

MONOGRAFIEËN PRIVAATRECHT

22 Wereld van verschil

Een vergelijking van Europees en Nederlands verbintenissenrecht

Prof. mr. J.B.M. Vranken



Wolters Kluwer

Deventer – 2025

VOORWOORD

Ik ben veel mensen dank verschuldigd. Allereerst degenen die concepten van het manuscript van commentaar hebben voorzien. Prof. Marco Loos, die ondanks alle terechte kritiek mij het vertrouwen gaf dat het de moeite waard was om verder te gaan. Prof. mr. Rob van Gestel, Prof. mr. Bert van Schaick, mr. Fred Hammerstein, mr. dr. Marnix Snel en mr. dr. Jurgen Braspenning, die ieder op hun eigen manier en vanuit hun eigen deskundigheid eerdere versies van het manuscript onder vuur namen. Nadat ik het manuscript in de zomer van 2024 had afgerond, heb ik mevrouw mr. dr. Esther van Schagen van de Universiteit Utrecht gevraagd het manuscript nog één keer zo kritisch mogelijk te lezen. Zij heeft zich met verve van haar taak gekweten. Veel van haar opmerkingen en suggesties heb ik overgenomen. Uiteraard blijven alle fouten en tekortkomingen alleen mijn verantwoordelijkheid.

Zonder de onuitputtelijke bibliotheek van Prof. mr. Bert van Schaick en de gastvrijheid om daarvan gebruik te mogen maken, zou ik niet op het spoor zijn gekomen van nieuwe literatuur in Duitsland, België en Frankrijk. Met regelmatige updates wees hij mij op recente publicaties of rechterlijke uitspraken die voor mijn onderzoek relevant waren. Hij heeft mij vervolgens, toen ik het zelf niet meer goed kon, geholpen met het tekstklaar maken van het manuscript en het overleg met Kluwer. Zijn steun stijgt ver uit boven normale collegialiteit en vriendschap. Ik ben hem daarvoor uitermate dankbaar.

Literatuur en rechtspraak zijn bijgehouden tot omstreeks augustus 2024. De uitspraken in *Bol.com* en *Capabel* van 4 oktober 2024 heb ik wel nog opgenomen, maar niet diepgaand verwerkt.

Ik draag dit boek, het laatste, op aan mijn echtgenote Ine en aan onze beide zonen Ralf en Luuk met hun partners en hun kinderen, onze kleinkinderen.

Berkel-Enschot, 10 oktober 2024

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

DEEL A: UITERLIJKE VERSCHILLEN TUSSEN EUROPEES EN NEDERLANDS VERBINTENISSENRECHT IN B2C-VERHOUDINGEN

HOOFDSTUK I

Afbakening van het onderwerp / 3

1. Inleiding / 3
2. Aanpak / 5

HOOFDSTUK II

Bronnen van Europees verbintenissenrecht / 7

1. Een pragmatische insteek: beperken tot overeenkomst en onrechtmatige daad in b2c-verhoudingen / 7
2. Bronnen / 9
 - a. Richtlijnen en verordeningen in b2c-verhoudingen / 9
 - Over overeenkomsten / 10
 - Over onrechtmatige daad / 12
 - b. Soft law, zelfregulering en andere middelen / 14
 - c. EU Handvest grondrechten en het EVRM / 18
 - d. Zijdelingse europeanisering en harmonisatie, in drie varianten / 20
 - e. Unificatieprojecten van rechtswetenschap en EU (principles) / 28
 - f. Algemene beginselen van EU-recht / 30
 - g. Rechtspraak van HvJ EU, EHRM en nationale rechters / 31

HOOFDSTUK III

Uiterlijke verschillen tussen Europees en nationaal verbintenissenrecht / 33

1. Lengte en gedetailleerdheid van de Europese bepalingen / 33
2. Europees verbintenissenrecht is er alleen in 'bits and pieces', her en der opgenomen in het BW / 35
3. Toelichtende stukken / 38
 - a. Wetsgeschiedenis (Nederland) / 38
 - b. Wetsgeschiedenis (Europees verbintenissenrecht) / 39
 - c. Belang van recitals (overwegingen) in EU-richtlijnen en verordeningen / 41

- d. Voorbeelden van recitals over de doelstellingen van Europees verbintenissenrecht: interne markt en consumentenbescherming / 43
- 4. Europees verbintenissenrecht is de blikvanger in regelgeving en wetenschap / 43
 - a. Twee snelheden. Europa is sneller en dynamischer / 43
 - b. Maar verleidt tot overhaaste conclusies over 'het' Nederlandse verbintenissenrecht / 45
 - c. Relativerende cijfers en opmerkingen over de toegenomen europeanisering van het Nederlandse verbintenissenrecht / 46
- 5. Literatuur geen integrale behandeling, zelfs niet per leerstuk, en nauwelijks rechtsvergelijkend / 48
- 6. De motiveringsstijl van het HvJ EU in prejudiciële uitspraken / 50

DEEL B: FUNDAMENTEEL-INHOUDELIJKE VERSCHILLEN TUSSEN EUROPEES EN NEDERLANDS VERBINTENISSENRECHT IN B2C-VERHOUDINGEN

HOOFDSTUK IV

Europees verbintenissenrecht is verplichtend tot in zijn haarvaten / 55

- 1. Analyse van zes verschillen, tegelijk zes aspecten van verplichtend Europees verbintenissenrecht / 55
- 2. Nederlands verbintenissenrecht / 55
 - a. Regelend recht is de norm / 55
 - b. Private handhaving / 58
 - c. Bescheiden doelstellingen: niet instrumenteel / 60
- 3. Europees verbintenissenrecht is in alle opzichten anders / 62
- 4. De zes aspecten van verplichtend Europees verbintenissenrecht / 64

HOOFDSTUK V

Consumentenbescherming in dienst van de interne markt / 67

- 1. Europees verbintenissenrecht is instrumenteel / 67
 - a. Interne markt / 67
 - b. Consumentenbescherming / 68
- 2. 'It's the economy' / 71
- 3. De interne markt heeft de overhand, maar kent ook verliezers / 73

HOOFDSTUK VI

Europees verbintenissenrecht is dwingend / 77

- 1. Het schema dwingend – regelend recht in de lidstaten / 77
 - a. Gradaties van dwingend recht in de lidstaten / 77
 - b. Sanctionering nationaal / 78
- 2. Dwingend Europees verbintenissenrecht / 79
 - a. Geen terugval op regelend Europees recht / 79
 - b. Dwingend recht is de norm, maar zonder de gradaties van de lidstaten / 81
 - c. Een voorbeeld dat bij de implementatie geen zout op slakken wordt gelegd. / 83

- d. Privaatrechtelijke sancties op geïmplementeerd verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen en daaraan te stellen eisen / 83
- e. Ambtshalve toepassing / 88

HOOFDSTUK VII

De implementatieplicht op straffe van zware sancties / 91

- 1. De implementatieplicht / 91
- 2. Sancties op niet-nakoming van de implementatieplicht: de inbreukprocedure / 93
- 3. Vervolg sancties: staatsaansprakelijkheid / 93
 - a. Voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid / 95
 - b. De voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid nader bekeken / 96
 - c. Voorbeeld van de moeizame afbakening van acte clair, acte éclairé, niet stellen van een prejudiciële vraag en staatsaansprakelijkheid / 98

HOOFDSTUK VIII

De plicht tot richtlijnconforme interpretatie / 101

- 1. Geen directe horizontale werking van richtlijnen / 101
- 2. Wel directe verticale werking in de verhouding van burger tegen staat / 103
 - a. Maar niet in de omgekeerde verhouding van staat tegen burger / 104
 - b. Nog andere uitzonderingen? / 104
- 3. Scheurtjes in het verbod op directe horizontale werking van richtlijnen / 105
- 4. De plicht tot richtlijnconforme interpretatie: algemeen / 107
 - a. Verhouding tot andere leerstukken en stappenplan / 107
 - b. Het verschil tussen directe horizontale werking en richtlijnconforme interpretatie / 108
 - c. Bevoegdheidsafbakening HvJ EU en nationale rechters is over en weer niet sluitend / 110
- 5. Vervolg plicht tot richtlijnconforme interpretatie: voorwaarden en grenzen / 113
 - a. Eerste voorwaarde: hoe luidt het Europese recht? De nationale rechter als Europese rechter. Praktische en principiële grenzen / 113
 - b. Rechtsvergelijking als Europese interpretatiemethode is te hoog gegrepen. Een praktisch en wenselijk alternatief / 115
 - c. De nationale wetsgeschiedenis van de implementatiewet als Europese interpretatiemethode is opvallend / 119
 - d. Tweede voorwaarde: hoe luidt het nationale recht? Richtlijnconforme interpretatie is een inspanningsverplichting. Grenzen in contra legem en algemene rechtsbeginselen als rechtszekerheid / 122
 - e. Grondrechten als nieuwe grens aan toepasselijkheid nationaal recht / 127

HOOFDSTUK IX

Handhaving in vijfvoud / 131

1. Relativering betekenis van privaatrechtelijke handhaving van Europees verbintenissenrecht in de voorgaande hoofdstukken / 131
2. Handhaving is een onderbelicht onderwerp in de Nederlandse literatuur / 131
3. Publiek- en privaatrechtelijke handhaving van verbintenissenrecht, nationaal en Europees / 135
 - a. Nationaal: enkelvoudig / 135
 - b. Europees: vijfvoudig / 138
 - c. Publiekrechtelijke handhaving doorgaans effectiever dan privaatrechtelijke handhaving / 140
 - d. Geen onder-, boven- of nevenschikking van publiek- en privaatrechtelijke handhaving / 143
 - e. Publiekrechtelijke handhaving met soms privaatrechtelijke instrumenten / 146
4. Collectieve privaatrechtelijke handhaving in opkomst; prejudiciële vragen aan de Hoge Raad / 149
 - Collectieve vorderingen / 149
 - Algemeenbelangvorderingen / 153
 - Prejudiciële procedures bij Hoge Raad en HvJ EU / 155

HOOFDSTUK X

De Nederlandse rechtsvindingsleer in Europees verbintenissenrecht is fundamenteel anders / 161

1. Opzet van het hoofdstuk / 161
2. Eerste stap: uitleg van Europees b2c-verbintenissenrecht door de Nederlandse rechter / 162
3. Tweede stap: inpassing van Europees b2c-verbintenissenrecht in het Nederlandse recht / 164
4. Afwijkingen van nationale civiele procedureregels / 166
5. Handvest en EVRM / 167

AFRONDING / 169

1. Enkele kritische observaties / 171
2. Varia / 175

Enige verkort aangehaalde literatuur / 177

Rechtspraakregister / 181

Trefwoordenregister / 185

Bijlage I / 189

DEEL A: UITERLIJKE VERSCHILLEN TUSSEN EUROPEES EN
NEDERLANDS VERBINTENISSENRECHT IN B2C-VERHOUDINGEN

Afbakening van het onderwerp

1. Inleiding

[1] De afgelopen jaren heb ik veel te maken gehad met Europees verbintenissenrecht, of zoals ik eigenlijk moet zeggen en hierna steeds zal bedoelen als ik schrijf over Europees verbintenissenrecht: met verbintenissenrecht van Europese origine of invloed.¹ Als advocaat behandelde ik zaken op het terrein van financieel recht waarin de Europese regelgeving en de rechtspraak van het HvJ EU meer en meer de dienst uitmaakten.² Maar ook een eenvoudig geval als dat van een 9-jarig kind dat zonder toestemming van zijn ouders games had weten te bestellen bij Microsoft tot een bedrag van meer dan € 1000, leerde mij hoe Europees het verbintenissenrecht soms geworden is. Met een beroep op de handelingsonbekwaamheid van art. 3:32 BW kwam ik er niet. Ik moest in de Europese bronnen duiken en dat viel niet mee.³ Alleen al de juiste Europese regelingen vinden was reuze ingewikkeld, onder meer omdat ze waren herzien of elkaar overlaptten zonder dat er altijd sluitende afstemmingsbepalingen waren opgenomen. En ook als deze er wel zijn, wordt het er niet altijd eenvoudiger op. Gebruikelijk is om in richtlijnen en verordeningen te bepalen in hoeverre ze geen afbreuk doen aan de bescherming of gelding van andere richtlijnen of verordeningen. Zo bepaalt bijvoorbeeld de Digital Services Act (2022/2065/EU) dat deze verordening van toepassing is onverminderd de regels die zijn vastgelegd door ... en dan volgen negen richtlijnen en verordeningen die niet specifiek worden aangeduid dan, om er een paar te noemen, Richtlijn 2000/31/EG; Richtlijn 2010/13/EG; Verordening 2019/1150/EU; het EU-recht betreffende consumentenbescherming en productveiligheid, met inbegrip van Verordening 2017/2394/EU; het EU-recht betreffende de bescherming van persoonsgegevens, met name Verordening 2016/679/EU en Richtlijn 2002/58/EG. Ga er maar aanstaan.⁴

[2] Een iets minder problematisch voorbeeld in de rechtspraak van de Hoge Raad is een zaak over de ongevraagde maar wel geaccepteerde levering van drinkwater. Aan de orde

1 Een afbakening volgt hierna in par. 2.

2 Cassatiezaken over effectenlease tussen Leaseproces en Dexia, waarbij ik aan de kant van de door Leaseproces vertegenwoordigde afnemers stond.

3 R. Westrik 2016 vertolkt en illustreert eenzelfde ervaring.

4 Eenvoudiger is (lijkt?) de afstemming in overweging 20 van Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770/EU) over de verhouding tot Richtlijn verkoop goederen (2019/771/EU) en tot Richtlijn Consumentenrechten (2011/83/EU). Maar wat te zeggen over overweging 32 van de laatste Richtlijn (2011/83/EU): “De bestaande wetgeving van de Unie, onder meer op het gebied van financiële diensten voor consumenten, pakketreizen en timesharing, omvat talrijke regels inzake consumentenbescherming. Daarom mag deze richtlijn niet van toepassing zijn op overeenkomsten op deze gebieden.”?

was of de afnemer (een consument) door de acceptatie van de levering geacht moest worden een overeenkomst met de leverancier te hebben gesloten. De vraag rees of bij de beoordeling ook Europese richtlijnen betrokken moesten worden, met name of sprake was van een agressieve handelspraktijk van de leverancier in de zin van art. 6:193i onder f BW, dan wel van een ongevraagde levering als bedoeld in art. 7:7 lid 2 BW. Het antwoord op deze vraag was afhankelijk van de uitleg in onderling verband van art. 9 Richtlijn koop op afstand (97/7/EG), art. 27 Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) en art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG) van welke bepalingen art. 6:193i onder f BW en art. 7:7 lid 2 BW de implementatie vormen. De Hoge Raad stelde er prejudiciële vragen over aan het HvJ EU. Uiteindelijk bleek dat geen van de drie richtlijnen toepasselijk was, maar dat was een conclusie die pas na langdurig onderzoek kon worden bereikt.⁵ Voorts moet men vrijwel altijd bedacht zijn op latere ontwikkelingen in de regelgeving⁶ die soms schuilgaan onder titels van richtlijnen of verordeningen waarmee men ze niet meteen in verband brengt. Oneerlijke, misleidende en agressieve gepersonaliseerde reclames kunnen in strijd zijn met de geïmplementeerde Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, maar dat art. 39 van de Digital Services Act per 17 februari 2024 er nieuwe regels aan toevoegt voor grote online platforms en zoekmachines, vereist dat men thuis is in de materie. Pas dan ook kan men weten dat de DSA niet geldt voor gepersonaliseerde reclames op eigen kanalen van bedrijven, zoals webshops en apps.⁷

[3] Al doende heb ik veel verschillen genoteerd met de Nederlandse situatie waarmee ik vertrouwd was. In het begin ging het vooral om uiterlijkheden als de lengte van Europese wetsartikelen, maar hoe inhoudelijker mijn omgang met het Europese verbintenissenrecht werd, hoe fundamenteeler de verschillen waren met de Nederlandse aanpak die opvielen. Dat maakte mij nieuwsgierig. Ik besloot een lijstje aan te leggen en te proberen de verschillen een voor een uit te werken, zowel uiterlijk als, vooral, fundamenteel-inhoudelijk. Dat is dit boek geworden. Het onderscheidt zich van de boeken van Hartkamp en Keus⁸ door de systematische vergelijking van Nederlands en Europees verbintenissenrecht. Hartkamp en Keus schrijven vanuit het perspectief van het Europese recht en analyseren hoe dat recht doorwerkt in het Nederlandse vermogens- respectievelijk privaatrecht. In het algemeen

5 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1889, NJ 2022/254, m.nt. M.B.M. Loos jo. HvJ EU 3 februari 2021, C-922/19 (*Stichting Waternet*). De prejudiciële vragen zijn gesteld in HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1972, NJ 2020/20.

6 Uiteraard moet men ook de ontwikkelingen in de rechtspraak in het oog houden. Dat klinkt eenvoudiger dan het is, alleen al vanwege de grote aantallen uitspraken van het HvJ EU.

7 Ontleend aan B.B. Duivenvoorde, 'Handhaving van de OHP-regels bij gepersonaliseerde reclame', *TvC* 2024, p. 5-15. De nieuwe regels van art. 39 DSA zijn overigens allesbehalve duidelijk volgens hem.

8 De enige twee andere algemene Nederlandse boeken over Europees privaatrecht zijn *Asser/Hartkamp* 3-1 2023, en Keus, *Europees Privaatrecht* (Mon. BW nr. A30) 2024.

is dit ook de insteek van de literatuur in de lidstaten die ik geraadpleegd heb.⁹ Het liefst zou ik nog enkele andere (niet alle 27!) rechtsstelsels in de vergelijking met Europees verbintenissenrecht hebben betrokken, maar dat gaat mijn kennis en krachten te boven. Kennelijk ook die van anderen, want dergelijke studies bestaan bij mijn weten niet.

2. Aanpak

[4] Ik ga als volgt te werk. Ik begin met een uitleg van wat ik in dit boek onder Nederlands en Europees verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen versta en welke bronnen ik in aanmerking neem (hoofdstuk II). Vervolgens bespreek ik zes in het oog springende uiterlijke verschillen tussen beide (hoofdstuk III). Hiermee sluit ik deel A af. Het is iets uitvoeriger geworden dan ik aanvankelijk had gepland. De nadruk ligt niettemin op deel B, waarin ik zes fundamenteel-inhoudelijke verschillen tussen Europees en Nederlands verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen bespreek. In hoofdstuk IV introduceer ik de verschillen en werk ze achtereenvolgens uit in de hoofdstukken V tot en met X. Elk verschil staat voor een aspect van wat ik heb gedoopt als 'het tot in de haarkvaten verplichtend karakter van het Europees verbintenissenrecht'.¹⁰ Op voorhand meld ik dat er onderwerpen zijn die meer dan één keer ter sprake komen. In een thematische aanpak als de mijne is dat niet altijd te vermijden, omdat sommige onderwerpen bij meer thema's van belang zijn. Met interne verwijzingen geef ik dit aan.

De geschiedenis en de vaak tumultueuze ontwikkeling van Europees recht, met zijn groeistuipe en zelfs met fasen waarin het bestaan van de Europese gemeenschap/unie aan een zijden draad hing,¹¹ komen alleen ter sprake voor zover ze nuttig zijn voor mijn analyse.

9 De op het privaatrecht toegespitste Duitse boeken zijn van Gebauer/Wiedmann 2021 (een zgn. Kurzkommentar, maar wel van 2500 bladzijden) en Stürner 2021. Ook heb ik veel gelezen van Hans-W Micklitz, onder meer 2012 en 2016. Het Franse boek van Dominique Fenouillet 2020 is vooral een commentaar op de Code de la Consommation, maar doet in omvang niet veel onder voor Gebauer/Wiedmann. Straetmans & Steennot 2023 over Belgisch recht is eveneens heel volledig. Voorts verwijs ik naar Belgische literatuur over het nieuwe Belgische verbintenissenrecht [54], alsook naar de Belgische dissertaties van Werbrouck over doorwerking van materieel Europees recht in het civiele procesrecht [20, 82], en van Nowak 2021 over ambtshalve toepassing van EU-recht in België [20, 70, 82].

10 Vooral naar doelstelling, werking, handhaving en sanctionering. Stürner 2021, p. 107 spreekt van verschillen in 'Genese, Zielrichtung und Wirkungsweise.' De 'Wirkungsweise' is mijn 'tot in de haarkvaten verplichtend karakter van het Europees verbintenissenrecht'.

11 Ze is er steeds weer bovenop gekomen. Alleen in de crisis met het Verenigd Koninkrijk heeft de EU verloren en de Brexit moeten toestaan, maar die heeft geen navolging gekregen van een van de 27 overgebleven lidstaten.

Hetzelfde doe ik met algemene leerstukken als voorrang en directe werking, en met de bevoegdheden, instrumenten en besluitvormingsprocedures van de belangrijkste Europese instituties. Voor een systematisch verantwoorde behandeling van deze onderwerpen verwijs ik naar de hand- en studieboeken Europees recht. In Nederland zijn die dun gezaaid, maar zeker Duitsland en Engeland bieden genoeg keuze.¹²

12 Voor Nederland: Van de Gronden 2021; Eijssbouts 2020; P.J. Slot e.a., *Inleiding Europees recht* 2008 (deels verouderd, maar analytisch sterk). Voor Duitsland onder meer Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, *EUV/AEUV* 2023 en Strenz, *Europarecht* 2023. Engeland biedt opvallend genoeg de grootste keuze: Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials UK Version* 2020; dez. (eds), *The Evolution of EU Law* 2021; Catherine Barnard (ed), *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms* 2022; Steve Peers and Catherine Barnard, *European Union Law* 2023; Nigel Foster, *EU Law Directions* 2023; Marios Costa and Steve Peers, Steiner and Woods, *EU Law* 2023; Takis Tridimas, *The Foundations of European Union Law* 2023. Interessant, want veel analytischer dan gemiddeld, is Stephen Weatherill, *Law and Values in the European Union* 2016. Bijzonder vind ik ook Walter van Gerven, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, 2005.

Bronnen van Europees verbintenissenrecht

1. Een pragmatische insteek: beperken tot overeenkomst en onrechtmatige daad in b2c-verhoudingen

[5] Men kan moeilijk doen over het antwoord op de vraag wat onder Europees verbintenissenrecht moet worden verstaan, maar ik heb voor een pragmatische en redelijk hanteerbare afbakening gekozen. Ik richt mij uitsluitend op dat deel van het Europees verbintenissenrecht dat in Nederland het overeenkomsten- en onrechtmatigedaadrecht heet. Overeenkomst en onrechtmatige daad zijn de twee belangrijkste leerstukken van het verbintenissenrecht,¹ meer dan ongerechtvaardigde verrijking, onverschuldigde betaling en zaakwaarneming. Daarom laat ik deze laatste buiten beschouwing; Europees is er ook niet veel over te melden.² Het op deze manier afgebakende Europees verbintenissenrecht is vooral consumentenrecht. Het heeft betrekking op de rechtsverhouding consument en handelaar (bedrijf, onderneming), de zgn. b2c-verhouding. Een equivalent in het Nederlandse verbintenissenrecht bestaat niet. Consumentenrecht is in Nederland vrijwel helemaal van Europese origine.³ Ik kan dus niet Europees en Nederlands consumentenrecht met elkaar vergelijken. De vergelijking moet betrekking hebben op het consumentenrecht van Europese origine met het algemene Nederlandse overeenkomsten- en onrechtmatigedaadrecht voor burgers. Er is in Nederland op enkele uitzonderingen na geen overeenkomsten- of onrechtmatigedaadrecht dat specifieke bepalingen bevat voor burgers in verhouding tot handelaren (professionele wederpartij).⁴ Een b2c-verhouding in het Nederlandse recht

1 Contract Law, Tort Law en Law of Obligations in de common law van de UK.

2 Zie de in [3] vermelde boeken van Keus en Hartkamp die er wel aandacht aan besteden. Gebauer/Wiedmann 2021 en Stürner 2021 zeggen er niets over.

3 Het is vooral opgenomen in de boeken 6 en 7 van het BW. Zie voor een opsomming hierna onder [7] en [9]. Ik noem met name de overeenkomsten tussen handelaren en consumenten (afdeling 6.5.2B), consumentenkoop (onderdeel van Titel 7.1 BW), timeshare-overeenkomsten (Titel 7.1A BW), overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten (Titel 7.1AA BW) en consumentenkredietovereenkomsten (Titel 7.2A), alsmede onderdelen van de regelingen over algemene voorwaarden (Titel 6.5.3 BW), goederenkrediet (Titel 7.2B BW), pakketreizen (Titel 7.7A BW), betalingstransacties (Titel 7.7B BW), producten-aansprakelijkheid (afdeling 6.3.3 BW) en oneerlijke handelspraktijken (afdeling 6.3.3A BW).

4 Bijvoorbeeld bij opdracht/lastgeving (Titel 7.7 BW), borgtocht (Titel 7.14 BW), verzekering (Titel 7.17 BW). Een regeling over oneerlijke bedingen in b2b-verhoudingen, zoals onder meer in België bestaat, kent Nederland niet. Zie Simon Geiregat en Reinhard Steennot, 'Impact van de b2b-wet op de wilsautonomie en de rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse', *TPR* 2019, p. 973-1053; Florian Pollefeyt, '(On)zin van de b2b-onrechtmatige bedingenleer na de hervorming van het verbintenissenrecht', *TPR* 2023, p. 1303-1416.

(waarbij de c staat voor burger) wordt dus in de regel door het algemene recht beheerst, terwijl voor het Europees consumentenrecht juist het tegendeel geldt: het bevat veel specifieke regels voor b2c-verhoudingen, die ook nog eens heel gedetailleerd zijn. Dit kenmerk geeft al een voorproefje van de enorme verschillen tussen Europa en Nederland op dit gebied.

Ik spreek in het vervolg kortweg van (een vergelijking tussen) Europees en Nederlands verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen. Uit het voorgaande volgt dat dit niet helemaal correct is, maar het is van een hanteerbare beknoptheid die ik niet steeds opnieuw hoeft uit te leggen. Als ik de toevoeging 'in b2c-verhoudingen' weglaat, moet die wel als inbegrepen worden beschouwd, tenzij uit de context iets anders volgt. Hier voeg ik nog slechts toe dat ik de beperking van consumentenrecht tot b2c-verhoudingen niet helemaal strikt kan doorvoeren, omdat er ook b2b-richtlijnen en verordeningen zijn die indirect of mede relevant zijn voor consumenten. Hetzelfde geldt voor de vraag of kleinere ondernemingen (SME's) niet eenzelfde bescherming moet worden geboden als consumenten, omdat ze in een vergelijkbare, afhankelijke positie verkeren. De vraag is altijd al in discussie geweest en inmiddels bevestigend beantwoord in enkele recente verordeningen over bescherming tegen overeenkomsten met onlineplatforms. Ik noemde al de Digital Services Act van 2022/2065/EU en de Digital Market Act van 2022/1925/EU. Zo ook de identieke recital 16 van de Richtlijn digitale inhoud en diensten (2019/770/EU) en recital 21 van de Richtlijn verkoop goederen (2019/771/EU): "De aan consumenten geboden bescherming mag ook uitgebreid worden naar natuurlijke of rechtspersonen die geen consument zijn in de zin van deze richtlijn, zoals niet-gouvernementele organisaties, start-ups of kmo's." Waar nodig zal ik er aandacht aan besteden, maar niet meer dan zijdelings.

Ik heb overwogen het onderwerp van het boek uit te breiden tot Europees vermogensrecht, waardoor ik ook het goederenrecht erin zou kunnen betrekken. Ik heb ervan afgezien, niet omdat het goederenrecht niet interessant zou zijn of nog te weinig Europees ontwikkeld, maar louter omdat ik de indruk heb dat de vergelijking van nationaal en Europees goederenrecht andere fundamenteel-inhoudelijke verschillen zou opleveren dan de vergelijking van het overeenkomsten- en onrechtmatige daadrecht. Het verdient daarom een eigen boek.⁵

5 Zie onder meer Bram Akkermans & Anna Berlee (red.), *Sjef-Sache* 2021 (afscheidsbundel Sjef van Erp). Deel II gaat over Concept of Property, deel IX over Property and Technology, waarvan ik met name het heldere overzicht noem van Christine Godt in haar bijdrage 'Data Property: Entitlements between "Ownership", Factual Control and Acces to Commons', p. 449-484; zie ook Rb. Amsterdam (Commercial Court) 21 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2540 waarin geen eigendomsrecht op data is aanvaard, wel op datadragers. Op Europees niveau is de datastrategie gericht op een vrij verkeer van data, het ontsluiten van hun waarde en het voor iedereen toegankelijk maken ervan. Zie onder meer de Open Data Richtlijn (2019/1024/EU, i.w.tr. juni 2024), Data Governance Act (2022/868/EU, i.w.tr. september 2023) en Data Act (COM 2022, 68 final, i.w.tr. januari 2024).

2. Bronnen

a. Richtlijnen en verordeningen in b2c-verhoudingen

[6] De bronnen voor het Europees verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen zijn vooral⁶ te vinden in het primaire en secundaire unierecht.⁷ Het primaire recht wordt gevormd door de vier vrijheden (goederen, personen, diensten, kapitaal) en het mededingingsrecht, alsmede het Handvest grondrechten. Het secundaire recht bestaat uit het door richtlijnen en een enkele verordening⁸ geharmoniseerde overeenkomsten- en onrechtmatigedaadrecht in b2c-verhoudingen. Voor mijn onderwerp gaat het vooral om het secundaire recht en de grondrechten van het Handvest (samen met het EVRM⁹). De grondrechten bespreek ik niet afzonderlijk,¹⁰ maar alleen voor zover van belang bij de uitleg en toepassing van richtlijnen. Het primaire unierecht van de vier vrijheden¹¹ droeg en draagt niet veel bij aan het onderwerp van dit boek, ook al omdat privaatrechtelijke wetten en regels daaraan weliswaar getoetst kunnen worden, maar zelden ermee in strijd zijn geoordeeld.¹² Bovendien zijn vrijheden ook geconcretiseerd in secundair recht en lijkt het erop dat het secundaire recht vóór gaat, althans dat ze in voorkomend geval naast elkaar in aanmerking worden genomen (de zaak *Mangold*).¹³ Evenmin indrukwekkend voor het Europese verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen zijn de, deels in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde, algemene beginselen van EU-recht, met uitzondering van non-discriminatie¹⁴ en van de beginselen

6 Ik zal daarnaast ingaan op soft law, dat geen officiële rechtsbron is in de EU, maar in de praktijk wel van grote betekenis is [10-13], alsook, maar heel kort, op de unificatieprojecten vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw [21-22]. Voorts schaar ik de zijdelingse europeanisering en harmonisatie onder de bronnen van Europees vermogensrecht en betrek die, anders dan gebruikelijk, ook op het civiele procesrecht ([15-20]). Het IPR laat ik buiten beschouwing.

7 Verhelderend is het onderscheid dat Keus, *Europees Privaatrecht (Mon. BW nr. A30) 2024/6-8* maakt tussen, voor zover hier relevant, uniform privaatrecht (de Unieverdragen zelf met het Handvest, en de verordeningen, die rechtstreeks en met voorrang boven afwijkend nationaal recht van toepassing zijn), geharmoniseerd privaatrecht (met name richtlijnen) en zijdelingse beïnvloeding.

8 Het aantal verordeningen lijkt toe te nemen, maar ze hebben tot nu toe niet direct alleen op consumenten betrekking (DSA en DMA). Zie ook hierna in [7]. De wettelijke grondslag voor verordeningen is art. 288 VWEU (voorheen art. 249 EG-Verdrag), voor richtlijnen vooral art. 114 VWEU. Over richtlijnen met name Prechal 2005.

9 Zodra de EU is toegetreden tot het EVRM – art. 6 lid 2 VEU verplicht de EU daartoe – zal ook het EVRM behoren tot het primaire unierecht. De onderhandelingen vlotten niet erg.

10 Daarover Asser/Hartkamp 3-1 2023, hoofdstuk 6 (p. 191/229); Stürner 2021, p. 128-154; Gebauer/Wiedmann 2021, p. 214-220.

11 Het mededingingsrecht als onderdeel van het primaire EU-recht heeft niet direct betrekking op consumentenbescherming, maar kan indirect wel van belang zijn.

12 Volgens Stürner 2021 p. 132 (jo. p. 127-135) zelfs nooit, behalve voor zover sprake is ongeoorloofde discriminatie. Vergelijk ook de zeer bescheiden resultaten in het overzicht van Asser/Hartkamp 3-1 2023/35-38, en in de bespreking ervan in Gebauer/Wiedmann 2021, p. 100-214.

13 [23] en [101] over de zaak *Mangold*. Zie voorts Gebauer/Wiedmann 2021, p. 111, 136/7, 154/5; Stürner 2021, p. 147-154 en p. 167. De concretisering in secundair recht is nodig, aldus Laagland, preadvies 2024, p. 335/6. Over dit connexiteitsvereiste [130].

14 Gebauer/Wiedmann 2021, p. 100-110; Asser/Hartkamp 3-1 2023/53-56, 64-65, 147 en 150-151.

die betrekking hebben op handhaving en sanctionering (hoofdstuk IX).¹⁵ Ik zal ze hierna sub f als afzonderlijke rechtsbron benoemen. Uiteraard zijn bij dit alles de rechtspraak van het HvJ EU en van de Hoge Raad (en ook die van het EHRM) onmisbare rechtsbronnen. Rechtspraak heeft niet alleen betekenis voor de uitleg en ontwikkeling van het Europees verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen, maar zij draagt ook bij aan de harmonisatie van dit recht in een meergelaagde rechtsorde en aan de realisering van de interne markt met een hoge bescherming voor consumenten (hoofdstuk V). Het zijn functies die wezenlijk verder gaan dan het bevorderen van de rechtseenheid in een louter nationale context.

Over overeenkomsten

[7] De relevante richtlijnen over Europees verbintenissenrecht in b2c-verhoudingen, gaan in de praktijk tot nu toe bijna allemaal over overeenkomsten, niet over onrechtmatige daad. In een noot noem ik een aantal belangrijke richtlijnen met hun plaats in het BW.¹⁶ Er zijn ook andere lijsten.¹⁷ Ze hebben alle op consumentenbescherming betrekking.¹⁸ Er zijn verschillende varianten. Soms regelt de richtlijn een bijzondere overeenkomst, maar vrijwel nooit helemaal, meestal een aspect ervan, bijvoorbeeld de toets aan oneerlijke bedingen – een van de belangrijkste onderwerpen, zoals nog blijken zal – of de versterking van de handhaving. Soms betreft de richtlijn vooral de wijze van totstandkoming van een overeenkomst, bijvoorbeeld online, soms de gevolgen van niet-nakoming, en soms is sprake van een combinatie. Sommige richtlijnen vervangen eerdere richtlijnen over hetzelfde of een aanpalend onderwerp en zijn dan meestal niet alleen uitvoeriger, maar ook strenger. In de Moderniseringsrichtlijn (2019/2161/EU) komt tot uitdrukking dat inmiddels substantieel meer aandacht uitgaat naar een betere handhaving van de regels van consumentenbescherming. Vier bestaande richtlijnen worden hieraan aangepast.

Tot zo ver richtlijnen die inhoudelijk direct en alleen op overeenkomsten en consumentenbescherming betrekking hebben. Er zijn nog geen verordeningen op dit terrein. Wel zijn er verordeningen die indirect of mede van belang zijn voor de bescherming van consumenten.¹⁹ Ik denk aan de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

15 Ik verwijs naar *Asser/Hartkamp 3-1 2023/105-151* die uitvoerig aandacht besteedt aan de algemene beginselen van EU-recht en positiever is. Zie ook Keus, *Europees Privaatrecht (Mon. BW nr. A30) 2024/29-35*. Gebauer/Wiedmann 2021 zegt er niets over. Stürner 2021, p. 113-114, p. 249-264 behandelt goede trouw, misbruik van recht en het proportionaliteitsbeginsel. Zie ook hierna [23].

16 Oneerlijke bedingen/algemene voorwaarden (Afdeling 6.5.3 BW), overeenkomsten tussen handelaren en consumenten/consumentenrechten (Afdeling 6.5.2B), consumentenkoop (onderdeel van Titel 7.1 BW), timeshare (Titel 7.1A BW), overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten (Titel 7.1AA BW), consumentenkrediet-overeenkomsten (Titel 7.2A), en pakketreizen (Titel 7.7A BW).

17 Stürner 2021, p. 211-217 geeft een opsomming van (bijna 50) richtlijnen en verordeningen die relevant zijn of waren (want ingetrokken of vervangen) voor het overeenkomstenrecht, maar ruimer dan in b2c-verhoudingen. Zie voorts de lijsten van Reichenbach 2024, p. 124-125, *Asser/Hartkamp 3-1 2023*, Annex I, en Keus, *Europees Privaatrecht (Mon. BW nr. A30) 2024/40-41*, die ook de inhoud en het verdere beleid van de Europese Commissie op dit terrein beschrijft.

18 De in Boek 7 BW opgenomen bijzondere overeenkomsten Verzekering en Arbeidsovereenkomst kenden al richtlijnen vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw. Zie het overzicht in bijvoorbeeld Filip de Ly, *Europese gemeenschap en privaatrecht* (oratie 1993), p. 4-13. Ik laat beide typen overeenkomsten hier buiten beschouwing, op een enkel voorbeeld na.

19 Soms zal dit een vordering op grond van onrechtmatige daad moeten zijn, maar in het Nederlandse recht is er niet veel verschil met een vordering op grond van wanprestatie.