

DEEL 1

Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?

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

Inhoud

Vooraf / 13

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

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

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

Vooraf

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

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

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

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

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

1. De behoefte aan herijking van het beschermend contractenrecht

1.1 Wat is herijken?

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

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

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

1.2 Beschermend contractenrecht

1.2.1 Een oud nieuw paradigma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 Hartlief 1999.

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

13 Jansen 2003, p. 133 e.v.

14 Van Boom 2020, p. 28.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2.2 Een Europees paradigma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

27 Pavillon 2020a, p. 29-34.

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

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

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

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

1.2.3 Beschermingsinstrumenten in het BW

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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