder meer artikel 6:193e aanhef en onder a t/m d BW van overeenkomstige toepassing. Dat betekent dat als een zogenoemde uitnodiging tot aankoop wordt gedaan, de onder a tot en met d genoemde informatie essentieel is en dus tijdig op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze moet worden verstrekt. Die informatie betreft de voornaamste kenmerken van het product of dienst, naam, adres en woonplaats (NAW-gegevens), de prijs inclusief belastingen of de berekeningswijze daarvan en betalings- en klachtafhandelingsmodaliteiten.

De Wet acquisitiefraude bestrijkt dus niet alleen fraude, maar precontractuele B2B-handelspraktijken in ruimere zin. De acquisiteur die 'inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen' is bovendien belast met de omgekeerde bewijslast van artikel 6:195 lid 1 BW.¹²¹ De wetgever heeft daarnaast gewild dat overeenkomsten die op grond van dergelijke onrechtmatige praktijken tot stand zijn gekomen, ongeldig zijn, maar de wettekst drukt dit nergens uit.¹²²

118 Daarom is Schelhaas 2018, p. 11, nt. 13 misschien iets te kort door de bocht waar ze in essentie stelt dat de Wet acquisitiefraude niet zozeer is gebaseerd op 'groot vs klein' maar op 'gewiekst vs onoplettend'.

119 *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 3362, p. 4.

120 *Kamerstukken I* 2015/16, 33712, D, p. 9.

121 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, nr. 6, p. 7.

122 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, nr. 6, p. 8 stelt dat 'acquisitiefraude, alsook overeenkomsten welke tot stand zijn gekomen als gevolg van dergelijke praktijken, voortaan te boek zullen staan als onrechtmatig en dat bovendien hieruit volgend door een gedupeerde ondernemer bij de rechter een vruchtbaar beroep kan worden gedaan op het niet rechtsgeldig zijn van een op dergelijke wijze tot stand gekomen contract'. Vgl. hierover *GS Onrechtmatige daad*, afd. 4 Boek 6 BW, aant. 15 (Van Nispen). De vernietigingsmogelijkheid die consumenten hebben in geval van overeenkomsten tot stand gekomen onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193j lid 3 BW), staat niet open voor ondernemers. *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 3362, p. 4 suggereert overigens ook nog dat een ontbindingsmogelijkheid (sic!) bestaat.

Relatieve marktmacht

In het civiele recht zijn er leerstukken die in theorie dienst kunnen bewijzen bij relatieve marktmacht. Denkbaar is dat een weging van omstandigheden in het kader van de open norm van artikel 6:162 BW tot het oordeel kan leiden dat het uitoefenen van overmatige druk op een wederpartij om onverdiende voordelen te behalen, een contract open te breken enzovoort, onrechtmatig is. Een positie van relatieve marktmacht die tot situationele economische afhankelijkheid van de wederpartij leidt, zal daarbij allicht een relevante factor kunnen zijn. Ook bij de inhoudstoetsing van overeenkomsten is wel geopperd dat die afhankelijkheid een relevante factor kan zijn. Zo is wel gesuggereerd dat er meer ruimte moet zijn om 'ongerechtigd eenzijdige' bedingen die partijen met economisch overwicht in overeenkomsten hebben weten op te nemen, te toetsen en terzijde te stellen.¹²³

In de praktijk worden deze leerstukken maar nauwelijks aangeroepen.¹²⁴ De gevallen van economische bedreiging die de rechtszaal halen, zijn schaars. Het leerstuk misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) ligt onder een dikke laag stof, en bovendien laat de schaarse rechtspraak over dit leerstuk zien dat niet snel sprake is van misbruik van een relatieve marktmacht.¹²⁵ Een specifiek toegesneden vorm van inhoudstoetsing van overeenkomsten is er nauwelijks; bij toetsing van algemene voorwaarden is de situatie niet wezenlijk anders, zoals we hierna zullen zien.

Wel kan worden gewezen op wetgeving voor specifieke gevallen. Zo heeft de franchisenemer door de invoering van titel 7.16 BW de beschikking over iets meer tegenmacht bij de uitoefening door de franchisegever van een contractuele wijzigingsbevoegdheid. Artikel 7:921 BW stelt namelijk eisen aan die uitoefening en probeert daarmee een tegenwicht te bieden aan een te eenzijdig wijzigingsbesluit. Ook worden transparantie-eisen gesteld aan goodwillvergoeding en concurrentiebeperkingen na beëindiging van de franchise (art. 7:920 BW). Van deze wettelijke beschermingsregels kan niet ten nadele van de franchisenemer worden afgeweken.

123 Als het contract afwijkt van hetgeen gangbaar is op het desbetreffende deel van de markt (het economische overwicht weggedacht), wordt het vermoed eenzijdig te zijn, aldus Ruitinga 1982, p. 214, p. 229-231.

124 Tjittes 1994, hfdst. 4 en 5.

125 Tjittes 1994, p. 107-110; Ruitinga 1982, p. 147 e.v. Misschien is bescherming tegen misbruik nog wel het sterkst bij de beëindiging van duurovereenkomsten, waarbij de Hoge Raad volle toetsing aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid voorstaat (zie bijv. De Hoon 2005, p. 15 e.v.).

B2B-algemene voorwaarden

Bij de vraag of een beding onredelijk bezwarend is of een beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dienen *alle relevante omstandigheden* in aanmerking te worden genomen. Tussen professionele partijen toetst de Hoge Raad weliswaar terughoudend,¹²⁶ maar de hoedanigheid van partijen en dus ook het gegeven dat een kleinere partij niet gewoon is om algemene voorwaarden uit te onderhandelen en dat de implicaties van die voorwaarden mogelijk niet zonneklaar zijn voor een dergelijke partij, is wel degelijk relevant.¹²⁷ En is de wederpartij groot en deskundig, dan kan dat relevant zijn voor de bepaling of deze partij de strekking van een bepaald beding in algemene voorwaarden had moeten doorgronden en voor de mate van terughoudendheid van de toetsing.¹²⁸

Wat deze hoedanigheidstoetsing nu precies inhoudt en rechtvaardigt, is minder evident. Gaat het om relatieve tegenmacht van de wederpartij van de gebruiker, het technische of juridische kennisniveau van de wederpartij, of een andere factor die iets zegt over de vraag of de wederpartij in het volle bewustzijn van de implicaties van de algemene voorwaarden met die voorwaarden heeft ingestemd? De Hoge Raad heeft zich er tot op heden niet heel precies over hoeven uit te laten.

Wel is duidelijk dat de wet de toegang tot de inhoudstoetsing van artikel 6:233 aanhef en onder a BW ontzegt aan grote wederpartijen. Artikel 6:235 BW hanteert daarbij een absolute kwantitatieve maatstaf; als de wederpartij (a) een (rechts)persoon is die een volledige jaarrekening publiceert (of als groepsmaatschappij daarvan is vrijgesteld),¹²⁹ of (b) er vijftig of meer personen werkzaam waren bij de wederpartij, dan is zij groot en daarmee niet beschermenswaardig voor de toepassing van artikel 6:233 BW. De kwantitatieve maatstaf wordt in de literatuur terecht bekritiseerd als arbitrair;¹³⁰ ook grote ondernemingen kunnen economisch afhan-

126 HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210, NJ 1995/389 (*Matatag/de Schelde*): tussen partijen die tot bedrijfstakken behoren die regelmatig met elkaar zaken doen waarbij standaardisering door middel van het gebruik van algemene voorwaarden met exoneraties een alledaags verschijnsel is, is beroep op een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, ook als sprake is van ernstige fouten van personeel van een onderaannemer.

127 Bijv. HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783, NJ 2000/412 (*champignonkwekerij*).

128 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (*GTI/Zurich*).

129 De jaarrekening wordt doorgaans gepubliceerd door ondernemingen die aan ten minste twee van de volgende criteria voldoen: ten minste twee jaar achter elkaar activa ter waarde van € 6 miljoen of meer op de balans hebben staan, een jaarlijkse netto-omzet van € 12 miljoen of meer realiseren, gemiddeld meer dan vijftig werknemers in dienst hebben (incl. flexkrachten). Nader Wessels & Jongeneel 2017, p. 234 e.v.; Loos 2018, p. 96 e.v.

130 Bijv. Loos 2018, p. 99 e.v.; Asser/Sieburgh 6-III 2018/489; Hijma 2016, p. 83.

kelijk zijn van een gebruiker van onereuze voorwaarden, net zo goed als zij de deskundigheid kunnen missen die nodig is om de implicaties van bepaalde clausules te doorgronden. Bovendien kan via de sluiproute van artikel 6:248 lid 2 BW ook inhoudstoetsing plaatsvinden, zodat artikel 6:235 BW niet alleen arbitrair maar als het erop aankomt ook verre van sluitend is.

Het concept van reflexwerking, dat is het per analogie toepassen van de zwarte en grijze lijst in voorkomende gevallen waarin kleine professionele wederpartijen een beroep doen op de open norm van artikel 6:235 aanhef en onder a BW, wordt in de literatuur juist enthousiast omarmd.¹³¹ In de rechtspraak wordt er flink gebruik van gemaakt.¹³² De wetgever gaf hier zelf het startschot voor. De wetgever overwoog namelijk enerzijds dat het gebruik van een grijze en zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen niet wenselijk was in de context van overeenkomsten tussen ondernemingen, omdat zowel de contractvormen en de ongelijkheid tussen partijen in dat soort overeenkomsten sterk uiteenlopen, en dergelijke lijsten ook in het buitenland niet worden gebruikt.¹³³ Anderzijds achtte de wetgever positieve ‘reflexwerking’ van de lijsten via de open norm wél mogelijk.¹³⁴

Hijma maakt in dat verband een onderverdeling van soorten wederpartijen: rechtspersonen die wel of niet handelen in uitoefening van beroep of bedrijf, natuurlijke personen die in uitoefening van beroep of bedrijf, binnen of buiten het terrein van hun activiteiten handelen.¹³⁵ Hij zoekt via gevaltypische vergelijking naar analogieën en verschillen met de consument en komt zo tot een glijdende schaal, per geval toe te passen.¹³⁶ Sieburgh meent kort gezegd dat reflexwerking vooral voor de hand ligt in gevallen die zich gelet op de inhoud van de overeenkomst en op het verschil in marktpositie en deskundigheid tussen gebruiker en wederpartij, niet noemenswaardig van consumententransacties onderscheiden.¹³⁷ Loos is weliswaar gecharmeerd van de glijdende schaal van Hijma maar meent dat uit de grootte van de wederpartij en zelfs diens (on)deskundigheid nog niet zoveel over de behoefte aan bescherming tegen onre-

131 Zie bijv. Hijma 2016, p. 43 e.v. (nr. 31 e.v.); Asser/Sieburgh 6-III 2018/502-503.

132 Voor een overzicht van de rechtspraak zie Wessels & Jongeneel 2017, p. 457 e.v.; Loos 2018, p. 335 e.v. Vgl. Biemans & Castermans 2017, p. 99. Wat betreft de regeling van de oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW) wordt reflexwerking naar ‘kleine’ ondernemers tot op heden niet enthousiast omarmd, althans niet door Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884; Hof Den Bosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3054; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5566. Dat is ook wel begrijpelijk omdat voor B2B-handelspraktijken art. 6:194 BW is geschreven.

133 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1654-1655. Dit argument is inmiddels niet langer juist; zie hierna.

134 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1657.

135 Hijma 2016, p. 45 e.v. (nr. 32, al vanaf de eerste druk uit 1997).

136 Hijma 2016, p. 44.

137 Asser/Sieburgh 6-III 2018/502.

delijke bedingen kan worden afgeleid; ik begrijp hem zo dat hij reflexwerking passend acht steeds wanneer bescherming tegen een niet-onderhandeld onredelijk bezwarend beding geboden is.¹³⁸ De literatuur overziend kan worden gezegd dat rechterlijke vrijheid om individuele gevallen recht te doen, hoog in het vaandel wordt gedragen en dat de glijdende schaal hooguit als handvat wordt gezien en niet als ‘hard and fast rule’.

Het wetgevend kader is dus terughoudend als het gaat om bescherming tegen onereuze voorwaarden in B2B-rechtsverhoudingen, maar tegelijk is dat kader zo flexibel dat het die bescherming niet resoluut uitsluit. Deze tamelijk zuinige opstelling van de wetgever wijkt in verschillende opzichten af van wat inmiddels in andere landen gebeurt. Ik noem, zonder volledigheid te pretenderen, een aantal verschillen.

Duits en Belgisch recht gaan verder

Het Duitse recht hanteert een open norm voor de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen ondernemingen (§ 307 (1) jo. § 310 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). De open norm van § 307 (1) BGB bepaalt dat algemene voorwaarden krachteloos zijn indien ze de wederpartij van de gebruiker in strijd met ‘Treu und Glauben’ ongepast benadelen. § 307 (1) BGB beoogt te voorkomen dat de gebruiker van algemene voorwaarden de contractsvrijheid eenzijdig gebruikt en aldus de wederpartij ongepast benadeelt door bijvoorbeeld op ongepaste wijze risico’s te verschuiven. Met deze open norm gaat de controle op het contractuele evenwicht in algemene voorwaarden tussen ondernemers naar Duits recht tamelijk ver, misschien zelfs verder dan het Franse recht.¹³⁹ Dat blijkt bijvoorbeeld uit de *Indizwirkung* van de zwarte en grijze lijst voor consumententransacties voor de toetsing van algemene voorwaarden in B2B-overeenkomsten.¹⁴⁰ Uit de tekst van § 307 (1) BGB en de toepassing daarvan in de rechtspraak volgt bovendien dat algemene voorwaarden in B2B-overeenkomsten (a) waarin wordt afgeweken van de essentiële kerngedachte van regelendrechtelijke wetsbepalingen of (b) die maken dat het ‘bereiken van het contractsdoel in gevaar komt’, om die reden ongepaste

138 Zie Loos 2018, p. 335, nt. 20. Zie echter ook Loos 2018, p. 161, waar deskundigheid van de wederpartij wel als factor wordt genoemd die tot terughoudende inhoudstoetsing kan leiden.

139 Op specifieke punten toetst de Franse rechter echter ook redelijk indringend; zie bijv. Com. 29 juni 2010, nr. 09-11.841 (exoneraties in B2B-overeenkomsten hollen de kenmerkende verbintenis uit en zijn daarom ‘réputée non écrite’).

140 Interessant om te weten is dat Duitse ondernemers zich hebben uitgesproken voor handhaving van het huidige systeem en tegen versoering van het toetsingsregime, omdat zij menen dat alle risico’s anders bij de minst machtige detaillist terechtkomen. Zie Glöckner 2017, p. 421-422.

benadeling opleveren.¹⁴¹ Beide toetsingsgronden (a) en (b) kunnen – in theorie in elk geval – op gespannen voet staan met de contractsvrijheid en de eerste toetsingsgrond verhoudt zich mogelijk minder goed met het idee van (veel) regelendrechtelijke bepalingen, te weten een regel om terug te vallen als niet(s) anders is afgesproken.¹⁴² In de literatuur is mede daarom wel bepleit dat § 307 BGB in de verhouding tussen ondernemers met name ingezet zou moeten worden wanneer de gebruiker een mate van marktmacht heeft die maakt dat de wederpartij economisch afhankelijk is van de gebruiker.¹⁴³

In België ging men nog een stap verder. Sinds december 2020 kent de WER een aantal algemene voorschriften voor overeenkomsten tussen ondernemingen.¹⁴⁴ De wetgever liet zich daarbij inspireren door het regime van Richtlijn 93/13/EEG.¹⁴⁵ Artikel VI.91/3 WER maakt inhoudstoetsing van contracten mogelijk en bepaalt dat een ‘kennelijk onevenwicht’ tussen de rechten en plichten van partijen niet is toegestaan:

‘§ 1. Voor de toepassing van deze titel is elk beding van een overeenkomst gesloten tussen ondernemingen dat, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen, onrechtmatig.

§ 2. Voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding van een overeenkomst worden alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter wordt tevens rekening gehouden met het in artikel VI.91/2, eerste lid, bepaalde vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.

141 Bijv. BGH 19 januari 1984, VII ZR 220/82, BGHZ 89/363 (toetsing contractuele limitering tot grove schuld); BGH 26 januari 1993, X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560 (uitsluiting aansprakelijkheid behalve bij grove schuld); BGH 10 oktober 2013, VII ZR 19/12, NJW 2014/206 (contractueel verkorten van verjaringstermijn niet aanvaardbaar); BGH 20 maart 2014, VII ZR 248/13, BGHZ 200/326 (de toetsing kan niet contractueel worden uitgesloten).

142 De eerste toetsingsgrond geldt in wezen ook naar Nederlands recht, nu bij de inhoudstoetsing aan de open norm van art. 6:233 BW aandacht geschonken moet worden aan de vraag of het beding op onredelijk bezwarende wijze afwijkt van hetgeen anders – het beding weggedacht – zou hebben gegolden (aldus Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1579); vgl. Loos 2018, p. 162. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 (T./Dexia), herhaald in o.m. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (Euribor-renteopslag), maakt hier van dat ‘met name’ met regelend recht moet worden vergeleken. Ik heb mij verzet tegen het idee dat regelend recht doorslaggevend zou moeten zijn; zie Van Boom 2020a, p. 108.

143 Vgl. De Pourcq 2018, p. 166-167, p. 225 e.v., p. 278 e.v.

144 Nader Terryn 2020, p. 2 e.v.; Claeys & Tanghe 2019, p. 323 e.v.; 363 e.v.

145 Devroe e.a. 2020, p. 97.

De beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren producten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.'

Elk onrechtmatig beding is verboden en nietig, maar de overeenkomst blijft bindend voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan blijven voortbestaan, aldus art. VI.91/6 WER.

De toetsing van 'kennelijke onevenwicht' geschiedt contextueel, dat wil zeggen met inachtneming van alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst,¹⁴⁶ handelsgebruiken, de andere bedingen van de overeenkomst, eventuele samenhangende contracten, de duidelijkheid en begrijpelijkheid van het betreffende beding, en wat tussen partijen zou gelden zónder het beding.¹⁴⁷ Daarenboven dient de 'algemene economie' van de transactie te worden gewogen – dat is het door partijen nagestreefde evenwicht – en blijft toetsing van kernbedingen en de gelijkwaardigheid van prijs en prestatie buiten beschouwing.¹⁴⁸

Naast deze open norm kent de wet een zwarte en grijze lijst.¹⁴⁹ Zonder meer onrechtmatig (art. VI.91/4 WER) zijn bedingen die ertoe strekken:

- 1° *te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de andere partij terwijl de uitvoering van de prestaties van de onderneming onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil;*
- 2° *de onderneming het eenzijdige recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;*
- 3° *in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming;*
- 4° *op onweerlegbare wijze de kennisname of de aanvaarding van de andere partij vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst.'*

¹⁴⁶ De toetsing is dus 'ex tunc'; Devroe e.a. 2020, p. 108.

¹⁴⁷ Dat laatste aspect is te herleiden tot de totstandkomingsgeschiedenis van art. VI.91.3 WER; zie Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 387. Zie ook het 'grijze' beding genoemd in art. VI.91.5 onder 4. Als de overeenkomst wezenlijke verplichtingen uitholt die normaal gesproken op een van partijen zou hebben gerust, is dat een aanwijzing voor het bestaan van 'onevenwicht', zij het dat er wel degelijk een gerechtvaardigd belang kan zijn bij afwijking van regeland recht; Devroe e.a. 2020, p. 112; p. 115-116.

¹⁴⁸ Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 385; Devroe e.a. 2020, p. 99-101, p. 111-112.

¹⁴⁹ Kritisch over de implicaties Terry 2020, p. 4. Zij voorziet meer rechtsonzekerheid.

Interessant is het verbod op bedingen die een van de partijen een exclusief recht op uitleg van de voorwaarden geven (onder 2); hiermee wordt ook het formuleren van vage clausules met ruime bevoegdheden voor die partij geblokkeerd.¹⁵⁰

Behoudens bewijs van het tegendeel worden vermoed onrechtmatig te zijn (art. VI.91/5 WER) de bedingen die ertoe strekken:

- 1° *de onderneming het recht te verlenen om zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen;*
- 2° *een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend te verlengen of te vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;*
- 3° *zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust;*
- 4° *op ongepaste wijze de wettelijke rechten van een partij uit te sluiten of te beperken in geval van volledige of gedeelde wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de andere onderneming van een van haar contractuele verplichtingen;*
- 5° *onverminderd artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de partijen te verbinden zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;*
- 6° *de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken;*
- 7° *de bewijsmiddelen waarop de andere partij een beroep kan doen te beperken;*
- 8° *in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de andere partij, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die kennelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden.'*

In deze lijst valt op dat bepaalde exonerationebedingen (onder 6), bewijsmiddelenbeperkingen (onder 7) en excessieve boetebedingen (onder 8) onder verdenking staan. Ook bedingen die het economische risico verleggen zonder tegenprestatie zijn verdacht (onder 3); het vermoeden kan echter worden weerlegd als de verlegging is ingecalculeerd in de prijs.¹⁵¹ In het algemeen valt natuurlijk op dat er een grijze en zwarte lijst is opgenomen voor toetsing van algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen ondernemingen, waar Duits en Nederlands recht het gebruik van lijsten alleen hebben ingevoerd voor overeenkomsten met consumenten als wederpartij.

Overigens stelt de WER ook eisen aan de transparantie van gebruikte voorwaarden. Artikel VI.91/2 WER bepaalt dat schriftelijke bedingen in een overeenkomst tussen ondernemingen duidelijk en begrijpelijk moeten

¹⁵⁰ Devroe e.a. 2020, p. 114.

¹⁵¹ Devroe e.a. 2020, p. 109-110; Claeys & Tanghe 2019, p. 339.

zijn opgesteld; interpretatie kan mede geschieden aan de hand van rechtstreeks verband houdende marktpraktijken. De verwachting is dat daarbij ook getoetst kan worden aan begrijpelijkheid van de economische gevolgen, zoals dat ook bij B2C-contracten geschiedt.¹⁵² Artikel VI.91/3 WER geeft aan dat bij de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding rekening dient te worden gehouden met het vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.

B. Casestudies

4. Contracteerpraktijken in de agrifood sector

4.1 Aanleiding¹⁵³

De voedselindustrie bestaat uit grote en kleine marktactoren. Kleine toeleveranciers die tegenover grote afnemers staan met inkoopmacht, hebben weinig te kiezen. Met name agrariërs zitten in de hoek waar klappen vallen, onder meer door het feit dat hun afnemers relatieve marktmacht (inkoopmacht) hebben. Zo staan supermarktketens bekend als scherpe onderhandelaars. Deze ketens zijn onderling sterk concurrerend en hebben elk tegenover kleinere leveranciers relatieve inkoopmacht.¹⁵⁴ De schaalvoordelen van dit soort grote ketens voor consumenten, zoals de mogelijkheid om lage inkooprijzen te bedingen bij hun toeleveranciers, hebben een schaduwzijde: deze toeleveranciers staan constant onder druk om tegen lagere prijzen te leveren en om risico's voor hun rekening te nemen die eigenlijk niet bij hen thuishoren. Die druk mogen zij niet wegnemen door bijvoorbeeld prijskartels te vormen: producenten van landbouwproducten moeten zélf hun prijzen individueel vaststellen.¹⁵⁵ Voor de consument is die inkoopmacht van supermarkten goed zolang concurrentie tussen supermarkten dwingt deze voordelen door te geven aan de consument. Voor toeleveranciers is het minder prettig.¹⁵⁶ Een toeleverancier zal

152 Devroe e.a. 2020, p. 105; Claey's & Tanghe 2019, p. 327-328. Zie voor de invulling van het transparantievereiste bij consumententransacties HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kasler).

153 Delen van par. 4 zijn ontleend aan Van Boom 2018, p. 277 e.v.

154 Nadere verwijzingen bij De Pourcq 2018, p. 10-11; Van Boom 2018, p. 277 e.v.

155 Zie bijv. de beboeting in 2012 van het 'zilveruienkartel' door de ACM (boetebesluit 25 mei 2012 (6964-1/230)); de boete werd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in stand gelaten (CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56). Over wat leveranciers mededingingsrechtelijk wél mogen qua samenwerking, zie het rapport 'Positie primaire producent in de keten – samenwerking en prijsvorming', Universiteit Wageningen 2018, p. 44 e.v. Vgl. 'Samenwerking boeren moet mogelijk zijn', FD 15 mei 2019.

156 Zie over inkoopmacht bijv. *Visiedocument Inkoopmacht*, NMa 2004; *OECD Roundtable Monopsony and Buyer Power*, OECD 2008.

zekerheid willen door middel van een zekere looptijd van overeenkomsten en liefst ook een vaste of voorspelbare prijs. Supermarktketens proberen soms, zo wordt wel geklaagd, een lopende overeenkomst open te breken om de prijs, betalingstermijnen of andere voorwaarden te heronderhandelen.¹⁵⁷

Ingewikkeld bij dit soort praktijken is dat een toeleverancier misschien juridisch gezien sterk staat en naar de rechter zou kunnen gaan om nakoming van de overeenkomst te eisen, maar feitelijk zijn positie veel minder sterk is omdat er maar weinig alternatieve afnemers zijn en ze *allemaal* de kosten willen drukken en risico's verplaatsen naar de economisch zwakkere wederpartij. De zaak juridisch hoog opspelen levert dan op de lange termijn weinig op omdat het risico van *delisting* dreigt, dat wil zeggen het risico van toegevoegd worden aan de zwarte lijst van lastpakken met wie niet meer wordt gecontracteerd.

Tegen deze achtergrond werden in binnen- en buitenland al gedurende langere tijd oplossingen gezocht. Soms geschiedde dat in de vorm van zelfregulering door middel van gedragscodes en soms in de vorm van overheidstoezicht op handelspraktijken van supermarktketens en andere afnemers met relatieve marktmacht. Ook in ons land werd zelfregulering beproefd in de vorm van een klachtenregeling, maar of het uitblijven van klachten nu toegeschreven moest worden aan naleving of terughoudendheid om klachten in te dienen, bleef in het vage.¹⁵⁸

Ook op Europees niveau was er al langer aandacht voor deze problematiek. Zo stelt Verordening 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten eisen aan contractvorm en -voorwaarden. Zo geschiedt de verkoop van suikerbieten door telers aan suikerproducenten onder voorwaarden die sectoraal zijn vastgesteld en op schrift zijn gesteld (art. 125); de verkoop van rauwe melk door een landbouwer aan een verwerker wordt op schrift gesteld en de prijsberekening is aan voorwaarden onderworpen (art. 148). En indien een lidstaat in andere sectoren als eis stelt dat het contract op schrift moet worden gesteld, dan gelden een aantal minimumvoorwaarden voor onder andere prijsberekening en moeten looptijd en betalingsvoorwaarden worden geëxpliciteerd (art. 168). Met Richtlijn 2019/633 is een volgende, meer generieke stap gezet om markttransparantie te vergroten, de ongelijkheid van onderhandelingsmacht te compenseren en om oneerlijke handelspraktijken uit te bannen. De richtlijn bouwt voort op verschillende zelfreguleringsinitiatieven.¹⁵⁹

157 Voor een analyse van de problematiek zie bijv. De Hoon & Van Doorn 2013, p. 223 e.v.

158 Zie nader, met verdere verwijzingen, Van Boom 2018, p. 277 e.v.

159 Zie voor een overzicht van de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn bijv. De Pourcq 2018, p. 51 e.v.; Schebesta e.a. 2018, p. 690 e.v.

4.2 Richtlijn 2019/633

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (2019/633) beperkt zich tot praktijken die zich voordoen bij de verkoop van landbouw- en voedingsproducten door kleine leveranciers aan grote afnemers.¹⁶⁰ De begrippen *klein* en *groot* zijn aan elkaar gerelateerd; zo is bijvoorbeeld een leverancier klein als de jaarlijkse omzet niet meer dan € 2 miljoen bedraagt terwijl die van de grote afnemer meer dan € 2 miljoen bedraagt.¹⁶¹ De richtlijn moet zo worden omgezet dat de dwingende regels steeds van toepassing zijn als afnemer of leverancier of beiden in de EU zijn gevestigd, ongeacht het op hun overeenkomst toepasselijke recht.¹⁶² De richtlijn betreft minimumharmonisatie.¹⁶³

De richtlijn kent geen open norm zoals te vinden is in artikel 5 Richtlijn OHP, maar verbiedt heel concreet de volgende praktijken als zijnde oneerlijk (art. 3 lid 1):

- betaling later dan dertig resp. zestig dagen na kort gezegd levering;
- annuleren op te korte termijn van bestelling van bederfelijke waar; minder dan dertig dagen voor levering is in beginsel een te korte termijn;
- eenzijdige wijziging van de contractsvoorwaarden verband houdende met frequentie, methode, plaats, timing of volume, kwaliteitsnormen, betalingsvoorwaarden, prijzen of nadere voorwaarden;
- verlangen van betalingen die geen verband houden met de verkoop;¹⁶⁴
- verlangen van betaling voor bederf of verlies dat zich na aflevering bij de afnemer voordoet en dat niet aan een tekortkoming van de leverancier is toe te schrijven;

160 Art. 1 lid 2 Richtlijn 2019/633 verwijst naar aanbeveling 2003/361 voor nadere regels ter bepaling van de omzet. Voor het begrip landbouw- en voedingsproducten wordt verwezen naar Bijlage I bij het VWEU, maar art. 2 aanhef en onder 1 Richtlijn 2019/633 begrijpt er ook tot eindproduct verwerkte producten onder. Dat betekent dat ook producenten die landbouwproducten tot eindproduct hebben verwerkt, onder het beschermingsbereik van de richtlijn kunnen vallen.

161 Resp. 2-10 miljoen tegenover > 10 miljoen; 10-50 miljoen tegenover > 50 miljoen; 50-150 miljoen tegenover > 150 miljoen; 150-350 miljoen tegenover > 350 miljoen. Zie art. 1 lid 2 Richtlijn 2019/633; daarover Daskalova 2019, p. 282-283; Devroe e.a. 2020, p. 202-204. Een absolute maatstaf voor 'klein', zoals bijvoorbeeld wordt gebruikt in art. 6:233 lid 1 BW, werd niet geschikt geacht; zie Keirsbilck & Terryn 2020, p. 90.

162 Art. 1 lid 2 jo. lid 4 Richtlijn 2019/633. Over aspecten betreffende internationaalrecht privaatrecht (IPR) zie bijv. Devroe e.a. 2020, p. 233-236. Vgl. ook nog art. 7:922 BW (franchise) voor een ander voorbeeld van B2B-beschermingsrecht dat van openbare orde is: als de franchisenemer in Nederland is gevestigd, gelden de regels van titel 7.16 BW ongeacht welk recht van toepassing is op de franchiseovereenkomst.

163 Art. 1 en 9 Richtlijn 2019/633.

164 Daskalova 2019, p. 291 laat mooi zien dat dergelijke praktijken onder art. 102 VWEU ook al verdacht zijn.

- weigering om de contractvoorwaarden op schrift te stellen;
- onrechtmatige verkrijging of openbaarmaking van bedrijfsgeheimen van de leverancier;
- dreigen met of overgaan tot commerciële vergeldingsmaatregel (zoals ‘de-listing’) indien de leverancier zijn rechten uitoefent, een klacht indient of samenwerkt met de autoriteiten;
- verlangen van een vergoeding voor kosten van onderzoek naar klachten van klanten.

Deze praktijken worden wel aangeduid als de zwarte lijst.¹⁶⁵ Daarnaast is er ook een grijze lijst: dat zijn de praktijken die volgens de richtlijn verboden zijn *tenzij* deze op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn overeengekomen tussen leverancier en afnemer (art. 3 lid 2):

- het retourneren van onverkochte producten zonder betaling;
- het verlangen van een vergoeding voor opslag, uitstallen, opnemen in het assortiment;
- het verlangen van kortingen in het kader van een promotieactie van de afnemer, tenzij de afnemer de periode en verwachte hoeveelheden af te nemen producten specificeert;
- het verlangen van betaling voor het maken van reclame en marketing voor de producten;
- het verlangen van betaling voor het inrichten van de verkoopp ruimten.

Steeds is de afnemer verplicht desgevraagd een schriftelijke raming en onderbouwing van het te betalen bedrag te verschaffen (art. 3 lid 3).

De lidstaten dienen een handhavingsautoriteit aan te wijzen, die klachten in ontvangst kan nemen en onderzoeken en die zonodig tot verbodsacties en beboeting kan overgaan.¹⁶⁶ De klachten kunnen van leveranciers maar ook van organisaties met een rechtmatig belang bij de vertegenwoordiging van leveranciers afkomstig zijn; de autoriteit moet desgevraagd de identiteit van de klager geheim houden. Lidstaten kunnen ook ADR zoals bemiddeling stimuleren.

4.3 Kanttekeningen

Een aantal aspecten van de richtlijn valt op. De richtlijn houdt zich bezig met praktijken, maar onder dat begrip is ook te begrijpen het bedingen van en het beroep doen op *overeengekomen* contractclausules. Onder de verboden praktijken staat zelfs het bedingen van een betaling die geen verband houdt met de verkoop (art. 3 lid 1 onder d Richtlijn), en dat lijkt

¹⁶⁵ Zie nader over de ‘zwarte lijst’ Devroe e.a. 2020, p. 209 e.v.

¹⁶⁶ Zie art. 4-6 Richtlijn 2019/633.

zelfs de toetsing van de redelijkheid van een (opgeknijpte) prijs mogelijk te maken. Een generieke betaling voor ‘administratiekosten’ of voor ‘de fijne samenwerking’ (ook wel *fringe benefits* genoemd) is dus niet toegestaan.¹⁶⁷

Een vergelijking met Duits en Frans recht laat zien dat in die landen de regels nog wat verder gaan. Zo gaat artikel L 442-1-I, 1^o Code Commerce een stap verder: een partij die van de wederpartij een prestatie bedingt of probeert te ontvangen die op geen enkele wijze correspondeert met een tegenprestatie of die onmiskenbaar disproportioneel is gezien de afgesproken tegenprestatie, is aansprakelijk en tot schadevergoeding verplicht. Ook het Duitse recht gaat nog een stapje verder, waar het als misbruik beschouwt wanneer een partij met relatieve marktmacht van een wederpartij betalingen of voorwaarden eist die afwijken van hetgeen hoogstwaarschijnlijk in een normaal functionerende markt zou zijn bedongen (§ 19 Abs. 2 (2) jo. 20 Abs. 2 GWB). Bovendien is het eisen van onzakelijke voordelen zonder tegenprestatie evenzeer verboden (§ 19 Abs. 2 (5) jo. 20 Abs. 2 GWB).¹⁶⁸ Let wel: zowel de Franse als Duitse regelingen zijn generiek van aard en zijn dus niet alleen op de agrifoodsector van toepassing.

De richtlijn doet algemener de vraag rijzen wat de verhouding is met het overeenkomstenrecht. De richtlijn bepaalt daar niets over. Sinds *Perenica* (2012) was wel al duidelijk dat de rechter de kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk mag betrekken in zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument,¹⁶⁹ maar of het EU-recht nu ook eist dat het nationale recht contractenrechtelijke gevolgen verbindt aan de niet-naleving van de gedragsnormen die in Richtlijn 2019/633 besloten liggen, is niet duidelijk.¹⁷⁰ Zou bijvoorbeeld een kostenbeding in een overeenkomst moeten kunnen worden getoetst op ‘duidelijkheid en ondubbelzinnigheid’, en welke maatstaf geldt daarbij? In artikel 6:238 lid 2 BW is bepaald dat de bedingen die worden gebruikt in de algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld, het transparantiegebod. In hetzelfde lid 2 staat ook dat bij twijfel over de betekenis van een beding, de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert, de contra-proferentemregel, de uitleg in het nadeel van de opsteller. Het transparantiegebod ziet niet alleen op taalgebruik en zinsbouw, maar ook op de consequenties van het betreffende beding. In *Euribor* (2019) zegt de Hoge Raad het zo:

‘Het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13 brengt mee dat het transparantievereiste ruim moet worden opgevat. Het gebiedt onder meer dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en,

167 Zie Keirsbilck & Terryn 2020, p. 48-49.

168 Keirsbilck & Terryn 2020, p. 101-103.

169 HvJ EU 15 maart 2012, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144 (*Pereničová en Perenič/SOS financ*).

170 Keirsbilck & Terryn 2020, p. 41-42.

in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, kan inschatten.¹⁷¹

Het ligt voor de hand dat deze maatstaf die ziet op duidelijkheid en ondubbelzinnigheid in overeenkomsten met consumenten per analogie wordt toegepast op de gevallen die worden bestreken door Richtlijn 2019/633.¹⁷²

De vervolgvraag is wat de civielrechtelijke sanctionering is van een beding dat niet duidelijk en ondubbelzinnig is. Gedacht kan worden aan toepassing van de bovengenoemde contra-proferentemregel, hoewel die volgens gangbare opvattingen buiten het consumentenrecht slechts een gezichtspunt oplevert. Het feit dat een beding niet voldoet aan het transparantiegebod als zodanig is in de consumentencontext een indicatie dat het beding onredelijk bezwarend is.¹⁷³ In de context van artikel 3 lid 2 Richtlijn 2019/633 is waarschijnlijker dat het betreffende beding geen werking mag toekomen.

Artikel 3 lid 1 Richtlijn 2019/633 verbiedt eenzijdige wijziging van de voorwaarden van een leveringsovereenkomst met betrekking tot de kernprestaties; onduidelijk is of daarmee ook een beding verboden is dat de afnemer bevoegd maakt om eenzijdig te wijzigen. Vaak worden dergelijke eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in algemene zin wel toegestaan, zij het dat de gronden voor wijziging vaak benoemd moeten worden en toetsing van de uitoefening van de bevoegdheid kan plaatsvinden.¹⁷⁴ Wat wel is toegestaan, is dat de afnemer de bevoegdheid wordt gegeven om een concreet element van de transactie met betrekking tot toekomstige bestellingen in een later stadium te bepalen, zoals hoeveelheden.¹⁷⁵

171 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-renteopslag*), r.o. 3.4. De Hoge Raad baseert zich op en verwijst (t.a.p., nt. 11) naar HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, r.o. 44-48 (*Andriuc/Banca Românească*); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 43 e.v. (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*). Zie bijv. ook HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kasler*). Vgl. Pavillon, preadvies, par. 3.1.

172 Dat het begrippenpaar 'duidelijk en ondubbelzinnig' aan een opmars bezig is, blijkt ook uit art. 12 lid 1 DSA.

173 Zie bijv. HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, r.o. 68 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*). Vgl. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 3.4 (*Euribor-renteopslag*). Zie nader Loos 2018, p. 226.

174 Voor dergelijke bedingen in overeenkomsten met consumenten zie bijv. de Bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG onder punt (j): de wijzigingsbevoegdheid moet een geldige, in de overeenkomst vermelde reden betreffen.

175 Preambule 21; vgl. Daskalova 2019, p. 290.

Ten slotte nog een aantal opmerkingen over de betalingstermijnen. Voor afnemers met marktmacht is lang wachten met betalen gewoon een manier om onvrijwillige kredietverlening door leveranciers te bewerkstelligen. Aan die praktijken was al paal en perk gesteld door artikel 6:119a BW.¹⁷⁶ Sinds de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU (betalingsachterstanden) in artikel 6:119a BW was de betalingstermijn in beginsel dertig dagen;¹⁷⁷ de wet laat in lid 5 de mogelijkheid open om zestig dagen af te spreken en zelfs om onder voorwaarden een nog langere termijn overeen te komen.¹⁷⁸ In 2017 werd echter een nieuw lid 6 opgenomen dat bepaalt dat grote schuldenaren tegenover kleine schuldeisers niet meer dan zestig dagen betalingsuitstel kunnen bedingen.¹⁷⁹ Dit lid 6 was expliciet bedoeld als bescherming van mkb'ers tegenover machtiger wederpartijen. In de praktijk leidde artikel 6:119a BW echter tot een onbedoeld *anker effect*: de zestig dagen werd in veel gevallen de regel, terwijl de termijn bedoeld was als uitzondering.¹⁸⁰ Het regime van Richtlijn 2019/633 is iets strenger. Leveranciers die binnen het bereik van Richtlijn 2019/633 vallen, kunnen altijd en ongeacht een andersluidende afspraak een beroep doen op een dertigdagentermijn als het gaat om de betaling van *bederfelijke* landbouw- en voedingsproducten, en op een zestigdagentermijn voor wat betreft andere landbouw- en voedingsproducten.¹⁸¹

Intussen is daarmee het probleem dat zestig dagen als *ankerpunt* is gaan fungeren, ook tegenover mkb'ers die onvrijwillig kredietgever zijn voor grotere wederpartijen, niet verholpen. En er is geen goede grond te verzinnen waarom kleine leveranciers van *non-food* die contracteren met grote bouwmarktketens of meubelwinkels, langer op betaling zouden moeten wachten dan leveranciers van voedselproducten. In maart 2021 werd daarom, mede op aandringen van MKB-Nederland, wetsvoorstel 35769

176 Art. 6:119a BW is een uitvloeisel van de eerste Richtlijn betaaltermijnen, Richtlijn 2000/35/EG, die vervolgens werd aangescherpt door Richtlijn 2011/7/EU. Voor het motief om mkb'ers te beschermen tegen de slechte betalingsmoraal van machtiger wederpartijen, zie reeds de preambule bij Richtlijn 2000/35/EG, overweging 7-9. Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33171, nr. 3, p. 1 e.v., waarover Biemans & Castermans 2017, p. 100-101.

177 Wet van 13 december 2012 (*Stb.* 2012, 647).

178 Art. 6:119a lid 5 BW eist dat de overeengekomen termijn 'niet kennelijk onbillijk is' tegenover de schuldeiser. Volgens de wetgever mag de termijn niet in algemene voorwaarden worden verlengd; die langere termijn moet dus kennelijk expliciet uitonderhandeld zijn. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 33171, nr. 6, p. 1-2. De wettekst stelt die eis niet.

179 Wet van 18 april 2017 (*Stb.* 2017, 710) (initiatief-wet van de Kamerleden Mulder en Vos).

180 *Kamerstukken II* 2020/21, 35769, nr. 3, p. 5.

181 Voor wat betreft de aanvang van de termijn spreek ik korthedshalve van het moment van levering, maar art. 3 lid 1 aanhef en onder a Richtlijn 2019/633 geeft een subtielere regeling (zie art. 2 lid 1 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen), die ik gemakshalve buiten beschouwing laat.

ingediend dat ertoe strekt om in artikel 6:119a lid 6 BW zestig dagen te vervangen door dertig dagen. Het gevolg van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal zijn dat kleine ondernemingen tegenover grote ondernemingen niet langer dan dertig dagen op hun geld zouden moeten wachten.¹⁸² Elke afstemming tussen dit wetsvoorstel en de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen ontbreekt.

4.4 Implementatie: Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen

Richtlijn 2019/633 is geïmplementeerd door invoering van de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Deze wet trad in werking per 1 november 2021.¹⁸³ De wet is een losstaande wet, waarin de ACM als toezichthouder is aangewezen. Eerder had ik voorspeld dat de richtlijn (ook) in het BW zou worden geïmplementeerd,¹⁸⁴ maar die voorspelling is dus niet uitgekomen.

Waar de richtlijn spreekt over verboden handelspraktijken, spreekt de wet over *onrechtmatige* handelingen van een afnemer tegenover een leverancier. Aangenomen mag worden dat dit overeenkomt met het begrip onrechtmatig in artikel 6:162 BW.¹⁸⁵ De wet blijft dicht bij de richtlijn. Artikel 2 somt de oneerlijke handelspraktijken op die in artikel 3 lid 1 van de richtlijn staan. Artikel 3 noemt de praktijken die volgens artikel 3 lid 3 van de richtlijn oneerlijk zijn als ze niet 'duidelijk en ondubbelzinnig' zijn overeengekomen; de wet stelt als additionele eis dat de overeenkomst schriftelijk is vastgelegd.

De opvallendste aspecten van de wet zijn handhavingskwesties. Ik noem er twee.

Allereerst de instelling van een ADR-instantie die de richtlijn toestaat (maar niet vereist). Een ADR-oplossing past in eerder Nederlands beleid.¹⁸⁶ Vandaar dat de wet het mogelijk maakt een geschillencommissie in te stellen. De grondslag die de wet daarvoor geeft, is echter mager. Artikel 6 bepaalt slechts dat de minister een commissie kan aanwijzen die belast is met het beslechten van geschillen tussen afnemers en leveranciers inzake

182 *Kamerstukken II* 2020/21, 35769 (Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verkorten van de wettelijke betaaltermijn tot 30 dagen).

183 *Stb.* 2021, 178; i.w.tr. KB 26 mei 2021, *Stb.* 2021, 260. Een kort overzicht van de wet wordt gegeven door Bijloo 2021, p. 5 e.v.

184 Van Boom 2018, p. 282.

185 De wet zegt er verder niets over; *Kamerstukken II* 2020/21, 35642, nr. 3, p. 13 lijkt de bedoelde samenloop te suggereren.

186 Zie voor de klachtenregeling *Gedragscode Eerlijke Handelspraktijken Agrofood* Van Boom 2018, p. 278.

de oneerlijke praktijken die de wet bestrijkt, dat afnemers geacht worden aangesloten te zijn bij deze commissie en dat uitspraken van de commissie bindend zijn voor beide partijen, tenzij een van partijen binnen drie maanden na de uitspraak het geschil aan de rechter voorlegt. De wettekst zegt het niet, maar de bedoeling is dat de leverancier de vrije keuze heeft om een geschil niet voor te leggen aan deze commissie maar gewoon naar de burgerlijke rechter te gaan.¹⁸⁷ De afnemer kan zich niet onttrekken aan de procedure, hij wordt immers geacht aangesloten te zijn bij de geschillencommissie. De wet bepaalt niets over (de vaststelling van) de werkwijze van de commissie, de status van hun uitspraken (zijn het bindende adviezen vergelijkbaar met art. 7:900 BW?), de rechtswaarborgen rondom oproeping, procedure- en bewijsregels, betekening of iets dergelijks van het advies, helemaal niets. De aansluiting van rechtswege van de afnemers zorgt er in ieder geval voor dat een betrokken afnemer zich niet kan onttrekken aan de procedure, maar die procedure is dus niet in wetgeving verankerd. Het is wetgevend broddelwerk dat op gespannen voet staat met artikel 17 en artikel 112 lid 1 Gw.¹⁸⁸ Beter was het geweest om naar Frans en Belgisch voorbeeld een commissie in te stellen die niet-bindende maar wel gezaghebbende uitspraken kan doen.

De tweede kwestie betreft de aanwijzing van de ACM als toezichthouder, met bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Deze aanwijzing geeft een interessante mix van bestuursrecht en civiel recht. De leverancier die zich klaagt bij de ACM over gedragingen van een afnemer, kan profiteren van de inzet door de ACM van bestuursrechtelijke middelen tot bewijsgaring en sanctionering. In theorie kan een leverancier vervolgens een civiele vordering instellen, maar dat zal niet snel gebeuren. Er kan namelijk angst bestaan voor vergeldingsmaatregelen (dit wordt wel de *fear factor* genoemd), hoewel die verboden zijn. Waarschijnlijker is dat leveranciers in veel gevallen het conflict niet verder op de spits willen drijven, of juist zullen proberen om voorbij het individuele conflict te geraken door collectief tegenmacht te organiseren.

Een vergelijkbare benadering zien we bij Platformverordening 2019/1150, waar we hierna in paragraaf 5.3 naar zullen kijken. Ook bij geschillen tussen een digitaal platform en een bedrijfsmatig gebruiker die economisch afhankelijk is van het platform, kan de *fear factor* belemmerend werken. Vandaar dat de verordening omstandig

187 *Kamerstukken II 2020/21*, 35642, nr. 3, p. 13. Daarmee is m.i. ook gegeven dat de leverancier geen tegenvorderingen kan instellen bij de geschillencommissie.

188 Zie voor de inbedding van ADR in het consumentenrecht de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting (*Stb.* 2015, 160) en bijv. voor het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) art. 4.17 Wet op het financieel toezicht (Wft), uitgewerkt in art. 39 e.v. Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

transparante en toegankelijke geschillenbeslechtsingsmechanismen en bemiddeling aanmoedigt (art. 12, 13) én belangenorganisaties met een rechtmatig belang een collectieve procesbevoegdheid geeft (art. 14). In dit opzicht lijken de Platformverordening en Richtlijn 2019/633 dus op elkaar.

5. Marktmacht van digitale platforms

5.1 Verstorende nieuwkomers

Een heel andere sector dan de agrifoodsector is die van de digitale platforms. Op het eerste gezicht hebben ze misschien weinig gemeen, maar toch zijn er overeenkomsten: daar waar platforms een economische machtspositie of relatieve marktmacht hebben ten opzichte van ondernemers die het platform nodig hebben voor hun bedrijfsactiviteiten, ontstaan vergelijkbare spanningen en doen zich praktijken voor die zich in abstracto laten vergelijken met die welke in de agrifoodsector tot regulering hebben geleid. Daarom is het relevant om te bekijken wat de ontwikkelingen bij digitale platforms zijn.

Nieuwe technologie kan verstorend werken op gevestigde belangen. Zoals de diligence en trekschuit hun omzet zagen kelderen toen de stoomtrein werd geïntroduceerd, kampen hotels en taxibedrijven met digitale platforms AirBNB en Uber. Een eerste reactie van economen zou goedkeurend zijn, vernieuwing is immers als creatieve destructie een van de hoekstenen van de markteconomie. Veel van deze nieuwkomers zijn de afgelopen jaren verwelkomd als ‘disruptief innovatief’, ‘*consumer empowerment*’ of onderdeel van de ‘deeleconomie’, die overigens een einde zou maken aan eigendom,¹⁸⁹ terwijl de gevestigde orde zich beklagde over het agressieve gedrag van de nieuwkomers die zich weinig aantrokken van wetten en regels die de mededinging geleiden.¹⁹⁰ Digitale platforms (ook wel: online- of techplatforms) zijn verstorende nieuwkomers, zoveel is duidelijk.

Het begrip ‘platform’ wordt losjes gebruikt. Het kan gaan om een marktplaats waar vraag en aanbod samenkomen op een manier die eerder niet bestond (tweezijdige markten, bijv. intermediaire transactieplatforms zoals Airbnb, Uber, maar ook

189 In de categorie ‘geroeptoeter’ bijv. Kreiczer-Levy 2019, dat bol staat van dit soort ronkende oneliners (bijv. p. 3: ‘eigendom als bron van stabiele duurrelaties wordt minder belangrijk’, p. 164 ‘het verval van stabiliteit van eigendom’ en zo verder; terwijl de auteur tussen de regels toegeeft dat veel juridische regels hetzelfde zullen blijven én op het fundament van eigendom zijn gebouwd; bijv. p. 80, p. 96).

190 Bijv. ‘Airbnb brengt hotelmarkt in Maastricht gevoelige klap toe’, *FD* 8 augustus 2018. Over het beschikbare economische bewijs inzake voor- en nadelen van platforms bijv. Behrens & Witteman 2019.

vergelijkingssites),¹⁹¹ om een sociaal netwerk (bijv. Facebook), maar het begrip wordt ook gebruikt om gewoon onlinewinkels aan te duiden die digitale inhoud via een applicatie aanbieden of zelfs om een voorportaal voor verkoop van zaken of *stoffelijke* dienstverlening aan te bieden.¹⁹²

Succesvolle digitale platforms hebben gemeen dat ze veelal via mobiele applicaties op een nieuwe manier vraag en aanbod bij elkaar brengen en/of of een innovatief product weten te bieden dat consumenten aanspreekt. Een aantal van deze bedrijven is uitgegroeid tot een essentieel *schakelbord* in onze digitale infrastructuur,¹⁹³ bijvoorbeeld omdat ze erin zijn geslaagd om op ongekende schaal informatie om te zetten tot gepersonaliseerde profielen en zodoende informatie op een ongekende schaal hebben gemonopoliseerd.¹⁹⁴

Een succesvol platform weet als *first mover* economische macht te creëren en consolideren,¹⁹⁵ vaak door te sturen op hypergroei, zonodig door middel van dumprijzen (of door aanvankelijk gratis diensten aan te bieden), grote *Research and Development* (R&D)-investeringen, overnames en (dus) enorme aanloopverliezen of durfkapitaal-

191 Van Dijck e.a. 2016, p. 11. In privaatrechtelijke zin zal een intermediair platform door een gebruiker in de regel kunnen worden gehouden aan de verplichtingen die de wet stelt aan de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW). Zie Schaub 2020, p. 50; Koolhoven 2020, p. 82 e.v. Veel van deze regels zijn echter regulering van aard zodat afwijking mogelijk is. Daarnaast is het waarschijnlijk dat een platform in veel gevallen bemiddelaar is in de zin van art. 7:425 BW. Vgl. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (*Booking.com*).

192 Voor verschillende onderverdelingen, omschrijvingen en verschijningsvormen van het verschijnsel 'digitaal platform' zie Dommering 2019, p. 395 e.v.; Gerards 2019, p. 97 e.v.; SER 2020; Mak 2020, p. 127; Schaub 2020, p. 1 e.v.; Schrepel 2021, p. 1-3.

193 Het begrip 'essentiële infrastructuur' doet denken aan de mededingingsrechtelijke concepten 'essentiële faciliteit', 'taken van algemeen economisch belang' en 'universele dienstverlening' (met name in nutssectoren; vgl. Petit 2020, p. 253). Zie daarover, ook in verband met het leerstuk misbruik van economische machtspositie, bijv. Houben 2005, p. 189 e.v.; Cauffman 2018, p. 505-506; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 165 e.v.; Gerbrandy & De Vries 2020, p. 540 e.v.

194 Podszun & Kreifels 2016, p. 35; Podszun & Kreifels 2018, p. 192; Petit 2020, p. 120-121. Vgl. Dommering 2019, p. 390 e.v. Een van de angsten is dat de verzamelde data deze platforms in staat stellen om volledig gepersonaliseerde communicatie (inclusief aard en prijs van het aanbod) te realiseren; dat is enerzijds fijn voor de eindgebruiker maar heeft anderzijds ook onmiskenbaar nadelen; niet iedereen voelt zich senang bij bubbelvorming en prijspersonalisatie. Zie het ronkende betoog van Bernasek & Mongan 2015. De 'oplossing' wordt vaak gezien in het toekennen van 'eigendomsrechten' aan eindgebruikers wat betreft hun data. Bijv. Harari 2018, p. 89 e.v. Ik weet niet of het iets oplost; een verbod op prijspersonalisatie gebaseerd op persoonskenmerken is mogelijk krachtiger.

195 Van Dijck e.a. 2016, p. 10.

vesteringen.¹⁹⁶ Bijvoorbeeld: voor mobiele telefoons zijn de besturingssystemen van Google en Apple inmiddels de enige twee gangbare platforms waarlangs gebruikers en aanbieders elkaar treffen. Zij zijn aan beide kanten gebonden aan voorwaarden en praktijken van de platforms en er bestaan door het overweldigende netwerkeffect van deze platforms inmiddels nauwelijks nog mogelijkheden om elkaar buiten het platform om te bereiken.¹⁹⁷ Dat geldt ook voor de derde partij, adverteerders.¹⁹⁸

Platforms worden geregeld in één adem genoemd met ontwikkelingen als deeleconomie en servitization. Het zijn verschillende verschijnselen die kunnen samenhangen en samenvallen.

Het begrip deeleconomie kent verschillende omschrijvingen.¹⁹⁹ In de *happy clappy* variant wordt de nadruk meer gelegd op de vrijwillige samenwerking door natuurlijke personen onderling bij productie en gebruik, al dan niet gebaseerd op altruïstische of ideologische motieven, van autodelen tot de minibibliotheek voor de deur. Maar vaker is het een verzamelterm voor snoeiharde kapitalistische *schöpferische Zerstörung*, waarbij vooral commerciële platforms met hun creatieve innovatie een sprintje proberen te trekken richting een *winner takes all* positie. Het zijn die platforms – denk aan Uber, Airbnb, Thuisbezorgd.nl, Studeersnel.nl, Vinted – die een centrale en stuwende rol vervullen en waarbij toeleveranciers en gebruikers via het platform een actieve bijdrage aan productie leveren.²⁰⁰

Het *buzzword* deeleconomie hangt samen met wat men *servitization* of verdienstelijking noemt: het verschijnsel dat een product of dienst niet meer als alleenstaand object wordt geleverd of verricht, maar eigenlijk een obligatoire duurrelatie is tussen handelaar en zijn netwerkpartners enerzijds en de afnemer anderzijds.²⁰¹ De eigen-

196 Zie Petit 2020, p. 10 e.v., p. 129 e.v. Vgl. over strategieën bijv. 'Beleggers staan weer in de rij voor verlieslijdend bedrijf', *FD* 4 mei 2019; 'Just Eat Takeaway rekent op snellere groei, maar ook dieprode cijfers', *FD* 15 juli 2021; 'Aanbieder digitale samenvattingen van studieboeken haalt € 43 mln. op', *FD* 10 mei 2021.

197 De appstores van Google en Apple zijn effectief de enige *gateways* en hebben dus de toegang tot de infrastructuur geheel in hun macht. Zie bijv. 'Appmakers proberen zich uit de greep van Apple los te maken', *FD* 24 mei 2021; 'Mobile ecosystems market study – Statement of scope', CMA 2021.

198 Vgl. Dommering 2019, p. 394.

199 Omschrijvingen van 'deeleconomie' bij Ranchordás 2018, p. 483; Streep 2018, p. 615; Krecizer-Levy 2019, p. 140 e.v.; Gerards 2019, p. 99-100, p. 105 e.v.; Schaub 2020, p. 81, p. 85; Koolhoven 2020, p. 71.

200 Mak 2020, p. 127; Robertson 2020, p. 91 e.v. Krecizer-Levy 2019, p. 61-62 kiest daarom terecht voor een ander begrip dan het altruïstisch klinkende 'delen' – ze kiest het consumentenperspectief en spreekt over 'toegangseconomie' (*access economy*, het kortdurend gebruik van een object; p. 82), geplaatst tegenover 'eigendomseconomie'. Vgl. Mak 2018, p. 664 e.v.

201 Voor een goed overzicht Mak 2019, p. 69 e.v. Het boek *The Age of Access* van goeroe Jeremy Rifkin voorspelde in 2000 dat – simpel gezegd – in het 'tijdperk van toegang' iedereen toegang tot objecten en diensten via abonnementen zou prefereren boven het hebben van eigendom. Zo algemeen gesteld kan het niet anders dan onzin zijn.

domsoverdracht van het goed is niet het doel van de overeenkomst. Denk aan: een fietsabonnement geeft toegang tot het gebruik van de fiets, terwijl onderhoud, afschrijving en reparatiekosten in de risicosfeer van de dienstverlener liggen. In het geval van de fiets geeft het abonnement (lees: de huurovereenkomst als bedoeld in art. 7:201 BW) toegang tot een stoffelijk object, maar uiteraard kan ook digitale inhoud op deze manier worden aangeboden. Men koopt geen muziek op een fysieke drager zoals een cd, maar men betaalt voor het recht te luisteren naar gestreamde muziek zolang het abonnement voortduurt. Deze dienstverleningsmodellen zijn populair omdat ze ongekend gebruiksgemak bieden, maar soms hanteren ze ook een strategie van *inkapseling* van de afnemer (*'tie-in'*). Denk aan: technische beperkingen die overdracht of portabiliteit van de onderliggende waarde zoals de muziekcollectie naar een andere dienstverlener uitsluiten; de muziekcollectie kan wel worden gestreamd maar niet los van de app worden gedownload en gebruikt.²⁰²

Overigens is *servitization* een fenomeen dat zich ook bij sommige koopovereenkomsten voordoet. Vanuit de handelaar bezien is het de kunst om de koper in te kapselen in een duurzame onderhoudsrelatie. Dat gebeurt bijvoorbeeld door middel van een handelspraktijk. Denk aan de verkoper van e-bikes die vijf jaar garantie aanbiedt in ruil voor een handtekening, waarmee de koper zich verplicht om de fiets minstens eenmaal per jaar te laten onderhouden bij... dezelfde verkoper. Inkapselen gebeurt ook door middel van techniek. Denk aan objecten waarvan de besturingsprogrammatuur geregeld op afstand bijgewerkt wordt op basis van gebruiksvoorwaarden waar de koper meestal juridisch, maar in elk geval feitelijk aan gebonden is. Zonder die (bijwerking van de) programmatuur is het object al snel niet meer bruikbaar. Een aankoop van een dergelijk object is dus het toetreden tot een netwerk van contractuele dienstverleningsrelaties, zonder welke het stoffelijke object geen gebruikswaarde heeft. Deze netwerken zijn op die manier belangrijker dan het object in kwestie, vandaar dat het in bepaalde gevallen leidt tot vervanging van het gebruik van koopovereenkomsten door abonnementen, dat zijn gemengde contracten van huur, lease, opdracht, enzovoort.²⁰³

Deze technologische vernieuwingen worden omarmd door eindgebruikers en hebben onmiskenbaar voordelen, maar kunnen ook leiden tot onevenwichtige vormen van inkapseling van dezelfde eindgebruikers bij techbedrijven met monopolistische trekken. Of het afkalven van verhandelbaarheid door deze technologische innovaties op termijn economische groei zal beïnvloeden, is onduidelijk.

202 Mak 2019, p. 72. Weliswaar geeft art. 20 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een recht op gegevensoverdraagbaarheid maar dat betreft persoonsgegevens en geeft je niet het recht om bijv. je Spotify-muziekcollectie vrij van rechten te downloaden en te behouden als ware het een cd-collectie. Vgl. Podszun & Kreifels 2018, p. 193; Sturris & Neppelenbroek 2018, p. 590 e.v.; Mak 2018, p. 664 e.v.; Mak & Schemkes 2021, p. 753.

203 Hierover bijv. Mak 2019, p. 69 e.v.

Private digitale platforms die succesvol zijn, ontmoeten soms op enig moment te weinig tegenmacht en weten met hun ‘verstorende vernieuwing’ dan marktmacht te creëren en te bestendigen.²⁰⁴ We hoeven het gedrag van deze platforms niet diepgaand te analyseren om te zien dat – naast alle positieve effecten voor de samenleving – vroeg of laat alle klassieke handelspraktijken van ongecontroleerde marktmacht dreigen, variërend van eenzijdige verzwaring van voorwaarden en prijsstelling tot ondoorzichtige discretionaire bevoegdheden, ontoegankelijkheid van geschilbeslechting en misleidende praktijken.²⁰⁵ Die dreiging treft niet alleen consumenten en concurrenten, als die er nog zijn, maar ook professionele marktdeelnemers die effectief nog maar één marktplaats kunnen gebruiken om hun handelswaar af te zetten.²⁰⁶

De keerzijde hiervan lijkt ook te zijn dat in toenemende mate van digitale platforms wordt verwacht dat zij als ‘gatekeeper’ een zorgplicht hebben om oneerlijke mededingingspraktijken – en algemener: onbetamelijk gedrag – van degenen die gebruikmaken van het platform, tegen te gaan. Ik laat dat vraagstuk hier buiten beschouwing.²⁰⁷

Deze *Modern Bigness* is uiteindelijk niet alleen verstorend voor goed werkende markten maar misschien ook wel voor open samenlevingen als geheel.²⁰⁸

204 Over het belang van tegenmacht bij concentratie van economische macht in een democratische samenleving Hayek 1944; Böhm 1933; Eucken 1952, p. 254 e.v. Vgl. Mestmäcker 2019, p. 23; Wurmnest 2012, p. 93-94, p. 135 e.v., p. 151 e.v.

205 Daskalova 2018, p. 485 e.v. Hiermee is niet gezegd dat platforms monopolisten zijn in de klassieke economische zin; zie over de kenmerken van het gedrag van platforms en in hoeverre dat een ‘monopolie’, ‘oligopolie’ of een nieuw fenomeen oplevert, Petit 2020, p. 93 e.v. In de losjes gedefinieerde wereld van Claassen 2020, p. 33 zijn het waarschijnlijk allemaal ‘neofeodale quasi-monopolisten’.

206 Felderhof & Rozenbroek 2019, p. 143.

207 Zie bijv. Kulk 2020, p. 132 e.v.; Hanemaaijer 2020, p. 145 e.v.

208 De maatschappelijke voordelen en nadelen van platforms gaan verder dan hier beschreven. Zie nader bijv. ACM 2016, p. 2 e.v. Wat betreft de problematische kanten kan worden gewezen op risico’s met betrekking tot uitholling van het recht op bescherming van persoonsgegevens, verspreiding van nepnieuws, bubbelvorming en radicalisering in echokamers, openbareordeproblemen van *crowd control* en haatzaaijerij. Zie in de context van platformmacht bijv. Norman 2018, p. 254 e.v. (‘culture, identity and meaning’ staan op het spel); Mak & Schemkes 2020, p. 43 (waarden van democratie, rechtsstaat en open markten komen in het gedrang); Busch 2021, p. 4-5 (grote invloed van sommige platforms op de sociale structuren en kernwaarden, en op instituties zoals politiek, media, onderwijs, rechterlijke macht). Zie ook Gerbrandy 2018; Gerbrandy 2019b, p. 134; Gerbrandy 2020, p. 21; Busch e.a. 2021, p. 15 e.v.; ‘Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues’ (IMF Staff Discussion Note maart 2021).

Het algemene mededingingsrecht weet hier weinig indrukwekkends tegenover te stellen; dat is in dynamische, snel evoluerende markten als deze vaak een futloos ex post-instrument.²⁰⁹

Daar komt bij dat de kern van de problemen vaak gelegen is in de manier waarop platforms met persoonsgegevens omgaan, en misschien is mededingingsrecht niet het meest geschikte instrument om op dat punt gedrag te veranderen. Dit betekent uiteraard niet dat niet kan worden opgetreden door middel van het klassieke mededingingsrecht. Het mededingingsrecht kan achteraf optreden tegen misbruik van economische machtspositie door het monopoliseren van informatie ten koste van concurrenten.²¹⁰ Dat kan aanleiding geven tot een gebod om effectieve toegang te verlenen tot het platform aan andere ondernemers,²¹¹ of om consumenten actiever te betrekken bij de keuzes rondom hun persoonsgegevens.²¹² De vraag of achteraf optreden de snelste en effectiefste manier is om te reguleren, is recentelijk van verschillende kanten in twijfel getrokken.²¹³

De opkomst van platforms heeft de gevoelde behoefte aan specifieke marktregulering doen toenemen. Hotels die eigenlijk alleen nog maar klanten weten te krijgen via het dominante boekingsplatform zijn economisch afhankelijk geworden van dit platform, net als handelaren die via dominante marktplaatsen hun producten proberen af te zetten. Als niet al sprake is van een economische machtspositie in mededingingsrechtelijke zin, dan is mogelijk wel sprake van *relatieve* marktmacht die tot afhankelijkheid van de wederpartij kan leiden,²¹⁴ en daarmee aanleiding kan geven tot bijzondere verplichtingen.

209 Podszun & Kreifels 2018, p. 195; Daskalova 2018, p. 496; Kohlen e.a. 2021, p. 7-8; Lindeboom 2020, p. 660. Vgl. in meer vragende vorm Gerbrandy & De Vries 2020, p. 538 en bepaald positiever over de rol van het mededingingsrecht Gerbrandy 2019a, p. 3. Over de noodzaak van specifieke regulering bijv. Dyal-Chand 2015, p. 241 e.v.; Khan 2017, p. 710 e.v.; Baneke & Bremmer 2018, p. 52 e.v. Vgl. in algemenere zin over de beperkingen van het ex post sanctioneren in het mededingingsrecht bijv. Schrijen 2018, p. 25 e.v.; ik herken veel in deze discussie van wat ik eerder beschreef voor het civiele recht; zie bijv. Van Boom 2007.

210 Bijv. de zaak die begon met klachten over toegang tot technische informatie en eindigde met beboeting wegens o.a. 'koppelverkoop' van besturingssystemen en apps (GvEA 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft/Commissie*)). Vgl. Podszun & Kreifels 2018, p. 184-186.

211 Cauffman 2018, p. 497 e.v.

212 BGH 23 juni 2020, KVR 69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0 (*Facebook*). Over deze zaak bijv. Podszun & Kreifels 2018, p. 206-207.

213 Sauter 2019, p. 105 e.v.

214 Vgl. Devroe e.a. 2020, p. 81-82.

De laatste jaren zijn de geesten rijp geraakt voor een bijzonder mededingingsregime voor grote digitale platforms.²¹⁵ In Duitsland kwam bijvoorbeeld wetgeving van de grond en met de Platformverordening en de Wet inzake digitale markten (Digital Markets Act (DMA)) zijn Europese stappen gezet. Ik sta kort stil bij die ontwikkelingen.²¹⁶

5.2 Hoe wetgevers reageren

De Duitse sprong voorwaarts

Zoals we zagen in paragraaf 3 kent de Duitse GWB bijzondere beschermingsbepalingen tegen relatieve marktmacht. In de afgelopen jaren heeft de Duitse wetgever die bepalingen verder uitgebouwd, specifiek met het oog op platforms. Deze Duitse regels zijn een opstapje gebleken naar een regeling op Europees niveau, de DMA. Zo werd in de GWB de omschrijving van 'relative Marktmacht' uitgebreid om te verzekeren dat daaronder ook die gevallen kunnen vallen waarin een onderneming voor haar eigen activiteiten afhankelijk is van de toegang tot data die onder controle van een andere onderneming staan.²¹⁷ De weigering om die toegang te verlenen kan dan misbruik opleveren.

Ook werd verduidelijkt dat een markt waarin niet met geld betaald wordt, heel wel een markt kan zijn, zoals bij betaling met data.²¹⁸

215 Zie bijv. Kamerbrief Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) 17 mei 2019 en 'Discussienotitie: toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms', ondersteund door de ACM ('ACM steunt pleidooi kabinet voor extra toezichtsinstrumenten online platforms', persbericht ACM 6 augustus 2019, ondersteund met een *two-pager* 'discussiepaper'). Zie nog tamelijk zuinigjes over ex-antemededingingstoezicht ACM 2016, p. 9.

216 Ook het Franse recht kent enkele nieuwe verplichtingen voor grote digitale platforms. Op deze platforms (minimaal 5 miljoen unieke bezoekers per maand, aldus art. D. 111-15 Décret n° 2017-1435) rusten 'des obligations de clarté, de transparence et de loyauté', en dat houdt o.m. in dat transparante algemene voorwaarden worden gehanteerd en er duidelijkheid bestaat over de hoedadigheid waarin het platform optreedt (art. L. 111-7-1 Code de la Consommation). Daarnaast moeten specifieke verplichtingen, zoals ten aanzien van vergelijkingswebsites en de daarbij gebruikte rankingparameters, worden nageleefd (art. L. 111-7 Code de la Consommation jo. Décret n° 2017-1434). Zie over deze ontwikkelingen in Frankrijk Mak & Schemkes 2020, p. 22-23.

217 § 20 Abs. 1a GWB.

218 § 18 Abs. 2a GWB, ingevoerd in 2017 om zeker te stellen dat bijv. de bemiddeling door platforms tegenover consumenten zonder dat er geld tegenover staat, ook onder marktactiviteit in de zin van het mededingingsrecht begrepen kunnen worden. Men dient veeleer de totale bedrijfsactiviteit te beschouwen om te concluderen dat een economisch doel wordt nagestreefd. Vgl. Gersdorf & Paal 2021, GWB § 18 Rn. 4-6; Podszun & Kreifels 2018, p. 212.

Voor wat betreft de vraag of een onderneming een marktbeheersende positie heeft, werd specifiek met het oog op platforms § 18 GWB aangevuld om te verduidelijken onder welke omstandigheden van marktmacht gesproken kan worden (Abs. 3a). Bij de beoordeling van de vraag of een onderneming marktmacht heeft in een meerzijdige markt of netwerk, moet worden gelet op directe en indirecte netwerkeffecten, het gelijktijdig gebruik van meerdere platforms en de overstapkosten voor gebruikers, de genoten schaalvoordelen in verband met netwerkeffecten, de beschikking die de onderneming heeft tot data die relevant zijn voor concurrentie en de mate waarin innovatie mededingingsdruk met zich brengt voor de onderneming.²¹⁹

Daarnaast werd in § 20 Abs. 1 GWB vastgelegd dat ondernemingen die als bemiddelaar op tweezijdige markten werkzaam zijn, ‘relative Marktmacht’ hebben ten opzichte van wederpartijen die wat betreft vraag en aanbod afhankelijk zijn van de tussenkomst van die ondernemingen wanneer er geen redelijke uitwijkmogelijkheden naar alternatieven beschikbaar zijn.²²⁰ Bemiddelingsplatforms die (relatieve) marktmacht hebben tegenover mkb-ondernemingen, is het verboden om discriminatoire praktijken te bedrijven. Ook structurele prijsdumpingspraktijken zijn verboden om mkb-ondernemingen te beschermen (§ 20 Abs. 3 GWB).

Ten slotte is er sinds kort § 19a GWB,²²¹ dat speciaal met het oog op platforms een proactieve opstelling mogelijk maakt. Op grond van deze bepaling heeft het Bundeskartellamt (BKA) de bevoegdheid om een platform op een tweezijdige markt aan te wijzen als een onderneming met ‘superieur marktoverschrijdend belang voor de mededinging’.²²² Bij het nemen van het besluit weegt het BKA een aantal aspecten, zoals de mate waarin de markt wordt beheerst door het platform, de toegang die het heeft tot mededingingsrechtelijk relevante data en de mogelijkheid om zich met de bedrijfsvoering van wederpartijen te bemoeien. De aanwijzing is maximaal vijf jaar geldig en geeft het BKA onder meer de bevoegdheid om het platform te verbieden om:

- eigen goederen en diensten voorrang te geven boven die van aangesloten handelaren, uitsluitend eigen apps op apparaten te installeren of op andere wijze het aanbod van het platform te integreren;
- maatregelen te treffen die tot productintegratie leiden;
- handelaren te discrimineren bij toegang tot het platform;
- te verhinderen dat concurrerende ondernemingen toetreden door bijvoorbeeld koppelverkoop te bedrijven;

²¹⁹ Hierover: Podszun & Kreifels 2018, p. 212.

²²⁰ § 20 Abs. 3b GWB geeft aan dat bij de beoordeling van de vraag of een bemiddelend platform (relatieve) marktmacht heeft, onder andere moet worden gelet op de invloed die de bemiddelingsdienst heeft op de toegang tot inkoop- en afzetmarkten.

²²¹ GWB-Digitalisierungsgesetz 2021.

²²² § 19a Abs. 1 GWB.

- toegangsdrempels te verhogen met behulp van de door het platform verzamelde data;
- interoperabiliteit en portabiliteit te bemoeilijken en die de mededinging hinderen;
- excessieve wederprestaties in rekening te brengen, zoals het verschaffen van data of rechten die niet nodig zijn voor of in redelijke verhouding staan tot de uitvoering van de overeenkomst.

De verbodsactie werkt anders dan de gewone wijze van ex-postbeboeting in het mededingingsrecht, omdat het uitgevaardigde verbod kan anticiperen op toekomstig gedrag. Het aangewezen platform mag in het betreffende geval proberen te bewijzen dat de verboden gedraging objectief gerechtvaardigd is. Het doel van deze nieuwe regeling is om in de sterk dynamische markten waarin platforms opereren, daadkrachtiger en sneller tot ingrepen te kunnen komen. De Duitse wetgever wilde op deze manier ook een sprong voorwaarts maken ten behoeve van de Europese discussie over het onderwerp.²²³

Pariteitsclausules: wel of niet ingrijpen?

Platforms gebruiken geregeld pariteitsclausules. Die verbieden een aangesloten handelaar om buiten het platform (bijv. op een eigen website) gunstiger prijzen of voorwaarden in rekening te brengen (de zgn. smalle pariteitsclausule), of om dat op concurrerende platforms te doen (de zgn. brede clausule). Een pariteitsclausule kan in strijd komen met het generieke mededingingsrecht omdat ze de concurrentie kan beperken; de brede clausule kan bijvoorbeeld de concurrentie tussen platforms beperken.²²⁴ Daarnaast is in sommige landen de pariteitsclausule als specifieke oneerlijke contracteerpraktijk in de ban gedaan, nog afgezien van de mededingingsrechtelijke invalshoek. De vraag is of dat terecht is.

Pariteitsclausules hebben vanuit het platform bezien een beschermende functie: als klanten eerst de voordelen van het platform zouden genieten (de zoek- en vindfunctie) om vervolgens een lagere prijs te zoeken op de eigen website van de handelaar, dan fungeert het platform slechts als

²²³ De nieuwe § 19a GWB wordt momenteel ingezet in een onderzoek naar Amazon (persbericht Bundelskartellamt 18 mei 2021). Voor ontwikkelingen in andere landen, zie Mak 2020, p. 141-143.

²²⁴ Als men een pariteitsclausule combineert met *prijstelling door het platform* in plaats van door de handelaar zelf, dan is de handelaar in twee opzichten met handen en voeten gebonden geraakt; die contracteerpraktijk is, net als een verbod om op andere platforms aan te bieden, in mededingingsrechtelijke zin verdacht (art. 101 resp. art. 6 Mw), nog afgezien van de vraag of sprake is van misbruik van een economische machtspositie. Vgl. Felderhof & Rozenbroek 2019, p. 144, die op een Tjechische mededingingszaak wijzen.

‘showroom’ en geniet het niet de commissievruchten van zijn inspanningen. De zgn. smalle pariteitsclausule dient er dus toe om de levensvatbaarheid van het platform te borgen.²²⁵ De pariteitsclausule zorgt er namelijk voor dat de consument die het platform gebruikt, ervan op aan kan dat buiten het platform geen lagere prijzen van de betreffende handelaar te vinden zullen zijn, en daarmee wordt elke prikkel voor de consument om verder te zoeken buiten het platform om, weggenomen. De clausule reduceert zoekkosten en vergroot daarmee efficiëntie.²²⁶ Tegelijk zijn er ook nadelen: de druk die aangesloten handelaren kunnen uitoefenen op het platform, wordt ook verminderd.²²⁷

Onderzoek in opdracht van het Ministerie van EZK naar pariteitsclausules bij maaltijdbezorgplatforms gaf geen eenduidig bevestigend antwoord op de vraag of deze clausules schadelijk zijn voor consumentenwelvaart en dus uitbannen moeten worden. In ons land zijn de clausules niet met specifieke regelgeving als oneerlijke contracteerpraktijk in de ban gedaan. In andere landen is een andere afweging gemaakt. In België werd in 2018 een specifieke wet ingevoerd om boekingplatforms te verbieden om aan uitbaters van hotel- en andere accommodaties prijzen op te leggen en om met pariteitsclausules te voorkomen dat zij aan andere platforms of op de eigen website gunstiger prijzen in rekening brengen.²²⁸ De Belgische wet beoogt de economische afhankelijkheid van uitbaters te verhelpen en concurrentie tussen platforms te verbeteren.²²⁹ In een Franse zaak werd geoordeeld dat een pariteitsclausule opgelegd door een boekingplatform aan een hotelier ‘un déséquilibre significatif’ in de zin van L 442-1-I Code de Commerce opleverde, nu het platform daartegenover geen bedrijfsrisico van de hotelier overnam of een minimumaantal kamers afnam of iets dergelijks.²³⁰ Ook werd opgetreden tegen clausules die niet duidelijk

225 Vgl. Behrens e.a. 2018, p. 10. De pariteitsclausule beschermt het platform op vergelijkbare wijze als makelaars zichzelf beschermen tegen *freeriding* door de wederpartij door het tot stand komen van de koopovereenkomst buiten de makelaar om met het doel courtageverplichtingen te ontlopen (met dit verschil dat makelaars bovendien de wederpartij veelal verplichten om niet met andere makelaars in zee te gaan). Vgl. bijv. art. 6 lid 2 en art. 19 NVM Consumentenvoorwaarden.

226 Over zoekkosten (de verwijzingen bij) Van Boom 2020, p. 125-126; vgl. Behrens e.a. 2018, p. 43.

227 Per saldo oordeelde de ACM in 2016 dat er onvoldoende reden was om mededingingsrechtelijk op te treden; zie Besluit ACM 18 november 2016 (‘Keuze voor consumenten en restaurants voor bezorgen en afhalen van maaltijden’), zaak 15.1073.53.

228 De wet van 30 juli 2018 betreffende de tariefvrijheid van exploitanten van toeristische logies in de contracten afgesloten met platformoperators voor online reservatie, BS 10 augustus 2018, 62710 bepaalt dat de exploitant vrij is om de prijs van het verhuren van een toeristische logies te bepalen en tevens vrij is om enige korting of enig tarifair voordeel toe te kennen, van welke aard ook (art. 5). Clausules opgelegd door platforms die deze vrijheid beperken, zijn nietig (art. 6).

229 Parl. Stukken Kamer 2017/18, 54.3164/001, p. 26.

230 Vogel & Vogel 2020a, p. 71.

en begrijpelijk waren geformuleerd en aldus de indruk konden wekken bij aangesloten handelaren dat zij bij concurrerende platforms geen lagere prijs in rekening mochten brengen.²³¹

5.3 Hoe de EU reageert

Platformverordening 2019/1150

Een belangrijke stap in de richting van Europese regulering van de marktmacht van machtige platforms is de zogenoemde Platformverordening 2019/1150. Deze Europese verordening is van toepassing op *platform-to-business* relaties die bestaan tussen de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines (kortweg: platforms) enerzijds en kort gezegd zakelijke gebruikers anderzijds die via die platforms goederen of diensten aanbieden aan consumenten.²³² De verordening heeft als doel het verbeteren van de ‘billijkheid en transparantie’ voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines.²³³

De verordening eist vooral duidelijkheid van het platform en probeert oneerlijke praktijken van platforms zoals vergelijkingswebsites tegen te gaan door meer transparantie te eisen ten aanzien van criteria van data-verzameling, *ranking* en voorrang voor eigen producten en door eisen te stellen aan verandering van de algemene voorwaarden en aan geschilbeslechtingsmechanismen. De verordening past wat dit betreft duidelijk in een ontwikkeling waarin discretionaire bevoegdheden of volslagen open normen in algemene voorwaarden steeds kritischer worden bejegend, zeker als de machtsverhouding tussen gebruiker en wederpartij ongelijk is.

De verordening wil als gezegd vooral duidelijke en transparante contracteerpraktijken bevorderen. Daarmee reguleert de verordening processen en geen uitkomsten. Ze gaat niet zover dat een inhoudstoetsing van oneerlijke bedingen is opgenomen.²³⁴ De verordening ziet primair op contracteerpraktijken van het platform en zal dus vooral in combinatie met

231 Vogel & Vogel 2020a, p. 106-108.

232 De verordening is van openbare orde. Als deze gebruikers gevestigd zijn in de EU en via het betreffende platform goederen of diensten aanbieden, is de verordening van toepassing, ook als bijv. het platform in Californië is gevestigd en het recht van Californië van toepassing is op de rechtsverhouding (art. 1 lid 2).

233 De Platformverordening is van toepassing met ingang van 12 juli 2020 (zie art. 19 lid 2 Vo. 2019/1150). Zie voor een overzicht van de Platformverordening bijv. Schaub 2020, p. 51 e.v.

234 Wel verwijst de preambule onder 2 naar ‘goede commerciële gedragingen’ en ‘de beginselen van goede trouw en billijke handel’.

artikel 6:233 BW en artikel 6:248 BW moeten worden gelezen.²³⁵ De verordening vereist onder meer dat de voorwaarden die het platform hanteert, in duidelijke en begrijpelijke taal zijn opgesteld, eenvoudig beschikbaar zijn (art. 3) en duidelijk zijn over de factoren die van belang zijn voor de plaatsing (art. 5, art. 7). Ook bestaat er een verplichting om al in de algemene voorwaarden duidelijkheid te scheppen over de gronden voor opschorting of beëindiging van dienstverlening door het platform (art. 3 lid 1 aanhef en onder c). Bij opschorting of beëindiging gelden procedure-regels (art. 4). Als het platform de voorwaarden tussentijds wil veranderen, dan moet de wederpartij een opzegtermijn worden gegund (art. 3 lid 2);²³⁶ wijziging met terugwerkende kracht is meestal verboden (art. 8 aanhef en onder a). In de literatuur wordt overigens ook nog gesteld dat platforms waarop particulieren goederen en diensten aanbieden en daarmee niet langer als consument maar als *prosument* optreden, bijzondere bescherming verdienen tegen de marktmacht van het platform.²³⁷ De Platformverordening voorziet daar niet in.

DMA en DSA

De voorstellen voor de Digital Markets Act (DMA) en de Digital Services Act (DSA) hebben in korte tijd veel pennen in beweging gebracht. Ik ga daarom niet in detail op deze EU-voorstellen in, maar alleen op de aspecten die hier aandacht verdienen.

De DMA is in wezen regulering van een bepaalde sector, net zoals telecommunicatie en energie sectorale regulering kennen bovenop de 'gewone' regels van mededingingsrecht.²³⁸ En vergelijkbaar met de structuur van het Duitse § 19a GWB, legt de DMA 'per se' gedragsregels neer die gelden ongeacht de gevolgen van dat gedrag (in tegenstelling tot het 'gewone' mededingingsrecht, waarbij de merkbaarheid op de mededinging van een mededingingsbeperkende gedraging relevant is voor de strafwaardigheid ervan).²³⁹

235 Nu de verordening nadere kwantitatieve eisen stelt aan de 'grootte' van platform of wederpartij, kan ze dus ook worden ingeroepen door 'grote' wederpartijen in de zin art. 6:235 BW. Als Nederlands recht van toepassing is op de rechtsverhouding, geldt de verordening ook als op grond van art. 6:247 lid 2 de gehele Afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing zou zijn. Overigens wil de verordening minimumnormen stellen: het nationale contractenrecht en mededingingspraktijkenrecht blijven onverlet, aldus art. 1 lid 4.

236 Mak 2021, p. 61 wijst er terecht op dat een opzeggingsmogelijkheid niet veel soelaas biedt als er effectief geen andere concurrerende platforms zijn.

237 Uitgesproken Mak 2021, p. 57 e.v.

238 Over de aard van de DMA, ook vergeleken met de benadering die de Verenigde Staten kiezen, zie bijv. Cafarra & Morton 2021.

239 Lindeboom 2020, p. 658 e.v.; Petit 2021; Rosenboom e.a. 2021, p. 53.

De DMA markeert de verschuiving van het accent van toepassing van *ex-postmededingingsrecht* (generieke regels, toe te passen op een concreet geval als het kwaad al is geschied, met torenhoge boetes als mogelijke *ex-post*bestraffing) naar *ex-anteregulering* (toegesneden regels, door een markttoezichthouder proactief toe te passen); voor deze sector is dat inmiddels een beter model, aldus ook Nederlandse beleidsmakers én de ACM.²⁴⁰ De ACM was eerder voorzichtiger: de kunst is – zoals bij elk toezichthoudersdilemma – om niet te vroeg en niet te laat in te grijpen, maar ook om de voorvraag te beantwoorden of er wel een probleem is in de zin van aantasting van consumentenwelvaart, aldus de ACM in 2016.²⁴¹

De DMA geldt voor ‘poortwachters’; dat zijn aangewezen aanbieders van kernplatformdiensten zoals zoekmachines, sociale netwerken, besturings-systemen, cloudcomputingdienstverleners.²⁴² De aanwijzing als poortwachter geschiedt als de aanbieder een aanzienlijke invloed heeft op de interne markt, een kernplatform exploiteert dat voor zakelijke gebruikers als belangrijke toegangspoort fungeert om eindgebruikers te bereiken en met betrekking tot zijn activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen (art. 3 lid 1 DMA). Dit laatste maakt proactief optreden mogelijk.

Aanbieders met een jaaromzet van ten minste € 6,5 miljard en met gedurende ten minste drie boekjaren meer dan 45 miljoen maandelijkse actieve eindgebruikers binnen de EU en meer dan 10.000 jaarlijkse actieve, in de EU gevestigde zakelijke gebruikers, worden geacht te voldoen aan de aanwijzingscriteria.

240 Zie bijv. Kamerbrief Minister van EZK 17 mei 2019 en ‘Discussienotitie: toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms’, ondersteund door de ACM (ACM steunt pleidooi kabinet voor extra toezichtsinstrumenten online platforms’, persbericht ACM 6 augustus 2019, ondersteund met een *two-pager* ‘discussiepaper’); zie ook ‘Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world’ d.d. 2 oktober 2019.

241 ACM 2016, p. 11. Vgl. over dit dilemma ook het rapport *Evaluatie van de Autoriteit Consument en Markt* (Andersson Elffers Felix 2020), p. 23 en in algemenere zin Cortez 2014, p. 175 e.v. Overigens is er van verschillende kanten een toegenomen druk op het klassieke mededingingsrecht om de rol van ‘duizenddingendoekje’ aan te nemen, variërend van de behoefte aan bescherming van zzp’ers door kleine kartelafspraken toe te staan, het proactief reguleren van disruptieve innovaties, tot het nastreven van duurzaamheidsdoelstellingen. Vgl. bijv. Gerbrandy 2016, p. 102 e.v. (met de nadruk op duurzaamheid); Hessel 2017, p. 356 e.v. (met de nadruk op maatschappelijk verantwoord ondernemen); Claassen & Gerbrandy 2016 (met de nadruk op *capabilities*). Vgl. Gerbrandy 2019b, p. 131 e.v.

242 Art. 2 lid 2 DMA. De regels zijn van toepassing als het kernplatform diensten verricht of aanbiedt aan gebruikers in de EU, ongeacht waar de aangewezen poortwachter gevestigd is (art. 1 lid 2 DMA).

Is een poortwachter eenmaal als zodanig aangewezen, dan gelden bijzondere gedragsregels tegenover eindgebruikers én zakelijke gebruikers, dat wil zeggen ondernemingen die het kernplatform gebruiken bij het aanbieden aan goederen of diensten aan eindgebruikers, dus bijvoorbeeld ook adverteerders. Die gedragsregels zien op praktijken die de *betwistbaarheid beperken* of *oneerlijk* zijn.

Het begrip *betwistbaarheid* (*contestability*) ziet op de marktmacht van het kernplatform: hoe machtiger het platform, des te zwakker wordt de *betwistbaarheid*; dat is de kracht van concurrenten, zakelijke gebruikers en eindgebruikers om het gedrag en de marktpositie van het platform te veranderen, in te nemen, te betwisten.²⁴³

De kern van de gedragsregels is neergelegd in artikel 5 en 6.²⁴⁴ De eerste lijst (art. 5) bepaalt onder meer:

- De poortwachter staat zakelijke gebruikers toe om andere platforms te gebruiken en daarbij andere prijzen en voorwaarden te gebruiken (de pariteitsclausule is dus in de ban gedaan).
- De poortwachter staat toe dat zakelijke gebruikers en eindgebruikers buiten het platform om contact hebben.
- De poortwachter belet zakelijke gebruikers niet om bij een ‘bevoegde overheidsinstantie’ te klagen over de praktijken van de poortwachter.

De tweede lijst (art. 6) bepaalt onder meer:

- Wanneer een poortwachter de concurrentie aangaat met zakelijke gebruikers, mag hij geen gebruik maken van niet-openbare data die hij heeft verzameld door de activiteiten van die gebruikers.

243 Het begrip ‘betwistbare markten’ wordt in de economie wel gebruikt om een situatie aan te duiden waarin sprake is van een efficiënt mono- of oligopolie, waarbij er geen barrières voor toetreding of verlaten van de markt bestaan, alle opererende aanbieders toegang hebben tot dezelfde productietechnologie, er perfecte informatiesymmetrie is over prijzen, en deelnemers de markt eenvoudig kunnen betreden om te concurreren; op dergelijke ‘betwistbare’ markten zal de monopolist/zullen de oligopolisten concurrerende prijzen en voorwaarden hanteren om de dreiging van toetreding door concurrenten af te wenden. De markt is door de ‘betwistbaarheid’ dan toch efficiënt. Zie OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law 1993, p. 29-30. Het is niet zonneklaar of de DMA het begrip in deze zin hanteert, het lijkt meer als een soort vage notie te worden gehanteerd. Mak & Schemkes 2021, p. 750 stellen in dit verband dat het doel van de Commissie met het voorstel voor de DMA is om de macht van platforms te breken zodat kleinere platforms een kans krijgen. Ik weet niet of dat laatste oprecht het doel is, want dan zou het letterlijk opbreken van platforms waarschijnlijk effectiever zijn. Vgl. ‘Corona versterkt nog eens de macht van techbedrijven’, *FD* 1 augustus 2021.

244 Voor een overzicht van welke gedragsregels op welke digitale platforms van toepassing zijn, zie Cafarra & Morton 2021. De verplichtingen kunnen door de Commissie overigens worden opgeschort als de levensvatbaarheid van het platform in gevaar komt (art. 8); ook kunnen vrijstellingen op grond van dwingende redenen van algemeen belang worden gegeven (art. 9).

- De poortwachter laat eindgebruikers toe om voorgeïnstalleerde softwaretoepassingen op zijn kernplatformdienst te verwijderen (m.n. relevant voor besturingssystemen die gekoppelde diensten aanbieden en zo concurrerende applicaties de wind uit de zeilen nemen).
- De poortwachter moet toelaten dat softwaretoepassingen en appstores van derden ook geïnstalleerd en gebruikt kunnen worden (zolang deze geen systeem- of veiligheidsrisico opleveren).
- De poortwachter legt geen technische beperking op aan het vermogen van eindgebruikers om over te stappen en zich te abonneren op andere softwaretoepassingen en diensten waartoe toegang kan worden verkregen via het besturingssysteem van de poortwachter, ook wat betreft de keuze van de aanbieder van internettoegang voor eindgebruikers.
- De poortwachter zorgt voor effectieve portabiliteit van gegevens die zijn gegenereerd door de activiteit van een zakelijke gebruiker of eindgebruiker, en stelt met name instrumenten ter beschikking aan eindgebruikers om de gegevensportabiliteit te vergemakkelijken, in overeenstemming met de AVG.
- De poortwachter past eerlijke en niet-discriminerende algemene voorwaarden toe voor de toegang door zakelijke gebruikers tot de appstore.

De verplichtingen uit artikel 6 kunnen door de Commissie in een concreet geval nader worden gespecificeerd; dat wil zeggen dat de Commissie ook aanwijzingen kan geven over de maatregelen die de poortwachter moet nemen (art. 7). Daarmee kan dus bijvoorbeeld nadere invulling worden gegeven aan wat ‘eerlijke algemene voorwaarden’ zijn voor toegang tot een appstore door een zakelijke gebruiker.

De Commissie kan de lijst van praktijken zelfs actualiseren, waarbij een praktijk als oneerlijk of beperkend voor de betwistbaarheid wordt beschouwd als er ofwel een onevenwicht is tussen de rechten en plichten van zakelijke gebruikers en de poortwachter een voordeel verkrijgt van zakelijke gebruikers dat niet in verhouding staat tot de dienst die de poortwachter aan zakelijke gebruikers verleent, ofwel de betwistbaarheid van de markten wordt verzwakt als gevolg van een dergelijke praktijk van poortwachters (art. 10). Beide elementen liggen in het verlengde van het leerstuk van misbruik van economische machtspositie en van misbruik van relatieve marktmacht, zoals eerder in deze bijdrage beschreven.

De DSA regelt onder meer aansprakelijkheidsregels van onlinetussenpersoondienstverleners (kortweg: onlineplatforms); daarop zijn nu nog de regels van de e-Commercerichtlijn 2000/31/EG van toepassing. De DSA legt meer verantwoordelijkheden op de schouders van onlineplatforms dan onder de e-Commercerichtlijn het geval is, zoals een bepaalde zorgplicht

ter bestrijding van illegale inhoud,²⁴⁵ een plicht om klachten over content goed te behandelen en transparant te zijn over de identiteit van aanbieders op het platform en over gebruikte technieken zoals kunstmatige intelligentie (artificial intelligence (AI)).²⁴⁶ Op zeer grote onlineplatforms rusten verdergaande verplichtingen wat betreft de inrichting van hun processen om misbruik te voorkomen.

Concluderend kan worden gezegd dat de DMA en DSA in zeker opzicht tegemoetkomen aan de wensenlijsten die links en rechts zijn opgesteld, maar het is nog niet de *gamechanger* die sommigen hadden gehoopt.²⁴⁷ Wel is duidelijk dat de DMA wat betreft de insnoering van oneerlijke contracteerpraktijken in het verlengde ligt van de maatregelen die in landen als Duitsland al werden getroffen; de DMA markeert ook de transitie van gebruikmaking van de algemene mededingingsrechtelijke doctrines zoals misbruik van economische machtspositie naar een sectorale regulering waarin niet alleen mededinging maar ook B2B-handelspraktijken worden betrokken.

C. Analyse en conclusies

6. Nadere ordening

6.1 Oogst

In deze bijdrage bestudeerde ik het marktpraktijkenrecht zoals dat tussen ondernemers tot ontwikkeling is gekomen. De verkenning leidde in paragraaf 2 langs verschillende manieren om de rechtsmaterie onder te verdelen; uiteindelijk werd gekozen voor de noemer ‘marktpraktijkenrecht’ om zowel het mededingingsrecht als het handelspraktijkenrecht onder te brengen. Weliswaar worden die rechtsgebieden als gescheiden beoefend,²⁴⁸ maar ze vertonen onmiskenbaar samenhang, zo werd duidelijk in paragraaf 3.²⁴⁹ Daarbij werden contracteerpraktijken en mede-

245 Mak & Schemkes 2021, p. 748.

246 Over transparantie in dit verband Mak 2020, p. 154 e.v. en algemener Van Boom 2020, p. 55 e.v.

247 Voor ‘wensenlijstjes’ zie bijv. Busch 2021, p. 20 e.v.; Mak & Schemkes 2021, p. 746 e.v. Er is overigens ook genoeg kritiek op de empirische onderbouwing van met name de DMA. Zie de analyse naar aanleiding van het grote vergelijkende enquêteonderzoek van Akman 2021, p. 40 e.v.

248 Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 312 spreken van een ‘latrelatie’ tussen mededingingsrecht en het recht inzake handelspraktijken.

249 Handelingen in strijd met het mededingingsrecht kunnen, maar hoeven niet tegelijk een schending te zijn van het B2B-handelspraktijkenrecht (en vice versa), maar het kan natuurlijk wel. Uitgebreider Keirsbilck 2011, p. 543 e.v.

dingingspraktijken onderscheiden; mijn bijdrage ging in paragraaf 3 vervolgens met name over B2B-contracteerpraktijken.

Er is aanleiding om het marktpraktijkenrecht te bestuderen en dat is de hernieuwde aandacht voor machtsongelijkheid in het economisch verkeer. In paragraaf 3.2 zagen we dat in Frankrijk, België en Duitsland een duidelijke keuze is gemaakt om het leerstuk van misbruik van economische machtspositie uit het mededingingsrecht te transponeren naar het handelspraktijkenrecht om zodoende wettelijke bescherming te bieden tegen relatieve marktmacht en algemener oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemers. Ons recht kent geen vergelijkbare regeling. Dat betekent niet dat in ons land die bescherming onmogelijk is. Via de open normen van het privaatrecht kan de uitoefening van relatieve marktmacht worden onderworpen aan een toetsing die vergelijkbaar is met de regelingen die in Frankrijk, België en Duitsland bestaan.²⁵⁰ Of en in hoeverre dat ook daadwerkelijk gebeuren zal, is een andere, vooralsnog onbeantwoorde vraag.

Overigens moet niet onderschat worden wat nu al mogelijk is met toepassing van de Wet acquisitiefraude, die – zoals we zagen in paragraaf 3.3 – misleidende handelspraktijken tussen ondernemers in algemene zin verbiedt. Een uitdrukkelijk verbod op agressieve handelspraktijken in B2B-verhoudingen zou de bescherming van minder machtige marktdeelnemers tegen marktmachtige ondernemingen nog verder versterken.²⁵¹

In paragraaf 3.3 zagen we overigens ook dat het deel van het handelspraktijkenrecht dat zich bezighoudt met contracteerpraktijken, steeds meer vervlochten raakt met het algemenevoorwaardenrecht, ook in B2B-relaties. Pogingen om onereuze bedingen in een contract te krijgen, is een oneerlijke handelspraktijk. Proliferatie van concepten uit het B2C-contractenrecht vindt ook plaats: de transparantie-eis die uit het begrippenpaar ‘duidelijk en ondubbelzinnig’ voortvloeit, heeft zich in korte tijd in het consumentenrecht ontwikkeld tot een potentieel ingrijpend instrument. Ik denk dat de volgende stap is dat ook in alle B2B-relaties bedingen opgesteld door één partij indringender worden getoetst op ‘duidelijkheid en ondubbelzinnigheid’. Ik verwacht dat de rechtspraak die eist dat de wederpartij op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor haar uit de overeenkomst voortvloeien, moet kunnen

250 Open normen bieden immers ruimte voor differentiatie naar gelang de hoedanigheid van partijen. Zie Tjittes 1994, hfdst. 9.

251 Zo ook Pavillon 2019, p. 102 e.v.

inschatten.²⁵² ook toegepast gaat worden op B2B-relaties. Die proliferatie valt ook in het handelspraktijkenrecht te verwachten; ik acht het waarschijnlijk dat de zwarte en grijze lijst van Richtlijn 2019/633, waarover paragraaf 4.2 ging, reflexwerking zal toekomen in andere verhoudingen buiten de agrifoodsector, namelijk tussen marktmachtige ondernemingen en minder machtige wederpartijen in algemenere zin.

De recente ontwikkelingen in de EU geven een impuls aan verdere ordening van de rechtsmaterie, zo lieten de casestudies in paragraaf 4 en 5 zien. Richtlijn 2019/633 is een goed voorbeeld van sectoraal handelspraktijkenrecht dat minder machtige marktdeelnemers beoogt te beschermen tegen bepaalde praktijken van machtigere tegenpartijen. Sommigen menen bijvoorbeeld dat de richtlijn een stap is in de richting van afschaffing van het onderscheid tussen B2B- en B2C-beschermingsrecht en dat ook voor andere B2B-verhoudingen een dergelijk beschermingsregime in het verschiep ligt.²⁵³ Ik sluit zeker niet uit dat op dit punt een zekere reflexwerking gaat optreden en mocht de tijd er rijp voor zijn, dan kunnen de open normen van ons verbintenissenrecht er een vormende rol bij spelen. Verdere convergentie op EU-niveau kan overigens worden verwacht als het werkingsspectrum van de Richtlijn OHP uitgebreid zou worden tot B2B-handelspraktijken.²⁵⁴

De recente ontwikkelingen rondom digitale platforms laten ook zien dat ook op specifieke markten een zeker tegenwicht geboden kan worden aan marktmacht; de manier waarop dat daar gebeurt, is duidelijk van een andere aard. De oplossingen worden niet gezocht in aanscherping van het handelspraktijkenrecht maar in wezen in een nieuwe vorm van sectorale regulering die bovenop het bouwwerk van het klassieke mededingingsrecht is geplaatst.

6.2 Het rommelt

Hoe zijn deze ontwikkelingen te plaatsen op de tijdlijn? Vanaf de jaren tachtig werden de relictten van de geleide economie afgebroken; de beperkende uitverkoopregels, prijsvoorschriften, beperkingen aan cadeaustelsels en gebundelde verkoop werden afgeschaft, winkeltijden werden verruimd. De bevoegdheden van de 'twintigste-eeuwse gildes', de publiek-

252 HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 43 e.v. (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kasler*); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, r.o. 44-48 (*Andriciuc/Banca Românească*); HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 3.4 (*Euribor-renteopslag*).

253 Keirsbilck & Terry 2020, p. 2, p. 31-32.

254 Keirsbilck 2011, p. 552-553.

rechtelijke product- en bedrijfsschappen, werden gekortwiekt en uiteindelijk werden ze zelfs ook afgeschaft. De markt werd meer ruimte gelaten en vooral de regels van het mededingingsrecht vormden de vier hoeken van het speelveld. Bescherming van ondernemers tegen machtsverschillen in de markt die binnen die vier hoeken blijven, is dus al jaren uit de mode in ons land. Een gangbare opvatting in het privaatrecht die hierbij aansluit, is dat het economisch verkeer tussen ondernemingen aan de krachten van de markt overgelaten moet worden;²⁵⁵ voor de *hardliners* is zelfs het arrest *Baris/Riezenkamp* een onnodig softe benadering.²⁵⁶ Ongelijke posities tussen ondernemers horen er nu eenmaal bij, en slechts bij uitzondering is er grond voor bescherming tegen oneerlijke contracteerpraktijken of het benutten van economische machtsposities, bijvoorbeeld als de zwakkere partij niet langer in wilsvrijheid kan opereren.²⁵⁷ In het verlengde van deze opvatting zou er slechts een minimum aan regels inzake oneerlijke mededingingspraktijken moeten zijn die concurrentie op het scherpst van de snede toestaan.²⁵⁸

Maar het rommelt. In elk geval de financiële crisis en misschien ook de coronacrisis heeft sommige geesten rijp gemaakt voor een interventionistischer overheid.²⁵⁹ Dat kan ook voor dit onderwerp gevolgen hebben. Een omwenteling is mogelijk al te zien in het mededingingsrecht; er is een strijd gaande tussen de gangbare opvatting waarin mededingingsrecht vooral ‘welvaartmaximalisatie’ moet ondersteunen en de opvatting dat het mededingingsrecht opnieuw moet worden uitgevonden om andere belangen te dienen zoals duurzaamheid en meer moet inzetten op ex-anteregulering en actief bijsturen van bepaalde markten. Ook binnen de

255 Degenen die contractsvrijheid als een rotsvast beginsel zien, plaats ik gemakshalve in dit kamp. Nader Van Boom 2020, p. 47 e.v.

256 In HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*) oordeelde de Hoge Raad dat in de precontractuele fase partijen in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan en rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Het is vast niet toevallig dat Brunner 1992, p. 94-95, alwaar hij de klassieke opvatting propageert, het arrest doodzwijgt.

257 Tjittes 1994, p. 246-247. Elders geeft Tjittes wel aan dat de kleine ondernemer die ‘(volstrekt) afhankelijk’ is van een grote ondernemer, bescherming kan verdienen (Tjittes 1994, p. 33). Vgl. Schelhaas 2018, p. 17.

258 Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 311 spreken van twee tradities: eerlijke mededinging als privaatrechtelijk concept veronderstelt bescherming van kleine ondernemers tegen de werking van de markt; de Europese regels willen er niet van weten vanuit de publiekrechtelijke traditie. Ik geloof niet dat dit de meest plausibele analyse is; het EU-recht laat het vooral aan lidstaten om sociale politiek te voeren op dit punt (zie bijv. Richtlijn 2011/83/EU (Consumentenrechten), preambule overweging 13 en art. 3 lid 2 Vo. 1/2003).

259 ‘De draai: van vrije markt naar sturende staat’, FD 11 juli 2020. Vgl. ook Baarsma 2019, die het verband toont tussen collectieve lastendruk en ‘modebewust marktwerkingsbeleid’.

vier hoeken van het speelveld die zijn afgepaald door het mededingingsrecht zien we verschuivingen, zowel op EU-niveau als op nationaal niveau. Zo is de voorzichtige bescherming op EU-niveau van mkb'ers tegen strategisch betalingsuitstel van machtiger debiteuren in ons land inmiddels verder aangescherpt; wetsvoorstel 35769 is de meest recente stap in die richting.²⁶⁰ En denk aan de Wet acquisitiefraude, die een stap in de richting is van het volledig kopiëren van de Wet oneerlijke handelspraktijken naar B2B-praktijken. Of aan de hierboven genoemde proliferatie van concepten uit het B2C-contractenrecht. Er gebeurt dus iets, ook in ons land. En de vergelijking met landen om ons heen laat zien dat verdere stappen niet ondenkbaar zijn. Bij het zetten van die stappen is volgens mij de uitdaging om (1) overtuigende rechtvaardigingsgronden voor regulerend optreden te formuleren en (2) een goede en dus effectieve wijze van reguleren te kiezen. Bescherming om het beschermen is namelijk niet overtuigend en bescherming die meer kwaad dan goed doet, ook niet.

6.3 Rechtvaardigingsgronden en reguleringskeuzes

Feit is dat er op verschillende plekken in ons recht soms een bijzondere positie wordt toegekend aan bepaalde bedrijfsmatig handelende partijen. Het verschil in marktmacht brengt ongelijkheid met zich mee en tegen die ongelijkheid wordt, zodra deze een bepaalde grens overschrijdt, soms bescherming geboden.²⁶¹ In algemene zin worden wat betreft contracteerpraktijken argumenten gebruikt als het bestaan van beperkte onderhandelingsmacht, beperkte deskundigheid, weinig alternatieve handelswijzen, posities vergelijkbaar met consumenten, enzovoort. Vaak wordt de rechtvaardigingsgrond voor bescherming niet diepgaand uitgewerkt of empirisch geanalyseerd,²⁶² zeker in vergelijking met de landen die ik in deze bijdrage onderzocht.

Voor het contractenrecht zien we een aanzet bij Schelhaas. Zij stelt weliswaar contractsvrijheid voorop maar meent dat als sprake is van een 'wezenlijke disbalans in de positie van partijen', het 'onvolmaakt functioneren van de contractsvrijheid, door financiële en/of economische afhankelijkheid van de sterke partij, en/of door niet een "gewoon" maar een *groot* kennis- en informatietekort', er grond is voor ingrijpen. Die wezenlijke disbalans staat voor Schelhaas gelijk aan gevallen van onevenredige bena-

260 *Kamerstukken II* 2020/21, 35769 (Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verkorten van de wettelijke betaaltermijn tot 30 dagen).

261 Vgl. Verkade 2011, p. 11. Zie ook over de fundamenteën van bescherming Pavillon, *preadvies*, par. 1.

262 Schelhaas 2018, p. 17 benoemt een aantal gevallen en komt tot de ontvullende conclusie dat de beschermingsgrondslag niet of nauwelijks geëxpliciteerd is. Voor België zie de verwijzingen bij De Pourcq 2018, p. 169-171, die de beperking tot KMO's (KMO is de afkorting voor mkb in het Vlaams, dat is 'kleine of middelgrote onderneming') overigens verwerpt.

deling.²⁶³ Zij verkent vervolgens drie manieren van differentiëren: per gevaltype door algemene regels, per categorie contractant en per individueel geval door de rechter. Uiteindelijk komt ze uit op de stelling dat elke natuurlijke persoon die handelt in uitoefening van beroep of bedrijf als consument moet worden behandeld, wat de aard van de transactie ook is omdat die partij vergelijkbaar is met een consument wat betreft kennis, kunde, onderhandelingspositie en grootte.²⁶⁴ Schelhaas lijkt hier af te stappen van het 'wezenlijke disbalans'-criterium en vooral de menselijke gelijkenis met consumenten voorop te stellen.

Dat het verkennen van rechtvaardigingsgronden voor bescherming belangrijk is, volgt uit het feit dat sommige beschermingsregels een zwakke basis blijken te hebben.²⁶⁵ Een heldere grondslag is toch wel nodig, lijkt mij, om regulerend ingrijpen te rechtvaardigen.

De regeling van de beknelde tussenschakel in artikel 6:244 BW is een voorbeeld waarin die grondslag niet helder is. Met een beroep op artikel 6:244 BW kan deze tussenschakel een beding in algemene voorwaarden dat hem was opgelegd door zijn voorschakel, buiten werking stellen als er een nauwe samenhang bestaat met een beding dat de tussenschakel op zijn beurt weer had bedongen tegenover zijn wederpartij, en deze laatste dat beding heeft weten te vernietigen. Denk aan een risico-overdrachtsclausule bedongen door fabrikant A tegenover groothandel B, die dit beding op zijn beurt oplegt aan detailhandel C. Als C het beding weet te vernietigen, kan B vervolgens het beding van A vernietigen 'voor zover een beroep op dat beding onredelijk zou zijn wegens de nauwe samenhang' met het door C vernietigde beding. Afgezien van het feit dat het artikel aldus geformuleerd overbodig is ten opzichte van de open normen van artikel 6:233 aanhef en onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW, rijst de vraag wat de rechtvaardigingsgrond is voor het ontzetten van de beknelde tussenschakel. We zijn geneigd te denken aan de beknelde detaillist, maar het artikel is daartoe niet beperkt; artikel 6:244 BW legt risico's terug van de 'minst machtige' naar de 'machtigste' in de keten (zie immers lid 4),²⁶⁶ met als ratio dat beknelling in de keten onwenselijk is.²⁶⁷ Maar waarom is dat eigenlijk zo? En als beknelling onwenselijk is, waarom alleen wat betreft algemene voorwaarden en niet algemener elke contracteerpraktijk?

263 Schelhaas 2018, p. 20-21.

264 Schelhaas 2018, p. 32.

265 Ook het omgekeerde, de uitsluiting van bescherming, kan zonder al te veel denkwerk plaatsvinden. De regeling van art. 6:235 lid 1 BW is daar een voorbeeld van; zie hierna.

266 Als het beroep op art. 6:244 BW steeds slaagt (let wel: bij elke stap terug in de keten moet de 'onredelijkheid wegens nauwe samenhang' komen vast te staan, dus de vernietiging is niet zonder meer mogelijk), keert het risico terug bij de de originator van het beding. In zoverre wordt niet over de diverse schakels *verdeeld* zoals Asser/Sieburgh 6-III 2018/508 suggereert.

267 Vgl. ook art. 7:25 BW dat beknelling bij consumentenkoop van een gebrekkig product probeert tegen te gaan.

Er bestaan verschillende verklaringen voor het *ontstaan* van onevenwicht. Die kunnen verschillende rechtvaardigingsgronden voor interventie opleveren. In de literatuur zien we geregeld het onderscheid tussen gronden gelegen in onevenwicht door transactiekosten en gronden gelegen in onevenwicht door onderhandelingsmacht, zoals bijvoorbeeld bij relatieve marktmacht het geval kan zijn.

Het bestaan van transactiekosten – zoals de kosten van onderhandelen of de kosten van het bestuderen van voorwaarden – maakt dat een van beide partijen een voordeel weet te bereiken dat bij uitgebreide onderhandeling waarschijnlijk zou zijn weggevallen. We zien dit bij algemene voorwaarden: die reduceren onderhandelingskosten aan beide zijden; uiteraard is dat in het voordeel van de gebruiker maar het kan ook in het voordeel van de wederpartij zijn. Diens ‘besparing’ is met name belangrijk als het gaat om overeenkomsten die voor de wederpartij niet tot de kern van de bedrijfsvoering behoren. Als de ‘besparingen’ echter niet gelijkelijk verdeeld zijn over partijen, kan daarin een grond voor toetsing van de eerlijkheid van de contracteerpraktijken gelegen zijn. De bijzondere behandeling die de ‘bedrijfsvreemde’ overeenkomst in sommige landen krijgt, is hierop gegrond.²⁶⁸

Gaat het om een overeenkomst die voor de wederpartij juist wel tot de kern van zijn bedrijfsactiviteit behoort,²⁶⁹ dan zullen transactiekosten niet snel de oorzaak zijn van gebrek aan evenwicht. Waarschijnlijker is dan dat een verschil in relatieve macht de oorzaak is en onderhandelen over de voorwaarden neemt deze oorzaak niet weg. Een eventuele behoefte aan bescherming tegen deze macht zal niet via de regeling van algemene voorwaarden maar via het marktpraktijkenrecht in ruimere zin moeten worden vervuld omdat de macht niet alleen neerdaalt in de gehanteerde algemene voorwaarden. Deze behoefte aan bescherming tegen marktmacht is een sociaal doel dat de markt niet zomaar op eigen kracht kan bereiken en dus zal een transparante rechtspolitieke keuze nodig zijn die in beleid, wet en rechtspraak wordt omgezet.²⁷⁰

268 In sommige landen wordt het begrip ‘consument’ opgerekt om ook natuurlijke personen die weliswaar in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen maar een bedrijfsvreemde transactie aangaan (wat dat ook moge betekenen) te beschermen als waren zij consument. In Frankrijk werd het begrip ‘non-professionel’ voor dat doel gebruikt.

269 Het onderscheid tussen activiteiten die wel en niet tot de kern van de bedrijfsvoering horen, is in abstracto wellicht aansprekend maar in concreto lang niet altijd goed te maken. Ik zou dus niet willen bepleiten dat dit per definitie een vast criterium moet zijn; wel kan het als factor worden meegewogen, lijkt mij.

270 Over sociale doelen, zoals het voorkomen van uitbuiting en het borgen van een adequate sociale bescherming (vgl. art. 9 VWEU), zie nader Van Boom 2020, p. 148.

Een voorbeeld. Als we zouden zien dat kleine detailhandels in de binnensteden in een bepaalde branche het afleggen tegen grote winkelketens in dezelfde branche omdat deze de mededingingspraktijk van prijsdumping (roofprijzen, *predatory pricing*, verkoop met verlies) bedrijven, terwijl we het voortbestaan van kleine detailhandels in onze binnensteden van belang vinden voor de leefbaarheid van de binnensteden, dan is dát de rechtvaardigingsgrond voor regulerend ingrijpen. Welk instrument dan een goede manier oplevert om te reguleren, is een heel andere vraag. Of een verbod op prijsdumping het verschil gaat maken en de redding van de kleine detailhandel zal zijn, is dus zo'n andere vraag.

Verskil in relatieve macht kan ook gelegen zijn in het feit dat een van beide partijen een natuurlijke persoon pleegt te zijn terwijl de andere partij een rechtspersoon pleegt te zijn. Natuurlijke personen die in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen, kunnen namelijk minder terugvallen op de voordelen van een organisatievorm met schaalgrootte die vanwege die grootte ook minder cognitieve beperkingen kent.

Het enkele verschil tussen natuurlijke personen en rechtspersonen lijkt echter onvoldoende reden om te differentiëren in bescherming. In de literatuur wordt wel geopperd dat zzp'ers dezelfde bescherming verdienen als consumenten,²⁷¹ maar ik vraag me af of het label zzp genoeg reden is om die bescherming te geven. Of iemand zijn beroep of bedrijf uitoefent als natuurlijke persoon of juist gehuld in een mantel van rechtspersoonlijkheid, heeft vanuit civielrechtelijke optiek namelijk nogal arbitraire want vaak fiscale oorzaken. En als we zzp'ers als bijzondere groep beschermen, moeten we dan niet in het nadeel van de zzp'er laten wegen dat hij mede om fiscale redenen geen rechtspersoonlijkheid aanneemt?

Denkbaar is dat men bij natuurlijke personen meer rekening houdt met het gegeven dat ze meer mens en minder rechtspersoon zijn en dat hun bedrijfsbeslissingen dus mogelijk niet optimaal geïnformeerd en door rationele afweging van kansen en bedreigingen tot stand komen. Tot op zekere hoogte biedt het algemene raamwerk van de Wet acquisitiefraude de mogelijkheid om hier rekening mee te houden. Als er structurele problemen in bepaalde markten spelen, dan ligt het voor de hand om specifieke regels te introduceren.

Een voorbeeld: als onderzoek aantoont dat franchisenemers over het algemeen natuurlijke personen zijn en dat zij door hun cognitieve vooringenomenheden in het onderhandelingsproces met de franchisegever vrijwel altijd te optimistisch zijn over omzetkansen, zich te weinig verdiepen in de onderliggende *businesscase* en zich dus in het pak laten naaien door de franchisegever, moet het recht dan iets met die feiten?²⁷²

271 Zie de argumenten voor en tegen bij Schelhaas 2018, p. 32-33.

272 Vgl. Emerson & Hollis 2019.

Denkbaar is, zoals de Wet franchise doet, dat de wet op de wederpartij verplichtingen legt rondom informeren, verifiëren en waarschuwen.

Een gangbare manier om relatieve macht te modelleren, is het gebruik van kwantitatieve grenspalen: een onderneming is groot of klein volgens een relatieve of absolute maatstaf²⁷³ – denk aan omzetgetallen, aantallen werknemers – en dat is een prima manier om te modelleren zolang er genoeg empirische aanknopingspunten zijn. Als de grenspaal op een volstrekt arbitraire wijze in de grond wordt geslagen, ontbeert deze autoriteit en ontstaan grensgeschillen. Een flexibele manier om hiermee om te gaan is het instrument van reflexwerking, dat het mogelijk maakt om per analogie regels buiten het strikte toepassingsbereik toe te passen als de overeenkomsten tussen de niet-bestreken gevallen en de wel bestreken gevallen groter zijn dan de verschillen.

De grens die artikel 6:235 BW trekt tussen ‘grote’ en ‘kleine’ ondernemingen is niet alleen arbitrair (bijv. omdat absolute omzetgetallen bij een generieke regeling niet zo zinvol zijn als men ze niet afzet tegen het balanstotaal).²⁷⁴ Die grens is ook futiel omdat met artikel 6:248 lid 2 BW in essentie vaak hetzelfde bereikt kan worden als met artikel 6:233 aanhef en onder a BW. Artikel 6:235 lid 1 BW dient mijns inziens te worden geschrapt; het absolute criterium voor ‘grote’ versus ‘kleine’ wederpartijen is arbitrair en miskent de kern van toetsing aan artikel 6:233 aanhef en onder a BW. De rechter is prima in staat om met gebruikmaking van die open norm de hoedanigheid van de partijen te wegen.

Bij dit alles valt te bedenken dat bij het ontwikkelen van de normstelling en handhavingswijzen onderscheid tussen generieke en specifieke maatregelen gemaakt kan worden. Als jurist zijn we misschien geneigd om eerst naar het vakgebied te kijken (‘is het mededingingsrecht of privaatrecht?’) en de inpassing van gekozen oplossingen binnen die vakgebieden, maar daaraan vooraf gaat natuurlijk de vraag of het probleem serieus genoeg is om aangepakt te worden. Komt het probleem incidenteel voor en is de sociaal-economische impact niet bijzonder groot, dan kan een open gedragsnorm – al dan niet gecombineerd met een lijst van verdachte praktijken²⁷⁵ – met een door de rechter toegepast ex-posthandavingsinstrument zinvol zijn. Het gros van de regels van het marktpraktijkenrecht is in deze categorie te plaatsen. Is het probleem groot en maatschappelijk

273 Richtlijn 2019/633 is een voorbeeld van de toepassing van een relatieve maatstaf (zie hiervoor par. 4.2); meestal wordt echter gebruikgemaakt van absolute en statische maatstaven (bijv. art. 6:235 lid 1 BW, art. 6:119a lid 6 BW).

274 Vgl. Schelhaas 2018, p. 33.

275 De vrees voor willekeur, discussie, afgrenzingsproblemen en verlies van flexibiliteit door te werken met lijsten van bedenkelijke praktijken (Drion 2021) deel ik geloof ik niet.

ontwrichtend, dan is wellicht een sectorspecifiek kader voor regulering, met een toezichthouder die ingrijpende ex-antebevoegdheden heeft, een betere optie. Die aanpak zien we bij sectorale regulering zoals bij platforms.

6.4 Rondvraag

Ik kom aan een afronding. Zoals ik aan het begin al aankondigde: veel bleef onbesproken in deze bijdrage. Wat in deze bijdrage niet of nauwelijks aan de orde kwam, zijn bijvoorbeeld handavingsvraagstukken. Daarover vallen veel vragen te stellen. Grote verschillen in onderhandelings- en doorzettingsmacht tussen partijen kunnen ertoe leiden dat gemaakte afspraken eenzijdig kunnen worden veranderd, dat de minder machtige partij in een *squeeze* terechtkomt en dat het juridisch gelijk halen leidt tot *delisting*. Hoeveel effectiviteit kan worden verwacht van handhaving van regels die ongeoorloofde marktpraktijken vooral via individueel privaatrechtelijk procederen willen aanpakken? Het handhavingstekort wordt onderkend in binnen- en buitenland, en daarom worden alternatieven voor de civiele procedure beproefd, van ADR tot adviescommissies en toezichthouders met bestuursrechtelijke bevoegdheden die zich tegen het contract aan bemoeien. Er wordt zelfs serieus gespeeld met het idee om bij de ACM een anonieme kliklijn voor mkb'ers in te richten om ondernemingen die betaaltermijnen niet naleven, aan te geven.²⁷⁶ In nader empirisch onderzoek zou bijvoorbeeld de vraag kunnen worden gesteld welke van deze alternatieven werken en wat de verklarende factoren voor die werkzaamheid zijn.

Van de vragen die in deze bijdrage niet zijn beantwoord, maar die zeker nadere bestudering verdienen, noem ik hier nog de volgende. Het kan nuttig zijn om de lijsten van bedenkelijke praktijken die in de voorgaande paragrafen de revue passeerden, aan een nadere analyse te onderwerpen. Ik signaleer wel bij wijze van voorbeeld een drietal interessante kwesties die mijns inziens uit het voorgaande voortvloeien:

- Een van de praktijken die op het netvlies staan bij beleidsmakers op nationaal en EU-niveau is de oneigenlijke risico-overdracht.²⁷⁷ Die overdracht kan op officiële wijze geschieden, via het contract, of op minder officiële wijze, namelijk door oneigenlijke handelspraktijken waarbij het contract eenzijdig wordt veranderd. Nader onderzoek zou nodig zijn naar de vraag of 'oneigenlijke' risico-overdrachten eenvoudig te onderscheiden zijn van 'eigenlijke' overdracht (zo ongeveer elk

²⁷⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35769, nr. 3, p. 11.

²⁷⁷ Zie bijv. De Pourcq 2018, p. 37.

contract impliceert immers een allocatie van risico's), en zo ja, of daar een handzame regel aan valt vast te knopen.

- De rauwelijkse eenzijdige beëindiging van bestendige overeenkomsten (de *rupture brutale* zoals de Fransen het noemen²⁷⁸) kwamen we in verschillende vormen tegen: *delisting*, *blacklisting*, achteraf aansturen op een breuk. Onze rechtspraak op de toetsing van opzegging van duurovereenkomsten kan hier goed op aansluiten, maar deze praktijken spelen vaak ook nét buiten het contractuele kader. Dat pleit voor de ontwikkeling van het leerstuk in het marktpraktijkenrecht en niet exclusief in het contractenrecht.
- Ook kan het verband met bescherming tegen situationele afhankelijkheid worden uitgediept; een rechtsverhouding kan zo verduurzaamd zijn geraakt door tijdsverloop en verzonken kosten, dat een partij afhankelijk is geworden van de wederpartij (en misschien ook wel omgekeerd). Dat probleem overstijgt de 'groot vs. klein'-tegenstelling; IT-contracten waarin een bedrijf op maat gemaakte netwerkapplicaties laat ontwerpen en bouwen, zijn notoir in dit opzicht.²⁷⁹ Het is in het klein een vergelijkbaar probleem als speelt bij grote techplatforms: te grote afhankelijkheid, te hoge prijzen, geen reële overstapmogelijkheden. Welke gedragsregels zijn daar passend bij, in het licht van wat in het buitenland aan regels bestaat die tegenwicht bieden aan relatieve marktmacht en in het bijzonder situationele afhankelijkheid?

Er valt dus genoeg vervolgonderzoek te verrichten. Ten slotte nog dit. Een aparte wet op 'mededingingspraktijken' zoals in naburige landen bestaat, kennen we niet. Eerder schreef ik dat het er wel op begon te lijken dat een apart rechtsgebied ontstaat, naast dat van de B2C-handelspraktijken, namelijk dat van wat ik nu noem het B2B-marktpraktijkenrecht.²⁸⁰ De wens was waarschijnlijk de vader van de gedachte, want de waarheid is dat van ordening nog niet echt sprake is. Hopelijk kan deze bijdrage een aanzet geven tot die ordening.

278 Frans recht verbiedt het rauwelijks beëindigen van bestendige duurovereenkomsten (*rupture brutale*) zonder schriftelijk medegedeelde, dragende grond die rekening houdt met de duur van de commerciële relatie en handelsgebruiken. Art. L 442-1-II Code de Commerce. Zie nader Vogel & Vogel 2020.

279 Zie bijv. ACM, *Marktordening informatiesystemen en gegevensuitwisseling in de ziekenhuiszorg – Update ACM* (juni 2021). Vgl. 'De wurgreep van de softwarereuzen', FD 5 oktober 2019; 'IT-leverancier Oracle claimde miljarden bij Rijksoverheid', FD 15 oktober 2019; 'Publieke instellingen hard in aanvaring met IT-bedrijven', FD 15 oktober 2019; 'Bij cio's is geest uit de fles over wurgcontract', FD 18 oktober 2019; 'Ziekenhuizen in opstand tegen "gedwongen" gang naar cloud', FD 12 november 2019.

280 Van Boom 2018, p. 281.

Verkort aangehaalde literatuur

ACM 2016

ACM, *Grote platforms, grote problemen? Een beschouwing van online platforms vanuit mededingingsperspectief*, Den Haag: Autoriteit Consument en Markt 2016.

Akerlof & Shiller 2015

G.A. Akerlof & R.J. Shiller, *Phishing for Phools – The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton: Princeton University Press 2015.

Akman 2021

P. Akman, 'A Web of Paradoxes – Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets', SSRN paper 2021, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835280.

Akman & Garrod 2011

P. Akman & L. Garrod, 'When are excessive prices unfair?', *J of Competition Law & Ecs* 2011, nr. 2, p. 403-426.

Asser/Sieburgh 6-III

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 6-III. Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Baarsma 2019

B. Baarsma, 'Markt meester', *M&M* 2019, afl. 6, p. 221-222.

Baneke & Bremmer 2018

M. Baneke & L.L. Bremmer, 'Inkoopmacht platforms: wel macht, geen inkoop?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2018, afl. 5-6, p. 52-58.

Beater 2011

A. Beater, *Unlauterer Wettbewerb*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Behrens e.a. 2018

C. Behrens, C. Koopmans, E. van den Berg, G. de Jong, N. Rosenboom & V. van Spijker, *Eén prijs voor bestelmaaltijden? Gebruik en effecten van smalle pariteitsclausules in de markt voor bestelmaaltijden* (rapport i.o.v. Ministerie van EZK), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2018.

Behrens & Witteman 2019

C. Behrens & J. Witteman, *Platforms. Quicksan van economische en maatschappelijke effecten* (SEO-rapport 2019-91), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2019.

Van den Bergh 2017

R.J. van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2017.

Bernasek & Mongan 2015

A. Bernasek & D.T. Mongan, *All You Can Pay: How companies use your data to empty your wallets*, New York: Nation Books 2015.

Biemans & Castermans 2017

J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (Pre-adviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Bijloo 2021

W.M. Bijloo, 'Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (WOH)', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2021, afl. 1, p. 5-8.

Bishop & Walker 2010

S. Bishop & M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London: Sweet & Maxwell 2010.

Van Bochove 2013

L. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractbreuk* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Böhm 1933

F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf* (Nachdruck 2010), Baden-Baden: Nomos 1933.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007/16, p. 982-991.

Van Boom 2010

W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming: een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010.

Van Boom 2018

W.H. van Boom, 'Handelspraktijken van supermarkten tegenover leveranciers', *TvC* 2018, afl. 6, p. 277-283.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2020a

W.H. van Boom, 'Letsel en verzekering: uitleg en inhoudstoetsing van algemene verzekeringsvoorwaarden', *Verkeersrecht* 2020/57, p. 98-108.

Van Boom e.a. 2014

W. van Boom, A. Garde & O. Akseli, 'Introduction', in: W. van Boom e.a. (red.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Aldershot: Ashgate Publishing 2014, p. 1-20.

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner, A.H.T. Heisterkamp, J.H.A. Lokin, W.H.M. Reehuis & W.J. Zwolve (red.), *Rechtsvin- ding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 78-100.

Van de Bunt & Huisman 2009

H.G. van de Bunt & K. Huisman, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Busch 2021

C. Busch, *Regulation of digital platforms as infrastructures for services of general interest* (FES WISO Diskurs 09/2021), Friedrich-Ebert-Stiftung 2021.

Busch e.a. 2021

C. Busch, I. Graef, J. Hofmann & A. Gawer, *Uncovering blindspots in the policy debate on platform power* (Final report Expert Group for the Observatory on the Online Platform Economy), Brussels: European Commission 2021.

Cafarra & Morton 2021

C. Cafarra & F.S. Morton, 'The European Commission Digital Markets Act: A translation', 2021, voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation.

Canoy & Hellingman 2018

M. Canoy & K. Hellingman, 'De Mededingingswet en de onderkant van de arbeidsmarkt', *M&M* 2018, afl. 5, p. 184-193.

Cauffman 2018

C.A.N.M.Y. Cauffman, 'Biedt het mededingingsrecht een recht op (effectieve) toegang tot platformen? Uitsluitingsstrategieën van dominante platformen', *SEW* 2018, afl. 12, p. 497-511.

Claassen 2020

R. Claassen, *Private eigendom, publieke macht. Op weg naar een nieuw feodalisme?* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Claassen & Gerbrandy 2016

R. Claassen & A. Gerbrandy, 'Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach', *Utrecht L. Rev.* 2016, afl. 1, p. 1-15.

Claeys & Tanghe 2019

I. Claeys & T. Tanghe, 'De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke handelspraktijken (Deel 1 en Deel 2)', *Rechtskundig Weekblad* 2019, afl. 10, p. 323-345; p. 363-379.

Combe 2020

E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Paris: Dalloz 2020.

Cortez 2014

N. Cortez, 'Regulating Disruptive Innovation', *Berkeley Technology L.J.* 2014, p. 175-228.

Daskalova 2018

V.I. Daskalova, 'Oneerlijke platform-to-business-handelspraktijken: oude kwesties, nieuwe regelgeving', *SEW* 2018, afl. 12, p. 485-496.

Daskalova 2019

V. Daskalova, 'The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?', *J of Eur Competition L & Practice* 2019, nr. 5, p. 281-296.

Devroe e.a. 2020

W. Devroe, B. Keirsbilck & E. Terryn (red.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties. Mededinging, misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke handelspraktijken*, Antwerpen: Intersentia 2020.

Van Dijck e.a. 2016

J. van Dijck, T. Poell & M. de Waal, *De platform samenleving. Strijd om publieke waarden in een online wereld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

Dommering 2019

E. Dommering, *De Europese informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019.

Drion 2021

C.E. Drion, 'Contractsvrijheid tussen ondernemers op de tocht?', *NJB* 2021/1974, p. 2193.

Dyal-Chand 2015

R. Dyal-Chand, 'Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System', *Tulane Law Review* 2015, nr. 2, p. 241-309.

Emerson & Hollis 2019

R.W. Emerson & S.A. Hollis, 'Bound by Bias? Franchisees' Cognitive Biases', *Ohio State Business L.J.* 2019, nr. 1, p. 1-61.

Van Engelen 1994

T.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Eucken 1952

W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern/Tübingen: Francke/Mohr 1952.

Felderhof & Rozenbroek 2019

L.E. Felderhof & M.P.C. Rozenbroek, 'Een gelijk speelveld in de online platformeconomie?', *NtEr* 2019, afl. 5-6, p. 142-148.

Gerards 2019

J.H. Gerards, 'Grondrechten in de platformeconomie', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick (red.), *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 95-197.

Gerber 1998

D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford: Oxford University Press 1998.

Gerbrandy 2016

A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig mededingingsrecht', *M&M* 2016, afl. 3, p. 102-112.

Gerbrandy 2018

A. Gerbrandy, *Conceptualizing Big Tech as 'Modern Bigness' and its implications for European Competition Law. Submission in reaction to the Call for Contributions. Shaping competition policy in the era of digitalization*, Brussels: European Commission 2018.

Gerbrandy 2019a

A. Gerbrandy, 'Mededingingsrecht in de schijnwerpers', *M&M* 2019, afl. 1, p. 1-3.

Gerbrandy 2019b

A. Gerbrandy, 'Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution', *Journal of Common Market Studies* 2019, nr. 1, p. 127-142.

Gerbrandy 2020

A. Gerbrandy, 'Global Challenges, Big Tech and Legal Responses', in: M. Bovens & M. Düwell (red.), *The Open Society and Its Future* (Think Paper Series #1), Utrecht: Institutions for Open Societies, Utrecht University 2020, p. 17-26.

Gerbrandy & De Vries 2020

A. Gerbrandy & S.A. de Vries, 'Het mededingingsrecht en de consument', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 527-556.

Gersdorf & Paal 2021

H. Gersdorf & B.P. Paal, *Informations- und Medienrecht – Kommentar*, München: Beck 2021.

Glöckner 2017

J. Glöckner, 'Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2017, p. 416-434.

Glöckner 2019

J. Glöckner, 'Control of Relative Market Power in Competition Law. An Instrument to Implement the Unfair Trading Practices Directive?', *M&M* 2019, afl. 4, p. 136-145.

Gloy e.a. 2019

W. Gloy, M. Loschelder & R. Danckwerts, *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, München: Beck 2019.

Götting e.a. 2020

H.-P. Götting, J. Meyer & U. Vormbrock, *Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2020.

Grewe 2020

M. Grewe, *Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument* (diss. Freiburg), Baden-Baden: Nomos 2020.

Hage 2017

C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hanemaaijer 2020

K. Hanemaaijer, 'Zorgplichten van online platforms ter voorkoming van misleiding. De consequenties van een verschuivend consumentenbeeld en platformbeeld', in: S.D. Lindenbergh, F.M. Ruitenbeek-Bart & I. Tillema (red.), *Belangenrijk burgerlijk recht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 145-182.

Harari 2018

Y.N. Harari, *21 Lessons for the 21st Century*, London: Vintage 2018.

Hayek 1944

F.A. Hayek, *The Road to Serfdom* (reprint ed. 2001), Routledge 1944.

Hessel 2017

B. Hessel, 'Het toekomstbestendig mededingingsrecht kan bijdragen aan het concretiseren van de sociale markteconomie van de EU', *SEW* 2017, afl. 9, p. 356-366.

Hijma 2016

J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2016.

De Hoon 2005

M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

De Hoon & Van Doorn 2013

M.W. de Hoon & C.J.M. van Doorn, 'Inkoopmacht in de supermarktbranche: het civielrechtelijk perspectief', *NTBR* 2013/6, p. 223-229.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Houdijk 2009

J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Huisman e.a. 2009

K. Huisman, H.G. van de Bunt, H. van Eeren, I.J.J. Kwaspen & I.M. Boer, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (WODC Rapport 1768), Rotterdam/Den Haag: Erasmus Universiteit Rotterdam/WODC 2009.

Jongeneel 2017

R.H.C. Jongeneel, 'Zestig dagen max. Een uiterste betaaltermijn voor grote ondernemingen', *NJB* 2017/1855, p. 2457-2461.

Keirsbilck 2011

B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford|Portland: Hart Publishing 2011.

Keirsbilck & E. Terry 2020

B. Keirsbilck & E. Terry (red.), *Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain. Implications of Directive (EU) 2019/633*, Cambridge: Intersentia 2020.

Keurentjes 1986

R.B.M. Keurentjes, *Agressieve handelspraktijken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1986.

Khan 2017

L.M. Khan, 'Amazon's Antitrust paradox', *Yale L.J.* 2017, p. 710-805.

Kohlen e.a. 2021

J. Kohlen, M. van de Sanden & M. Cox, "Rebooting" het mededingingsrecht – ook het mededingingsrecht ontsnapt niet aan de digitale transitie. Over digitale platforms, ex-anteregulering en toegangsverplichtingen in het concentratietoezicht', *M&M* 2021, afl. 1, p. 6-14.

Koolhoven 2020

R. Koolhoven, 'De deeleconomie', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 69-98.

Körber e.a. 2020

T. Körber, H. Schweitzer & D. Zimmer, *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht* – Bd. 2, München: Beck 2020.

Kreiczer-Levy 2019

S. Kreiczer-Levy, *Destabilized Property. Property Law in the Sharing Economy*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

Kulk 2020

S. Kulk, 'Platformaansprakelijkheid – van “notice and takedown” naar algoritmisch toezicht', *NtEr* 2020, afl. 5-6, p. 132-140.

Leistner 2007

M. Leistner, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb – eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Lindeboom 2020

J. Lindeboom, 'Concurrentie en de rol van het recht', *AA* 2020, p. 652-662.

Loos 2018

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Loos & Van Boom 2010

M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010.

Loyer-Bouez e.a. 2019

D. Loyer-Bouez, S. Beauvais, S. Claude-Fendt, B. Joret, J.-M. Macqueron, L. Paudrat, C. Ribreau, M. Vandeveld & V. Vélin, *Mémento Pratique Concurrency Consommation* 20, 2019.

Van Maanen 1986

G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986.

Mak 2018

V. Mak, 'Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?', *AA* 2018, p. 664-671.

Mak 2019

V. Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation* (Preadviezen 2019 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69-98.

Mak 2020

V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Mak 2021

V. Mak, 'Contracteren in de platformeconomie. De derde-aanbieder als zwakke partij', *MvV* 2021, afl. 2, p. 57-63.

Mak & Schemkes 2020

V. Mak & F. Schemkes, *Onderzoekstudie rondom consumentenbeleid in de digitale economie* (rapport in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), Tilburg: Tilburg University 2020.

Mak & Schemkes 2021

V. Mak & F. Schemkes, "With great power comes great responsibility". De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716, p. 746-754.

Malaurie-Vignal 2020

M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris: Sirey 2020.

Mestmäcker 2019

E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019.

Micklitz 2018

H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law – Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

Mok 2004

M.R. Mok, *Kartelrecht I – Nederland*, Deventer: Kluwer 2004.

Niels e.a. 2016

G. Niels, H. Jenkins & J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Norman 2018

J. Norman, *Adam Smith: What He Thought, and Why it Matters*, London: Allen Lane/Penguin 2018.

Pavillon 2019

C.M.D.S. Pavillon, 'De zzp'er verdient betere bescherming maar welke bescherming precies? Een pleidooi voor de aanpassing van titel 6.3.4 BW', *TvC* 2019, afl. 3, p. 102-105.

Petit 2020

N. Petit, *Big tech & the digital economy. The oligopoly scenario*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Petit 2021

N. Petit, 'The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review', *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, p. 1-7.

Peukert 2008

A. Peukert, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip* (Hab. München), Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

Picod 2007

Y. Picod (red.), *Le Code de Commerce: son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale*, Perpignan: P.U.P. 2007.

Podszun & Kreifels 2016

R. Podszun & S. Kreifels, 'Digital Platforms and Competition Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, p. 33-39.

Podszun & Kreifels 2018

R. Podszun & S. Kreifels, 'Data and competition law', in: V. Mak e.a. (red.), *Research handbook in data science and law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 183-213.

De Pourcq 2018

S. De Pourcq, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2018.

De Pourcq 2019

S. De Pourcq, 'Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden', *Revue de Droit Commercial Belge/Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2019, p. 642-665.

Radeideh 2005

M. Radeideh, *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Ranchordás 2018

R.H. Ranchordás, 'Regulering in de nieuwe economie: een inleiding', *SEW* 2018, afl. 12, p. 480-484.

Robertson 2020

V.H.S.E. Robertson, *Competition Law's Innovation Factor. The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Oxford: Hart Publishing 2020.

Rosenboom e.a. 2021

N. Rosenboom, A. den Boer & L. Damstra, 'Kroniek economie in het mededingingsrecht 2020', *M&M* 2021, afl. 2, p. 51-61.

Rössner 2015

P.R. Rössner, *Martin Luther: On Commerce and Usury (1524)*, London: Anthem Press 2015.

Ruitinga 1982

D.P. Ruitinga, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten: een studie naar Frans, Amerikaans en Nederlands recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1982.

Sauter 2019

W. Sauter, 'Online uitbuiting van consumenten voorkomen: een zorgplicht voor dominante ondernemingen?', *M&M* 2019, afl. 3, p. 105-111.

Schaub 2020

M.Y. Schaub, *Onlineplatformen* (Mon. Privaatrecht 19), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Schebesta e.a. 2018

H. Schebesta, K.P. Purnhagen, B. Keirsbilck & T. Verdonk, 'Unfair Trading Practices in the Food Chain: Regulating Right?', *Wageningen Working Papers in Law and Governance* 2018, p. 1-16.

Schelhaas 2018

H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Schrepeel 2021

T. Schrepeel, 'Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law', *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, p. 1-3.

Schrijen 2018

M.A.H. Schrijen, 'Het mededingingsrecht inzetten ter voorkoming van excessieve medicijnprijzen – een heilzame weg?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2018, afl. 8, p. 25-31.

Slagter 1963

W.J. Slagter, 'Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja, welke?', in: H. van der Linden & W.J. Slagter, *Preadviezen NJV 1963* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1963-Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 1-279.

Von Stechow 2002

H. von Stechow, *Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896* (diss. Bayreuth), Berlin: Dunckler & Humblot 2002.

Streep 2018

N. Streep, 'De eigendom voorbij? Juridische aspecten van crowdownership en andere opkomende fenomenen', *AA* 2018, p. 612-619.

Sturris & Neppelenbroek 2018

N. Sturris & E. Neppelenbroek, 'De vermogensrechtelijke positie van de muzikkliefhebber in tijden van iTunes en Spotify', *AA* 2018, p. 590-600.

Stuyck & Keirsbilck 2019

J. Stuyck & B. Keirsbilck, *Handelspraktijken en contracten met consumenten* (Beginselen van Belgisch Privaatrecht deel XIII Handels- en economisch recht. 2 Mededingingsrecht A – Handelspraktijken en contracten met consumenten), Mechelen: Wolters Kluwer België 2019.

Stuyck & Keirsbilck 2019a

J. Stuyck & B. Keirsbilck, 'De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar', *SEW* 2019, afl. 9, p. 374-394.

Terryn 2020

E. Terryn, 'Hoe het consumentenrecht het ondernemingsrecht inspireert: voortaan ook controle van contractvoorwaarden tussen ondernemingen in België', *TvC* 2020, afl. 1, p. 2-5.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Vandermeersch 2020

D. Vandermeersch, 'De nieuwe Belgische Mededingingswet', *SEW* 2020, afl. 2, p. 54-69.

Vedder & Appeldoorn 2019

H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, *Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2019.

Verkade 1986

D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Verkade 2011

D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011.

Verkade 2019

D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame* (Mon. BW B49b), Deventer: Kluwer 2019.

Vogel 2016

L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique* (Ripert/Roblot *Traité de droit des affaires* Tome 1), Paris: LGDJ 2016.

Vogel & J. Vogel 2020

L. Vogel & J. Vogel, *La rupture brutale du relations commerciales établies*, Paris: LawLex/Bruylant 2020.

Vogel & J. Vogel 2020a

L. Vogel & J. Vogel, *Le Déséquilibre Signicatif*, Paris: LawLex/Bruylant 2020a.

De Vrey 2005

R.W. De Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*, Leiden: Brill 2005.

De Vries 2021

F.J. de Vries, 'Ongevraagde acquisitie ten opzichte van kleine ondernemers', *NTBR* 2021, p. 239-242.

Weber 2014

F. Weber, *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law. A Comparative Analysis of Package Travel and Misleading Advertising*, Aldershot: Ashgate 2014.

Weber & Faure 2015

F. Weber & M. Faure, 'The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *European Review of Private Law* 2015, nr. 4, p. 525-550.

SER 2020

SER Commissie Platformeconomie en werk, *Hoe werkt de platformeconomie?*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad (SER) 2020.

Wessels & Jongeneel 2017

B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Whish & Bailey 2018

R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Wilterdink 2015

N. Wilterdink, *Vermogensongelijkheid in Nederland*, Amsterdam: Van Gennep 2015.

Wurmnest 2012

W. Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.

