

# Naar een meer responsieve handhaving van het Nederlands recht inzake algemene voorwaarden: denkrichtingen voor Europese betere handhaving

De richtlijnen onder de New Deal for Consumers zien theorievorming inzake responsieve handhaving over het hoofd. Responsieve handhaving, aansluitend bij responsieve regulering, streeft ernaar dat regulering en handhaving aansluiten bij het gedrag en de motivatie van consumenten en bedrijven. Hiervoor zijn nalevingsbereidheid van betrokken partijen en een graduele inzet van handhavingsinzet cruciaal. Dit artikel beziet mogelijkheden voor het versterken van handhaving van het recht inzake algemene voorwaarden aan de hand van deze twee elementen van responsieve handhaving. Het collectief overleg over algemene voorwaarden duidt op nalevingsbereidheid, maar naleving wordt gecompliceerd door de complexiteit van het recht. Tevens blijven verdachte algemene voorwaarden in gebruik, hetgeen kan duiden op beperkte nalevingsbereidheid. Een graduele inzet van handhavingsinstrumenten is voor algemene voorwaarden problematisch, nu dit recht voornamelijk privaatrechtelijk wordt gehandhaafd. Er bestaat echter duidelijk ruimte voor het zorgvuldiger afstemmen van bijvoorbeeld collectieve en individuele handhaving. Handhaving van het recht inzake algemene voorwaarden zou kunnen worden versterkt door vereenvoudiging van het recht, periodieke controle van collectief onderhandelde algemene voorwaarden en een prominenter rol van de grijze en blauwe lijst van verdachte bedingen. De Europese initiatieven voor het ontwikkelen van richtsnoeren en het tot stand brengen van Europese zelfregulering sluiten hier niet goed op aan.

## 1. Inleiding

Een van de belangrijkste conclusies van de Fitness Check van het Europees consumentenrecht luidt dat consumentenrechten beter moeten worden gehandhaafd.<sup>1</sup> Na de Fitness Check heeft de Commissie de ontwerp-Richtlijn betere handhaving<sup>2</sup> en de ontwerp-Richtlijn voor een Europese representatieve actie<sup>3</sup> aangenomen. De ontwerp-richtlijnen maken deel uit van het programma 'A New Deal for Consumers', dat handhaving van consumentenrechten vooropstelt.<sup>4</sup> Wat betere handhaving in de New Deal inhoudt, wordt echter niet helder omschreven. In plaats daarvan gaat het rapport naar aanleiding van de Fitness Check ervan uit dat het gebrek aan handhaving het voornaamste obstakel vormt voor het vergroten van consumentenvertrouwen en grensoverschrijdende handel.<sup>5</sup> De indruk ontstaat aldus dat deze voorstellen voor betere handhaving zullen leiden tot minder inbreuken op consumentenrechten, hetgeen consumentenvertrouwen in de interne markt ten goede zal komen, hetgeen op zijn beurt zal leiden tot meer grensoverschrijdende handel. Verdere

onderbouwing voor deze stelling, die meerdere causale verbanden vooronderstelt, ontbreekt. De Fitness Check en de New Deal vormen aanleiding om de voorstellen voor betere handhaving<sup>6</sup> kritisch te analyseren in het licht van theorievorming over 'responsieve handhaving',<sup>7</sup> dat zou moeten aansluiten bij 'responsieve regulering'. Toegespast op het consumentenrecht brengt deze theorievorming met zich mee dat regulering en handhaving aan zouden moeten sluiten bij het gedrag en de motivatie van consumenten en bedrijven.

Zouden voorstellen voor meer responsieve handhaving kunnen bijdragen aan meer handhaving en meer naleving, in het bijzonder voor Richtlijn 93/13 inzake oneerlijke bedingen? De Richtlijn oneerlijke bedingen, in het bijzonder het verbod op onredelijk bezwarende bedingen, biedt een geschikt voorbeeld om te kijken naar mogelijkheden voor responsieve handhaving, nu deze richtlijn lijkt aan te sluiten bij het gedrag en motivatie van marktpartijen. De richtlijn speelt immers in op het problematisch gebruik van algemene voorwaarden, problemen die voordien uitdrukkelijk werden onderkend. Het Nederlandse

\* Universitair docent privaatrecht, Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift

1. SWD(2017)209.

2. COM(2018)185.

3. COM(2018)184.

4. COM(2018)183, p. 2-3.

5. SWD(2017)209, p. 76.

6. Dit artikel geeft geen uitputtende analyse van mogelijk relevante onderwerpen voor betere handhaving, waaronder in het bijzonder de hervormingen van het burgerlijk procesrecht. Zie voor bijvoorbeeld de procedurele bescherming van consumenten uitgebreid *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law, Strand 2, Procedural protection of consumers*, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082. Ook ipr-vragen die mogelijk relevant zijn worden niet nader besproken. Zie verder over mogelijke ipr-vragen naar aanleiding van nationale collectieve procedures M.W.F. Bosters, *Collective redress and private international law in the European Union. Issues regarding jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in cross-border mass disputes relating to financial services*, Berlijn: T.M.C. Asser Press 2017.

7. Het concept 'responsieve regulering' is ontwikkeld aan de hand van het invloedrijke werk van I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford: OUP 1992. Hiermee wordt niet bedoeld op responsieve handhaving zoals ontwikkeld in de Angelsaksische praktijk, maar wordt aansluiting gezocht bij inzichten uit de theorievorming, met name nalevingsbereidheid en de graduele inzet van sancties. Zie verder par. 4.1.

recht biedt bovendien een kader voor de ontwikkeling van tweezijdig onderhandelde voorwaarden, en lijkt daarmee goed aan te sluiten bij het gedrag en de motivatie van belanghebbenden, conform inzichten van responsieve regulering en handhaving.

Na eerst in te gaan op de New Deal en de voorstellen van de Commissie (par. 2) wordt ingegaan op de vraag wat 'betere handhaving' inhoudt volgens de Commissie (par. 3). Hierna wordt ingegaan op theorievorming over responsieve handhaving. De voorstellen van de Commissie gaan hieraan voorbij, terwijl responsieve handhaving voor de OESO<sup>8</sup> juist aanleiding is geweest tot aanbevelingen om handhaving te versterken (par. 4). Hierbij zal worden ingegaan op twee essentiële onderdelen van responsieve handhaving. Ten eerste is de nalevingsbereidheid bij belanghebbenden cruciaal. Ten tweede gaat responsieve handhaving uit van een scala aan handhaving-instrumenten, die gradueel kunnen worden ingezet. Geconcludeerd wordt dat voorstellen voor responsievere handhaving kunnen bijdragen aan meer naleving, waartoe een aantal aanbevelingen wordt gedaan (par. 5).

## 2. De New Deal: voorgeschiedenis en voorstellen

De New Deal voor consumenten volgde op de Fitness Check van het Europees consumentenrecht. Het idee van een Fitness Check is om meerdere maatregelen tegelijkertijd te evalueren, om op die manier leemtes en overlap, alsmede tegenstrijdigheden binnen het Europese recht te signaleren en te herstellen.<sup>9</sup> Een Fitness Check leek daarmee ook bijzonder geschikt voor het Europees privaatrecht, dat terecht bekritiseerd is vanwege inconsistentie.<sup>10</sup> Het succes van dergelijke pogingen om de consistentie van een bepaald rechtsgebied te verbeteren, hangt echter af van de geselecteerde maatregelen, de onderlinge samenhang tussen die maatregelen, en de vragen die gesteld worden tijdens een Fitness Check. De Fitness Check van het Europees consumentenrecht beoogde niet alleen de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn consumentenkoop, en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken te evalueren, maar ook Richtlijn 2006/114 inzake misleidende en vergelijkende reclame, Richtlijn 98/8 inzake prijsindicaties, en Richtlijn 2009/22 inzake verbodsacties. Uit-

eindelijk leidde Richtlijn (EU) 2019/771 consumentenkoop tot een versnelde, aparte evaluatie van de oude Richtlijn consumentenkoop.<sup>11</sup>

Volgens het rapport naar aanleiding van de Fitness Check is niet genoeg voortgang geboekt op het gebied van naleving van consumentenrechten. Hoewel de richtlijnen geschikt zijn om consumentenproblemen op te lossen, is gebrekkige handhaving het voornaamste obstakel voor het bereiken van de doeleinden die het Europees consumentenrecht nastreeft. Het rapport benadrukt daarbij tevens het gebrekkige kennisniveau van consumenten en het ontbreken van geschikte remedies voor consumenten.<sup>12</sup> De New Deal streeft er onder meer naar om consumenten meer mogelijkheden te bieden voor herstel.<sup>13</sup> In het kader van de New Deal zijn twee ontwerp-richtlijnen gepubliceerd: een ontwerp-Richtlijn inzake betere handhaving, en een ontwerp-Richtlijn inzake representatieve acties.

Deze voorstellen betreffen geen inhoudelijke wijzigingen voor de Richtlijn oneerlijke bedingen. Op grond van art. 3 ontwerp-Richtlijn betere handhaving zal in de Richtlijn oneerlijke bedingen art. 8a worden ingevoegd, dat niet alleen verplicht tot 'doeltreffende en geschikte middelen' in de zin van art. 7 Richtlijn, maar preciseert welke omstandigheden relevant zijn bij het bepalen van de hoogte van administratiefrechtelijke sancties.<sup>14</sup> Daarnaast zal op Europees niveau overlegd worden om consumenten op een overzichtelijkere of toegankelijker manier te informeren over algemene voorwaarden.<sup>15</sup> Dit initiatief lijkt voort te bouwen op aanbevelingen na de evaluatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in 2000, waarin werd gesuggereerd dat overleg, zowel op nationaal als Europees niveau, duidelijkheid zou kunnen verschaffen over de vraag welke voorwaarden 'eerlijk' zijn.<sup>16</sup> Ook wordt gesuggereerd dat bedrijven, in het bijzonder het mkb, beter moeten worden voorgelicht,<sup>17</sup> en dat richtsnoeren worden gepubliceerd voor het interpreteren van de richtlijn.<sup>18</sup>

8. OESO, *Best practice principles for regulatory principles: Regulatory enforcement and inspections*, Paris: OESO 2014, zie [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/enforcement-inspections.htm](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/enforcement-inspections.htm).

9. Zie de toelichting van de Europese Commissie, [http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/docs/fitness\\_checks\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/docs/fitness_checks_2012_en.pdf). Zie hierover kritisch H.-W. Micklitz, 'Eine merkwürdige Welt – Beobachtungen zur sog. Verbraucherforschung der Europäischen Kommission', *Verbraucher und Recht* 2016, p. 322. Ch. Twigg-Flesner, 'From REFIT to a Rethink: Time for fundamental EU contract law Reform?', *EuCML* 2017, p. 185. Zie eveneens de bijdragen in E.A.G. van Schagen & S. Weatherill (red.), *Better regulation in European contract law*, Oxford: Bloomsbury, nog te verschijnen.

10. Zie bijvoorbeeld J.M. Smits, 'European private law: a plea for a spontaneous legal order', in: D.M. Curtin e.a., *European Integration and Law; Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 62-63.

11. Zie kritisch Ch. Twigg-Flesner, 'Bad hand? The "New Deal" for consumers', *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 2018, p. 174.

12. SWD(2017)209, p. 74-76.

13. COM(2018)183, p. 4.

14. Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met eventuele goedwillendheid van de handelaar, maar met deze bepaling wordt niet bereikt dat handhavingsmiddelen gradueel worden ingezet, zie verder par. 4.4.

15. Dit overleg vindt plaats binnen een door de Commissie aangestelde groep van deskundigen (Stakeholder consultation group for the Fitness Check of EU consumer and marketing law (E03423)). De samenstelling van de groep en notulen van de bijeenkomsten zijn te raadplegen in het register voor deskundigengroepen, zie <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/>.

16. COM(2000)248, p. 24-26.

17. SWD(2017)209, p. 85-86.

18. SWD(2017)209, p. 86.

### 3. Betere handhaving volgens de Commissievoorstellen

Uit de New Deal blijkt niet duidelijk wat precies moet worden verstaan onder 'handhaving', en in welke opzichten het nieuwe beleid afwijkt van het huidige beleid.

#### 3.1. Wat is handhaving?

Op het eerste gezicht geeft de New Deal geen duidelijke definitie van handhaving. Desondanks kan uit de Communicatie van de Commissie<sup>19</sup> wel worden afgeleid wat onder handhaving moet worden verstaan. De Commissie beoogt onder meer om meer communicatie tussen betrokken actoren – waaronder handelaren en consumenten – te bevorderen, en richtsnoeren op te stellen. Aldus moet worden uitgegaan van een ruim begrip, waaronder ook zelfregulering valt, zoals het initiatief van de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis om algemene voorwaarden leesbaarder te maken,<sup>20</sup> en de collectieve onderhandelingen in het kader van de SER over de inhoud van algemene voorwaarden. Deze wijdverbreide praktijk kan mede worden gezien als een wijze om te voorkomen dat consumenten worden blootgesteld aan oneerlijke voorwaarden. Handhaving, in die zin, houdt ook preventie in. Dit sluit aan bij de definitie van de OESO<sup>21</sup> waarbij onder 'handhaving' wordt verstaan 'alle initiatieven waarmee naleving wordt bevorderd en het doel van regulering beter kan worden bereikt'. Deze activiteiten houden uitdrukkelijk ook informatieverstrekking, preventie en het verzamelen van data in.<sup>22</sup>

#### 3.2. Een 'New Deal'

Op het eerste gezicht lijkt de nadruk op handhaving, in plaats van meer harmonisatie, een duidelijke breuk met eerdere initiatieven voor verdergaande harmonisatie.<sup>23</sup> Een nadere blik leert echter dat art. 2 ontwerp-Richtlijn betere handhaving voorstellen bevat voor verdere harmonisatie van informatieplichten voor onlinemarktplaatsen.<sup>24</sup> De nadruk op transparantieplichtingen sluit verder aan bij een meer algemene nadruk op transparantieplichtingen in bijvoorbeeld de Richtlijn consumentenrech-

ten en de herziene Richtlijn (EU) 2015/2302 inzake pakketreizen.

Tevens stelt de ontwerp-Richtlijn inzake representatieve acties verdergaande harmonisatie op het gebied van collectieve acties voor.<sup>25</sup> Het is maar de vraag of de ontwerp-richtlijn veel wijzigt voor de Nederlandse consument, nu representatieve organisaties reeds de mogelijkheid hebben om een vordering in te stellen op basis van art. 3:305a BW.<sup>26</sup> Deze vordering is beduidend vaker ingesteld dan de vordering op grond van art. 3:305d BW, de bepaling die te herziene Richtlijn 2009/22 inzake verbodsacties implementeert.<sup>27</sup>

De huidige voorstellen bouwen tevens voort op eerder geïdentificeerde problemen met naleving en grensoverschrijdende private handhaving.<sup>28</sup> Deze problemen leidden reeds tot initiatieven waarbij de Europese Commissie het vergemakkelijken van toegang tot laagdrempelige wijzen van geschillenbeslechting benadrukte. Zo beoogde de Commissie grensoverschrijdende handhaving door consumenten te vergemakkelijken via alternatieve geschillenbeslechting, middels, onder meer, Richtlijn 2013/11 inzake ADR. Voorts werd online alternatieve geschillenbeslechting bevorderd middels Verordening (EU) 524/2013, en het ECC werd opgericht in 2005. De informatie-uitwisseling en samenwerking bij administratief-rechtelijke handhaving bij grensoverschrijdende zaken werd bevorderd door Verordening (EG) 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming.

#### 3.3. 'Betere' handhaving – meer van hetzelfde

De New Deal gaat uit van een breed begrip van handhaving. Met de voorstellen voor meer harmonisatie, informatieplichten en meer mogelijkheden voor geschillenbeslechting bouwt de Commissie voort op eerder beleid, zoals ook onderkend in de New Deal.<sup>29</sup>

19. COM(2018)183.

20. Bijvoorbeeld voor energieovereenkomsten, zie [www.energienieuws.info/2017/04/nieuwe-algemene-voorwaarden.html](http://www.energienieuws.info/2017/04/nieuwe-algemene-voorwaarden.html).

21. OESO, *Best practice principles for regulatory principles: Regulatory enforcement and inspections*, Parijs: OESO 2014, zie [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/enforcement-inspections.htm](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/enforcement-inspections.htm), p. 11: '(...) covering all activities of state structures (...) aimed at promoting compliance and reaching regulations' outcomes.' De OESO legt de nadruk op initiatieven van statelijke actoren. Gezien de aard van het consumentenrecht lijkt een definitie die niet tevens de initiatieven van (rechts)personen hieronder verstaat, te beperkt.

22. Zie ook E.D.H. Engelhard, 'Handhaven van en door privaatrecht', in: E.R.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 12, die stelt dat buiten het privaatrecht handhaving wel wordt gedefinieerd als 'bevordering van het naleven van rechtsregels, in het bijzonder door uitoefening van toezicht en door optreden in geval van een (...) overtreding', zonder specifiek onderscheid tussen de verschillende middelen die kunnen worden ingezet voor handhaving.

23. Bijvoorbeeld de Richtlijn (EU) 2019/770 inzake contracten voor de levering van digitale inhoud en Richtlijn (EU) 2019/771 inzake consumentenkoop – beide maatregelen gaan uit van maximumharmonisatie.

24. COM(2018)185.

25. COM(2018)184.

26. Als het wetsvoorstel tot wijziging van dit artikel wordt aangenomen, zal een vordering tot schadevergoeding ook tot de mogelijkheden behoren, *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 2.

27. Volgens J. Karsten, *Study on the application of Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers' interests (former Directive 98/27/EC)*, Specific Contract N° 17.010403/11/596569, Final Report, December 2011, zie [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/study\\_on\\_injunctions\\_directive\\_final\\_report-18\\_12\\_2011\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/study_on_injunctions_directive_final_report-18_12_2011_en.pdf), p. 99, waren 14 vorderingen op grond van art. 3:305d BW ingesteld.

28. Zie bijvoorbeeld de impact assessment voor de herziene Verordening inzake samenwerking voor consumentenbescherming, SWD(2016)164, en het voorstel voor een Richtlijn inzake alternatieve geschillenbeslechting, COM(2011)792. De ontwerp-Verordening voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, COM(2015)634, p. 7 verwijst naar een enquête van GfK Belgium uit 2016, waarin eveneens problemen bij de naleving werden geconstateerd.

29. COM(2018)183, p. 4.

#### 4. Responsieve handhaving

##### 4.1. Responsieve regulering

Ondanks het belang dat de Europese Commissie lijkt te hechten aan ‘evidence-based policy’,<sup>30</sup> gaat de New Deal voorbij aan theorievorming op het gebied van handhaving, ontwikkeld aan de hand van de theorie van Ayres en Braithwaite<sup>31</sup> over responsieve regulering. Responsieve regulering sluit aan bij de marktstructuur en de motivatie en het gedrag van belanghebbenden, en probeert innovatieve reacties te ontwikkelen hierop.<sup>32</sup> Responsieve regulering dient te worden ontwikkeld naar aanleiding van problemen die belanghebbenden ondervinden. Dit heeft ook gevolgen voor handhaving. Volgens Ayres en Braithwaite<sup>33</sup> zou responsieve handhaving zowel elementen van samenwerking – bijvoorbeeld het voorlichten van zowel bedrijven als consumenten – als dwang – bijvoorbeeld boetes en dwangbevelen, om toekomstige schendingen te helpen voorkomen – moeten bevatten. Daarbij moeten eerst maatregelen die uitgaan van samenwerking worden toegepast, en moet, bij voortdurende schendingen, een steeds zwaarder middel worden ingezet. Bij responsieve handhaving wordt ingezet op kleine sancties, of informele handhaving, bij kleine, goedwillende overtreders, en wordt aandacht besteed aan de marktstructuur. Dit zou voor het consumentenrecht ook consequenties hebben: naarmate dit een meer regulerend karakter krijgt, verandert ook de wijze van handhaving.<sup>34</sup>

Dat het Europees privaatrecht is ingezet als instrument om reguleringsdoelinden te bereiken, is bijvoorbeeld zichtbaar in impact assessments,<sup>35</sup> die uitgebreid betogen dat verschillen tussen het nationale privaatrecht een barrière vormen voor de interne markt, en stellen dat harmonisatie deze barrière zal wegnemen. Ook richtlijnen die de kern vormen van het privaatrecht, zoals consumentenkoop en oneerlijke bedingen, zijn op deze grondslag geëvalueerd: nagegaan is of en zo ja op welke punten deze richtlijnen efficiënt, effectief, coherent, en relevant zijn, en wat hun ‘Europese toegevoegde waarde’ is.<sup>36</sup> In hoeverre het Europees privaatrecht responsief is, is echter maar zeer de vraag. Zeker de verschuiving naar volledige

harmonisatie lijkt niet te zijn ingegeven door bezwaren vanuit de praktijk.<sup>37</sup>

Ook kan worden betwijfeld of Europese maatregelen noodzakelijkerwijs aansluiten bij in Nederland levende rechtsovertuigingen, zoals Verordening (EU) 2018/302 inzake geoblocking. Deze verordening lijkt meer waarde te hechten aan de vrijheid voor handelaren om niet verplicht te worden om roerende zaken te leveren in lidstaten waar zij dat niet reeds doen, dan de vrijheid om geen contract aan te gaan. De verordening benadrukt dienovereenkomstig dat geen dergelijke verplichting wordt geschapen.<sup>38</sup> Echter, als consumenten bereid zijn roerende goederen geleverd te krijgen in een lidstaat waar de handelaar gewoonlijk wel levert, dan mag de woonplaats van de consument geen grond meer vormen voor de handelaar om te weigeren een contract aan te gaan. Hiermee wordt de contractvrijheid ten onrechte minder belangrijk geacht dan praktische moeilijkheden die zich voordoen bij grensoverschrijdende levering. Als het contract immers gesloten is, vloeien hieruit wel degelijk verplichtingen voor de verkoper voort. In die redenering past dat handelaren die online elektronische diensten aanbieden, geen vergelijkbare mogelijkheden hebben om te weigeren om overeenkomsten te sluiten met consumenten omdat deze zijn gevestigd in andere lidstaten.<sup>39</sup> Deze onmogelijkheid om te weigeren om een contract aan te gaan is in de Duitse literatuur terecht bekritiseerd als een disproportionele inbreuk op de contractvrijheid,<sup>40</sup> die bovendien in tegenspraak is met een voorheen algemeen geaccepteerde uitzondering op het gelijkheidsbeginsel in Europese rechtspraak.<sup>41</sup>

In tegenstelling tot de Geoblocking Verordening is de Richtlijn oneerlijke bedingen niet in tegenspraak met in Nederland levende rechtsovertuigingen. Voorafgaand aan de richtlijn was in Nederland reeds een aparte afdeling ontworpen in het nieuw Burgerlijk Wetboek, die grotendeels overeenkwam met de richtlijn. Deze regeling berustte mede op de gedachte dat het gebruik van algemene voorwaarden voor gebruikers efficiënt is, maar leidt tot voorwaarden die in het bijzonder de rechtspositie van consumenten verslechterden. Dit is strijdig met de *de*

30. Zie bijvoorbeeld [https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection/evidence-based-consumer-policy\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection/evidence-based-consumer-policy_en).

31. I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford: OUP 1992, p. 4.

32. Op deze theorievorming is kritiek geleverd door onder meer S. Tombs, ‘Understanding regulation’, *Social and Legal Studies* 2002, p. 122-125, die meent dat responsieve regulering en handhaving, kort gezegd, te zeer uitgaat van een ‘regulatory community’, waarbinnen (voldoende) interactie en overeenstemming bestaat tussen actoren, en waarbij ‘zachte’ sancties meer effect sorteren dan daarbuiten.

33. I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford: OUP 1992, p. 5.

34. C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichhouders*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 30.

35. Zie bijvoorbeeld de impact assessment door de ontwerp-Richtlijn consumentenrechten, SEC(2008)2544; de impact assessment voor de herziene ontwerp-Richtlijn pakketreizen, SWD(2013)263; minder uitdrukkelijk de impact assessment voor de ontwerp-Richtlijn voor het leveren van digitale inhoud, SWD(2015)274.

36. Zie het rapport naar aanleiding van de Fitness Check, via [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=59332](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332).

37. Zie bijvoorbeeld H.-W. Micklitz, ‘The targeted full harmonisation approach: Looking behind the curtain’, in: G. Howells & R. Schulze (red.), *Modernising and harmonising consumer law*, München: Sellier 2009, p. 62: ‘[m]y thesis is that the process of law-making, as characterised by the symbolic participation of stakeholders and a cacophony of viewpoints, facilitates to a large extent the European Commission’s opportunities to get its original ideas realized.’ W.H. van Boom, ‘The draft Directive on consumer rights: choices made and arguments used’, *JCER* 2009, p. 455-457 zet uiteen dat, zelfs al zou fragmentatie uitsluitend te wijten zijn aan minimumharmonisatie – wat niet zo is – dit niet noodzakelijkerwijs het gebrek aan succes van minimumharmonisatie aantoonst.

38. Zie i.h.b. art. 4 lid 1 sub a Geoblocking Verordening.

39. Zie echter de uitzondering voor de diensten in de zin van art. 2 lid 2 en 3 Verordening.

40. Zie J. Basedow, ‘Der Verordnungsentwurf zum Geoblocking – ein Trojanisches Pferd gegen die Vertragsfreiheit’, *EuZW* 2016, p. 641, K. Sein, ‘The draft Geoblocking Regulation and its possible impact on B2C contracts’, *EuCML* 2017, p. 148.

41. Zie de conclusie van A-G V. Trstenjak van 18 mei 2010 voor gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, punt 91 e.v. (*Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG en Hotel Alpenhof GesmbH/Heller*).

facto autonomie van consumenten,<sup>42</sup> en, algemener, de rechtvaardigheid.<sup>43</sup> Deze regeling is bovendien tot stand gekomen na een uitgebreid wetgevingsproces, en voorafgegaan door een preadvies en een advies van de Commissie Consumentenaangelegenheden, waarin werd ingegaan op de problemen die ontstonden bij het gebruik van algemene voorwaarden.<sup>44</sup> Op grond van deze adviezen, en literatuur die onder meer inging op beginselen van contractenrecht,<sup>45</sup> werd door de wetgever uitvoerig gedebatteerd over art. 6:230 e.v. BW.

#### 4.2. Responsieve handhaving vergeleken met de New Deal

Niettegenstaande deze enigszins responsieve achtergrond van het recht inzake algemene voorwaarden, ontbreekt de transformatie naar responsieve handhaving van deze en andere richtlijnen vooralsnog op zowel Nederlands als Europees niveau, getuige de voorstellen onder de New Deal. Blijkens de New Deal zou deze transformatie wel eens net zo moeizaam kunnen zijn als een transformatie in de huidige benadering naar responsieve regulering. De twee opvallendste verschillen tussen de huidige inzet van de Europese Commissie en responsieve handhaving zijn, ten eerste, de fundamentele twijfels over de aanname dat (het verhogen van) sancties een afschrikwekkend effect hebben, en daarom noodzakelijkerwijs zullen leiden tot minder schendingen, en meer consumentenvertrouwen,<sup>46</sup> zonder tegelijkertijd in te zetten op samenwerking en nalevingsbereidheid.<sup>47</sup> Zoals Parker<sup>48</sup> opmerkt, is het idee dat individuen worden afgeschrikt door hogere sancties, gedateerd. Ook Hodges<sup>49</sup> meent dat de invloed van hogere sancties op toekomstig gedrag niet wordt ondersteund door empirisch onderzoek. De vooronderstelling dat meer handhaving leidt tot meer naleving gaat bovendien voorbij aan ervaringen met eerdere administratiefrechtelijke handhaving, zoals de aanwijzingen van de Europese Commissie aan Facebook, Twitter en Google+, in maart 2017, die maar tot gedeeltelijke aanpassingen hebben ge-

leid, terwijl andere bedrijven soortgelijke bedingen blijven gebruiken.<sup>50</sup> Tevens neemt de New Deal mogelijke oorzaken van niet-handhaving of niet-naleving niet weg. Zo blijven consumentenzaken veelal zaken met een gering financieel belang, en kan het een rationele, en voor de maatschappij, voordelige keuze zijn om niet individueel te handhaven.<sup>51</sup> Het is mogelijk dat individuen, op grond van hun eigen belangen, besluiten om niet te handhaven als dat voor de maatschappij wel voordelig zou zijn, en, omgekeerd, dat zij wel handhaven, terwijl dit niet strookt met het algemeen belang.<sup>52</sup> Bovendien heeft private handhaving beperkt effect. Als een consument succesvol zijn rechten inroept tegenover een handelaar heeft dit in principe uitsluitend gevolg tussen partijen.<sup>53</sup> Daarbij komt dat het niet duidelijk is of bestaande initiatieven hebben geleid tot meer handhaving,<sup>54</sup> of meer grensoverschrijdende handhaving.<sup>55</sup> Ook is te betwijfelen of meer laagdrempelige procedures in alle gevallen bevorderlijk zijn voor consumentenvertrouwen. Zo leiden laagdrempelige procedures zoals de Geschillencommissie niet in alle gevallen tot consumentvriendelijke uitspraken. In sommige gevallen wordt juist geoordeeld op een manier die strijdig is met dwingend recht.<sup>56</sup>

Ten tweede wordt bij responsieve handhaving benadrukt dat een scala aan handhavingsmogelijkheden zou moeten bestaan, die gradueel moeten worden ingezet, mede aansluitend bij nalevingsbereidheid. Hoewel inderdaad een scala aan handhavingsinstrumenten bestaat, worden die niet gradueel ingezet, zeker privaatrechtelijke handhaving niet, terwijl de nadruk in de Nederlandse rechtsorde juist ligt op private handhaving. Publiekrechtelijke handhaving van de ACM (op nationaal niveau) lijken zich vooral te richten op transparantie, en minder op de mogelijke onredelijke bezwarendheid van bedingen.<sup>57</sup> De nieuwe instrumenten zijn eveneens niet afgestemd op, bijvoorbeeld, de behoeften van de Nederlandse praktijk. Een duidelijk

42. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979, p. 142-145.

43. Bijvoorbeeld J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1.

44. E.H. Hondius, 'Naar een wettelijke regeling van algemene voorwaarden' (preadvies NJV), Deventer: Tjeenk Willink 1979, p. 106 e.v.; CCA, *Advies inzake het vraagstuk van de toepassing van standaardvoorwaarden bij transacties met de consument*, Den Haag: SER 1978.

45. Zie in het bijzonder J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979, die ingaat op het autonomiebeginsel.

46. SWD(2017)209, p. 76.

47. Ch. Parker, 'The "compliance" trap: the moral message in responsive regulatory enforcement', *Law & Society Review* 2006, p. 602.

48. Ch. Parker, 'The "compliance" trap: the moral message in responsive regulatory enforcement', *Law & Society Review* 2006, p. 592.

49. Ch. Hodges, *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance, and ethics*, Oxford: Hart 2015, p. 702.

50. Bijna een jaar later bevatten de algemene voorwaarden van Facebook, toegankelijk op [www.facebook.com/legal/terms](http://www.facebook.com/legal/terms), weliswaar een forumkeuzebeding, maar deze bepalen ook dat Europese consumenten niet gebonden zijn aan deze voorwaarden. In de algemene voorwaarden van LinkedIn, Instagram, Pinterest en nieuwe socialmediabedrijven als Vero is wel een forumkeuzebeding of een arbitragebeding opgenomen.

51. Vgl. bijvoorbeeld G. Wagner, 'Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil?', *CML Rev.* 2014, p. 189.

52. Vgl. F. Weber & M. Faure, 'The interplay between public and private enforcement in European private law: Law and economics perspective', *E.R.P.L.* 2015, p. 530.

53. C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 31.

54. In 2017 nam het aantal behandelde zaken af met 3,9%, zie het jaarverslag van de Geschillencommissie Consumentenzaken, [www.samenwerkenaankwaliteit.nl/jaarverslag-2017/inhoud/jaarverslag-consumenten/evenveel-eindproducten-sgc-in2017-542](http://www.samenwerkenaankwaliteit.nl/jaarverslag-2017/inhoud/jaarverslag-consumenten/evenveel-eindproducten-sgc-in2017-542).

55. Volgens het jaarverslag 2017 van de Geschillencommissie, [www.samenwerkenaankwaliteit.nl/jaarverslag-2017/inhoud/jaarverslag-consumenten/115-buitenlandse-klachten-behandeld-500](http://www.samenwerkenaankwaliteit.nl/jaarverslag-2017/inhoud/jaarverslag-consumenten/115-buitenlandse-klachten-behandeld-500), zijn in 2017 115 zaken behandeld waarin buitenlandse consumenten waren betrokken. Dat is een lichte stijging ten opzichte met 2016, waarin 101 dergelijke zaken werden behandeld. Deze toename wordt gekoppeld aan Verordening (EU) 524/2013 inzake ODR. Hoewel 20 zaken binnenkwamen, werd in 16 van de 20 gevallen het formulier niet geretourneerd, zie voor een overzicht [www.samenwerkenaankwaliteit.nl/backend/wp-content/uploads/2018/05/Jaarrapportage-2017-ODR-dossiers.pdf](http://www.samenwerkenaankwaliteit.nl/backend/wp-content/uploads/2018/05/Jaarrapportage-2017-ODR-dossiers.pdf).

56. Zo ook C.M.D.S. Pavillon, 'Geschillencommissies en dwingend recht', *TvC* 2015, afl. 5, p. 244-246.

57. Zo geeft de ACM in haar jaarverslag 2017, toegankelijk via <https://jaarverslag.acm.nl/sites/default/files/acm-jaarverslag-2017.pdf>, p. 29 evenals in het jaarverslag 2016, p. 28, toegankelijk via <https://jaarverslag.acm.nl/sites/default/files/ACM-jaarverslag-2016.pdf>, p. 28, aan dat wordt gecontroleerd of bedrijven consumenten duidelijk informeren over aanvullende kosten, die kunnen zijn verborgen in algemene

voorbeeld hiervan is het uitvaardigen van richtsnoeren voor de interpretatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Het is bijzonder twijfelachtig of het uitvaardigen van richtsnoeren veel meerwaarde heeft, nu de Nederlandse civiele rechter in consumentengeschillen nauwelijks refereert aan Richtsnoeren voor Oneerlijke Handelspraktijken of Consumentenrechten.<sup>58</sup> Het is ook allesbehalve vanzelfsprekend dat meer remedies leiden tot meer consumentenvertrouwen, als remedies niet aansluiten op de behoeften van consumenten.<sup>59</sup> Waar daarentegen wel behoefte aan zou kunnen bestaan, is bijvoorbeeld het verduidelijken van de gevolgen van de vernietiging van algemene voorwaarden. Mag worden teruggevallen op aanvullend recht?<sup>60</sup> Zo blijft ook na *Banco de Sabadell*<sup>61</sup> de vraag of de oneerlijkheid van een vertragsrentebeding met zich meebrengt dat de vergoeding die verschuldigd is op grond van dit beding geheel wordt geschrapt of dat nietigheid met zich meebrengt dat zowel de normale als de aanvullende vertragsrente wordt geschrapt.<sup>62</sup>

Samengevat is de New Deal gebaseerd op slecht onderbouwde aannames, en niet op inzichten van responsieve handhaving. Zo gaat de New Deal voorbij aan nalevingsbereidheid en mogelijke oorzaken van niet-naleving. Ook worden handhavingsinstrumenten niet gradueel ingezet en wordt gekozen voor het handhavingsinstrument richtsnoeren, dat niet aansluit bij de Nederlandse praktijk. Zeker in zijn huidige vorm zal de New Deal daarom niet automatisch leiden tot meer handhaving of meer naleving, en de meerwaarde van de voorstellen voor het Nederlandse consumentenrecht lijkt om deze redenen beperkt.

#### 4.3. Nalevingsbereidheid en de complexiteit van het recht

In welke opzichten zouden inzichten van responsieve handhaving kunnen bijdragen aan handhaving van het Nederlands recht inzake algemene voorwaarden?

De voorstellen zouden kunnen worden versterkt door meer aandacht te besteden aan 'nalevingsbereidheid'. Volgens Parker<sup>63</sup> moeten handhavingstrategieën zodanig worden ontwikkeld en toegepast dat zij voortbouwen op en aan internalisering van de norm, hetgeen ook wel wordt aangeduid als 'nalevingsbereidheid', een begrip dat eveneens is benadrukt door de ACM.<sup>64</sup> Ook de OESO<sup>65</sup> raadt aan om ook bij inspecties onderscheid te maken tussen kwaadwillende overtreders en goedwillende bedrijven, en onderscheid te maken in het opleggen van sancties. De huidige nadruk op het afschrikwekkend effect van sancties gaat echter voorbij aan de bereidheid van actoren om normen na te leven. Dit kan worden gecontrasteerd met het Nederlandse recht inzake algemene voorwaarden.

Op het eerste gezicht lijkt het Nederlandse recht inzake de (on)redelijkheid van algemene voorwaarden aan te sluiten bij de overtuigingen van marktpartijen, nu hierover wijdverbreide zelfregulering bestaat, in de vorm van onderhandelingen tussen de Consumentenbond en belangbehartigers van gebruikers van algemene voorwaarden.<sup>66</sup> Algemene voorwaarden worden dus ontwikkeld en gehandhaafd overeenkomstig de motivatie en het gedrag van marktdeelnemers. Bovendien wordt op een positieve manier gehandhaafd: van tevoren worden bedingen onderhandeld, zodat ze minder eenzijdig zijn en daarmee minder snel oneerlijk zullen worden bevonden. Het is aannemelijk dat Nederlandse zelfregulering heeft bijgedragen aan het gebruik van eerlijke, of althans minder onredelijk bezwarende, bedingen. De tweezijdige onderhandelingen in het kader van de SER wekken de indruk dat een wijd draagvlak bestaat voor het voorkomen van oneerlijke bedingen. Tevens heeft private handhaving gebruikers van algemene voorwaarden ertoe bewogen om hun algemene voorwaarden aan te passen.<sup>67</sup> Ondanks deze wijze van ontwikkeling en handhaving blijven mogelijk oneerlijke voorwaarden echter in gebruik. Zo blijft het gebruik van annuleringsbedingen en

---

voorwaarden, en in het jaarrapport 2017, p. 91 wordt vermeld dat de algemene voorwaarden van Kruidvat en Flywise inzake het herroepingsrecht zijn aangepast.

58. Vanaf 2009 zijn 4 zaken gepubliceerd waarin Europese Richtsnoeren met betrekking tot consumentenrecht werden genoemd. Rb. Noord-Holland 6 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9995 overweegt uitdrukkelijk dat de Richtsnoeren van de Commissie inzake de interpretatie van Verordening (EG) 261/2004 niet bij de beoordeling worden betrokken, nu deze geen geldend recht zijn. Zie in gelijke zin Rb. Noord-Holland 15 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9520. Rb. Noord-Nederland 14 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4420, betreft richtsnoeren echter wel bij de beoordeling, evenals Rb. Utrecht 5 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7842.
59. Vgl. bijvoorbeeld J.W.A. Biemans, 'Bergen van regelgeving en rechtspraak: kredietverstrekking aan consumenten', in: J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 82, die erop wijst dat een consument die in de problemen is gekomen door overkreditering weinig heeft aan de vernietiging of ontbinding van de kredietovereenkomst.
60. Zie bijvoorbeeld A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractsbedingen in verband met hypothecaire uitwinning en gezag van gewijsde', *AA* 2017, afl. 10, p. 832; M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden. Hof Den Haag 8 maart 2016', *TvC* 2016, afl. 5, p. 245, die oordeelt dat het hof door toepassing van art. 7:411 BW in strijd handelt met Richtlijn 93/13. C.M.D.S. Pavillon, 'Op de blaren zitten?', *TvC* 2018, afl. 1, p. 5 twijfelt aan de toelaatbaarheid en staat een terughoudende toepassing voor.
61. HvJ EU 7 augustus 2018, gevoegde zaken C-94/17 en C-96/16, ECLI:EU:C:2018:643 (*Escobedo Cortés/Banco de Sabadell S.A.*).
62. Zie verder over vragen die niet beslist zijn door het arrest C.M.D.S. Pavillon, 'Boetebeding onredelijk bezwarend, over naar de wettelijke schadevergoeding?', *WPNR* 2018, afl. 7217.
63. Ch. Parker, 'The "compliance" trap: the moral message in responsive regulatory enforcement', *Law & Society Review* 2006, p. 592.
64. ACM, *Strategienota*, 2014, toegankelijk via [www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/11991\\_strategienota-acm-20140801.pdf](http://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11991_strategienota-acm-20140801.pdf), p. 9.
65. OESO, *Best practice principles for regulatory policy: Regulatory enforcement and inspections*, Parijs: OESO 2014, p. 12.
66. Zie voor een overzicht [www.ser.nl/nl/taken/consumentenvoorwaarden/algemene\\_voorwaarden.aspx](http://www.ser.nl/nl/taken/consumentenvoorwaarden/algemene_voorwaarden.aspx).
67. Zo is bijvoorbeeld de boete in art. 5.9 van de algemene voorwaarden van Q-Park gematigd van € 1000 naar € 300, zie [www.q-park.nl/nl/algemene-voorwaarden/parkeren/](http://www.q-park.nl/nl/algemene-voorwaarden/parkeren/).

exoneratiebedingen wijdverspreid, hoewel deze bedingen zowel onder de grijze lijst in art. 6:237 als de blauwe lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen vallen.<sup>68</sup> Zelfregulering heeft evenmin voorkomen dat bedingen zodanig worden onderhandeld dat zij zeker niet oneerlijk zullen zijn – bijvoorbeeld als zij duidelijk in het voordeel van de consument zijn. Meer algemeen is gesignaleerd dat, ook een ‘zachte’ vorm van handhaving, die gebaseerd is op medewerking, niet noodzakelijkerwijs leidt tot naleving.<sup>69</sup>

Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat gebrek aan naleving kan worden geweten aan de deelneming van private actoren aan zowel ontwikkeling en handhaving van dit rechtsgebied. Een mogelijke verklaring voor een gebrek aan naleving is de complexiteit van dit rechtsgebied. Dit vloeit deels voort uit de open norm van art. 6:233 sub a BW, die voor meerdere uitleg vatbaar is. Zo bestaat er niet altijd overeenstemming over wat de onredelijk-bezwarend-norm precies inhoudt, getuige het vastlopen van de onderhandelingen inzake de CBW-voorwaarden.<sup>70</sup> Complexiteit kan het aldus moeilijker maken voor actoren om hun gedrag, of hun algemene voorwaarden, aan te passen aan het recht. Het signaleren of voorkomen van schendingen van het recht wordt hierdoor moeilijker, en

zou de bereidheid van actoren hiertoe over te gaan, ook kunnen beïnvloeden.

Deze complexiteit blijkt eveneens uit de rechtspraak over de oneerlijkheid van tweezijdige bedingen. Ook tweezijdig onderhandelde bedingen kunnen immers oneerlijk worden bevonden. Art. 6:233 sub a BW bepaalt dat de wijze van totstandkoming van een beding relevant is bij de vraag of dat beding onredelijk bezwarend is, maar dit mag niet doorslaggevend zijn.<sup>71</sup> Dit strookt met het collectief *onderhandelen* van algemene voorwaarden – deze zelfregulering heeft juist een onderhandelingskarakter, waarbij de onderhandelende partijen hun eigen belangen behartigen. In *Tio Teach/V*<sup>72</sup> werd duidelijk dat een annuleringsbeding dat van tevoren was afgestemd met de Consumentenbond en de ACM, oneerlijk kan worden bevonden. In eerdere rechtspraak, voorafgaand aan *Tio Teach/V*, werden collectief onderhandelde annuleringsbedingen juist vaak in stand gelaten.<sup>73</sup> Daarbij werd niet altijd ingegaan op de omstandigheid dat bedingen collectief waren onderhandeld,<sup>74</sup> of op de belangen van gebruikers bij een beding.<sup>75</sup> Rechter verwijzen ook slechts zelden naar eerdere rechtspraak.<sup>76</sup> Ook beslissingen van de geschillencommissie gingen niet uitdrukkelijk in op de vraag of een beding collectief onderhandeld was, en gingen bovendien voorbij aan het vermoeden uit art. 6:237 lid i BW.<sup>77</sup>

68. Annuleringsbedingen. Voor veel opleidingen is een annuleringsbeding opgenomen. Zo regelt Scheidegger Opleidingen in art. 6 lid 3 sub d van zijn algemene voorwaarden, toegankelijk via [www.scheidegger.nl/Scheidegger/media/Scheidegger/Pagina%20content/Algemene-voorwaarden-Scheidegger\\_1.pdf](http://www.scheidegger.nl/Scheidegger/media/Scheidegger/Pagina%20content/Algemene-voorwaarden-Scheidegger_1.pdf), dat bij annulering van minder dan twee weken voor de aanvang van de opleiding, toch de totale prijs van de Openlijnopleiding (zijnde een opleiding die voor iedere geïnteresseerde openstaat) verschuldigd is. Een identieke bepaling is te vinden in <https://image.opleidingsgroep.nl/static/media/ncoi/ncoi/algemene-voorwaarden-ncoi.pdf>. Ook de LOI bepaalt in art. 12 lid 1 sub d van zijn algemene voorwaarden, toegankelijk via [www.loi.nl/voorwaarden](http://www.loi.nl/voorwaarden), dat – na het verstrijken van het herroepingsrecht – bij annulering binnen twee weken voor aanvang van de opleiding 100% van het lesgeld, met een maximum van 12 maanden, is verschuldigd, welke in één keer moet worden voldaan. Ook in andere branches zijn annuleringsbedingen gebruikelijk, zie bijvoorbeeld art. 9.2 en 9.3 ANVR-voorwaarden. Ook exoneratiebedingen komen nog regelmatig voor: bijvoorbeeld art. 17 van Enexis, in te zien op [www.enexis.nl/Documents/algemene-voorwaarden/Algemene%20voorwaarden%20G%20en%20E%20consumenten%20Internet.pdf](http://www.enexis.nl/Documents/algemene-voorwaarden/Algemene%20voorwaarden%20G%20en%20E%20consumenten%20Internet.pdf). Art. 17 van de algemene voorwaarden van Nuon, in te zien via [www.nuon.nl/media/service/downloads/algemene-voorwaarden/algemene-voorwaarden8-5065.pdf](http://www.nuon.nl/media/service/downloads/algemene-voorwaarden/algemene-voorwaarden8-5065.pdf), beperkt de som waarvoor Nuon aansprakelijk is. Art. 14.1 van de algemene voorwaarden voor een mobiel abonnement van KPN bevat een aansprakelijkheidsbeperking, evenals art. 7 algemene voorwaarden van Ziggo – pas verkrijgbaar na het invullen van postcode en huisnummer, via [www.ziggo.nl/pdf/voorwaarden/1706027%20Algemene%20voorwaarden%20Ziggo%20Services%20BV\\_%20vanaf%201juli2017.pdf](http://www.ziggo.nl/pdf/voorwaarden/1706027%20Algemene%20voorwaarden%20Ziggo%20Services%20BV_%20vanaf%201juli2017.pdf). De algemene voorwaarden voor de overeenkomsten met Mediamarkt die online worden afgesloten, zijn collectief onderhandeld binnen de SER, maar art. 15 van de algemene voorwaarden geldend voor in de winkel afgesloten overeenkomsten bevatten een uitsluiting van alle aansprakelijkheid ‘voor zover niet in strijd met dwingendrechtelijke bepalingen’, in te zien via [www.mediamarkt.nl/static/av/Algemene%20Verkoopvoorwaarden.pdf](http://www.mediamarkt.nl/static/av/Algemene%20Verkoopvoorwaarden.pdf). Art. 74 en 76 van de algemene voorwaarden voor een particuliere betaalrekening van de ING, in te zien via [www.ing.nl/media/ING\\_voorwaarden-en-overige-regelingen\\_tcm162-38817.pdf](http://www.ing.nl/media/ING_voorwaarden-en-overige-regelingen_tcm162-38817.pdf), bevatten ook exoneraties voor – onder meer – het niet functioneren van apparatuur. Eenzelfde soort bepaling is te vinden in art. 19 van de aanvullende voorwaarden voor betalen en onlinediensten voor particulieren, in te zien via [www.rabobank.nl/images/voorwaarden-voor-betalen-en-online-diensten-rabobank-2018\\_29925921.pdf](http://www.rabobank.nl/images/voorwaarden-voor-betalen-en-online-diensten-rabobank-2018_29925921.pdf), toepasselijk in aanvulling op de collectief onderhandelde Algemene Bankvoorwaarden.
69. P. Ascini & E. van Wijk, ‘Responsive regulation at the Dutch Food and Consumer Product Safety Authority: An empirical assessment of assumptions underlying the theory’, *Regulation & Governance* 2009, p. 39-40 geven aan dat marktpartijen handhavend optreden dat ‘zacht’ bedoeld is, ook als straffend kunnen ervaren, en ook ‘zacht’ optreden kan verzet oproepen. In dit onderzoek ging het echter om het optreden van publiekrechtelijke handhavers – mogelijk geldt dit minder als marktpartijen zelf ook (mede)handhaver zijn.
70. Zie [www.inretail.nl/vraag-en-antwoord/Consument-en-voorwaarden/12-antwoorden-op-vragen-over-de-nieuwe-cbw-erkend-woonvoorwaarden/](http://www.inretail.nl/vraag-en-antwoord/Consument-en-voorwaarden/12-antwoorden-op-vragen-over-de-nieuwe-cbw-erkend-woonvoorwaarden/).
71. Zie voor een rechtsvergelijking hieromtrent C.M.D.S. Pavillon, ‘Private standards of fairness in European contract law’, *ERCL* 2012, afl. 1, p. 85 e.v.
72. HR 27 oktober 2017, *NJ* 2017/421. Zie in dezelfde zin Rb. Gelderland 1 juni 2016, *NJF* 2016/332 en Rb. Amsterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7795.
73. Zie hierover verder P.T.J. Wolters, ‘De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden. Consistentie in de lagere rechtspraak?’, *RMThemis* 2017, afl. 3, p. 123-124.
74. In het bijzonder Ktr. Den Haag 18 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:409, zie ook Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528.
75. Rb. Amsterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7795.
76. Zie echter Hof ’s-Hertogenbosch 25 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3334, in aansluiting op Hof ’s-Hertogenbosch 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5539. Het hof refereert aan 3 niet gepubliceerde uitspraken: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:672, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6249 en Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1487.
77. Geschillencommissie Bruidsmode en Maatwerk 30 augustus 2017, zaak 111296, zie [www.degeschillencommissie.nl/consumenten/uitsprakenoverzicht/111296/annuleringsbepaling-algemene-voorwaarden-is-in-dit-geval-onredelijk-bezwarend](http://www.degeschillencommissie.nl/consumenten/uitsprakenoverzicht/111296/annuleringsbepaling-algemene-voorwaarden-is-in-dit-geval-onredelijk-bezwarend). In dezelfde zin Geschillencommissie Reizen 6 april 2017, zaak 108693, beschikbaar via [www.degeschillencommissie.nl/consumenten/uitsprakenoverzicht/108693/annuleringsbepaling-algemene-voorwaarden-is-in-dit-geval-onredelijk-bezwarend](http://www.degeschillencommissie.nl/consumenten/uitsprakenoverzicht/108693/annuleringsbepaling-algemene-voorwaarden-is-in-dit-geval-onredelijk-bezwarend).

Deze uitspraken laten zien dat zelfregulering niet garandeert dat bedingen niet oneerlijk worden bevonden. Tegelijkertijd vormt de rechtspraak voorafgaand aan *Tio Teach/V* een aanwijzing dat rechters wel belang kunnen hechten aan de wijze van totstandkoming van een beding, conform art. 6:233 sub a BW. Deze omstandigheid werd echter soms buiten beschouwing gelaten. Daardoor is moeilijk te voorspellen of een beding oneerlijk zal worden bevonden. Tevens is onduidelijk hoeveel gewicht in de rechtspraak wordt toegekend aan de wijze van totstandkoming van algemene voorwaarden. Op deze wijze wordt ex ante handhaving complexer en mogelijk minder effectief.

De ontwikkeling en handhaving van het recht inzake algemene voorwaarden, op een wijze die aansluit bij het gedrag van marktdeelnemers, staat aldus niet gelijk aan volledige internalisatie en volledige naleving, zelfs niet als sprake is van succesvolle zelfregulering. Hoewel dit wellicht deels kan worden geweten aan de complexiteit van het recht, verklaart deze complexiteit niet waarom, in de Nederlandse rechtsorde, bedingen die waarschijnlijk oneerlijk zijn nog steeds vaak voorkomen.<sup>78</sup> Inzichten uit responsieve handhaving bieden hiervoor een mogelijke andere verklaring voor niet-naleving: gebrekkige internalisatie van de norm, vertaald in beperkte nalevingsbereidheid. Zonder (volledige) nalevingsbereidheid is het effect van handhavinginstrumenten geringer. Parker<sup>79</sup> wijst erop dat als actoren een regel onredelijk vinden, en nalevingsbereidheid laag is, dit naleving op de lange termijn kan ondermijnen. Zo kunnen actoren die het niet met een norm eens zijn, trachten om deze norm en de handhaving ervan te beïnvloeden. Dit zou kunnen betekenen dat algemene voorwaarden op zodanige wijze zouden worden onderhandeld dat dit consumentenbescherming nauwelijks ten goede komt.

Bovendien kan beperkte nalevingsbereidheid mogelijke verdere gevolgen hebben voor verdere handhavingsiniciatieven, waaronder ook de voorstellen onder de New Deal. Parker<sup>80</sup> wijst erop dat als actoren een norm – zoals art. 6:233 sub a BW, of de interpretatie hiervan – als ‘onredelijk’ beschouwen, een ‘compliance trap’ kan ontstaan. Deze ‘nalevingsval’ ontstaat als instanties beleid ontwikkelen dat naleving zou moeten vergroten. Zij kunnen inzetten op ‘zachte’ instrumenten, zoals het uitwisselen van informatie, die echter niet noodzakelijkerwijs leiden tot meer naleving, als actoren het bijvoorbeeld oneens zijn met de informatie die zij ontvangen. Nederlandse gebruikers kunnen voorts twifelen aan het nut van bijvoorbeeld Europese zelfregulering. Als de nalevingsbereidheid onder actoren gebrekkig is, kan beleid dat inzet op zelfregulering leiden tot vrijblijvende, algemeen geformuleerde, eenzijdige zelfregulering, en het is maar de vraag of der-

gelijke zelfregulering leidt tot meer naleving. Verdergaand, ‘harder’, beleid kan de positie van instanties echter ondermijnen als actoren niet instemmen met de norm. Voor het recht inzake algemene voorwaarden betekent dat bijvoorbeeld dat de ACM bepaalde collectief onderhandelde bedingen als oneerlijk zou gaan beschouwen, en gebruikers van deze bedingen zou gaan aansporen deze bedingen aan te passen. Gebruikers zouden dan de ACM als ‘te streng’ kunnen gaan zien, hetgeen op zijn beurt zou kunnen leiden tot minder medewerking met de ACM of de Consumentenbond. Handelaren zouden bijvoorbeeld ook kunnen proberen om via lobbywerk de bevoegdheden van de ACM in te perken.

Zonder politieke steun kan de handhaver niet aan deze nalevingsval ontsnappen. Alvorens handhavingbeleid te ontwikkelen, is het daarom wellicht raadzaam om na te gaan of dergelijke politieke steun bestaat. Aldus sluit handhaving weliswaar niet naadloos aan bij de motivatie en het gedrag van *alle* markspelers, maar wel bij de behoeften van een deel van die markspelers – consumenten – en bij de rechtsovertuiging in een rechtsorde. In de Nederlandse rechtsorde bestaat algemene politieke steun voor toegankelijker geschilbeslechting.<sup>81</sup> Duidelijker steun kan worden ontleend aan Nederlandse jurisprudentie, in het bijzonder *Tio Teach/V*, dat duidelijk maakt dat van tevoren afgestemde of onderhandelde bedingen oneerlijk kunnen worden bevonden. Op Europees niveau zou steun voor een actiever handhavingbeleid kunnen worden gevonden in de New Deal, die immers ook inzet op ‘betere handhaving’ van de Richtlijn oneerlijke bedingen, alsmede in de herziene Verordening (EU) 2017/2394, die in 2020 in werking treedt, waarin de bevoegdheden van handhavende instanties worden uitgebreid.

Samengevat wordt het Nederlandse recht inzake algemene voorwaarden ontwikkeld en gehandhaafd op een wijze die overeenstemt met de motivatie van marktpartijen. Hoewel dit waarschijnlijk heeft bijgedragen aan minder onredelijke voorwaarden, heeft dit niet geresulteerd in volledige nalevingsbereidheid of volledige naleving. Deze wijze van ontwikkeling kan ook niet volledig gelijk worden getrokken met ‘responsieve handhaving’ zoals oorspronkelijk bedoeld door Braithwaite en Ayres, nu dit uitgaat van een actievere rol van, in casu, de ACM. Ook dan staat responsieve handhaving echter niet gelijk aan volledige naleving. Het gebruik van waarschijnlijk onredelijk voorwaarden kan wellicht worden verklaard door de complexiteit van het recht. Als niet-naleving echter wijst op een gedeeltelijke internalisatie van de onredelijk-bezwarend-norm, zou het effect van actievere handhaving beperkt kunnen zijn. Bij het ontwikkelen van actievere handhaving moet tevens rekening worden gehouden met de ‘nalevingsval’. Aan deze val kan worden

zicht/108693/op-grond-van-artikel-12-onder-2-sub-a-is-bij-eigen-vervoerreizen-naar-wooneenheden-als-een-bungalow en Geschillencommissie Reizen 27 november 2017, zaak 112291, beschikbaar via [www.degeschillencommissie.nl/consumenten/uitsprakenoverzicht/112291/verschil-van-mening-omtrent-al-dan-niet-gedane-toezegging-van-een-kosteloze-annulering](http://www.degeschillencommissie.nl/consumenten/uitsprakenoverzicht/112291/verschil-van-mening-omtrent-al-dan-niet-gedane-toezegging-van-een-kosteloze-annulering).

78. Zie eerder noot 49 en noot 66.

79. Ch. Parker, ‘The “compliance” trap: The moral message in responsive regulatory enforcement’, *Law & Society Review* 2006, p. 592-593.

80. Ch. Parker, ‘The “compliance” trap: The moral message in responsive regulatory enforcement’, *Law & Society Review* 2006, p. 592-593.

81. Zo wil het kabinet ‘innovatieve wetgeving die ruimte biedt aan de rechter om te experimenteren met eenvoudige procedures die partijen bij elkaar brengen en conflicten niet op de spits drijven’, en mogelijkheden tot buitengerechtelijke geschilbeslechting uitbreiden, zie *Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie*, p. 5.

ontsnapt als betere handhaving kan rekenen op externe steun, die aanwezig lijkt te zijn op Nederlands en Europees niveau.

#### 4.4. Een scala aan gradueel ingezette sancties en samenloop

Responsieve handhaving bouwt voort op internalisatie van de onredelijk-bezwarend-norm bij gebruikers van algemene voorwaarden en consumenten. Om internalisatie te bevorderen, is een graduele inzet van goed op elkaar afgestemde handhavingsmiddelen essentieel. Volgens Ayres en Braithwaite<sup>82</sup> zou handhaving zowel elementen van samenwerking – bijvoorbeeld het voorlichten van zowel bedrijven als consumenten – als dwang – bijvoorbeeld boetes en dwangbevelen, om toekomstige schendingen te helpen voorkomen – moeten bevatten. Daarbij moeten eerst maatregelen die uitgaan van samenwerking worden toegepast, en, bij voortdurende schendingen, moet steeds een zwaarder middel worden ingezet. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat handhavende instanties beschikken over een scala aan mogelijkheden, die zij naar keuze kunnen inzetten.

Momenteel bestaan verschillende mogelijkheden voor het stopzetten van het gebruik van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden: een ‘normoverdragend gesprek’ met de ACM, een aanwijzing van de ACM, tweezijdig onderhandelde voorwaarden, voorlichting aan consumenten, en individuele acties, zowel in als buiten rechte. De Europese Commissie beoogt verder een Europese representatieve actie in te voeren. Op nationaal niveau is een collectieve actie al mogelijk. Ook zouden boetes kunnen worden opgelegd. Art. 8b ontwerp-Richtlijn betere handhaving stelt handhavende instanties in staat om bij het bepalen van de hoogte van de boete te kijken naar, onder meer, de aard, ernst en duur van de inbreuk; inspanningen van de handelaar om de schade van consumenten te verzachten of te verhelpen; de vraag of de inbreuk opzettelijk dan wel uit nalatigheid is geschied; eerdere inbreuken; en behaalde winst of beperkte verliezen van de handelaar als gevolg van de schending. Daarmee wordt voor het bepalen van de boete deels aangesloten bij de nalevingsbereidheid van gebruikers van algemene voorwaarden. De ontwerp-richtlijn gaat echter niet in op het gradueel inzetten van andere sancties.

Met de nadruk op het gradueel inzetten van sancties vestigt responsieve handhaving de aandacht terecht op de vraag welke sanctie het beste past bij een overtreding en een overtreder. Het gradueel inzetten van sancties is echter moeilijk in te passen in het Nederlandse recht inzake algemene voorwaarden. In dit gebied wordt voornamelijk uitgegaan van private handhaving, en privaatrechtelijke handhaving wordt juist niet gradueel ingezet. Daarmee lijkt een van de kritiekpunten op responsieve handhaving in het bijzonder te gelden voor dit rechtsge-

bied.<sup>83</sup> Volgens Mascini en Van Wijk<sup>84</sup> is responsieve handhaving onder meer gebaseerd op de aanname dat handhavers vrijelijk kunnen kiezen tussen handhavingsinstrumenten, en dat zij dat consistent doen. Mascini en Van Wijk wijzen er echter op dat handhavers ervoor kunnen kiezen om geen sanctie op te leggen omdat zij bewijsmoeilijkheden of andere moeilijkheden voorzien, en dat een aanzienlijk verschil kan worden gesignaleerd tussen individuele handhavers binnen dezelfde handhavende instantie. Voor private handhaving geldt dit des te meer. Er bestaat immers geen steun voor de algemene stelling dat consumenten hun besluit laten afhangen van de vraag of hun wederpartij een goedwillende beginneling dan wel een hardnekkige recidivist is, zo zij daar al zicht op hebben. Er moet bovendien niet worden aangenomen dat consumenten dezelfde sancties consistent inzetten, en het is goed mogelijk dat consumenten kiezen voor verschillende mogelijke remedies, afhankelijk van hun individuele situatie. Daarmee sluit het Nederlands algemene-voorwaardenrecht vooralsnog niet goed aan bij responsieve handhaving zoals voorgesteld door Ayres en Braithwaite, waarin wordt uitgegaan van een publiekrechtelijke handhaver die een actief beleid voert. Ook als de ACM een dergelijk beleid zou voeren – hetgeen niet blijkt uit de jaarverslagen – moet er niet van worden uitgegaan dat de ACM noodzakelijkerwijs zou overgaan tot sanctioneren van bedrijven die duidelijk niet bereid zijn de wet na te leven.

Dat betekent echter niet dat inzichten uit responsieve handhaving niet relevant kunnen zijn voor de New Deal en het consumentenrecht. Inzichten uit responsieve handhaving vestigen juist de aandacht op de noodzaak om privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten (veel) beter op elkaar af te stemmen. Hoewel de nadruk van de Europese Commissie op handhaving, en laagdrempelige geschillenbeslechting, heeft geleid tot meerdere wijzen van geschillenbeslechting, zijn deze verschillende vormen van geschillenbeslechting niet goed op elkaar afgestemd. Recente vragen over samenloop tussen individuele en collectieve vorderingen laten zien dat ook de verschillende wijzen van privaatrechtelijke handhaving beter op elkaar moeten worden afgestemd.

Art. 6:243 BW bepaalt dat bedingen die zijn verboden omdat ze onredelijk bezwarend zijn bevonden in collectieve procedures, ook in individuele procedures tegen een gebruiker die betrokken was bij de collectieve procedure, oneerlijk zullen worden verklaard, zonder voorafgaande toets. Deze bepaling dient ambtshalve te worden toegepast, tenzij de consument hiervan afziet. Art. 6:243 BW geeft echter geen antwoord op de vraag wat rechtens is als individuele procedures al aanhangig zijn voordat collectieve procedures worden beslist. Individuele procedures, zowel voor de rechter als de Geschillencommissie, worden in de regel niet geschorst omdat een collectieve

82. I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford: OUP 1992, p. 5.

83. C. Scott, ‘Regulation in the age of governance: the rise of the post regulatory state’, in: J. Jordana & D. Levi-Faur (red.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham: Northampton 2004, p. 158 wijst erop dat in weinig landen handhavende instanties over genoeg bronnen beschikken om langdurig actief beleid te voeren dat resulteert in volledige naleving; en dat de reeks sancties vaak incompleet is.

84. P. Masini & E. van Wijk, ‘Responsive regulation at the Dutch Food and Consumer Product Safety Authority: An empirical assessment of assumptions underlying the theory’, *Regulation & Governance* 2009, p. 33-37.

procedure aanhangig is gemaakt. Dit lijkt te stroken met de uitspraak van het Hof in *Sales Sinués*.<sup>85</sup> In deze zaak oordeelde het hof dat een rechtsregel die individuele procedures schorst in afwachting van de uitkomst van een collectieve procedure, een effectieve bescherming van de consument in de weg staat. Een mogelijk gevolg is dat beslissingen over de bezwaarlijkheid van bedingen in individuele procedures kunnen afwijken van de beslissing op een collectieve actie. Zo kan een beding in een individueel proces in stand worden gelaten, terwijl datzelfde beding in een latere collectieve procedure wordt vernietigd. Tevens moet in gedachten worden gehouden dat de maatstaf van de toets in collectieve en individuele procedures kan verschillen. In individuele procedures komt het erop aan of een beding gezien de omstandigheden van het individuele geval onredelijk bezwarend is.<sup>86</sup> Bij toetsing op grond van art. 6:240 en 3:305a BW wordt daarentegen uitgegaan van een meer abstracte toets. Nu de individuele, concrete, toets verschilt van de collectieve, abstracte toets, is het mogelijk dat bedingen die in collectieve procedures in stand zijn gelaten, in individuele latere procedures alsnog worden vernietigd. Aldus kunnen tegenstrijdige rechterlijke uitspraken over de bezwaarlijkheid van identieke bedingen worden gedaan. Deze kans op inconsistentie wordt verder vergroot als een Europese representatieve actie wordt ingevoerd: als een beding onredelijk bezwarend wordt verklaard, hoeveel ruimte bestaat dan nog voor de civiele rechter om in individuele zaken een beding in stand te laten? Juist in de ontwerp-Richtlijn representatieve acties zou hierover duidelijkheid kunnen worden geschept.

Bovenstaande vragen over samenloop maken duidelijk dat de verschillende handhavinginstrumenten niet zorgvuldig op elkaar zijn afgestemd, hetgeen de kans op tegenstrijdige rechterlijke uitspraken vergroot. De ontwerp-richtlijn biedt hierover geen verdere duidelijkheid.

#### *4.5. De New Deal en de Nederlandse praktijk als een voorbeeld van responsieve handhaving*

De New Deal gaat uit van een aantal vooronderstellingen die slecht zijn onderbouwd. Deze aannames gaan voorbij aan inzichten over nalevingsbereidheid die zijn onderkend door onder meer de ACM. De ervaringen met algemene voorwaarden en samenloop in de Nederlandse rechtsorde wijzen erop dat niet zonder meer aannemelijk is dat meer remedies op Europees niveau en het verhogen van sancties zal leiden tot meer naleving en meer handhaving. In plaats daarvan moet meer aandacht worden besteed aan nalevingsbereidheid en het beter op elkaar afstemmen van handhavinginstrumenten.

Het Nederlands recht inzake oneerlijke bedingen lijkt een voorbeeld van een rechtsgebied dat is ontwikkeld en gehandhaafd overeenkomstig de motivatie van marktpartijen. Het wijdverbreide gebruik van tweezijdig onderhandelde voorwaarden lijkt een aanwijzing voor de bereidheid van Nederlandse actoren om te willen komen tot het gebruiken van voorwaarden die niet onredelijk bezwarend zijn. De complexiteit van het recht kan naleving

echter moeilijker maken. De onduidelijkheid over het onredelijk bezwarend zijn van bedingen kan positieve handhaving vooraf bemoeilijken en de kans vergroten dat ondernemers te goeder trouw onredelijk bezwarende bedingen gebruiken. De New Deal gaat echter niet in op nalevingsbereidheid en stelt geen inhoudelijke wijzigingen voor die het recht inzake algemene voorwaarden zouden vereenvoudigen.

Ook als minder onduidelijkheid bestaat over de onredelijkheid van bedingen, blijft het gebruik hiervan wijdverspreid. Tevens ontbreken bedingen die duidelijk zo zijn geformuleerd dat zij de consument meer rechten toekennen dan normaliter het geval zou zijn – zodat het beding duidelijk eerlijk is. Dit zou kunnen duiden op gedeeltelijke internalisatie van de norm, en onvolledige nalevingsbereidheid. Responsieve handhaving blijft deels afhankelijk van internalisatie van de norm, maar staat daar niet aan gelijk. Responsieve handhaving vormt ook geen garantie voor volledige naleving, maar geeft wel aanwijzingen hoe internalisering van de norm kan worden vergroot en naleving kan worden verbeterd. Als gebrek aan naleving kan worden geweten aan een gebrek aan nalevingsbereidheid, is het mogelijk dat handhavingsopties minder effect hebben. Als actoren bovendien actief worden betrokken bij handhaving, zoals het geval bij Nederlandse algemene voorwaarden, is het mogelijk dat zij minder openstaan voor actievere handhaving.

De New Deal gaat eveneens voorbij aan de graduele inzet van sancties. Momenteel wordt het recht inzake algemene voorwaarden ex post voornamelijk individueel gehandhaafd door consumenten, waarbij een graduele inzet van sancties logischerwijs ontbreekt. Toch biedt responsieve handhaving ook op dit punt interessante inzichten. De graduele inzet van sancties is belangrijk voor het voortbouwen op nalevingsbereidheid. Als handelaren te goeder trouw oneerlijke bedingen gebruiken, is twijfelachtig of zwaardere sancties leiden tot meer naleving. Hier kan verduidelijking een geschiktere optie zijn voor het vergroten van naleving. Responsieve handhaving wijst er bovendien terecht op dat een duidelijker afstemming van verschillende handhavinginstrumenten gewenst is. Ook binnen het privaatrecht is betere afstemming vereist. Meer duidelijkheid over bijvoorbeeld samenloop is wenselijk. De huidige instrumenten zijn echter niet goed gecoördineerd en de New Deal brengt hierin geen verandering.

#### **5. De meerwaarde van responsieve handhaving: aanbevelingen**

Zouden voorstellen die stroken met inzichten van responsieve handhaving meer kunnen bijdragen aan naleving van het Nederlandse algemene-voorwaardenrecht en het Europees consumentenrecht? De voorstellen in de New Deal gaan voorbij aan inzichten van responsieve handhaving. De theorievorming over responsieve handhaving wijst op het belang van nalevingsbereidheid en een graduele inzet van sancties. De Commissievoorstellen gaan

85. HvJ EU 14 april 2016, gevoegde zaken C-381/14 en C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252 (*Sales Sinués/Caixa Bank SA; Drame Ba/Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA)*).

86. HR 21 september 2012, NJ 2013/431.

hier ten onrechte aan voorbij. Het kan derhalve worden betwijfeld of de New Deal in zijn huidige vorm zal leiden tot drastisch meer handhaving of meer naleving.

Het Nederlandse recht inzake algemene voorwaarden implementeert Richtlijn 93/13 en wordt ontwikkeld en gehandhaafd op een wijze die aansluit bij het gedrag en de motivatie van marktpartijen. Hoewel dit waarschijnlijk heeft bijgedragen aan het gebruik van minder onredelijke bedingen, heeft dit niet geleid tot volledige nalevingsbereidheid. Nederlandse zelfregulering, hoewel wijdverspreid, heeft eveneens niet voorkomen dat de vraag of een beding oneerlijk is, niet altijd eenduidig kan worden beantwoord. Dit lijkt deels te volgen uit het noodzakelijkerwijs vage verbod op het gebruik van 'onredelijk bezwarende' bedingen in art. 6:233 sub a BW en het verbod op 'oneerlijke' bedingen in art. 3 Richtlijn oneerlijke bedingen. Naleving, en pogingen om naleving af te dwingen, worden gecompliceerd als moeilijk voorspelbaar is of bedingen onredelijk zijn. Ook ex ante handhaving kan worden bemoeilijkt.

Inzichten uit responsieve handhaving zouden verder kunnen bijdragen aan meer naleving. Aan die inzichten zijn de volgende aanbevelingen worden ontleend. Ten eerste moet bij de inzet van handhavinginstrumenten worden gekeken naar nalevingsbereidheid – zowel op nationaal als Europees niveau. Als actoren bereid zijn om eerlijke algemene voorwaarden te gebruiken, maar niet zeker weten of hun voorwaarden eerlijk zijn, kan de uitwisseling van informatie een waardevolle manier zijn om naleving te vergroten. Onder de New Deal wordt inderdaad meer voorlichting aan bedrijven en rechters voorgesteld,<sup>87</sup> maar niet gekeken naar de uitwisseling van informatie tussen nationale en Europese instanties en actoren. Zeker voor ex ante positieve handhaving is cruciaal dat marktpartijen en de ACM goed geïnformeerd zijn over de vraag welke voorwaarden mogelijk oneerlijk zijn. Voorkomen moet immers worden dat de ACM handelaren ten onrechte waarschuwt dat bedingen oneerlijk zijn, of, daarentegen, dat handelaren onterecht veronderstellen dat een beding eerlijk is. Het belang van informatie-uitwisseling is ook onderstreept door Hodges,<sup>88</sup> die deze uitwisseling een noodzakelijk onderdeel acht van besluitvorming in de handhaving. Hij wijst eveneens op het belang om redenen voor nietnaleving te doorgronden. Het belang van informatie-uitwisseling is overeenkomstig de Nederlandse praktijk, waar samenwerking en uitwisseling van informatie tussen de ACM en de Geschillencommissie is gebaseerd op een Samenwerkingsprotocol.<sup>89</sup> Deze uitwisseling zou, conform inzichten van responsieve handhaving, verder kunnen worden uitgebreid.<sup>90</sup> Ook vereenvoudiging van het recht zou ex ante handhaving en naleving kunnen faciliteren.

Ten tweede moet ingezet worden op actievere handhaving van het recht inzake algemene voorwaarden, die nalevingsbereidheid verder vergroot. Voor het Nederlandse recht zou dit de vorm kunnen aannemen van actiever toezicht op tweezijdig onderhandelde bedingen. Zo kan wellicht door belanghebbende partijen binnen de SER tevens worden gekeken naar mogelijkheden om collectief onderhandelde voorwaarden periodiek te toetsen op hun eerlijkheid aan de hand van Europese en nationale rechterlijke uitspraken, waarbij in het bijzonder kan worden gekeken naar bedingen op de grijze en blauwe lijst. Dit hangt grotendeels af van de bereidheid van betrokken actoren om omstreden of twijfelachtige bedingen vervolgens te wijzigen. Daarnaast kan een prominentere rol van de grijze en blauwe lijst worden gepromoot, bijvoorbeeld door systematischere controles op vaak voorkomende, maar problematische voorwaarden zoals exoneratiebedingen en annuleringsbedingen. Bij het opsporen van deze en andere mogelijke oneerlijke voorwaarden zou gebruik kunnen worden gemaakt van een algoritme.<sup>91</sup>

Voor zover er bij actoren beperkte nalevingsbereidheid bestaat, moet bij het ontwikkelen van actiever handhavingsebeleid echter wel rekening worden gehouden met de 'nalevingsval'. In het bijzonder de (Nederlandse) rechtspraak, de New Deal en de herziene Verordening kunnen steun bieden waardoor de handhaver aan deze vorm zou kunnen ontsnappen.

Ten derde kan met behulp van inzichten uit responsieve handhaving ook duidelijk worden gemaakt welke initiatieven wellicht beperkt effect hebben. Verscheidene instrumenten die momenteel op Europees niveau worden gepromoot, zullen in de Nederlandse rechtsorde niet heel veel verschil maken. Zo is niet alleen het effect van hogere boetes twijfelachtig, maar ook het gebruik van richtsnoeren en de ontwikkeling van Europese zelfregulering.

Ten vierde moet op Europees niveau meer aandacht worden besteed aan de graduele inzet van handhavinginstrumenten. Dit is voor privaatrechtelijke handhaving problematisch, daar individuele vorderingen in de regel juist niet gradueel worden ingesteld. Echter, meer aandacht voor vragen over samenloop is, mede blijkens Europese jurisprudentie, ook wenselijk in het kader van rechtszekerheid. De New Deal draagt hier helaas niet aan bij, hoewel de complexiteit van het recht niet bevorderlijk lijkt voor de nalevingsbereidheid van actoren. De New Deal draagt evenmin bij aan de graduele inzet van handhavinginstrumenten, hoewel ook dit relevant is voor de nalevingsbereidheid van actoren. Het is immers goed mogelijk dat een hoge boete averechts kan werken voor een gebruiker die te goeder trouw onredelijk bezwarende bedingen gebruikte, bijvoorbeeld omdat ze collectief zijn onderhandeld. Deze gebruiker heeft dan wellicht minder de neiging om in de toekomst bedingen te onderhandelen, of anderszins aandacht te vestigen op mogelijk oneerlijke bedingen.

87. SWD(2017)209, p. 85-86.

88. Ch. Hodges, *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance, and ethics*, Oxford: Hart 2015, p. 704.

89. *Stcrt.* 2016, 38536.

90. Het is niet geheel duidelijk wat deze uitwisseling precies inhoudt en welke vorm deze gaat krijgen als de financiering van de Geschillencommissie zou worden stopgezet.

91. Zie verder M. Lippi e.a., 'Automated Detection of Unfair Clauses in Online Consumer Contracts', in: A. Wyner & G. Casini (red.), *Legal Knowledge and Information Systems*, Amsterdam: IOS Press 2017, p. 145-152.