

Het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht

Het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht

Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2024

Mr. B.J. Drijber
Prof. mr. V. Mak

Zutphen 2024



UITGEVERIJ *Paris*

Het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht

ISBN 978-94-6251-365-5
NUR 822

© 2024 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/stichtingen/stichting-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.

Inhoudsopgave

	Naar een meer symbiotische relatie tussen unierecht en nationaal vermogensrecht – Mr. B.J. Drijber / 9
1	Inleiding / 10
2	Sanctionering van schendingen in het consumentencontractenrecht / 13
2.1	Inleidende opmerkingen / 13
2.2	Oneerlijke bedingen / 17
2.2.1	Ambtshalve toetsing oneerlijkheid contractuele bedingen / 17
2.2.2	De ‘gevolgenrechtspraak’ en de ‘terugvalproblematiek’ / 22
2.2.3	De relevantie en het potentieel van het evenredigheidsbeginsel / 25
2.2.4	Slotopmerking / 28
2.3	Informatieplichten / 29
2.3.1	Strikte uitleg informatieplicht over herroepingsrecht en betalingsverplichting / 29
2.3.1.1	Informatieplicht over het herroepingsrecht van de consument / 29
2.3.1.2	Informatieplicht over de betalingsverplichting van de consument / 31
2.3.2	Ambtshalve toetsing naleving informatieplichten / 33
2.3.3	Gevolgen schending informatieplicht bestelknop / 34
2.3.4	Slotopmerkingen / 37
3	Europees aansprakelijkheidsrecht: privacyclaims / 37
3.1	Inleidende opmerkingen / 37
3.2	De regeling van artikel 82 AVG en de eerste rechtspraak daarover / 38
3.3	Artikel 82 AVG in Unierechtelijk perspectief; vergelijking met kartelschadevorderingen / 41
3.4	Noopt artikel 82 AVG tot aanpassingen van de Nederlandse rechtspraak over smartengeld? / 45

4	Horizontale werking van het primaire Unierecht / 47
4.1	Inleidende opmerkingen / 47
4.2	De horizontale werking van vrij verkeerbepalingen / 48
4.2.1	Achtergronden / 48
4.2.2	Rechtspraak horizontale werking vrij verkeer van werknemers en vrij dienstenverkeer / 50
4.2.3	Rechtvaardigingsgronden / 52
4.2.4	Analyse / 54
4.3	Directe en indirecte werking van Handvestbepalingen in het privaatrecht / 57
4.3.1	Criteria voor horizontale directe werking / 57
4.3.2	Verband met en uitwerking in een andere regel van Unierecht? / 61
4.3.3	Indirecte werking op horizontale rechtsverhoudingen: artikel 16 Handvest als voorbeeld / 62
5	Slotbeschouwing: enkele ontwikkelingen en conclusies / 65
5.1	Instrumentalisering van het consumentencontractenrecht? / 65
5.2	Ontwikkelingen in het Europees aansprakelijkheidsrecht / 67
5.3	Het Handvest als nieuwe knuffelbeer van civilisten / 68
5.4	Symbiose tussen Unierecht en nationaal vermogensrecht verder verbeteren? / 69
	<i>A Tale of Two Systems. Europa en het Nederlandse vermogensrecht in tijden van (r)evolutie – Prof. mr. V. Mak / 71</i>
1	Inleiding / 72
2	Afbakening en plan van behandeling / 75
3	Convergentie: privaatrecht, doctrine en markt 1970-2019 / 77
3.1	Marktregulering en wetgevingsbevoegdheid / 78
3.2	Minimum- en maximumharmonisatie / 81
3.3	Of Islands and the Ocean – twee rationaliteiten / 86
4	Disruptie: Europees privaatrecht is steeds minder privaatrecht / 88
4.1	Een interregnum in het Europees privaatrecht / 89
4.1.1	Geen Europees Burgerlijk Wetboek / 90
4.1.2	Wel private regulering / 91
4.2	Een nieuwe koning(in) / 93
4.2.1	Verordeningen in plaats van richtlijnen / 94

4.2.2	Vervagende grenzen, verdwijnen van tegenstellingen / 98
5	Revolutie of evolutie / 102
5.1	De 'Code of Capital' en de revolutie / 102
5.1.1	Juridische grondslagen / 104
5.1.2	Een hernieuwd waardendebat / 106
5.2	Doorontwikkeling van het Europese contracten- en aansprakelijkheidsrecht / 108
5.3	Europees privaatrecht als een apart systeem / 111
5.4	Grondrechten als katalysator / 113
5.5	Combinaties / 115
6	Tot slot: de barricades op? / 115

Naar een meer symbiotische relatie tussen unierecht en nationaal vermogensrecht

Mr. B.J. Drijber*

Inhoud

1	Inleiding
2	Sanctionering van schendingen in het consumentencontractenrecht
2.1	Inleidende opmerkingen
2.2	Oneerlijke bedingen
2.2.1	Ambtshalve toetsing oneerlijkheid contractuele bedingen
2.2.2	De ‘gevolgenrechtspraak’ en de ‘terugvalproblematiek’
2.2.3	De relevantie en potentie van het evenredigheidsbeginsel
2.2.4	Slotopmerking
2.3	Informatieplichten
2.3.1	Strikte uitleg informatieplicht over herroepingsrecht en betalingsverplichting
2.3.1.1	Informatieplicht over het herroepingsrecht van de consument
2.3.1.2	Informatieplicht over de betalingsverplichting van de consument
2.3.2	Ambtshalve toetsing naleving informatieplichten
2.3.3	Gevolgen schending informatieplicht bestelknop
2.3.4	Slotopmerkingen
3	Europees aansprakelijkheidsrecht; privacyclaims
3.1	Inleidende opmerkingen
3.2	De regeling van artikel 82 AVG en de eerste rechtspraak daarover
3.3	Artikel 82 AVG in Unierechtelijk perspectief; vergelijking met kartelschadevorderingen
3.4	Noopt artikel 82 AVG tot aanpassingen van de Nederlandse rechtspraak over smartengeld?
4	Horizontale werking van het primaire Unierecht
4.1	Inleidende opmerkingen
4.2	De horizontale werking van vrij verkeerbepalingen
4.2.1	Achtergronden
4.2.2	Rechtspraak horizontale werking vrij verkeer van werknemers en vrij dienstenverkeer
4.2.3	Rechtvaardigingsgronden
4.2.4	Analyse

* Berend Jan Drijber is advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel).

- 4.3 Directe en indirecte werking van Handvestbepalingen in het privaatrecht
 - 4.3.1 Criteria voor horizontale directe werking
 - 4.3.2 Verband met en uitwerking in een andere regel van Unierecht?
 - 4.3.3 Indirecte werking op horizontale rechtsverhoudingen: artikel 16 Handvest als voorbeeld
- 5 Slotbeschouwing: enkele ontwikkelingen en conclusies
 - 5.1 Instrumentalisering van het consumentencontractenrecht?
 - 5.2 Ontwikkelingen in het Europees aansprakelijkheidsrecht
 - 5.3 Het Handvest als nieuwe knuffelbeer van civilisten
 - 5.4 Symbiose tussen Unierecht en nationaal vermogensrecht verder verbeteren?

1 Inleiding

De term Europees privaatrecht ziet onder meer op wetgeving van de Europese Unie (hierna: EU of de Unie) over onderwerpen die nationaalrechtelijk onder het privaatrecht vallen. Terwijl in de EU-lidstaten het algemene vermogensrecht is neergelegd in een samenhangend systeem, daalt Europese wetgeving daarop neer in *bits and pieces*. Dat kan binnen dat nationale systeem eilandjes doen ontstaan. De doorwerking van het Unierecht kan aan de coherentie van het nationale stelsel afbreuk doen. Bovendien streven Europese wetgevende maatregelen niet steeds dezelfde doelstellingen na als het nationale privaatrecht. De ruimte voor de rechter om tot evenwichtige beslissingen te komen kan daardoor worden ingeperkt. Dit is kort samengevat de kritiek die wel wordt geuit op de toenemende invloed van het Unierecht op het nationale vermogensrecht. Die kritiek spitst zich toe op bepaalde als rigide ervaren uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof, afgekort HvJ), onder andere op het gebied van het consumentenrecht.

Het is waar dat onder invloed van het Unierecht het privaatrecht een zekere transformatie doormaakt en dat daarbij spanningen en mogelijk fricties kunnen ontstaan. Het nationale bestuursrecht en het belastingrecht zijn het privaatrecht in deze ontwikkeling voorgegaan. Ook het strafrecht ondergaat in toenemende mate de invloed van het Unierecht. Het privaatrecht is in zoverre dus niet bijzonder. In dit preadvies ga ik aan de hand van een aantal deelonderwerpen in op de noodzaak van een wederzijdse toenadering van Unierecht en nationaal privaatrecht. Ik wil proberen ‘het grote plaatje’ te schetsen om het dynamische proces van de wisselwerking tussen het Unierecht en het nationaal privaatrecht te verduidelijken. Daarbij wil ik een bijdrage leveren aan de bewustwording dat een bestaand en consistent systeem onvermijdelijk aan veranderingen ‘van buitenaf’ is blootgesteld. Tegelijkertijd wil ik laten zien dat het nationale privaatrecht

nodig is voor de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. Ook zal ik signaleren dat de inwerking van het Unierecht op het privaatrecht soms conceptueel niet wezenlijk verschilt van wat het privaatrecht zelf aan afwijkingen op basisbeginselen bevat.

Vertrekpunt is dat de EU een verbond is van (thans 27) lidstaten op basis van verdragen van internationaal publiekrecht. Op grond van die verdragen brengen de EU-instellingen wetgeving tot stand met het doel dat de lidstaten daar gezamenlijk beter van worden. Haar regelgevende bevoegdheid ontleent de EU aan het Verdrag betreffende de Europese Unie (afgekort VEU) en met name aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (afgekort VWEU). Deze verdragen vormen een autonome rechtsbron. Een belangrijk constitutioneel beginsel is dat de EU slechts kan optreden op gebieden waar een verdragsbepaling haar daartoe de bevoegdheid verleent. Dit beginsel van bevoegdheidstoedeling (art. 5 lid 1 VEU) is de reden waarom voor iedere wetgevende maatregel een rechtsgrondslag is vereist in een van de verdragen. Dit beginsel verklaart ook waarom de EU niet een algemene bevoegdheid heeft ten aanzien van het privaatrecht als zodanig, maar steeds specifieke privaatrechtelijke onderwerpen regelt. De enige specifieke wetgevende bevoegdheid op het terrein van het privaatrecht is een bepaling over (grensoverschrijdende) justitiële samenwerking in burgerlijke zaken (art. 81 VWEU). Die bepaling vormt de rechtsgrondslag voor wetgevingsmaatregelen op het terrein van het internationaal privaatrecht, het burgerlijk procesrecht en het familierecht.¹

In dit preadvies laat ik maatregelen op grond van artikel 81 VWEU onbesproken. Ik ga ook niet in, of hooguit terloops, op rechtsgebieden waar privaatrechtelijke rechtsverhoudingen voor een groot deel worden beheerst door Uniewetgeving, zoals intellectuele eigendom, onderdelen van het arbeidsrecht en het financieel (toezicht)recht.² Onbesproken blijft bijvoorbeeld de verhouding tussen de op Europese richtlijnen gebaseerde publiekrechtelijke informatieplichten en de op nationaal privaatrecht gebaseer-

-
1. De keuze van de rechtsgrondslag bepaalt welke Europese wetgevende procedure van toepassing is. Meestal is het Europees Parlement medewetgever samen met de Raad van de Europese Unie. In de Raad zijn de lidstaten vertegenwoordigd. De Raad stemt met gekwalificeerde meerderheid van stemmen. In sommige gevallen is unanimiteit vereist, zoals het geval is voor familierechtelijke maatregelen op grond van art. 81 lid 3 VWEU.
 2. Zie daarover M.W. Wallinga & A.C.W. Pijs, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2018/1, p. 13 e.v. O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142 e.v. en D. Busch, 'De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in drievoud', *NTBR* 2023/23.

de zorgplichten in de financiële sector.³ De private handhaving van het mededingingsrecht komt vergelijkenderwijs aan de orde, maar vormt niet als zodanig onderwerp van dit preadvies. Evenmin behandel ik sectorale regelgeving die direct van invloed is op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, waarvan het bekendste voorbeeld is de EU-verordening over financiële compensatie van passagiers bij vertraging of annulering van hun vlucht.⁴ Tot slot gaat dit preadvies niet over de invloed van het Unierecht op het burgerlijk procesrecht in het algemeen.⁵ Als een procesrechtelijk leerstuk aan bod komt is dat voor een goed begrip van de doorwerking van het Unierecht in het nationale privaatrecht.

Waar gaat dit preadvies dan wél over?⁶ In hoofdstuk 2 komt een onderwerp aan bod dat de laatste jaren veel aandacht heeft gekregen in de civielrechtelijke literatuur: de sanctionering van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en van de schending door handelaren van informatieplichten jegens de consument. Ik geef van die problematiek een analyse in het licht van de omvangrijke rechtspraak van het Hof. In hoofdstuk 3 ligt de focus op het aansprakelijkheidsrecht, dat eveneens de invloed ondergaat van het Unierecht.⁷ Daarbij beperk ik mij tot privacyclaims. Artikel 82 Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG) bevat een zelfstandige rechtsgrondslag voor vergoeding van (immateriële) schade wegens schending van de bescherming van persoonsgegevens. In hoofdstuk 4 bespreek ik een andere dimensie van het Europees privaatrecht, namelijk de doorwerking van het zogeheten primaire Unierecht in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Primair Unierecht omvat het VEU, het VWEU, het EU-Handvest van de grondrechten (hierna: het Handvest) en de algemene beginselen van Unierecht.⁸ Het Handvest heeft dezelfde juridische status als de genoemde verdragen⁹ en is zelf ook een verdrag. Ik onderzoek binnen welke voorwaarden de vier verkeersvrijheden uit het VWEU

-
3. Zoals de rechtspraak over beleggingsverzekeringen. Zie: HvJ 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*) en HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, NJ 2022/289, m.nt. V.P.G. de Serière (*Vereniging Woekerpolis/Nationale-Nederlanden*). Beide uitspraken leverden stof voor verdere discussie op. Zie Hof Den Haag 26 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1852 en 1854 (*Vereniging Woekerpolis*).
 4. Verordening (EG) nr. 261/2004, PbEU 2004, L 46/1.
 5. Zie daarover o.a. J. Werbrout, *Doorwerking van het Europees consumentenrecht in het nationale procesrecht* (diss. Gent), Antwerpen: Intersentia 2023.
 6. De selectie van de behandelde onderwerpen is gemaakt op voorstel van en in overleg met het bestuur van de VBR.
 7. Zie K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022.
 8. Onder de algemene rechtsbeginselen vallen de grondrechten uit het EVRM en beginselen die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de EU-lidstaten gemeen hebben (art. 6 lid 3 VEU).
 9. Zie art. 6 lid 1 VEU.

en bepalingen van het Handvest horizontale werking kunnen hebben.¹⁰ Daarop volgt een uiteenzetting over de doorwerking van het Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.¹¹ De slotbeschouwing bevat enkele conclusies en doorkijkjes naar te verwachten ontwikkelingen.

2 Sanctionering van schendingen in het consumentencontractenrecht

2.1 Inleidende opmerkingen

De Europese consumentenrichtlijnen zijn gebaseerd op de algemene rechtsgrondslag voor maatregelen voor het tot stand brengen van de Europese interne markt (thans art. 114 VWEU). Dat geldt voor alle vier de richtlijnen die de civiele rechtspraak het meest bezighouden: Richtlijn 93/13/EEG (Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten),¹² Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken),¹³ en Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten),¹⁴ zoals alle drie gewijzigd bij Moderniseringsrichtlijn (EU) 2019/2161,¹⁵ en daarnaast Richtlijn 2008/48/EG (Richtlijn consumentenkrediet).¹⁶ Consumenten-

10. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2023/42-69, met verwijzingen.

11. Te zien als een beknopte aanvulling op onder andere: K.J.O. Jansen, 'Het Handvest als privaatrechtelijk instrument en het privaatrecht', in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde*. Preadviezen (Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 225-287.

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

13. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005, L 149/22.

14. 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.

15. Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, L 328/7.

16. Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *PbEU* 2008, L 133/66. Ook deze richtlijn zorgt regelmatig voor rechtspraak, zoals recent HvJ 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (*Riverty*, rechtsopvolger van *Arvato*) in antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad over de verschuldigdheid van een vergoeding voor incassodiensten in het kader van 'Koop nu, betaal later'.

rechtelijke richtlijnen worden van oudsher omgezet in het Burgerlijk Wetboek.¹⁷

De koppeling tussen consumentenbescherming en de interne markt spreekt voor civilisten niet zonder meer vanzelf.¹⁸ De interne markt is een juridisch begrip met een economische rationaliteit omdat economische integratie en efficiëntie worden nagestreefd. Interne marktwetgeving is daarom primair gericht op de aanbodzijde van de markt. Beoogd is dat aanbieders binnen de EU minder aanlopen tegen handelsbelemmeringen die het gevolg zijn van verschillen in nationale regelgeving, waaronder verschillen in beschermingsniveau. Een markt heeft echter ook een vraagzijde en daar bevindt zich de consument. Voorts dienen niet-economische belangen een plaats te krijgen binnen de interne markt. De bescherming van de consument is daarvan een belangrijk voorbeeld. Die bescherming krijgt gestalte in rechtsregels die aan aanbieders verplichtingen opleggen, zoals informatieplichten of de verplichting zich te onthouden van oneerlijke handelspraktijken. Gelet hierop worden Europese wetgevingsmaatregelen die de bescherming van de consument tot doel hebben, gebaseerd op artikel 114 VWEU. Die rechtsgrondslag is heel breed.¹⁹ Aan consumentenbescherming wijdt het VWEU ook een aparte titel (Titel XV). Daarin is bepaald dat de Unie bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstellingen van consumentenbescherming door middel van *‘maatregelen die zij op grond van artikel 114 in het kader van de totstandbrenging van de interne markt neemt’* (art. 169 lid 2, onder a, VWEU). Consumentenbescherming heeft ook een plaats gekregen in het Handvest. Artikel 38 daarvan luidt: *‘In het beleid van de Unie wordt zorg gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming.’*

-
17. De keuze om deze regelgeving onderdeel te laten zijn van het algemeen vermogensrecht in plaats van voor de omzetting van elke richtlijn een aparte wettelijke regeling uit te vaardigen heeft duidelijke voordelen. Zie recent: M.M. van Rossum, D. Op Heij & D.G.A.M. Schuermans, ‘Online totstandkoming van overeenkomsten en klassieke regels over aanvaarding in het BW: De invloed van Europa op het Nederlands privaatrecht’, *NJB* 2024/1948.
18. Vgl. voor de koppeling van het privaatrecht aan economische functies de kritische beschouwing van W.L. Valk, ‘Klassiek en instrumenteel privaatrecht’, *NTBR* 2023/2, p. 5 e.v., naar aanleiding van W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt: Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.
19. Zo kunnen ook maatregelen die primair de bescherming van de volksgezondheid tot doel hebben (mede) worden gebaseerd op art. 114 VWEU indien zij tevens voorschriften voor aanbieders bevatten. Zie bijv. Richtlijn 2003/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *PbEU* 2003, L 152/16 en Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, *PbEU* 2011, L 88/45.

Het consumentencontractenrecht illustreert dat Uniewetgeving vaak verschillende fasen doormaakt.²⁰ Het begint bescheiden met harmonisatie van bepaalde materieelrechtelijke normen. Sanctionering wordt nog slechts rudimentair geregeld en daarmee feitelijk overgelaten aan de ‘procedurele autonomie’ van de lidstaten. Die autonomie wordt echter begrensd door de twee vaste randvoorwaarden gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.²¹ In latere stadia wordt het terrein geleidelijk aan steeds meer door het Unierecht opgevuld en blijft er voor de nationale procedurele autonomie navenant minder over. Er worden bijvoorbeeld op Unieniveau sancties vastgesteld op het niet-naleven van geharmoniseerde normen. Eerst bepaalt de Uniewetgever nog slechts dat de in het nationale recht gestelde sancties moeten voldoen aan de trits ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’. Een stap verder gaat het als de richtlijn een concrete sanctie voorschrijft (bijvoorbeeld de sanctie dat de consument niet aan een afgesloten overeenkomst is gebonden). Dit kan worden gecombineerd met het stellen van voorschriften aan de nationale processuele rechtsgang, zo nodig met inbegrip van bewijsregels.²² Onder invloed van het Unierecht is de burgerlijke rechter actiever geworden, met name op het gebied van het consumentenrecht.²³

Dit hoofdstuk behandelt rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen en rechtspraak over twee informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenrechten. De rationale achter die wetgeving is dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt omdat hij over *minder informatie* beschikt. Ondanks hun interne markt rechtsbasis streven deze beide richtlijnen aldus de typisch privaatrechtelijke doelstelling van sociale of interpersonele rechtvaardigheid na. Zij harmoniseren daarbij stukjes consumentencontractenrecht. De algemene aspecten van het nationale verbintenissenrecht zoals de totstandkoming, sluiting en geldigheid van overeenkomsten, worden door deze beide richtlijnen als zodanig

-
20. Zie ook M.W. Hesselink, ‘Justice in European Private Law’, in: M. Bartl, L. Burgers & C. Mak (eds.), *Uncovering European private Law, European private law handbook* (Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper Series No. 2023-06), 2023 (beschikbaar op ssrn.com/abstract=3938868), voor een indeling van de Europese consumentenwetgeving in fasen.
 21. Zie R. Meijer, ‘The Rewel/Comet “doctrine” and its implications for Dutch law’, in: A. Hartkamp a.o. (eds.), *The influence of EU Law on National Private Law* (O&R nr. 81-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 39 e.v. Zie recent HvJ 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (*Österreichische Post*), punt 53 en HvJ 11 april 2024, C-123/23, ECLI:EU:C:2024:295 (*Eventmedia Soluciones*), punt 31.
 22. Zie o.a. K.J.O. Jansen, ‘Europa en de instrumentalisering van het bewijsrecht’, *TCR* 2023, afl. 3, p. 83 e.v.
 23. Vgl. J. Stuyck, ‘Enforcement and Compliance: An EU Law Perspective’, in: R. Brownsword a.o. (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart 2011, p. 513 e.v.

onverlet gelaten.²⁴ Dit werd bevestigd in de *Waternet*-zaak.²⁵ Toch raakt de met die beide richtlijnen doorgevoerde harmonisatie aan vermogensrechtelijke leerstukken. Zo kan schending van een informatieplicht leiden tot vernietiging van een overeenkomst.

Bij de omzetting van een richtlijn in nationale wettelijke bepalingen is het belangrijk vast te stellen wat is geharmoniseerd en hoe is geharmoniseerd. De wat-vraag ziet op de omvang van de geharmoniseerde onderwerpen (gedeeltelijk of uitputtend). De hoe-vraag ziet op de intensiteit van de doorgevoerde harmonisatie (minimum of maximum). De eerste generatie consumentenrichtlijnen kende vooral minimumharmonisatie.²⁶ Daarbij mag een lidstaat ten aanzien van de in een richtlijn geregelde onderwerpen nationale voorschriften handhaven of vaststellen die voorzien in verdergaande consumentenbescherming, mits die voorschriften verenigbaar zijn met het VWEU (destijds: het EEG-Verdrag). Artikel 8 Richtlijn oneerlijke bedingen biedt daarvan een voorbeeld. De tweede generatie consumentenrichtlijnen gaat vrijwel steeds uit van maximumharmonisatie (oftewel volledige harmonisatie). Daarbij mogen de lidstaten niet een van de richtlijn afwijkend beschermingsniveau hanteren, behoudens voor zover de richtlijn zelf bepaalt dat uitzonderingen zijn toegestaan en welke voorwaarden daarbij gelden. De recente consumentenrichtlijnen bevatten daarover een identiek geformuleerde bepaling met als opschrift 'het niveau van harmonisatie'.²⁷

De shift van minimum- naar maximumharmonisatie werd rond de eeuwwisseling noodzakelijk geacht voor een goede werking van de interne

24. Zie art. 3 lid 5 en ov. 14 Richtlijn consumentenrechten. In andere (oudere) richtlijnen dan de twee hier bedoelde consumentenrichtlijnen worden wel voorwaarden gesteld aan de totstandkoming van overeenkomsten. Zie Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000, L 13/12, en Richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *Pb* 2000, L 178/1, art. 9-11. Bij de totstandkoming van die laatste richtlijn was technologie-neutrale wetgeving een van de voornaamste uitgangspunten.
25. HvJ 3 februari 2021, C-922/19, ECLI:EU:C:2021:91 (*Stichting Waternet*), punt 45.
26. Behalve de alleroudste richtlijnen: Richtlijn 85/374/EEG (productaansprakelijkheid) en Richtlijn 85/577/EEG (colportage). Die waren nog gebaseerd op art. 100 EEG (oud), welke verdragsbepaling geen mogelijkheid tot striktere aanvullende maatregelen kende.
27. Die bepaling luidt: 'Tenzij in deze richtlijn anders is bepaald, mogen de lidstaten in hun nationale recht geen bepalingen handhaven of invoeren die afwijken van de bepalingen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen.' Zie o.a. art. 4 van Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1 en art. 4 van de gelijktijdig vastgestelde 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.

markt. Dat mocht echter niet afdoen aan het bestaande niveau van consumentenbescherming. Door meer informatieverplichtingen aan aanbieders op te leggen, kon het niveau van bescherming in stand blijven en zou tevens het vertrouwen van consumenten stijgen om vanuit elders in de EU goederen en diensten te betrekken.²⁸ Voor de industrie waren meer informatieverplichtingen de prijs om te worden verlost van verschillen tussen nationale wetgevingen die er in een stelsel van minimumharmonisatie volop waren. De groei aan informatieverplichtingen was voor het eerst zichtbaar in de Richtlijn elektronische handel²⁹ en later in de Richtlijn consumentenrechten.

2.2 Onerlijke bedingen

2.2.1 Ambtshalve toetsing oneerlijkheid contractuele bedingen

Gelet op de (structureel) zwakke positie van de consument bepaalt artikel 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen dat oneerlijke bedingen ‘*onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden*’ en dat ‘*de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan*’.³⁰ Ingevolge artikel 7 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen zien de lidstaten erop toe ‘*dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers*’.

Met artikel 6 lid 1 en artikel 7 lid 1 worden twee doelstellingen nagestreefd. De eerste doelstelling houdt in dat de gelijkheid van partijen wordt hersteld door de consument te beschermen. Die doelstelling berust op het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel, waarbij ‘doel treffen’ ook inhoudt dat de consument niet tegen zijn wil wordt beschermd. Het nastreven van gelijkheid van partijen sluit aan bij de beschermingsgedachte uit het nationaal privaatrecht. Met de tweede doelstelling, afschrikking, wordt beoogd aanbieders structureel en preventief te ont-

28. Vanessa Mak spreekt in haar preadvies, par. 3.1, van het ‘empoweren’ van consumenten, daarbij verwijzend naar: K. O’Reilly, *Empowering Consumers Through Law? Rethinking the concept of EU consumer empowerment* (diss. Maastricht), Maastricht 2023, te raadplegen op cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/127352688/c7794.pdf.

29. Richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* 2000, L 178/1. Deze richtlijn ziet ook op de b2b-handel. Zie voor de omzetting van de informatieverplichtingen art. 6:227b lid 1 BW. Zie art. 6:230b BW voor de informatieverplichtingen waaraan een dienstverrichter op grond van Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn) moet voldoen.

30. Zie o.a. HvJ 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 39. Die zaak zag op de indexering van een rentebeding in een kredietovereenkomst op basis van vreemde valuta.

moedigen om oneerlijke bedingen te gebruiken. Die doelstelling lijkt mij niet wezensvreemd aan het privaatrecht. Nietigheden en de verplichting schadevergoeding te betalen hebben immers ook afschrikkende werking.³¹ Het is ook niet de doelstelling van afschrikking als zodanig, maar de nogal rigide invulling die het Hof daaraan heeft gegeven die heeft geleid tot uitkomsten waarop vanuit privaatrechtelijke hoek kritiek is uitgeoefend (zie hierna: par. 2.2.2).

Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de nationale rechter verplicht om *ambtshalve* te toetsen of een contractueel beding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt en zo ja, of het beding ‘oneerlijk’ is.³² Dit geldt ook in collectieve acties.³³ Het Hof heeft niet geoordeeld dat artikel 6 lid 1 in Unierechtelijke zin van openbare orde is,³⁴ maar spreekt van een zwaarwegend ‘openbaar belang’. De aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigen dat de rechter *ambtshalve* ingrijpt zodat het tussen consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht kan worden hersteld.³⁵ Deze figuur kan moeilijk als wezensvreemd in het nationale vermogensrecht worden gezien. Te denken valt aan artikel 3:40 lid 2 BW, dat voorziet in de mogelijkheid van een *ambtshalve* toe te passen vernietiging ten behoeve van de te beschermen partij.

Artikel 6:233 BW is door de Hoge Raad aangemerkt als implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen. De oneerlijkheid van een beding wordt daardoor beoordeeld aan de hand van de regeling die geldt voor een onredelijk bezwarend beding (art. 6:233, onder a, BW).³⁶ Als de rechter het

31. Als voorbeeld noem ik het proeftijdbeding: het beding wordt in zijn geheel vernietigd, omdat een partiële vernietiging (alleen dat deel van het beding dat leidde tot een te lange proeftijd) of conversie daarvan in een geldig beding voor werkgevers geen prikkel zou betekenen zich aan de wet te houden. De algehele vernietiging van het beding bracht mee dat de werknemer meteen in vaste dienst was gekomen. Zie HR 8 juli 1987, NJ 1988/232, m.nt. P.A. Stein (*Van Hensbergen/Albers*).

32. Zie, voor het eerst, HvJ 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo*), aanvankelijk geformuleerd als bevoegdheid maar later als verplichting. Zie o.a. HvJ 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*), punt 66: ‘Bijgevolg zou een effectieve consumentenbescherming niet kunnen worden bereikt indien de nationale rechter niet verplicht was *ambtshalve* te beoordelen of is voldaan aan de eisen die voortvloeien uit de Unierechtelijke normen inzake consumentenbescherming.’ Zie ook Asser/Hartkamp 3-I 2023/187-188.

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

34. Het is ook niet goed voorstelbaar dat een bepaling van een richtlijn, een instrument van secundair recht, van openbare orde zou zijn.

35. Vaste rechtspraak sinds HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*), punt 38.

36. Zie HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305, m.nt. H.J. Snijders (*Intermaris*). Die zaak betrof een arbitragebeding.

beding in kwestie aanmerkt als onredelijk bezwarend, moet hij dat beding buiten toepassing laten. Daartoe dient het beding te worden vernietigd.³⁷ De in Nederland geldende sanctie is dus vernietigbaarheid van het betrokken beding. De rechter kan echter niet tot vernietiging overgaan als de *consument zich hiertegen verzet*,³⁸ althans verklaart belang te hebben bij het in stand laten van het beding in kwestie. Mede om die reden kon niet worden gekozen voor absolute nietigheid als sanctie op een oneerlijk beding.³⁹ De vernietigbaarheid is wel beschouwd een hybride sanctie: zij kan ambtshalve worden toegepast maar alleen in het voordeel van de consument.

In de standaardsituatie van een incassoprocedure bij de kantonrechter zorgt ambtshalve toetsing voor veel extra werk. Eerst moet de kantonrechter beoordelen of het beding waarop het verzoek of de vordering van de handelaar is gebaseerd, oneerlijk is. Indien dat naar zijn oordeel het geval is moet in het verlengde daarvan ambtshalve de vernietigbaarheid worden uitgesproken. De kantonrechter moet daartoe echter beschikken over de noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens.⁴⁰ Ontbreken die, dan dient hij instructiemaatregelen te nemen waarin de eisende partij wordt bevolen de vereiste informatie in het geding te brengen (art. 21 Rv). Wanneer de kantonrechter, na al dan niet dergelijke instructiemaatregelen, over voldoende informatie beschikt en voorschijns van oordeel is dat sprake is van een vernietigbaar oneerlijk beding, dan kan hij in een procedure op tegenspraak bij tussenvonnis partijen ervan in kennis stellen dat hij overweegt een tussen hen overeengekomen beding te vernietigen en hen uitnodigen om zich daarover uit te laten.⁴¹ Dan kunnen zich drie situaties voordoen:

-
37. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Die zaak betrof een rentebeding. De Hoge Raad verwees (in r.o. 3.7.2) naar HvJ 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 55-60, welke zaak een boetebeding in een huurovereenkomst betrof.
 38. Zie HvJ 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 35 en HvJ 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*), punt 83 en 84. Zie ook HvJ (Grote Kamer) 26 maart 2019, C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250 (*Acanca en Bankia*), punt 52; HvJ 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 48 e.v.; HvJ 3 maart 2020, C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138 (*Gómez del Moral Guasch*), punt 61-63; HvJ 25 november 2020, C-269/19, ECLI:EU:C:2020:954 (*Banca B*), punt 34.
 39. Dit kan ook verklaren waarom art. 6 lid 1 richtlijn niet als rechtsregel van openbare orde is aangemerkt omdat in dat geval absolute nietigheid de passende sanctie zou zijn.
 40. Zie o.a. HvJ 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 35; HvJ 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), punt 46; HvJ 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (*Gutiérrez Naranjo e.a.*), punt 58; HvJ 17 mei 2022, C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395 (*SVP Project 1503 e.a.*), punt 53; en HvJ 11 april 2024, C-173/23, ECLI:EU:C:2024:295 (*Eventmedia Soluciones*), punt 29.
 41. Vgl. o.a. HvJ 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 52. De rechter hoeft partijen als regel niet te horen als hij van oordeel is dat het beding niet oneerlijk is (zie conclusie plv. P-G Wissink van 19 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:439 (*X/ARAG*)). Het arrest in die zaak gaat daar niet op in (HR 11 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1434).

(1) de consument komt op de zitting en doet beroep op de vernietigbaarheid van het beding; (2) de consument komt en verklaart, na door de rechter te zijn voorgelicht, dat hij geen vernietiging wil; of (3) de consument (hoewel die is verschenen) komt op de zitting niet opdagen. In situatie (1) en (2) is duidelijk wat moet gebeuren, in situatie (3) is het standpunt van de consument niet bekend. Wat kan de kantonrechter dan doen?

Naar mijn inschatting kan er in de grote meerderheid van gevallen weinig twijfel over bestaan dat vernietiging van het oneerlijke beding niet uitwerkt in het nadeel van de consument. Als fictief voorbeeld noem ik een vordering van een zorgverzekeraar van € 1000 hoofdsom vermeerderd met een boete van € 250 op grond van een als oneerlijk bestempeld boetebeding. In dit voorbeeld kan de boete worden geschrapt door vernietiging van dat beding en kan de hoofdsom worden toegewezen. Lastiger wordt het als er een reële mogelijkheid bestaat dat de consument door vernietiging slechter af zal zijn. Als fictief voorbeeld noem ik het geval waarin een aannemer die een verbouwing uitvoert een tussentijdse factuur stuurt met een verhoudingsgewijs hoge opslag, die naar het oordeel van de kantonrechter berust op een oneerlijk beding. Vernietiging van dat beding zou echter nadelige gevolgen kunnen hebben voor de consument, bijvoorbeeld als de uitvoering van de verbouwing daardoor wordt opgeschort. Bij een kredietovereenkomst met een financiële instelling kunnen de gevolgen van vernietiging van een oneerlijk beding mogelijk niet goed zijn te overzien. In onder meer de zaak *Kásler*⁴² heeft het Hof erkend dat het mogelijk is een leemte in een contract als gevolg van het wegvallen van een oneerlijk beding op te vullen met aanvullend recht, mits de overeenkomst zonder die aanvulling algeheel nietig zou moeten worden geacht waardoor de consument in zijn belang zou worden geschaad en mits de aanvulling een reël evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen herstelt.

Wat mogelijk niet iedereen zich realiseert is dat ook in verstekzaken, die de grote bulk van de incassovorderingen vormen, de rechter ambtshalve moet toetsen of een beding waarvan de handelaar naleving vordert, oneerlijk is. In *Karel de Grote* oordeelde het Hof dat, indien de rechter op grond van het nationale recht kan nagaan of het beding waarop de vordering steunt in strijd is met nationale regels van openbare orde, hij op grond van het Unierecht gehouden is ambtshalve te toetsen of een bepaald beding

42. HvJ 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*) en HvJ 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*). In *Kásler* zou nietigverklaring direct nadelige gevolgen voor de consument hebben omdat een uitstaande lening dan in beginsel in zijn geheel opeisbaar zou worden, wat normaal gesproken de draagkracht van de consument verre te boven gaat. Zie voor andere vindplaatsen Asser/Hartkamp 3-I 2023/253, p. 252.

binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt⁴³ en of het oneerlijk is, ook als de consument niet is verschenen.⁴⁴ In *Kancelaria Medius*⁴⁵ was aan de orde of artikel 7 Richtlijn oneerlijke bedingen zich verzet tegen een nationale procedureregeling op grond waarvan een rechter een verstekvonnis kan wijzen louter op basis van stellingen van de verzoeker die door de rechter voor waar *moeten* worden aangenomen, indien de verweerder – een consument – niet verschijnt en geen verweer voert. Onder verwijzing naar *Karel de Grote* oordeelde het Hof dat ook in verstekzaken de rechter de nodige onderzoeksmaatregelen moet kunnen treffen zodat de consument ervan wordt verzekerd dat zijn rechten worden beschermd.⁴⁶

Hoe kan of moet de rechter in verstekzaken te werk gaan? Pavillon merkt op: *‘It is unclear how a court can acknowledge the consumer’s objection in a default procedure, let alone inform him about the unfairness of a term.’*⁴⁷ Het verdient mijns inziens de voorkeur dat de rechter probeert ook dan het standpunt van de consument te achterhalen, als extra informatie nodig is om de gevolgen van vernietiging van een beding te kunnen vaststellen en op basis daarvan te beoordelen of vernietiging van een oneerlijk beding in het belang van de consument is. De rechter kan bij tussenvonnis een zitting gelasten waarbij de eiser nadere informatie kan verstrekken. Dat tussenvonnis wordt ook aan de niet-verschenen consument toegezonden (zijn adres zal bij de griffie bekend zijn). Als de consument alsnog verschijnt (in welk geval het verstek wordt gezuiverd) en hij zich uitlaat, kent de rechter diens standpunt. Als de consument aan het verzoek van de rechter geen gevolg geeft, hangt het af van de omstandigheden van het geval of vernietiging van het betrokken beding steeds moet volgen. Als er – mede in het licht van door de eiser verstrekte informatie – geen redelijke twijfel over kan bestaan dat de consument van vernietiging van het betrokken beding niet slechter wordt, kan de vernietiging worden uitgesproken.

43. Alleen consumenten kunnen beroep doen op de bescherming van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Indien zij hun vorderingen door cessie hebben overgedragen aan een derde zoals een claimorganisatie en deze op eigen naam optreedt, dan hoeft de rechter niet ambtshalve te onderzoeken of sprake is van een oneerlijk beding. Zie: HvJ 11 april 2024, C-173/23, ECLI:EU:C:2024:295 (*Eventmedia Soluciones*), punt 39.

44. Zie HvJ 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320 (*Karel de Grote Hogeschool Antwerpen*), punt 37. In dit arrest is de zogenoemde ‘wat mag moet’-leer toegepast, die teruggaat op HvJ 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel en Van Veen*).

45. HvJ 4 juni 2020, C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431 (*Kancelaria Medius*).

46. Zie ook HvJ 7 november 2019, C-419/18 en C-483/18, ECLI:EU:C:2019:930 (*Profi Credit Polska*), punt 68.

47. C.M.D.S. Pavillon, ‘Ignorance is bliss – How Ex Officio Control Became the Raison d’Etre of the UCID’, *ERPL* (32) 2024, afl. 3, p. 519 e.v. (p. 543).

2.2.2 De ‘gevolgenrechtspraak’ en de ‘terugvalproblematiek’

In deze paragraaf ga ik in op de sanctie op het gebruiken van een oneerlijk beding, de vernietiging, en op de rechtsgevolgen daarvan. Ik heb opnieuw de standaardsituatie voor ogen dat de handelaar een incassovordering instelt en het consumentenrecht de functie heeft van ‘schild’ ter bescherming van de consument.

De rechtspraak over de sanctionering van oneerlijke bedingen en de gevolgen die daaruit voortvloeien laat zien dat het Hof dit onderwerp in hoge mate aan zich heeft getrokken om ervoor te zorgen dat consumenten effectief worden beschermd en verkopers worden afgeschrikt om oneerlijke bedingen te blijven gebruiken. Keus meent dat uit artikel 6 Richtlijn oneerlijke bedingen volgt dat het enkel aan de lidstaten, en niet aan het Hof, is om te bepalen dat oneerlijke bedingen onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en om de gevolgen van (gedeeltelijke) nietigverklaring in te vullen.⁴⁸ Het is waar dat artikel 6 lid 1 verwijst naar ‘onder het nationale recht geldende voorwaarden’ en niet iets regelt over de *gevolgen* van de vaststelling dat een beding oneerlijk is. In algemene zin geldt echter dat wanneer het Hof het Unierecht uitlegt, het daarbij aanleiding kan zien om een richtlijnbevestiging een verdergaande uitleg te geven dan wat de Uniewetgever ten tijde van de totstandkoming aan de richtlijn voor ogen stond. Dat is niet alleen kenmerkend voor rechtspraak in het algemeen (normen moeten worden uitgelegd en toegepast in een veranderende omgeving), maar ook voor het dynamische proces waarbij geleidelijk aan steeds meer vragen worden geregeld door het Unierecht en als gevolg daarvan niet langer een zuiver nationaalrechtelijke aangelegenheid zijn.⁴⁹ De rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen is een voorbeeld van wat een ‘*judge-made proceduralisation*’ is genoemd.⁵⁰

48. L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), Deventer: Wolters Kluwer 2024, nr. 47, p. 83. Andere auteurs spreken in dat verband van de *remedial freedom* van de lidstaten, die wordt begrensd door de randvoorwaarden gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

49. Zie reeds par. 2.1. Van dit proces zijn er in het Unierecht tal van voorbeelden. Bijvoorbeeld het arrest *Skanska*, waarin werd geoordeeld dat de vraag welke partij kan worden aangesproken voor schadevergoeding als gevolg van een inbreuk op de Europese mededingingsregels wordt geregeld door het Unierecht (HvJ 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, punt 28). Verder wijs ik op de harmonisatie van het ‘werkbegrip’ in het auteursrecht, die buiten de Auteursrechtlijn 2001/29/EG werd gelaten maar zich in de rechtspraak heeft voltrokken. Zie o.a. HvJ 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*).

50. In die zin: 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), Amsterdam 2020, p. 31.

In de rechtspraak over artikel 6 lid 1 en artikel 7 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen is de genoemde doelstelling van afschrikking op de langere termijn dominant. Het Hof wil voorkomen dat verkopers een bepaald oneerlijk beding blijven gebruiken, in de wetenschap dat de nationale rechter de overeenkomst, zelfs indien het oneerlijke beding nietig wordt verklaard, zou kunnen aanvullen om de effecten van die nietigverklaring (grootendeels) ongedaan te maken.⁵¹ Daarom heeft het Hof bepaald dat de rechter een oneerlijk bevonden beding *niet mag herzien* in plaats van het beding nietig te verklaren.⁵² Conversie is dus niet mogelijk,⁵³ ook niet omdat artikel 6 lid 1 Richtlijn uitgaat van maximale harmonisatie waardoor er geen ruimte is voor nationale afwijkingen. Het herzieningsverbod impliceert voorts dat het niet is toegestaan om op grond van nationaal *aanvullend recht* een leemte in te vullen die ontstaat door de vernietiging van een oneerlijk beding. Een aanvulling van de overeenkomst aan de hand van de redelijkheid en billijkheid of ‘gangbare praktijken’ laat het Hof evenmin toe, zoals blijkt uit onder meer het arrest *Dziubak*.⁵⁴ De rechter mag dus niet ‘terugvallen’ op aanvullend nationaal recht, tenzij de vernietiging van het beding leidt tot vernietiging van de gehele overeenkomst, dit voor de consument nadelige gevolgen heeft én de consument niet afziet van vernietiging van het beding.⁵⁵ De Hoge Raad heeft deze rechtspraak onder andere in het arrest *Euribor* uit 2019 toegepast.⁵⁶

-
51. Zie o.a. HvJ 25 november 2020, C-269/19, ECLI:EU:C:2020:954 (*Banca B.*), punt 30 en HvJ 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023 (DV/MA), punt 66.
 52. HvJ 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español de Crédito*), punt 65-69 en HvJ 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), punt 57-58. De redenering van het Hof lijkt op die van de Hoge Raad in de in voetnoot 31 genoemde rechtsregel dat een ongeldig proeftijdbeding niet mag worden ‘bijgeknipt’ om het rechtsgeldig te doen zijn. De gedachte achter het niet mogen converteren gaat evenzeer op voor het niet gedeeltelijk mogen vernietigen. Vgl. de voorbeelden genoemd in Asser/Sieburgh 6-III 2022/656 (conversie) en 6-III 2022/646-647 (partiële nietigheid).
 53. Dit conversie- of herzieningsverbod geldt op grond van rechtspraak van de Hoge Raad ook voor de nietigheidssanctie voor overeenkomsten of besluiten die in strijd zijn met het verbod de mededinging te beperken (art. 101 lid 2 VWEU resp. art. 6 lid 2 Mw). Conversie op grond van art. 3:42 BW is niet toegestaan. Zie HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR0285, NJ 2005/118, m.nt. M.R. Mok; HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, NJ 2010/140, m.nt. M.R. Mok (*Prisma/Slager*); en HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347, m.nt. J. Hijma en M.R. Mok (*BP/Benschop*).
 54. Zie in die zin o.a. HvJ 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 62.
 55. Zie concl. plv. P-G Wissink van 19 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:770 (ASR), onder 3.18.2.
 56. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, NJ 2022/204, m.nt. J. Hijma (*Euribor*), r.o. 3.5. Daar voegt de Hoge Raad aan toe: ‘Eveneens is met deze doelstelling [van afschrikking in art. 7: BJD], en met het transparantievereiste, onverenigbaar dat een beding niet oneerlijk wordt geoordeeld omdat het buiten toepassing gelaten kan worden als een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

Het arrest van het Hof in *Dexia Nederland*⁵⁷ geeft van deze rechtspraak een illustratie. Uit dit arrest volgt expliciet dat als een oneerlijk beding is vernietigd en de overeenkomst zonder dat beding kan voortbestaan (wat bij het wegvallen van een boetebeding in de regel het geval zal zijn), de handelaar geen aanspraak kan maken op schadevergoeding ingevolge een nationale wettelijke bepaling die zonder dat beding van toepassing zou zijn. Een (alternatieve) vordering op basis van artikel 6:74 BW (schadevergoeding bij toerekenbare tekortkoming) of artikel 6:277 BW (schadevergoeding na ontbinding van een wederkerige overeenkomst) moet daarom worden afgewezen. Het arrest *Dexia Nederland* heeft aanleiding gegeven tot stevige kritiek uit de civielrechtelijke hoek. Die kritiek houdt, samengevat, in dat het verbod terug te vallen op de toepassing van aanvullend recht (1) voor de handelaar een punitief karakter heeft, (2) kan leiden tot onevenwichtige gevolgen, (3) de burgerlijke rechter niet in staat stelt maatwerk te leveren en (4) handelaren een prikkel kan geven minder met algemene voorwaarden te werken.⁵⁸

57. HvJ 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, NJ 2021/326, m.nt. M.B.M. Loos (*Dexia Nederland*), punt 62-64.

58. Zie bijv. L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), Deventer: Wolters Kluwer 2024, nr. 47, p. 83; R.H.C. Jongeneel, 'Europese civiele dogmatiek', NJB 2021/1393 ('Wat het Hof van Justitie ook beslist, de redelijkheid en billijkheid laten wij ons niet ontnemen'); M.B.M. Loos, noot onder HvJ 27 januari 2021, NJ 2021/326 (*Dexia*) nr. 12; C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, 'Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen. De "alles of niets"-benadering bevestigd', NJB 2021/1392; H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Boterzacht criterium met messcherp gevolg. Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding', MvV 2021, afl. 4, p. 137; M. Schaub, 'De vergaande gevolgen van oneerlijke (kern)bedingen', ORP 2023/145, p. 4 e.v.; en M.H. Wissink, 'Meebewegen met de Europese rechtspraak over de gevolgen van oneerlijke consumentenvoorwaarden', WR 2022/130, die erop wijst (onder 5) dat het BGH ruimte heeft gelaten voor de toepassing van het Duitse equivalent van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (BGH 8 oktober 2021, XI ZR 234/20, punt 47 e.v., BKR 2022/38, m.nt. S. Omlor; VuR 2022/10, m.nt. R. Metz). Zie voorts: M. Storme & J. Werbrouck, 'Invloed van het Europees recht op het Belgische contractenrecht en (in)consistenties van dat laatste met het eerste', NTBR 2022/16, p. 120 e.v.; P. Iamiceli, 'The "Punitive Nullity" of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: A Principle-Based Analysis', EuCML (12) 2023, afl. 4, p. 142 e.v.; R. Serafin, 'The Court of Justice on Unfair Terms and Supplementation of the Contract: How Far is Too Far?', EuCML (12) 2023, afl. 4, p. 150 e.v.; H. Schulte-Nölke, 'Filling gaps in consumer contracts in the case of unfair terms – Is the CJEU's case law on Directive 93/13/EEC to the detriment of consumers?', TvC 2023, afl. 6, p. 239 e.v.; en H. Schulte-Nölke, 'The Objectives of Directive 93/13/EEC on Unfair Contract Terms: An Overview after 30 Years of Case Law', ERPL (32) 2024, afl. 3, p. 315 e.v., par. 7. Een andere, en in zoverre verfrissende, benadering geeft J.R. Torenbosch, 'Algemeen privaatrecht als ontoelaatbaar obstakel voor richtlijnen en verordeningen', NTBR 2024/24, par. 5.3.

Het Hof is na *Dexia Nederland* op de ingeslagen weg verder gegaan.⁵⁹ De Hoge Raad heeft begin 2023 deze rechtspraak in de *Kinderopvangzaak* toegepast op semi-dwingend recht. De rechter is dus ook in dat geval niet bevoegd om een overeenkomst waarin een oneerlijk beding buiten toepassing is gelaten, aan te vullen door een regel van aanvullend recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding.⁶⁰

2.2.3 De relevantie en het potentieel van het evenredigheidsbeginsel

Kan aan deze kritiek binnen de Unierechtelijke kaders tegemoet worden gekomen? Ik stel voorop dat pleidooien voor het behoud van nationale leerstukken en het klagen over gaten die het Unierecht in het vertrouwde nationale recht slaat, in de regel niet veel indruk zullen maken in Luxemburg. Kansrijker is het om uit te gaan van het Unierecht en een betoog te ontwikkelen hoe aan de hand van Unierechtelijke rechtsregels of rechtsbeginselen de rechter in staat kan worden gesteld om tot evenwichtige uitkomsten te komen. Het ligt het meest voor de hand daartoe aan te knopen bij het Unierechtelijke *evenredigheidsbeginsel*. Daar is in de literatuur ook al op gewezen,⁶¹ maar er wordt doorgaans niet veel van verwacht gelet op de gestrengheid van het Hof. Hieronder reik ik enkele bouwstenen aan voor een redeneerlijn.

De eerste vraag is welke partij op het evenredigheidsbeginsel beroep kan doen. Ik meen dat zowel de consument als de handelaar dat kan doen. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt in ieder geval niet dat de handelaar daar geen beroep op zou kunnen doen.

59. Zie o.a. HvJ 8 december 2022, C-625/21, ECLI:EU:C:2022:971 (*Gupfinger*) en HvJ 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14, NJ 2024/268, m.nt. M.B.M. Loos (*D.V./M.A.*), waarin bij wijze van sanctie een declaratie van een advocaat volledig onbetaald diende te blijven. Daarover kritisch: J.J.A. Braspenning, 'No Pay, No Cure: over de implicaties van HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21 voor de relatie tussen advocaten en consumenten in Nederland', *TvC* 2023, afl. 2, p. 54 e.v. In die zaak stond het transparantievereiste van art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen centraal. Er werd ook geoordeeld dat in de betrokken zaak het buitencontractuele verbintenissenrecht geen terugvaloptie bood, tenzij dat uiterst nadelige gevolgen zou hebben voor de consument (punt 63). In dat geval mag aanvullend recht wel worden toegepast, zij het binnen grenzen. Zie de NJ-noot van Loos. Zie voor een tegengeluid, J.R. Torenbosch, a.w. genoemd in voetnoot 58. Aan het slot van zijn artikel schrijft de auteur: 'Dat dit soms tot onbevredigende uitkomsten leidt, bijvoorbeeld voor de advocaat of ondernemer die niet betaald wordt voor zijn geleverde diensten, zelfs in gevallen dat dit moeilijk is te rijmen met het rechtsgevoel, neemt het HvJEU duidelijk op de koop toe.'

60. HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198, NJ 2023/177, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Kinderopvang*), r.o. 3.10.1.

61. Zie C.M.D.S. Pavillon, 'Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive', *ERPL* (27) 2019, afl. 6, p. 1297-1328 (met rechtsvergelijking). Zie verder de NJ-noot van Loos bij *Dexia* en de bijdragen van Pavillon & Spanjaard, Schelhaas & Spanjaard en van Schaub (onder 9), alle genoemd in voetnoot 58.

De tweede vraag is wat de grondslag is voor de toepassing van het evenredigheidsvereiste. In het met de Moderniseringsrichtlijn ingevoerde artikel 8ter Richtlijn oneerlijke bedingen wordt bepaald dat de door de lidstaten vast te stellen sancties moeten voldoen aan de voorwaarden ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’. Volgens sommige auteurs⁶² ziet deze bepaling alleen op de voorwaarden waaraan door toezichthouders opgelegde sancties moeten voldoen. Een aanwijzing daarvoor ligt besloten in het tweede lid van artikel 8ter, dat niet-limitatieve criteria bevat waarmee bij het opleggen van sancties ‘passende rekening wordt gehouden’, waaronder de ernst van de inbreuk.⁶³ Dat wijst inderdaad op publiekrechtelijke handhaving. Toch kan worden betoogd dat artikel 8ter tevens ziet op private handhaving. Richtlijn 2008/48/EG inzake consumentenkrediet in artikel 23, laatste zin, bevatte al van meet af aan de ‘trits’. In de rechtspraak over die richtlijn is onder verwijzing daarnaar aanvaard dat ook aan *privaatrechtelijke* sancties de eis van evenredigheid gesteld moet worden.⁶⁴ Van de ‘trits’ kan in elk geval reflexwerking uitgaan op privaatrechtelijke sanctionering.⁶⁵ Toch lijkt het mij zekerder om een beroep op de onevenredigheid van remedies (mede) rechtstreeks te baseren op het *evenredigheidsbeginsel*, dat een algemeen beginsel van Unierecht is. Op dit beginsel kan rechtstreeks beroep worden gedaan, ook in een geschil tussen een handelaar en een consument.

Ik wijs in dit verband op het arrest *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, ook wel aangeduid als het *NE II*-arrest.⁶⁶ Richtlijn 2014/67/EU over de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten bevat in artikel 20 de eis dat opgelegde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. De Oostenrijkse wetgever had een hoog boeteniveau vastgesteld, waarvan het Hof in *NE I* had geoordeeld dat het onevenredig was.⁶⁷ De Oostenrijkse wetgever paste de bewuste bepalingen niet aan, wat in *NE II* de vraag deed rijzen of de nationale rechter de wettelijke sancties geheel of

62. Zie L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), Deventer: Wolters Kluwer 2024, nr. 47, p. 83, p. 84 en F. de Elizalde, ‘Remedies for Unfair Terms in Light of the General Principles of EU Law’, *ERPL* (32) 2024, afl. 3, p. 461 e.v. (p. 480).

63. Die criteria lijken te zijn geïnspireerd door de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten voor mededingingsinbreuken (*PbEU* 2006, C 210/2).

64. Rechtspraakvoorbeelden zijn: HvJ 9 november 2016, C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842 (*Home Credit Slovakia*), punt 63 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. J. Hijma (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.16, laatste alinea, in samenhang met r.o. 3.7.1.

65. Vgl. F. Cafaggi & P. Iamiceli, ‘The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: the Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions’, *ERPL* (25) 2017, afl. 3, p. 575 e.v. (p. 577).

66. HvJ (Grote Kamer) 8 maart 2022, C-205/20, ECLI:EU:C:2022:168 (*NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II*).

67. HvJ 9 december 2019, C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1108 (*NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld I*).

ten dele buiten toepassing moest laten. Het Hof oordeelt dat genoemd artikel 20 rechtstreekse werking heeft voor zover het vereist dat de wegens schending van de Richtlijn vastgestelde sancties evenredig zijn.⁶⁸ Een particulier kan zich dus op het evenredigheidsbeginsel beroepen in een geding tegen de overheid als die bepaling niet juist is omgezet in nationaal recht. Het Hof verwijst daarbij naar het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van Unierecht.⁶⁹ Daarmee heeft het Hof uitgemaakt dat een justitiabele in het kader van publiekrechtelijke handhaving een beroep kan doen op de rechtstreekse werking van het vereiste van evenredigheid van sancties.

Het is de moeite waard te onderzoeken of deze lijn kan worden doorgetrokken naar civielrechtelijke gedingen over oneerlijke bedingen. Hier stuiten we op het probleem dat de ‘alles of niets’-benadering van het Hof geen ruimte laat voor gradaties of grijsstinten. Terwijl een wettelijk boetebedrag dat disproportioneel is vrij simpel kan worden verlaagd (zodat juridisch-technisch gezien de wettelijke sanctie gedeeltelijk wordt toegepast), is bij een oneerlijk beding partiële vernietiging van het beding niet mogelijk, mede gelet op het verbod van conversie. Ik vind niettemin verdedigbaar dat als vernietiging in een concreet geval in strijd moet worden geacht met het evenredigheidsbeginsel, voor vernietiging geen ruimte is. Geen vernietiging is dan een minder groot kwaad dan vernietiging met onevenredige gevolgen.

Dat voert naar de derde vraag: welke criteria moeten worden aangelegd bij een horizontale evenredigheidstoets? Mogelijke criteria zijn: (a) de geschiktheid van de sanctie voor het bereiken van de met de overtreden norm nagestreefde doelstelling(en), (b) de ernst van de inbreuk in verhouding tot de impact van de gevolgen van de sanctie en (c) het noodzakelijke evenwicht ten opzichte van de belangen van de inbreukmaker, eventuele derden en algemene belangen,⁷⁰ waarbij er acht op moet worden geslagen hoe ingrijpend de gevolgen van de vernietiging voor de handelaar zijn. In feite pleit ik dus voor het maken van een belangenafweging om de al te

68. Vgl. C.H. Sieburgh, ‘Redactionele signalen’, *SEW* 2024/124.

69. Het Hof wijst ook op art. 49 lid 3 Handvest waarin is vastgelegd dat de zwaarte van de straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit.

70. Zie HvJ 9 november 2016, C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842 (*Home Credit Slovakia*). Daar was de vraag aan de orde of de toepasselijke sanctie, dat de consument geen rente of kosten meer hoefde te betalen, proportioneel was. Volgens het Hof hangt dit af van de ernst van de inbreuk. Is de informatie essentieel, zoals informatie omtrent het jaarlijks kostenpercentage, dan is die sanctie billijk.

scherpe kantjes van de sanctie van niet-gebondenheid van de consument te verzachten.⁷¹

De vierde vraag is of het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel ook een *gap-filling role* kan vervullen om gevolgen als in *Dexia Nederland* te voorkomen of althans te mitigeren. Dat acht ik zeker verdedigbaar. Ten eerste is het evenredigheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel van Unierecht van een hogere orde dan de bepalingen van een richtlijn, ook van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Dat betekent dat de in de rechtspraak aanvaarde doelstellingen van die richtlijn – de gelijke positie van partijen ten gunste van de consument herstellen en de afschrikkende werking voor de handelaar – met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel moeten worden toegepast. Ten tweede kan door toepassing van het evenredigheidsbeginsel worden bereikt dat de beide genoemde doelstellingen beter met elkaar in evenwicht kunnen worden gebracht. Door afschrikking te temperen (maar niet weg te nemen) kan bovendien de andere doelstelling, herstel van de gelijke positie van de consument, worden gefinetuned en daarom beter worden verwezenlijkt.⁷²

2.2.4 Slotopmerking

Om in zaken over de Richtlijn oneerlijke bedingen het evenredigheidsbeginsel beter in beeld te brengen zou de rechter in voorkomend geval kunnen overwegen daarover prejudiciële vragen te stellen. De rechter zou dan in de verwijzingsuitspraak kunnen toelichten wat de gevolgen zijn van de sanctie van niet-bindendheid voor de rechtsverhouding tussen handelaar en consument, indien niet ten volle rekening mag worden gehouden met het gezichtspunt dat sancties ook voor de handelaar evenredig moeten zijn.⁷³ Dergelijke voorlichting kan de kans vergroten dat het Hof het evenredigheidsbeginsel expliciet in zijn uitspraak zal betrekken. De praktijk toont dat de input van de nationale verwijzende rechter vaak is terug te zien in de prejudiciële beslissing van het Hof.⁷⁴

71. Als een rechtspersoon bepaalde belastingschulden niet kan betalen, moet zij dat melden aan de Belastingdienst. Gebeurt dat niet of niet op tijd, dan is de bestuurder in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor die belastingschulden. De Hoge Raad heeft in een BTW-zaak gevraagd of die regeling verenigbaar is met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Recent oordeelde het Hof dat een bepaling uit de BTW-richtlijn, 'gelezen in het licht van het evenredigheidsbeginsel', zich daar niet tegen verzet (HvJ 14 november 2024, C-613/23 ECLI:EU:C:2024:961).

72. F. de Elizalde, 'Remedies for Unfair Terms in Light of the General Principles of EU Law', *ERPL* (32) 2024, afl. 3, p. 461-496 spreekt van de noodzaak de twee doelstellingen te kalibreren.

73. In zijn verwijzingsvonnis in de zaak *Dexia* heeft het Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2019:630) weliswaar de context van de voorgelegde prejudiciële vragen uitvoerig toegelicht, maar niet gerefereerd aan het evenredigheidsbeginsel. Het lag toen misschien ook niet voor de hand dat te doen.

74. Een voorbeeld daarvan in een andere maar wel civielrechtelijke context is HvJ 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*).

2.3 Informatieplichten

2.3.1 *Strikte uitleg informatieplicht over herroepingsrecht en betalingsverplichting*

De Richtlijn consumentenrechten streeft een evenwicht na tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het bevorderen van het concurrentievermogen van het bedrijfsleven. Van de talrijke in deze richtlijn opgenomen informatieplichten bespreek ik die ter zake van (1) het herroepingsrecht en (2) de betalingsverplichting.

2.3.1.1 Informatieplicht over het herroepingsrecht van de consument

De handelaar is verplicht de consument-koper er onder meer over te informeren dat deze beschikt over een herroepingsrecht (art. 6 lid 1, onder h). De herroepingstermijn is veertien dagen, na het sluiten van de overeenkomst (art. 9 lid 2). Indien de handelaar de verplichte informatie over het herroepingsrecht heeft nagelaten te verstrekken, loopt de herroepingstermijn pas ten laatste twaalf maanden later af (art. 10 lid 1). De richtlijn regelt in grote mate van detail wat bij herroeping de verplichtingen van de handelaar en van de consument zijn als al een begin is gemaakt met de uitvoering van de overeenkomst (art. 13 en 14).

In het BW wordt het herroepingsrecht in artikel 6:230o BW aangeduid als ‘ontbindingsrecht’ (mogelijk omdat art. 6:219 BW al de figuur van herroeping kent dat een andere betekenis heeft). De koper heeft veertien dagen bedenktijd om een overeenkomst te ontbinden. De overeenkomst hoeft niet gebrekkig te zijn om te kunnen worden ontbonden. Artikel 6:230m lid 1, onder h, BW bepaalt dat de handelaar aan de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze informatie verstrekt over het ontbindingsrecht. De consument heeft veertien dagen de tijd om de overeenkomst te ontbinden. Als de dienstverlener de consument niet de informatie over diens ontbindingsrecht heeft gegeven, wordt die termijn verlengd met de tijd die is verlopen tot het moment dat de dienstverlener die informatie wel heeft verschaft. Deze verlenging is maximaal twaalf maanden.

Men kan zich afvragen of de in de richtlijn gegeven regeling evenwichtig is. Berucht is inmiddels de casus van een consument bij wie een elektrische installatie conform de door hem verstrekte opdracht was gerepareerd, maar die zich nadien tegenover de installateur beriep op zijn herroepingsrecht.⁷⁵ De installateur had de consument namelijk niet geïnformeerd dat deze de overeenkomst binnen veertien dagen mocht herroepen. Daardoor was de termijn van veertien dagen voor het inroepen van het herroepings-

75. HvJ 17 mei 2023, C-97/22, ECLI:EU:C:2023:413 (DC/HJ).

recht verlengd met twaalf maanden.⁷⁶ Voor het einde van die termijn beriep de consument zich op zijn herroepingsrecht en weigerde de factuur te betalen. De installateur vorderde betaling en beriep zich onder meer op het verbod van ongerechtvaardigde verrijking. Het Hof oordeelt dat de installateur zijn informatieplicht ter zake van het herroepingsrecht had geschonden en daarom ingevolge artikel 14 lid 5 Richtlijn consumentenrechten bij wijze van sanctie zelf de kosten diende te dragen van de tijdens de herroepingstermijn verrichte werkzaamheden. De installateur kon zich niet met succes beroepen op het beginsel dat sancties evenredig moeten zijn (punt 32). Op het Unierechtelijke beginsel van het verbod op ongerechtvaardigde verrijking is het Hof niet ingegaan, hoewel de verwijzende rechter daar wel naar had gevraagd als mogelijke grondslag voor een waardevergoeding.⁷⁷ Gevolg: de installateur kon naar zijn geld fluiten. *Lex dura, sed lex*. Dat deze uitkomst zeer onbevredigend is behoeft geen toelichting. Anderzijds moeten de gevolgen niet worden overdreven, want de handelaar die dit één keer is overkomen zal voortaan wel beter uitkijken en bijvoorbeeld zijn algemene voorwaarden hierop aanpassen.

Er valt niettemin iets voor te zeggen om de regeling in de Richtlijn consumentenrechten aan te passen. Ingevolge artikel 16, aanhef en sub a, kan het herroepingsrecht niet worden ingeroepen in geval van dienstenovereenkomsten na volledige uitvoering van de dienst en als de uitvoering is begonnen met uitdrukkelijke voorafgaande instemming van de consument. Maar daaraan wordt toegevoegd: ‘(...) mits de consument heeft erkend dat hij zijn herroepingsrecht verliest zodra de handelaar de overeenkomst volledig heeft uitgevoerd.’ A contrario betekent dit dat het herroepingsrecht nog wel kan worden uitgeoefend als de informatieplicht ten aanzien daarvan niet is nageleefd en de consument ook geen reden had om daaromtrent iets te erkennen. Je kunt je echter afvragen of in gevallen waarin een overeenkomst met instemming van de consument is uitgevoerd het herroepingsrecht nog het doel kan dienen waarvoor het is toegekend, te weten het niet gebonden zijn aan de overeenkomst die de consument (bij nader inzien) niet wil aangaan. Daarom zou, (ook) in het geval waarin de informatieplicht is geschonden, de termijn om dat recht in te roepen idealiter moeten eindigen op het eerste van de volgende twee momenten: het moment waarop de uitvoering van de overeenkomst is voltooid of het moment waarop twaalf maanden en veertien dagen na het sluiten van de overeenkomst

76. Art. 10 lid 2, art. 12 en art. 14 leden 4 en 5 Richtlijn consumentenrechten.

77. Zie F. Rieländer, ‘Kein Wertersatz bei Widerruf nach Vertragserfüllung – eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verbrauchers? Zugleich Besprechung von EuGH Urt. v. 17.5.2023 – C-97/22’, *EuZW* (34) 2023, 893 en C. Wendehorst, ‘Zivilrechtliche Sanktionen im Verbraucherrecht und die Verhältnismäßigkeit’, *NJW* (76) 2023, afl. 30, p. 2155-2158. Minder kritisch is J.R. Torenbosch, a.w. genoemd in voetnoot 58, par. 5.4.

zijn verstreken. Zolang de Uniewetgever niet een oplossing met die strekking heeft doorgevoerd,⁷⁸ zou de handelaar beroep moeten kunnen doen op het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel en in voorkomend geval op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

2.3.1.2 Informatieplicht over de betalingsverplichting van de consument

Ten tweede bespreek ik de informatieplicht met betrekking tot het aangaan van een betalingsverplichting bij onlinebestellingen ('overeenkomsten op afstand gesloten'). Artikel 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten bepaalt dat op de door de handelaar gebruikte bestelknop de tekst 'bestelling met betalingsverplichting' moet staan, of een overeenkomstige ondubbelzinnige formulering. Voldoet een bestelknop niet aan dit voorschrift dan is de consument '*niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden*'. Ook hier verbindt de richtlijn dus zelf een sanctie aan de niet-naleving van de informatieplicht. Deze bepaling is omgezet in artikel 6:230v lid 3 BW, waarvan het slot bepaalt dat een met deze verplichting strijdige overeenkomst vernietigbaar is. Ik duid die bepaling hierna aan als de 'bestelknop-bepaling'.

Het belangrijkste precedent is de zaak *Fuhrmann*.⁷⁹ Een consument had via Booking.com vier kamers geboekt in een hotel. Hij had daartoe, na gegevens te hebben ingevuld, geklikt op een knop met de woorden 'Voltooi boeking' (*Buchung abschließen*). De kamers werden niet vooruitbetaald. Op de geboekte dag zijn de gasten niet verschenen. Het hotel bracht op grond van zijn algemene voorwaarden annuleringskosten in rekening, die niet werden betaald. Er volgde een invorderingsprocedure, waarin het Hof werd gevraagd of de tekst op de bestelknop van Booking.com voldeed aan artikel 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten. Dat is niet het geval, omdat het uitsluitend aankomt op de tekst op de knop en niet op het bestelproces als geheel. Uit de tekst moet ondubbelzinnig blijken dat de consument een betalingsverplichting aangaat. Deze uitleg vindt steun in de doelstelling van de Richtlijn consumentenrechten. Aan die doelstelling wordt derhalve afbreuk gedaan indien de consument, bij het aanklikken van een knop, uit de omstandigheden van dit proces zou moeten afleiden dat hij een betalingsverplichting aangaat, terwijl de woorden op die knop hem niet in staat stellen met absolute zekerheid vast te stellen dat dit de

78. Het is goed mogelijk dat de Commissie hier niet aan wil, vanuit de gedachte dat op die manier handelaren kunnen (blijven) proberen hun informatieplicht ter zake van het herroepingsrecht niet te blijven nakomen. Dat zou ik echter een nogal vergezochte gedachte vinden.

79. HvJ 7 april 2022, C-249/21, ECLI:EU:C:2022:269, NJ 2023/133, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fuhrmann-2 GmbH*). Zie voor een bespreking van dit arrest ook: S. Stiegler, 'Anforderungen an den Internet-Bestellbutton. Bezugspunkt der Gleichwertigkeit alternativer Formulierungen', NJW (75) 2022, afl. 20, p. 1421-1424.

gevolgen zullen zijn. Het Hof geeft dus een zeer letterlijke uitleg van de richtlijnbeveling. Anders dan in het overeenkomstenrecht gebruikelijk is, moet van de context van de bestelling (en dus van de omstandigheden van het geval) volledig worden geabstraheerd. Dat heeft iets wereldvreemds.

Fuhrmann is recent bevestigd in *Conny*.⁸⁰ Conny GmbH treedt in rechte op als cessionaris van de vordering van huurders tegen verhuurders die het wettelijk huurplafond hebben overschreden. Door te klikken op een knop met het opschrift ‘huurplafondbesparing veiligstellen’ kan een huurder aan Conny opdracht geven om zijn rechten jegens verhuurders uit te oefenen door een vordering in te stellen (ik vermoed: op grond van onverschuldigde betaling). Huurders moeten aan Conny een vergoeding betalen in geval van succes bij de rechter. In de nationale procedure stelden de verwerende *verhuurders* dat Conny niet bevoegd was om de rechten van de huurders uit te oefenen omdat de aan haar verleende lastgeving niet voldeed aan de nationale bestelknopbeveling. Volgens het Hof geldt de bestelknopverplichting ook voor (een claimorganisatie als) Conny. Het Hof past vervolgens het arrest *Fuhrmann* toe op het geval dat de betalingsverplichting pas ontstaat wanneer een bepaalde voorwaarde is vervuld. Het Hof benadrukt (punt 54) dat de sanctie op niet-naleving van de bestelknopverplichting ‘enkel’ is dat de consument niet door de betrokken overeenkomst ‘is gebonden’ en dat de richtlijn algemene aspecten van het nationale overeenkomstenrecht onverlet laat. Deze uitleg laat volgens het Hof de mogelijkheid open dat de consument, wanneer hij in een later stadium informatie over de betalingsverplichting heeft verkregen, besluit de gevolgen te handhaven van een overeenkomst die hem tot dan toe niet bond omdat de handelaar bij de sluiting ervan de bestelknopbeveling niet is nagekomen. Er is dus een reparatiemogelijkheid om buiten twijfel te stellen dat de consument zichzelf gebonden acht. Bijzonder in deze zaak is dat de nietigheid van de overeenkomst van opdracht werd ingeroepen door een derde (de verhuurder), terwijl de geschonden norm (de informatieplicht) niet strekt tot bescherming van die derde.⁸¹

Recent sloot de Hoge Raad zich bij deze strikte uitleg van de bestelknopbeveling aan. In zijn prejudiciële beslissing in de zaak *Bol.com* oordeelde de Hoge Raad dat de indertijd door Bol.com gebruikte bestelknop met de tekst

80. HvJ 30 mei 2024, C-400/22, ECLI:EU:C:2024:436 (*Conny*).

81. Vreemd is dat niet. In kartelschadeprocedures voeren gedaagden een vergelijkbaar verweer als zij de rechtsgeldigheid betwisten van de cessie-overeenkomst op grond waarvan een claimorganisatie op eigen naam namens benadeelden in rechte optreedt. Maar ik zou uit deze passage in het *Conny*-arrest voor het Unierecht geen conclusies willen trekken.

‘bestelling plaatsen’ de consument onvoldoende duidelijk informeert dat hij door de knop aan te klikken een betalingsverplichting aangaat.⁸²

2.3.2 Ambtshalve toetsing naleving informatieplichten

In zijn prejudiciële beslissing in *Arvato I*⁸³ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter verplicht is ambtshalve na te gaan of aan een informatieplicht is voldaan wanneer het gaat om een informatieplicht waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt of wanneer het anderszins om een ‘essentiële informatieplicht’ gaat.⁸⁴ Aan de beide hier besproken informatieplichten (herroepingsrecht en betalingsverplichting) zijn bij niet-naleving wettelijke sancties verbonden. De rechter moet dus ambtshalve kunnen toetsen of aan deze informatieplichten is voldaan.

In dezelfde prejudiciële beslissing werd bepaald dat de rechter instructie-maatregelen moet nemen als dat nodig is om te kunnen vaststellen of sprake is van een overeenkomst waarop de informatieplichten van toepassing zijn (r.o. 3.1.17). Net als het geval is in gedingen over oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden (zie par. 2.2.1), dient de rechter die overweegt een overeenkomst te vernietigen, de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten.⁸⁵ De consument die verschijnt, heeft de gelegenheid zich tegen vernietiging van de overeenkomst te verzetten, hetgeen de rechter heeft te respecteren (r.o. 3.1.18).

Net als in gedingen over oneerlijke bedingen dient ambtshalve toetsing ook in *verstekzaken* plaats te vinden. De Hoge Raad heeft in *Arvato I* bepaald dat de rechter in verstekzaken slechts kan overgaan tot *gedeeltelijke* vernietiging bestaande in een vermindering van de verplichtingen van de consument (r.o. 3.1.18). Dat in verstekzaken alleen gedeeltelijke vernietiging mogelijk is (en niet gehele vernietiging) ligt in zoverre niet helemaal voor de hand dat de consument dan, zij het gedeeltelijk, aan de overeenkomst gebonden blijft.⁸⁶ Deze oplossing is echter wel praktisch omdat wordt vermeden dat voor de consument ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.

82. HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355 (*Bol.com*), r.o. 4.7.3. Daarmee kan een eind komen aan de verdeeldheid in de lagere rechtspraak over de uitleg en toepassing van de bestelknopbepaling. Zie voor een overzicht van die rechtspraak mijn conclusie van 28 november 2023 in de zaak *Bol.com* (ECLI:NL:PHR:2023:1083).

83. HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato Finance*).

84. Dat geldt voor ‘essentiële informatie’, voor welk begrip r.o. 3.1.8 aanknoopt bij art. 6:193f, onder b, BW.

85. Zie ook HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Gratis Telefoon II*), r.o. 3.9.

86. Zie concl. (uitlating prejudiciële vragen) plv. P-G Wissink 19 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:545 (*Arvato II*), nrs. 22-24. De Hoge Raad heeft de gestelde vervolgvragen niet in behandeling genomen (HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861), wat in lijn was met die conclusie.

Bij een prijsvermindering kan de kantonrechter een incassovordering gedeeltelijk toewijzen.

2.3.3 Gevolgen schending informatieplicht bestelknop

Conform *Arvato I* is door de rechterlijke macht een leidraad gepubliceerd over de toe te passen prijsverminderingen in geval van vernietiging in verstekzaken, aangeduid als het Sanctiemodel.⁸⁷ Onbevredigend van dit model is volgens sommigen dat in de vele verstekzaken handelaren soms een forse veer moesten laten (in bepaalde gevallen wordt een 50% prijsvermindering aanbevolen), terwijl de consument het bestelde artikel had ontvangen en mocht houden. De Hoge Raad heeft hierover recent in de arresten *Bol.com* en *Capabel*⁸⁸ nadere duidelijkheid gegeven. Het eerste arrest ziet op verstekzaken en de gedeeltelijke vernietiging van een online gesloten overeenkomst, het tweede arrest ziet vooral op procedures op tegenspraak en de gevolgen van een gehele vernietiging van een online gesloten overeenkomst.

In *Bol.com* herhaalt de Hoge Raad dat in verstekzaken gedeeltelijke vernietiging passend is. Sterker: de rechter mag in verstekzaken de overeenkomst niet ambtshalve volledig vernietigen (r.o. 4.8.11). Bij gedeeltelijke vernietiging blijven de rechten van de consument in stand, maar vallen de verplichtingen van de consument, met name de betalingsverplichting, weg. Zo wordt bereikt dat de consument ‘niet door de overeenkomst of bestelling is gebonden’, zoals is bepaald in artikel 8 lid 2, tweede alinea, Richtlijn consumentenrechten. Daar voegt de Hoge Raad echter aan toe: ‘Een zodanige vernietiging zou echter weliswaar een doeltreffende sanctie zijn, maar in veel gevallen klaarblijkelijk niet beantwoorden aan de eis dat sancties ook voor de handelaar evenredig moeten zijn.’ (r.o. 4.8.7). De gedeeltelijke vernietiging mag daarom niet verder gaan dan nodig is ‘om te voorkomen dat de sanctie voor de handelaar onevenredig zou zijn’. Als vuistregel voor wat een evenredige korting op de betalingsverplichting van de consument is hanteert de Hoge Raad één derde van de koopprijs: ‘Met het oog op het grote aantal procedures waarin betaling

87. Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten. Deze richtlijn van het LOVCK is te raadplegen op www.rechtspraak.nl. Zie over dat model o.a. C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, ‘Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie’, *NTBR* 2022/28 (n.a.v. *Arvato I*) en W.H. van Boom, ‘Handhaving van informatieplichten in het verbintenissenrecht’, *AA*20230282. Zie over prijsvermindering vóór *Arvato I*: M.B.M. Loos & C.M.D.S. Pavillon, ‘Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten’, *NJB* 2020/1888 en H.B. Krans, ‘Prijsvermindering krachtens gedeeltelijke ontbinding als alternatief voor schadevergoeding’, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterijds – Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 267 e.v.

88. HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1355 (*Bol.com*) en HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1366 (*Capabel*).

wordt gevorderd uit hoofde van overeenkomsten op afstand waarbij de handelaar gebruik heeft gemaakt van een bestelknop die niet voldoet aan art. 6:230v lid 3 BW, verdient het aanbeveling dat de rechter zich bij de toepassing van de korting richt naar niet-bindende richtlijnen. (...) [Een] korting van één derde op de betalingsverplichting van de consument [is] in beginsel redelijk te achten.’ (r.o. 4.8.10).

Ik vind het *Bol.com*-arrest evenwichtig. De Hoge Raad doorbreekt hier, aan de hand van het evenredigheidsvereiste, de ‘alles of niets’-benadering. Positief is te beoordelen dat het evenredigheidsvereiste een duidelijke plaats krijgt. Een derde van de koopprijs af is echter fors. Het lijkt niettemin een juist uitgangspunt om te komen tot een sanctie die zowel doeltreffend als evenredig is. De doeltreffendheid bepaalt het minimum en de evenredigheid het maximum van de prijsvermindering. In de bandbreedte daar tussenin ligt de korting van één derde. De kantonrechter kan een vordering dus voor twee derde toewijzen, maar afwijkingen zijn mogelijk. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan een geringere prijsvermindering passend zijn. De (kanton)rechter moet dan wel motiveren waarom dat zo is. Een relevant gezichtspunt kan zijn de absolute hoogte van de koopprijs. Wie een mobiele telefoon, een bankstel of zelfs een auto online koopt – dat kan allemaal tegenwoordig – krijgt wel een erg groot voordeel als er een derde van de prijs afgaat. Omgekeerd zou in uitzonderlijke omstandigheden de prijsvermindering meer dan een derde kunnen bedragen, bijvoorbeeld als het niet-naleven van een informatieplicht door een bepaalde handelaar al eerder door de rechter (of de toezichthouder) is vastgesteld en nadien is doorgegaan. Zo veel is wel duidelijk, dat het genoemde Sanctiemodel moet worden aangepast. De ‘één derde’-vuistregel geldt overigens niet alleen voor schendingen van de bestelknopbepaling in artikel 6:230v lid 3 BW, maar ook voor schending van andere informatieplichten waar een specifieke sanctie op staat of die als ‘essentieel’ zijn aan te merken.⁸⁹

Deze problematiek zou bij de kantongerechten⁹⁰ niet spelen als iedere consument, zoals velen van ons, al zijn onlinebestellingen direct bij het bestellen ook zou betalen. Dan leiden onlineaankopen in beginsel niet tot incassovorderingen. Dat (grotere) internethandelaren de optie van achteraf betalen aanbieden heeft naar ik vermoed vooral commerciële redenen. Ik wijs er echter op dat ingevolge artikel 7:26 lid 2 BW de koper slechts kan worden verplicht om ten hoogste de helft van de koopprijs vooruit te betalen. Dit stukje consumentenkooprecht van eigen bodem (en nu eens niet van Europese makelij) staat er echter niet aan in de weg dat aanbieders aan klanten die direct betalen een ‘korting’ kunnen geven. Zo zou het persen-

89. Zie het schema dat is opgenomen in het arrest in de zaak *Arvato I*.

90. De hoven hebben hier zelden mee te maken omdat maar heel weinig zaken boven de appellabiliteitsgrens uitkomen.

tage ‘vooruitbetalers’ verder kunnen worden verhoogd. Niet te hopen is dat de rechterlijke macht het druk gaat krijgen met claims namens consumenten die met gebruik van een achteraf gezien ‘onjuiste’ bestelknop een goed hebben gekocht, betaald, ontvangen en gehouden. Na *Fuhrmann* zijn echter veel bestelknoppen aangepast, dus in zoverre lijkt dit een probleem van voorbijgaande aard.

Dan het arrest *Capabel*. In die zaak ging het om een dienst, namelijk een cursus die online was besteld met gebruikmaking van een ondeugdelijke bestelknop (dat stond vast). Halverwege het cursusjaar stopte de consument met het volgen van de lessen en met het voldoen van de betaaltermijnen. De handelaar wilde ook betaling voor de rest van het jaar omdat de consument zich daartoe had verbonden. De consument was in de procedure verschenen. Uitgangspunt in dat geval is dat de rechter de overeenkomst volledig vernietigt (r.o. 4.7.4). In verstekzaken is geen plaats voor algehele vernietiging en daarom evenmin voor een vordering tot terugvordering of ongedaanmaking (art. 6:203 en 6:210 BW) of uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) (r.o. 4.7.3). Is de consument wel in de procedure verschenen, dan brengt de algehele vernietiging van de overeenkomst mee dat met terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW) geen van beide partijen recht heeft op nakoming van hetgeen haar wederpartij zonder de vernietiging nog had moeten presteren. De handelaar die al heeft geleverd, heeft in zoverre onverschuldigd gepresteerd. Dat kan een grond opleveren voor een vordering uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. Geleverde goederen kan de handelaar terugvorderen. Nadeel als gevolg van gebruik van de zaak door de consument kan niet in rekening van de consument worden gebracht (art. 6:204 lid 1 BW). Kan de consument het goed niet teruggeven dan is hij schadeplichtig behoudens overmacht. De handelaar dient de consument de kosten van het ontvangen en teruggeven van het goed te vergoeden (r.o. 4.7.8). Een afgenomen dienst kan niet ongedaan worden gemaakt. In plaats daarvan kan de handelaar aanspraak maken op een vergoeding van de waarde van de reeds verrichte prestatie op het ogenblik van ontvangst binnen de grenzen van artikel 6:210 lid 2 BW, waaronder de in die bepaling voorziene redelijkheidstoets. De waardevergoeding mag de handelaar geen volledige compensatie geven voor hetgeen hij reeds heeft gepresteerd want dan zou er geen sanctie staan op schending van de informatieplicht (r.o. 4.7.9). Voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geldt ook een redelijkheidstoets. Op die voet moet ook bij de vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking waarop een handelaar recht kan hebben nadat een overeenkomst geheel is vernietigd, rekening worden gehouden met een korting wegens de schending van de informatieplicht (r.o. 4.7.11).

2.3.4 Slotopmerkingen

Het Hof houdt in zijn aangehaalde arresten over informatieplichten vast aan een ijzeren logica. Dat is niet ongebruikelijk, maar de ogen sluiten voor de gevolgen daarvan voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen kan rekenen op kritiek en onbegrip in de civielrechtelijke literatuur, zoals ook gebleken is. Het valt op dat verschillende van de meest bekritiseerde arresten zijn gewezen zonder mondelinge behandeling, zonder conclusie A-G en vaak door een formatie van drie rechters. Dat hoeft niet veel te zeggen, maar het zou er wel op kunnen wijzen dat in Luxemburg zaken over het consumentencontractenrecht al snel worden beschouwd als zaken waarin zonder meer op bestaande rechtspraak kan worden voortgebouwd. Zo wordt het steeds lastiger die rechtspraak bij te buigen. Anderzijds valt ook op dat de Nederlandse regering maar zelden intervenieert in prejudiciële zaken op consumentengebied, ook niet in Nederlandse zaken. De regering zou, uiteraard binnen de daarvoor beschikbare capaciteit, op dit terrein actiever kunnen worden om het belang van evenwichtige privaatrechtelijke verhoudingen in Luxemburg goed over te brengen.

3 Europees aansprakelijkheidsrecht: privacyclaims

3.1 Inleidende opmerkingen

De AVG (Engels: GDPR)⁹¹ geeft een regeling van de bescherming van persoonsgegevens binnen de Europese Unie. Eerder was die bescherming, veel minder gedetailleerd, op Europees niveau geregeld in onder meer Richtlijn 95/46/EG, aangeduid als de ‘Privacyrichtlijn’. Rond de eeuwwisseling kreeg de bescherming van persoonsgegevens binnen de EU-instellingen vooral op initiatief van Duitsland steeds meer aandacht, onder andere omdat toen de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken op gang kwam. Met het verbindend worden van het Handvest per 1 december 2009 is de bescherming van persoonsgegevens een terugkomend thema geworden in de rechtspraak. Enkele malen heeft het Hof door de EU vastgestelde maatregelen als niet rechtsgeldig terzijde gesteld (dat gebeurt

91. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene Verordening Gegevensbescherming, AVG), *PbEU* 2016, L 119/1.

niet vaak), op de grond dat de bescherming van persoonsgegevens in die instrumenten onvoldoende was gegarandeerd.⁹²

Met de AVG is op Unieniveau een alomvattende regeling van de bescherming van persoonsgegevens tot stand gekomen. Hoewel de AVG ook van belang is voor de interne markt, is deze verordening niet gebaseerd op artikel 114 VWEU, maar op de specifieke rechtsgrondslag van artikel 16 lid 2 VWEU. Het eerste lid van dat artikel luidt: *‘Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.’* Die bepaling is tekstueel identiek aan artikel 8 lid 1 Handvest. Daarmee is de bescherming van persoonsgegevens grondrechtelijk verankerd.

Ondanks haar rechtstreekse toepassing in de nationale rechtsorde behoeft de de AVG uitwerking op nationaal niveau. Daartoe is de Uitvoeringswet AVG uitgevaardigd.⁹³ De AVG wordt zowel bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk gehandhaafd. Hieronder ga ik in op één onderdeel van de privaatrechtelijke handhaving, namelijk de in artikel 82 AVG genoemde grondslag om vergoeding te ontvangen van schade die het gevolg is van een inbreuk op de AVG.

3.2 De regeling van artikel 82 AVG en de eerste rechtspraak daarover

Het eerste lid van artikel 82 AVG luidt: *‘Eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op deze verordening, heeft het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade.’*⁹⁴ Uit deze bepaling blijkt wie recht heeft op schadevergoeding: een ieder die schade heeft geleden. Er blijkt ook wie daarvoor kunnen worden aangesproken: verwerkingsverantwoordelijken (*controllers*) en verwerkers (*processors*).

Alleen natuurlijke personen hebben persoonsgegevens. Rechtspersonen kunnen daarom geen rechten ontleen aan de gegevensbeschermingsre-

92. Zie o.a. HvJ 8 april 2014, C-239/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*). In dat arrest werd Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken ongeldig verklaard; en HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems*), waarin de toenmalige ‘safe harbour’ overeenkomst met de VS over doorgifte van passagiersgegevens ongeldig werd verklaard.

93. *Sib.* 2018, 144.

94. Deze bepaling staat in Hoofdstuk VIII getiteld ‘Beroep, aansprakelijkheid en sancties’.

gels met het oog op de bescherming van eigen gegevens.⁹⁵ Een onderneming kan echter wel betrokkenheid hebben bij de privaatrechtelijke handhaving van de AVG. Ten eerste kan een rechtspersoon zonder winstoogmerk een groep natuurlijke personen vertegenwoordigen om een vordering ex artikel 82 AVG in te stellen volgens de regels van nationaal recht.⁹⁶ Juist bij privacyschendingen ligt een collectieve actie voor de hand.⁹⁷ Daar zijn al diverse voorbeelden van bij de Nederlandse rechter.⁹⁸ Ten tweede kan, blijkens recente rechtspraak, een onderneming op grond van nationale regels van oneerlijke mededinging opkomen tegen een (gestelde) inbreuk op de AVG door een concurrent, als zij meent daardoor in haar belangen te worden getroffen.⁹⁹

Het tweede lid van artikel 82 AVG vormt de materiële grondslag voor aansprakelijkstelling van een verwerkingsverantwoordelijke, voor wie aansprakelijkheid in geval van een inbreuk het uitgangspunt is, en van de verwerker, voor wie dat uitgangspunt niet geldt. Op grond van het derde lid heeft zowel de verwerkingsverantwoordelijke als de verwerker een disculpatiemogelijkheid ‘indien hij bewijst dat hij op geen enkele wijze verantwoordelijk is voor het schadeveroorzakende feit’. Voor het geval meerdere verwerkingsverantwoordelijken en/of verwerkers aansprakelijk zijn voor schade die voortvloeit uit eenzelfde inbreuk, bevat het vierde lid een bepaling over hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de benadeelde en het vijfde lid een regeling over regres tussen inbreukmakers onderling, zonder dat de termen hoofdelijkheid en regres worden genoemd.

95. Zie H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene verordening gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, par. 6.2.5. In die zin ook concl. A-G Szpunar 25 april 2024, C-21/23, ECLI:EU:C:2024:354, punt 80-81, en het recente arrest in die zaak: HvJ 4 oktober 2024, C-21/23, ECLI:EU:C:2024:846 (*Lindenapothek*), punt 54.

96. Dit recht op vertegenwoordiging staat in art. 80 lid 1 AVG: ‘(...) indien het lidstatelijke recht daarin voorziet’, kan een dergelijke rechtspersoon optreden, maar daarbij geldt de eis dat ‘het een organisatie of vereniging zonder winstoogmerk is dat of die op geldige wijze volgens het recht van een lidstaat is opgericht, en waarvan de statutaire doelstellingen het openbare belang dienen en de instantie moet actief zijn op het gebied van de bescherming de rechten en vrijheden van de betrokkene op het gebied van bescherming van diens persoonsgegevens’. Zie ook HvJ 28 april 2022, C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322 (*Meta Platforms Ireland Limited*), punt 65.

97. Zie: J.L.M. van Duin, A.L. Jonkers, J. Wassink & K.V. Meiring, ‘Immateriële schadevergoeding in collectieve acties onder de AVG: terug naar de kern’, *NTBR* 2024/18, p. 136 e.v. Dat neemt niet weg dat letselschade in beginsel een individuele aangelegenheid is. Zie ook, niet beperkt tot privacyschendingen: S.D. Lindenbergh, ‘Over collectieve afdoening van smartengeldvorderingen’, *NJB* 2024/1050.

98. Daarbij gaat tot nu toe relatief veel aandacht uit naar de vraag of aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW is voldaan. Zie o.a. Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694 (*Stichting Onderzoek Marktinformatie/TikTok e.a.*); Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651 (*Stichting the Privacy Collective/Oracle & Salesforce*); en de bij de Rechtbank Amsterdam lopende zaak van *Stichting Onderzoek Marktinformatie* en *Stichting Data Privacy* tegen *Meta*.

99. Zie opnieuw HvJ 4 oktober 2024, C-21/23, ECLI:EU:C:2024:846 (*Lindenapothek*).

De AVG hanteert een ruim begrip schade.¹⁰⁰ De benadeelde moet al zijn schade daadwerkelijk vergoed kunnen krijgen, ook immateriële schade. In geval van misbruik van persoonsgegevens kan zich emotionele schade voordoen, bijvoorbeeld gevoelens van angst, ergernis, frustratie of onzekerheid. In het systeem van de AVG is er geen schade zonder inbreuk, geen vergoeding zonder schade, mogen geen minimumeisen worden gesteld aan de ernst of omvang van de schade, en is het aan de eiser om het bewijs van immateriële schade te leveren.¹⁰¹ Dat volgt samengevat uit het arrest *Österreichische Post*,¹⁰² de eerste uitspraak waarin het Hof vragen van uitleg beantwoordt over artikel 82 lid 1 AVG. Het Hof blijft daar dicht bij de tekst van die bepaling. Het bevestigt dat drie voorwaarden moeten zijn vervuld om schadevergoeding te kunnen toewijzen: inbreuk, schade en causaal verband. Niet erg opzienbarend dus.

De kort nadien gewezen arresten waarin het schadebegrip van artikel 82 AVG aan de orde is, voegen op dat punt niet veel toe. In *Krankenversicherung Nordrhein* heeft het Hof verduidelijkt dat het in artikel 82 AVG bedoelde recht op schadevergoeding een compensatoire functie heeft, en ‘niet een afschrikwekkende of zelfs punitieve functie’. Dit betekent onder meer dat – anders dan het geval is bij publiekrechtelijke sanctionering door een toezichthouder – de ernst van de inbreuk geen invloed kan hebben op het bedrag van de schadeloosstelling, ook niet als het gaat om immateriële schade.¹⁰³ Verder oordeelt het Hof dat artikel 82 AVG voorziet in een schuld aansprakelijkheid, waarbij de bewijslast niet rust op de persoon die schade heeft geleden, maar op de verwerkingsverantwoordelijke. Risicoaansprakelijkheid wordt van de hand gewezen omdat dit afbreuk zou doen aan de doelstelling van rechtszekerheid.¹⁰⁴ Het Hof heeft aldus het schuldvereiste als vierde voorwaarde voor aansprakelijkheid toegevoegd, wat expliciet blijkt

100. Het begrip ‘schade’ staat niet gedefinieerd onder de definities in art. 4 AVG. Zie echter overweging 146 van de considerans, waarvan de eerste zin luidt: ‘De verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker moeten alle schade vergoeden die iemand kan lijden ten gevolge van een verwerking die inbreuk maakt op deze verordening.’

101. In HvJ 14 december 2023, C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (*Gemeinde Ummendorf*) spreekt het Hof van ‘de merkbaarheid’, die niet als bijkomende voorwaarde voor aansprakelijkheid kan worden gesteld (punt 17).

102. HvJ 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (*Österreichische Post*), NJ 2023/244, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; JBP 2023/101, m.nt. T.F. Walree; CMLR (61) 2024, afl. 2, p. 531-544, m.nt. V. Janáček & C.T. Santos. Laatstgenoemde auteurs vinden het arrest wat betreft de uitleg van het autonome begrip ‘schade’ onduidelijk en dubbelzinnig. Die mening deel ik niet, hoewel iedere uitleg per definitie aanleiding kan geven tot vervolgvragen. Zie verder: S.D. Lindenbergh & M.C. Samson, ‘Smartengeld wegens AVG-inbreuken na “Österreichische Post”’, NJB 2023/1621.

103. HvJ 21 december 2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*), punt 84-87, zoals bevestigd in HvJ 11 april 2024, C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (*juris*).

104. HvJ 21 december 2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*), punt 94 en 100.

uit het arrest *juris*.¹⁰⁵ Bij inbreuk door een verwerkingsverantwoordelijke wordt schuld vermoed, welk vermoeden kan worden weerlegd.

3.3 Artikel 82 AVG in Unierechtelijk perspectief; vergelijking met kartelschadevorderingen

Onder dit kopje benoem ik overeenkomsten en verschillen met de Unierechtelijke regeling en rechtspraak over ‘kartelschade’ die ontstaat als gevolg van inbreuken op het mededingingsrecht. ‘Een ieder’ die schade heeft geleden als gevolg van een schending van de Europese mededingingsregels (art. 101 lid 1 en art. 102 VWEU) heeft het recht een vordering tot schadevergoeding in te stellen.¹⁰⁶ Het recht op schadevergoeding berust op het Unierecht zelf, namelijk op de directe werking van het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU.¹⁰⁷ De uitoefening van dat recht op schadevergoeding loopt via het nationale aansprakelijkheidsrecht, dat moet voldoen aan het gelijkwaardigheidsvereiste en het doeltreffendheidsvereiste. Met Richtlijn 2014/104/EU¹⁰⁸ (Kartelschaderichtlijn) zijn de nationale regels op dat gebied voor een deel geharmoniseerd. Na omzetting in de nationale wetgeving werken de bepalingen van die richtlijn door in de horizontale rechtsverhouding tussen inbreukmakers en benadeelden. De doelstellingen van deze richtlijn zijn doeltreffendheid en afschrikking – twee gradaties van eenzelfde streven naar een hoog niveau van compliance.¹⁰⁹ Dit neemt niet

105. HvJ 11 april 2024, C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (*juris*), punt 46.

106. HvJ 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*) en HvJ 13 juli 2006, C-295/04-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*). *Courage* was een b2b-zaak en *Manfredi* een b2c-zaak, waarin werd verduidelijkt dat voor een vordering tot schadevergoeding drie voorwaarden gelden: inbreukmakend gedrag, schade en causaal verband (punt 61). De schadevergoeding moet volledig zijn en daarom zowel het geleden verlies (*damnum emergens*) als de gederfde winst (*lucrum cessans*) omvatten (punt 95).

107. Wat volgens punt 19 van het arrest *Courage* teruggaat tot het arrest *Van Gend & Loos*, waarin voor het eerst de directe werking van een bepaling uit (toen) het EEG-Verdrag werd aanvaard (HvJ 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1962:1), en tot de rechtspraak over staatsaansprakelijkheid wegens schendingen van het Unierecht, welke aansprakelijkheid ‘*inherent is aan het stelsel van Verdragen waarop de Unie is gegrond*’ (zie HvJ 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*) en HvJ 4 oktober 2018, C-571/16, ECLI:EU:2018:807 (*Kantarev*), punt 92).

108. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014, betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, L 349/1. Zie over de functies van deze richtlijn en de achtergronden daarvan J.S. Oster, ‘Privatrechtliche Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung des Unionsrecht am Beispiel der Schadenersatzrichtlinie 2014/104/EU, *Europa-Recht* (54) 2019, afl. 6, p. 578 e.v.

109. Om die reden bevat de Kartelschaderichtlijn ook bepalingen die het publiekrechtelijke ‘clementieprogramma’ van de Commissie moeten beschermen, dat eveneens compliance tot doel heeft. Het vooruitzicht hoge schadevergoedingen te moeten betalen mag ondernemingen er niet van weerhouden bij een mededingingsautoriteit een clementieverzoek in te dienen in ruil voor boetevrijdom. Dat is een lastige balanceeract.

weg dat ook de Kartelschaderichtlijn berust op een compensatoire benadering: de volledige schade moet worden vergoed, niet minder maar ook niet meer.¹¹⁰ Van verplichte volledige schadevergoeding gaat al een grote mate van afschrikking uit, omdat het bedrag aan schadevergoeding in dit soort zaken zeer hoog kan zijn. Genoemde richtlijn regelt enkele typisch privaatrechtelijke onderwerpen, zoals verjaring, hoofdelijke aansprakelijkheid. Bij sommige specifieke onderwerpen, zoals het aantonen dat de meerkosten als gevolg van de mededingingsinbreuk op afnemers zijn afgewenteld (*'passing on'*), bevat de richtlijn ook regels over de toepasselijke bewijslastverdeling. Deze richtlijn is begin 2017 omgezet in afdeling 3b van Titel 3 (*'Onrechtmatige daad'*) van Boek 6 BW.¹¹¹ Voor zover valt na te gaan worden kartelschadevorderingen die worden beheerst door Nederlands recht nog steeds gebaseerd op artikel 6:162 BW¹¹² en niet (mede) op artikel 6:193m BW, de rechtsgrondslag in de implementatiewet.¹¹³

Op dezelfde wijze verleent artikel 82 AVG een zelfstandige Unierechtelijke rechtsgrondslag, die echter niet hoefde te worden omgezet in nationale wetgeving. De AVG is immers een verordening die rechtstreeks van toepassing is. De rechtsgrondslag van artikel 82 AVG is niet exclusief: een benadeelde kan er nog steeds voor kiezen om een vordering tot smartengeld wegens schending van zijn privacyrechten in te stellen louter op grond van artikel 6:162 BW.¹¹⁴ Daarnaast bestaat er samenloop tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van de AVG. In de reeds aangestipte zaak *Lindenapotheker*¹¹⁵ vorderde een concurrent met een beroep op de *Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb* om Lindenapotheker te bevelen haar internetapothek te staken zolang niet zou zijn gewaarborgd dat klanten vooraf toestemming konden geven voor de verwerking van hun gezondheidsgegevens. De AVG staat aan

110. Zie art. 3 lid 3: *'Volledige vergoeding uit hoofde van deze richtlijn mag niet leiden tot overcompensatie, ongeacht of het punitieve schadevergoeding, meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding betreft.'* Zie ook art. 12 leden 2 en 3 van deze richtlijn. De keuze voor deze compensatoire benadering is mede het resultaat van breed gedragen kritiek vanuit het privaatrecht van de lidstaten op het niet mogen voeren van het doorberekeningsverweer. Het niet mogen voeren van het verweer berustte op de effectiviteit van de mededingingsregels, maar is uiteindelijk terzijde gesteld door het verbod van verrijking. Het bereikte resultaat is evenwichtig voor zowel het Unierecht als het privaatrecht.

111. Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, *Stb.* 2017, 28.

112. Dat geldt ook voor het verbod van misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU/art. 24 Mw). Eventuele additionele vorderingsgrondslagen zijn art. 6:166 BW (groepsaansprakelijkheid) of art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking).

113. Art. 6:193m lid 1 BW luidt: *'Indien ondernemingen door een gemeenschappelijk optreden een inbreuk hebben gepleegd op het mededingingsrecht, is elk van hun [lees: hen; BJD] voor het geheel van de door de inbreuk veroorzaakte schade aansprakelijk.'*

114. Vgl. T. Hartlief, *'(Smarten)geld zetten op de AVG?'*, *NJB* 2021/2885 en M.C. Samson, *'Handhaving van het recht op bescherming van persoonsgegevens via het aansprakelijkheidsrecht'*, *NTBR* 2021/2, p. 4 e.v.

115. HvJ 4 oktober 2024, C-21/23, ECLI:EU:C:2024:846 (*Lindenapotheker*).

een dergelijke actie niet in de weg, aldus het Hof. Integendeel, deze vorm van private handhaving helpt de rechten van betrokkenen te versterken en ervoor te zorgen dat zij een hoog niveau van bescherming genieten.

Noch in de Kartelschaderichtlijn noch in de AVG is plaats voor punitieve schadevergoeding. In de Nederlandse rechtsliteratuur is gedebatteerd over de vraag of de AVG niet ook een ‘handhavingsfunctie’ heeft of zou moeten hebben. Ik begrijp die term zo dat, nu bescherming van persoonsgegevens in-gevolge artikel 8 Handvest een grondrecht is, een inbreuk daarop op zichzelf recht zou moeten geven op smartengeld, ook als geen aantoonbare schade is geleden.¹¹⁶ Zoals vermeld is in *Österreichische Post* bepaald dat een enkele inbreuk niet als zodanig kan worden aangemerkt als schade. Dit lijkt mij einde verhaal voor de handhavingsfunctie. In een recent arrest over artikel 82 AVG verwees het Hof nogmaals naar de ‘uitsluitend compenserende – en niet punitieve – functie die dat recht op schadevergoeding vervult’.¹¹⁷ Maar niet getreurd, want zoals hiervoor gezegd kan de compensatoire functie ook al voor afschrikking zorgen en in die zin een preventief effect hebben. Een verschil tussen beide regimes is dat de AVG werkt met een autonoom schadebegrip,¹¹⁸ wat niet het geval is bij de Kartelschaderichtlijn, zij het dat artikel 3 van die richtlijn wel omschrijft wanneer sprake is van ‘volledige vergoeding’.

De mededingingsrechtelijke verboden uit het VWEU (art. 101 lid 1 en art. 102 VWEU) zijn aangemerkt als ‘bepalingen van openbare orde’, die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast.¹¹⁹ Bescherming van persoonsgegevens is als gezegd verankerd in artikel 8 lid 1 Handvest. Is dat een voldoende reden om die bepaling als van openbare orde aan te merken? In de literatuur, en niet bij de minste auteurs, bespeur ik enige neiging om Handvestbepalingen aan te merken als van openbare orde.¹²⁰ Ondanks de constitutionele status die wel aan het Handvest wordt

116. Zie T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (O&R nr. 126) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021 en E.F.D. Engelhard, ‘Immateriële schade als gevolg van data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG’, *NTBR* 2019/30, p. 192 e.v. Anders: D.A. van der Kooij & H.J. van Kralingen, ‘Schadevergoeding op grond van de AVG: ter compensatie en/of handhaving’, *NTBR* 2022/9, p. 63 e.v. die daar betwisten dat de AVG een handhavingsfunctie heeft.

117. HvJ 4 oktober 2024, C-507/23, ECLI:EU:C:2024:846 (*Patērētāju tiesību aizsardzības centrs*), punt 43.

118. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Een Europees schadebegrip?’, *NTBR* 2018/5, p. 31 e.v. en *Österreichische Post*, punt 28-30.

119. Zie o.a. HvJ 13 juli 2006, C-295/04-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), punt 31.

120. R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008, p. 548/9: ‘Daarbij zal vroeg of laat ook de vraag aan de orde komen of en in hoeverre, gezien het karakter van de grondrechten als regels van openbare orde, de nationale rechter tot ambtshalve toetsing aan het Handvest moet overgaan.’ Barents werpt de vraag dus slechts op en doet dat in het kader van zijn toelichtend commentaar op de werkingssfeerbepaling in art. 51 lid 1 Handvest. Daarnaast wordt verwezen in Asser/Hartkamp 3-I 2023/129.

toegedicht omdat het grondrechten bevat, zie ik niet goed waarom Handvestbepalingen die rechten toekennen om die reden in Unierechtelijke zin van openbare orde zouden zijn. Handvestbepalingen hebben in de normenhierarchie dezelfde status als het VWEU. Aan geen van de bepalingen van het VWEU, met uitzondering van genoemde mededingingsrechtelijke verboden, is door het Hof de status ‘openbare orde’ toegekend. Nu het Handvest en het VWEU in de normenhierarchie op hetzelfde niveau staan, is er in beginsel geen reden om aan materieelrechtelijke bepalingen van het Handvest die status wél toe te kennen.

Kartelschadeclaims zijn in de regel *follow-on* acties: zij worden ingesteld nadat een mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld. Die vaststelling vormt de feitelijke grondslag van de vordering en het bewijs dat verweerders onrechtmatig hebben gehandeld. Privacyclaims zijn minder vaak *follow-on* acties omdat door de toezichthouders nog niet zo veel inbreuken zijn vastgesteld en beboet. Daar lijkt, nu ook in Nederland, echter enige verandering in te komen.¹²¹ Ongeacht of een privacyclaim onder WAMCA valt, moet feitelijk worden vastgesteld of, en zo ja, hoe persoonsgegevens zijn verwerkt en moet juridisch worden beoordeeld of de verwerking op een rechtmatige grondslag berust. Indien voor de verwerking geen toestemming is gegeven, dient er een andere grond te zijn waarop de verwerking noodzakelijk is als bedoeld in artikel 6 lid 1 AVG, zoals voor de behartiging van gerechtvaardigde belangen (letter f). De vraag of er voor een verwerking een rechtvaardiging is zorgt regelmatig voor discussie.¹²²

Een ander verschil tussen kartelschadeclaims en schadeclaims op grond van artikel 82 AVG betreft de rechtspersoon die kan worden aangesproken. In het mededingingsrecht geldt de ‘onderneming’ (in de zin van de economische eenheid) als ‘inbreukmaker’, waardoor ook andere vennootschappen uit die eenheid kunnen worden aangesproken voor schade die het gevolg is van gedragingen die feitelijk zijn verricht door een andere groepsvennootschap.¹²³ Het begrip ‘onderneming’ in de AVG knoopt aan bij een rechtspersoon en niet bij een economische eenheid. Alleen de verwerker of de verwerkingsverantwoordelijke kunnen worden aangesproken. Ik zou echter

121. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) pakte op 26 augustus 2024 uit met een recordboete van € 290 miljoen voor Uber.

122. Zie bijv. HvJ 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta Platforms* – algemene voorwaarden van een online sociaal netwerk) en recent HvJ 4 oktober 2024, C-621/22, ECLI:EU:C:2024:857 (*KNLTB/AP*). De laatste zaak speelt zich af in het kader van publieke handhaving. Zie voor een voorbeeld van private handhaving ook HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1814, NJ 2022/258, m.nt. E.J. Dommering (*BKR-registratie*).

123. Zie HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*). Zie over deze problematiek: B.J. Drijber, ‘Dit gebeurt al jaren: hoe het mededingingsrecht de concernverhoudingen op zijn kop zet’, *Ondernemingsrecht* 2024/29, met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

menen dat in het geval dat de rechtspersoon waaraan de AVG-inbreuk moet worden toegerekend niet langer solvabel is of niet meer bestaat, moet kunnen worden doorgepakt naar de holdingvennootschap of andere gelieerde vennootschappen. Dat volgt uit het doeltreffendheidsbeginsel.

Tot slot: de rechtspraak in kartelschadezaken waarop de Kartelschaderichtlijn temporeel nog niet van toepassing was, laat zien dat op basis van het doeltreffendheidsbeginsel makkelijk een streep wordt gezet door nationale wetgeving (of rechtspraak) die de mogelijkheid voor een benadeelde om een vordering tot schadevergoeding in te stellen (op een bepaald onderdeel) excessief moeilijk maakt. Voorbeelden hiervan zijn de arresten *Kone*, *Skanska*, *Otis*, *Cogeco* en *Heureka*.¹²⁴ In de rechtspraak over artikel 82 AGV kan zich een vergelijkbare ontwikkeling gaan voltrekken, met name indien een nationale wetgeving te strikte grenzen zou stellen aan de mogelijkheid om wegens schending van de AVG schadevergoeding te vorderen of anderszins te categorisch is geformuleerd. Zo'n beperking zou bijvoorbeeld kunnen zien op de kring van partijen die een vordering kunnen instellen, op de verdeling van de bewijslast om een inbreuk op de AVG aannemelijk te maken of op vormen van schade die op voorhand buiten beschouwing gelaten moeten worden. In dat soort gevallen zal de zeis van het doeltreffendheidsbeginsel vroeg of laat langskomen. Uit *Österreichische Post* volgt al dat de nationale eis dat de schade een bepaalde minimale omvang moet hebben in strijd is met de AVG. Dan hoeft het doeltreffendheidsbeginsel er niet meer aan te pas te komen.

3.4 Noopt artikel 82 AVG tot aanpassingen van de Nederlandse rechtspraak over smartengeld?

Uit de samenvatting van de regeling artikel 82 AVG in paragraaf 3.2 blijkt dat die regeling betrekkelijk summier is. Het nationale privaatrecht dient die regeling daarom aan te vullen. Ik zie dit als een mooi voorbeeld van de symbiotische relatie tussen Unierecht en nationaal privaatrecht, die samen maar in elkaars verlengde worden toegepast. Het nationale privaatrecht, zowel het materiële recht als het procesrecht, zorgt voor de bedding waarin het Unierecht zich in de nationale rechtsorde kan ontfouwen maar wordt tegelijkertijd waar nodig door het Unierecht ingekleurd. Het is te verwach-

124. HvJ 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*): nationaal recht kan niet door een invulling van het vereiste van causaal verband een bepaald soort schade (in die zaak: *umbrella damages*) van vergoeding uitsluiten; HvJ 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*): Unierecht bepaalt welke entiteiten aansprakelijk gesteld kunnen worden; HvJ 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*): derde partij die indirect schade heeft geleden door een mededingingsinbreuk heeft belang om schadevergoeding te vorderen; HvJ 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*): doeltreffendheidsbeginsel staat in de weg aan Portugese verjaringstermijn van drie jaar die niet kan worden geschorst of gestuit; HvJ 18 april 2024, C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (*Heureka Group/Google*): Tsjechische verjaringstermijn is te kort en gaat te vroeg in.

ten dat van het bepaalde in artikel 82 AVG een zekere reflexwerking kan uitgaan op aansprakelijkstellingen op grond van onrechtmatige daad wegens een AVG-inbreuk. Dat kan bijvoorbeeld gelden voor het begrip ‘schade’ nu dat onder de AVG een autonoom begrip is. Zolang het beschermingsniveau voor benadeelden in het geval van een onrechtmatige daadsactie niet minder hoog ligt dan op grond van artikel 82 AVG is vereist, verwacht ik dat daar niet veel van te merken zal zijn. Ik sta hieronder nog specifiek stil bij wat er tot nu aan rechtspraak is over het begrip ‘immateriële schade’ in artikel 82 AVG.

In het arrest *MediaMarktSaturn*¹²⁵ oordeelde het Hof dat dit begrip schade een situatie omvat waarin persoonsgegevens aan een onbevoegde derde zijn doorgegeven en betrokkene een gegronde vrees heeft dat enkele van zijn persoonsgegevens verder verspreid of misbruikt zullen worden. Ook verlies van controle over persoonsgegevens kan immateriële schade opleveren, oordeelde het Hof. Is dat risico op verspreiding of misbruik daarentegen louter hypothetisch omdat geen enkele derde klaarblijkelijk van het betrokken document kennis heeft genomen, dan bestaat er geen vergoedbare immateriële schade. Een ander recent arrest leert dan weer dat het aanbieden van excuses een passende vergoeding voor immateriële schade kan vormen op grond van artikel 82 AVG, met name wanneer het onmogelijk is om de toestand te herstellen die vóór het ontstaan van die schade bestond, mits met deze vorm van vergoeding de door de betrokkene geleden schade volledig wordt vergoed.¹²⁶ De belangrijkste vraag in dit verband, die nog niet is beantwoord door het Hof, lijkt te zijn of het autonome karakter van het begrip schade in artikel 82 AVG zal leiden tot een andere invulling van het nationale begrip immateriële schade(vergoeding). Vooralsnog ziet het daar niet naar uit.

Heeft de AVG wel gevolgen voor de voorwaarden die sinds het *EBI*-arrest¹²⁷ gelden voor het toekennen van smartengeld? Als de schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad nadeel omvat dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde blijkens dat arrest ingevolge artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij (i) lichamelijk letsel heeft opgelopen, of (ii) in zijn eer of goede naam is geschaad, of (iii) op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Van een aantasting in de persoon op andere wijze is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht. Degene die stelt te zijn aangetast in zijn persoon dient dit met concrete gegevens te onderbouwen. In bepaalde gevallen echter kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan

125. HvJ 25 januari 2024, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (*MediaMarktSaturn*), punt 67-69.

126. HvJ 4 oktober 2024, C-507/23, ECLI:EU:C:2024:846 (*Patērētāju tiesību aizsardzības centrs*), punt 37.

127. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenberg (*EBI*).

voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen ('de EBI-exceptie').¹²⁸ In het licht van het arrest *Österreichische Post* kan er weinig twijfel over bestaan dat het EBI-arrest bij de huidige stand van de Europese rechtspraak over artikel 82 AVG nog steeds 'good law' is.¹²⁹ Dat geldt ook voor de zojuist vermelde EBI-exceptie.

4 Horizontale werking van het primaire Unierecht

4.1 Inleidende opmerkingen

Dit hoofdstuk gaat over het primaire Unierecht. Ik bespreek eerst de vraag of de vrij verkeerbepalingen uit het VWEU horizontale werking hebben. Dat onderwerp staat de laatste tijd iets minder in de belangstelling dan het consumentenrecht, maar is niettemin van belang voor een goed begrip van de interactie tussen het Unierecht en het nationaal privaatrecht. Daarna bespreek ik een onderwerp dat de laatste jaren wel veel pennen in beweging heeft gebracht, namelijk de horizontale werking van Handvestbepalingen.

Eerst iets over de gebruikte terminologie. Directe of rechtstreekse werking betekent in het Unierecht dat een 'particulier' (dat is iedere partij die geen onderdeel is van de overheid of daarmee moet worden gelijk gesteld) op een Unierechtelijke bepaling beroep kan doen zonder tussenkomst van een bepaling van nationaal recht. Alleen Unierechtelijke bepalingen die voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd – en zodoende geen uitwerking behoeven – kunnen directe werking hebben. Een nationale maatregel die met een direct werkende bepaling van Unierecht strijdig is, dient buiten toepassing te worden gelaten ('uitsluitingseffect'; *invocabilité d'exclusion*). In plaats van die nationale bepaling dient de direct werkende bepaling van Unierecht te worden toegepast ('substitutie-effect'; *invocabilité de substitution*). Het eerste effect volgt reeds uit de voorrang van het Unierecht, het tweede effect is het specifieke gevolg van de directe werking. Daarnaast bestaat er een onderscheid tussen 'verticale directe werking' ('*effet direct vertical*') en 'horizontale directe werking' ('*effet direct horizontal*'), naar gelang een particulier tegenover een overheidsorgaan of tegenover een andere particulier beroep doet op de directe werking van een bepaling van Unierecht. Het gaat daarbij om de inroepbaarheid van een bepaling van Unierecht ten overstaan van de rechter. Directe werking wordt hier geframed als '*justiciability*'.¹³⁰ Simpel gezegd, de rechter moet wat kunnen met de ingeroepen bepaling.

128. Zie ook Asser/Sieburgh 6-II 2021/143d.

129. In die zin S.D. Lindenbergh & M.C. Samsom, 'Smartengeld wegens AVG-inbreuken na "Österreichische Post"', *NJB* 2023/1621. Ik verwijs voor verdere toelichting naar die bijdrage.

130. Zie A. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 240.

Het privaatrecht kent een iets andere benadering met een eigen bijbehorende terminologie. De focus ligt daar op de rechtsgevolgen van een Unierechtelijke norm voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Als die gevolgen rechtstreeks – en niet onrechtstreeks via de band van conforme uitleg van nationale rechtsregels – inwerken op een privaatrechtelijke rechtsverhouding, dan heeft die bepaling in het privaatrechtelijk jargon ‘directe horizontale werking’.¹³¹ Kenmerkend voor directe horizontale werking is dat een Unierechtelijke norm tussen partijen verbintenissen doet ontstaan, wijzigen of tenietgaan zodat de ene particulier een recht geldend kan maken tegenover een andere particulier of juist van een verplichting wordt bevrijd. Het gaat hier dus om de manier waarop een Unierechtelijke bepaling doorwerkt in een privaatrechtelijke rechtsverhouding.

De Unierechtelijke term ‘horizontale directe werking’ en de privaatrechtelijke term ‘directe horizontale werking’ kunnen naast elkaar worden gebruikt, al kan dat soms verwarrend zijn.¹³²

4.2 De horizontale werking van vrij verkeerbepalingen

4.2.1 Achtergronden

De vrij verkeerbepalingen in het VWEU omvatten het vrij verkeer van goederen (art. 34), van personen (art. 21 – burgers; art. 45 – werknemers), de vrijheid van vestiging (art. 49), het vrij verkeer van diensten (art. 56) en het vrij verkeer van kapitaal (art. 63). Deze verdragsbepalingen zijn gericht tot lidstaten in de ruime Unierechtelijke betekenis. Het vrij verkeer van goederen wordt al sinds het *Dassonville*-arrest¹³³ uit 1974 zeer ruim uitgelegd: iedere regeling van de lidstaten die de intra-EU handel rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren valt onder het begrip ‘maatregel van gelijke werking als een verboden invoerbeperking’ als bedoeld

131. Zie o.a. Asser/Hartkamp 3-1 2023/16; A.S. Hartkamp, “‘Horizontal Effects’ or “‘Effects in Relationships (‘between individuals’) of EU Law””, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on National Private Law* (O&R 81-1), Deventer: Kluwer 2014, p. 57 e.v.; en R.W.E. van Leuken, *Rechtsverhoudingen tussen particulieren en verkeersvrijheden* (O&R 85) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015/2.4.1 e.v.

132. Zie Hartkamp in Asser/Hartkamp 3-1/16, die het Europese onderscheid tussen verticale directe werking en horizontale directe werking verwarrend vindt. Op zijn beurt ziet Timmermans het begrip ‘directe horizontale werking’ als bron van mogelijke verwar- ring. Zie C.W.A. Timmermans, ‘Horizontal Direct/Indirect Effect or Direct/Indirect Horizontal Effect: What’s in a Name?’, *ERPL* (24) 2016, afl. 3/4, p. 673-685. Het begrip ‘*effet horizontal direct*’ komt men in de rechtspraak van het Hof niet tegen. Het begrip ‘*effet direct horizontal*’ is wel eens vertaald als ‘rechtstreekse horizontale werking’ namelijk in de conclusie van A-G Szpunar van 15 juli 2021 in C-261/20, ECLI:EU:C:2021:620 (*Thelen Technopark*), punt 101. Die woordvolgorde lijkt echter niet te berusten op een bewuste keuze want in die zelfde conclusie, o.a. in punt 74, is ‘*effet direct horizontal*’ vertaald als ‘horizontale rechtstreekse werking’.

133. HvJ 11 juli 1974, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*), punt 5.

in artikel 34 VWEU. Het vrij verkeer van goederen bevat geen verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Dat verbod vormt wel de kern van het vrij verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Het toepassingsbereik van die verkeersvrijheden is in de jaren negentig fors uitgebreid omdat toen is uitgemaakt dat niet alleen directe of indirecte discriminatie naar nationaliteit onder die verboden valt, maar voortaan iedere *belemmering* van die vrijheden. Een maatregel is reeds belemmerend als daardoor een grensoverschrijdende activiteit ‘minder aantrekkelijk wordt gemaakt’ bijvoorbeeld omdat extra kosten moeten worden gemaakt of administratieve formaliteiten moeten worden vervuld.¹³⁴ Een maatregel is daarom al heel snel belemmerend voor marktdeelnemers.

Zeker na deze transformatie van de vrij verkeerbepalingen van een *Diskriminierungsverbot* in een *Beschränkungsverbot* zou het toekennen van horizontale werking aan deze verdragsbepalingen particulieren kunnen blootstellen aan juridische risico's. Ondernemingen hebben zich bovendien al aan de mededingingsregels te houden. Dat betekent op zichzelf niet dat ondernemingen zich daarnaast niet aan de vrij verkeerrechtsregels hoeven te houden, maar wel dat een rechtspolitieke keuze voor een dergelijke ruime uitleg van de kring van normadressaten (en dus van de persoonlijke werkingssfeer) van die verbodsbepalingen niet direct voor de hand ligt. In de Duitse privaatrechtelijke literatuur werd tegen de horizontale werking van de vrij verkeerbepalingen als bezwaar aangevoerd dat de partijautonomie c.q. contractsvrijheid daardoor zou worden aangetast.¹³⁵ In de Nederlandse rechtsliteratuur is de horizontale werking van vrij verkeerbepalingen juist met een positieve grondhouding ontvangen en grondig in kaart gebracht.¹³⁶

134. Vrij verkeer van werknemers: HvJ 31 maart 1993, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125 (*Kraus*), punt 32, en HvJ 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*); vrijheid van vestiging: HvJ 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), punt 37; vrij verrichten van diensten: HvJ 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 12; en vrij kapitaalverkeer: HvJ 4 juni 2002, C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326 (*Commissie/Portugal*) en de Nederlandse golden share-zaak HvJ 28 september 2006, C-282/04 en C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 (*Commissie/Nederland*).

135. Zie o.a. K. Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin: De Gruyter 2003, p. 101-102. In wezen zijn het dezelfde bezwaren als die zijn geuit tegen de ‘Drittwirkung’ van grondrechten.

136. Zie o.a. R.W.E. van Leuken, *Rechtsverhoudingen tussen particulieren en verkeersvrijheden* (O&R 85) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015 en de Engelse versie: Roel van Leuken, *Private Law and the Internal Market – Direct Horizontal Effect of the Treaty Provisions on Free Movement*, Cambridge: Intersentia 2017; en de bundel H.W. Micklitz & C.H. Sieburgh (eds.), *Primary EU Law and Private Law Concepts*, Cambridge: Intersentia 2017, met name de bijdragen van P. Verbruggen. ‘The Impact of Free Movement of Services on Private Law Rights and Remedies’ en die van A-C Mittwoch, ‘The Impact of Free Movement of Capital on Private Law’.

Hieronder bespreek ik in vogelvlucht de rechtspraak waarin het Hof moest oordelen of één van de vrij verkeerregels directe horizontale werking heeft.¹³⁷ Ik beperk mij tot het vrij verkeer van werknemers en van diensten.

4.2.2 *Rechtspraak horizontale werking vrij verkeer van werknemers en vrij dienstenverkeer*

Een eerste categorie zaken betreft collectieve regelingen van privaatrechtelijke organisaties die leiden tot discriminatie op grond van nationaliteit in strijd met artikel 45 en/of artikel 56 VWEU. In de (oude) zaken *Walrave & Koch* en *Donà*¹³⁸ werden discriminerende bepalingen in reglementen van sportbonden in strijd geoordeeld met artikel 45 VWEU en artikel 56 VWEU. Daarbij werd aan die verdragsbepalingen in zoverre horizontale werking toegekend. De rechtvaardiging daarvoor is: (1) voorkomen dat privaatrechtelijke regelingen afbreuk doen aan het *effet utile* van deze verdragsbepalingen en (2) voorkomen dat een ongelijke behandeling van lidstaten ontstaat (wat in sommige lidstaten door de overheid wordt geregeld, wordt in andere lidstaten overgelaten aan private organisaties).¹³⁹ Relatief bekend is het arrest *Angonese*.¹⁴⁰ Een sollicitant bij een bank in Zuid-Tirol was afgewezen omdat hij niet beschikte over een *patentino* – een tweetaligheidsattest Italiaans-Duits. Zo'n attest was voor de betrokken functie niet wettelijk verplicht, maar het was indertijd wel gebruikelijk dat bij sollicitaties in die tweetalige regio er door werkgevers naar werd gevraagd. Het Hof oordeelde dat Angonese zich tegenover de werkgever kon beroepen op het discriminerende karakter van de gestelde taaleis. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (art. 45 lid 2 VWEU) is ook van toepassing op particulieren, zo overweegt het Hof expliciet (het ging in die zaak overigens om een geval van *indirecte* discriminatie). De zaak *Raccanelli*¹⁴¹ ging over een migrerend werknemer die op grond van een collectieve regeling in financiële zin werd gediscrimineerd. In de zaak *Erny*¹⁴² ging het om bepalingen in de arbeidsovereenkomst van een (migrerende) deeltijdwerker waarop een Duitse cao (*Tarifvertrag*) van toepassing was. Op grond daarvan werden migrerend werknemers in fiscale zin gediscrimineerd, wat in die

137. Voor een diepgaande analyse van elk van de genoemde arresten verwijs ik naar het proefschrift van Van Leuken.

138. Zie HvJ 12 december 1974, 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave/Koch*) en HvJ 14 juli 1976, 13/76, ECLI:EU:C:1976:115 (*Donà*).

139. Zie HvJ 12 december 1974, 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave/Koch*), punt 19, herhaald in HvJ 6 juni 2000, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 (*Angonese*).

140. HvJ 6 juni 2000, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:298 (*Angonese*).

141. HvJ 17 juli 2008, C-94/07, ECLI:EU:C:2008:425 (*Raccanelli*). In die zaak was ook beroep gedaan op art. 7 Verordening (EEG) nr. 1612/68, welke bepaling gelijke behandeling van migrerend werknemers voorschreef en als bepaling in een verordening naar haar aard horizontale rechtstreekse werking had.

142. HvJ 28 juni 2012, C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 (*Erny*).

zaak was terug te voeren op het dubbele belastingverdrag Frankrijk-Duitsland. De betrokken bepalingen uit de arbeidsovereenkomst waren volgens het Hof van rechtswege nietig.¹⁴³

De tweede categorie zaken betreft collectieve regelingen die leiden tot een belemmering van het vrij verkeer, zonder een discriminatie te behelzen. Ook hier zijn er enkele arresten over collectieve regelingen van sportfederaties, de zaken *Bosman*, *Deliège* en *Lehtonen*.¹⁴⁴ In dit rijtje wordt ook wel genoemd de zaak *Wouters*,¹⁴⁵ die betrekking had op een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) op grond waarvan geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en accountants was verboden. Het arrest in die zaak laat vooral zien dat een privaatrechtelijke organisatie met een wettelijke taak zich als ondernemersvereniging aan de mededingingsregels moet houden en als organisatie met verordenende bevoegdheid aan het vrij verkeer van diensten. De zaken *Viking* en *Laval* zijn van groot belang.¹⁴⁶ In *Viking* wilde een reder zijn in Finland geregistreerde veerboot omvlaggen naar Estland en stuitte daarbij op verzet van vakbonden die met stakingsacties dreigden. Het Hof oordeelt dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU ook gelden voor bepalingen van niet-overheden strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en het verrichten van diensten.

Vakbondsacties worden aangeduid als feitelijke handelingen die onlosmakelijk zijn verbonden met het sluiten van een collectieve overeenkomst. In *Laval* ging het om een vordering van een Zweedse bouwonderneming die met (goedkopere) Letse werknemers werkte en zich geconfronteerd zag met een collectieve actie van Zweedse vakorganisaties. Het Hof oordeelt net als in *Viking* dat de naleving van het vrij verkeer van diensten zich uitstrekt tot niet-publiekrechtelijke regelingen die op collectieve wijze de verrichting van diensten beogen te regelen. De overige zaken gaan weer over voetbal. In *Bernard*¹⁴⁷ ging het over een regeling van de Franse voetbalbond op grond waarvan een ‘beloftespeler’ die een contract sluit met een club buiten Frankrijk schadevergoeding moest betalen aan de Franse club die hij vroegtijdig verliet. Deze regel vormt een belemmering van het vrij verkeer van werknemers en blijktens dat arrest kan de ‘beloftespeler’

143. Daarmee lijkt deze zaak een mooi voorbeeld te geven van doorwerking van het vrij verkeer van werknemers in een privaatrechtelijke rechtsverhouding, maar de grondslag voor die nietigheid was art. 7 lid 4 van Verordening (EEG) nr. 1612/68.

144. HvJ 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*); HvJ 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199 (*Deliège*); en HvJ 13 april 2000, C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201 (*Lehtonen*).

145. HvJ 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

146. HvJ 11 december 2007, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (*Viking*) en HvJ 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*). Zie A. Prechal & S.A. de Vries, ‘Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht’, *SEW* 2008, afl. 11, p. 425 e.v.

147. HvJ 16 maart 2010, C-325/08, ECLI:EU:C:2010:134 (*Bernard*).

zich tegenover zijn oude club op artikel 45 VWEU beroepen. In het recente arrest *Diarra*¹⁴⁸ toetst het Hof aan die bepaling een collectieve regeling die door FIFA en de nationale voetbalbonden wordt toegepast als een speler voor het einde van de contractstermijn zijn contract beëindigt. Speler en nieuwe club zijn dan hoofdelijk aansprakelijk voor schadevergoeding aan de vorige club en de nieuwe club kan een tijdelijk verbod krijgen om nieuwe spelers te registreren zodat ze niet kunnen worden opgesteld. Dat arrest gaat overigens ook over het mededingingsrecht.

4.2.3 *Rechtvaardigingsgronden*

De uitbreiding van de werkingssfeer van de artikelen 45, 49, 56 en 63 VWEU naar niet-discriminatoire belemmeringen in de jaren negentig heeft nadien geleid tot een groei van het aantal ongeschreven gronden¹⁴⁹ die een inbreuk op het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen. In het internemarktjargon worden die gronden aangeduid als ‘dwingende reden van algemeen belang’ of als ‘*rule of reason*-excepties’. Dat is een open categorie algemene belangen die ter rechtvaardiging van een vrij verkeerinbreuk kunnen worden aangevoerd.¹⁵⁰ In publicaties over de directe horizontale werking van de vrij verkeerregels¹⁵¹ wordt tevens aandacht besteed aan de vraag of het in geval van horizontale werking nodig is rechtvaardigingsgronden toe te voegen die specifiek zijn gericht op het beschermen van privaatrechtelijke belangen. Ik beperk mij hieronder tot enkele gedachten.

Net als bij de bescherming van een publiekrechtelijk algemeen belang zit ook achter de bescherming van privaatrechtelijke belangen een keuze die in het openbaar belang wordt gemaakt en waardoor de personele autonomie (tot uitdrukking komend in de contractsvrijheid) wordt ingeperkt. Consumentenbescherming, werknemersbescherming en bescherming van afnemers van diensten zijn daar voorbeelden van. Andere door het Hof erkende dwingende redenen met belang voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen zijn onder meer: het voorkomen van oneerlijke mededin-

148. HvJ 4 oktober 2024, C-650/22, ECLI:EU:C:2024:824 (*FIFA*).

149. Te onderscheiden van de in art. 36 VWEU opgenomen rechtvaardigingsgronden, waaronder de bescherming van de openbare orde en van de volksgezondheid. Volgens de klassieke leer kunnen discriminerende maatregelen alleen worden gerechtvaardigd op grond van deze geschreven verdragsexcepties en niet op grond van een van de ongeschreven *rule of reason*-excepties. Dat onderscheid wordt echter al lange tijd niet meer zo scherp toegepast bij *indirect* discriminerende maatregelen.

150. Een weergave anno 2006 is te vinden in overweging (40) van Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn). De open lijst groeit door naarmate de werkingssfeer van het Unierecht zich verder uitbreidt, zoals recentelijk op strafrechtelijk terrein.

151. Zie o.a. F. Bassi, ‘The Prohibition on Economic Justifications and the Interests of Private Parties’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht* (O&R 102), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 189 e.v.

ging,¹⁵² eerlijke rechtsbedeling,¹⁵³ het beschermen van de rechtszekerheid van onroerendgoedtransacties,¹⁵⁴ het waarborgen van de effectiviteit van de schuldsanering¹⁵⁵ en het beschermen van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders bij omzetting van een vennootschap.¹⁵⁶ Dat is dus al een bont lijstje met ‘dwingende redenen’ die voor het privaatrecht relevant zijn.

In de literatuur is de verwachting uitgesproken dat de directe horizontale werking van vrij verkeerregels ertoe zal leiden dat in geval van inbreuk op die regels door een privaatrechtelijke partij, deze zich ter rechtvaardiging daarvan in toenemende mate zal beroepen op het Handvest, in het bijzonder de klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (art. 10), de vrijheid van meningsuiting en van informatie (art. 11) en de vrijheid van vergadering en vereniging (art. 12).¹⁵⁷ Daaraan kan worden toegevoegd de vrijheid van beroep en het recht om te werken (art. 15) en de vrijheid van ondernemerschap (art. 16). Hierna in paragraaf 4.3.3 ga ik op die laatste bepaling in omdat daarover inmiddels de nodige rechtspraak bestaat.

In het pre-Handvest tijdperk waren er ook al zaken waarin in verband met een vrij verkeerinbreuk beroep werd gedaan op een grondrecht. Ik noem de zaken *Grogan*,¹⁵⁸ *Omega Spielhallen*¹⁵⁹ en *Schmidberger*,¹⁶⁰ waarvan

152. Zie o.a. HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610 (*Wolff & Müller*), punt 42 en al veel eerder de ‘eerlijkheid der handelstransacties’ in het standaardarrest *Cassis de Dijon* (HvJ 20 februari 1979, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Rewe Zentral*)).
153. HvJ 12 december 1996, C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487 (*Reisebüro Broede*), punt 36.
154. HvJ 9 maart 2017, C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 (*Piringer*), punt 59.
155. HvJ 8 december 2012, C-461/11, ECLI:EU:C:2012:704 (*Radziejewski*), punt 36.
156. HvJ 5 november 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 (*Überseering*), punt 92.
157. Zie R.W.E. van Leuken, diss., par. 8.4 en C.H. Sieburgh, ‘Hoe het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt’, *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 3 e.v., met name par. 5. F. Bassi, a.w., par. 6, wijst in dit verband op het belang van de economische grondrechten, zoals art. 16 Handvest (economische vrijheid) en art. 17 Handvest (bescherming van eigendom).
158. HvJ 4 oktober 1991, C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378 (*The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd/Stephen Grogan*) over de vrijheid van meningsuiting en informatie (art. 10 EVRM) versus het recht op leven.
159. HvJ 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*). In die zaak was het in de Duitse Grondwet verankerde recht op bescherming van de menselijke waardigheid de rechtvaardiging voor een belemmering van het vrij verkeer van diensten waaraan een publiekrechtelijk verbod ten grondslag lag.
160. HvJ 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (*Schmidberger Internationale Transportel Oostenrijk*). Zie daarover K.J.M. Mortelmans, ‘De Brenner Pas: het vrije verkeer, het leefmilieu en de vrijheid van meningsuiting’, *AA20030875*, p. 875-890, K.J.M. Mortelmans, ‘Botsende algemene belangen en de werking van de interne markt’, *SEW* 2004, afl. 6, p. 240-252; en B.J. Drijber, ‘Botsende vrijheden op de Brenner’, *NtER* 2003, afl. 9, p. 229 e.v. In die zaak bestond de inbreuk op art. 34 VWEU (destijds: art. 30 EG) in het nalaten van de Oostenrijkse autoriteiten om op te treden tegen de wegblokkade (en niet in het organiseren van de wegblokkade door een actiegroep).

alleen de eerste een geschil tussen private partijen betrof. Anderzijds hebben slechts een paar van de uitspraken die ik in paragraaf 4.2.2 de revue liet passeren betrekking op voor het privaatrecht relevante grondrechten. Dat is het duidelijkst het geval in *Viking* en *Laval* omdat in die zaken aan de vakbonden een inbreuk op het vrij verkeer van diensten werd verweten en hun verweer daartegen was gebaseerd op het grondrecht collectieve actie te voeren. De reglementen van sportbonden dienen echter, in mijn woorden, de marktordening en *fair play*, welke doelstellingen niet typisch privaatrechtelijk en zeker niet grondrechtelijk zijn.

In *Diarra* beriep FIFA zich onder meer (punt 98) op '*maintenir la stabilité contractuelle ainsi que la stabilité des équipes des clubs de football professionnel*'. '*Stabilité contractuelle*' heeft daar vooral te maken met het beschermen van voetbalclubs tegen het vertrek van goede spelers. Er waren door FIFA geen grondrechtelijke rechtvaardigingsgronden aangevoerd en dat was misschien wel zo verstandig. Uit de conclusie van A-G Szpunar in die zaak blijkt dat 'sommige partijen' zich tegen FIFA op artikel 15 Handvest (vrijheid van beroep) hadden beroepen. Volgens Szpunar valt het handelen van FIFA binnen het toepassingsbereik van het Handvest (art. 51 lid 1) omdat zij het recht van de Unie ten uitvoer brengt, wat Szpunar afleidt uit de hiervoor genoemde rechtspraak over de toepassing van de vrij verkeerbepalingen op de reglementen van privaatrechtelijke sportorganisaties.¹⁶¹ De materiële toets aan artikel 15 Handvest valt volgens hem volledig samen met de toets aan artikel 45 VWEU en voegt daarom niets toe.

4.2.4 Analyse

Uit het voorgaande volgt dat het Hof de horizontale werking van de artikelen 45 en 56 VWEU weliswaar heeft erkend, maar dan toch vooral in zaken waarin privaatrechtelijke bepalingen aan de orde waren die strekken tot het *collectief regelen* van arbeid in loondienst en/of dienstverrichtingen en dan met name als dergelijk collectief regelen leidde tot een *discriminatie*. De entiteit die de regeling heeft vastgesteld heeft steeds een bepaalde feitelijke macht¹⁶² over degenen op of tegen wie die regels worden toegepast.

161. Concl. A-G Szpunar 30 april 2024, C-650/22, ECLI:EU:C:2024:375, punt 71-80.

162. Dat geldt ook voor de zaak *Ferlini* waarin (de voorloper van) art. 18 VWEU (algemeen verbod van discriminatie o.g.v. nationaliteit) werd toegepast. Zie HvJ 3 oktober 2000, C-411/98, ECLI:EU:C:2000:530 (*Ferlini*). Die zaak betrof een geschil tussen een (in financieel opzicht benadeelde) patiënt en een Luxemburgs ziekenhuis over ziekenhuistarieven die collectief waren vastgesteld binnen de '*Entente des hôpitaux luxembourgeois*' – een privaatrechtelijke vereniging '*die een zekere macht uitoefent over particulieren en in staat is hun voorwaarden op te leggen*' (arrest, punt 50).

De werkingssfeer van de vrij verkeerregels is in zoverre dus verruimd tot maatregelen van privaatrechtelijke organisaties die beschikken over feitelijke regelgevende bevoegdheden, vergelijkbaar met die van de overheid. Deze uitleg van de rechtspraak vindt steun in de literatuur.¹⁶³ Het begrip ‘collectief regelen’ is evenwel niet vastomlijnd. Het moet in die zin ruim worden getrokken dat niet slechts geschreven overeenkomsten of reglementen daaronder vallen, maar ook feitelijk handelen geïnitieerd door een collectieve organisatie (vgl. *Viking* en *Laval*). In *Angonese* is het collectieve element het minst duidelijk maar op de achtergrond toch aanwezig; het was namelijk niet die ene spaarbank die uit eigen beweging sollicitanten een bewijs van tweetaligheid vroeg. Die zaak is het duidelijkste precedent van de toepassing van horizontale werking van het discriminatieverbod van, in dat geval, het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU).¹⁶⁴ *Collectieve regelingen* die een (niet-discriminerende) *belemmering* tot gevolg hebben kunnen in strijd komen met de vrij verkeerregels, maar de kans dat zij kunnen worden gerechtvaardigd is duidelijk groter dan bij een discriminerende bepaling.

Individuele (en dus niet-collectieve) privaatrechtelijke regelingen vallen niet binnen de reikwijdte van de vrij verkeerregels, in elk geval niet wanneer zij ‘slechts’ een *belemmering* voor het vrij verkeer behelzen. Als willekeurig voorbeeld noem ik een bepaling in het reglement van de VvE van een appartementengebouw waarin een Airbnb-verbod staat. Zo’n verbod valt niet onder het vrij verkeer van diensten. Mocht dat onverhoopt anders

163. Zie K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, par. 713: ‘Voor sommige Verdragsbepalingen houdt de rechtstreekse werking bovendien in dat een particulier zich op deze bepaling niet enkel tegen overheidsorganen (“verticaal”), maar ook tegenover andere particulieren (“horizontaal”) [kan beroepen]. (...) Een dergelijke horizontale werking komt bij voorbeeld toe aan de artikelen 101 en 102 VWEU (...) en art. 157 VWEU (...), alsook ten aanzien van private groepen of organisaties die een zekere macht uitoefenen.’ Zie ook S.C.G. van den Boogaert & P. van Cleynenbreugel, ‘Free movement of goods’, in: P.J. Kuijper a.o. (eds.), *The Law of the European Union*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2018, hoofdstuk 13, p. 492. Deze auteurs spreken van ‘a line of case law relating to other fundamental freedoms that already acknowledged the direct effect of Treaty provisions in relation to professional or private bodies exercising regulatory functions akin to the state’. J. Basedow, *EU Private Law – Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2021, concludeert op p. 202 dat horizontale directe werking ‘(...) protects only against restrictions imposed by the laws of the Member States or by other collective bodies acting in their place. It does not help against private restrictions emerging from contracts, unilateral action of or from the statutes of private entities.’

164. Zie S.C.G. van den Boogaert, A. Cuyvers & I. Antonaki, in: P.J. Kuijper a.o. (eds.), *The Law of the European Union*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2018, p. 548/9.

zijn, dan zal in die gevallen toch veelal geen sprake zijn van een inbreuk.¹⁶⁵ Voor *individuele* privaatrechtelijke regelingen die een *discriminatie* bevatten, is het op zichzelf conceptueel wél voorstelbaar dat zij onder het discriminatieverbod van de artikelen 45, 49 en 56 VWEU kunnen vallen. Zoals ik hieronder zal toelichten is het beginsel van non-discriminatie bovendien verankerd in artikel 21 Handvest. Als bouwsteen in zijn redenering om tot de conclusie te komen dat artikel 21 lid 1 horizontale directe werking heeft (zie hierna) verwijst het Hof naar de zojuist genoemde rechtspraak over ‘overeenkomsten tussen particulieren’ die in strijd zijn geoordeeld met bepalingen van het VWEU.¹⁶⁶

Wat hier verder ook van zij, in de praktijk krijgt de doorwerking van de vrij verkeerregels in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen voornamelijk langs *indirecte* weg haar beslag. Men ziet dat vooral in zaken waarin een particuliere partij een overheidsmaatregel *toepast* en de rechter die overheidsmaatregel op grond van de *verticale* directe werking van een vrij verkeerbepaling aan die bepaling toetst. Als voorbeeld noem ik een zorgverzekeraar die de vergoeding van een bepaalde (nieuwe) behandeling in een andere EU-lidstaat weigert omdat die behandeling op grond van een nationale overheidsmaatregel (nog) niet voor vergoeding in aanmerking komt. Als de verzekerde die weigering aanvecht in een geding tegen de zorgverzekeraar en deze zich als verweer beroept op de ‘onderliggende’ overheidsmaatregel, kan de verzekerde op zijn beurt beroep doen op het vrij verkeer van diensten (art. 56 VWEU). De rechter kan dan de rechtmatigheid van de overheidsmaatregel aan het direct werkende artikel 56 VWEU toetsen, vergelijkbaar met de wijze waarop de bestuursrechter de rechtsregel die aan een bestreden besluit ten grondslag ligt aan een hogere

165. Bijvoorbeeld op grond van het leerstuk van de interne situatie; zie o.a. HvJ (Grote Kamer) 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 47 en HvJ 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*), punt 50; of omdat er een te onzeker of te ver verwijderd verband is tussen de maatregel en de belemmering van het vrij verkeer – soms aangeduid als ‘*rule of remoteness*’. Zie: HvJ 18 juni 1998, C-266/96, ECLI:EU:C:1998:306 (*Corsica Ferries*), punt 31 (vrij verkeer van goederen); HvJ 27 januari 2000, C-190/98, ECLI:EU:C:2000:49 (*Graf*), punt 25 (vrij verkeer van werknemers); en HvJ 15 juni 2010, C-211/08, ECLI:EU:C:2010:340 (*Commissie/Spanje*), punt 72 (vrij verkeer van diensten). Zie meer recent: HvJ 13 maart 2019, C-437/17, ECLI:EU:C:2019:193 (*EurothermenResort*), punt 40 (vrij verkeer van werknemers) en HvJ 11 november 2021, C-168/20, ECLI:EU:C:2021:907 (*M/ILA*), punt 95 (vrijheid van vestiging). Beide leerstukken zijn in de rechtspraak ontwikkeld ten aanzien van overheidsmaatregelen. Het zou logisch zijn deze leerstukken in voorkomend geval ook toe te passen op inbreuken op de vrij verkeerregels door privaatrechtelijke partijen.

166. Zie HvJ 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), punt 77, waar gesproken wordt over ‘*discriminatie die voortvloeit uit overeenkomsten tussen particulieren*’ zonder nadere kwalificering of verwijzing naar een collectief element. Naar die overweging wordt ook verwezen in HvJ 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft*), punt 77 en C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer en Broßmann*), punt 88.

regeling kan toetsen (exceptieve toetsing). Oordeelt de rechter dat sprake is van strijd met artikel 56 VWEU, dan zal hij de nationale maatregel buiten toepassing moeten laten. Als dat ertoe leidt dat de zorgverzekeraar de behandeling van de verzekerde toch moet vergoeden, werkt artikel 56 VWEU door in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen deze partijen. Die bepaling legt dan echter niet aan de zorgverzekeraar rechtstreeks een verplichting jegens de verzekerde op, maar neemt een wettelijke barrière weg voor nakoming door de zorgverzekeraar van diens contractuele vergoedingsplicht. Het gaat dus om een vorm van *indirecte* rechtstreekse werking van het vrij verkeer van diensten.

4.3 Directe en indirecte werking van Handvestbepalingen in het privaatrecht

In de omvangrijke literatuur over het Handvest gaat relatief veel aandacht uit naar de horizontale werking van Handvestbepalingen. Hierna analyseer ik eerst de rechtspraak over de voorwaarden voor het aannemen van horizontale directe werking van Handvestbepalingen. Vervolgens volgt een enkel woord over de verhouding tussen een direct werkende Handvestbepaling en een andere Unierechtelijke regel over hetzelfde onderwerp. Tot slot ga ik in op de doorwerking van het Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, met als voorbeeld de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest).

4.3.1 *Criteria voor horizontale directe werking*

De horizontale werking van bepalingen uit het Handvest kan het Handvest een belangrijke toegevoegde waarde geven ten opzichte van bepalingen van het EVRM omdat die alleen aan de verdragsstaten van de Raad van Europa verplichtingen kunnen opleggen. Dit verschil is in de Nederlandse context in zoverre betrekkelijk dat bepalingen uit het EVRM, zoals artikel 2 en artikel 8 EVRM, open normen kunnen inkleuren. Zij kunnen bijvoorbeeld een gezichtspunt zijn bij de uitleg van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW en kunnen in zoverre indirect voor private partijen wel degelijk verplichtingen in het leven roepen. Een voorbeeld is de uitspraak van rechtbank Den Haag in de zaak *Milieudefensie/Shell*: ‘De rechtbank verdisconteert de mensenrechten en de daarin belichaamde waarden daarom in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.’¹⁶⁷ Dit is een voorbeeld van een grondrechtconforme uitleg van een rechtsregel van nationaal recht en van indirecte werking van grondrechten op privaatrecht.

167. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*), r.o. 4.4.1. Op dat punt is het vonnis bevestigd. Zie: Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, r.o. 7.18.

rechtelijke rechtsverhoudingen. In termen van doorwerkingstechniek is dat niets nieuws.

Het concept van horizontale werking van een Handvestbepaling, waarover in de literatuur al veel was geschreven,¹⁶⁸ werd door het Hof voor het eerst uitgetekend in de zaak AMS.¹⁶⁹ Daar ging het om het recht op medezeggenschap in artikel 27 Handvest, welke bepaling pas zijn volle werking verkrijgt als zij in het Unierecht is uitgewerkt. Die bepaling heeft daarom geen directe werking. Om in een geding een Handvestbepaling rechtstreeks te kunnen toepassen op een horizontale rechtsverhouding dient de rechter vast te stellen dat zo vat ik het samen aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste is er de algemeen geldende voorwaarde dat er een ander verband met het Unierecht moet bestaan om de weg naar het Handvest te openen. Het Handvest kan, zonder een dergelijk verband, geen bron zijn van rechten of verplichtingen. Dit zogeheten ‘connexiteitsvereiste’¹⁷⁰ volgt uit artikel 51 lid 1 Handvest dat het toepassingsgebied ervan afbakent. Aan dat vereiste zal in de grote meerderheid van gevallen zijn voldaan. Ten tweede moet een Handvestbepaling, net zoals voor het kunnen aannemen van verticale directe werking, nauwkeurig (‘dwingend’) en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd. Met andere woorden, het recht moet zich ertoe lenen om bij de rechter te worden ingeroepen. Ten derde moet de betrokken Handvestbepaling aan een particulier een subjectief recht verlenen. Deze laatste voorwaarde geldt specifiek voor het kunnen aannemen van *horizontale* werking.

Ik onderscheid hierna twee categorieën van Handvestbepalingen waarvan de horizontale werking in de rechtspraak is erkend en die beide voldoen aan de zojuist genoemde voorwaarden.

In de eerste categorie plaats ik bepalingen van het Handvest die *een algemeen beginsel van Unierecht* tot uitdrukking brengen¹⁷¹ waarbij aan een particulier een recht wordt toegekend en waar een verplichting van een andere particulier tegenover staat. Het algemene beginsel van non-discriminatie

168. Zie o.a. C.H. Sieburgh, ‘Het EU-Handvest van de grondrechten en het algemene vermogensrecht’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest* (SteR-reeks, deel 26), Deventer: Kluwer 2015; M. Fornasier, ‘The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?’, *ERPL* (23) 2015, afl. 1, p. 29-46; en E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2019.

169. HvJ 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (AMS). Zie A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU-Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, *WPNR* 2014/7035 en H.C.F.J.A. de Waele, ‘Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk’, *NtER* 2014, afl. 5, p. 158-164.

170. Zie K.J.O. Jansen, preadvies NJV 2024 (voetnoot 11), p. 252.

171. Zie over de verhouding tussen de algemene beginselen van het Unierecht en de door het Handvest gewaarborgde grondrechten o.a. conclusie A-G Cruz Villalón van 19 mei 2011 in C-447/09, ECLI:EU:C:2011:321 (Prigge e.a.).

is daarvan een voorbeeld. Vóór het verbindend worden van het Handvest was in de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci* dit algemene rechtsbeginsel al toegepast,¹⁷² als route ‘bovenlangs’ om aan het verbod van horizontale rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen te ontkomen. Nu een algemeen rechtsbeginsel en een Handvestbepaling op hetzelfde hiërarchische niveau staan, zou het weinig consistent zijn als aan het algemene rechtsbeginsel wel maar aan de daarmee overeenkomende Handvestbepaling geen horizontale werking zou worden toegekend.

De zaak *Egenberger*¹⁷³ was de eerste zaak waarin het Hof van het verbod van discriminatie (in die zaak: op grond van godsdienst – art. 21 lid 1) de horizontale werking erkende. Het Hof overwoog dat dit verbod als algemeen beginsel van Unierecht een dwingend karakter heeft en dat het ‘*op zich volstaat*’ aan particulieren een recht te verlenen dat deze als zodanig kunnen doen gelden in een geding dat onder het Unierecht valt. Om de noodzakelijke rechtsbescherming te verzekeren moest de nationale rechter de met artikel 21 lid 1 Handvest strijdige Duitse bepaling buiten toepassing laten, wat in die zaak een belangenafweging vergde met het recht op godsdienstvrijheid (art. 10 Handvest). Bepaald werd dat artikel 21 lid 1 rechtstreeks in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen kan worden toegepast.

De zaak *Cresco* is de tweede uitspraak over de horizontale directe werking waarin het criterium ‘*op zich volstaat*’ is toegepast.¹⁷⁴ Die zaak ging over een Oostenrijkse bepaling op grond waarvan alleen voor werknemers die lid zijn van een christelijke kerk Goede Vrijdag een feestdag en daarmee een vrije dag was. Een door een niet-christelijke werknemer aangespannen procedure leidde tot een uitspraak waarin deze regeling in strijd met de Richtlijn gelijke behandeling werd geoordeeld en de werkgever op grond van artikel 21 lid 1 Handvest de discriminatie diende op te heffen door ook andere werknemers op Goede Vrijdag vrijaf te geven of te laten werken tegen een toeslag. De werkgever in kwestie (maar indirect alle Oostenrijkse werkgevers) kreeg dus een concrete financiële verplichting opgelegd die rechtstreeks was gebaseerd op een Unierechtelijk grondrecht omdat het buiten toepassing laten van de nationale wettelijke maatregel niet volstond.

172. HvJ 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*) en HvJ 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*); en HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri/Rasmussen*). In *Mangold* werd geoordeeld dat een algemeen rechtsbeginsel van toepassing kon zijn wanneer een richtlijn, op grond van haar inhoud, het feit dat zij geen horizontale werking had en het feit dat de termijn voor omzetting nog niet was verstreken, niet in een geschil kon worden aangevoerd. Het Hof loste deze moeilijkheid om die richtlijn toe te passen op door de autonomie te erkennen van het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.

173. HvJ 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), punt 76.

174. HvJ 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*), punt 76.

Andere Handvestbepalingen die samenvallen met een algemeen rechtsbeginsel en horizontale werking kunnen hebben, zijn het algemene gelijkheidsbeginsel (art. 20)¹⁷⁵ en de gelijkheid van mannen en vrouwen (art. 23). Artikel 47 Handvest (recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht) is ook een bepaling in de categorie ‘volstaat op zichzelf’.¹⁷⁶ Artikel 47 Handvest is echter een procedurele bepaling, die is gericht tot de rechter en door deze, zo nodig ambtshalve, moet worden toegepast. Dit kan weliswaar voor een van de partijen ongunstig uitpakken, maar wijzigt als zodanig niets in hun privaatrechtelijke rechtsverhouding.

De tweede categorie Handvestbepalingen waarvan de horizontale werking in de rechtspraak is erkend, zijn bepalingen die voor particulieren een recht waarborgen waarop zij zich als zodanig kunnen beroepen, zonder dat dit recht in Uniewetgeving of nationale wetgeving hoeft te worden aangevuld of uitgewerkt. Dit is voor artikel 31 lid 2 Handvest, dat het recht op een vakantie met behoud van loon waarborgt, uitgemaakt in de zaak *Max-Planck-Gesellschaft* en de zaak *Bauer en Broßonn*.¹⁷⁷ Dit recht op betaald verlof, is uitgewerkt in een richtlijnbeepaling en wordt daarin gesteld op ten minste vier weken per jaar.¹⁷⁸ Die bepaling heeft geen *horizontale* directe werking omdat de Unie niet bevoegd is op grond van een richtlijn rechtstreeks verplichtingen op te leggen aan particulieren.¹⁷⁹ Het Hof stelt in de

175. Zie bijv. HvJ 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:496 (*Sky Italia*) en HvJ 5 februari 2021, C-555/19, ECLI:EU:C:2021:89 (*Fussl Modestraße Mayr*).

176. HvJ 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), punt 78 en HvJ 20 februari 2024, C-715/20, ECLI:EU:C:2024:139 (*KL/X – Absence de motifs de résiliation*), punt 80. Zie voor een bespreking van dit laatste arrest F. van Reempts, ‘De horizontale doorwerking van richtlijnen in combinatie met het Handvest verder verduidelijkt’, *SEW* 2024/129. Zie ook: H.C.F.J.A. de Waele, ‘Horizontale werking van EU-richtlijnen – meer mooie mogelijkheden na het arrest K.L.’, AA20240555.

177. HvJ 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft*) en HvJ 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer en Broßonn*), besproken door o.a. A.S. Hartkamp, ‘Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen’, AA20190218; M. de Mol, ‘Het leerstuk van horizontale directe werking op de voet gevolgd’, AA20190371; C.H. Sieburgh & M.M.C. van de Moosdijk, ‘*Bauer*: het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is jarig en trakteert, ook in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen’, in: J. Krommendijk, H.C.F.J.A. de Waele & K.M. Zwaan, *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland* (SteR nr. 47), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 271 e.v.; H.H. Voogsgeerd, ‘HvJ EU 06-11-2018, C-569/16, C-570/16, C-619/16 en C-684/16’, *SEW* 2019/5; en R. Krause, ‘Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights: *Bauer and Willmeroth*, *MPG*’, *CMLR* (58) 2021, afl. 4, p. 1173-1206.

178. Art. 7 leden 1 en 2 van Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003, *PbEU* 2003, L 299/9.

179. Zie ook HvJ 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Popławski II*), punten 65-67, met verwijzingen. Een nationale rechter mag niet op grond van een bepaling van een richtlijn, zelfs al is deze duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk, een hiermee strijdige bepaling van zijn nationale recht buiten toepassing laten indien aldus een extra verplichting wordt opgelegd aan een particulier.

zojuist genoemde arresten vast dat artikel 31 lid 2 Handvest dwingende bewoordingen bevat en niet verwijst naar voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgeving en praktijken voorzien (slechts het minimum aantal jaarlijkse vakantiedagen dient nationaal te worden geregeld). Deze bepaling is dus dwingend en onvoorwaardelijk geformuleerd. Deze bepaling kent bovendien een subjectief recht toe, namelijk het recht op perioden van jaarlijkse vakantie met behoud van loon, welk recht *‘naar zijn aard zelf een overeenkomstige verplichting inhoudt voor de werkgever’*.

De eerste categorie (‘op zich volstaat’) en de tweede categorie (‘naar zijn aard zelf een verplichting inhoudt’) verschillen niet zo veel van elkaar. Toch vind ik het conceptueel nuttig genoemd onderscheid te maken. Bij de eerste categorie gaat het om het recht gevrijwaard te blijven van een inbreuk op een door het Handvest gewaarborgd grondrecht, zoals het recht niet te worden gediscrimineerd. Bij de tweede categorie gaat het om het (positief) toekennen van een concreet recht dat in het Handvest is vastgelegd, zoals het recht op vakantie met behoud van loon. In beide situaties kan schending van die rechten door een particulier (zoals een werkgever) voor deze tot financiële verplichtingen leiden.

4.3.2 Verband met en uitwerking in een andere regel van Unierecht?

Als een onderwerp wordt geregeld in een richtlijn valt dat onderwerp onder het Unierecht en dus binnen de werkingssfeer van het Handvest ingevolge artikel 51 lid 1 daarvan (zie hiervoor, par. 4.3.1). In dat geval kan verder de vraag rijzen wat nu, bijvoorbeeld in een zaak over betaalde vakantiedagen, leidend is: de Handvestbepaling of de richtlijnbeepaling over ditzelfde onderwerp; dus artikel 31 lid 2 Handvest of artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Het belang van die vraag kan hierin zitten dat een bepaling van secundair recht niet de inhoud van een Handvestbepaling kan beperken, terwijl anderzijds een Handvestbepaling niet de handen van de Uniewetgever zou moeten binden.¹⁸⁰ Doet zich hier een *catch 22* voor? Ik denk van niet. Indien de Uniewetgever de minimale periode van betaald verlof zou willen verkorten of juist verlengen, maakt dat voor het grondrecht van artikel 31 lid 2 Handvest geen verschil. De Uniewetgever heeft de vrijheid dat te doen. Voorts verplicht het feit dat het Handvest in een bepaald grondrecht voorziet, noch de Uniewetgever noch de nationale wetgever om dat recht uit te werken. Dat grondrecht staat op eigen benen en hoeft niet op een richtlijnbeepaling te leunen. Het enige wat de Uniewetgever niet in secundair Unierecht kan regelen is een uitsluiting van (het recht op) effectieve vakantiedagen. Het Handvest biedt hier dus wel

180. In die zin: R. Krause, ‘Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights: *Bauer and Willmeroth*, MPG’, CMLR (58) 2021, afl. 4, p. 1173-1206.

een bodem. Maar ook dat is geen *catch 22* want het Handvest is nu eenmaal primair Unierecht en een richtlijn is dat niet. Tot slot: een nationale maatregel die meer dan vier weken toekent, vormt wat betreft dat meerdere niet de tenuitvoerbrenging van het Unierecht als bedoeld in artikel 51 lid 1. Eventuele, nationale, beperkende voorwaarden kunnen daarom niet aan artikel 31 lid 2 Handvest worden getoetst.¹⁸¹

4.3.3 *Indirecte werking op horizontale rechtsverhoudingen: artikel 16 Handvest als voorbeeld*

Een van de economische vrijheden in het Handvest is de vrijheid van ondernemerschap (art. 16). Die bepaling luidt: ‘*De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.*’ Artikel 16 Handvest omvat volgens vaste rechtspraak de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, de contractsvrijheid en de vrije mededinging.¹⁸² Om te laten zien welke invloed artikel 16 Handvest op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen kan hebben geef ik een kort overzicht van de rechtspraak over dat artikel.

Ten eerste zijn er uitspraken waarin de *rechtsgeldigheid* van een Unierechtelijke regel van secundair recht aan (onder meer) artikel 16 Handvest werd getoetst. *Sky Österreich*¹⁸³ ging over de Europese regeling op grond waarvan de houder van exclusieve tv-rechten op grote evenementen korte fragmenten daarvan moet delen met bijvoorbeeld de publieke omroep. De daarvoor in rekening gebrachte vergoeding mag niet de extra kosten overtreffen die rechtstreeks voortkomen uit het verschaffen van toegang tot die beelden. In *Sky Österreich* oordeelt het Hof dat die regeling rechtsgeldig is. Het overweegt dat ‘contractsvrijheid’ onder meer behelst ‘*de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer*’, en ‘*de vrijheid om de prijs voor een verrichting te bepalen*’ (punt 43), maar acht genoemde regeling daarmee niet in strijd.

Ten tweede zijn er zaken waarin het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap moet worden afgewogen tegen een of meer andere grondrechten. De zaak *UPC Telekabel*¹⁸⁴ betrof de vraag of een rechterlijk verbod aan een internetserviceprovider om zijn klanten toegang te verschaffen tot

181. HvJ 19 november 2019, C-609 en 610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN).

182. HvJ 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (DEM), punt 32 en HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich/ORF*), punt 42, onder verwijzing naar de officiële toelichting op dit artikel, *PbEU* 2007, C 303/17, die overeenkomstig art. 6 lid 1, derde alinea, VEU en art. 52 lid 7 Handvest voor de uitlegging daarvan in acht moet worden genomen. Zie ook HvJ 16 juli 2020, C-686/18, ECLI:EU:C:2020:567 (*Adsbeff e.a.*), punt 82.

183. Zie vorige voetnoot. De zaak ging over art. 15 lid 6 Richtlijn 2010/13/EU, de toenmalige versie van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten.

184. HvJ 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*).

materiaal dat inbreuk maakte op het auteursrecht in strijd was met (onder meer) artikel 16 Handvest. Aan de zijde van de rechthebbende speelde het grondrecht van intellectuele eigendom (art. 17 lid 2) een rol, aan de zijde van de internetprovider de vrijheid van ondernemerschap (art. 16) en aan de zijde van de internetgebruiker de vrijheid van informatie (art. 11). Het Hof overweegt dat de vrijheid van ondernemerschap met name behelst het recht voor elke onderneming om, ‘*binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen handelingen*’, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen. Daarmee verwees het Hof naar een typisch privaatrechtelijk beginsel. Het aan UPC opgelegde bevel is een beperking van die vrijheid maar lijkt de vrijheid van ondernemerschap echter niet in zijn kern aan te tasten (punt 47-51), waarmee het Hof refereert aan de beperkingentoets van artikel 52 Handvest. Een geval van botsende grondrechten speelde ook in de zaak *Achbita*¹⁸⁵ over het verbod van een werkgever om op het werk zichtbare tekens van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen te dragen, waaronder de islamitische hoofddoek. Dat private verbod werd getoetst aan de richtlijn over discriminatie op het werk (Richtlijn 2000/78/EG). Bij zijn oordeel dat de maatregel een legitiem doel dient, verwijst het Hof naar artikel 16 Handvest (punt 38). Het Hof achtte de maatregel van de werkgever toelaatbaar.

Ten derde zijn er zaken waar in het kader van een rechtmatigheidstoetsing van een nationale overheidsmaatregel aan artikel 16 Handvest wordt getoetst. Zien we in het *Achbita*-arrest al dat het Hof een toetsing uitvoert langs dezelfde stappen (geschikt, noodzakelijk, proportioneel) als bij een *rule of reason*-toetsing, hetzelfde gebeurt ook bij de toetsing van de rechtsgeldigheid van een nationale maatregel ter uitvoering van een in Richtlijn 2009/119/EG neergelegde verplichting een veiligheidsvoorraad ruwe olie aan te houden.¹⁸⁶ Deze stockageplicht kan de vrijheid van ondernemerschap beperken maar voldoet aan de voorwaarden die artikel 52 lid 1 Handvest stelt aan de toelaatbaarheid van beperkingen op een door het Handvest gewaarborgd grondrecht. Waar het bij toetsing aan het vrij verkeer erom gaat of een maatregel belemmeringen oplevert voor grensoverschrijdende transacties, staat bij toetsing aan artikel 16 Handvest de financiële impact van de maatregel op een individuele onderneming meer op de voorgrond.

Ik wijs tot slot van dit overzichtje op drie arresten waarin de vrijheid van ondernemerschap moest worden afgewogen tegen werknemersbescherming (een dwingende reden van algemeen belang maar als zodanig niet een grondrecht). In de zaken *Parkwood* en *Asklepios* was een dynamisch in-

185. HvJ (Grote Kamer) 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Achbita/G4S Secure Solutions*).

186. HvJ 30 april 2024, C-395/22 en C-428/22, ECLI:EU:C:2024:374 (*Trade Express*).

corporatiebeding aan de orde.¹⁸⁷ Dat houdt in dat bij overgang van een onderneming als bedoeld in Richtlijn 2001/23/EG de verkrijger (op voorhand) gebonden is aan collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld en die worden vastgesteld ná de datum van die overgang. Volgens het Hof is een dergelijke clausule in strijd met artikel 3 van Richtlijn 2001/23/EG gelezen in samenhang met artikel 16 Handvest wanneer die verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen over dergelijke na de overgang onderhandelde en gesloten cao's (*Parkwood*). De contractsvrijheid van de verkrijger wordt dan zodanig beperkt dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast, zodat aan artikel 52 lid 1 Handvest niet is voldaan. Dit is anders als vreemder en werknemer op basis van de contractsvrijheid een beding zijn overeengekomen op grond waarvan hun arbeidsverhouding niet alleen wordt beheerst door de op het ogenblik van de overgang geldende cao, maar ook door latere overeenkomsten waarbij die cao wordt aangepast en het nationale recht in aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet (*Asklepios*). In *Iraklis* ging een bestuursrechtelijke weigering van een collectief ontslag onderuit wegens strijd met zowel artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) als met artikel 16 Handvest.¹⁸⁸

Directe werking heeft artikel 16 Handvest niet want het is niet een bepaling die 'op zich volstaat' en evenmin een bepaling die 'naar haar aard zelf een verplichting inhoudt'. Ik merk evenwel op dat A-G Szpunar in de zaak *Thelen Technopark*¹⁸⁹ heeft betoogd dat artikel 16 Handvest, voor zover die bepaling de vrijheid van contractspartijen waarborgt om een prijs overeen te komen, wél rechtstreekse werking heeft omdat artikel 16 in die context 'op zich volstaat'. Zoals Szpunar zelf echter opmerkt (punt 98), was in die zaak geen sprake van een door een particulier tegenover een andere particulier geldend te maken recht. De veronderstelde directe werking van artikel 16 Handvest ziet klaarblijkelijk op de *verticale* directe werking van die bepa-

187. Zie: HvJ 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*) en HvJ 27 april 2017, C-680/15, ECLI:EU:C:2017:317 (*Asklepios*). Zie hierover J. van Ladesteijn, 'De positie van de vrijheid van het ondernemerschap in het arbeidsrecht', *Ondernemingsrecht* 2024/62. Vgl. ook HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1068 (*FNV/ID Logistics*).

188. HvJ (Grote Kamer) 21 december 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (*Iraklis*).

189. Concl. A-G Szpunar 15 juli 2021, C-261/20, ECLI:EU:C:2021:620, punt 75 e.v. Het ging in die zaak om een opdracht aan een ingenieursbureau. De factuur was conform de overeengekomen prijs en was betaald. Daarna heeft het ingenieursbureau de overeenkomst opgezegd en een bijna twee keer zo hoge factuur gestuurd op basis van het wettelijk minimumtarief in het Duitse besluit inzake de honoraria voor architecten en ingenieurs, dat bij het sluiten van de overeenkomst klaarblijkelijk niet in acht was genomen. Die factuur werd niet betaald. Het BGH vroeg het Hof of de regeling over het minimumhonorarium buiten toepassing moest worden gelaten wegens strijd met art. 15 Dienstenrichtlijn 2006/123/EG, de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) dan wel met 'andere algemene beginselen van Unierecht'.

ling in het kader van een rechtmatigheidstoets van het Duitse wettelijke minimumtarief.¹⁹⁰

Het arrest van het Hof in *Thelen Technopark*¹⁹¹ gaat op artikel 16 Handvest niet in. Het arrest is niettemin een korte signalering waard. In navolging van *Poplawski II* (een strafzaak)¹⁹² overweegt het Hof in deze civiele zaak dat de nationale rechter niet verplicht is *op grond van het Unierecht* een bepaling van nationaal recht die strijdig is met een Unierechtelijke bepaling buiten toepassing te laten indien die laatstgenoemde bepaling geen rechtstreekse werking heeft. De rechter kan wel *op basis van het nationale recht* elke bepaling van nationaal recht buiten toepassing laten die in strijd is met een Unierechtelijke bepaling die geen rechtstreekse werking heeft (punt 33). Dat roept onder meer de vraag op of er een nationaalrechtelijke rechtsgrondslag moet zijn op grond waarvan de nationale rechter de genoemde bevoegdheid kan uitoefenen.¹⁹³ Het arrest kan stof opleveren voor de op zich oude discussie over de verhouding tussen de directe werking van bepalingen van Unierecht en de voorrang van het Unierecht.¹⁹⁴ Die discussie gaat het bestek van dit preadvies te buiten.

5 Slotbeschouwing: enkele ontwikkelingen en conclusies

5.1 Instrumentalisering van het consumentencontractenrecht?

Een terugkerend thema in de civielrechtelijke literatuur is dat het Unierecht, waaronder het Europees privaatrecht, leidt tot ‘instrumentalisering’ van het nationaal privaatrecht¹⁹⁵ omdat dit dienstbaar zou worden gemaakt aan privaatrechtvreemde beleidsdoelstellingen.¹⁹⁶ Essentiële waarden van het privaatrecht, zoals de persoonlijke autonomie en sociale rechtvaardigheid,

190. Zie punt 105 van de conclusie van A-G Szpunar.

191. HvJ 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*).

192. HvJ 24 juni 2019, C-537/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*), punt 61-68. Zie over *Thelen* ook C.H. Sieburgh, ‘Redactionele signalen’, *SEW* 2024/141.

193. Zie J. Lindeboom, ‘Continuïteit en verandering in de rechtspraak over doorwerking van richtlijnen in de nationale rechtsorde’, *NtER* 2022, afl. 9/10, p. 203 e.v. Hij schrijft (op p. 211): ‘In Nederland lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat een dergelijke bevoegdheid kan worden afgeleid uit algemene bepalingen van burgerlijk (proces)recht.’

194. Zie reeds A. Prechal, ‘Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected’, in: J.M. Prinszen & A. Schrauwen (eds.), *Direct Effect – Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen: European Law Publishing 2002, p. 17 e.v.

195. Vgl. bijv. enkele oudere bijdragen daarover: S. Grundmann, ‘Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law’, *CMLR* (39) 2002, afl. 2, p. 269-293 en O. Bargill & O. Ben-Sharar, ‘Regulatory Techniques in Consumer Protection: a Critique of European Consumer Contract Law’, *CMLR* (50) 2012, p. 109-126.

196. Zie bijv. C. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden: Nomos 2010.

zouden naar de achtergrond worden gedrongen.¹⁹⁷ Dit alles zou zich vooral voordoen op het terrein van het consumentencontractenrecht. In deze kritiek kan ik mij slechts ten dele vinden. *Ten eerste* hebben klassieke waarden van het privaatrecht wel degelijk een plaats in het consumentencontractenrecht. De Richtlijn oneerlijke bedingen heeft het niet-instrumentele doel de gelijkheid van de contractspartijen te herstellen, naast het instrumentele doel handelaren af te schrikken oneerlijke bedingen te gebruiken. Ook informatieplichten dienen een tweevoudig doel: het opheffen van informatieasymmetrie draagt bij aan een betere werking van de interne markt (instrumenteel), maar versterkt tegelijkertijd de autonomie van de consument omdat deze daardoor betere keuzes kan maken (niet-instrumenteel). *Ten tweede* worden ook in het nationale privaatrecht door de wetgever op grond van beleidsmatige keuzes inperkingen aangebracht aan de partijautonomie en wordt de sociale rechtvaardigheid in een bepaalde richting gestuurd. De persoonlijke autonomie van de private deelnemer aan het rechtsverkeer wordt altijd en overal ingekaderd door de regels van de samenleving.

Ook bij de kritiek dat het Europees privaatrecht de coherentie van het nationaal vermogensrecht aantast, plaats ik een kanttekening. Een zinvolle vergelijking maken tussen het Europees privaatrecht en het nationaal vermogensrecht is eigenlijk niet goed mogelijk omdat het eerste beetje bij beetje wordt op- en uitgebouwd naar gelang daarvoor een beleidsmatige noodzaak wordt gevoeld, terwijl de nationale stelsels van vermogensrecht al eeuwen bestaan. Het is in mijn ogen juist positief dat het Europees privaatrecht geen alomvattend systeem is (en vermoedelijk nooit zal worden), waardoor het nationale privaatrecht als noodzakelijke aanvulling relevant blijft. Zonder het nationale privaatrecht kan het Europees privaatrecht geen wortelschieten in de nationale rechtsorde van de lidstaten. In de geïmplementeerde structuur die is ontstaan door de voorrang van het Unierecht, is er in de praktijk sprake van samenloop en complementariteit.¹⁹⁸ Ik ben het eens met de conclusie van Bacharis en Osmola in hun artikel over de instrumentalisering van het privaatrecht: *‘As a result, the two orders end up forming a continuum and their respective rationalities are interlinked in a way that ultimately undermines the claim about the instrumentality of EPL.’*¹⁹⁹

197. Zie voor een verkenning van de verschillende dimensies van rechtvaardigheid in het privaatrecht: M.W. Hesselink, a.w. voetnoot 20 en al eerder: H.W. Micklitz, ‘Social justice and Access Justice in Private Law’, in: H.W. Micklitz (ed.), *The many concepts of social justice in European private law*, Cheltenham: Elgar 2011.

198. Vgl. C.H. Sieburgh, ‘“Ich weiß nicht was soll es bedeuten”- Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239 e.v.

199. G. Bacharis & S. Osmola, ‘Rethinking the Instrumentality of European Private Law’, *ERPL* (30) 2022, afl. 3, p. 457-480 (p. 465).

5.2 Ontwikkelingen in het Europees aansprakelijkheidsrecht

Op aansprakelijkheidsgebied is een van de meest significante ontwikkelingen in de komende jaren de dit jaar aangenomen Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD).²⁰⁰ Daarop vooruitlopend is al het nodige geschreven over deze richtlijn.²⁰¹ Zij bevat verplichtingen voor grotere ondernemingen die zijn gericht op naleving van mensenrechten en milieu-regels door directe en indirecte toeleveranciers in de (stroomopwaartse) waardeketen van die ondernemingen. Verder moeten ondernemingen een transitieplan opstellen voor de beperking van klimaatverandering en de verandering naar een bedrijfsmodel ('CRSD reporting').²⁰² Mede door de open normen²⁰³ en de soms vage omschrijving van de opgelegde verplichtingen kunnen er geschillen ontstaan over de nakoming van de ESG-verplichtingen van de door deze richtlijn gereguleerde ondernemingen. Zo zou een NGO een verklaring voor recht kunnen vorderen dat een transitieplan van een onderneming niet voldoet aan de eisen van deze richtlijn.

Artikel 29 CSDDD bevat bepalingen over wettelijke aansprakelijkheid. Benadeelden (of voor hen: NGO's en vakbonden) kunnen claims instellen. De schadevergoeding moet volledig zijn, maar mag ook hier niet tot overcompensatie leiden. In artikel 29 lid 3 sub a wordt een typisch privaatrechtelijk onderwerp als verjaring van vorderingen geregeld, althans worden er voorwaarden gesteld waaraan het nationale recht op dat punt moet voldoen.²⁰⁴ Op grond van artikel 29 lid 6 CSDDD mogen lidstaten strengere aansprakelijkheidsregels toepassen dan de richtlijn voorschrijft. Te ver-

200. Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid, PbEU 2024/1760 van 5 juli 2024.

201. Zie o.a. A.F. Verdam, 'Over zorgplichten van de Nederlandse moedermaatschappijen met betrekking tot schendingen van mensenrechten of milieuschade veroorzaakt door een (buitenlandse) dochter', NTBR 2022/46; H.J. de Kluiver (red.), *Open normen, toezicht en duurzaamheid, Perspectieven op komende duurzaamheidswetgeving vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht*, Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht', Preadviezen 2023; B.M. Katan & D.F.H. Stein, *De 'onderneming' in het aansprakelijkheidsrecht, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 87-144 (par. 4.2); en T.D.O. van der Vijver, 'Corporate sustainability 2.0: de hete hangijzers van de voorgestelde Europese corporate sustainability due diligence-richtlijn (CSDDD)', SEW 2023/161, afl. 11. Voor een overzichtsartikel over de richtlijn zoals vastgesteld zie: C. de Groot & L.A. Gunneweg, 'De aanstaande Europese richtlijn over passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven: een mooi maar ingewikkeld initiatief', AA20240833.

202. Art. 22 CSDDD.

203. De zoekterm 'redelijk' levert 60 hits op (meestal: 'redelijke' of 'redelijkerwijs'). Dat moet civilisten aanspreken.

204. Verjaringstermijnen moeten ten minste vijf jaar bedragen, mogen in geen geval korter zijn dan de verjaringstermijn uit hoofde van nationale algemene wettelijke aansprakelijkheidsregelingen en mogen niet ingaan voordat de inbreuk is beëindigd (art. 29 lid 3). In het tweede vereiste klinkt het gelijkwaardigheidsbeginsel door.

wachten is dat de CSDDD-verplichtingen zullen worden ingeroepen om de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW van een nieuwe invulling te voorzien.

5.3 Het Handvest als nieuwe knuffelbeer van civilisten

Met de kritiek die er vanuit het privaatrecht is geuit op de consumenten-rechtspraak contrasteert, in positieve zin, het enthousiasme over het Handvest dat in de civielrechtelijke literatuur valt te bespeuren.²⁰⁵ Echt opmerkelijk is die positieve houding misschien ook weer niet omdat al voordat het Handvest eind 2009 verbindend werd er een tendens naar ‘constitutionalisering’ was te bespeuren, al is niet altijd duidelijk wat onder die veel gebruikte term precies wordt verstaan. Wat daar verder van zij, voor de civiele rechtspraak is het belangrijk vast te stellen dat vooral het onrechtmatigedaadsrecht receptief is voor de doorwerking van grondrechten. Grondrechten kunnen de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW van nieuwe dynamiek voorzien. De civiele rechter zal als ‘restrechter’ daar relatief veel mee te maken kunnen krijgen.²⁰⁶ Dat zal met name zo zijn in procedures waarin grondrechten ‘*offensief*’ worden ingezet op dezelfde wijze als dat al gebeurt met artikel 8 EVRM in algemeenbelangacties.²⁰⁷ Een beroep op het Handvest is ook goed mogelijk als alleen een zuiver privaat vermogensbelang in het geding is. Een strategische reden om voor het anker van het Handvest te gaan liggen kan zijn dat het Hof de lat voor het aannemen van beperking van een grondrecht betrekkelijk laag legt (ook omdat het Hof daarbij vaak aansluit bij de uitleg van vrij verkeerbepalingen uit het VWEU), terwijl de rechtvaardiging van grondrechtbeperkingen is onderworpen aan de tamelijk strakke driestappentoets van artikel 52 lid 1 Handvest.

Wat valt er van het Handvest te verwachten in ‘*defensief*’ opzicht? Er wordt gesproken van de ‘civilisering’ van het Unierecht onder invloed van het Handvest.²⁰⁸ Ik denk dat dit nog moet gaan blijken. Grondrech-

205. Zie o.a. C.H. Sieburgh, ‘Hoe het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt’, *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 3 e.v.; K.J.O. Jansen, preadvies NJV 2024 (voetnoot 11); en V. Mak in haar preadvies (slot), om maar enkele Nederlandse auteurs te noemen.

206. Vgl. C.H. Sieburgh, ‘Constitutional Adjudication in the Netherlands: Legal protection by the Ordinary (Civil) Judge and the General Clause of Tort Law as the Entries to Unity’, in: *EUnited in Diversity II: The Rule of Law and Constitutional Diversity*, 2023, uitgave van het Hof van Justitie, p. 245 e.v.

207. Daar zijn nu ook al voorbeelden van. Ik noemde al *Milieudefensie/Shell*. Een ander voorbeeld is Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Stichting recht op bescherming tegen vlieg hinder/Staat*) over de handhaving van de geluidsnormen voor Schiphol.

208. Zie K.J.O. Jansen, preadvies NJV 2024 (voetnoot 11), p. 282 (civilisering). Jansen zelf tempert de verwachtingen echter door terstond een ‘winstwaarschuwing’ af te geven (p. 251).

ten zijn nog steeds primair van belang in de relatie burger-overheid. De horizontale werking vertegenwoordigt een meerwaarde ten opzichte van het EVRM, maar het aantal Handvestbepalingen dat horizontale werking heeft lijkt heel beperkt. Bovendien is de 'behoefte' aan horizontaal werkende Handvestbepalingen er praktisch gezien alleen wanneer er geen andere regel van Unierecht is waarop een particulier zich tegenover een andere particulier kan beroepen. Alleen in die situatie moet 'naar boven' worden uitgeweken. In zijn algemeenheid vind ik dat we zuinig moeten zijn op grondrechten en ze daarom niet te pas en te pas moeten inroepen.²⁰⁹

5.4 Symbiose tussen Unierecht en nationaal vermogensrecht verder verbeteren?

In het consumentencontractenrecht (hoofdstuk 2) is de symbiose tussen het Unierecht en het nationaal vermogensrecht verre van volmaakt. Het Hof lijkt er niet altijd goed van te zijn doordrongen dat zijn rechtspraak over oneerlijke bedingen en over de sanctionering van informatieplichten onevenwichtigheden kan veroorzaken in de rechtsverhouding tussen handelaar en consument. Aan de andere kant zijn er beoefenaren van het privaatrecht die het harnas aandoen om hun mooie stelsel met het zwaard te verdedigen tegen de als ongewenst ervaren invloed en bevoogding van het Unierecht. Zij lijken soms te vergeten dat het eigen privaatrecht ook uitzonderingen en hybride constructies bevat die zorgen voor afwijkingen van de kernwaarden. Ook lijken deze (niet alle!) privatisten er onvoldoende van doordrongen te zijn dat de EU een veelomvattend en diepgaand samenwerkingsverband is, dat niet kan functioneren als het geen voorrang zou hebben op het nationale recht van de 27 lidstaten. De remedie is hier betere voorlichting over en weer, met een accent op het evenredigheidsbeginsel. Meer doelgerichte voorlichting aan het Hof in prejudiciële procedures door de verwijzende rechter, de Nederlandse regering en de partijen bij het geding kan helpen. Voorlichting over het Unierecht door beoefenaren van het privaatrecht met kennis van het Unierecht is ook essentieel, en gelukkig is die er ook al volop. Met dit preadvies heb ik getracht daar een kleine bijdrage aan te leveren.

In het aansprakelijkheidsrecht (hoofdstuk 3) bestaat duidelijk meer symbiose tussen het Unierecht en het nationaal vermogensrecht dan bij het consumentencontractenrecht. Dat lijkt ook te gelden voor andere gebieden van Europees aansprakelijkheidsrecht dan artikel 82 AVG, de bepaling waartoe ik mij in dit preadvies heb moeten beperken. Het is realistisch te

209. Vgl. het editorial van P. Teunissen, 'Grondrechteninflatie', *Auteursrecht* 2022, afl. 2, p. 73-74. Met het statement van die auteur ben ik het eens.

verwachten dat het door het Unierecht bestreken terrein geleidelijk aan groter zal worden. Dat is een moeilijk te vermijden ontwikkeling, die doorgaans wordt aangewakkerd door nogal categorische nationale regelingen of leerstukken naar aanleiding waarvan prejudiciële vragen worden gesteld.

Tot slot het primaire recht, een veelomvattend onderwerp (hoofdstuk 4). Daar zagen we dat vanuit het privaatrecht veel is gepubliceerd met de strekking dat de vrij verkeerbepalingen van het VWEU horizontale werking hebben. Bij die analyse heb ik een relativerend accent geplaatst en er is op dat gebied de laatste tien jaar ook niet zo gek veel nieuws gebeurd. Veruit de meeste aandacht in academische publicaties gaat nu uit naar het Handvest. Dat heeft de gelaagdheid van het Unierecht versterkt. Voor civilisten is het Unierecht daarmee niet overzichtelijker, maar wel interessanter en nog belangrijker geworden.

A Tale of Two Systems. Europa en het Nederlandse vermogensrecht in tijden van (r)evolutie

Prof. mr. V. Mak*

It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness, it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity, it was the season of Light, it was the season of Darkness, it was the spring of hope, it was the winter of despair, we had everything before us, we had nothing before us, we were all going direct to Heaven, we were all going direct the other way—in short, the period was so far like the present period, that some of its noisiest authorities insisted on its being received, for good or for evil, in the superlative degree of comparison only.

Charles Dickens, *A Tale of Two Cities* (Chapman & Hall, Londen 1859)

Inhoud

- 1 Inleiding
- 2 Afbakening en plan van behandeling
- 3 Convergentie: privaatrecht, doctrine en markt 1970-2019
 - 3.1 Marktregulering en wetgevingsbevoegdheid
 - 3.2 Minimum- en maximumharmonisatie
 - 3.3 Of Islands and the Ocean – twee rationaliteiten
- 4 Disruptie: Europees privaatrecht is steeds minder privaatrecht
 - 4.1 Een interregnum in het Europees privaatrecht
 - 4.1.1 Geen Europees Burgerlijk Wetboek
 - 4.1.2 Wel private regulering
 - 4.2 Een nieuwe koning(in)
 - 4.2.1 Verordeningen in plaats van richtlijnen
 - 4.2.2 Vervagende grenzen, verdwijnen van tegenstellingen
- 5 Revolutie of evolutie
 - 5.1 De ‘Code of Capital’ en de revolutie

* Vanessa Mak is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Een eerdere versie van dit preadvies heb ik voorgelegd aan een aantal collega's die bereid waren mee te lezen. Ik dank voor hun opmerkingen en aanvullingen in het bijzonder Tom Bouwman, Armin Cuyvers, Simone van der Hof, Jan van Staalduinen en Gitta Veldt.

- 5.1.1 Juridische grondslagen
- 5.1.2 Een hernieuwd waardendebat
- 5.2 Doorontwikkeling van het Europese contracten- en aansprakelijkheidsrecht
- 5.3 Europees privaatrecht als een apart systeem
- 5.4 Grondrechten als katalysator
- 5.5 Combinaties
- 6 Tot slot: de barricades op?

1 Inleiding

Het vermogensrecht is geen rustig bezit. Eerder dit jaar stond de Universiteit Leiden stil bij het erfgoed van E.M. Meijers, één van de grootste juristen die Nederland heeft gekend. Meijers stond aan de wieg van het Burgerlijk Wetboek dat in 1992 in werking trad en dat de geest ademde van het legisme. Het wetboek was bedoeld als sluitend systeem van regels en beginselen waarmee werd gestreefd recht te doen aan het ‘gemene welzijn’. De rechter zou met dit nieuwe wetboek in de hand slechts hoeven interpreteren wat de wetgever had bedoeld en het recht op die wijze toe te passen.¹

Inmiddels zijn we ruim dertig jaar verder en moet worden geconstateerd dat het BW zoals Meijers dat voor ogen had weliswaar in de basis nog staat – als zijnde ‘het systeem’ dat civilisten zich tijdens de studie eigen maken en in de praktijk hanteren –, maar dat het zeer sterk is gekleurd door invloeden van buiten. In het bijzonder kan worden gewezen op de invloed van het Europese recht op het BW, in de vorm van geïmplementeerde EU-richtlijnen en rechtstreeks werkende verordeningen alsmede de doorwerking van de Verdragen.² Daarnaast heeft de doorwerking van grondrechten sporen nagelaten in het burgerlijk recht, veelal in de vorm van indirecte horizontale werking, gefaciliteerd door de invulling van open normen in het aansprakelijkheidsrecht of contractenrecht.³ Beide ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat het systeem van het burgerlijk recht is gekleurd door aspecten die in het algemeen eerder een

-
1. Voor een verdere uitwerking zie de nog te verschijnen Meijers-bundel naar aanleiding van het symposium ‘Het Erfgoed van Meijers: 70 jaar waardering en inspiratie’ dat op 24 juni 2024 in Leiden plaatsvond, in het bijzonder de bijdrage van C. Maris.
 2. Vgl. A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. 3. *Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 1-4.
 3. Zie voor een recente bespreking het preadvies van Kasper Jansen over dit onderwerp: K.J.O. Jansen, ‘Het Handvest als privaatrechtelijk instrument’, in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen* (Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 225-287.

publiekrechtelijk karakter hebben, nu het gaat om belangenafwegingen of rechtspolitieke keuzes waarin het algemeen belang aan de orde is en niet enkel een afweging tussen private partijen. Voorbeelden daarvan zijn de invoering van dwingendrechtelijke bepalingen ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht, zoals consumenten of werknemers, in het bijzonder als gevolg van EU-richtlijnen.⁴ In de rechtspraak zijn de bekendste, actuele voorbeelden de klimaatzaken – *Urgenda* en *Milieudefensie/Shell* – waarin de open zorgvuldigheidsnorm uit het aansprakelijkheidsrecht een ventiefunctie heeft voor het doorlaten van grondrechtelijke invloeden.⁵

De ontwikkeling van het BW is daarmee nog niet teneinde. Breder dan de vraag hoe deze twee trends, de invloed van het EU-recht en van de grondrechten, zich in de toekomst gaan manifesteren, ontvouwen zich in de wisselwerking tussen Europees en nationaal privaatrecht nieuwe dilemma's. Hoewel zowel op nationaal niveau als EU-niveau een krachtenspel wordt uitgevochten over de vraag in hoeverre overheden en bedrijven zich actief moeten inzetten voor klimaatdoelen en een veilige online (platform)omgeving voor gebruikers, is het nastreven van deze doelen op EU-niveau tot op zekere hoogte onontkoombaar geworden. Beleidsdoelen zijn vastgelegd in Europese agenda's – bijvoorbeeld de Europese Digital Single Market agenda⁶ en de EU Green Deal⁷ – en vormen de achtergrond waartegen nieuwe wetgeving en beleid wordt aangenomen. Voorbeelden zijn de EU Digital

-
4. H. Schelhaas, 'Verleden, heden en toekomst van het Europees contractenrecht', AA 2021, afl. 6, p. 573-586. Vgl. voor andere rechtssystemen in Europa H.W. Micklitz (red.), *The Making of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2021, Part II.
 5. E.F.D. Engelhard, T.M.C. Arons, S. van Deursen, E.R. de Jong, B.A. Kuiper-Slendenbroek & D.W. van Maurik, '*Urgenda, Milieudefensie/Shell and beyond*: Over de invloed van klimaatzaken', NTBR 2024, afl. 5, p. 28-39.
 6. Europese Commissie, mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Digitaal kompas 2030: de Europese aanpak voor het digitale decennium', COM(2021) 118 final. Zie ook Europese Commissie, 'A Europe fit for the Digital Age', commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en.
 7. Europese Commissie, 'De Europese Green Deal', commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl.

Services Act (DSA),⁸ Digital Markets Act (DMA),⁹ AI Act,¹⁰ Data Act¹¹ en Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D).¹² De vraag is welke invloed deze instrumenten gaan hebben op het Europese privaatrecht en op het BW, nu zij niet uitsluitend op privaatrechtelijke verhoudingen zien, maar wel daarop van toepassing zijn. Privaatrechtelijke begrippen worden in deze ‘Acts’ gehanteerd, maar in een context waarin ook fundamentele rechten, grootschalig gebruik van data en de ondoorzichtigheid van technologische toepassingen een rol spelen. Een scala van nieuwe vragen komt in beeld, waaronder: wat is nog het onderscheid tussen consument en burger?; in hoeverre kan het burgerlijk recht een kader vormen voor het afwegen van belangen die meer omvatten dan de economische belangen van partijen?; en wat is de verhouding tussen publiekrecht, privaatrecht en private regulering?¹³

Het thema van de VBR-pleidviesen van dit jaar, het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht, is gezien deze tendensen een dankbaar onderwerp voor herijking. Het nodigt uit tot een bespiegeling op het recente verleden, een analyse van de status quo, en een blik op de toekomst. Dat is dan ook de opbouw van dit pleidvies nadat een korte afbakening is gegeven.

De quote aan het begin van deze tekst kan bij het lezen in het achterhoofd worden gehouden. De tekst van Charles Dickens verwees naar de grote maatschappelijke en politieke veranderingen ten tijde van de Franse re-

-
8. Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (Digital Services Act, DSA), *PbEU* 2022, L 277/1.
 9. Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act, DMA), *PbEU* 2022, L 265/1.
 10. Verordening (EU) 2024/1689 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828 (AI Act), *PbEU* 2024, ELI: data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj.
 11. Verordening (EU) 2023/2854 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2023 betreffende geharmoniseerde regels inzake eerlijke toegang tot en eerlijk gebruik van data en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn (EU) 2020/1828 (Data Act), *PbEU* 2023, ELI: data.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj.
 12. Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859, *PbEU* 2024, ELI: data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj.
 13. Zie ook N. Helberger e.a., *Digital Fairness for Consumers*, BEUC rapport (maart 2024), pure.eur.nl/ws/portalfiles/portal/139212255/BEUC-X-2024-032_Digital_fairness_for_consumers_Report.pdf.

volutie. De twee steden waarnaar wordt verwezen zijn Londen en Parijs, waar zich parallelle veranderingen voordeden in de maatschappelijke verhoudingen tussen burgers en de heersende aristocratie. Dickens gebruikt tegenstellingen en vergelijkingen om kracht bij te zetten aan de maatschappelijke thema's die als een rode draad door het boek lopen. Sociale onrechtvaardigheid is een thema, maar hij uit ook kritiek op de uitwassen van revolutionairen ten aanzien van de verdreven aristocratie.¹⁴ Het is in de wisselwerking tussen het nationale en het Europese privaatrecht nog de vraag of wij te maken hebben met een evolutie of een revolutie. Dat de spanningen weer oplopen in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen is niettemin ook hier een gegeven. Als beeldspraak voor de hierna volgende analyse is het daarom zeker niet verkeerd om de tegenstellingen waar nodig wat scherper aan te zetten en zodoende een goed begrip te krijgen van de wisselwerking tussen nationaal en Europees privaatrecht en de daarbij voorliggende rechtspolitieke keuzes.

2 **Afbakening en plan van behandeling**

De leidende vraag in dit preadvies is hoe het nationale vermogensrecht zich heeft ontwikkeld onder invloed van het Europese recht, en welke richting wenselijk is voor de toekomst. Teneinde die vraag te beantwoorden zal de wisselwerking tussen het nationale recht en het Europese recht worden beschouwd vanuit een doctrinair-juridisch perspectief – waarmee in kaart kan worden gebracht welke wet- en regelgeving in de afgelopen decennia is aangenomen en hoe verschillende regelgeving op elkaar inwerkt – en een politiek-economisch perspectief. De politieke economie biedt handvatten voor het duiden van de invloed van maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen op het recht. Hoewel een vaste definitie lastig te geven is, kan worden gesteld dat de politieke economie een wetenschappelijke stroming is waarin methoden uit de economische discipline worden gehanteerd voor de analyse van politiek gedrag en instituties.¹⁵ In combinatie met de rechtswetenschap ontstaat een kader voor het bestuderen van de 'co-constitutieve' relatie tussen politiek, recht en economie

-
14. Over de invloed van Dickens op het recht, zie J.H.A. Lokin, 'De invloed van de jonge Dickens op recht en wetgeving', AA 2004, afl. 10, p. 711-718; F. Quabeck, 'Charles Dickens', in: T. Gutmann, E. Ortland & K. Stierstorfer (red.), *Encyclopedia of Law and Literature/ Enzyklopädie Recht und Literatur*, lawandliterature.eu/images/pdf/DickensCharles.pdf.
 15. B. Weingast & D. Wittman, 'The Reach of Political Economy', in: B. Weingast & D. Wittman (red.), *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford: OUP 2009, p. 3. Voor een toepassing, zie bijv. W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2021*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-201.

in de maatschappij.¹⁶ Bij de analyse van het Europese privaatrecht biedt dit kader handvatten voor het duiden van instrumentalistische keuzes, bijvoorbeeld gevallen waarin het recht wordt gebruikt als instrument voor het nastreven van maatschappelijke doelstellingen als consumentenbescherming of de bescherming van klimaat en milieu.

Het onderzoek is beperkt tot een analyse van de wisselwerking tussen het nationale vermogensrecht, meer in het bijzonder het verbintenissenrecht, en het Europese privaatrecht. De termen ‘vermogensrecht’ en ‘privaatrecht’ worden afwisselend gebruikt; hoewel de afbakening is gericht op het Nederlandse vermogensrecht, wordt op Europees niveau geen duidelijk onderscheid gemaakt en wordt de algemene term ‘privaatrecht’ gehanteerd. In rechtsvergelijkende literatuur wordt ook wel specifiek naar het Europese contractenrecht of aansprakelijkheidsrecht verwezen, mede omdat common law systemen die categorieën hanteren en daarnaast geen algemeen stelsel van verbintenissenrecht of vermogensrecht kennen. Het goederenrecht is redelijk vrij gebleven van Europeesrechtelijke harmonisatie en krijgt om die reden in deze bijdrage minder aandacht.¹⁷ Andere onderdelen van het privaatrecht, zoals het intellectuele eigendomsrecht, het ondernemingsrecht of het procesrecht, worden vanwege de beperkte ruimte en het veelal eigen karakter buiten beschouwing gelaten of slechts zijdelings genoemd. Ook het mededingingsrecht, dat grenzen stelt aan de activiteiten die private actoren nationaal of Europees kunnen ontplooiën, blijft vanwege het eigen karakter op een enkele verwijzing na buiten beschouwing. Wel onderdeel van de analyse is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG),¹⁸ voor zover overlap met het contractenrecht bestaat, zoals in de totstandkomingsfase van overeenkomsten waarin veelal gevraagd wordt om toestemming voor gegevensverwerking.

16. Vgl. M. Bartl, ‘Private Law and Political Economy’, in: M. Bartl, L. Burgers & C. Mak (red.), *Uncovering European Private Law. European Private Law Handbook* (te verschijnen), Amsterdam Law School Research Paper No. 2023-06, Amsterdam Centre for Transformative Private Law Working Paper No. 2023-01, beschikbaar via SSRN: ssrn.com/abstract=4344615.
17. Voor geïnteresseerde lezers, zie over het Europese construct van de financiële zekerheidsovereenkomst J. Diamant, *De Collateral Richtlijn. Een rechtsvergelijkende studie naar de implementatie van de goederenrechtelijke aspecten van de Collateral Richtlijn* (Recht en Praktijk, FR12), Deventer: Wolters Kluwer 2015. Harmonisatie vindt overigens wel plaats tussen nationale rechtssystemen. Zie V. Sagaert, ‘De krachtlijnen van het nieuwe Belgische goederenrecht: een paringsdans met het Nederlandse goederenrecht’, *NTBR* 2021, afl. 7, p. 136-148. België loopt daarbij voor op Nederland voor wat betreft data als ‘goed’; zie K.K.E.C.T. Swinnen, ‘Goederen in het nieuwe Belgische goederenrecht. Ook ruimte voor data?’, *NTBR* 2021, afl. 7, p. 189-194.
18. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene Verordening Gegevensbescherming, AVG), *PbEU* 2016, L 119/1.

Tot slot is in de afbakening gekozen om in dit preadvies de nadruk te leggen op de invloed van secundaire EU-wetgeving op het nationale vermogensrecht. Dat wil zeggen, de focus ligt op de invloed van richtlijnen en verordeningen, waarbij uiteraard geldt dat het primaire recht onder omstandigheden doorwerkt via open normen of door de toepassing van algemene beginselen van EU-recht, zoals het effectiviteitsbeginsel of het proportionaliteitsbeginsel.¹⁹ Ter herinnering: Richtlijnen dienen, zoals welbekend, door lidstaten te worden geïmplementeerd in nationale wetgeving, terwijl verordeningen rechtstreeks doorwerken.²⁰ Daarbij moet gesignaleerd worden dat veel van de recente EU-regelgeving de benaming ‘Act’ heeft gekregen. Dat suggereert dat deze regelgeving een bijzondere status heeft of een nieuwe benadering voorstaat. Dat beeld is echter onjuist, nu het in alle gevallen gaat om wetgeving in de vorm van verordeningen (bijv. de DSA, DMA en de AI Act). De invloed van het EU-Verdragenrecht staat centraal in het preadvies van Berend Jan Drijber. Voor beide preadviezen geldt dat het EU-Handvest van de grondrechten onderdeel vormt van de analyse, nu het Handvest een breed toepassingsbereik heeft dat zowel de verhouding tussen de Unie en de lidstaten als, zij het in mindere mate, tussen private actoren omvat.²¹

3 Convergentie: privaatrecht, doctrine en markt 1970-2019

De eerste invloeden van het EU-recht op het nationale vermogensrecht deden zich voelen in de jaren zeventig van de vorige eeuw. De Unie had toen nog de naam Europese Gemeenschappen en de eenwording van de interne markt was een ambitie van de lidstaten, destijds negen waaronder Nederland.²² Ten behoeve van dat streven werd ingezet op harmonisatie door wetgeving (positieve integratie) naast het wegnemen van belemmeringen van het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal (negatieve integratie).²³ De harmonisatie van wetgeving beoogde te bereiken dat ondernemers en consumenten in alle lidstaten met grotendeels gelijke regelgeving te maken zouden hebben, waardoor de drempel om over de grens producten of diensten aan te bieden dan wel af te nemen zou worden weggenomen of in elk geval verlaagd.²⁴

19. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2023/105 e.v.

20. Asser/Hartkamp 3-I 2023/184 e.v. en 191 e.v.

21. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2007, C 303/1.

22. Europese Unie, ‘Geschiedenis van de EU’, european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu_nl. Zie voor de geschiedenis van het privaatrecht in Europa ook W. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 3-44.

23. Asser/Hartkamp 3-I 2023/23.

24. Asser/Hartkamp 3-I 2023/23; L.A.D. Keus, *Europees Privaatrecht* (Monografieën BW, A30), Deventer: Wolters Kluwer 2024, nr. 39.

Het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht is in deze periode ontstaan en geeft tot op heden aanleiding tot vragen. In het zoeken naar convergentie van regelgeving op EU-niveau en in nationale wetgeving dienen diverse aspecten nader te worden uitgewerkt. Een eerste aspect betreft de verdeling van bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten voor wat betreft het invoeren van nieuwe regelgeving (par. 3.1). Een tweede aspect betreft de vraag in hoeverre lidstaten ruimte behouden om af te wijken van harmoniserende EU-wetgeving, ofwel de vraag naar minimum- of maximumharmonisatie (par. 3.2). Tot slot is de vraag in hoeverre het Europese privaatrecht inhoudelijk – qua ideologie, beginselen, doctrines – aansluit bij, dan wel afwijkt van het nationale vermogensrecht. Die vraag is wezenlijk. In navolging van Ralf Michaels zal ik in de beantwoording ervan beargumenteren dat het Europese privaatrecht een andere rationaliteit kent dan het nationale vermogensrecht (par. 3.3). Daardoor is weliswaar sprake van convergentie van regelgeving, maar kennen de regels een andere ratio, die niet altijd direct zichtbaar is maar niettemin in het systeem van het BW heeft ingebroken.

3.1 Marktregulering en wetgevingsbevoegdheid

Ter verwezenlijking van de interne marktdoelstellingen werd in 1975 door de Raad van de Europese Gemeenschap een eerste resolutie aangenomen voor een beleid inzake consumentenbescherming.²⁵ Een wetgevingsprogramma bestond toen nog niet. Eerste schreden in die richting werden genomen door het aannemen van richtlijnen voor de auto-industrie, zoals de verplichting om veiligheidsgordels in auto's te monteren.²⁶ Deze richtlijnen waren echter, mede als gevolg van lobbywerk door autoproducenten, van optionele aard. Dat wil zeggen, ze waren van toepassing op de import en export van auto's, maar lidstaten waren vrij om binnen de eigen landsgrenzen andere regels te stellen of geen regels te hanteren. In dat beleid kwam pas verandering met de aanneming van de Europese Akte in 1985.²⁷ Daarna kwam de stroom van wetgeving in het privaatrecht goed op gang, te beginnen met de Richtlijn productaansprakelijkheid in 1985.²⁸

25. Resolutie van de Raad van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PbEG* 1975, C 92/1.

26. Richtlijn 77/541/EEG van de Raad van 28 juni 1977 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake veiligheidsgordels en bevestigingssystemen in motorvoertuigen, *PbEG* 1977, L 220/95.

27. Over de Europese Akte werd in december 1985 politieke overeenstemming bereikt. De Akte trad in werking in 1987; zie Europese Akte, *Pb* 1987, L 169/1. Zie ook L. Krämer, 'The Origins of Consumer Law and Policy at EU Level', in: H.W. Micklitz (red.), *The Making of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2021, p. 19.

28. Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *PbEG* 1985, L 210/29.

In de jaren daarna volgde een twintigtal richtlijnen en verordeningen op het gebied van het consumentenrecht, meest op het terrein van het contractenrecht. Voorbeelden zijn Richtlijn 1993/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten,²⁹ Richtlijn 1999/44/EG betreffende consumentenkoop,³⁰ Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken,³¹ Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten,³² en Richtlijn (EU) 2019/770 inzake overeenkomsten tot levering van digitale inhoud.³³

De grondslag voor deze wetgeving werd gevonden in de interne markt-bepaling van eerst artikel 100a EEG-Verdrag, later artikel 95 EG-Verdrag, en inmiddels artikel 114 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).³⁴ Als bijkomend doel wordt in elk van de richtlijnen genoemd het nastreven van een hoog niveau van consumentenbescherming. De keuze voor de interne markt-bepaling als grondslag voor harmoniserende wetgeving is logisch in het licht van de verdeling van bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten. Op het terrein van het consumentenrecht wordt die bevoegdheid gedeeld tussen de Uniewetgever en de lidstaten. De bevoegdheid van de Unie tot het introduceren van wetgeving wordt gelegitimeerd door artikel 114 VWEU indien op nationaal niveau verschillen in regelgeving bestaan die eraan in de weg staan dat de beoogde doelstelling van de Unie met betrekking tot de eenwording van de interne markt kan worden bereikt. De drempel voor het voldoen aan deze test is relatief laag, zeker in vergelijking met andere verdragsbepalingen. Artikel 115 VWEU

-
- 29. Richtlijn 1993/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.
 - 30. Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12; inmiddels vervangen door Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, *PbEU* 2019, L 136/28.
 - 31. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEG* 2005, L 149/22.
 - 32. 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.
 - 33. Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1.
 - 34. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie), *PbEU* 2016, C 202/1.

vereist, anders dan artikel 114, unanimititeit in de Raad om wetgeving te kunnen aannemen.³⁵ Artikel 169 lid 3 VWEU zou weliswaar een zelfstandige basis voor wetgeving kunnen zijn, maar wordt in de praktijk niet gebruikt. De koppeling die artikel 169 lid 2 sub a VWEU maakt met de interne marktbeeping van artikel 114 VWEU is daaraan wellicht debet, nu de meeste maatregelen binnen de reikwijdte daarvan vallen en de toepassingsvoorwaarden van artikel 114 VWEU over de tijd duidelijk zijn uitgekristalliseerd.

Doordat veel secundaire EU-wetgeving is gebaseerd op de interne marktbeeping kan het beeld ontstaan dat consumentenbescherming enkel als onderdeel van marktregulering inkleuring krijgt. Zeker in de periode dat veel voorgestelde richtlijnen aanhangig waren, wezen commentatoren uit wetenschap of praktijk op de retoriek van de Europese Commissie met betrekking tot consumenten. Bescherming werd weliswaar als doelstelling genoemd, maar het beleid van de Uniewetgever was er in wezen op gericht om consumenten te ‘empoweren’ om mee te kunnen doen in de interne markt door het doen van aankopen en afnemen van diensten.³⁶ Op die beleidsrichting en het daarbij behorende beeld van de ‘gemiddelde consument’ als oplettende en zelfverzekerde actor is veel kritiek geweest. In hedendaagse debatten lijkt een voorzichtige kentering zichtbaar (zie verder par. 5).

Terugkomend op de grondslagen voor wetgevingsbevoegdheid geldt dat de nadruk op de interne markt niet in de weg hoeft te staan aan regelgeving die verder gaat dan strikt noodzakelijk voor marktregulering in het nastreven van consumentenbescherming. De preambules van richtlijnen geven intussen al een genuanceerder beeld, waaruit blijkt dat consumentenbescherming een belangrijk doel is en zeker niet ondergeschikt aan de integratie van de interne markt. Bijvoorbeeld de preambule van Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende digitale inhoud, onder 2:

In artikel 26, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) wordt bepaald dat de Unie maatregelen moet nemen om de werking van de interne markt tot stand te brengen of te waarborgen, dat een gebied zonder interne grenzen moet omvatten waarin het vrije verkeer van goederen en diensten gewaarborgd is. In artikel 169, lid 1 en artikel 169, lid 2, onder a), VWEU wordt bepaald dat de Unie moet bijdragen aan het bereiken van een hoog niveau van consumentenbescherming

35. S. Weatherill, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 58.

36. Een rijkere invulling van het begrip ‘empowerment’ kan overigens wel geconstrueerd worden; zie K.E. O’Reilly, *Empowering Consumers Through Law? Rethinking the concept of EU consumer empowerment* (diss. Maastricht), 2023.

via maatregelen die worden genomen op grond van artikel 114 VWEU in het kader van de voltooiing van de interne markt. Deze richtlijn beoogt het juiste evenwicht te vinden tussen het bereiken van een hoog niveau van consumentenbescherming en het bevorderen van het concurrentievermogen van ondernemingen, waarbij het subsidiariteitsbeginsel in acht wordt genomen.

Deze tekst reflecteert dat het gaat om een balans, zowel inhoudelijk voor wat betreft de afweging van marktdoelstellingen (het concurrentievermogen van ondernemingen vergroten door het vrij verkeer) en consumentenbescherming, als in de verdeling van bevoegdheden tussen de Uniewetgever en de lidstaten.

Op zich zet de EU-wetgever met dit soort expliciete overwegingen geen nieuwe lijn in; wel wordt explicieter gemaakt welke doelen de wetgever nastreeft. De verhouding tussen de regulering van de interne markt en andere EU-doelstellingen, zoals consumentenbescherming, was in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) al verder uitgekristalliseerd. Ingevolge de uitspraak in de zaak *Tobacco Advertising* kan het feit dat de Europese wetgever een ander doel nastreefde dan de integratie van de interne markt – in dit geval bescherming van de volksgezondheid – geen beletsel vormen om de wetgeving geldend te achten. Niettemin kan wetgeving ongeldig worden verklaard indien zij niet werkelijk bijdraagt aan de instelling en werking van de interne markt.³⁷ De EU-wetgever kan een beroep op ongeldigheid overigens voorkomen door, indien de drempel voor interne marktregelgeving is behaald, in de doelstellingen van de voorgestelde wetgeving te verwijzen naar aanvullende doelen, zoals de bescherming van consumenten of de volksgezondheid. Ook dat kan een verklaring zijn voor de nu uitgebreidere verwijzingen in preambules.³⁸ Daarbij wordt door het benadrukken van de doelstellingen uit artikel 169 VWEU versterkt duidelijk dat het de wetgever niet om de integratie van de interne markt als op zichzelf staand doel gaat, maar dat dit doel (deels) ten dienste staat van het nastreven van een hoog niveau van consumentenbescherming.

3.2 Minimum- en maximumharmonisatie

Het streven naar integratie van de interne markt via de harmonisatie van privaatrechtelijke regelgeving heeft vorm gekregen door de implementatie van EU-richtlijnen in nationale wetgeving. In Nederland is gekozen voor het integreren van richtlijnen in de structuur van het BW. Duitsland kent

37. HvJ EG 5 oktober 2000, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, *Bondsrepubliek Duitsland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, r.o. 78 en 88 (*Tobacco Advertising*).

38. Vgl. S. Weatherill, *Law and Values in the European Union*, Oxford: OUP 2016, p. 40-41.

dezelfde aanpak voor wat betreft de implementatie in het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). De Romaanse rechtsstelsels in Europa, waaronder Frankrijk, Italië, Spanje, Portugal en Bulgarije kennen een andere benadering. In die landen bestaan aparte consumentenwetten naast de algemene codificatie van het privaatrecht en zijn EU-richtlijnen in die wetten geïntegreerd. Een derde benadering wordt gevolgd in common law rechtsstelsels, zoals Ierland, Cyprus en voorheen het Verenigd Koninkrijk. In die stelsels bestaat geen algemene codificatie van het privaatrecht en worden EU-richtlijnen als aparte wetgeving aangenomen in de vorm van lagere wetgeving ('statutory instruments'). De tekst van de richtlijn wordt in die regelgeving in de meeste gevallen een-op-een overgenomen, anders dan in de andere rechtsstelsels waar omzetting een aanpassing aan systeem en doctrines van nationaal recht vereist.³⁹

Ongeacht welke vorm van implementatie gekozen is, heeft de omzetting van richtlijnen in de lidstaten geleid tot vragen over de verhouding met nationaal privaatrecht. Die vragen doen zich met name voor met betrekking tot de reikwijdte van harmonisatie. De eerste richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht die vanaf de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werden aangenomen, waren gericht op minimumharmonisatie. Dat houdt in dat de lidstaten verplicht waren het minimumniveau van bescherming neergelegd in de richtlijnen te waarborgen. Afwijking van dat niveau was enkel toegestaan indien consumenten daardoor een hoger niveau van bescherming zouden krijgen.⁴⁰ Zie ter illustratie artikel 8 Richtlijn oneerlijke bedingen: 'Ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument kunnen de Lid-Staten op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het Verdrag.' Deze lijn werd in vrijwel alle richtlijnen, met uitzondering van de Richtlijn productaansprakelijkheid, gehanteerd tot medio jaren 2000. Vanaf dat moment werd gekozen voor maximumharmonisatie. Deze term – ook wel volledige harmonisatie genoemd – houdt in dat lidstaten niet mogen afwijken van het door de richtlijn bepaald beschermingsniveau, niet ten nadele, maar ook niet ten voordele van de consument.⁴¹ Een illustratie van deze benadering en een tijdpad voor uitfasering van bestaande regelgeving is te vinden in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁴²

39. Voor een vergelijking inclusief besprekingen per rechtssysteem zie het themanummer van het NTBR 2022, afl. 5. Een overzicht van de bijdragen wordt gegeven in het redactioneel: A. Janssen, K.J.O. Jansen & F. de Vries, 'Europees contractenrecht in rechtsvergelijkend perspectief', NTBR 2022, afl. 5, p. 103-105.

40. Asser/Hartkamp 3-I 2023/177.

41. Asser/Hartkamp 3-I 2023/177. Zie ook E. Terryn, 'Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie: een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie', TvC 2009, afl. 5, p. 169-175.

42. Art. 3 lid 5 Richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken.

De lidstaten kunnen gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12.06.2007 op het bij deze richtlijn geharmoniseerd gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel. De in artikel 18 bedoelde toetsing kan, in voorkomend geval, gepaard gaan met de indiening van een voorstel om deze afwijking voor een beperkte periode te verlengen.

In opvolgende richtlijnen heeft de Europese wetgever de lijn van maximumharmonisatie volgehouden en zelfs strakker aangetrokken, zonder overgangsfase of mogelijkheid tot verlenging van bestaande regelgeving. Artikel 4 Richtlijn consumentenrechten uit 2011 bepaalt: 'De lidstaten behouden in hun nationale wetgeving geen bepalingen die afwijken van de bepalingen opgenomen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen, of voeren dergelijke bepalingen niet in, tenzij in deze richtlijn anders is bepaald.' Soortgelijke bepalingen zijn opgenomen in de Richtlijn digitale inhoud en de nieuwe Richtlijn consumentenkoop uit 2019, beide in artikel 4: 'Tenzij in deze richtlijn anders is bepaald, mogen de lidstaten in hun nationale recht geen bepalingen handhaven of invoeren die afwijken van de bepalingen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen.'

De beweging naar maximumharmonisatie als nieuwe standaard, versterkt door het voorstel voor een Richtlijn consumentenrechten dat in 2011 als wetgeving werd aangenomen, heeft in die periode aardig wat pennen in beweging gebracht.⁴³ In de Nederlandse wetenschappelijke literatuur werd de vraag gesteld welke ruimte over zou blijven voor de nationale wetgever om regels van algemeen vermogensrecht te hanteren indien die overlappen met het geharmoniseerd gebied van de richtlijn. Die vraag werd wederom actueel bij de aanneming van de richtlijnen inzake consumentenkoop en digitale inhoud in 2019. Duidelijkheid bestaat nog niet, wel lijkt zich een algemeen beeld af te tekenen. Twee aspecten komen naar voren.

43. Zie o.a. M.B.M. Loos, 'Harmonisatie van het consumentencontractenrecht', *NJB* 2011/342; M.Y. Schaub, 'De invloed van de wet OHP op dwaling', *NTBR* 2011/78; V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europese consumentenrecht', *NTBR* 2011/77.

Ten eerste laat het Europese recht, ingevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie, de mogelijkheid open om nationale regels van algemeen vermogensrecht te hanteren die op dezelfde feiten van toepassing kunnen zijn als de geharmoniseerde regels. Die ruimte is vastgesteld in een aantal arresten waarin de vraag speelde hoe maximumharmonisatie moest worden uitgelegd bij de Richtlijn productaansprakelijkheid. In *Commissie/Frankrijk* legde het Hof de Richtlijn, waarin geen expliciete bepaling was opgenomen over het niveau van harmonisatie, zo uit dat volledige harmonisatie beoogd was gezien de rechtsgrondslag waarop de Richtlijn was aangenomen.⁴⁴ Dat betekende dat de lidstaten niet de mogelijkheid hadden om een algemeen aansprakelijkheidsstelsel inzake gebrekkige producten te handhaven dat verschilt van het stelsel van de richtlijn. Wel geldt dat 'het door de genoemde richtlijn ingevoerde stelsel, op grond waarvan de gelaedeerde volgens artikel 4 schadevergoeding kan vragen wanneer hij de schade, het gebrek van het product en het oorzakelijk verband tussen dit gebrek en de schade bewijst, niet de toepassing uitsluit van andere stelsels van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid die op een andere grondslag berusten, zoals de aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken of onrechtmatige daad.'⁴⁵ Het Hof liet daarmee de ruimte voor aansprakelijkheid gebaseerd op een andere rechtsgrondslag, bijvoorbeeld schuldaansprakelijkheid in plaats van de door de Richtlijn gehanteerde norm van risicoaansprakelijkheid. Dat oordeel werd bevestigd in *Skov*, waar precies dit onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid aan de orde was.⁴⁶ Het is dus mogelijk voor lidstaten om algemene regels van nationaal aansprakelijkheidsrecht te handhaven of in te voeren die mede op productaansprakelijkheid betrekking hebben, zelfs als daardoor van de regeling van de Richtlijn wordt afgeweken.⁴⁷

Een tweede aspect met betrekking tot de wisselwerking tussen maximaal geharmoniseerd recht en nationaal vermogensrecht is ingewikkelder. Een aantal richtlijnen geeft uitdrukkelijk aan welke onderdelen wel of niet geregeld zijn. Dat is van belang omdat bij maximumharmonisatie alleen ten aanzien van onderwerpen die buiten het geharmoniseerde terrein liggen het nationale recht ongewijzigd kan worden toegepast.⁴⁸ De uitlegvraag wordt daarmee ook specifiek: wat zegt de richtlijn over de regels die binnen, dan wel buiten, het geharmoniseerd gebied vallen? De richtlijnen

44. Art. 100 EEG, dat anders dan art. 100a EEG geen mogelijkheden bood voor de lidstaten om af te wijken van de vastgestelde regels. Zie HvJ EG 25 april 2022, C-52/00, ECLI:EU:2002:252, r.o. 14-15 (*Commissie/Frankrijk*).

45. HvJ EG 25 april 2002, C-52/00, ECLI:EU:2002:252, r.o. 22 (*Commissie v. Frankrijk*), als uitleg van art. 13 van de Richtlijn.

46. HvJ EG 10 januari 2006, C-402/03, ECLI:EU:C:2006:6, r.o. 45 en 48 (*Skov Aeg v. Bilka*).

47. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I 2023/178; Mak, NTBR 2011/77.

48. M.B.M. Loos, 'Dwaling bij consumentenkoop en digitale inhoud', *WPNR* 2021, afl. 7334, p. 567-569.

uit 2019 inzake consumentenkoop en digitale inhoud geven op dit punt aanleiding tot nieuwe vragen over het bestaan van nationale leerstukken naast geharmoniseerd recht. De richtlijnen bepalen over de verhouding tot het nationale contractenrecht van de lidstaten:⁴⁹

Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het recht van de lidstaten om te voorzien in regels betreffende algemene aspecten van het overeenkomstenrecht, zoals regels inzake de totstandkoming, de geldigheid, de nietigheid of de gevolgen van overeenkomsten, met inbegrip van de gevolgen van de ontbinding van een overeenkomst voor zover zij niet in deze richtlijn worden geregeld, of het recht op schadevergoeding.

Deze bepaling suggereert dat algemene leerstukken van contractenrecht naast de Richtlijnen van toepassing kunnen blijven. Bij consumentenkoop is die lezing echter door alle gezaghebbende Nederlandse auteurs afgewezen. Loos, Schaub en Spanjaard zijn, zij het op grond van deels afwijkende redeneringen, de mening toegedaan dat de Richtlijn zo moet worden uitgelegd dat het leerstuk van dwaling niet meer kan worden toegepast in gevallen waarop de consumentenkoopregels van toepassing zijn. Loos komt op grond van een analyse van verschillende taalversies van de Richtlijn consumentenkoop en een vergelijking met het Weens Koopverdrag tot deze conclusie. Een komma kan in dit geval tot radicaal andere uitkomsten leiden. Zo staat in andere taalversies van de Richtlijn consumentenkoop een extra komma na ‘de gevolgen van de ontbinding van een overeenkomst’. Dat zou betekenen dat de zinsnede ‘voor zover zij niet in deze richtlijn worden geregeld’ niet alleen betrekking heeft op ontbinding, maar ook op de eerder in de bepaling genoemde aspecten, zoals de regels over geldigheid, waardoor de wilsgebreken geraakt worden.⁵⁰ Spanjaard wijst aanvullend op de noodzaak om regels met betrekking tot onderzoeks- en mededelingsplichten bij dwaling ook richtlijnconform te moeten uitleggen, indien dwaling en non-conformiteit op dezelfde feitelijke grondslag berusten.⁵¹ Schaub benadrukt dat de doelstelling van volledige harmonisatie zou worden ondergraven indien de consument-koper op grond van dwaling meer bescherming zou kunnen krijgen dan met een beroep op non-conformiteit.⁵²

49. Art. 3 lid 10 Richtlijn (EU) 2019/770 inzake digitale inhoud; art. 3 lid 6 Richtlijn (EU) 2019/771 inzake consumentenkoop.

50. Loos, *TvC* 2021, p. 219; Loos, *WPNR* 2021, p. 567-569.

51. J.H.M. Spanjaard, ‘Herziening consumentenrechten: verkenning van Richtlijn 2019/771’, *Contracteren* 2019, afl. 3, p. 117-118.

52. M.Y. Schaub, ‘Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud’, *NtER* 2019, afl. 9/10, p. 244.

In de (lagere) rechtspraak wordt deze lijn echter niet zonder meer gevolgd, getuige een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland over een elektrische step die niet waterdicht bleek te zijn. Een beroep op ontbinding op grond van non-conformiteit werd afgewezen omdat de step reeds door de verkoper gerepareerd was, maar de rechter achtte vernietiging op grond van dwaling wel toewijsbaar.⁵³ Schaub constateert dat de maximumharmonisatiedoelstelling van de Richtlijn op deze manier ondergraven wordt. Vernietiging en ontbinding zijn weliswaar verschillende juridische figuren, maar ze leiden praktisch gezien tot hetzelfde resultaat in deze zaak: teruggave van de koopprijs door de verkoper en teruggave van de step door de consument.⁵⁴

Concluderend kan worden gesteld dat over de verhouding tussen EU-recht en nationaal vermogensrecht in geval een richtlijn inzet op maximumharmonisatie zeker het laatste woord nog niet is gezegd. In de literatuur wordt gesteld dat enkel een uitspraak van het Europese Hof van Justitie duidelijkheid kan scheppen.⁵⁵ Een uitnodiging dus tot het stellen van prejudiciële vragen.

3.3 Of Islands and the Ocean – twee rationaliteiten

Hoe deze ontwikkelingen te duiden? De opmars van het Europese privaatrecht vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw onderscheidt zich qua achtergrond en inhoud op een aantal punten van het nationale vermogensrecht. Het is doelgericht – of met andere woorden, instrumenteel – van aard. Privaatrechtelijke regelgeving wordt door de EU-wetgever voornamelijk ontwikkeld ter bevordering van de integratie van de interne markt. Verder is het toepassingsbereik van de regelgeving nauw afgebakend, voornamelijk op het (consumenten)contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht. Beide aspecten kunnen verklaard door de beperkte wetgevingsbevoegdheden die de EU-wetgever op grond van de Verdragen heeft. Het nationale vermogensrecht, ter vergelijking, bestrijkt het gehele terrein van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen tussen natuurlijke en rechtspersonen en omvat contractenrecht, aansprakelijkheidsrecht en goederenrecht. Bovendien is het nationale recht ingebed in een systeem van regels en beginselen.

Dit verschil in karakter tussen Europees en nationaal privaatrecht wordt door Ralf Michaels aangeduid als een verschil in rationaliteiten, ofwel

53. Zie C.M.D.S. Pavillon, noot bij Rb. Noord-Holland 3 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10647, TvC 2023, afl. 1, p. 43-44.

54. M.Y. Schaub, 'Europese harmonisatie en algemene leerstukken van het verbintenissenrecht', *NTBR* 2024, afl. 1, p. 2.

55. Zie Schaub, *NTBR* 2024, afl. 1, p. 3; Spanjaard, *Contracteren* 2019, afl. 3, p. 118.

‘questions asked and frameworks of discussion, not answers given and ideologies leading to such answers. This means that multiple ideologies, and multiple legal rules, are compatible with one and the same rationality.’⁵⁶ Binnen dat kader kan het Europese privaatrecht worden gekarakteriseerd als instrumentalistisch en het nationale privaatrecht van de lidstaten als juridisch. De term instrumentalistisch duidt op de rol van het privaatrecht als instrument voor het bereiken van doelstellingen van de EU, zoals neergelegd in de Verdragen. In het privaatrecht is die doelstelling veelal geweest de integratie van de interne markt, maar het is denkbaar dat het privaatrecht ook voor andere doelen, zoals duurzaamheid of gezondheid, gaat worden ingezet nu de doelstellingen van de EU inmiddels zijn verbreed.⁵⁷ De juridische rationaliteit van het nationale privaatrecht wordt gekenmerkt door een basis in het positieve recht, waarbij rechtsvragen worden beantwoord door middel van een analyse van rechtsbronnen – teksten, precedënten – zonder dat externe doelstellingen worden meegewogen.⁵⁸ Europese richtlijnen kunnen binnen dit kader worden gezien als eilanden in de oceaan van nationale privaatrechtstelsels, dat wil zeggen op zich staande instrumenten die een coherente samenhang of structuur ontberen.⁵⁹ Als zodanig mist het Europese privaatrecht coherentie. Ook is niet duidelijk op welke beginselen het is gebaseerd, voor zover die zijn af te leiden uit het EU-recht.⁶⁰ Dat Europese regelgeving, in het bijzonder richtlijnen die werking krijgen door omzetting in nationaal recht, het nationale privaatrecht soms doorkruist, is om deze redenen niet verrassend.

Niettemin bestaat niet in alle gevallen een spanning tussen EU-recht en nationaal recht en kan soms ook worden gesproken van een symbiotische verhouding. Zo heeft het EU-recht in belangrijke mate uitdrukking gegeven aan beleid dat op nationaal niveau, zeker in Nederland, al in ontwikkeling was, zoals beleid ter bescherming van consumenten en werknemers. Het

56. R. Michaels, ‘Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law’, in: R. Brownsword, H.W. Micklitz, L. Niglia & S. Weatherill (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 141-142.

57. Zie verder hieronder, par. 4.2.

58. Michaels 2011, p. 142.

59. Vgl. Michaels 2011, p. 139, met verwijzing naar Europese Commissie, ‘Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht’, COM(2001) 398 def. Zie ook M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (oratie UvA Amsterdam), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 7.

60. Over de invloed van algemene beginselen van Unierecht, zie het themanummer van WPNR 2011/6901. Over algemene beginselen van privaatrechtelijke origine, zie Asser/Hartkamp 3-I 2023/133 e.v.

EU-recht is in dat opzicht een katalysator geweest voor het aanpassen van privaatrechtelijke regelgeving aan maatschappelijke ontwikkelingen.⁶¹ Voorts geldt dat ook op nationaal niveau het privaatrecht een rol speelt in de regulering van markten.⁶² EU-recht en nationaal vermogensrecht vullen elkaar in dat opzicht dus aan.

4 **Disruptie: Europees privaatrecht is steeds minder privaatrecht**

Een algemene levenswijsheid doet zich echter ook hier gelden: *the only thing you can count on is change*. Vanaf 2019 lijkt zich een kentering voor te doen in de Europese agenda voor wetgeving en beleid. De EU-wetgever gaat inzetten op brede wetgeving gericht op de regulering van digitale markten en het streven naar duurzame productie en consumptie.⁶³ Dat komt tot uitdrukking in voorstellen voor wetgeving die, anders dan voorheen, worden gegoten in de vorm van verordeningen en die in veel gevallen de naam ‘Act’ krijgen.

Om deze verandering van tactiek goed te kunnen begrijpen is het nuttig een kleine stap terug in de tijd te doen en te bezien wat gebeurde in de relatief wetgevingsluwe periode tussen de aanname van de Richtlijn consumentenrechten in 2011 en de aanname van de Richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud in 2019 (par. 4.1). Die periode wordt gekenmerkt door een zoekende houding van de EU-wetgever, die veelal ook in afwachting is van activiteit van andere gremia zoals de Raad van Europa, waarin veel ruimte wordt gegeven aan private regulering door bedrijven of branches zelf of co-regulering waarbij zij invulling geven aan de bredere kaders die de wetgever heeft gesteld. In de huidige tijd werkt die benadering nog steeds door, al heeft de EU-wetgever de draad weer opgepakt voor wat betreft het introduceren van wet- en regelgeving. Die regelgeving laat echter inhoudelijk een breuk zien met het consumenten-*acquis*, waardoor nieuwe vragen rijzen ten aanzien van de invloed van het Europese recht op het vermogensrecht. In het bijzonder lijken de grenzen te vervagen tus-

61. Vgl. K.J.O. Jansen, *Stoomwals en weghereider. Hoe Europa het aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt*, Den Haag: Boom Juridisch 2022. Zie ook H.W. Micklitz & C. Twigg-Flesner, ‘Transformation of Consumer Law and Policy in Europe’, in: H.W. Micklitz & C. Twigg-Flesner (red.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2023, p. 1-18.

62. W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom Juridisch 2020. Overigens naast de zelfstandige rol die het privaatrecht vervult als doctrinair systeem van regels en beginselen. Zie de boekbespreking van W.L. Valk, ‘Klassiek en instrumenteel privaatrecht. Beschouwing naar aanleiding van W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt: Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020’, *NTBR* 2023, afl. 1, p. 5-19.

63. Vgl. A. Janssen, ‘Het Europees privaatrecht is dood (...) lang leve het Europees privaatrecht’, *AA* 2023, afl. 3, p. 184; Schelhaas 2021, p. 583.

sen de afweging van economische belangen waarop het vermogensrecht van oudsher gericht is en het meewegen van andersoortige belangen, zoals gegevensbescherming of vrijheid van meningsuiting in digitale markten (par. 4.2).

4.1 Een interregnum in het Europees privaatrecht

Norbert Reich, een van de pioniers in het Europese consumentenrecht, heeft in een beroemd stuk van rond de millenniumwisseling gesteld dat het consumentenrecht eindelijk ‘koningin’ was geworden in plaats van enkel de ‘Sneeuwvitje’ van het Europees privaatrecht.⁶⁴ Hij leek daarmee te bedoelen dat het consumenten-*acquis* zodanig tot ontwikkeling was gekomen dat het een zelfstandige status had bereikt binnen de wet- en regelgeving van de EU en niet enkel werd gezien als een ‘klein zusje’ van marktregulering, mededingingsrecht of milieubeleid.⁶⁵ De reeks van richtlijnen op het terrein van het consumentencontractenrecht die werd aangenomen tussen 1993 en 2011, waaronder de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten, lijkt dat beeld te bevestigen.

Hoewel in 2019 weer een reeks richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht werd aangenomen, was die vernieuwing minder groot. De Moderniseringsrichtlijn voorzag in een update van bestaande richtlijnen met het oog op digitale markten, in het bijzonder onlineplatformen.⁶⁶ De Richtlijn consumentenkoop herzag de bestaande richtlijn uit 1999. Alleen de Richtlijn digitale inhoud bracht nieuwe regelgeving, zij het dat deze inhoudelijk nauw aansloot op de regeling met betrekking tot consumentenkoop. Het lijkt er daarmee op dat het consumenten-*acquis* de kroon niet meer zo stevig op het hoofd heeft. Dat beeld wordt bevestigd door de wetgevingsbeweging die de EU-wetgever sinds 2019 heeft ingezet, waarover paragraaf 4.2. Hoe het zo gekomen is, laat zich verklaren door enerzijds een mislukte poging tot aanneming van een breder instrument van Europees consumentencontractenrecht – de Common European Sales Law (CESL) – en anderzijds een gewijzigd politiek klimaat, waarin de koers van het wetgevingsbeleid van de EU werd verlegd naar de digitale markt en duurzaamheid.

64. N. Reich, ‘Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz im Vertrag von Amsterdam’, *Verbraucher und Recht* 1999, p. 4.

65. Zie J. Stuyck, ‘European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or Beyond the Internal Market?’, *CMLR* 2000, p. 367.

66. Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, L 328/7.

4.1.1 *Geen Europees Burgerlijk Wetboek*

De convergentie tussen Europees en nationaal privaatrecht die in paragraaf 3 werd beschreven, leek zich tot 2014 lineair door te zetten in een steeds breder Europees privaatrecht. Waar de richtlijnen zich richten op specifieke onderdelen van het contracten- of aansprakelijkheidsrecht, werd op de achtergrond door de Europese Commissie gestuurd op verdergaande wetgeving. De Commissie financierde een aantal wetenschappelijke projecten waarin academici op grond van rechtsvergelijkend onderzoek een poging deden tot een gemeenschappelijke set van regels en beginselen voor het Europese privaatrecht te komen. Dat resulteerde in een Draft Common Frame of Reference (DCFR), een niet-bindende set van regels en beginselen, grotendeels de structuur van een burgerlijk wetboek in de continentaal-Europese stijl volgend.⁶⁷ De DCFR was bedoeld als ‘toolbox’ of referentiekader voor de Europese wetgever en nationale wetgevers bij het herzien van bestaande en opstellen van nieuwe regelgeving, zodat grotere samenhang zou ontstaan in het gebruik van definities, grondbeginselen en samenhangende moderne regels van privaatrecht.⁶⁸ Een concreet wetgevingsvoorstel volgde op Europees niveau in de vorm van een voorstel voor een gemeenschappelijk kooprecht, de Common European Sales Law (CESL).⁶⁹ Dat voorstel had een zeer breed toepassingsbereik. In materiële zin zag het op een ‘uniform geheel van bepalingen inzake overeenkomstenrecht’, toepasbaar op ‘grensoverschrijdende transacties voor de verkoop van goederen, voor de levering van digitale inhoud en voor verbonden diensten wanneer de partijen bij een overeenkomst daarmee instemmen.’⁷⁰ In personele zin omvatte de voorgestelde CESL zowel overeenkomsten tussen handelaars onderling (B2B), mits één van de partijen een kleine of middelgrote onderneming was, als consumentenovereenkomsten (B2C).⁷¹

De CESL heeft het als wetgeving echter nooit gehaald. Bij het aantreden van een nieuwe Europese Commissie in 2014 (de Juncker-Commissie) werd een groot aantal aanhangige wetsvoorstellen op de lijst gezet voor herziening of intrekking. Daarmee werd het einde van het beoogde gemeen-

67. C. von Bar, E.M. Clive, H. Schulte-Nölke & H. Beale (red.), Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: Sellier 2009.

68. S. van Gulijk, ‘De Draft Common Frame of Reference: een korte introductie’, AA 2009, afl. 6, p. 374.

69. Europese Commissie, ‘Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht’, COM(2011) 635 def (CESL-voorstel).

70. Art. 1 en 5 CESL-voorstel.

71. Art. 7 lid 1 CESL-voorstel.

schappelijke Europese kooprecht ingeluid, dat weliswaar werd opgelijnd voor herziening, maar nooit meer een herziening heeft gekregen. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat het voorstel tot die tijd al een zeer moeizaam proces van besluitvorming was doorgestaan.⁷²

De redenen voor het verleggen van de koers voor wetgeving en beleid zijn als gezegd gelegen in de verschuiving naar een nieuwe Europese agenda gericht op digitale markten en duurzaamheid. In het privaatrecht leidde dat ertoe dat een wetgevingsluwe periode aanving. De European Digital Single Market strategie die in 2015 door de Commissie werd gepresenteerd zette in op zestien maatregelen op het vlak van (i) toegang tot digitale goederen en diensten voor consumenten en bedrijven, (ii) voorwaarden creëren die bevorderlijk zijn voor digitale netwerken en diensten en (iii) maximaal groeipotentieel voor de digitale economie (door middel van o.a. maatregelen betreffende eigendom van gegevens en een actieplan voor e-overheid).⁷³ Als onderdeel van deze maatregelen werden de genoemde Richtlijnen uit 2019 – de Moderniseringsrichtlijn, de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud – aangenomen. Verder bleef het op wetgevingsgebied lange tijd stil voor wat betreft het privaatrecht. Wel werd in 2016 de nieuwe Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) aangenomen.⁷⁴ De Digital Services Act en de Digital Markets Act volgden pas in 2022.

4.1.2 *Wel private regulering*

Wat gebeurde er in de tussentijd? Kort gezegd verschoof het discours over het Europees privaatrecht naar een andere vorm van regelgeving, te weten private regulering. Met die term wordt bedoeld op regels die bedrijven of branches zelf opstellen, bijvoorbeeld in de vorm van gedragscodes, modelwetten of standaardvoorwaarden voor contracten.⁷⁵ Voor de grootste spelers op de digitale markten, in het bijzonder onlineplatforms als Amazon, Airbnb, AliExpress en Uber, was dit in de beginjaren de voornaamste bron van regelgeving. Deze onlineplatforms riepen nieuwe markten in het leven voor goederen en diensten die zich onttrokken aan bestaande re-

72. Janssen 2023, p. 182.

73. Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa', COM(2015) 192 final.

74. AVG, zie noot 18.

75. I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2007, par. 2; M. Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief. Juridische betekenis, effectiviteit en handhaving. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2013*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 7-42.

gelgeving betreffende de offline markt. Airbnb is bijvoorbeeld geen hotel-dienstverlener – want biedt zelf geen slaapplekken aan – en de gebruikers van het platform handelen niet in een professionele capaciteit als hotel of B&B. Regels geldend voor professionele dienstverleners in de hotelbranche zijn dus niet op hen van toepassing. In vergelijkbare zin valt Uber buiten de regelgeving toepasselijk op taxidiensten, al gelden op een ander vlak minder vrijheden, nu het Europese Hof van Justitie de diensten van platform en chauffeurs als een geïntegreerd geheel beschouwt.⁷⁶ Op verkoop-overeenkomsten gesloten via Amazon of AliExpress kunnen wel regels van Europees consumentenrecht van toepassing zijn, maar die betreffen de verhouding met de verkoper en niet die met het platform. Bovendien zijn de EU-regels alleen van toepassing op B2C-verhoudingen en niet, zoals veel voorkomend in de platformeconomie, op C2C-verhoudingen waarin de verkoper geen professionele handelaar is.⁷⁷ Deze onlineplatforms konden daarom zelf in grote vrijheid bepalen welke regels van toepassing waren op hun gebruikers.

De wenselijkheid van die benadering was onderdeel van debat en is dat tot op zekere hoogte nog steeds. De EU-wetgever wees erop dat het (te snel) invoeren van publieke regelgeving innovatie door nieuwe marktdeelnemers zou kunnen belemmeren.⁷⁸ Hoewel dat waar is, lijkt de wetgever wel erg terughoudend te zijn geweest gezien de problemen die al in 2016 bekend waren. Een onderwerp dat toen reeds genoemd werd, was dat zorgen bestonden over een evenwichtige en voorspelbare aansprakelijkheidsregeling voor onlineplatforms, in het bijzonder ten aanzien van minderjarige gebruikers van onlineplatforms en van inbreuken op auteursrecht.⁷⁹ Ook werd gewezen op de noodzaak van transparantie en informatie voor burgers en consumenten.⁸⁰ Beide onderwerpen zijn pas in de Digital Services Act geregeld, waarbij nog de vraag is of de regels ver genoeg gaan in het beschermen van consumenten of in bredere zin gebruikers van onlineplatforms. Op zich is het logisch dat enige tijd over het wetgevingsproces is heengegaan en ook de keuze om een deel van de regulering van de markt

76. HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*).

77. Voor een overzicht van relevante regelgeving, zie R. Koolhoven, 'De deeleconomie', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 69-97.

78. Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Online platforms en de digitale eengemaakte markt. Kansen en uitdagingen voor Europa', COM(2016) 288 final, p. 5.

79. Europese Commissie, COM(2016) 288 final, p. 8-9.

80. Europese Commissie, COM(2016) 288 final, p. 10-12.

aan private regelgevers over te laten is *an sich* niet verkeerd.⁸¹ In de hier genoemde gevallen is het wel de vraag of de EU-wetgever voldoende ‘checks and balances’ heeft gehanteerd om te waarborgen dat onlineplatforms de rechten van gebruikers respecteren.

Een gebied waarop private regulering niet voldoende werd geacht, betrof de bescherming van kleine zakelijke aanbieders op onlineplatforms. Bij de eerste survey van deze groep werd in 2016 al geconstateerd dat onlineplatforms in tal van sectoren ‘problematische contractuele bedingen en praktijken’ hanteerden. Gewezen werd op onbillijke voorwaarden, in het bijzonder voor de toegang tot belangrijke gebruikersgegevens en databanken; de weigering om toegang te geven tot de markt of het eenzijdig wijzigen van de voorwaarden voor markttoegang; concurrentieproblemen; oneerlijke pariteitsclausules ten nadele van de consument; en een gebrek aan transparantie, met name over tarieven, gebruik van gegevens en onderzoeksresultaten, dat de bedrijfsactiviteiten van leveranciers kan schaden.⁸² 80% van de deelnemers van de survey die hun ontevredenheid over deze praktijken had geuit, gaf aan dat ‘de marktdynamiek geen oplossing biedt voor het probleem en dat een mix van regels en andere maatregelen nodig is.’⁸³ Op dit onderwerp is door de EU-wetgever wel snel wetgeving aangenomen, namelijk de zogeheten platform-to-business (P2B)-verordening.⁸⁴

De hoofdlijn bleef echter, naar waarschijnlijkheid mede als gevolg van succesvol lobbyen door belanghebbende grote spelers in digitale markten, dat private regulering of co-regulering verkiesbaar was boven publieke regelgeving. Die lijn werd pas weer – zij het deels – doorbroken met de publicatie van voorstellen voor een DSA en DMA in december 2020.

4.2 Een nieuwe koning(in)

De leus ‘de koning is dood ... lang leve de koning!’ kan ook in het Europees privaatrecht opgang doen.⁸⁵ De nieuwe golf van wetgeving die vanaf 2020 verscheen, geeft uitdrukking aan een wending van de EU-wetgever richting een algemener of breder kader dan het privaatrecht alleen. Bij het nastreven van beleidsdoelstellingen ten aanzien van digitale markten of duurzaamheid worden instrumenten ontwikkeld met een breed bereik, waarin gevestigde onderscheiden tussen economische belangen en grond-

81. Voor een uitgebreidere motivering, zie V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020, hfdst. 2 en 3.

82. Europese Commissie, COM(2016) 288 final, p. 12-13.

83. Europese Commissie, COM(2016) 288 final, p. 12.

84. Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online-tussenhandelsdiensten (P2B-verordening), *PbEU* 2019, L 186/57.

85. Vgl. Janssen, AA 2023, afl. 3, p. 182.

rechten, burger en consument, en publiek- en privaatrecht vervagen. Na een interregnum waarin het consumenten-*acquis* de kroon verloor, lijkt een nieuwe koning of koningin te zijn opgestaan. Voor een echte revolutie – indachtig de beeldspraak met de Franse revolutie aan het begin van dit stuk – zou de koning wellicht nog moeten vallen en plaatsmaken voor een nieuw bewind. Dat wil zeggen, de hele gedachte van convergentie van Europees en nationaal privaatrecht zou moeten worden losgelaten om tot een nieuw perspectief of zelfs een nieuwe rationaliteit te komen. Zo ver is het echter nog niet. De EU-wetgeving die nu ontwikkeld is en wordt, kent nog enige haakjes met het privaatrecht op grond waarvan dwarsverbanden gelegd kunnen worden, al zijn rechtstreekse verwijzingen beperkt.

4.2.1 *Verordeningen in plaats van richtlijnen*

De Digital Services Act (DSA) is niet specifiek gericht op consumentenbescherming en noemt dit ook niet als doelstelling. De benadering die wordt voorgestaan is eerder bestuursrechtelijk van aard, dat wil zeggen, door middel van regelgeving wordt beoogd een veilige online omgeving te creëren voor gebruikers. De reikwijdte van ‘veiligheid’ is in dit geval breed en omvat bescherming van fundamentele rechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en gegevensbescherming.⁸⁶ Toch bevat de Verordening een aantal bepalingen die aansluiten bij bestaande regels van consumentenprivaatrecht. De aansprakelijkheidsexceptie uit de Richtlijn elektronische handel⁸⁷ is in vrijwel dezelfde vorm terug te vinden in artikel 6, 7 en 8 DSA. Deze regels houden in dat hostdiensten, waaronder onlineplatforms, niet verplicht zijn actief te monitoren of door gebruikers geplaatste inhoud illegaal is. Wel zijn zij verplicht om illegale inhoud te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken indien zij kennis of besef krijgen van de illegale inhoud, bijvoorbeeld door een notificatie van een gebruiker. In Nederland zijn de eerdere, vergelijkbare regels uit de Richtlijn elektronische handel in het BW geïmplementeerd in artikel 6:196c lid 4 BW.⁸⁸ Deze aansprakelijkheidsexceptie (de zogeheten ‘host-exemption’) vervalt slechts indien een hostdienst zich actief bemoeit met de presentatie van de door gebruikers geplaatste inhoud op de website.⁸⁹ De nieuwe regels neergelegd in de DSA veranderen niet veel in dit regime, nu de Europese wetgever de keuze heeft gemaakt om in deze Verordening geen specifieke regels op

86. 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, afl. 10, p. 746-754.

87. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Richtlijn inzake elektronische handel), *PbEG* 2000, L 178/1.

88. De DSA is vanaf 17 februari 2024 in werking getreden.

89. HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal/eBay*).

te nemen ten aanzien van de aansprakelijkheid van onlineplatforms met betrekking tot onveilige producten of misleidende informatie. De verklaring die daarvoor werd gegeven in het wetgevingsproces is dat aansprakelijkheid en consumentenbescherming zouden worden meegenomen in de herziening van de Richtlijn productaansprakelijkheid⁹⁰ en de Richtlijn, nu Verordening, productveiligheid.⁹¹ Het gaat in dat geval om specifieke wetgeving, terwijl de DSA een breder bereik heeft dan consumentenbescherming alleen.⁹² Die redenering gaat ten dele op, maar is minder overtuigend nu is gebleken dat de EU-wetgever in de regels over productaansprakelijkheid en productveiligheid geen verstrekkende maatregelen heeft genomen met betrekking tot de aansprakelijkheid van onlineplatforms. Ze behoren weliswaar tot de lijst van actoren die aansprakelijk kunnen worden gesteld onder de nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid. Echter, aan die aansprakelijkheid is vrij eenvoudig te ontkomen door binnen de termijn van een maand de klagende consument de identiteit te verstrekken van de marktdeelnemer of persoon die het product aan het platform heeft geleverd.⁹³

De enige echte vernieuwing is de toevoeging in artikel 6 lid 3 DSA. De host-exemption geldt niet in het volgende geval:

Lid 1 is niet van toepassing op de consumentenbeschermingsrechtelijke aansprakelijkheid van onlineplatforms die consumenten de mogelijkheid bieden overeenkomsten op afstand met handelaars te sluiten, wanneer een dergelijk onlineplatform de specifieke informatie toont of anderszins de betrokken specifieke transactie mogelijk maakt op een wijze die een gemiddelde consument zou doen geloven dat de informatie of het (de) in de transactie aan de orde zijnd(e) product of dienst wordt verstrekt door het onlineplatform zelf dan wel door een afnemer van de dienst die op gezag of onder toezicht van de dienaar aanbieder handelt.

90. Europese Commissie, 'Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken', COM(2022) 495 final (verder: Richtlijn productaansprakelijkheid (voorstel)).

91. Verordening (EU) 2023/988 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 inzake algemene productveiligheid, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad, en tot intrekking van Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 87/357/EEG van de Raad, *PbEU* 2023, L 135/1.

92. Zie C. Busch & V. Mak, 'Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation', *EuCML* 2021, afl. 3, p. 109-114.

93. Voorstel voor een nieuwe Richtlijn productaansprakelijkheid, COM(2022) 495 final, art. 7. Zie ook G. Veldt, 'The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive', *EuCML* 2023, afl. 1, p. 26-27.

Deze bepaling ligt in het verlengde van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Wathelet*. Daarin werd het begrip ‘verkoper’ onder de Richtlijn consumentenkoop (oud) uitgelegd als mede omvattend ‘een handelaar die tussenpersoon voor een particulier is en die de consument niet naar behoren op de hoogte heeft gebracht van het feit dat de eigenaar van het verkochte goed een particulier is’.⁹⁴ Het is aan de nationale rechter om, aan de hand van de omstandigheden van het geval, te beoordelen of hiervan sprake is geweest. Zo ja, dan heeft de consument het recht om de remedies uit de Richtlijn ook tegen de tussenpersoon in te roepen. De redenering uit artikel 6 lid 3 DSA is vergelijkbaar, zij het dat het in dit geval gaat om de aansprakelijkheid van een onlineplatform. Inhoudelijk doen zich bovendien twee hindernissen voor. Ten eerste wordt niet gespecificeerd welke objectieve factoren een rol kunnen spelen in het wekken van de schijn van verantwoordelijkheid van het platform. Ter inspiratie had de EU-wetgever kunnen aansluiten bij de ELI Model Rules on Online Platforms, die een bepaling bevatten op grond waarvan een platform met een ‘predominant influence’ over een handelaar aansprakelijk kan worden gehouden.⁹⁵ Voorts wordt de toets in dit geval expliciet verbonden aan de ‘gemiddelde consument’ uit het EU-recht, die redelijk geïnformeerd en redelijk oplettend en omzichtig wordt geacht te zijn.⁹⁶ Deze toets werpt een extra hindernis op die het consumenten moeilijk zou kunnen maken om een platform op grond van deze bepaling aansprakelijk te houden.⁹⁷

De AI Act en de Data Act zijn zo nodig nog summierder voor wat betreft privaatrechtelijke regels. De AI Act reguleert, vergelijkbaar met de DSA, de aanbodzijde van de markt.⁹⁸ De Verordening is van toepassing op AI-systemen, gedefinieerd als ‘een op een machine gebaseerd systeem dat is ontworpen om met verschillende niveaus van autonomie te werken en dat na het inzetten ervan aanpassingsvermogen kan vertonen, en dat, voor expliciete of impliciete doelstellingen, uit de ontvangen input afleidt hoe output te genereren zoals voorspellingen, inhoud, aanbevelingen of beslissingen die van invloed kunnen zijn op fysieke of virtuele omgevingen’

94. HvJ EU 9 november 2016, C-149/15, r.o. 39-41 en 45 (*Sabrina Wathelet/Garage Bietheres & Fils SPRL*).

95. European Law Institute, *ELI Model Rules on Online Platforms* (Report 2019), europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf, art. 20.

96. Voor het eerst als zodanig gedefinieerd in HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*).

97. Vgl. Busch & Mak, *EuCML* 2021, p. 111.

98. Voor een overzicht van de belangrijkste aspecten, zie P.G. van der Putt, ‘De AI Act – veilige AI voor Europa?’, *IR* 2024, afl. 3, p. 97-101.

(art. 3 lid 1 AI Act). Voor AI-systemen met een hoog risico⁹⁹ bepaalt de Verordening specifieke eisen en verplichtingen voor de operatoren van dergelijke systemen (art. 1 lid 2 sub c AI Act). De overige regels zien op het in de handel brengen van AI-systemen en in gebruik stellen in de Unie, alsmede transparantievoorschriften en markttoezicht (art. 1 lid 2 AI Act). Aansprakelijkheid voor schade als gevolg van AI-toepassingen wordt in de AI Act niet geregeld, met uitzondering van schade ontstaan tijdens het testen van AI-systemen (art. 60). Indien een natuurlijke persoon schade heeft geleden, dan staat hem bij schade door letsel of overlijden of zaakschade in de privésfeer de weg open om, mits aan de overige criteria is voldaan, via de herziene Richtlijn productaansprakelijkheid schadevergoeding te vorderen. Daarbij kan verwezen worden naar de productveiligheidseisen uit de AI Act voor invulling van het begrip ‘gebrekigheid’.¹⁰⁰ Voor het overige zijn geen materieelrechtelijke regels over aansprakelijkheid opgenomen in de EU-wetgeving. Wel zijn enkele procesrechtelijke regels aangenomen met betrekking tot openbaarmaking van bewijs en bewijsvermoedens.¹⁰¹ Voor overige vormen van schadevergoeding zijn gelaedeerden aangewezen op het nationale recht. De Data Act kent geen regels over aansprakelijkheid, maar wel een regeling met betrekking tot oneerlijke contractuele bedingen. Die bepaalt dat een contractueel beding betreffende de toegang tot en het gebruik van gegevens of aansprakelijkheid en remedies in geval van schending of beëindiging van gegevensgerelateerde verplichtingen dat eenzijdig door een onderneming is opgelegd aan een andere onderneming niet bindend is voor laatstgenoemde onderneming indien dit oneerlijk is (art. 13 Data Act).

Als algemeen beeld kan worden gesteld dat de nieuwe reeks van Europese ‘Acts’ niet veel bepalingen bevat die rechtstreeks zien op het contracten- of aansprakelijkheidsrecht. Daarmee zou het beeld kunnen ontstaan dat ze van weinig invloed zijn op het bestaande vermogensrecht. Dat is echter een onjuiste conclusie. De Verordeningen zijn namelijk wel van toepassing op privaatrechtelijke verhoudingen, bijvoorbeeld tussen onlineplatforms en gebruikers of AI-fabrikanten en gebruikers. De gebruikers in kwestie kunnen zowel zakelijke partijen als consumenten zijn. De vraag is welke invloed de Verordeningen, ondanks hun beperkte specifieke aandacht voor het privaatrecht, gaan hebben op de wijze waarop privaatrechtelij-

99. Gedefinieerd als een AI-systeem dat is bedoeld om te worden gebruikt als veiligheidscomponent van een product of het AI-systeem zelf; zie art. 6 lid 1 AI Act.

100. T.J. de Graaf, ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid van producenten van AI-systemen’, *NTBR* 2023, afl. 9, p. 392.

101. Art. 8 en 9 Richtlijn productaansprakelijkheid (voorstel). Zie ook Europese Commissie, ‘Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid aan artificiële intelligentie (AI)’, COM(2022) 496 final (verder: Richtlijn inzake aansprakelijkheid voor AI).

ke vragen over rechtsbescherming, belangenafweging tussen partijen of marktwerking worden beslecht.¹⁰²

4.2.2 *Vervagende grenzen, verdwijnen van tegenstellingen*

De quote van Dickens aan het begin van dit stuk vormt een aaneenrijging van tegenstellingen. Roerige tijden worden ‘received, for good or for evil, in the superlative degree of comparison only.’ Met de opkomst van EU-wetgeving in de vorm van verordeningen in plaats van richtlijnen geldt echter het omgekeerde. Grenzen beginnen te vervagen en tegenstellingen te verdwijnen. Dat geldt in het bijzonder voor aspecten die van oudsher de grens tussen publiek- en privaatrecht markeerden, zoals grondrechten. De heersende leer in het Nederlandse vermogensrecht is nog steeds dat grondrechten worden gezien als ‘publiekrechtelijke exoten’.¹⁰³ Die opvatting lijkt voorzichtig weer wat los te komen, getuige de hernieuwde aandacht voor het EU-Handvest, waarover meer hieronder. Dat past in een bredere trend die ook op EU-niveau zichtbaar is, waarin de Europese Acts een rol spelen, mogelijk als katalysator van maatschappelijke verandering.¹⁰⁴ De leidende thema’s daarin zijn digitalisering en duurzaamheid, vaak gepresenteerd als een tweetal dat aanleiding geeft tot een ‘twin transition’.¹⁰⁵ De invloed die de Acts doen voelen op het privaatrecht in relatie tot digitale markten, en de CS3D op vergelijkbare wijze ten aanzien van duurzaamheid, laat zich vatten in drie hoofdlijnen ziende op actoren, regels en processen.¹⁰⁶

Ten eerste maakt de nieuwe reeks van wetgeving in algemene zin geen onderscheid tussen de belangen van consumenten en anderen. De DSA is van toepassing op gebruikers van onlinediensten. Dat kunnen consumenten zijn die producten of diensten afnemen via onlineplatforms, maar het kan ook gaan om zakelijke gebruikers. Verder is de regelgeving niet alleen van toepassing op onlinemarktplaatsen, maar ook op social media platforms. In die context is het de vraag hoe gebruikers moeten worden geclassificeerd en welke rechten bij die classificatie horen. Mogelijk is het antwoord op die vraag afhankelijk van het type activiteit dat gebruikers uitvoeren

102. Deze vragen gelden op EU-niveau ook ten aanzien van de verhouding tussen de Acts en het bestaande consumentenrechtelijke *acquis*. Zie Helberger e.a. 2024, p. 259-261.

103. Vgl. Jansen 2024, p. 241.

104. Zie boven, par. 3.3.

105. EU Science Hub, ‘The twin green & digital transition: How sustainable digital technologies could enable a carbon-neutral EU by 2050’, 29 juni 2022, joint-research-centre.ec.europa.eu/jrc-news-and-updates/twin-green-digital-transition-how-sustainable-digital-technologies-could-enable-carbon-neutral-eu-2022-06-29_en.

106. Deze driedeling komt overeen met het theoretisch kader van rechtsvorming ‘beyond the state’ ontwikkeld door P. Zumbansen, ‘Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance and Legal Pluralism’, Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 21/2011, digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/59, p. 7.

op het platform. Indien zij foto's of video's plaatsen op platforms als Meta, TikTok of YouTube zouden gebruikers kunnen worden beschouwd als content creators en bijvoorbeeld auteursrecht kunnen hebben op de geplaatste inhoud. Tegelijk zijn zij een overeenkomst aangegaan met het platform om een account te maken en content te kunnen plaatsen. In die hoedanigheid zijn zij consument en kunnen zij rechten geldend maken op grond van de Richtlijn digitale inhoud. Gaat het echter om gebruikers die politieke inhoud plaatsen, dan moeten zij wellicht veel breder worden beschouwd als 'burgers'.¹⁰⁷ De AI Act, ter vergelijking, spreekt van 'personen', bijvoorbeeld in artikel 5 lid 1 sub a waarin een verbod is opgenomen tot:

het in de handel brengen, het in gebruik stellen of het gebruiken van een AI-systeem dat subliminale technieken waarvan personen zich niet bewust zijn of doelbewust manipulatieve of misleidende technieken gebruikt, met als doel of effect het gedrag van personen of een groep personen wezenlijk te verstoren door hun vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te belemmeren, waardoor zij een besluit nemen dat zij anders niet hadden genomen, op een wijze die ertoe leidt of er redelijkerwijs waarschijnlijk toe zal leiden dat deze of andere personen, of een groep personen, aanzienlijke schade oplopen.

Goanta wijst er overigens terecht op dat deze bepaling uit de AI Act inhoudelijk in grote lijnen overeenkomt met de algemene norm uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Dat roept de vraag op of het nodig was een nieuwe norm te formuleren specifiek voor AI-praktijken.¹⁰⁸

Een tweede punt waarop grenzen beginnen te vervagen is tussen de typen belangen die door verschillende wet- en regelgeving worden beschermd. Het Europese consumentenrecht, of in bredere zin het Europese privaatrecht, en het Nederlandse vermogensrecht zien op economische belangen van consumenten en ondernemingen. In de digitale markten die worden gereguleerd door de DSA, DMA, AI Act en Data Act is het onderscheid tussen de bescherming van deze belangen en het waarborgen van grondrechten niet altijd meer strikt uiteen te houden. De DSA is als gezegd van toepassing op gebruikers van onlinediensten in brede zin en maakt geen expliciet onderscheid op dit punt. Dat het onderscheid inderdaad vervaagt in digitale markten blijkt ook uit de rechtspraak. Aan nationale rechters zijn de afgelopen jaren zaken voorgelegd waarin moest worden getoetst

107. Helberger e.a. 2024, p. 8.

108. C. Goanta, 'Regulatory Siblings: The Unfair Commercial Practices Directive Roots of the AI Act', in: I. Graef & B. van der Sloot (red.), *The Legal Consistency of Technology Regulation in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2024, p. 71-88.

of bepalingen uit de algemene voorwaarden van Facebook (nu Meta) die beperkingen stelden aan de vrijheid van meningsuiting in stand konden blijven. Het kader dat nationale rechters in Duitsland en Italië daarvoor hanteren is het consumentencontractenrecht c.q. -privaatrecht, in het bijzonder de Richtlijn oneerlijke bedingen en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹⁰⁹ Overigens zijn ook in het mededingingsrecht uitspraken verschenen waaruit blijkt dat de scheidslijn met gegevensbescherming aan het vervagen is.¹¹⁰

Ten derde vervaagt de grens tussen publiekrecht en privaatrecht. De regulering van digitale markten wordt in de nieuwe Verordeningen aangevlogen via algemene kaders met een administratieve inslag. De koppeling met privaatrechtelijke regels wordt op een aantal plaatsen gemaakt, bijvoorbeeld ten aanzien van de (beperkte) aansprakelijkheid van online-platforms. Verder wordt in de Verordeningen op diverse plaatsen ruimte gelaten voor zelfregulering of co-regulering voor het invullen van open normen, bijvoorbeeld in de DSA waarin gedragscodes expliciet worden genoemd als instrument voor het verwezenlijken van de doelstellingen van de Act. De Europese Commissie zou zelfs de opstelling van vrijwillige gedragscodes en de naleving ervan moeten aanmoedigen, met inachtneming van – voor standaarden bekende – aspecten als onafhankelijkheid en transparantie (DSA, recital 103 en art. 45). Zo ontstaat een geschakeerd samenstel van verschillende wet- en regelgeving, in sommige gevallen van publiekrechtelijke aard en in andere van privaatrechtelijke aard of zelfs in de vorm van private regulering. Het is niet altijd duidelijk waarom de wetgever voor de ene dan wel de andere route kiest en of voldoende wordt meegewogen welke gevolgen het verbreken van deze grenzen kan hebben.

Vergelijkbare verbredingen in categorieën zijn, soms al langer, zichtbaar op het terrein van consumentenrecht en duurzaamheid. De vraag in dat kader is of verworven rechten van consumenten in sommige gevallen plaats zouden moeten maken voor regelgeving die aanzet tot duurzame consumptie. Consumenten hebben, in aanvulling op overheid en bedrijven, een maatschappelijke verantwoordelijkheid om bij te dragen aan de bescherming van milieu en klimaat. In die zin zijn zij meer dan een consument als economische actor en wordt ook een beroep gedaan op burgerschap. Zij worden in deze context daarom ook wel aangeduid als ‘consumer-citizens’.¹¹¹

109. Zie verder hieronder, par. 5.4.

110. Bijv. HvJ EU 4 juli 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (*Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt*).

111. 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* 2020, afl. 1, p. 227-248.

In de Europese wetgeving is ten aanzien van privaatrechtelijke verhoudingen minder nieuwe wetgeving verschenen dan met betrekking tot digitale markten. In de instrumenten die zijn aangenomen is, net als bij de regulering van digitale markten, echter ook een verbreding zichtbaar van de belangen die beschermd worden. Economische rechten van consumenten en bedrijven worden aangevuld met milieubescherming en het waarborgen van mensenrechten. Noemenswaardig is het ‘recht op herstel’, dat in 2024 werd aangenomen. Deze regelgeving, waarmee aanpassingen worden gemaakt in de remedies van de Richtlijn consumentenkoop, is erop gericht de reparatie van defecte producten te bevorderen door consumenten aan te sporen voor herstel in plaats van vervanging als remedie te kiezen.¹¹² Verder is in 2024 de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D) aangenomen. Deze Richtlijn voert zorgvuldigheidsvereisten in voor ondernemingen ten aanzien van mensenrechten en milieu voor wat betreft hun eigen activiteiten, de activiteiten van hun dochterondernemingen en de activiteiten van andere entiteiten in de supply chain.¹¹³ Ook de belangen van consumenten worden hiermee gediend en onder omstandigheden is het voor hen mogelijk schadevergoeding te vorderen indien niet is voldaan aan de verplichtingen uit de Richtlijn (CS3D, art. 27). Evenals in digitale markten is geen scherpe lijn te trekken tussen publiek- en privaatrecht. Verder verwijst de CS3D ook naar zelfregulering, hier in de vorm van gedragscodes waarin ‘due diligence’ in concretere normen wordt uitgewerkt ten behoeve van het beleid en de risicobeheersystemen van ondernemingen (CS3D, recital 39 en art. 7). De eerste stappen voor invulling van die norm worden reeds genomen.¹¹⁴

Wat betekenen deze verschuivingen voor de invloed van het EU-recht op het Nederlandse vermogensrecht – is dan toch een revolutie in beeld? Zo ja, welke richting zou die op moeten gaan?

112. De definitieve tekst van de Richtlijn is heden nog niet beschikbaar. Zie voor het voorstel Europese Commissie, ‘Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels ter bevordering van de reparatie van goederen en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en de Richtlijnen (EU) 2019/771 en (EU) 2020/1828’, COM(2023) 155 final. Zie ook C. García Molyneux & A. Oberschelp de Meneses, ‘The EU Adopts Right to Repair Directive’, blog post 10 juni 2024, inside-energyandenvironment.com/2024/06/the-eu-adopts-right-to-repair-directive/.

113. Voor een kort overzicht, zie B. Akyildiz, ‘One Step Closer to a Sustainable Future: What does the CS3D promise for consumers?’, blog post 28 maart 2024, consumerid.eu/blogs/one-step-closer-to-a-sustainable-future-what-does-the-cs3d-promise-for-consumers.

114. Zie Responsible Contracting Project, ‘The Zero Draft of the European Model Clauses (EMCs)’, responsiblecontracting.org/emcs.

5 **Revolutie of evolutie**

We staan op een keerpunt in de ontwikkeling van het Europees privaatrecht. De vraag welke richting we op zouden moeten gaan, laat zich echter nog niet goed duiden. Om enige grip te krijgen op dit vraagstuk zal ik hieronder een aantal mogelijke richtingen verkennen in de vorm van modellen van samenspel tussen Europees privaatrecht en nationaal vermogensrecht. De vier modellen kunnen worden omschreven als: (i) doorontwikkeling van het Europees privaatrecht in de vorm van nieuwe regels van consumentencontracten- en aansprakelijkheidsrecht; (ii) Europees privaatrecht als een apart systeem; (iii) grondrechten als intermediair; (iv) combinaties tussen verschillende modellen. Welke richting als wenselijk wordt gekozen hangt af van rechtspolitieke keuzes van de EU-wetgever en de bereidheid van de lidstaten om in de gekozen route mee te gaan. Omdat dit rechtspolitieke kader richtinggevend is, vang ik aan met een korte uiteenzetting van de stand van zaken met betrekking tot de rationaliteit van het Europees privaatrecht (par. 5.1). De rationaliteit zoals Michaels die definieerde, hierboven in paragraaf 3 besproken, is inmiddels niet meer alleen een interne-marktrationaliteit, maar omvat ook steeds nadrukkelijker publieke belangen en grondrechten. Voor wie het EU-recht als katalysator wil zien voor het versnellen van bewegingen ten aanzien van digitale markten en duurzaamheid in het nationale vermogensrecht, liggen hier kansen. Hoe die bewegingen in de verschillende modellen gerealiseerd kunnen worden, wordt in de volgende paragrafen onderzocht (par. 5.2-5.5).

5.1 **De ‘Code of Capital’ en de revolutie**

Aan het begin van dit preadvies werd al gezegd dat de politieke economie handvatten biedt voor het duiden van de invloed van maatschappelijke en rechtspolitieke ontwikkelingen op het recht. Hoewel deze stroming in Europa tot nu toe minder voet aan de grond heeft gekregen dan in de Noord-Amerikaanse wetenschappelijke literatuur, is het in de literatuur over het Europees privaatrecht geen onbekend kader. Caruso hanteerde ‘institutional economics’ als perspectief in haar baanbrekende artikel ‘The Missing View of the Cathedral’, waarin zij de relatie tussen publiek- en privaatrecht in het Europese integratieproces analyseert.¹¹⁵ Toen dit artikel in 1997 verscheen, stond de harmonisatie van het Europese consumentencontractenrecht nog in de kinderschoenen. Het spanningsveld dat destijds bestond tussen Europees en nationaal privaatrecht liet zich toen, met institutional economics als kader, door Caruso als volgt duiden:¹¹⁶

115. D. Caruso, ‘The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration’, *European Law Journal* 1997, afl. 1, p. 3-32.

116. Caruso 1997, p. 8.

A further descriptive approach to the private/public distinction is of an institutional nature. Some recent literature on neo-institutional economics shows how given sets of laws, rigid judicial structures, legal patterns arising from culture or tradition, and even the most informal constraints that shape the interaction of legal actors, may result in institutional inertia. This literature suggests that path dependence – in our case, the perpetuation of an obsolete dichotomy in terms of practice, language and collective psychology – may be the outcome of self-reinforcing institutional mechanisms, such as large fixed costs, learning effects, and adaptive expectations. Many mechanisms of this sort do work and thrive in the aforementioned European traditions of judicial organisation, academic training and legal practice. The descriptive category of path dependence helps, therefore, to explain the astonishing longevity of the private/public distinction.

Institutional economics is in dit geval een behulpzaam perspectief voor het beter begrijpen van de klassieke scheiding tussen publiek- en privaatrecht in nationale rechtssystemen. Hans Micklitz heeft het op gelijke wijze gehanteerd in zijn werk over de opkomst van private regulering als alternatief voor publieke wet- en regelgeving. In een bijdrage uit 2015 beschrijft hij hoe dit institutionele kader een handvat vormt om te begrijpen welke rol private regulering heeft in nieuwe debatten over de governance van privaatrechtelijke verhoudingen.¹¹⁷

In fact, private regulation is an old subject. However, the perspective is different, as contract governance looks into the way private lawmaking and private law enforcement is institutionally embedded. ... Through the link to the 'governance' debate, the research points to the increasing importance of private regulation both at the European level and at the international level, which is linked to the changing patterns of the nation state and the increasing space for private autonomy.

Dit zijn slechts twee voorbeelden, specifiek met focus op de institutionele inbedding van het privaatrecht en private regulering. Ze zijn overigens niet willekeurig gekozen, geef ik maar vast aan, want de (vervagende) scheiding publiek/privaat en de opkomst van private regulering zijn ook in het hedendaagse debat belangrijke factoren. Voor wat betreft hun functie hier: ze laten zien dat een politiek-economisch kader handvatten kan bieden voor het duiden van privaatrechtelijke structuren en ontwikkelin-

117. H.W. Micklitz, 'The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations', *ERPL* 2015, afl. 4, p. 495.

gen.¹¹⁸ Zo is het nog steeds, al lijkt het debat in het Europese privaatrecht na een op marktstructuren en -regulering geënt discours nu definitief een kentering te maken richting een waardendebat.¹¹⁹ De rationaliteiten zoals Michaels ze benoemden zijn in grote lijnen nog steeds hanteerbaar. Echter, in het Europees privaatrecht is de interne markt niet langer het enige doel waaraan het privaatrecht instrumenteel is of wordt geacht te zijn. Andere doelstellingen zijn ernaast komen te staan en hebben, mede door het in werking treden van het EU-Handvest voor de Grondrechten in 2009, een juridische grondslag in het EU-recht.

5.1.1 *Juridische grondslagen*

Een kort weergegeven catalogus ziet er als volgt uit. Ten eerste kunnen in het EU-recht beperkingen worden aangewezen op het autonomiebeginsel dat de liberale markteconomie van de Unie ondersteunt. Autonomie wordt gedefinieerd als de mogelijkheid tot zelfverwezenlijking en houdt in het contractenrecht in dat contractspartijen, op basis van gelijkheid, vrij zijn te kiezen met welke partij en op welke voorwaarden zij contracteren.¹²⁰ De eigen autonomie van partijen kan in contractuele verhoudingen worden beperkt doordat ook de andere partij de kans moet hebben tot het realiseren van de eigen levensdoelen. In deze zin is autonomie in interpersoonlijke verhoudingen tot op zekere hoogte een relatief begrip. Niettemin geldt het autonomiebeginsel in veel nationale rechtsstelsels als uitgangspunt voor het contractenrecht en wordt een correctie om gelijkheid te waarborgen gezien als een uitzondering in het systeem.

In het EU-recht is die balans anders. Daar is volgens Reich sprake van een ‘framed autonomy’. Dat houdt in dat autonomie moet worden afgezet tegen regels van EU-recht met doelstellingen die van hoger belang zijn of ten minste van gelijke rang.¹²¹ Reich noemde zelf ten minste de volgende drie gebieden: mededingingsrecht; regels ter bescherming van zwakkere partijen, vooral in het arbeidsrecht en consumentenrecht als onderdeel van de ‘social market economy’ waarnaar de EU streeft ingevolge artikel 3

118. Vgl. A. Beckers, *Private Law and the Institutional (Re)turn* (oratie Maastricht), 17 mei 2024; met dank aan de auteur voor het beschikbaar stellen van de tekst.

119. In 2004 werd een Manifesto on Social Justice gepubliceerd, dat echter in wet- en regelgeving geen vergaande koerswijziging heeft betekend voor het marktgeë Orienteerde Europese privaatrecht. Zie Study Group on Social Justice in European Private Law, ‘Social Justice in European Contract Law: A Manifesto’, *ERPL* 2004, afl. 6, p. 653-674. Een herontdekking is echter niet ondenkbaar.

120. M.W. Hesselink, *Justifying Contract in Europe. Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford: OUP 2021, p. 210, met verwijzing naar G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge: CUP 1988, p. 3 en 6.

121. N. Reich, *General Principles of Civil Law*, Cambridge: CUP 2017, p. 20.

lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU);¹²² en anti-discriminatiewetgeving.¹²³ Beperkingen op het autonomiebeginsel kunnen niet alleen voortkomen uit concurrerende doelstellingen van het EU-recht zelf, maar ook uit nationale regelgeving. Het *Cassis de Dijon*-arrest formuleerde de ‘rule of reason’-formule waarbinnen nationaal recht beperkingen mag stellen aan het vrij verkeer van goederen – waaronder bescherming van publieke belangen zoals volksgezondheid of consumentenbescherming – en daarnaast kan de autonomie van partijen grenzen vinden in nationale regels ten aanzien van non-discriminatie of proportionaliteit.¹²⁴ Daar waar de Verdragsvrijheden in de beginjaren van de Europese samenwerking vooropstonden, zijn in recentere jaren de beperkingen op deze vrijheden van toenemend belang in rechterlijke afwegingen. Dat is onder meer zichtbaar in toegenomen handhavingsacties in het mededingingsrecht, alsook de toepassing van regels van mededingingsrecht op data en gegevensbescherming.¹²⁵

Deze tendens wordt versterkt door de toepassing van het EU-Handvest. In het Handvest is een aantal grondrechten opgenomen waarin autonomie en contractsvrijheid weliswaar niet expliciet genoemd worden, maar wel impliciet als voorwaarden worden verondersteld. Titel II van het Handvest ziet op vrijheid en omvat de vrijheid van vergadering en vereniging (art. 12), de vrijheid van beroep en het recht te werken (art. 15), de vrijheid van ondernemerschap (art. 16) en het recht op eigendom (art. 17).¹²⁶ Ook deze vrijheden kennen echter begrenzing, onder meer in andere grondrechten of beginselen neergelegd in het Handvest indien ze zien op publieke belangen. De vrijheden uit Titel II kunnen bijvoorbeeld beperkt worden door de in Titel IV neergelegde grondrechten gericht op de bescherming van collectieve belangen, waaronder de gezondheidszorg (art. 35), milieubescherming (art. 37) en consumentenbescherming (art. 38). In sommige gevallen geven Handvest-bepalingen zelf aan op grond van welke voorwaarden beperkingen mogelijk zijn. Zo bepaalt artikel 17: ‘Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig en op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist.’¹²⁷ Een voorbeeld van een ‘algemeen belang’ dat de vrijheid van eigendom

122. Verdrag betreffende de Europese Unie (geconsolideerde versie), *PbEU* 2016, C 202/1.

123. Reich 2017, p. 20.

124. Reich 2017, p. 20-21.

125. R. Podszun & S. Kreifels, ‘Competition Law’, in: V. Mak, T.F.E. Tjong Tjin Tai & A. Berlee (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, 2^{de} ed., Cheltenham: Edward Elgar 2024, p. 194-226.

126. Vgl. Reich 2017, p. 29; Weatherill 2016, p. 7.

127. Vgl. ook art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

kan beperken is te zien in de zaak *Sky Österreich*, waarin het Europees Hof van Justitie oordeelde dat het algemeen belang in toegang tot verslagen van Europees voetbal zwaarder woog dan de vrijheid van eigendom en de contractsvrijheid van *Sky Österreich*.¹²⁸ De horizontale doorwerking van het Handvest in privaatrechtelijke verhoudingen is vooralsnog beperkt, maar lijkt aan belang te winnen.¹²⁹

Een bepaling die reeds werd genoemd, maar het verdient om extra te worden uitgelicht, is artikel 3 lid 3 VEU. Daarin zijn de doelstellingen van de EU opgenomen, waaronder in de eerste alinea van lid 3 het streven naar ‘een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang’. De tweede alinea stelt: ‘De Unie bestrijdt sociale uitsluiting en discriminatie, en bevordert sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van vrouwen en mannen, de solidariteit tussen generaties en de bescherming van de rechten van het kind.’ Hoe aan deze doelstellingen uitvoering wordt gegeven, hangt af van de keuzes die de Europese wetgever maakt ten aanzien van wetgeving en beleid. Dat het EU-Verdrag veel ruimte geeft binnen de geformuleerde doelstellingen wordt in de literatuur bevestigd: ‘while neoliberalism continues to shape the Union’s law and policies, the Treaty is yet not fully determined by it ... the Treaty allows for different readings in the light of competing socio-economic paradigms.’¹³⁰

5.1.2 Een hernieuwd waardendebat

De vraag welke waarden door het Europese privaatrecht worden geborgd is onderwerp van een hernieuwd waardendebat. De interne marktrationaliteit, die vanaf het begin de boventoon voerde in de ontwikkeling van wetgeving en beleid, wordt in de recente literatuur kritisch besproken. In dat opzicht kan worden gesteld dat de eerste tekenen van een revolutie zichtbaar worden, in plaats van het voortzetten van bestaande trends in een evolutie. Het voert te ver om in dit bestek een volledig overzicht te geven; wel kunnen enige hoofdlijnen worden geschetst.

Het boek ‘The Code of Capital’ van Katharina Pistor brengt in kaart welke rol het privaatrecht heeft gehad in het creëren van kapitaal in vrijemarkteconomieën en het daardoor genereren van, en bestendigen van, sociale

128. HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich v. Österreichischer Rundfunk*). Zie C. Mak, ‘Reimagining Europe Through Private Law Adjudication’, in: C. Mak & B. Kas (red.), *Civil Courts and the European Polity. The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2023, p. 71.

129. Zie verder hieronder, par. 5.4.

130. C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 6.

en politieke ongelijkheid.¹³¹ Haar verhandeling heeft wereldwijd debatten op gang gebracht. In Europa schreef Hesselink, geïnspireerd door het boek, een betoog waarin hij pleit voor een progressieve ‘code of private law’, ‘aimed at making progress towards a more just society, where there is less inequality and where we have more democratic control over our future.’¹³² Hoe dit doel zou kunnen worden verwezenlijkt is een vraag voor verder onderzoek. Een codificatie van het privaatrecht heeft het in de EU eerder niet gehaald en is waarschijnlijk ook nu te ambitieus. Wel kunnen andere wegen worden onderzocht waarin met kleinere stappen richting een doel wordt gewerkt, zoals in de modellen die hieronder worden geanalyseerd. Micklitz stelt, mijns inziens terecht, dat niet alleen de ‘public sphere’ moet worden aangewend (Hesselinks voorkeur), maar dat ook de ‘private sphere’ uitdrukkelijk moet worden betrokken.¹³³ Micklitz stelt: ‘There is a strong reason to believe that the rationality of the public sphere in creating social justice is not that superior to the private sphere as Habermas and Hesselink think.’¹³⁴ Hij wijst ter ondersteuning van dit standpunt op aspecten waar de Staat tekort is geschoten in het waarborgen van sociale rechtvaardigheid, leidend tot de neergang van de welvaartstaat. Een positieve argumentatie is echter ook mogelijk, namelijk dat genoeg voorbeelden bestaan waar private regulering tot bescherming of innovatie heeft geleid en dat het een belangrijke plaats vervult in de ontwikkeling van private normen. Daarmee is overigens niet gezegd dat een neo-liberale ideologie de voorkeur heeft of dat publiekrechtelijke kaders niet nodig zijn om ‘checks and balances’ te bieden aan private regulering, met de Staat als hoeder van sociale rechtvaardigheid.¹³⁵

Min of meer gelijktijdig doet in het waardendebat in het Europees privaatrecht het werk van Bartl opgang. Zij verwerpt uitdrukkelijk de neo-liberale ideologie waarop het EU-recht is gebaseerd en poneert de stelling dat een ‘new image of prosperity’ moet worden ontwikkeld.¹³⁶ Volgens haar zou de EU-wetgever daarbij het voortouw moeten nemen.¹³⁷ Dat sluit mijns inziens echter niet uit dat het Europees Hof van Justitie niet ook een rol

131. K. Pistor, *The Code of Capital*, Princeton: Princeton University Press 2019.

132. M. Hesselink, ‘Reconstituting the Code of Capital: Could a Progressive European Code of Private Law Help Us Reduce Inequality and Regain Democratic Control?’, *European Law Open* 2022, afl. 2, p. 316.

133. H.W. Micklitz, ‘What Kind of Private Law for What Kind of Europe? A rejoinder to Martijn Hesselink’s “progressive code”’, *European Law Open* 2022, afl. 2, p. 408 e.v.

134. Micklitz 2022, p. 409.

135. Vgl. Mak 2020, p. 203 e.v.

136. M. Bartl, ‘Towards the Imaginary of Collective Prosperity in the European Union (EU): Reorienting the Corporation’, *European Law Open* 2022, afl. 4, p. 958.

137. Zie M. Bartl, *Reimagining Prosperity. Toward a New Imaginary of Law and Political Economy in the EU*, Cambridge: CUP 2024 (te verschijnen; met dank aan de auteur voor het beschikbaar stellen van de tekst).

kan spelen als aanjager van verandering, mogelijk door de grenzen en mogelijkheden van het EU-Handvest van de grondrechten scherper in beeld te krijgen.

Hoe deze waarden tot uitdrukking komen in het Europese privaatrecht, welke actor het best gepositioneerd is voor rechtsvorming, en hoe de verhouding tussen EU-recht en nationaal recht zich verder zou moeten ontwikkelen, wordt onderzocht in de volgende paragrafen. Als aantekening daarbij: de onderzochte modellen geven op hoofdlijnen antwoord op deze vragen en zijn in die zin ideaaltypen. Variaties en detailuitwerkingen blijven mogelijk.

5.2 Doorontwikkeling van het Europese contracten- en aansprakelijkheidsrecht

De EU-wetgever hoeft geen grote breuk met het verleden te maken om de reeks van verordeningen ('Acts') betreffende de regulering van digitale markten te doen aansluiten bij het consumenten-*acquis*. Een keuzemogelijkheid is om in aansluiting daarop het bestaande *acquis* te herijken en waar nodig aan te passen, eventueel in combinatie met nieuwe wetgeving op het terrein van het contracten- of aansprakelijkheidsrecht. Deze mogelijkheid wordt deels al verkend. In het kader van de Digital Fairness Fitness Check die de Europese Commissie liet uitvoeren zijn drie bestaande Richtlijnen geëvalueerd: de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, de Richtlijn consumentenrechten en de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹³⁸ De consultatieperiode vond plaats in 2022 en 2023 en een rapport van de Commissie verscheen in oktober 2024.¹³⁹

Intussen zijn al enige analyses verschenen waarin de vraag wordt gesteld of, en zo ja, hoe het bestaande consumenten-*acquis* aansluiting kan blijven vinden bij digitale markten. In het bijzonder de rapporten van de Europese consumentenorganisatie BEUC, geschreven door Natali Helberger, Hans Micklitz en andere experts, bieden concrete inzichten in de wijze waarop bestaande wetgeving zou kunnen worden aangepast. In het eerste rapport uit maart 2021, dus voorafgaand aan de Fitness Check, werden door hen reeds drie terreinen verkend waarop betere bescherming van consumenten in digitale markten nodig werd geacht, waaronder herijking van de eerlijkheidstoets uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in

138. Europese Commissie, 'Digital Fairness – fitness check on EU consumer law', mei 2022, ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en.

139. Europese Commissie, 'Commission Staff Working Document Fitness Check of EU consumer law on digital fairness', SWD(2024) 230 final, commission.europa.eu/document/707d7404-78e5-4aef-acfa-82b4cf639f55_en. Het rapport verscheen net na afronding van dit preadvies en is in de tekst niet verder verwerkt.

het licht van ‘behavioural monitoring, data mining and nudging practices of surveillance capitalism’.¹⁴⁰ De conclusie van de auteurs is dat de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zou moeten worden aangepast, omdat de ongelijke verhouding tussen consumenten en aanbieders van digitale diensten een nieuwe vorm van asymmetrie in het leven roept. Naast de informatieasymmetrie tussen bedrijven en consumenten die ten grondslag ligt aan veel regelgeving op het terrein van het consumentenrecht wordt in digitale markten een ‘digital asymmetry’ waargenomen. Met die term wordt bedoeld op de structureel ongelijke positie van consumenten, die de digitale architectuur – waaronder gebruik van nudging en profiling-technieken, data-analyse – niet kunnen doorzien en om die reden per definitie kwetsbaar zijn.¹⁴¹ De auteurs stellen voor om dit probleem aan te pakken door een aanpassing van art. 5 (algemene norm, inclusief ‘professionele zorgvuldigheid’), art. 8 en art. 9 (beide met betrekking tot agressieve handelspraktijken) van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, in combinatie met toevoegingen aan de zwarte lijst van oneerlijke praktijken. Het belangrijkste doel is, samenvattend, het voorkomen van ‘data exploitation’ van consumenten in digitale markten. De voorgestelde aanpassingen zouden ertoe moeten leiden dat ‘digital asymmetry’ in de meer concrete vorm van exploitatie zou komen te vallen onder de algemene oneerlijkheidsnorm van de Richtlijn. Bovendien zouden de bepalingen over agressieve handelspraktijken van toepassing moeten zijn zonder dat de daarin genoemde open normen – omstandigheden van het geval, aanvullende vereisten in art. 9 – tot gevolg zouden kunnen hebben dat verholen praktijken zoals nudging of profiling niet als agressieve praktijken worden aangemerkt.¹⁴²

Andere oplossingsrichtingen zijn ook mogelijk als het gaat om de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Duivenvoorde doet een aanzet door te analyseren op welke wijze de ‘gemiddelde consument’-maatstaf en de algemene normen uit de Richtlijn zouden kunnen worden aangepast om recht te doen aan de noden van consumenten in digitale markten. Uitgangspunt daarbij is dat consumenten in digitale markten, ongeacht hun persoonlijke kenmerken, altijd kwetsbaar zijn. Om die reden zou de ‘gemiddelde consument’-standaard uit artikel 5 van de Richtlijn moeten worden aangepast naar een ‘benchmark consumer’, gedefinieerd als: ‘(i) for commer-

140. Andere onderwerpen, die ik hier buiten beschouwing laat, waren de vraag of ‘personalised pricing’ gereguleerd moet worden in het licht van eerlijkheid en non-discriminatie en de vraag of essentiële diensten aangeboden door onlineplatforms regulering behoeven. Zie Helberger e.a., *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC rapport (maart 2021), beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2024-032_Digital_fairness_for_consumers_Report.pdf.

141. Helberger e.a. 2021, p. 49-52.

142. Helberger e.a. 2021, p. 71-75 en p. 79.

cial practices targeted at the general public: the reasonably acting average consumer; (ii) for commercial practices targeted at a specific group: the reasonably acting average member of that group; (iii) for commercial practices targeted at individual consumers or at specific consumers, without a specific group being targeted: the reasonably acting targeted individual.’¹⁴³ Voor wat betreft de inhoudelijke norm signaleert Duivenvoorde, evenals Helberger, Micklitz e.a., dat de huidige bepalingen onvoldoende zijn toegesneden op de ondoorzichtige digitale architectuur. Zijn voorstel is om praktijken die in algemene zin gericht zijn op de exploitatie van kwetsbaarheden van consumenten in digitale markten te verbieden. Aanpassingen in de Richtlijn zouden kunnen zien op een aanvulling van de definitie van agressieve praktijken (art. 8), zodat ook ‘de exploitatie van externe omstandigheden’ binnen het bereik van de bepaling valt. Voorts zou een nieuw artikel 10 kunnen worden toegevoegd dat expliciet het gebruik van ‘manipulative practices’ verbiedt.¹⁴⁴

Het is niet toevallig dat de genoemde analyses de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken kiezen als eerste aanknopingspunt voor aanpassing van het bestaande consumenten-*acquis*. De Richtlijn kent een zeer breed toepassingsbereik waarin de oneerlijkheidstoets, geen onderscheid makend tussen contracten- of aansprakelijkheidsrecht, kan worden toegepast op alle stadia van de rechtsverhouding tussen handelaar en consument, vanaf marketing en adverteren tot het aangaan van een contract en de uitvoering ervan.¹⁴⁵ Bovendien is de Richtlijn ‘the centrepiece of EU consumer protection against harmful marketing’, zich onderscheidend door het faciliteren van individuele aansprakelijkheidsacties van consumenten in plaats van de collectieve, *ex ante* aanpak voorgestaan in de DSA.¹⁴⁶ Hier ligt dus een mooi beginpunt voor de EU-wetgever om het bestaande consumenten-*acquis* in leven te houden en aan te passen aan de digitale markt. Of dat voldoende is, valt echter te betwijfelen. Uit het BEUC-rapport over ‘digital fairness’ dat Helberger, Micklitz e.a. in 2024 publiceerden, komen grotere uitdagingen naar voren die mogelijk een andere richting inluiden: de ontwikkeling van het Europees privaatrecht als apart systeem.¹⁴⁷

143. B. Duivenvoorde, ‘Redesigning the UCPD for the Age of Personalised Marketing. A proposal to redesign the UCPD’s consumer benchmarks and general clauses’, *EuCML* 2023, afl. 5, p. 179.

144. Duivenvoorde 2023, p. 181-182.

145. Art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

146. Duivenvoorde 2023, p. 178.

147. Helberger e.a. 2024.

5.3 Europees privaatrecht als een apart systeem

De effecten die de invoering van de DSA, DMA, AI Act en Data Act heeft op de regulering van digitale markten werd hierboven al kort uiteengezet. Het begrip ‘consument’ breidt zich uit tot ‘burger’, niet enkel economische belangen worden beschermd, en de grenzen tussen publiek- en privaatrecht vervagen in rechtsvorming en handhaving. Daarbij werd gesignaleerd dat op het vlak van duurzame productie en consumptie vergelijkbare trends zichtbaar zijn in nieuwe wet- en regelgeving, zoals in het ‘recht op herstel’ en de CS3D.¹⁴⁸ Deze regelgeving sluit (nog) niet goed aan op het bestaande Europees privaatrecht, dat grotendeels bestaat uit het consumenten-*acquis* neergelegd in richtlijnen. Micklitz waarschuwt om die reden voor een ‘dissolution of consumer law’, het verdwijnen of uiteenvallen van het EU-consumentenrecht door fragmentatie en privatisering.¹⁴⁹ In plaats daarvan wordt een nieuw consumentenrecht ontwikkeld waarin private regulering in de vorm van gedragscodes en standaarden een integraal onderdeel uitmaakt van de rechtsvorming.¹⁵⁰

De veranderingen die de Acts brengen betreffen overigens niet alleen het consumentenrecht. Voor met name kleine ondernemingen heeft het nieuwe wetgevingskader ook grote implicaties. De genoemde Acts bevatten bepalingen die rechtstreeks van toepassing zijn op B2B-verhoudingen. In de DSA is bijvoorbeeld een aantal ‘know your business customer’-bepalingen opgenomen op grond waarvan onlineplatformen verplicht zijn de identiteit en vindbaarheid van zakelijke aanbieders te verifiëren (DSA, art. 30). Die bepalingen passen in de voor de DSA gekozen administratieve benadering, die erop gericht is een veilige onlineomgeving te borgen. De AI Act kiest eveneens een administratieve benadering van *ex ante*-controle met het oog op beheersing van risico’s.

De stap naar het onderscheiden van een aparte orde van Europees privaatrecht is in het licht van deze ontwikkelingen niet zo groot. De drie aspecten die in de literatuur over rechtsvorming handvatten bieden – actoren, normen en processen – lijken op Europees niveau een andere invulling te krijgen dan in nationale rechtsordes. De rechtsvormende actoren zijn niet alleen wetgever en rechter, maar ook in toenemende mate bedrijven en belangenorganisaties die regels vormen via co- of zelfregulering. De normen die zij ontwikkelen voor de regulering van privaatrechtelijke verhoudingen zien niet enkel op economische rechten, maar gaan over in de bescherming van grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en

148. Zie par. 4.2.2.

149. H.W. Micklitz, ‘Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation’, in: Helberger e.a. 2024, p. 69 e.v.

150. Micklitz, in: Helberger e.a. 2024, p. 143.

gegevensbescherming. De processen van rechtsvorming worden door de EU-wetgever geëntameerd en daarna aan co- en zelfregulering overgelaten, zij het met waarborgen voor wat betreft transparantie en onafhankelijkheid. Een rechtsorde van ‘law beyond the state’ kan op deze wijze tot ontwikkeling komen.¹⁵¹

Is daarmee ook sprake van een apart *systeem*? Op dit punt heb ik mijn aarzelingen. Hoewel het waardendebat dat op Europees niveau is gestart uitdrukking krijgt in deze nieuwe reeks van wetgeving, is daarmee niet gezegd dat een geheel nieuwe afslag is gekozen. Zoals de Verdragen ruimte laten voor verschillende ‘socio-economic paradigms’,¹⁵² biedt ook het EU-recht in bredere zin ruimte voor het afwegen van verschillende waarden en doelstellingen. De interne marktrationaliteit uit de eerste decennia van wetgevingsactiviteit in het Europees privaatrecht heeft intussen een rijkere schakering gekregen, onder andere doordat de bescherming van zwakkere partijen in veel gevallen verder is gegaan dan strikt noodzakelijk voor de markt. Ter illustratie kan worden gewezen op de steeds substantiëlere inhoud van de oneerlijkheidsnormen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹⁵³ Buiten het bestek van dit preadvies, maar ook illustratief, is de graduele verschuiving bij financiële dienstverlening naar materiële in plaats van enkel formele of procedurele transparantie voor consumenten.¹⁵⁴ Het Europese privaatrecht lijkt, anders dan als apart systeem, eerder in symbiose met nationaal vermogensrecht te bestaan. Het hanteert vergelijkbare begrippen en knoopt aan bij regels en beginselen uit nationaal recht. De verschillende rationaliteiten van het EU-privaatrecht en het nationale vermogensrecht botsen soms, maar ze vullen elkaar ook aan. *Im grunde* zijn beide erop gericht de juiste balans te vinden tussen economische ordening en sociale rechtvaardigheid, bijvoorbeeld in de vorm van bescherming van zwakkere partijen. Het EU-recht is daarin uitgesproken instrumenteel, het nationale recht niet of minder, al wordt ook op dat niveau bekeken hoe het privaatrecht zich moet verhouden tot maatschappelijke thema’s als klimaat en digitalisering. Daarmee is eerder sprake van verschillende gradaties dan van geheel verschillende systemen.

151. Vgl. Mak 2020.

152. Kaupa 2026, p. 6; zie hierboven par. 5.1.1.

153. Zie o.a. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Mohamed Aziz v. Caixa de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*). Zie ook M.B.M. Loos, ‘Glashelder, toch? Het transparantievereiste in het algemene voorwaarden-recht’, *NTBR* 2023, afl. 7, p. 271-272.

154. J. Luzak & M. Junuzović, ‘Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency of Consumer Credit Contracts’, *EuCML* 2019, afl. 3, p. 97-107; M.B.M. Loos, ‘No Plan B for Traders Using Unfair Terms’, *EuCML* 2022, afl. 1, p. 23-26.

Dat neemt niet weg dat het EU-recht, al is het maar vanwege de beperkte bevoegdheden van de EU-wetgever, minder gedetailleerde regelgeving of zelfs doctrines kan ontwikkelen dan op nationaal niveau bestaan. Of dat erg is, is de vraag. Zoals eerder werd opgemerkt kan het Europese privaatrecht juist door dit wat meer rechte-doorzee karakter soms ook een katalysator zijn voor veranderingen in het nationale vermogensrecht. In de huidige tijd, waarin de waarden waarop het Europese privaatrecht is gebaseerd in flux zijn, kan een dergelijk katalysatormodel mogelijk geoperationaliseerd worden door te kijken naar de rol van het EU-Handvest van de grondrechten.

5.4 Grondrechten als katalysator

Het EU-Handvest lijkt recent te zijn herontdekt door privatisten. Er wordt naar gekeken als basis voor inhoudelijke waarden die invulling kunnen geven aan de open begrippen uit de DSA, DMA, AI Act en CS3D, al worden ze in die context nog gezien als ‘placeholder for everything and nothing’.¹⁵⁵ In het Nederlandse debat heeft het Handvest recent weer aandacht gekregen naar aanleiding van de NJV-preadviezen van 2024, waaronder het preadvies van Kasper Jansen met de titel ‘Het Handvest als privaatrechtelijk instrument’. Jansen noemt het Europese recht in dit kader een ‘civilisator’.¹⁵⁶

De potentie van het Handvest als katalysator zou zeker iets kunnen brengen als het gaat om verwezenlijking van de waarden die tot uitdrukking komen in EU-beleid op het terrein van digitale markten en duurzaamheid. In de wetgeving wordt al uitdrukking gegeven aan de gemengde waarden die bescherming verdienen. Ook in de nationale en Europese rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van zaken waarin het privaatrecht als kader wordt gebruikt voor bescherming van grondrechten, mits ook economische rechten in het geding zijn, zoals hierboven in paragraaf 4.2.2 gezien. In deze gevallen wordt echter geen rechtstreeks beroep gedaan op het Handvest. Wat daarvoor nodig zou zijn, en een slinger zou kunnen geven aan de verdere beweging, is horizontale werking van grondrechten. Horizontale werking houdt in dat grondrechten, die normaalgesproken verplichtingen opleggen aan staten, kunnen worden toegepast in verhoudingen tussen private partijen. Soms gebeurt dat indirect, waarbij grondrechten als gezichtspunt worden meegewogen bij de invulling van open normen uit het nationale recht, zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW) of de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 BW).¹⁵⁷ Directe horizontale werking wordt door het Europees Hof van Justitie in een aantal beperkte gevallen toegepast. In de rechtspraak werd in eerste

155. Helberger e.a. 2024, p. 8.

156. Jansen 2024, p. 278.

157. Jansen 2024, p. 232.

instantie een onderscheid gemaakt tussen rechten en beginselen uit het Handvest, waarvan alleen de specifieke rechten directe horizontale werking konden hebben.¹⁵⁸ Inmiddels wordt de nadruk gelegd op de vraag of een grondrecht zowel dwingend als onvoorwaardelijk van aard is en niet nader hoeft te worden geconcretiseerd door bepalingen van Unierecht of nationaal recht.¹⁵⁹ Door Nederlandse civilisten wordt het echter in het algemeen van de hand gewezen.¹⁶⁰

Hoe reëel is het dat het EU-Handvest als katalysator gaat fungeren? Daarvoor is wel een kleine revolutie nodig. Ten eerste moeten Nederlandse civilisten hun koudwatervrees laten varen voor wat betreft de directe werking van grondrechten. Jansen wijst er terecht op dat directe werking de voorkeur zou moeten hebben, omdat daarmee voorkomen wordt dat in de doorwerking in privaatrechtelijke geschillen een herkwalificatie plaatsvindt, ‘namelijk een kwalificatie van klassieke grondrechten als privaatrechtelijke persoonlijkheidsrechten’, maar geen afwaardering.¹⁶¹ Het probleem daarvan is dat een dergelijk geconstrueerd recht in civilibus geen beperking meer vindt, tenzij wederom op een grondrechtelijke argumentatie wordt gesteund om een inbreuk te rechtvaardigen. Directe werking maakt het wel mogelijk voor de rechter om beperkingen op grondrechten aan te nemen, binnen de grenzen die het EU-Handvest daarvoor aan geeft.¹⁶²

Ten tweede zouden Nederlandse rechters een voorbeeld kunnen nemen aan collega's uit Italië of Duitsland. Zoals hiervoor reeds aangehaald zijn in die landen uitspraken verschenen waarin algemene voorwaarden van Facebook (nu Meta), inhoudende beperkingen op het grondrecht van vrijheid van meningsuiting, getoetst werden onder het regime van de Richtlijn oneerlijke bedingen of de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In de Nederlandse rechtspraak kan die lijn wellicht gevolgd worden. In lagere rechtspraak wordt al wel het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) als grondslag voor rechtsvorderingen gehanteerd, waarin eveneens de vrijheid van meningsuiting als grondrecht is opgenomen (art. 10 EVRM). Op grond van die bepaling zijn verzoeken toegewezen om door gebruikers geplaatste content die onterecht verwijderd was door een

158. Zoals in HvJ EU 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Stadt Wuppertal v Maria Elisabeth Bauer en Volker Willmeroth v Martina Broßmann*).

159. J.H. Gerards, ‘Het EU-Grondrechtenhandvest: een crashcourse’, in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen* (Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 46.

160. Asser/Hartkamp 3-I 2023/227.

161. Jansen 2024, p. 279.

162. Jansen 2024, p. 279-280, met verwijzing naar art. 52 lid 1 Handvest.

onlineplatform weer terug te plaatsen.¹⁶³ In Duitsland bestaat vergelijkbare rechtspraak.¹⁶⁴

5.5 Combinaties

Tot slot zijn combinaties van de drie gepresenteerde modellen denkbaar. De doorontwikkeling van het Europese contracten- en aansprakelijkheidsrecht kan plaatsvinden gelijktijdig met het aannemen van bredere instrumenten zoals de DSA, DMA, AI Act en Data Act. Dat is ook wat nu gebeurt, zoals te zien in het voorstel voor een Richtlijn inzake aansprakelijkheid voor AI en discussies over aanpassing van bestaande regelgeving, in het bijzonder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Tegelijk met deze wetgevingstrajecten kan private regulering worden ontwikkeld en kan via de rechtspraak naar passende oplossingen worden gezocht, waarbij het EU-Handvest voor de grondrechten als katalysator kan fungeren. Met dergelijke combinaties is in beginsel niets mis. Wel is het zo dat de rechtsvorming op deze wijze minder gestroomlijnd plaatsvindt en dat daardoor lacunes in de rechtsbescherming, voor zover die zich voordoen, lang kunnen blijven bestaan. Het kan bijvoorbeeld zijn dat op terreinen waar private regulering dominant is een minder hoog niveau van bescherming wordt gerealiseerd ten aanzien van grondrechten als vrijheid van meningsuiting.¹⁶⁵ Vanuit dat opzicht is het wenselijk dat enige sturing plaatsvindt, waarbij het voor de hand ligt dat de Europese wetgever daarin het voortouw neemt. Digitale markten en duurzaamheid zijn immers per definitie niet gebonden aan landsgrenzen.

6 Tot slot: de barricades op?

Als de in dit preadvies getrokken lijnen worden samengetrokken wordt duidelijk dat de vraag hoe het Nederlandse vermogensrecht zich heeft ontwikkeld onder invloed van het Europese privaatrecht, en welke richting wenselijk is voor de toekomst, niet eenvoudig te beantwoorden is vanuit een systeemperspectief. Het BW van Meijers staat als systeem nog steeds voor wat betreft de hoofdonderdelen en de structuur van het vermogens-

163. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, P. Verbruggen & R. Öncü, 'Private Law Regulation of Online Platforms in the Netherlands', in: F. Casarosa & M. Grochowski (red.), *Enforcing Private Regulation in the Platform Economy*, Tübingen: Mohr Siebeck 2024 (te verschijnen), pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/100236345/SSRN_Private_Law_Regulation_of_Online_Platforms_in_the_Netherlands.pdf.

164. J. Quintais, N. Appelman & R. Ó Fathaigh, 'Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation', *German Law Journal* 2023, vol. 24, afl. 5, p. 899-901.

165. Ook online dispute resolution kan dat probleem niet direct oplossen; zie V. Mak, 'Consumer ODR – Redefining pathways to dispute settlement in a post-consumer society', blog post DSA Observatory 22 juni 2024, dsa-observatory.eu/2024/01/22/consumer-odr-redefining-pathways-to-dispute-settlement-in-a-post-consumer-society/.

recht, ingedeeld in contracten-, aansprakelijkheids- en goederenrecht. De regels die het EU-recht in de vorm van richtlijnen introduceerde, met name ter bescherming van consumenten via het contracten- en aansprakelijkheidsrecht, kunnen als erkers of dakkapellen nog wel enigszins logisch in het huis van het BW worden ingemetseld. Ook daar wringt overigens van tijd tot tijd nog iets, zoals bij de vraag welke reikwijdte maximumharmonisatie heeft in gevallen waar algemene leerstukken uit het vermogensrecht in de toepassing overlappen met het geharmoniseerd gebied. Veel ingewikkelder wordt het echter met de regelgeving die de EU-wetgever, na een voor het privaatrecht wetgevingsluwe periode tussen 2011 en 2019, heeft geïntroduceerd. Ten eerste vervaagt de lijn tussen het bestaande privaatrecht, vervat in het consumenten-*acquis*, en het bredere kader van het EU-recht doordat nieuwe wetgeving een minder duidelijk onderscheid maakt tussen ‘consument’ en ‘burger’. Ten tweede is de inhoud van de regelgeving niet strikt privaatrechtelijk van aard, maar omvatten de DSA, DMA, AI Act, Data Act en CS3D een veel breder kader van publiekrechtelijke regels en grondrechtenbescherming. Ten derde wordt de trend doorgezet dat publiekrechtelijke regelgeving moet worden aangevuld met zelfregulering of co-regulering in de vorm van gedragscodes of standaarden.

Voor het systeem van het BW betekenen deze bewegingen ongetwijfeld dat de invloed van het EU-recht zich nog steviger gaat doen gelden dan tot nu toe het geval is geweest. In welke vorm dat precies zal zijn is zo niet te zeggen, maar dat de wijziging van ‘consument’ naar ‘burger’ ingrijpender gevolgen heeft dan het invoeren van regels over conformiteit, remedies of andere klassiek privaatrechtelijke onderwerpen is overduidelijk.

Welke route voorwaarts wenselijk is, is een andere vraag. Een beetje disruptie kan op zich voor de rechtsontwikkeling ook goed zijn. Een pluralistisch waardendebat biedt de ruimte om meerdere opvattingen en ideeën tegen elkaar af te zetten en daarmee tot een gedragen, democratisch gekozen oplossingsrichting te komen.¹⁶⁶ Niettemin mag een waardendebat er niet toe leiden dat alle verworven rechten op de helling komen te staan. Enige sturing is noodzakelijk om de bescherming van zwakkere partijen, de vrijheid van meningsuiting, gegevensbescherming en andere fundamentele waarden te borgen. Die taak zou bij de wetgever belegd kunnen worden, zoals wordt voorgestaan door Bartl en Hesselink voor het Europese privaatrecht. Een andere optie is ruimte te geven aan de ‘private sphere’, of private regulering, zoals Micklitz betoogt. Zelf ben ik geneigd een derde variant voorop te stellen: een actieve rol van de rechter in het borgen

166. Vgl. Mak 2020, p. 21; P. Schiff Berman, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge: CUP 2012, p. 151.

van rechtsbescherming, waarbij het EU-Handvest van de grondrechten een katalysator kan zijn voor aanpassingen in het privaatrecht.

Het is nog te vroeg om te zeggen of daarmee de revolutie wordt ingezet. Het past niet zo bij het rechterlijk ambt om letterlijk de barricades op te gaan, maar wellicht wel figuurlijk. Bij deze dus een oproep: pak het Handvest erbij en schrijf geschiedenis voor het Europese en nationale privaatrecht!

