

Handhaving van informatieplichten in het verbintenissenrecht

HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*)

HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861 (*Arvato II*)

W.H. van Boom

Ars Aequi 2023, p. 282-289 (paginanummers tussen [haakjes] in tekst)

Achtergronden

[282] De kantonrechters te Leeuwarden en Amsterdam stellen in *Arvato I* prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Zij willen weten hoe zij moeten omgaan met een aantal wettelijke informatieplichten in Boek 6 BW. Het gaat in het bijzonder om de informatieplichten in afdeling 6.5.2b BW, de afdeling die implementatie is van Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten). De Hoge Raad beantwoordt de vragen in een arrest dat een belangrijke stap zet wat betreft de wisselwerking tussen Europese regels van consumentenbescherming en klassieke leerstukken van het verbintenissenrecht. In deze noot bespreek ik het arrest en kan ik ook, vanwege de verlate verschijning, de reacties erop verwerken die inmiddels zijn verschenen, én het vervolgarrest *Arvato II*.

Waar gaat het om? In de zaak die in Leeuwarden speelde, had een consument via de website van de verkoper een douchepaneel met mengkraan gekocht voor € 168,95. Na aflevering betaalde de consument niet. De verkoper cedeerde vervolgens de vordering op de consument aan Arvato Finance, en die startte een incassogeding. In de Amsterdamse zaak ging het om een consument die een energiecontract had gesloten met Essent. Een maandfactuur van € 360 bleef ook na aanmaning onbetaald en Essent cedeerde de vordering aan Intrum Nederland. Beide procedures zijn verstekprocedures, dat wil zeggen dat de gedaagde niet is verschenen in de procedure. Dat gebeurt heel vaak bij incassoprocedures. Als de gedaagde niet verschijnt, wijst de rechter normaalgesproken de vordering zonder nader onderzoek toe bij wijze van ‘stempelvonnis’.¹ Maar bij incassoprocedures tegen consumenten werkt het de laatste jaren anders. Op enig moment is het Hof van Justitie EU namelijk gaan eisen dat civiele rechters *ambtshalve* moet beoordelen of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen).² Die ambtshalve toetsing moet ook in verstekzaken plaatsvinden,³ en moet inmiddels ook in andere gevallen van EU-consumentenbescherming plaatsvinden.⁴ Die ambtshalve toetsing vergt in verstekzaken meer van de rechter dan alleen maar stempelen. Een van de vragen die in deze zaak centraal staat, is dus of de ambtshalve toetsing ook moet plaatsvinden op het punt van de bedoelde informatieplichten.

¹ Zie art. 139 jo. art. 230 lid 2 Rv.

² Zie over deze ontwikkeling bijv. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 190 e.v. Van de uitdijende rechtspraak zie bijv. HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*); HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*); HvJ EU 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon GSM*); HvJ EU 17 december 2009, ECLI:EU:C:2009:792 (*Martín Martín*), HvJ EU 9 november 2010, ECLI:EU:C:2010:659 (*VB Pénzügyi Lízing*); HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español de Crédito*); HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*); HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Hazet Ochten*); HvJ EU 21 april 2016, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger/Finway*).

³ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, AA20140358 (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.9.2.

⁴ Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 197-198.

Om welke informatieplichten gaat het? In Boek 6 BW staan op verschillende plaatsen verplichtingen van handelaren om bepaalde informatie te geven aan consumenten. Het gaat steeds om verplichtingen die uit Europese richtlijnen voortkomen, met name Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten). De bepalingen van het BW zijn dus op die punten implementatiewetgeving. Ik noem er een paar:

[283]

- Bij overeenkomsten op afstand of buiten verkooppriimte moet de handelaar aan de consument vóór het contracteren informatie verschaffen over o.a. wettelijke ontbindingsrechten (art. 6:230m BW).⁵
- Bij overeenkomsten op afstand moet de handelaar o.a. op voorhand duidelijk maken, op een niet voor misverstand vatbare wijze, dat de bestelling door de consument een betalingsverplichting tot stand brengt (art. 6:230v BW).⁶
- Als een handelaar commerciële communicatie gebruikt door bijvoorbeeld reclamematerieel te verspreiden, dan rusten op hem een aantal 'essentiële informatieplichten' (art. 6:193f BW) zoals het informeren over de voornaamste kenmerken van de zaken of de diensten die worden aangeprezen, identiteit en adres van vestiging.⁷

De informatieplichten komen als gezegd uit verschillende Europese richtlijnen voort. Bij de implementatie van dit soort verplichtingen kunnen grofweg drie gevallen worden onderscheiden. Allereerst de situatie waarin de richtlijn zelf bepaalt wat de privaatrechtelijke sanctie is en onze wetgever die sanctie letterlijk overneemt. Dat zien we bijvoorbeeld bij art. 6 lid 1 aanhef en onder e jo lid 6 Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten), waar is bepaald dat als een handelaar bij een overeenkomst op afstand niet tijdig informeert over eventuele extra kosten, deze kosten niet verschuldigd zijn. Onze wetgever heeft deze sanctie letterlijk opgenomen in art. 6:230n lid 3 BW.⁸ Een tweede manier van implementeren doet zich voor als de richtlijn woorden gebruikt voor een privaatrechtelijke sanctie die in het systeem van ons BW minder goed lijken te passen; in dat geval kiest de nationale wetgever er dan soms voor om een 'vertaling' te maken naar dat nationale systeem. Een voorbeeld daarvan biedt art. 6:230v lid 3 BW. Daar is bepaald dat de consument een overeenkomst op afstand sluit – dus bijvoorbeeld in een webwinkel – vernietigbaar is als de handelaar niet overduidelijk erop gewezen heeft dat het plaatsen van een bestelling door de consument een betalingsverplichting tot stand brengt. De vernietigbaarheidssanctie is een vertaling van de tekst van de Richtlijn consumentenrechten waar deze bepaalt dat in voorkomend geval 'de consument niet door de overeenkomst of de bestelling gebonden is'.⁹

⁵ Zie over deze ontbindingsrechten art. 6:230m lid 1 aanhef en onder h, i, j en k BW, art. 6:230n, 230o en 230p BW.

⁶ Zie over de 'bestellen met betalingsverplichting'-knop art. 6:230v lid 3 BW.

⁷ Zie art. 6:193f aanhef en onder a en b jo 6:193d lid 2 BW. Gaat het om reclame dan is het niet altijd doenlijk om al deze informatie te geven; daarom bepaalt art. 6:193 lid 4 BW dat als de informatie niet kon worden gegeven gezien de beperkingen van het communicatiemedium en gegeven dat ze al elders gevonden kunnen worden, er geen sprake is van het weglaten van essentiële informatie.

⁸ De informatieplicht zelf staat in art. 6:230m lid 1 aanhef en onder e BW.

⁹ Art. 8 lid 2 Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten).

Een derde manier van implementatie doet zich voor als de richtlijn niets bepaalt over de vraag of implementatie binnen privaatrecht of publiekrecht moet plaatsvinden, laat staan over de vraag hoe sanctionering moet plaatsvinden. Dat is bij veel informatieplichten uit de Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten) het geval. Het is aan de lidstaat om te kiezen.¹⁰ Zolang de nationale wetgever maar sancties kiest die ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn’,¹¹ is de implementatiewetgeving vanuit EU-perspectief afdoende. In dit soort gevallen zijn er verschillende opties voor onze nationale wetgever: (a) de wetgever bedenkt zelf een specifieke privaatrechtelijke sanctie en zet deze in de wet of (b) de wetgever zet niets specifiek in de wet maar verwijst in de totstandkomingsgeschiedenis expliciet naar bestaande nationaalrechtelijke remedies die de rechter en/of de beschermde partij ter beschikking staan.¹² Een voorbeeld van de eerste manier (a) vinden we bij de ‘essentiële informatieplichten’ van art. 6:193f BW. Niet-naleving daarvan is een misleidende handelspraktijk en daarmee een onrechtmatige daad; een overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg hiervan, is bovendien vernietigbaar (zie art. 6:193b lid 1 resp. art. 6:193j lid 3 BW), zo bepaalde onze wetgever. Een voorbeeld van de tweede manier (b) vinden we bij art. 6:230i BW. Dat wetsartikel bepaalt dat art. 6:230g e.v. BW van dwingendrechtelijke aard zijn; blijkens de totstandkomingsgeschiedenis is vernietigbaarheid als bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW door de wetgever beoogd.¹³

Arvato I

De kantonrechters stellen in deze procedure tal van vragen aan de Hoge Raad, maar in essentie willen ze weten of deze informatieplichten ambtshalve moeten worden toegepast, en als dat betekent dat de vernietiging moet worden uitgesproken, hoe moeten zij dan de vernietigings sanctie toepassen, meer bepaald in verstekzaken. Allereerst geeft de Hoge Raad in *Arvato I* een overzicht van de verschillende wetsbepalingen en hun achtergrond.¹⁴ Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de rechter ambtshalve onderzoek moet verrichten naar de naleving van de informatieplichten en daar zo nodig gevolgen aan moet verbinden, zowel bij verstekzaken als bij procedures waar de gedaagde wel is verschenen.¹⁵ Vervolgens verdeelt de Hoge Raad de verschillende informatieplichten als volgt onder:

(i) De informatieplichten waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt zoals dat kosten niet verschuldigd zijn of een ontbindingstermijn wordt verlengd, of waaraan blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:230i BW de vernietigbaarheid als bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW aan is verbonden;

[284]

¹⁰ L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten (diss. Groningen)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 64.

¹¹ Over deze begrippen en de toepassing ervan bijv. M.B.M. Loos en C.M.D.S. Pavillon, ‘Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten’, *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 2129 e.v.; C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar, ‘Een prijskorting voor de consument bij gebrekkig informatieverstrekking: een onevenredige sanctie’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022, p. 229-230.

¹² Daarnaast is nog denkbaar (c) dat de wetgever noch (a) noch (b) doet en de rechter dus opzadelt met het probleem van inpassing en sanctionering. Die variant laat ik hierna buiten beschouwing.

¹³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 26-27.

¹⁴ R.o. 3.1.1-3.1.6.

¹⁵ R.o. 3.1.7.

(ii) de informatieplichten genoemd in art. 6:230m lid 1 BW, waaraan extra gewicht toekomt omdat ze door art. 6:193f BW tot essentiële informatieplichten zijn bestempeld;

(iii) overige informatieplichten die niet een specifieke sanctie kennen.

De Hoge Raad overweegt dat de ambtshalve toepassing van sancties moet plaatsvinden met betrekking tot de informatieplichten (1) en (2), maar niet ten aanzien van (3).¹⁶ Het is aan de consument om de handelaar aan te spreken op niet-naleving van die overige verplichtingen.¹⁷

Ten aanzien van (i) geldt:

“de rechter dient ambtshalve te onderzoeken of uit de stellingen van de handelaar en de overgelegde stukken genoegzaam blijkt dat de handelaar de (...) onder (i) bedoelde informatieplichten heeft nageleefd op de wijze zoals voorgeschreven door art. 6:230v BW (...), en, bij ontkennende beantwoording, ambtshalve de in de wet aan schending van de desbetreffende verplichting verbonden sanctie toe te passen.”¹⁸

Daarop laat de Hoge Raad een tabel volgen van de betreffende informatieplichten met hun specifieke wettelijke sancties. Bijvoorbeeld: de handelaar moet de consument informeren over de plicht om de retourverzendingkosten te betalen als hij zijn recht op ontbinding uitoefent; doet hij dat niet dan zijn die kosten niet verschuldigd (art. 6:230m lid 1 aanhef en onder i jo. art. 6:230s lid 2 BW).

Ten aanzien van categorie (ii) geldt iets anders:

“(…) Ten aanzien van de (...) essentiële informatieplichten moet de rechter ambtshalve onderzoeken of uit de stellingen van de handelaar en de overgelegde stukken genoegzaam blijkt dat daaraan is voldaan op de wijze zoals voorgeschreven in art. 6:230v BW (...). Indien dat niet het geval is, dient de rechter een doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie toe te passen (...). (...) Uit de parlementaire geschiedenis van de omzetting van de Richtlijn consumentenrechten in het BW blijkt dat de wetgever in het kader van remedies voor de consument bij schending van de informatieplichten onder meer heeft gedacht aan vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW (strijd met een dwingende wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij een meersijdige rechtshandeling). (...) Verder heeft de Nederlandse wetgever ter gelegenheid van de omzetting van de Richtlijn consumentenrechten aan art. 6:193j BW een derde lid toegevoegd, waarin is bepaald dat een overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk, vernietigbaar is.”

De Hoge Raad citeert vervolgens de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:230i resp. art. 6:193j BW en verbindt daaraan de volgende conclusie:

“3.1.15 Gelet op hetgeen hiervoor (...) is overwogen, moet worden aangenomen dat de rechter gehouden kan zijn om ambtshalve een op afstand of buiten de verkoopruimte gesloten overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen op grond van art. 3:40 lid 2 BW, indien sprake is van een voldoende ernstige schending van een of meer essentiële informatieplichten.¹⁷ Vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (Gratis Telefoon II), rov. 3.8.2. Van een voldoende ernstige schending is bijvoorbeeld geen sprake indien een essentiële verplichting slechts op een detailpunt niet is nagekomen (...).

¹⁶ R.o. 3.1.8-3.1.9.

¹⁷ R.o. 3.1.9. De Hoge Raad vindt het niet nodig om over e.e.a. prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen nu uit de rechtspraak van het Hof en uit de Richtlijn consumentenrechten voldoende ruimte volgt voor het nationale recht en voldoende duidelijk is dat niet bij elke schending vernietiging hoeft te volgen. Hierover kritisch C. Pavillon en L. Tigelaar, ‘The Ex Officio Enforcement of Information Duties of the Consumer Rights Directive by Dutch Courts’, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 2022, p. 235.

¹⁸ R.o. 3.1.10.

Het is goed om hier al op te merken dat de Hoge Raad kennelijk niet kiest voor de grondslag van de vernietigingsgrond van art. 6:193j lid 3 BW maar uitsluitend voor die van art. 3:40 lid 2 BW. Hij baseert zich daarbij op de bedoelde passage in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:230i BW, waar onder meer wordt gesteld dat het dwingende karakter van Afd. 6.5.2b BW (art. 6:230g e.v. BW) met zich brengt dat een overeenkomst die in strijd met de bepalingen van die afdeling komt, door de consument kan worden vernietigd omdat de afdeling ertoe strekt om het belang van de consument te beschermen.¹⁹ Het is ook goed om de aandacht te vestigen op voetnoot 17 in het citaat hierboven. Die voetnoot verwijst naar r.o. 3.8.2 van het arrest *Gratis Telefoon II*, waar werd overwogen:

“Indien de rechter heeft vastgesteld dat de desbetreffende overeenkomst in strijd is met bepalingen die bescherming van de consument ten doel hebben, dient hij daaraan – zo nodig eveneens ambtshalve – passende maatregelen te verbinden die de consument effectieve rechtsbescherming bieden. Dit vloeit voort uit het doel en de strekking van deze bepalingen. Teneinde een effectieve bescherming van de consument te verzekeren die aan de specifieke omstandigheden van het geval is aangepast, kan een maatregel als het vernietigen van de overeenkomst passend zijn, voor zover daardoor de niet-nakoming van een verplichting wordt bestraft waarvan de vervulling essentieel is voor de wilsvorming van de consument en voor het bereiken van het door de Uniewetgever gewenste beschermingsniveau (...).”²⁰

Terug naar *Arvato I*. De Hoge Raad oordeelt dat gehele of gedeeltelijke vernietiging moet volgen bij een voldoende ernstige schending. Direct daarop laat de Hoge Raad doorschemeren dat hij een zekere voorkeur heeft voor gedeeltelijke vernietiging en dat deze in veel gevallen een proportionele prijsreductie voor de consument oplevert:²¹

“Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst kan bestaan in een vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument. De wet biedt daarvoor aanknopingspunten in onder meer de art. 3:41 BW (partiële nietigheid), 3:53 lid 2 BW (ten dele ontzegging aan een vernietiging van haar werking), 3:54 lid 2 BW (wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling), 6:230 lid 2 BW (wijziging van de gevolgen van de overeenkomst) en 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).” (r.o. 3.1.15)

[285] Concreet betekent dit bijvoorbeeld het volgende. Art. 6:230m lid 1 aanhef en onder e BW verplicht de handelaar om te informeren over de totaalprijs, met inbegrip van alle belastingen et cetera. Deze informatieplicht valt onder categorie (ii). Zou de handelaar een prijs adverteren die exclusief BTW is, dan is sprake van schending van een informatieplicht. De sanctie op een voldoende ernstige schending van deze informatieplicht zou dan de gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst zijn, bestaande uit een vermindering van de betalingsverplichtingen van de consument.

Ten slotte wijst de Hoge Raad ook nog op de mogelijkheid dat de categorieën (i) en (ii) kunnen samenlopen. In dat geval moet de rechter nagaan of de sancties moeten cumuleren:

3.1.16 Opmerking verdient dat in geval van niet-naleving van een informatieplicht die zowel onder categorie (i) als onder categorie (ii) valt (...), de rechter naast of in plaats van toepassing van de specifieke wettelijke sanctie kan overgaan tot (verdere) vermindering van de verplichtingen van de consument indien de specifieke wettelijke sanctie in de gegeven omstandigheden niet voldoet aan de eis dat deze doeltreffend, evenredig en afschrikkend is. (...)

¹⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 26-27, aangehaald door HR, r.o. 3.1.13.

²⁰ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA20160363 (*Gratis Telefoon II*), rov. 3.8.2.

²¹ T. Jonkers, *TvC* 2022, p. 149 leest hier dat de rechter in een verstekzaak *niet* de gehele overeenkomst mag vernietigen.

Dit komt ook tot uiting in het totaalschema dat de Hoge Raad in r.o. 3.1.20 geeft van de sanctionering van de categorieën (i) en (ii), waarbij in bepaalde gevallen samenloop van sancties mogelijk wordt geacht. Zo suggereert de Hoge Raad in dit totaalschema dat als de handelaar de consument niet of niet volledig inlicht over diens bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden (het herroepingsrecht),²² niet alleen (i) de wettelijke sancties (verlenging van de ontbindingstermijn, het niet verschuldigd zijn van kosten en het niet aansprakelijk zijn voor waardevermindering van de zaak)²³ maar eventueel ook (ii) de (gedeeltelijke) vernietiging tot de mogelijkheden behoort.²⁴ Wordt een consument ten onrechte niet gewezen op zijn ontbindingsbevoegdheid, dan is het dus mogelijk dat de rechter sanctie (ii) van gedeeltelijke vernietiging en dus kooprijksvermindering toepast.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de aspecten van ambtshalve toetsing. Het staat de rechter daarbij vrij om uit de algemene informatie die in het geding is gebracht over het bestelproces af te leiden of wel of niet aan die informatieplichten is voldaan. Twijfelt de rechter daarover maar is hij er wel zeker van dat de overeenkomst onder de richtlijn valt, dan is het aan het beleid van de rechter overgelaten of hij de eisende partij nader in de gelegenheid stelt om te laten welke informatie is verschaft, en wanneer en hoe die is verschaft.²⁵ Ook geeft de Hoge Raad richting aan de sanctionering ingeval van verstek van de gedaagde:

“hoor en wederhoor bij ambtshalve (gedeeltelijke) vernietiging

3.1.18 De rechter die overweegt een overeenkomst ambtshalve (geheel of gedeeltelijk) te vernietigen, dient op grond van de beginselen van hoor en wederhoor de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten. Indien de consument in de procedure is verschenen, heeft hij aldus ook de gelegenheid zich ertegen te verzetten dat de betrokken overeenkomst geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, hetgeen de rechter dan heeft te respecteren.¹⁹ Vgl. HvJEU 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse), punt 49 en HvJEU 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (Pannon), punt 35. Indien de consument niet in de procedure is verschenen, kan de rechter slechts overgaan tot gedeeltelijke vernietiging bestaande in een vermindering van de verplichtingen van de consument. Indien uniforme richtlijnen zijn vastgesteld als hierna (...) bedoeld, kan in een procesreglement worden verlangd dat de eiser zich op voorhand uitlaat over een eventueel door de rechter te treffen sanctie. In dat geval zal in een verstekprocedure het nader horen van de eisende partij over de voorgenomen sanctie achterwege kunnen blijven.”

Daarna geeft de Hoge Raad aan dat het voor de hand ligt als rechters niet-bindende richtlijnen opstellen voor de materie:

“gebruik van uniforme richtlijnen

3.1.19 Met het oog op het grote aantal procedures waarin betaling wordt gevorderd uit hoofde van overeenkomsten op afstand of buiten de verkoopruimte, verdient het aanbeveling dat de rechter zich bij de toepassing van de sanctie van gedeeltelijke vernietiging richt naar met het oog daarop op te stellen, niet-bindende richtlijnen. Die richtlijnen kunnen bijvoorbeeld percentages of bedragen vermelden waarmee de prijs of andere betalingsverplichtingen worden verminderd bij bepaalde, voldoende ernstige schendingen van een of meer essentiële informatieplichten. Dergelijke sancties zullen in het algemeen doeltreffend, evenredig en

²² Art. 6:230m lid 1 aanhef en onder h BW.

²³ Zie resp. art. 6:230s lid 2, lid 5 en lid 3 BW.

²⁴ Art. 6:193f aanhef en onder b jo. art. 3:40 lid 2 BW.

²⁵ R.o. 3.1.17. Over de vraag of de eisende partij in de gelegenheid gesteld zou moeten worden om eigen fouten te herstellen, zijn de meningen verdeeld. Zie bijv. R.H.C. Jongeneel en C. Keja, 'Hoor en wederhoor, maar niet vragen naar de bekende weg', *Nederlands Juristenblad* 2021, p. 2593-2594. De Hoge Raad eist niet dat de eiser van de rechter gelegenheid krijgt om het dossier aan te vullen.

afschrikkend moeten zijn. Zodanige uniforme richtlijnen kunnen bijdragen aan de praktische hanteerbaarheid van de hier aan de orde zijnde regels, aan een gelijke behandeling van gelijke gevallen en aan de rechtszekerheid. De rechter kan in een concreet geval van de richtlijnen afwijken, waartoe in het bijzonder aanleiding zal zijn indien de daarin opgenomen sanctie in de gegeven omstandigheden niet doeltreffend, evenredig en afschrikkend is.”

Deze oproep aan feitenrechters om de koppen bij elkaar te steken, heeft resultaat gehad. Daarover hierna meer.

Ten slotte geeft de Hoge Raad (r.o. 3.1.20) in een tweede tabel de sanctionering weer van de hiervoor bedoelde categorieën (i) en (ii), waarbij als gezegd in bepaalde gevallen de sanctie onder (i) kan cumuleren met die onder (ii).²⁶

[286]

Vervolg: het LOVCK en Arvato II

Na het arrest hebben rechters de aanwijzing van de Hoge Raad in r.o. 3.1.19 ter harte genomen. Het rechtersoverleg *Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton* (LOVCK) heeft een uniforme richtlijn opgesteld die uitwerking beoogt te geven aan het arrest.²⁷ De richtlijn bindt rechters niet, zodat gemotiveerde afwijking altijd mogelijk is. De richtlijn bepaalt (i) dat de eisende partij de correcte naleving van de informatieplichten spontaan moet onderbouwen tegenover de rechter, met specifieke verwijzing waar op de website of in algemene voorwaarden de betreffende informatie op de juiste wijze wordt gegeven.²⁸ Dat lijkt me een efficiënte manier voor de rechterlijke macht om de toezichthoudende taak te vervullen die het Europese recht aan de civiele rechter heeft toebedeeld bij wijze van ambtshalve toetsing. Daarnaast bepaalt de richtlijn (ii) hoe de sanctie van gedeeltelijke vernietiging precies moet worden toegepast, namelijk aldus:

- “1. Eén tot en met drie voldoende ernstige schendingen van de essentiële informatieplichten worden gesanctioneerd met een vermindering van 25% van de hoofdsom.
2. Meer dan drie voldoende ernstige schendingen van de essentiële informatieplichten worden gesanctioneerd met een vermindering van 50% van de hoofdsom.”²⁹

²⁶ Een tabel kan verhelderen, maar kan de lezer ook met vragen achterlaten. Zo stelt de 5^e rij ‘afwijkende kosten communicatiemiddel’ als bedoeld in art. 6:230m lid 1 onder f BW (= art. 6 lid 1 aanhef en onder f Richtlijn 2011/83/EU) dat de sanctie voor het niet-informereren over hogere kosten voor het gebruik van middelen voor communicatie op afstand voor het sluiten van de overeenkomst is dat geen kosten boven basistarief verschuldigd zijn. De grondslag hiervoor vindt de Hoge Raad in art. 6:230k lid 2 BW (= art. 21 Richtlijn 2011/83/EU), maar die ziet op iets anders, namelijk telefonisch contact ná het sluiten van de overeenkomst (bijv. telefoonkosten klantenservice). Bedoelt de Hoge Raad nu een analogische toepassing van art. 6:230k lid 2 BW?

²⁷ Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten, vastgesteld door het LOVCK op 15 december 2021 en gewijzigd op 17 mei 2022, te vinden op rechtspraak.nl.

²⁸ Voor verwijzing naar algemene voorwaarden geldt op grond van HvJ EU 24 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:112 bovendien de eis dat de consument daar actieve goedkeuring aan verleent, de informatie op duidelijke en begrijpelijke wijze ter kennis wordt gebracht en de overeenkomst wordt bevestigd op duurzame gegevensdrager.

²⁹ De richtlijn bepaalt ook iets over de gegevensdrager. De rechter moet ook nagaan of bepaalde informatie niet alleen bij het contracteerproces is gegeven maar ook daarna is bevestigd op papier of duurzame gegevensdrager of in het persoonlijke webaccount van de betreffende webwinkel. Zie daarover art. 6:230t lid 2 resp. art. 6:230v lid 7 BW, waaraan ook is voldaan volgens de HR (r.o. .3.4) als de informatie is terug te vinden in het persoonlijke account van de consument, mits dat account voldoet aan de voorwaarden van HvJ EU 25 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:38 (BAWAG). Het begrip ‘duurzame gegevensdrager’ is omschreven in art. 6:230g lid 1 aanhef en onder h BW, en omvat onder andere e-mails. Het ontbreken van de informatie in de gegevensdrager is volgens de richtlijn óók een schending (en maximaal één schending).

Het vereiste van ‘voldoende ernstige schendingen’ in de LOVCK-staffel komt uit *Arvato I* (r.o. 3.1.9). De onderverdeling in aantallen schendingen en de percentuele prijsreductie die de richtlijn eraan verbindt, zijn echter niet van de Hoge Raad afkomstig. En misschien zijn ze ook lang niet altijd doeltreffend, evenredig en afschrikkend. De kantonrechter te Leeuwarden heeft daarom naar aanleiding van *Arvato I* aan de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen voorgelegd, die bij elkaar genomen neerkomen op de vraag: “weet u het zeker dat u dit wilt?”. Het antwoord van de Hoge Raad in een arrest van 10 juni 2022 (*Arvato II*) is in grote lijnen bevestigend. Op de vraag wanneer sprake is van een voldoende ernstige schending, antwoordt de Hoge Raad dat deze vraag niet in algemene zin kan worden beantwoord en dat het aan de feitenrechter is om deze vraag te beantwoorden.³⁰ De Hoge Raad wijst in elk geval niet op voetnoot 17 in *Arvato I* waar men uit zou hebben kunnen afleiden dat het moet gaan om ‘de niet-nakoming van een verplichting waarvan de vervulling essentieel is voor de wilsvorming van de consument en voor het bereiken van het door de Uniewetgever gewenste beschermingsniveau’. Op de vraag of de rechter de LOVCK-richtlijn dient toe te passen, volgt het antwoord dat de rechter daarvan kan afwijken als hij de betreffende sanctie in de gegeven omstandigheden niet doeltreffend, evenredig en afschrikkend acht.³¹ De Hoge Raad verwijst voor het overige naar *Arvato I* en verduidelijkt nog dat voor de prijsreductie na gedeeltelijke vernietiging niet vereist is dat de consument enige vermogensschade heeft geleden.³²

Noot

De *Arvato*-arresten zijn een spannende poging om over de hele linie af te rekenen met niet-naleving van informatieplichten van met name webshops tegenover consumenten. Ik sluit niet uit dat het in grote lijnen gaat werken; als webwinkels hun zaakjes op orde brengen voordat ze een incassoprocedure starten, is er al veel gewonnen en heeft het arrest het beoogde resultaat gehad. De rechter fungeert in dat geval als het ware als handhavinginstantie die ambtshalve de naleving van informatieplichten toetst zodra er een incassodossier voorbij komt en zonodig sanctioneert met een prijsreductie. Dan hoeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die bestuursrechtelijke bevoegdheden heeft om op te treden tegen handelaren die hun webwinkel niet op orde hebben,³³ niet in actie te komen en is het probleem opgelost door de civiele rechter als ‘poortwachter’. Maar hoe spannend dit resultaat ook vanuit privaat handhavingperspectief moge zijn, ik denk wel dat er een aantal noten kunnen worden gekraakt bij het arrest en de LOVCK-richtlijn, zowel vanuit

³⁰ HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861 (*Arvato II*), r.o. 3.3.

³¹ HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861 (*Arvato II*), r.o. 3.4.

³² HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861 (*Arvato II*), r.o. 3.2. Ook is niet vereist dat komt vast te staan dat er causaal verband is tussen de niet-nakoming van de informatieplicht en het sluiten van de overeenkomst, zoals bij de schadevergoeding of vernietiging bij oneerlijke handelspraktijken nodig is (art. 6:193j lid 2 resp. lid 3 BW). Daarmee is een beroep op (gedeeltelijke) vernietiging en prijsreductie bij het schenden van de essentiële informatieplichten van art. 6:193f jo. art. 6:230m resp. art. 6:230v BW ‘eenvoudiger’ dan bij een beroep op schadevergoeding of vernietiging bij een oneerlijke handelspraktijk in algemene zin.

³³ Zie art. 8.2a Wet handhaving consumentenbescherming.

juridisch-dogmatisch perspectief als vanuit handhavingsperspectief. Dat hebben vele anderen voor mij al gedaan, dus ik beperk me tot een aantal aspecten.

De LOVCK-richtlijn

Laen we met de richtlijn beginnen. Dat de feitenrechter in voorkomende gevallen van de LOVCK-staffel moet afwijken – naar boven of naar beneden – om het vereiste van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctionering **[287]** in het oog te houden, lijkt mij klip en klaar.³⁴ Eerlijk gezegd is de staffel nogal ‘quick and dirty’, want enerzijds is ze eenvoudig toe te passen en vereist ze geen enkele vermogensschade aan de zijde van de consument maar anderzijds is ze niet degressief bij oplopende hoofdsommen. De statische prijsreductiepercentages werken misschien nog redelijk uit bij een webwinkel die dagelijks vele douchepanelen verkoopt ad € 168,95 en daarbij steeds vier ernstige schendingen begaat. Die webwinkel wordt door de rechter tot de orde geroepen, stoot dus hooguit een paar keer de neus en past vervolgens netjes de dagvaarding, documentenstroom en ‘shopping experience’ aan om de incassotrajecten vlot te trekken. Probleem opgelost en missie volbracht. Maar vijftig procent prijsreductie bij een aankoop via een webwinkel van een auto van duizenden euro’s is misschien toch al snel veel geld.³⁵ We komen dan meer in het gebied van de punitieve prijsreductie die niet evenredig is aan het informatiebelang dat de sanctie beoogt te beschermen.³⁶ De rechter moet dus zelf blijven nadenken, en dat nog wel ambtshalve.³⁷ Ik denk dat de LOVCK-richtlijn eigenlijk geen werk uit handen neemt en de focus mist om voor het gros van de gevallen een redelijke uitkomst te realiseren. Bovendien loert in het genoemde geval van de auto het gevaar van strategisch (collectief) procederen na betaling; een webverkoper die in dat soort gevallen vijftig procent van de aankoop prijs moet retourneren, kan zijn faillissement aanvragen. Die consequentie gaat ver voorbij de ‘opvoedkundige tik’ van partiële vernietiging. De richtlijn kunnen we alleen daarom al een grote mislukking noemen.³⁸

Art. 3:40 lid 2 BW als grondslag

Dan de uitspraak *Arvato I* en de aanvullingen uit *Arvato II*. Allereerst de keuze voor art. 3:40 lid 2 BW als grondslag voor de (gedeeltelijke) vernietiging van een overeenkomst waarbij

³⁴ Vgl. M.Y. Schaub, ‘Europese informatieplichten: de ene informatieplicht is de andere niet’, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2022, p. 9.

³⁵ Vgl. Conclusie A-G Wissink bij *Arvato I*, ECLI:NL:PHR:2021:758, onder 7.49.4; C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar, ‘Een prijskorting voor de consument bij gebrekkig informatieverstrekking: een onevenredige sanctie’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022, p. 236. Ik zou evenredigheid vooral willen zoeken in de mate van het repeterende karakter van de niet-nakoming en het leervermogen van de handelaar. In de literatuur wordt evenredigheid ook wel in verband gebracht met kleine tegenover grote ondernemer en startende ondernemer tegenover gevestigde ondernemer, maar ik weet niet of dát relevant moet zijn.

³⁶ Zorgen over het punitieve karakter worden geuit door o.a. M.Y. Schaub, ‘Europese informatieplichten: de ene informatieplicht is de andere niet’, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2022, p. 8-9.

³⁷ En er blijven tal van vragen open. De LOVCK-staffel geeft bijv. geen antwoord op de tamelijk voor de hand liggende vraag of het minimumbedrag van € 40 als bedoeld in art. 6:96 lid 4 BW en de buitengerechtelijke incassokosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c jo lid 5 BW ook onderworpen zijn aan de percentuele reductie die uit de staffel volgt. Voor de laatste categorie lijkt me dit te volgen uit het relatieve karakter ervan (het is uitgedrukt in een percentage van de hoofdsom), voor de eerste categorie lijkt het me te moeten volgen uit de ratio van de sanctie. Sterker nog: ik zou menen dat ook de gerechtelijke kostenveroordeling met de proportionele reductie mee moet bewegen.

³⁸ Vgl. ook kritisch M.V.R. Snel en J.B.M. Vranken, ‘Doorwerking van prejudiciële procedure en prejudiciële beslissingen. Twee deelstudies’, (nog niet gepubliceerd).

een van de essentiële informatieplichten is verzaakt. De grondslag van art. 3:40 lid 2 BW eist niet dat er een causaal verband is tussen het niet-nakomen van de informatieplicht en het sluiten van de overeenkomst, zoals dat bij art. 6:193j lid 3 BW het geval is. Dat maakt die laatste grondslag minder goed toe te passen in incassozaken zoals deze waar de consument verstek laat gaan. Een consument die niet verschijnt in de procedure, kan niet aanvoeren – laat staan aannemelijk maken – dat hij fundamenteel andere keuzes zou hebben gemaakt als hij de ontbrekende informatie wel zou hebben gekregen. In die zin is de keuze voor art. 3:40 lid 2 BW begrijpelijk.³⁹ Toch is ze problematisch.

Allereerst is die grondslag volgens mij niet beoogd door de wetgever. Bij de implementatie van Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten) zijn de informatieplichten van art. 6:230m lid 1 BW ingevoerd, is een aantal daarvan toegevoegd aan de lijst van essentiële informatieplichten van art. 6:193f BW en is de vernietigbaarheidssanctie toegevoegd aan art. 6:193j lid 3 BW als remedie tegen overeenkomsten totstandgekomen onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk.⁴⁰ Anders dan de Hoge Raad, leid ik uit een passage uit de Memorie van Toelichting op afdeling 6.5.2b BW niet af dat art. 3:40 lid 2 BW ook als grondslag is beoogd. Die passage ziet op art. 6:230i lid 1 BW, waarin is bepaald dat van hetgeen bij of krachtens afdeling 6.5.2b BW is bepaald, niet ten nadele van de consument worden afgeweken. De passage in de Memorie van Toelichting besteedt vooral aandacht aan de vraag of nietigheid danwel juist vernietigbaarheid een betere remedie is ingeval van een overeenkomst die afwijkt van de beschermingsbepalingen van afdeling 6.5.2b BW, en komt tot de conclusie dat vernietigbaarheid de juiste keuze is. Art. 6:230i lid 1 BW ziet op contracten waarbij afstand is gedaan van de rechten en bevoegdheden die de consument kan uitoefenen volgens de bepalingen van afdeling 6.5.2b BW en op bedingen in contracten die strijdig zijn met het bij of krachtens deze afdeling bepaalde.⁴¹ Denk aan contracten die bepalen dat de consument afstand doet van het wettelijk ontbindingrecht of bepalen dat de consument geen aanspraak kan maken op een duurzame gegevensdrager waarop de afspraken worden bevestigd. Het enkele feit van het niet geven, niet duidelijk geven of niet tijdig geven van informatie is geen contractuele *afwijking* van dwingend recht; het is het schenden van een wettelijke plicht.⁴² Ik denk dus dat de passage door de Hoge Raad uit het verband is gehaald waarin deze begrepen moet worden.⁴³

[288]

³⁹ Het is een belangrijk argument voor AG Wissink om art. 3:40 lid 2 BW toe te passen; zie bijv. conclusie PHR:2021:757 onder 7.30 e.v.

⁴⁰ Implementatiewet richtlijn consumentenrechten, *Stb.* 2014/140, artikel I A en C. Zie de toelichting daarbij in *Kamerstukken II 2012/13*, 33 520, nr. 3, p. 14-5.

⁴¹ De passage geeft aan dat art. 6:230i lid 1 BW bedoeld is als implementatie van art. 25 Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn consumentenrechten). Dat artikel bepaalt: Wanneer het recht dat op de overeenkomst van toepassing is het recht van een lidstaat is, kunnen consumenten geen afstand doen van de rechten die zij genieten uit hoofde van de nationale maatregelen die deze richtlijn omzetten. Bedingen die direct of indirect voorzien in afstand of beperking van de uit deze richtlijn voortvloeiende rechten zijn niet bindend voor de consument. De passage ziet, met andere woorden, op contracten die de consument wettelijke rechten ontnemen.

⁴² Of, zoals *Kamerstukken II 2012/13*, 33 520, nr. 3, p. 10-11 suggereert, de niet-nakoming van een wettelijke *verbintenis*.

⁴³ Bovendien geldt: de wetsgeschiedenis is op zichzelf beslissend noch irrelevant. Zie met verwijzingen I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht (Mon. BW A3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 52 e.v. Uit de totstandkomingscontext zou ik eerder hebben afgeleid dat de partiële vernietiging via de route van art. 6:193j lid 3 BW zou hebben moeten lopen. Een punt dat bijv. Pavillon al meermalen heeft gemaakt.

Aanknopingspunten voor eenzijdige prijsvermindering

Dat een rechtshandeling ook partieel kan worden vernietigd, staat niet letterlijk in de wet.⁴⁴ Het is dus winst dat het nu uitdrukkelijk is bevestigd, maar de uitwerking is minder eenvoudig te duiden. Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst kan bestaan in de reductie van de betalingsverplichting van de consument, aldus de Hoge Raad. En de wet zou daar aanknopingspunten voor bieden, aldus de Hoge Raad (*Arvato I*, r.o. 3.1.15). Bij partiële nulliteit van een wederkerige overeenkomst lijkt juist de hoofdregel te zijn dat er *over en weer* partiële ongedaanmaking moet plaatsvinden of dat er eenzijdige ongedaanmaking moet plaatsvinden om de balans te herstellen met de tekortschietende prestatie van de ander.⁴⁵ Een prijsvermindering voor de een veronderstelt dat er aan de wederzijde van het contract iets scheef is komen te staan dat met de prijsvermindering wordt rechtgetrokken. Is dat hier het geval? De Hoge Raad verwijst naar 'aanknopingspunten' in wetsbepalingen die niet allemaal even trefzeker zijn gekozen.⁴⁶ Wat in *Arvato I* namelijk gebeurt is een ambtshalve eenzijdige prijsreductie omdat de handelaar in de precontractuele fase een voldoende ernstige schending van een of meer informatieplichten heeft begaan. De Hoge Raad eist niet dat de consument vermogensschade heeft geleden door deze schending en we moeten aannemen dat ook een causaal verband tussen de schending en het sluiten van de overeenkomst niet vereist is. Van de wetsartikelen die de Hoge Raad noemt als aanknopingspunt, vallen daarom allereerst art. 3:54 lid 2 en 6:230 lid 2 BW af. Wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling op grond van art. 3:54 lid 2 en 6:230 lid 2 BW beoogt de contractuele balans te herstellen. Het gaat om gevallen waarbij iemand de vernietiging mag invoeren wegens misbruik van omstandigheden of wegens dwaling en de overeenkomst kan worden 'gered' door bijvoorbeeld ter opheffing van het nadeel de prijs of voorwaarden aan te passen. Daarmee blijft de overeenkomst overeind maar worden de verbintenissen gewijzigd ter opheffing van het nadeel dat de partij die onder invloed van misbruik van omstandigheden of dwaling tot het sluiten van de overeenkomst overging, als gevolg van die invloed lijdt. Hier kan men denken aan de dwalende die ervanuitgaat dat de gekochte zaak bepaalde eigenschappen heeft als gevolg van onjuiste informatie en daardoor instemt met een hogere prijs dan waarmee hij zou hebben ingestemd als hij de juiste informatie had gekregen. De compensatie van het prijsverschil kan dan een wijziging opleveren die de balans herstelt en die aanknoopt bij het hypothetische transactiebesluit van degene die onder invloed van misbruik van omstandigheden of dwaling tot het sluiten van de overeenkomst overging. Van zo een herstel van de verstoorde balans is geen sprake als het onverschillig is of de consument vermogensschade heeft geleden en evenmin een causaal verband vereist is tussen de niet-nakoming van de informatieplicht en het sluiten van de overeenkomst.⁴⁷

In de tweede plaats valt volgens mij ook art. 3:53 lid 2 BW af. Het gaat er in *Arvato I* niet om dat de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden en dat daarom aan de vernietiging ten dele de werking moet worden ontzegd. Dan houden we

⁴⁴ Het lijkt wel te volgen uit *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 193.

⁴⁵ Zie de annotaties van F.P.C. Strijbos, *JOR* 2022/52, nr. 18; C.M.D.S. Pavillon, *NJ* 2022/89, nr. 14 e.v. Enthousiaster is T. Jonkers, annotatie *TvC* 2022, p. 150.

⁴⁶ Zie hierover ook kritisch W.L. Valk, 'Klassiek en instrumenteel privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2023, p. 16-17.

⁴⁷ Strijbos, *JOR* 2022, p. 611 ziet hier klaarblijkelijk geen probleem; hij acht het aanknopingspunt van art. 3:54 lid 2 en 6:230 lid 2 BW het meest overtuigende.

alleen nog art. 3:41 BW (partiële nietigheid) en 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) over als aanknopingspunten. Om met die laatste te beginnen, het aanknopingspunt zou dan zijn dat art. 6:248 lid 2 BW tot het resultaat voert dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is voor een partij om de volledige prijs in rekening te brengen omdat bij het contacteerproces bepaalde essentiële informatie niet is gegeven, ook als de wederpartij daardoor geen schade heeft geleden en het niet vaststaat dat de wederpartij een ander transactiebesluit zou hebben genomen als deze informatie wel zou zijn gegeven. Ik ken geen toepassing van het leerstuk die zo ver gaat. Integendeel, uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad lijkt juist het tegenovergestelde te volgen; zo bepaalde de Hoge Raad in *Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*(2006) min of meer dat nietigheden niet verder reiken dan de strekking daarvan met zich brengt en de rechter daarom in plaats van de nietigheid uit te spreken een vergoeding voor geleden nadeel kan toewijzen.⁴⁸

Wat overblijft, is art. 3:41 BW. Art. 3:41 BW kan inderdaad ook toepassing vinden na vernietiging,⁴⁹ maar de gangbare situaties waarin artikel toegepast wordt, betreffen duidelijk andere gevallen dan hier aan de orde. Het gaat dan bijvoorbeeld om situaties waarin delen van de overeenkomst wegens strijd met de wet buiten toepassing blijven. Denk aan een huurovereenkomst van een benzinepompstation, waarbij verschaffing van huurgenot en betaling van de huurprijs de kernprestaties zijn en waarbij een exclusief afnamebeding nietig is wegens strijd met het mededingingsrecht. Art. 3:41 BW maakt het in zo'n geval mogelijk om de huurovereenkomst in stand te laten en het nietige deel weg te nemen uit de overeenkomst; dat kan wanneer er voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling voldoende rechtvaardiging bestaat, gegeven de aard, inhoud en strekking van de overeenkomst, de mate waarin de onderscheiden onderdelen met elkaar verband houden, hetgeen partijen met de rechtshandeling hebben beoogd, en de belangen van alle betrokken partijen.⁵⁰ Het atypische van de context **[289]** waarin de Hoge Raad art. 3:41 BW als 'aanknopingspunt' aanroept, is dat het in *Arvato* gaat om reductie van de prijs, een kernprestatie, en niet om het wegsnijden van het nietige deel uit de overeenkomst.⁵¹

Het kan ook anders

Zoals gezegd vind ik het spannend wat de Hoge Raad doet. De Hoge Raad acht het kennelijk passend om de prijs te reduceren vanwege de voldoende ernstige schending van een of meer essentiële informatieplichten omdat – en hier haal ik de passage uit *Gratis Telefoon II* aan waar de Hoge Raad in *Arvato I* zelf naar verwijst – daarmee de niet-nakoming van een verplichting wordt *bestraft* waarvan de vervulling *essentieel* is voor de wilsvorming van de consument en voor het bereiken van het door de Uniewetgever gewenste

⁴⁸ HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, AA20070358 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

⁴⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 193.

⁵⁰ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.7.3.

⁵¹ De vraag of en hoe art. 3:41 BW kan worden toegepast bij nulliteit wat betreft de kernprestatie zoals de verbintenis tot betaling van de prijs, is overigens onzeker. In de literatuur wordt bijv. wel verdedigd dat art. 3:41 BW juist niet kan worden gebruikt om een overeenkomst waarbij de overeengekomen prijs hoger is dan een wettelijk prijsplafond toestaat, geldig te laten zijn tót het plafond. Zie bijv. Van Dam, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 10^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 200; Asser/Sieburgh 6-III nr. 646.

beschermingsniveau.⁵² Van de meeste van de informatie genoemd in art. 6:230m lid 1 BW die via art. 6:193f BW als essentiële informatie wordt gezien, kunnen we volgens mij inderdaad aannemen dat deze relevant is voor de wilsvorming van de gemiddelde consument.⁵³ Dat wil zeggen: het gaat om informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over het aangaan van een transactie te nemen; ontbreekt deze informatie dan neemt de gemiddelde consument of kan hij een besluit nemen over de overeenkomst dat hij anders niet had genomen (kortweg: de potentiële verstoring van een geïnformeerd transactiebesluit).⁵⁴ Dat zou een argument kunnen opleveren om bij wijze van effectief handhaven geen nadere eisen te stellen aan causaal verband tussen het in concreto gesloten contract en de afwezigheid van de essentiële informatie. Daar staat echter tegenover dat de Hoge Raad geen aandacht besteedt aan het risico dat op die manier disproportionele voordelen kunnen ontstaan voor de consument als de prijsreductie niet-degressief is en dus niet afneemt naarmate het transactiebedrag toeneemt. Bovendien is problematisch in de benadering van de Hoge Raad dat niet een causaliteitsvereiste wordt gesteld zoals art. 6:193j BW dat doet, maar de omvang van de sanctie wél is gerelateerd aan de transactieprijs.⁵⁵ Dat de Hoge Raad daarop uitkomt is begrijpelijk tegen de achtergrond van art. 3:40 lid 2 BW maar het is niettemin vreemd. Eenvoudig gezegd: of je nu een laptop van € 2000 of een douchekop van € 40 koopt, de verstoring van de wilsvorming wordt in geld gemeten niet groter. De reductie moet daarom misschien ook helemaal niet gekoppeld zijn aan de koopprijs maar moet worden afgemeten aan de mate waarin de schending interfereert met de wilsvorming, de goed geïnformeerde totstandkoming van transactiebesluiten en uiteindelijk met een goed werkende, transparante markt. Als we menen dat het niet-nakomen van een essentiële informatieplicht een voldoende ernstige schending oplevert, dan kunnen we volgens mij spreken van een inbreuk op een transactioneel informatierecht, en dan ligt het misschien meer voor de hand om op die inbreuk *als zodanig* een aanspraak uit art. 6:106 aanhef en onder b BW te laten volgen. Los van de prijs die met de transactie is gemoeid, los van de invloed op het al dan niet daadwerkelijk contracteren en onder omstandigheden dus ook als er géén contract is gesloten.⁵⁶ Wat dachten we van € 5 per bezoeker van een webwinkel die het tot de kassa heeft gehaald en tot daar gekomen één voldoende ernstige schending is aangedaan, met een maximum van € 15 ? Misschien op het eerste gezicht een wilde gedachte, maar als je er wat langer over nadenkt is het niet wilder dan wat de Hoge Raad in *Arvato I* en *II* lijkt te hebben gedaan.

⁵² HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA20160363 (*Gratis Telefoon II*), r.o. 3.8.2. Ik merk op dat 'bestrafning' een opmerkelijke woordkeuze van de Hoge Raad is, nu algemeen aangenomen wordt dat privaatrecht niet-punitief van aard is. Daarover, met verdere verwijzingen, W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 269 e.v.

⁵³ Dat geldt misschien niet voor alle informatie-items die art. 6:230m lid 1 BW noemt. De onderdelen *b*, *c* en *d* zien meer op identificatie en adressering zodat deze informatie misschien belangrijker is als de consument wil retourneren, ontbinden, vergoeding vorderen etc. Vreemd genoeg zijn de onderdelen *q* tot en met *t* niet via art. 6:193f BW tot essentiële informatie-items verheven terwijl ze dat m.i. wel zijn.

⁵⁴ Het begrip 'geïnformeerd transactiebesluit' ligt ten grondslag aan de Wet oneerlijke handelspraktijken; zie art. 6:193a lid 1 aanhef en onder *e*, art. 6:193b lid 2, art. 6:193d lid 2 BW. Zie over dat begrip in een bredere context W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 58 e.v.

⁵⁵ Vgl. M.B.M. Loos en C.M.D.S. Pavillon, 'Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 2130-2131.

⁵⁶ Vgl. de figuur van 'integriteitsschade', waarover bijv. I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in: E.C. Huijsmans en M.v.d. Weij (red.), *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43 e.v.