



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vriest het of dooit het? Herijking van het consumentenrecht en marktpraktijkenrecht

Mak, V.

Citation

Mak, V. (2022). Vriest het of dooit het?: Herijking van het consumentenrecht en marktpraktijkenrecht. *Tijdschrift Voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2022(1), 2-5. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3567388>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3567388>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Vriest het of dooit het? Herijking van het consumentenrecht en marktpraktijkenrecht

Bespreking van de preadviezen van Charlotte Pavillon en Willem van Boom voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR). Thema: 'Privaatrechtelijke bescherming herijkt'. De herijking waar de titel op doelt is fundamenteel van aard. Pavillon gaat in op de vraag of, en hoe, het consumentencontractenrecht zou moeten worden aangepast in het licht van duurzame productie en consumptie. Van Boom richt zich op de verhoudingen tussen professionele marktpartijen en presenteert een herordening van het recht dat van toepassing is tussen ondernemers onderling, met als groter doel om aandacht te vragen voor de rol van het marktpraktijkenrecht in het compenseren van machtsongelijkheid in het economisch verkeer.

Vlak voor het eind van het jaar viel een mooi decembercadeau op de mat: de preadviezen van Charlotte Pavillon en Willem van Boom voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR). Thema: 'Privaatrechtelijke bescherming herijkt'. De herijking waar de titel op doelt is fundamenteel van aard. Pavillon gaat in op de vraag of, en hoe, het consumentencontractenrecht zou moeten worden aangepast in het licht van duurzame productie en consumptie. Van Boom richt zich op de verhoudingen tussen professionele marktpartijen en presenteert een herordening van het recht dat van toepassing is tussen ondernemers onderling, met als groter doel om aandacht te vragen voor de rol van het marktpraktijkenrecht in het compenseren van machtsongelijkheid in het economisch verkeer. In beide gevallen wordt het privaatrecht beschouwd in het licht van de bijdrage die het kan leveren aan het waarborgen van maatschappelijke belangen. De keuze voor dat perspectief betekent dat wordt geschud aan de grondvesten van het privaatrecht, dat in beginsel de autonomie en contractsvrijheid van partijen vooropzet. Marktordening en ongelijkheidscompensatie hebben hun invloed zeker doen gelden in het privaatrecht, maar altijd tegen de achtergrond van die beginselen. De vraag is of we een kentering zien naar een meer maatschappelijk gericht privaatrecht. Een goed moment dus voor een herijking.

Hoe ziet die herijking eruit? Pavillon illustreert: om te kijken of een thermometer nog juist is afgesteld voor het meten van de temperatuur wordt deze in een bak met smeltend ijs gestoken (temperatuur nul graden Celsius) en een bak met kokend water (temperatuur honderd graden Celsius). Wijken de door de thermometer gemeten waarden af, dan moet deze opnieuw worden afgesteld.¹

Bij een thermometer is duidelijk aan de hand van welke standaard de herijking plaatsvindt. Voor het privaatrecht is dat (nog) niet het geval en bieden deze preadviezen stof voor verdere gedachtenvorming en debat. Moet het privaatrecht worden ingezet als instrument voor het waarborgen van maatschappelijke belangen, of zelf het nastre-

ven van maatschappelijke doelstellingen? Zo ja, hoe kan dat worden gerealiseerd? Welke aanpassingen zijn nodig in het bestaande contractenrecht of aansprakelijkheidsrecht? En wie beslist welke standaard leidend is?

Voor ons vakgebied zijn dit belangrijke vragen. Ze zijn van belang voor de toekomst van het consumentenrecht en ook voor het andere deelgebied waarop dit tijdschrift zich richt, de handelspraktijken. De regulering van handelspraktijken wordt vaak gezien als complementair aan het consumentenrecht. Een geordende markt kan ervoor zorgen dat consumenten meer keuzes hebben en een kwalitatief hoger aanbod van producten en diensten

genieten.² Consument en handelaar zijn in dit opzicht beiden gebaat bij privaatrechtelijke autonomie, gecombineerd met bescherming van hun belangen. De preadviseurs werken uit hoe de balans tussen de verschillende partijen vorm kan krijgen in het consumentencontractenrecht en het handels- of, in de terminologie van Van Boom, marktpraktijkenrecht.

Consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?

Het consumentenrecht vormt in het Nederlandse privaatrecht een uitzondering op de beginselen van autonomie, vertrouwen en *pacta sunt servanda*. Het biedt categoriale bescherming aan particulieren, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf.³ Veelal is dat in de vorm van regels van dwingend of semi-dwingend recht, waarvan niet mag worden afgeweken of niet ten nadele van de consument.

Pavillon begint haar preadvies met een overzicht en analyse van de contractenrechtelijke beginselen en de daaraan gerelateerde discussie over de noodzaak van specifieke

* Hoogleraar civiel recht, Universiteit Leiden

1. C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen* (Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 14.
2. 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), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 117, 121.
3. Zie ook M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, afl. 1, p. 30.

regels voor consumentenbescherming.⁴ Zij noemt ook de invloed van het Europese consumentenrecht, dat een grote impuls heeft gegeven aan de ontwikkeling van het consumentenrecht in Nederland, zij het als afgeleide van de eenwording van de Europese interne markt.⁵ Daarmee wordt het kader geschetst dat gaat worden herijkt.

Interessant is dat de beginselen van het Nederlandse contractenrecht in zeker zin al ruimte geven voor het wegen van maatschappelijke belangen. De vraag is eerder in hoeverre die ruimte wordt benut. De beginselen worden door Sieburgh gedefinieerd als: (1) het autonomiebeginsel; (2) het vertrouwensbeginsel; (3) het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid; (4) het beginsel van de trouw aan het gegeven woord; en (5) het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid.⁶ Het derde en het vijfde beginsel geven een ingang voor het meewegen van publieke belangen in het privaatrecht. Daarbij bestaat geen strikte scheidslijn tussen de twee beginselen. De maatschappelijke rechtvaardigheid ziet op de noodzaak de ongelijkwaardigheid tussen partijen te compenseren en te repareren door de zwakkere partij te beschermen. Maatschappelijke aanvaardbaarheid geeft aan dat de contractsvrijheid wordt begrensd door fundamentele waarden van de samenleving.⁷ De bescherming van de zwakke wederpartij raakt aan de verdelende rechtvaardigheid, die op haar beurt maatschappelijk wordt aanvaard, aldus Pavillon. Dat uitgangspunt sluit overigens ook aan op liberale ideologieën waarop het Nederlandse en andere Europese stelsels van privaatrecht gebaseerd zijn.⁸

Consumentenrecht is dus dienend aan het maatschappelijk belang dat bescherming van zwakkere partijen gewaarborgd moet worden. De herijking begint reeds op dit punt: een vraag die al langer wordt gesteld is of het noodzakelijk is om voor consumenten een categoriale bescherming te hanteren. Bestaande standaarden of maatmannen beschermen soms te veel en soms te weinig. Fundamenteeler wordt gesteld dat een categoriale bescherming te veel verantwoordelijkheid wegneemt bij consumenten en tot betutteling leidt. Bescherming zou, via algemene regels van privaatrecht, alleen moeten worden gegeven 'in geval van een wezenlijke disbalans tussen partijen, waarbij financiële of economische afhankelijkheid dan wel een grote kennis- en informatieachterstand in de weg staan aan normaal functioneren van de contractvrijheid zodat onevenredige benadeling reëel is'.⁹

In het Europeesrechtelijk kader is de grondslag voor de bescherming van zwakkere partijen in wetgeving en rechtspraak verbonden met de integratie van de interne

markt, waardoor de bescherming van consumenten in zekere zin altijd secundair is geweest aan marktwerking. De tendens in de wetenschappelijke literatuur van de laatste decennia is echter om het Europees recht meer te gaan beschouwen als vehikel voor het waarborgen van sociale rechten of sociale rechtvaardigheid. Pavillon verwijst naar het *Social Justice*-manifest uit 2004 en naar het werk van Micklitz, die als een van de eersten verwees naar de 'constitutionalisering' van het Europese privaatrecht.¹⁰ Praktisch komt de sociale kant van het Europese privaatrecht tot uitdrukking in de Spaanse rechtspraak na de financiële crisis van 2008, waar nationale rechters het EU-consumentenrecht gebruikten als vehikel om uithuiszetting van consumenten te voorkomen met een beroep op oneerlijke bedingen in hun overeenkomst voor hypothecair krediet.

Kan in dit kader duurzaamheid worden toegevoegd als ijkpunt? Pavillon betoogt overtuigend van wel. De basis voor het streven naar duurzaamheid is politiek en beleidsmatig al in grote lijnen aanwezig, bijvoorbeeld in de *Sustainable Development Goals* van de Verenigde Naties en in nationale en internationale afspraken over klimaat en duurzaamheid. Pavillon plaatst ecologische duurzaamheid in dat kader naast andere vormen van duurzaamheid, zoals sociale duurzaamheid, en meent dat tussen deze vormen van duurzaamheid een balans moet worden gezocht. Dat betekent bijvoorbeeld dat het streven naar ecologische duurzaamheid niet ten koste mag gaan van de bescherming van consumenten die sociaal kwetsbaar zijn, bijvoorbeeld in financiële zin of vanwege (digitale) ongeletterdheid. In het vinden van de juiste balans, kan het privaatrecht als instrument worden ingezet als onderdeel van een mix van beleid en regelgeving.¹¹

De concrete uitwerking van deze doelstellingen in het consumentencontractenrecht lijkt de grootste uitdaging te zijn. Aan de hand van vier *case studies* bespreekt Pavillon hoe een aanzet zou kunnen worden gegeven tot duurzame productie en consumptie: de precontractuele informatieverstrekking, de algemene voorwaarden-regeling, de wederzijdse verplichtingen bij koop en diensten, en het arsenaal aan remedies. Kort en goed: het contractenrecht kan een grotere bijdrage leveren aan duurzaamheidsdoelstellingen. Dat kan bijvoorbeeld door herstel als remedie voor non-conformiteit bij consumentenkoop verplicht te maken of door informatieverstrekking over de duurzaamheid van producten verplicht te stellen zodat consumenten bewuste keuzes kunnen maken.¹² Of dat genoeg is en welke andere opties er zijn is voor verder onderzoek en debat. Nu het om een afweging van publie-

4. Pavillon, preadvies, p. 15 e.v.

5. Pavillon, preadvies, p. 18 e.v.

6. Asser/Sieburgh 6-III 2018/3.1.

7. Pavillon, preadvies, p. 17.

8. Vgl. J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2001, p. 32-33.

9. T. Hartlief, 'Kooplieden in het recht', *NJB* 2018/1236 met verwijzing naar H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?*, Den Haag: Boom juridisch 2018. Zie Pavillon, p. 25-26. Vgl. ook V. Mak, *De prosument en de digitale economie. Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst* (oratie Leiden, 15 oktober 2021).

10. G. Brüggemeier e.a., 'Social justice in European contract law: A manifesto', *European Law Journal* 2004, p. 653; H.-W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European private law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

11. Pavillon, preadvies, p. 64.

12. Zie ook V. Mak & E. Terryn, 'Circular economy and consumer protection: The consumer as a citizen and the limits of empowerment through consumer law', *Journal of Consumer Policy* (43) 2020, p. 227.

ke belangen gaat, hebben de Nederlandse en de Europese wetgever in dezen een opdracht. Tegelijk kan worden gekeken naar aanvulling in de vorm van zelfregulering door ondernemers, nu zij sneller op nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen kunnen inspelen dan de wetgever. In die zin is duurzaamheid een gezamenlijke opdracht.¹³

Tot slot mag ook de consument zelf niet worden vergeten. Hij heeft, als *consumer-citizen*, een verantwoordelijkheid in het maken van duurzame keuzes. De vraag is wat dat concreet gaat betekenen. In de woorden van Pavillon, '[h]oever de herijking zal reiken, hangt af van de vraag hoever "we" willen gaan met het beknotten van de partij-autonomie van de "niet-duurzame consument"'.¹⁴

Marktpartijenrecht: een herordening en de opkomst van een nieuw rechtsgebied

In het marktpraktijkenrecht bestaat ook machtsongelijkheid. In dat opzicht kan een bruggetje worden gemaakt van het eerste naar het tweede preadvies. De zwakkere partij is in dit geval de zelfstandige zonder personeel (zzp'er) of de ondernemer in het midden- en kleinbedrijf (mkb'er). De vraag die preadviseur Van Boom stelt is welke rol het marktpraktijkenrecht heeft in het compenseren voor machtsongelijkheid tussen deze kleine partijen en grote(re) bedrijven. Marktpraktijkenrecht wordt als term gebruikt voor een breed scala aan rechtsgebieden, in het bijzonder het mededingingsrecht, sectorale regulering (bijvoorbeeld in de nutssectoren), en het privaatrecht.¹⁵

Van Boom brengt in kaart hoe deze verschillende rechtsgebieden in elkaar grijpen. Net als in het consumentencontractenrecht is ook in deze context vrijheid het uitgangspunt: vrijheid van beroep en bedrijf, vrijheid van woord, gedachte en vereniging, en contractsvrijheid. Ter bescherming van die vrijheid geldt ook dat eigendom beschermd wordt, alsmede de persoonlijke levenssfeer.¹⁶ Met vrijheid komen echter ook verantwoordelijkheden. In het marktpraktijkenrecht wordt vrijheid begrensd door regels ten behoeve van eerlijke mededinging. Daaronder vallen onder meer regels over toe- en uitreding op markten, informatieverplichtingen, het vrijelijk bepalen van prijzen, en het voorkomen van negatieve externaliteiten.¹⁷

Toepassing van dit kader op de werkelijkheid is echter weerbarstig. Het ideaalbeeld van een eerlijke en geordende markt wordt, zo stelt Van Boom, zelden bereikt. Indien bijvoorbeeld op een markt weinig aanbieders of

weinig vragers aanwezig zijn, ontstaat marktmacht van deze weinigen. Het recht heeft daarom tot doel de juiste randvoorwaarden voor mededinging te scheppen en om specifieke problemen op specifieke markten aan te pakken.¹⁸ Om die randvoorwaarden beter in beeld te krijgen, is een herijking nodig in de zin van een nieuwe onderverdeling van relevante rechtsgebieden en doctrines. Die onderverdeling wordt door de preadviseur gemaakt door een verbinding te maken tussen praktijken die ondernemers ondervinden in hun *contracteerprocessen* met wederpartijen enerzijds en praktijken van concurrenten die zij ondervinden in de *concurrentiestrijd* anderzijds.¹⁹ Dit perspectief maakt het mogelijk om dwarsverbanden te leggen tussen mededingingsrecht en contractenrecht. Misbruik van een economische machtspositie kan verwant zijn aan het bedingen van onereuze voorwaarden, om een voorbeeld te noemen.

Wat levert de toepassing van deze nieuwe onderverdeling ons op? Een rechtsvergelijking laat zien dat Frankrijk, België en Duitsland al verder zijn in de koppeling van dergelijke regelgeving dan Nederland. Het leerstuk van misbruik van een economische machtspositie uit het mededingingsrecht is daar getransponeerd in het handelspraktijkenrecht. In Nederland is weliswaar eenzelfde route mogelijk via de open normen van het privaatrecht, maar het is onzeker in hoeverre die bescherming door kleine aanbieders in de praktijk wordt benut.²⁰

Het preadvies vervolgt met twee *case studies* over scheve machtsverhoudingen tussen ondernemers, een in de agrifoodsector en de andere in relatie tot digitale platforms. De analyse van de twee specifieke gebieden is interessant, omdat in beide gevallen recent regelgeving is ingevoerd die beoogt zwakkere partijen te beschermen. In de agrifoodsector is EU-Richtlijn 2019/633 geïmplementeerd door invoering van de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen.²¹ De nieuwe regels zien op de bescherming van kleine aanbieders in de agrifoodsector. Door ongelijke machtsverhoudingen met grote afnemers zijn zij vaak slachtoffer van oneerlijke praktijken, zoals late betalingen, annuleringen op korte termijn van bederflijke waar, eenzijdige wijziging van contractvoorwaarden ten gunste van de afnemer, of dreiging met commerciële vergeldingsmaatregelen indien de leverancier zijn rechten uitoefent, een klacht indient of samenwerkt met de autoriteiten.²² Voor aanbieders op digitale platforms is bescherming gerealiseerd in de vorm van een Europese 'platform-to-business' (P2B)verordening.²³ Deze verordening is specifiek gericht op de contractuele verhouding tussen platform en aanbie-

13. Pavillon, preadvies, p. 101-102.

14. Pavillon, preadvies, p. 102.

15. Van Boom, preadvies, p. 123-124.

16. Van Boom, preadvies, p. 120-121.

17. Vgl. J. Lindeboom, 'Concurrentie en de rol van het recht', *AA* 2020, p. 652; W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenwerking faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 1 e.v. Zie Van Boom, preadvies, p. 121-122.

18. Van Boom, preadvies, p. 121-122.

19. Van Boom, preadvies, p. 126.

20. Van Boom, preadvies, p. 132 e.v.

21. *Stb.* 2021, 178; inwerkingtreding KB 26 mei 2021, *Stb.* 2021, 260.

22. Richtlijn 2019/633, art. 3 lid 1. Zie Van Boom, preadvies, p. 154-155.

23. Verordening (EU) 2019/1150 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L 186/57.

der. De verordening beoogt oneerlijke praktijken tegen te gaan door van het platform grotere transparantie te eisen ten aanzien van criteria van dataverzameling en *ranking* van advertenties, alsmede randvoorwaarden te stellen voor eenzijdige wijzigingen in de algemene voorwaarden en de inrichting van klachtenprocedures en geschilbeslechtingsmechanismen. Beide *case studies* illustreren hoe regelgeving ten aanzien van contracteerpraktijken tussen ondernemers van invloed is op het tegengaan van scheve machtsverhoudingen in de markt, in aanvulling op het mededingingsrecht.

De conclusie of, in de woorden van Van Boom, de oogst van deze analyse is dat een integrale analyse van het marktpartijenrecht nieuwe aanknopingspunten biedt voor het aanpakken van economische ongelijkheid. Dwarsverbanden kunnen worden gelegd tussen het leerstuk van misbruik van een economische machtspositie uit het mededingingsrecht en regelingen met betrekking tot handelspraktijken tussen ondernemers. Op een fundamenteel niveau roept deze nieuwe onderverdeling vragen op voor de wetgever. Ten eerste is de vraag wanneer het gerechtvaardigd is voor de wetgever om door middel van regelgeving te interveniëren in de markt. De 'behoefte aan bescherming tegen marktmacht is een sociaal doel dat de markt niet zomaar op eigen kracht kan bereiken en dus zal een transparante rechtspolitieke keuze nodig zijn die in beleid, wet en rechtspraak wordt omgezet', aldus Van Boom.²⁴ Met deze conclusie is de cirkel met het preadvies van Pavillon in zekere zin rond. Zowel bescherming tegen marktmacht als het streven naar duurzame productie en consumptie zijn sociale doelen die, in

elk geval ten dele, door het privaatrecht kunnen worden gewaarborgd. De opdracht ligt bij de wetgever om te bepalen in welke omstandigheden en op welke manier die doelstellingen vorm krijgen in het privaatrecht.

De toekomst van het privaatrecht

De preadviezen van Pavillon en Van Boom bieden stof tot nadenken. Het privaatrecht is in het licht van maatschappelijke veranderingen ook zelf in beweging. Een herijking betekent dat we fundamentele vragen stellen over de standaarden die het privaatrecht vormgeven. Is het privaatrecht op liberale leest geschoeid en daarmee dienend aan de markt? Of moet de wetgever ingrijpen om sociale doelstellingen te verwezenlijken, waarbij het privaatrecht een instrument kan zijn? Welk consumentenbeeld past bij de gemaakte rechtspolitieke keuzes: een kwetsbare consument (of kleine ondernemer) die bescherming behoeft, of een consument die zelf een verantwoordelijkheid heeft om als *consumer-citizen* bij te dragen aan het realiseren van maatschappelijke doelstellingen?

Een thermometer kan ons laten zien of het vriest of dooit, of dat het kookpunt is bereikt. Voor het privaatrecht zijn de waarden waarlangs een herijking plaatsvindt niet absoluut. Het laatste woord is over dit onderwerp dus zeker nog lang niet gezegd. Voer voor discussie in een nieuw jaar!

24. Van Boom, preadvies, p. 182.