*Mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon**

Geschillencommissies en dwingend recht

Over de gevolgen van een door de ADR-richtlijn gedwongen huwelijk

De ADR-richtlijn beoogt te voorkomen dat in beslissingen die de consument binden, zoals bindende adviezen van de geschillencommissies, voor hem de bescherming wegvalt van dwingend recht. Geschillencommissies moeten omwille van de consumentenbescherming dus rekening houden met dwingend recht. De vraag die wordt beantwoord in deze bijdrage is die naar de gevolgen van deze in art. 11 ADR-richtlijn neergelegde eis voor de particuliere rechtspraak van geschillencommissies. Hiertoe wordt ingegaan op de huidige omgang met dwingend recht door geschillencommissies en de wijze waarop art. 11 ADR-richtlijn is omgezet en zal worden gehandhaafd.

1. Het wettigheidsvereiste van art. 11 ADR-richtlijn

'The merging position is that CADR [Consumer Alternative Dispute Resolution, CP] is good for facts whereas courts are good for law. For relatively modest consumer claims, neither forum is particularly good at the other function. CADR should not decide issues of law.'[1]

In de literatuur wordt openlijk getwijfeld aan de capaciteit van *alternative dispute resolution* (hierna: ADR-)instanties om het recht toe te passen. Ook wordt hierin gewezen op een potentiële spanning tussen het bevorderen van ADR en de verwezenlijking van de door de EU toegekende rechten.[2] De Richtlijn 2013/11/EU betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen (hierna: ADR-richtlijn) bevat kwaliteitseisen die deze twijfels en spanning (deels) moeten wegnemen. Art. 6 lid 1 onderdeel a stelt als eis dat 'de lidstaten (…) ervoor [zorgen] dat de met ADR belaste natuurlijke personen (…) over een algemeen begrip van het recht [beschikken]'. Een meer concrete waarborg vormt de 'wettigheidseis', die inhoudt dat als de consument *gebonden* is aan een ADR-beslissing, hierin niet *in zijn nadeel* mag worden afgeweken van dwingend recht. Art. 11 lid 1 onderdeel a[3] ADR-richtlijn luidt:

'De lidstaten zorgen ervoor dat in ADR-procedures die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen: a) wanneer er geen collisie is, de opgelegde oplossing *er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken* [cursivering, CP] op grond van het recht van de lidstaat waar de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats hebben.'

Het wettigheidseisvereiste legt de nadruk op het door dwingend recht gewaarborgde niveau van consumentenbescherming, ongeacht of dit recht van nationale of Europese origine is. De term 'wettigheid' is wellicht niet helemaal gelukkig gekozen. Het artikel ziet niet op het (correct) toepassen van dwingend recht *an sich*. Het gaat erom dat indien dwingend recht niet of onjuist wordt toegepast, dit niet ten koste mag gaan van de consumentenbescherming die van dit recht uitgaat. Het betreft dus veeleer een beschermingsvereiste. Art. 11 ADR-richtlijn is van grote betekenis voor Nederland omdat beslissingen van geschillencommissies in consumentenzaken veelal bindend zijn.[4] Onderhavige bijdrage, die mede door een in 2006 gepubliceerd redactioneel artikel is geïnspireerd,[5] onderzoekt de te verwachten impact van art. 11 op de door geschillencommissies geboden consumentenbescherming, gelet op de wijze waarop dit artikel is omgezet en wordt gehandhaafd. Om die impact te kunnen schatten, wordt in deze bijdrage de huidige praktijk van geschillencommissies tegen het licht van (de bepaling ter omzetting van) art. 11 gehouden. Bestaande evaluaties en (jaar)verslagen van de geschillencommissies gaan in op vragen als 'hoe vaak wordt de consument/de ondernemer in het gelijk gesteld', 'vinden partijen de gegeven adviezen redelijk' en 'achten zij de commissies onpartijdig en deskundig'.[6] Vragen naar de omgang met dwingend recht en de mate van consumentenbescherming komen hierin niet

* Universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

1. Ch.J.S. Hodges, I. Benöhr & N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 415.
2. H.-W. Micklitz, 'The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic', *J Consum Policy* 2012, afl. 4, p. 292.
3. Onderdeel b en c betreffen situaties waarop de Rome I-Vo. resp. het EVO van toepassing is.
4. Zie over de geschillencommissies: E.H. Hondius, 'De geschillencommissies', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 (4e druk), p. 525-546.
5. Ch.E. Bethlem, 'Beslechting van consumentengeschillen: hoe alternatief zijn de alternatieven?', *TvC* 2006, afl. 1, p. 1-2.
6. A. Klapwijk & M. ter Voert, *Evaluatie De Geschillencommissie 2009*, Den Haag: BJu 2009; M.B.M. Loos, '25 jaar Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken en 25 jaar consumentenrecht', *TvC* 2010, afl. 1, p. 2. De jaarverslagen kunnen worden geraadpleegd op de website van de SGC: www.degeschillencommissie.nl.

aan de orde.[7] Deze vragen zijn evenwel buitengewoon relevant in het licht van (de omzetting van) art. 11 ADR-richtlijn en, in een bredere context, in het licht van de hervormingen van de rechtsbijstand en de verhoging van de griffierechten, die de consument vaak geen andere keuze laten dan zich tot een geschillencommissie te wenden.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Als eerste wordt kort ingegaan op de omzetting van art. 11 ADR-richtlijn in het Nederlandse recht (par. 2). In het tweede, centrale, deel van dit artikel wordt aan de hand van een analyse van een ruime selectie uitspraken van diverse geschillencommissies de te verwachten impact van art. 11 zoals omgezet in Nederlands recht onderzocht (par. 3 tot en met 7). Ten slotte wordt vastgesteld in hoeverre art. 11 van een effectief handhavingsmechanisme is voorzien (par. 8).

2. De omzetting van art. 11 ADR-richtlijn in het Nederlands recht

2.1. Art. 10 Implementatiewet

Volgens art. 11 ADR-richtlijn mogen beslissingen van geschillencommissies er niet toe leiden dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen van dwingend recht van de lidstaat waar de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats hebben. Dit zal in verreweg de meeste gevallen het Nederlandse recht zijn, omdat de consument die bij de geschillencommissie procedeert vrijwel altijd in Nederland woont[8] en de bij de geschillencommissie aangesloten ondernemers allen in Nederland zijn gevestigd. In dit onderzoek wordt met dwingend recht steeds Nederlands dwingend recht bedoeld.

Om de impact van art. 11 ADR-richtlijn te bepalen moet eerst worden gekeken naar de manier waarop dit artikel in de Nederlandse wet is omgezet. De richtlijn is in lijn met art. 25 lid 1 ADR-richtlijn op 9 juli 2015 geïmplementeerd en art. 10 lid 1 Implementatiewet neemt art. 11 lid 1 ADR-richtlijn vrijwel woordelijk over.[9] Opvallend is de keuze van de Nederlandse wetgever om, zo volgt uit art. 10 lid 2 Implementatiewet, art. 7:902 BW buiten toepassing te laten als de vaststellingsovereenkomst door de consument geïnitieerde buitengerechtelijke geschilbeslechting betreft.[10]

Art. 7:902 BW bepaalt dat de vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is, als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Dat bij een vaststelling afgeweken kan worden van dwingend recht, kan worden verklaard door het feit dat partijen over de toepasselijkheid en de uitleg van dwingend recht kunnen twisten en dat een vaststelling juist een einde aan die onzekerheid maakt. Indien de vaststelling dan ongeldig zou zijn, wordt er afbreuk gedaan aan de ratio achter de regeling van de vaststellingsovereenkomst. De strijd met dwingend recht is immers dienstig aan de oplossing van het geschil.[11] Deze strijdigheid mag evenwel niet bewust zijn en mag dus niet van tevoren bij de partijen bekend zijn geweest.

De uitzondering uit art. 7:902 BW geldt na de omzetting van de ADR-richtlijn niet langer voor onder de richtlijn vallende vaststellingen zoals bindende adviezen van geschillencommissies. Een aan de consument opgelegde oplossing mag er immers niet toe leiden dat de hem op grond van dwingend recht toekomende bescherming wegvalt. Overigens stelt de richtlijn zelf geen sanctie op met art. 11 strijdige oplossingen en vereist zij ook niet expliciet dat de lidstaten een dergelijke sanctie treffen (art. 21 ADR-richtlijn). Zij vergt wel dat maatregelen worden getroffen om aan art. 11 te voldoen (art. 25 ADR-richtlijn).[12] De vraag is of de gekozen implementatiewijze volstaat. Van een effectief publiekrechtelijk toezichtmechanisme lijkt in de implementatiewetgeving geen sprake.[13] Par. 8.2 gaat hier nader op in.

Omdat de richtlijn slechts betrekking heeft op door de consument ingestelde klachten, is art. 7:902 BW nog wel van toepassing op situaties waarin de ondernemer de zaak aanspant.[14] Hoe vaak dit voorkomt in de praktijk, kan ik helaas niet uit de documentatie van de Stichting Geschillencommissie (SGC) opmaken. Van de 260 door mij geraadpleegde zaken is er overigens *geen enkele* door de ondernemer aangespannen. De impact van die eenzijdigheid valt dus mogelijk wel mee.

2.2. De voor- en nadelen van de uitschakeling van art. 7:902 BW

Beargumenteerd kan worden dat art. 10 lid 2 Implementatiewet weinig verandert aan de bestaande situatie en dat een bindend advies in strijd met dwingend *consumenten*recht al ongeldig was. Daartoe worden door Loos twee argumenten aangevoerd. Allereerst botst een afwij-

7. Een onderzoek dat hier zijdelings op ingaat is dat naar de rol van algemene voorwaarden in de praktijk van de geschillencommissies SGC uitgevoerd door W.H. van Boom e.a.: www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/07/25/onderzoek-naar-de-rol-van-algemene-voorwaarden-in-de-praktijk-van-de-geschillencommissies-sgc/definitief-rapport-ez-sgc-2-mei-2007.pdf.
8. In Geschillencommissie Installerende Bedrijven (VNI) 8 oktober 1998, *TvC* 2005, afl. 6, m.nt. Th.J.M. van Mierlo woonde de consument in België. Deze noot vermeldt het volgende: 'Van de ruim 4200 uitspraken van de geschillencommissies onder de vlag van de SGC in 2004 zijn er een 53 verzonden aan in het buitenland woonachtige consumenten.' Ik heb hierover helaas geen recente gegevens gevonden.
9. Wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG en uitvoering van de Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten).
10. Zie ook M.W. Knigge, 'Procederen bij een geschillencommissie na implementatie van de ADR-richtlijn. Een onderzoek naar het gewijzigde wettelijke kader', elders in deze aflevering van *TvC* (hierna: Knigge 2015), par. 4.3 met betrekking tot art. 10 Implementatiewet.
11. M.B.M. Loos, 'Verboden exoneraties in energieleveringsovereenkomsten en vernietiging van met de wet strijdige bindende adviezen', *TvC* 2006, afl. 1, p. 4 met verwijzing naar M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2001, p. 134.
12. Hieraan ten grondslag ligt het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel dat lidstaten verplicht de doeltreffendheid van Europees recht te garanderen.
13. Knigge 2015, par. 4.3.2.
14. *Kamerstukken II* 2013/14, 33982, 3, p. 2 (MvT).

king van dwingend consumentenrecht met de ratio achter art. 7:902 BW. Over de toepassing van dwingend recht zou 'in redelijkheid' geen verschil van mening kunnen bestaan,[15] al helemaal niet met een bindend adviseur als 'derde partij'. Het tweede argument luidt dat een bindend advies dat het dwingend recht veronachtzaamt, niet voldoende gemotiveerd is, omdat het 'apert onjuist' is en dus vernietigbaar op grond van art. 7:904 lid 1 BW.[16] Beide argumenten gaan er echter van uit dat dwingend consumentenrecht altijd duidelijk is, wat niet het geval is (zie hierna par. 6). Ik zou hier een derde argument aan willen toevoegen: consumentenrechtelijke normen zijn volgens het *Asturcom*-arrest[17] *gelijkwaardig* aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.[18] Bindende adviezen konden voorheen al onbeperkt aan art. 3:40 BW worden getoetst[19] en de uitzondering van art. 7:902 BW ging niet op wanneer een bindend advies 'tevens naar inhoud of strekking in strijd [kwam] met de goede zeden of de openbare orde'.[20]

Wat hiervan ook zij, de omzetting van de ADR-richtlijn schept *zekerheid*, ook wat betreft de strijd met dwingend recht dat geen consumentenrecht vormt, en dwingend recht dat niet uit Brussel afkomstig is (vgl. resp. art. 6:250 en 246 BW). Een bindend advies in strijd met dwingend recht is niet langer *in beginsel* geldig op grond van art. 7:902 BW.[21] Helaas laat de omzettingswetgever na om de wijze van sanctionering van met dwingend recht strijdige adviezen zorgvuldig te regelen.[22] Wanneer een bindend advies ten nadele van de consument afwijkt van dwingend recht, ligt het voor de hand dat dit advies door hem kan worden vernietigd. Twee gronden dienen zich aan: art. 3:40 lid 2 BW[23] en eerdergenoemd art. 7:904 lid 1 BW[24]. Wat echter opvalt, is dat de uitschakeling van art. 7:902 BW de nadruk legt op de overeenstemming van een bindend advies met dwingend recht terwijl de richtlijn slechts wil voorkomen dat de consument wordt benadeeld door het niet of onjuist toepassen van dwingend recht. Door de wijze van omzetting lijkt ook de ondernemer een bindend advies in strijd met dwingend recht te kunnen aantasten. Hoewel art. 11 ADR-richtlijn hem niet beschermt, zou de uitschakeling van art. 7:902 BW – niet bepaald is dat het om een *afwijking ten nadele van de consument* moet gaan – ook in zijn voordeel kunnen uitpakken (zie hierna par. 8.4).[25] Deze uitschakeling legt de nadruk op de overeenstemming van een bindend advies met dwingend recht terwijl de richtlijn slechts wil voorkomen dat de consument wordt benadeeld door het niet of onjuist toepassen van dwingend recht.

3. Verantwoording van het 'jurisprudentie-onderzoek'

3.1. Aanpak

Centraal in de komende paragrafen staat de vraag wat de te verwachten impact is van art. 10 Implementatiewet gelet op de wijze waarop geschillencommissies thans omgaan met de dwingendrechtelijke consumentenbescherming. Dit artikel is weliswaar niet van toepassing op bindende adviezen van voor 9 juli 2015 maar de huidige praktijk geeft wel een indicatie van de betekenis van art. 10, gezien de rol van dwingend recht in de 'rechtspraak' van geschillencommissies en de mate waarin art. 10 lid 1 reeds wordt nageleefd. In de komende paragrafen passeren de volgende vragen de revue: in hoeverre is dwingend recht van toepassing op de uitspraken van geschillencommissies (par. 4), in hoeverre wordt hierin al aan het dwingendrechtelijke (minimum) beschermingsniveau voldaan (par. 5), in hoeverre kan dit beschermingsniveau met zekerheid worden vastgesteld (par. 6) en in hoeverre wordt een consument, met het oog op de uitschakeling van art. 7:902 BW, steeds benadeeld door de strijd met dwingend recht (par. 7)?

Om deze vragen van een antwoord te voorzien heb ik 260 in het *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* (*TvC*) en op de website van de SGC gepubliceerde uitspraken van verschillende geschillencommissies (35 in totaal waaronder het Kifid) getoetst aan de ten tijde van de uitspraak geldende Europese en nationale dwingendrechtelijke regels zoals toegelicht in de totstandkomingsgeschiedenis en in de rechtspraak.[26] Bij aanvang van de verslaglegging van mijn 'rechtspraakonderzoek' wil ik meteen een aantal aan dit onderzoek inherente voorbehouden maken. De toetsingsmaatstaf (veelal open, onbepaalde normen) alsmede de beperkte beschikbaarheid van de (gepubliceerde) feiten nopen tot enige voorzichtigheid. Uit bindende adviezen volgt niet altijd duidelijk wat het feitencomplex precies inhoudt, wat de deskundige heeft geoordeeld, wat de consument vordert of welk verweer de professionele partij voert. Opbouw en motivering zijn vaak 'karig',[27] waardoor het beoordelen van

15. Loos 2006, p. 4.
16. Loos 2006, p. 5. Zie bijv. Ktr. Tiel 20 januari 2012, *TvC* 2012, afl. 4, p. 190.
17. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, r.o. 52.
18. In gelijke zin I. Brand, 'De invloed van Europees recht op alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (ADR)', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 211.
19. *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, 3, p. 39 (MvT). Zie HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711 (*Schmitz/Caspers*).
20. Rb. Rotterdam 28 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0968, r.o. 4.3.
21. Zie over de uitzonderingspositie waarin de Geschillencommissie Garantiewoningen zich bevindt: Knigge 2015, par. 4.3.4.
22. Knigge 2015, par. 4.3.3.
23. Een complicatie bij de toepassing van deze bepaling is dat niet de b2c-overeenkomst wordt vernietigd vanwege strijd met dwingend recht maar de vaststelling. Zie hierover Knigge 2015, par. 4.3.3.
24. Bij de toepassing van art. 7:904 lid 1 BW volstaat naar ik meen echter geen marginale toets maar dient de rechter rechtstreeks aan het dwingend recht te toetsen. Zie ook M.W. Knigge & E.N. Verhage, 'What is "unacceptable according to standards of reasonableness and fairness" with the implementation of the ADR Directive? The impact on article 7:904 par. 1 DCC explored', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Core Concepts in The Civil Code of The Netherlands* (BW-krant jaarboek, nr. 30), nog te verschijnen.
25. Knigge 2015, par. 4.3.3 en 4.3.4.
26. In par. 6.4 ga ik in op de 'terugwerkende kracht' van latere rechtspraak en wetgeving.
27. Telecommunicatie 16 juni 2004, *TvC* 2006, afl. 1, m.nt. Ch.E. Bethlem; Makelaardij 9 november 2006, *TvC* 2008, afl. 3, m.nt. J.J. Dammingh.

de 'juiste' toepassing van dwingend recht soms erg lastig is.[28] In sommige gevallen kon ik niet meer doen dan de toepassing van dwingend recht in twijfel trekken en bleef een definitief oordeel uit. Vooropstaat, dat het oordeel dat ik vel over het wel of niet toekennen van de dwingendrechtelijke consumentenbescherming subjectief is.[29]

3.2. De onderzochte uitspraken

Voor dit onderzoek heb ik alle sinds 2003 in *TvC* gepubliceerde én, omwille van de controleerbaarheid, online beschikbare[30] *bindende*[31] uitspraken van geschillencommissies onder de loep genomen (142 in totaal). Deze uitspraken zijn door de redactie van *TvC* geselecteerd uit de door de Stichting Geschillencommissie (SGC) en het Kifid aangereikte zaken. Er is dus tweemaal een subjectieve selectie gedaan die een vertekend beeld kan opleveren: wellicht zullen enerzijds sneller uitspraken worden aangereikt waarin dwingend (consumenten)recht een rol speelt alsook zorgvuldig wordt toegepast, en anderzijds uitspraken worden gepubliceerd waarin dit juist niet het geval is. Daarnaast heb ik uitspraken bekeken die alleen op de website van de SGC en het Kifid zijn gepubliceerd (118 in totaal).[32] Dat er bij de online terbeschikkingstelling keuzes zijn gemaakt die het geschetste beeld kunnen vertroebelen, acht ik iets minder aannemelijk maar ook dit kan niet worden uitgesloten. Mijn keuze voor de op de website van de geschillencommissie geraadpleegde uitspraken is bepaald door de collectie in *TvC* gepubliceerde uitspraken en is dus niet aselect. Omdat ik een breed beeld wil verschaffen van de rol van dwingend recht en mogelijke impact van art. 10 Implementatiewet, heb ik de selectie uitspraken zo aangevuld dat *alle categorieën* commissies[33] zijn vertegenwoordigd in het onderzoek.[34] Ook indien een 'productieve' commissie ondervertegenwoordigd bleek in *TvC* (Energie, Telecommunicatie, Reizen, Wonen) heb ik additionele uitspraken van de website geraadpleegd. Van een evenredige vertegenwoordiging inhoudende dat het aantal onderzochte uitspraken per commissie het aandeel van die commissie in de rechtspraak van de SGC/het Kifid weerspiegelt,[35] is echter geen sprake. Ik heb er de voorkeur aan gegeven om naar verhouding veel uitspraken van minder actieve commissies in het onderzoek te betrekken opdat het geschetste beeld niet te sterk gekleurd wordt door de rechtspraak van de meest actieve commissies.[36] De selectie van uitspraken op de website is geschied door willekeurig uitspraken te kiezen uit verschillende subcategorieën (algemene voorwaarden, bevoegdheid, levering enz.).

Laat ik vooropstellen dat ik geen statistische uitspraken beoog te doen. Daarvoor is de 'sample' niet willekeurig en representatief genoeg. Tegelijkertijd wil ik door veel uitspraken (260 in totaal) afkomstig van veel verschillende commissies (35) erop na te slaan, voorkomen dat de argumentatie en aangehaalde voorbeelden een (sterk) anekdotisch karakter hebben.

4. Toepasselijkheid vs. toepassing van dwingend recht

4.1. De toepasselijkheid van dwingend recht

Art. 10 Implementatiewet betreft bindende adviezen waarop dwingend recht van toepassing is. Hiervan is lang niet altijd sprake. Een reden kan zijn dat de klager geen consument is.[37] Het geschil is voorts niet altijd juridisch van aard. Gedacht kan worden aan onenigheid over de juistheid van meterstanden bij de Geschillencommissie Energie en Water.[38] Of het geschil is wel juridisch van aard maar de toepasselijke regels zijn niet van dwingend recht. Illustratief zijn de bindende adviezen betreffende de aansprakelijkheid van de notaris (art. 7:401 BW),[39] de nakoming van een bewaarnemingsovereenkomst (art. 7:600-609 BW)[40] of de plaatsing van een brievenbus aan de openbare weg (zoals vereist door het Besluit Brievenbussen van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 12 december 1988).[41] Als het geschil zich toespitst op de totstandkoming van de overeenkomst[42] of van de algemene voorwaarden,[43] doet dwingend recht er veelal (nog) niet toe.[44] In 49 van de 260 geraadpleegde uitspraken lijkt dwingend recht niet van toepassing. De betekenis van art. 10 Implementatiewet kan in dit opzicht enigszins worden gerelativeerd.

Veel bindende adviezen vallen wel binnen het bereik van dwingendrechtelijke bepalingen. In onderhavige analyse gaat het naar ik meen om 211 van de 260 geraadpleegde

28. Voertuigen 2 april 2009, *TvC* 2009, afl. 5, m.nt. M.B.M. Loos.
29. Naarmate een norm meer gesloten en duidelijker is en de interpretatie hiervan in de rechtspraak eenduidiger (denk aan de zwarte lijst oneerlijke bedingen), neemt die subjectiviteit wel enigszins af.
30. Jaargangen 2003 en volgende zijn online raadpleegbaar. De laatst meegenomen aflevering is 2015, afl. 2.
31. De uitspraak van de Klachtencommissie Kinderopvang in *TvC* 2010, afl. 3 en het tussenadvies van de Geschillencommissie Informatiedienstaanbieders in *TvC* 2013, afl. 4 heb ik daarom niet meegenomen in het onderzoek.
32. De vindbaarheid van deze uitspraken is na de wijziging van de website in de zomer van 2015 helaas sterk afgenomen.
33. Het gaat hierbij om de door de SGC tot aan de wijziging van de website gehanteerde categorieën: Advocatuur, (Nieuw-)Bouw, Elektronica en huishoudelijke apparatuur, Energie en water, Huis en tuin, Internet, telefonie, kabel en post, Kleding en textiel, Makelaardij, Notariaat, Onderwijs, Overig, Uiterlijke verzorging, Vakantie en vrijetijdsbesteding, Vervoer en Zorg en welzijn.
34. In *TvC* zijn bijvoorbeeld buitenproportioneel veel uitspraken verschenen van de Geschillencommissie Thuiswinkel en niet één uitspraak van de commissies Elektro en Elektronische communicatiediensten.
35. In het Jaarverslag van de SGC wordt per commissie aangegeven hoeveel adviezen zij in een bepaald jaar heeft uitgebracht.
36. Om een idee te geven: in 2014 heeft de Geschillencommissie Gezelschapsdieren 4 (0,2%) en de Geschillencommissie Wonen 331 uitspraken gedaan op een totaal van 2268 uitspraken (14,6%).
37. Voertuigen 14 november 2008, *TvC* 2009, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos en 28 juni 2011, *TvC* 2013, afl. 4, m.nt. M.Y. Schaub.
38. Energie en Water 3 oktober 2011, 58525.
39. Notariaat 25 april 2014, 82626 en 9 december 2014, 89402.
40. Gezelschapsdieren 2 september 2009, *TvC* 2010, afl. 6 en Voertuigen 11 juni 2008, *TvC* 2009, afl. 1, m.nt. Th.J.M. van Mierlo.
41. Post 26 mei 2004, POS04-0006.
42. Thuiswinkel 23 januari 2002, *TvC* 2004, afl. 5 en 2 april 2007, *TvC* 2007, afl. 4.
43. Autoverhuur 19 september 2014, 87308.
44. Soms doet de ondernemer geen beroep op de algemene voorwaarden en is het gemene schadevergoedingsrecht van toepassing: Textielreiniging 2 september 2009, *TvC* 2010, afl. 6.

uitspraken. Het belang van de in art. 10 Implementatiewet vervatte eis dat de bescherming van deze bepalingen niet mag wegvallen, mag dus ook zeker niet worden onderschat. Ook in gevallen waarin het geschil wordt beoordeeld aan de hand van een ander, impliciet of expliciet, toetsingskader zoals de redelijkheid of de tweezijdige branchevoorwaarden, is dwingend recht vaak van toepassing (hierna par. 4.2). Welke dwingendrechtelijke bepalingen van toepassing zijn, hangt nauw samen met de branche. De Geschillencommissies Thuiswinkel en Voertuigen hebben vooral met de koopregeling te maken. Bij de Geschillencommissie Reizen staan de dwingendrechtelijke bepalingen uit art. 7:500 e.v. BW centraal.[45] Bij de geschillencommissies uit de categorie (Nieuw-) Bouw is art. 7:755 BW (overeenstemming over (meer)prijs bij aanneming) van groot belang. Bij de Geschillencommissies Makelaardij en Particuliere Onderwijsinstellingen is art. 7:411 BW (de vaststelling van een redelijk loon bij opzegging van de opdracht door de opdrachtgever) vaak van toepassing. Bij het Kifid mag niet ten nadele van de consument voorbij worden gegaan aan de bancaire zorgplicht of aan de regels uit titel 7.7B BW inzake de betalingstransactie[46] (art. 7:550 lid 1 e.v. BW). Er is vanzelfsprekend ook 'brancheoverstijgend' dwingend recht zoals de regels inzake handelingsonbekwaamheid[47] en de iprregels[48]. En *last but not least*, de dwingendrechtelijke algemene-voorwaardenregeling (art. 6:246 BW) is bij alle geschillencommissies van betekenis, ongeacht de tweezijdigheid van die voorwaarden.[49] Hierna wordt ingezoomd op de 211 uitspraken waarop dwingend recht van toepassing is.

4.2. De expliciete toepassing van dwingend recht

Dat dwingend recht van toepassing is, betekent niet dat dit recht ook steeds expliciet wordt toegepast. In veel van de onderzochte uitspraken die onder het bereik van dwingendrechtelijke regels vallen, worden deze regels niet of niet expliciet toegepast (in 78 van de 211 zaken). Geschillencommissies beslissen van oudsher naar maatstaven van 'redelijkheid en billijkheid, met inachtneming van de tussen partijen gesloten overeenkomst en de daarvan deel uitmakende voorwaarden'.[50] De toepassing van dwingend recht is *impliciet* als het geschil via de naar dwingend recht gemodelleerde algemene voorwaarden wordt beslecht (wat bijvoorbeeld veel voorkomt bij de Geschillencommissie Reizen). De branchevoorwaarden geven veelal invulling aan de toepasselijke bepalingen van dwingend recht en wat de wet voorschrijft, klinkt hierin ook meestal door. Daarnaast bedienen commissies zich soms van het gemene recht terwijl (ook) dwingend recht van toepassing is (er is dan sprake van samenloop). Zo wordt omwille van de vernietigingssanctie weleens het pad van de dwaling bewandeld in een zaak waarin sprake is van non-conformiteit.[51]

Zolang de consument in lijn met art. 11 ADR-richtlijn minstens de bescherming krijgt die hem toekomt op grond van dwingend recht, vormt het niet expliciet toepassen van dwingend recht geen probleem. Past een commissie een tweezijdig beding toe dat in het nadeel van de consument van dwingend recht afwijkt, dan valt die bescherming echter weg.[52] Het verdient wellicht aanbeveling om in de reglementen van de commissies te bepalen dat de commissies zich rekenschap geven van de in art. 10 lid 1 Implementatiewet neergelegde dwingendrechtelijke beschermingseis.

5. Toetsing aan het dwingendrechtelijke minimum beschermingsniveau

5.1. Het waarborgen van het beschermingsniveau

In een ruime meerderheid van de geraadpleegde uitspraken waarop dwingend recht van toepassing is (in 153 van de 211 zaken), komt de consument qua bescherming m.i. niets tekort. In deze uitspraken, die nog niet onder het toepassingsbereik van het op 9 juli 2015 in werking getreden art. 10 lid 1 Implementatiewet vallen, wordt reeds in ruime mate voldaan aan de hierin neergelegde eis dat de getroffen oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van dwingend recht. Hierbij kan worden gedacht aan de bescherming die uitgaat van, onder andere, de bedenktijd,[53] de wettelijke garantie,[54] het verbod op volledige vooruitbetaling ex art. 7:26 lid 2 BW[55] en het bewijsvermoeden uit art. 7:18 lid 2 BW[56].

Aangezien dwingend recht slechts in 133 van de 211 zaken ook expliciet is toegepast (hiervoor par. 4.2), vergt het naleven van de beschermingseis uit art. 10 lid 1 Implementatiewet in het concrete geval dus niet de rechtstreekse toepassing van dwingend recht. Geschillencommissies kunnen, zo lijkt het, goed uit de voeten met de door hen gebruikte maatstaven zonder dat de beschermingseis in het gedrang komt. De toepassing en uitleg van algemene

45. Reizen 12 augustus 2004, *TvC* 2005, afl. 1.
46. Deze afdeling is op 1 november 2009 in werking getreden na omzetting van de Richtlijn betalingsdiensten 2007/64/EG.
47. Uiterlijke Verzorging 16 april 2013, 74582 en Sport en Beweging datum onbekend, 68335. Zie M. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën Nieuw BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 51.
48. Installerende Bedrijven (VNI) 8 oktober 1998, *TvC* 2005, afl. 6, m.nt. Th.J.M. van Mierlo.
49. C.M.D.S. Pavillon, 'De bindende kracht van tweezijdige voorwaarden', *NTBR* 2013, afl. 10.
50. Zie bijv. het Reglement van de nieuwe Geschillencommissie Algemeen per 7 juli 2015. Het Kifid beoordeelt een klacht naar Nederlands recht, zo volgt uit art. 6 lid 2 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (1 oktober 2014).
51. Voertuigen 22 april 2005, *TvC* 2006, afl. 6 en datum onbekend, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. M.Y. Schaub; Thuiswinkel 6 april 2004, *TvC* 2006, afl. 1.
52. Zie o.m. art. 17 van de AV Elektronische Detailhandel (UNETO-VNI) 1996 en art. 17 van de Algemene Voorwaarden 2006 voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (EnergieNed). Kritiek is er ook op de bepalingen betreffende het verbod op indeplaatsstelling, de volledige uitsluiting van de aansprakelijkheid, de klachtplicht en de vervaltermijn in de ANVR-voorwaarden: M.B.M. Loos, 'De reisovereenkomst (titel 7.7A BW)', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht, deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014, p. 141-200.
53. Thuiswinkel 27 juli 2004, *TvC* 2005, afl. 1.
54. Thuiswinkel 20 december 2010, *TvC* 2011, afl. 6.
55. Wonen 21 maart 2012, 64962.
56. Thuiswinkel 22 november 2005, *TvC* 2006, afl. 3; Voertuigen 6 juni 2007, VOE07-0241; Elektro 28 januari 2010, ELE09-0064.

voorwaarden in overeenstemming met dwingend recht garanderen bijvoorbeeld dat de consument de bescherming krijgt die hem toekomt zonder dat de geschillencommissie dwingend recht expliciet toepast.[57] Toepassing van het gemene recht hoeft ook niet ten koste te gaan van de consumentenbescherming. In de geraadpleegde uitspraken maakte de keuze voor het dwalingleerstuk geen verschil uit voor de door de consument genoten bescherming.[58]

Soms wordt de consument beschermd ook al neemt de commissie het niet zo nauw met het toepasselijke dwingend recht. De Geschillencommissie Telecommunicatie achtte een consument niet gebonden aan een wijziging van de opzeggingstermijn van 48 uur naar 2 maanden omdat hij hier niet over was geïnformeerd.[59] Het beding zelf werd echter zonder nadere motivering, mogelijk ten onrechte, 'niet onredelijk bezwarend' geacht.[60] Omdat de consument i.c. niet gebonden is aan de wijziging, krijgt hij wel de hem toekomende dwingendrechtelijke bescherming (hierna par. 7.3).[61]

5.2. Het ontzeggen van het beschermingsniveau

Ondanks bovenstaande is er vanuit het perspectief van de consument wel degelijk behoefte aan een bepaling waarin het wegvallen van de dwingendrechtelijke bescherming expliciet wordt tegengegaan. In een deel van de onderzochte bindende adviezen waarop dwingend recht van toepassing is, wordt hem die bescherming in mijn ogen niet (in 18 van de 211 zaken) of mogelijk niet (in 40 van de 211 zaken) gegeven. Het komt in de praktijk dus voor dat een individuele consument niet de bescherming krijgt die hem toekomt op grond van dwingend recht. Dat een consument in het ongelijk wordt gesteld, betekent overigens geenszins dat hem die dwingendrechtelijke bescherming wordt onthouden.[62]

Het wegvallen van de door dwingend recht voorgeschreven bescherming volgt veelal uit een onbehoorlijke vaststelling van de feiten en/of onjuiste waardering hiervan in het licht van de toepasselijke norm. Zo doorstonden matrassen bij de Geschillencommissie Wonen ten onrechte de conformiteitstoets 'met dank aan' een gebrekkig deskundigenrapport, dat zonder nadere onderbouwing was overgenomen.[63] En wat te denken van de lezing van de feiten door de Geschillencommissie Elektro in een zaak waarin een 2,5 jaar oude tv (€ 569,50) die er plots mee ophield als conform werd aangemerkt? De tv, die niet meer aanging omdat 'een aantal afvlakcondensatoren in de voeding (…) in capaciteit [waren] verlopen', werd niet ondeugdelijk geacht daar 'dergelijke slijtage (…) veel voor[komt] bij dergelijke toestellen, en (…) gekenschetst [mag] worden als producteigenschap, zonder dat dit op een gebrek wijst'.[64]

Bij het omgaan met algemene voorwaarden gaat soms ook het een en ander mis bij de feitelijke waardering. Hiervoor is aangetoond dat het niet toepassen van dwingend recht niet ten koste hoeft te gaan van het hierdoor geboden beschermingsniveau (par. 5.1). In sommige gevallen is dit helaas wel het geval. Verdachte exoneratie-,[65] wijzigings-,[66] bewijs-[67] of annuleringsbedingen[68] worden bijvoorbeeld ten onrechte niet op hun inhoud beoordeeld. Beargumenteerd kan worden dat de ambtshalve toetsingsplicht onder de dwingendrechtelijke bescherming valt en dat commissies verdachte bedingen uit eigen beweging moeten onderzoeken en zo nodig uitschakelen.[69]

Indien zij wordt toegepast, overtuigen de motivering en uitkomst van de onredelijk-bezwarendtoets op grond van de beschikbare feiten mij ook niet altijd. Zo wordt een exoneratie voor diefstal van (onderdelen van) gestalde caravans buiten de duur van de reparatie redelijk geacht mede omdat zij duidelijk was voor de consument, die haar heeft ondertekend zonder bezwaar te maken.[70] De kennis van het exoneratiebeding – een op zichzelf niet beslissende omstandigheid bij de *inhoud*stoets – volgt echter uit een *a-contrario*-lezing van een beding waarin de ondernemer aangeeft dat tijdens de duur van de reparatie de caravan onder zijn risico valt, waarbij niet blijkt of het de consument duidelijk is wat de 'duur van reparatie' inhoudt. Dat het beding redelijk is omdat de tweezij-

57. Makelaardij 11 januari 2008, MAK07-0062; Reizen 1 september 2008, *TvC* 2009, afl. 6; Elektronische Communicatiediensten 20 maart 2009, ECD08-0708.
58. Voertuigen 22 april 2005, *TvC* 2006, afl. 6 en datum onbekend, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. M.Y. Schaub; Thuiswinkel 6 april 2004, *TvC* 2006, afl. 1.
59. Telecommunicatie 28 november 2002, TEL02-0081. Vgl. Zorginstellingen 31 oktober 2012, *TvC* 2014, afl. 2 waarin een ruim geformuleerde exoneratie niet werd vernietigd maar de consument zijn schade wel vergoed kreeg.
60. Gelet op onderdeel j van de Europese lijst had moeten worden beoordeeld of de wijziging een geldige, in de overeenkomst vermelde reden had. Zie ook HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*Invitel*); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*RWE*).
61. Vgl. Reizen 8 december 2008, *TvC* 2009, afl. 6 waarin dwingend recht (art. 6:233 onderdeel b jo. art. 6:234 BW) niet is toegepast maar de bedingen wel buiten toepassing zijn gelaten.
62. Zie bijv. Reizen 9 oktober 2008, *TvC* 2009, afl. 6. Zie ook Telecommunicatie 12 augustus 2009, *TvC* 2010, afl. 5 en 25 maart 2011, 53999 waarin consumenten worden gebonden aan een tweejarig abonnement waarmee zij bewust, in ruil voor een lagere prijs, hebben ingestemd, vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 327.
63. Wonen 28 maart 2003, *TvC* 2005, afl. 1.
64. Elektro 21 juni 2013, 75541.
65. Zorginstellingen 31 oktober 2012, *TvC* 2014, afl. 2; Recreatie 29 augustus 2007, *TvC* 2008, afl. 4.
66. Telecommunicatie 31 oktober 2007, TEL07-0948; Centrale Antenne Inrichtingen 22 november 2010, 43486; Sport en Beweging 26 februari 2013, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard.
67. Openbare Nutsbedrijven 8 oktober 2003 en 23 april 2004, *TvC* 2005, afl. 4.
68. Wonen 1 februari 2011, 46413 waarin de consument stelt te zijn misleid over het aangaan van de koopovereenkomst en 13 juli 2011, 57685 waarin het beding niet wordt getoetst maar wordt gematigd.
69. Brand 2015, p. 211. Zie voor een voorbeeld: Voertuigen 8 maart 2012, 65145. De commissie hoeft hierbij echter niet *ultra petita* te gaan. Omdat een consument, die vanwege achterstallige betalingen werd geconfronteerd met de afsluiting van de internetdienst, de onmiddellijke opeisbaarheid van de resterende termijnen en de verplichting de modem terug te sturen, alleen over ten onrechte in rekening gebrachte kosten inzake de modem klaagde, kreeg het boetebeding (terecht) geen aandacht: Elektronische Communicatiediensten 11 juni 2009, ECD09-0018.
70. Voertuigen 8 maart 2012, 65145.

dige voorwaarden het beding niet verbieden, is naar mijn mening een *non sequitur*. De commissie is voorts van oordeel dat de consument zich beter had kunnen verzekeren. De verzekerbaarheid van het risico buiten de duur van de reparatie voor de ondernemer komt echter niet ter sprake. Dat de ondernemer wil voorkomen dat caravans te lang zonder doel op zijn terrein staan, is een relevant gezichtspunt maar niet duidelijk is of de ondernemer dit ook langs andere wegen voldoende tracht tegen te gaan (door reparaties voortvarend uit te voeren en 'strakke afspraken' te maken). Dit is een voorbeeld van een uitspraak waarvan ik betwijfel of zij het dwingendrechtelijke minimum beschermingsniveau waarborgt.

Geschillencommissies lijken niet snel bereid om tweezijdige branchevoorwaarden aan de onredelijk-bezwarendnorm te onderwerpen[71] of om deze als onredelijk bezwarend te kwalificeren.[72] Bij tweezijdige voorwaarden is dat enigszins begrijpelijk maar ook bij eenzijdige voorwaarden geven commissies de onredelijk-bezwarendnorm een soms wel erg soepele uitleg die de consument mogelijk benadeelt.[73] Bij deze uitleg hebben zij weinig oog voor de aan de Richtlijn oneerlijke bedingen ontleende gezichtspunten bij de toetsing van wijzigingsbedingen en boetebedingen.[74]

Ook problematisch met het oog op het beschermingsvereiste uit art. 10 Implementatiewet is m.i. dat zwarte bedingen als (in beginsel) redelijk worden aangemerkt[75] of simpelweg worden toegepast.[76] De ontoelaatbaarheid van exoneratiebedingen in koopovereenkomsten – inclusief de hiermee gelijk te stellen energieleveringsovereenkomsten – wordt weleens over het hoofd gezien in de rechtspraak van de Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven en de Geschillencommissie Energie en Water.[77] In deze gevallen is sprake van een onjuiste lezing van de wet.

Een dwingendrechtelijke bepaling van *nationaal* consumentenrecht die in de onderzochte uitspraken regelmatig 'verkeerd' wordt uitgelegd is de informatieplicht bij algemene voorwaarden.[78] De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening week in een beslissing uit 2011 af van de uitleg die door de Hoge Raad is gegeven aan deze bepaling[79] door een verwijzing naar een website als in overeenstemming met genoemd artikel te beschouwen.[80]

Behalve de bescherming uit de algemene-voorwaardenregeling loopt de consument ook de bescherming uit de koopregeling soms mis door een foutieve interpretatie en toepassing van de wet. Zo worden de consument bijvoorbeeld extra plichten opgelegd. De Geschillencommissie Energie en Water[81] stelde ten onrechte aan de herroeping van de op afstand gesloten overeenkomst de eis dat deze schriftelijk zou geschieden. De Geschillencommissie Thuiswinkel ging in een zaak waarin de consument zich niet coöperatief opstelde en weigerde om desgevraagd contact op te nemen met de fabrikant, ten onrechte uit van schuldeisersverzuim.[82] In een wat oudere uitspraak van de Geschillencommissie Wonen werd een te strenge invulling gegeven aan de klachtplicht ex art. 7:23 BW omdat de verplichting tot richtlijnconforme uitleg niet werd onderkend.[83]

Daarnaast worden de consument ook rechten afgenomen. Hij krijgt bijvoorbeeld een tegoedbon na de ontbinding van de koopovereenkomst vanwege non-conformiteit

71. Wonen 13 juli 2011, 57685. Potentieel onredelijke bedingen worden soms zo uitgelegd dat zij dat *in concreto* niet zijn: Rijopleidingen 6 april 2010, RYO09-0012. Zie ook Particuliere Onderwijsinstellingen 4 juli 2008, *TvC* 2009, afl. 2 (het beding wordt niet van toepassing geacht).
72. Niettemin worden ook tweezijdige voorwaarden, althans de uitleg die hieraan door bedrijven wordt gegeven, soms uitgeschakeld: Reizen 18 juli 2006, REI06-0666. En de intussen opgeheven Geschillencommissie Textiel en Schoenen schroomde niet om de afwezigheid van een schadevergoedingsregeling bij annulering in de CBW-Mitex-voorwaarden onredelijk bezwarend te achten: 7 december 2006, TEX06-0016 en 31 augustus 2012, 65450. In Recreatie 4 april 2012, *TvC* 2013, afl. 1, m.nt. M.B.M. Loos werd een opzeggingsbeding uit de RECRON-voorwaarden als redelijk beschouwd (geen anticiperende uitleg op de Wet Van Dam) maar werd het beroep hierop onaanvaardbaar geacht.
73. Particuliere Onderwijsinstellingen 6 augustus 2012, 67396: een student beroept zich op de onredelijk-bezwarendheid van een annuleringsbeding dat hem verplicht om bij uitschrijving na aanvang van het collegejaar het gehele collegegeld te betalen (€ 2050). De commissie acht dit een redelijke vergoeding in de zin van art. 6:237 onderdeel i BW.
74. Centrale Antenne Inrichtingen 22 november 2010, 43486: een wijzigingsbeding wordt redelijk geacht ook al heeft de consument pas na 7 maanden van de wijziging kennis kunnen nemen: een dergelijke toetsing staat op gespannen voet met de eerder aangehaalde *Invitel*- en *RWE*-arresten. Zie ook Telecommunicatie 25 juni 2010, TEL09-1500: administratiekosten van € 15 per maand bij wanbetaling acht de commissie geen onredelijk bezwarend boetebeding waarbij zij opmerkt dat de vraag 'of het bedrag van € 15 kostendekkend is, (…) gezien de geringe hoogte van het bedrag niet relevant [is]' en 'dat de consument [de kosten] makkelijk kan vermijden door er zorg voor te dragen dat de facturen op tijd worden betaald'. De toets aan art. 6:233 onderdeel a jo. onderdeel e BW van de lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen vergt dat wordt nagegaan of het om een 'onevenredig hoge schadevergoeding' gaat, bijv. omdat de boete ongelimiteerd kan oplopen.
75. Kinderopvang 28 juni 2012, 72073; 6 december 2013, 79055; 6 december 2013, 80484 en 6 februari 2014, 80301 waarin een opzeggingstermijn die maximaal twee maanden bedraagt in strijd met de Wet Van Dam niet 'zonder meer' onredelijk bezwarend wordt geacht. Deze termijn is uiteindelijk onder druk van een door de Consumentenbond tegen de brancheorganisatie aangespannen rechtszaak gewijzigd naar 'maximaal een maand'. Kanttekening verdient dat de bedingen in deze *concrete* gevallen wel zijn uitgeschakeld, vgl. par. 7.3.
76. Reizen 20 maart 2012, 63953 waarnaar wordt verwezen door M.B.M. Loos in 'Reisovereenkomst 2008-2012', *TvC* 2013, afl. 1, p. 28; zie Hof Den Haag 7 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6688, *NJF* 2010/401 waarin het beding als grijs wordt aangemerkt.
77. Openbare Nutsbedrijven 14 maart 2005, *TvC* 2006, afl. 1, p. 15 waarover M.B.M. Loos, 'Verboden exoneraties in energieleveringsovereenkomsten en vernietiging van met de wet strijdige bindende adviezen', *TvC* 2006, afl. 1, p. 3 en Energie en Water 18 oktober 2010, 31211; 24 januari 2011, 44956 en 26 mei 2011, 47999.
78. Zie Sport en Beweging 26 februari 2013, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard. Zie ook Post 31 oktober 2006, *TvC* 2007, afl. 3 (waarin een wel zeer actieve houding van de consument wordt verwacht) en Verhuizen 12 maart 2009, VER08-0030 (waarin voorwaarden die bij een per e-mail gesloten overeenkomst pas achteraf waren verstuurd volgens de commissie op de juiste wijze ter hand waren gesteld omdat zij ook op de website konden worden geraadpleegd).
79. HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, *NJ* 2011/571, m.nt. Jac. Hijma.
80. Financiële Dienstverlening 11 april 2011, *TvC* 2011, afl. 4, m.nt. D.P.C.M. Hellegers. Vgl. Loos 2013, nr. 142.
81. Energie en Water 15 juni 2009, *TvC* 2012, afl. 1.
82. Thuiswinkel 8 november 2010, *TvC* 2011, afl. 4, m.nt. V. Mak.
83. Wonen 4 augustus 2003, *TvC* 2005, afl. 2, m.nt. M.B.M. Loos.

van het gekochte.[84] Of het bewijsvermoeden wordt over het hoofd gezien.[85] Hoewel een verkoper niet verplicht is om een commerciële garantie te verstrekken, en daarmee van de 6 maanden BOVAG-garantie mag afwijken, dient krachtens art. 7:6a BW wel de *wettelijke garantietermijn* uit art. 7:17 en 18 BW in acht te worden genomen. Onjuiste uitleggingen van de koopregeling ten nadele van de consument betreffen tot slot ook de verhouding tussen de contractuele en wettelijke garantie.[86]

6. Intermezzo: onduidelijke normen

6.1. De netelige vaststelling van het dwingendrechtelijke beschermingsniveau

Of de door dwingend recht gewaarborgde consumentenbescherming wegvalt in zaken waarin dwingend recht van toepassing is, is in veel gevallen echter geen zwart-witvraag. Los van het feit dat op grond van de gepubliceerde feiten een definitief oordeel over het wel of niet wegvallen van de dwingendrechtelijke bescherming niet altijd mogelijk is (par. 3.1), is ook niet altijd duidelijk wat deze bescherming, i.e. het dwingend (consumenten)recht precies inhoudt.[87] Alleen al de vraag of dwingend (consumenten)recht van toepassing is (par. 4.1), is soms al onderwerp van discussie.[88] Ik was maar bij een kleine hoeveelheid van de geraadpleegde adviezen waarop dwingend recht volgens mij van toepassing is (18 van de 211 zaken), overtuigd dat het (minimum) beschermingsniveau niet was gehaald. Onder *potentiële* afwijkingen van de wet heb ik 40 adviezen geschaard die gelet op de mij bekende feiten voorbij *lijken* te gaan aan dwingend recht of gebaseerd zijn op een weinig aannemelijke uitleg en toepassing van de wet gelet op haar geschiedenis en de bestaande rechtspraak (vgl. het in par. 5.2 besproken advies betreffende het exoneratiebeding). Het gaat hierbij om een subjectief oordeel en niet uitgesloten is dat een deel van die uitspraken toch in overeenstemming is met dwingend recht. In deze paragraaf wil ik aantonen dat de controle op de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet een allesbehalve eenvoudige exercitie is.

6.2. Open normen: twee voorbeelden

Bij de toepassing van open normen bestaat bijvoorbeeld veel ruimte voor interpretatieverschillen. De onredelijkbezwarend- en conformiteitstoets geschieden in b2c-zaken op basis van minimum harmoniserende open normen bij de uitleg waarvan weinig sturing wordt verschaft door het HvJ EU en de Hoge Raad. Of de toepassing van de onredelijk-bezwarendnorm gelet op de feiten op de juiste wijze heeft plaatsgevonden, is zonder nadere sturing lastig te bepalen. Als er gezichtspunten zijn aangereikt, dan zijn zij vaak zeer breed geformuleerd en is hun onderlinge weging niet altijd duidelijk. De toetsing van een beding komt neer op een subjectieve beoordeling van de omstandigheden van het geval in het licht van deze gezichtspunten. Over de redelijkheid van kostenbedingen, zoals aan het gebruik van acceptgiro's gelieerde 'extra' kosten, lopen de meningen sterk uiteen in de rechtspraak.[89] Hetzelfde geldt voor annuleringsbedingen zoals dat uit de CBW-voorwaarden.[90] Niet duidelijk is welke omstandigheden de doorslag moeten geven bij het weerleggen van het vermoeden van art. 6:237 onderdeel i BW.[91] Dat geschillencommissies dergelijke bedingen in stand laten,[92] kan daarom niet met zekerheid als een ontzegging van het minimum beschermingsniveau worden gezien. Van het tegenovergestelde ben ik evenmin overtuigd.

De conformiteitstoets is ook nauw verweven met de feiten en bijzonder vatbaar voor divergerende invullingen. Uitspraken van de Geschillencommissie Elektro staan wat betreft de levensduur van een televisie soms lijnrecht tegenover elkaar.[93] Een strikte uitleg is in het nadeel van de consument maar kan niet zonder meer als strijdig met dwingend recht worden bestempeld,[94] tenzij de uitleg van de norm onbegrijpelijk is omdat de afweging tussen gezichtspunten de door de wet en jurisprudentie opgelegde systematiek niet respecteert. Een onjuiste restrictieve toepassing van de conformiteitstoets kwam ik tegen in een uitspraak van de Geschillencommissie Voertuigen[95] waarin het ontbreken van een waarschuwingssysteem ten behoeve van de veiligheidsgordels, terwijl dat wel op een specificatielijst was opgenomen, niet tot non-conformiteit van de auto leidde. De commissie kwam tot dit oordeel omdat gerede twijfel bij de consument had moeten bestaan over de aanwezigheid van dit systeem (hij had immers een proefrit gemaakt) en hij derhalve een onderzoeksplicht had, waar hij niet aan heeft voldaan. Deze afweging tussen de door de verkoper gedane mededeling (de specificatielijst) en de onderzoeksplicht van koper

84. Elektro 24 maart 2003, ELE02-0176.
85. Voertuigen 15 februari 2006, *TvC* 2007, afl. 4, m.nt. M.B.M. Loos. Zie ook dezelfde commissie, 13 november 2009, VOE 090194 (in deze zaak lukte het de consument echter niet om de non-conformiteit te bewijzen).
86. Thuiswinkel 15 januari 2010, *TvC* 2011, afl. 3, m.nt. P. Klik en I.M.J. Geurts.
87. De gedachte dat over de betekenis en toepasselijkheid van dwingend recht verschillend kan worden gedacht, ligt als gezegd ten grondslag aan art. 7:902 BW zoals dit gold voor de omzetting van de richtlijn.
88. Recreatie 28 oktober 2008, REC08-0057, *TvC* 2010, afl. 1, m.nt. A.W. Jongbloed. Bij het huren van een standplaats voor recreatieve doeleinden komt de consument niet de dwingendrechtelijke bescherming van de huurregeling toe. In deze noot wordt benadrukt dat de vraag of een consument huurrechtelijke bescherming toekomt, sterk afhangt van de omstandigheden van het geval. Zie Rb. Haarlem 2 november 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU5697 en Recreatie 18 maart 2009, *TvC* 2009, afl. 5, m.nt. M.B.M. Loos.
89. Rb. Den Haag 7 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN3355; Rb. Breda 25 mei 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ6459 en Rb. Utrecht 11 april 2012, *TvC* 2012, afl. 5, m.nt. M.B.M. Loos (niet onredelijk bezwarend) vs. Rb. Haarlem 23 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ4855 en Rb. Breda 25 mei 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ6459 (wel onredelijk bezwarend).
90. Wonen 14 januari 2011, 48533. Vgl. echter Hof Den Haag 19 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR2400. Zie van dezelfde commissie 13 juli 2011, 57685 in vergelijking met Rb. Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2095.
91. Vgl. Pavillon 2013, nr. 7.
92. Centrale Antenne Inrichtingen 12 maart 2010, CAI090083; Energie en Water 11 oktober 2011, 59014; Telecommunicatie 24 januari 2011, 45230.
93. Elektro 31 augustus 2011, 56368 v. eerdergenoemd 21 juni 2013, 75541. In beide gevallen ging het om een 2,5 jaar oude tv.
94. Strikte maar naar mijn mening correcte uitleggingen van de conformiteitstoets betreffen: Elektro 21 juni 2012, 63293 en Voertuigen, 13 november 2009, VOE09-0194.
95. Voertuigen 11 september 2009, *TvC* 2011, afl. 3, m.nt. P. Klik en I.M.J. Geurts.

lijkt mij pertinent onjuist. In de meeste gevallen is de gelet op de feiten incorrecte afweging van gezichtspunten minder flagrant en is minder stelligheid geboden.[96]

6.3. Voorbeelden van onuitgemaakt recht

De onzekerheid bij de vaststelling of aan het dwingendrechtelijke beschermingsniveau is voldaan, is niet beperkt tot de open-normtoepassingen. De consumentenkoopregeling is onlangs nader toegelicht door het HvJ EU[97] maar deze regeling kent nog steeds veel onduidelijkheden. Zo rijst de vraag of het mogelijk is om de consumentkoper in geval van ontbinding[98] wegens non-conformiteit (art. 7:22 BW) een gebruiksvergoeding op te leggen.[99] De commissies Thuiswinkel en Elektro gaan hier wel van uit.[100] Loos stelt dat 'met toepassing van art. 6:272 en 278 BW een gebruiksvergoeding zou kunnen worden toegekend indien de ontbinding pas geruime tijd na aflevering heeft plaatsgevonden én de koper de zaak zonder serieuze problemen heeft kunnen gebruiken tot aan het moment waarop het gebrek zich manifesteerde'.[101] In de desbetreffende zaken was hiervan geen sprake en het vragen van een vergoeding acht ik in deze gevallen dus buitengewoon twijfelachtig.

Een tweede voorbeeld is de onderlinge verhouding tussen de remedies bij non-conformiteit. Hoe snel mag worden overgegaan op ontbinding? De Geschillencommissie Thuiswinkel acht een vervanging na twee pogingen tot reparatie toegestaan maar 'de wet maakt echter niet duidelijk of de verkoper na mislukte herstelpogingen nog het recht heeft de gebrekkige zaak te vervangen, en wanneer het falen van herstelpogingen zodanig "ernstige overlast" oplevert dat de koper het recht op ontbinding toekomt'.[102] De Geschillencommissie Elektro vond het na de tweede vervanging welletjes en ontbond de overeenkomst.[103] De Geschillencommissie Waterrecreatie besloot dat de consument na 1,5 jaar wachten op herstel nog niet meteen kon ontbinden, omdat de overgebleven reparaties van kleine omvang waren.[104] De vraag is dus hoe bont de ondernemer het moet maken om de gevorderde ontbinding van de koop te rechtvaardigen.[105]

6.4. Duidelijkheid achteraf?

Onduidelijkheden betreffende de uitleg van dwingend recht kunnen (deels) verdwijnen door nieuwe regelgeving of rechterlijke uitspraken. Art. 7:902 BW maakt het juist bij genoemde onduidelijkheden mogelijk om een geldige vaststellingsovereenkomst te sluiten indien *later* sprake zou blijken te zijn van strijd met dwingend recht maar dit artikel geldt niet langer voor bindende adviezen van geschillencommissies. De vraag is of bindende adviezen die gelet op latere rechtspraak of regelgeving in strijd zijn met dwingend recht, alsnog kunnen worden vernietigd. Voor latere rechtspraak geldt dat zij 'terugwerkende kracht' heeft: de rechter vindt het recht zoals het altijd is geweest.[106] Bij nieuwe regelgeving moet naar het overgangsrecht worden gekeken.[107] De verjaringstermijn van drie jaar mag hoe dan ook niet zijn verlopen (art. 3:52 lid 1 onderdeel d BW).[108] Benadrukt zij nogmaals dat art. 10 Implementatiewet niet van toepassing is op bindende adviezen gewezen voor 9 juli 2015 (maar dat deze adviezen al konden worden aangetast voor zover in strijd met dwingend *Europees consumenten*recht, zie par. 2.2).

Een voorbeeld van een recent opgehelderde bepaling is de herroepingstermijn. Tot aan de Richtlijn consumentenrechten stond niet vast dat deze ook geldt bij een op afstand gesloten energieleveringsovereenkomst.[109] Ook het ingangsmoment van de bedenktijd bij een gemengde diensten-/koopovereenkomst zoals bij een cursus met lesmateriaal was tot aan de invoering van afdeling 6.5.2B BW onbepaald. In de rechtspraak werd uitgegaan van het moment van levering en dit is in lijn met de huidige wetgeving (art. 6:230g lid 2 BW).[110] De Geschillencommissie Elektronische Communicatiediensten was daar in 2014 kennelijk nog een andere mening over toegedaan: zij oordeelde dat de bedenktermijn bij een internetabonnement inclusief hardware ging lopen op het moment van de contractsluiting.[111] Of de consument bij misbruik van de bedenktijd het recht op herroeping verliest, was eveneens tot aan genoemde richtlijn onzeker. De Geschillencommissie Thuiswinkel oordeelde dat de consument door een product te beschadigen (er zat een kras op het scherm) zijn recht om de overeenkomst te ontbinden had prijsgegeven.[112] Inmiddels is wettelijk bepaald dat de

96. Twijfels heb ik bij Waterrecreatie 31 augustus 2010, WAT09-0039 en datum onbekend, WAT08-0001.
97. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13 (*Faber*).
98. HvJ EG 17 april 2008, C-404/06 (*Quelle*) betreft de situatie waarin sprake is van vervanging van een niet-conform product.
99. Zie Rb. Utrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6226 en Rb. Oost-Brabant 26 juni 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3396, m.nt. M.B.M. Loos, *TvC* 2014, afl. 6, p. 290-291.
100. Thuiswinkel 15 januari 2010, *TvC* 2011, afl. 3, m.nt. P. Klik en I.M.J. Geurts, en Elektro 24 maart 2003, ELE020176 en 4 februari 2011, 45087.
101. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW, deel B65b), Deventer: Kluwer 2014, nr. 37, p. 87-88.
102. Thuiswinkel 17 juni 2005, *TvC* 2005, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos.
103. Elektro 16 januari 2013, 71625 (mede omdat de consument onheus was bejegend bij zijn vragen omtrent de wettelijke garantie).
104. Waterrecreatie 8 oktober 2008, WAT08-0002.
105. Elektro 4 februari 2011, 45087 is een voorbeeld van een uitspraak waarin de uitgesproken ontbinding mij zonder meer terecht lijkt omdat 'de ondernemer enerzijds heeft aangegeven niet te begrijpen welke herstelmaatregelen de deskundige voorstelt en anderzijds de consument niet akkoord is gegaan met het omruilvoorstel (vervanging) door de ondernemer vanwege de daaraan verbonden financiële consequenties'.
106. C. Drion, 'Stare decisis', *NJB* 2014/620, afl. 11, p. 759.
107. Een 'nieuwe' vernietigingsgrond in het BW vindt ingevolge art. 79 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek bijv. geen toepassing ten aanzien van een rechtshandeling die voor het in werking treden van die vernietigingsgrond is verricht.
108. Een beroep op rechtsdwaling maakt weinig kans: C. Drion, 'Rechtsdwaling', *NJB* 2014/2263, afl. 44/45.
109. M.B.M. Loos, 'De totstandkoming en bedenktijdregeling van op afstand gesloten energieleveringsovereenkomsten', *TvC* 2012, afl. 1, p. 7.
110. Rb. Haarlem 11 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9358.
111. Elektronische communicatiediensten 31 juli 2014, 85727. Onduidelijk in deze zaak is echter of de hardware in 'bruikleen' is gegeven, in welk geval art. 6:230g lid 2 BW niet van toepassing is.
112. Thuiswinkel 11 december 2008, *TvC* 2010, afl. 1, m.nt. M.Y. Schaub.

consument dit recht niet verliest maar aangesproken kan worden tot vergoeding van de waardevermindering (art. 6:230s lid 3 BW).[113] Of de in de wet verduidelijkte uitleg van bestaande regels terugwerkende kracht heeft, is niet duidelijk. Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de thans gecodificeerde uitleg ook voorheen de juiste was.

De jurisprudentie van het HvJ schept soms enige duidelijkheid, al laat zij vaak nog genoeg ruimte voor uitlegverschillen. Het *Faber*-arrest maakte onlangs een einde aan het debat over de vraag of bij de toepassing van art. 7:18 lid 2 BW volstaat dat de verkoper tegenbewijs levert of dat hij bewijs van het tegendeel moet aandragen.[114] Het HvJ overweegt expliciet dat het aan de verkoper is om in voorkomend geval 'genoegzaam' te bewijzen dat het gebrek aan conformiteit niet bestond bij de aflevering van de goederen, door aan te tonen dat de non-conformiteit het gevolg is van, of zijn oorsprong vindt in een handelen of nalaten dat dateert van na die aflevering. Wat genoegzaam bewijs vormt, wordt echter aan de rechtsprekende instantie overgelaten.[115]

Het HvJ heeft de laatste jaren uitgebreid stilgestaan bij de sanctionering van onredelijke bedingen. De op de redelijkheid en billijkheid gestoelde besluitvorming van de geschillencommissies leent zich uitstekend voor een meer flexibele sanctionering van bedingen en er wordt ook regelmatig gematigd of geconverteerd.[116] Het zou als een gevalletje 'wijsheid achteraf' kunnen worden gezien maar het recentelijk door het HvJ benadrukte verbod op matiging en conversie van onredelijk bezwarende bedingen was op grond van de parlementaire geschiedenis[117] al langer geldend recht wat betreft die bedingen die voorkomen op de zwarte en grijze lijst. Dat zoals blijkt uit het *Kásler*-arrest,[118] omwille van de afschrikwekkende werking van de sanctie op onredelijke bedingen het terugvallen op het gemene recht niet zonder meer is toegestaan in geval van partiële nietigheid (art. 3:41 BW), was minder duidelijk. Wat de exacte implicaties van dit arrest zijn, staat niet vast maar de bindende adviezen waarin aanvullend recht de ontstane leemte vult, geven de consument denkelijk niet de bescherming die hem (sinds de implementatie van de richtlijn) toekomt op grond van art. 6 Richtlijn oneerlijke bedingen.[119]

7. De impact van een afwijking van dwingend recht op het niveau van consumentenbescherming

7.1. De verhouding tussen de 'strijd met dwingend recht' uit art. 7:902 BW en art. 11 ADR-richtlijn

Welke impact de uitschakeling van art. 7:902 BW voor bindende adviezen van geschillencommissies op de consumentenbescherming zal hebben, hangt af van de vraag of de strijd met dwingend recht (die art. 10 lid 2 Implementatiewet tegengaat) steeds samenvalt met het ontzeggen van de daaruit voortvloeiende consumentenbescherming (wat art. 11 ADR-richtlijn zoals omgezet door art. 10 lid 1 Implementatiewet moet voorkomen).[120] Van dwingend recht afwijkende uitspraken die voor de individuele consument niet nadelig uitpakken, zullen niet door hem worden bestreden en mochten zij door de ondernemer kunnen worden vernietigd, dan gaat het uitschakelen van art. 7:902 BW mogelijk ten koste van de consumentenbescherming. In deze paragraaf sta ik stil bij de impact van de afwijking van dwingend recht (waar de Nederlandse wetgever de nadruk op legt) op de door de consument genoten bescherming (waar de richtlijn op ziet). Ten aanzien van die impact moeten er, zo blijkt uit de geraadpleegde uitspraken, drie situaties worden onderscheiden.

7.2. Minder bescherming

De situatie waarin de consument minder bescherming geniet dan hem op grond van dwingend recht toekomt, is hiervoor uitgebreid belicht. Als gezegd is in mijn optiek in een klein deel van de geraadpleegde adviezen waarop dwingend recht van toepassing is, de consument zonder meer de dupe van een afwijking van dwingend recht (in 18 van de 211 zaken). Hij komt in een andere, minder gunstige, situatie terecht dan wanneer de regels correct waren toegepast.[121] In deze gevallen is de uitschakeling van art. 7:902 BW bij bindende adviezen van geschillencommissies een terechte maatregel die voor rechtszekerheid zorgt: de consument kan de vernietigbaarheid van de vaststelling inroepen zonder dat hem de geldigheid van het advies op grond van genoemd artikel wordt tegengeworpen.

113. In de literatuur werd reeds gepleit voor de getroffen oplossing. Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 52.
114. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13 (*Faber*), r.o. 74. Vgl. Jac. Hijma, 'Consument en non-conformiteitsbewijs', *TvC* 2013, afl. 6, p. 258-259.
115. In Gezelschapsdieren 28 juni 2011, 54976 is de verkoper van de aan een longontsteking overleden papegaai geslaagd in het weerleggen van het vermoeden van non-conformiteit door aan te tonen dat de papegaai aan een longontsteking is overleden zonder evenwel te bewijzen dat de papegaai bij de levering niet ongezond was. De papegaai kon door een slecht gestel zeer wel bijzonder vatbaar zijn voor die aandoening. De vraag is of hij 'rechtens genoegzaam [heeft bewezen] dat het gebrek aan overeenstemming het gevolg is van of zijn oorsprong vindt in een omstandigheid die zich na de aflevering van de [papegaai] heeft voorgedaan' (Faber, r.o. 74).
116. Kinderopvang 21 december 2006, KIN06-0016; Centrale Antenne Inrichtingen 19 november 2007, CAI07-0187 en 4 april 2008, CAI07-0231.
117. MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1588.
118. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, n.n.g. (*Kásler*). Zie over dit arrest: C.M.D.S. Pavillon, 'Het Europees verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?', *TvPP* 2015, afl. 3, p. 70-76.
119. Vgl. Kinderopvang 28 juni 2012, 72073; 6 december 2013, 79055, 6 december 2013, 80484 en 6 februari 2014, 80301 (het vernietigde opzeggingsbeding werd geconverteerd naar 1 maand); Particuliere Onderwijsinstellingen 24 mei 2013, 74909 en 31 oktober 2014, 88185 (na vernietiging van het annuleringsbeding werd art. 7:411 BW toegepast); Textiel en Schoenen 19 oktober 2011, 59560 en 31 augustus 2012, 65450 (na de vernietiging van het beding dat annulering onmogelijk maakt werd op grond van de redelijkheid en naar analogie met andere branchevoorwaarden een percentage vastgesteld). Zie ook de noot van M.B.M. Loos onder Recreatie 4 april 2012, *TvC* 2013, afl. 1.
120. Aangenomen mag worden dat de overeenstemming van dwingend recht wel steeds tot overeenstemming met het daarin neergelegde beschermingsniveau leidt.
121. In nog eens 40 van de 211 zaken waarop dwingend recht van toepassing is twijfel ik aan de correcte toepassing van dit recht en kan volgens mij niet worden uitgesloten dat er strijd bestaat met art. 10 lid 1 Implementatiewet.

7.3. Dezelfde bescherming

In de onderzochte 'sample' bevinden zich ook adviezen waarin de commissie het niet zo nauw neemt met het dwingend recht zonder dat de procederende consument in een andere situatie terechtkomt dan bij de juiste toepassing hiervan (het gaat hierbij om 15 van de 211 zaken). De (mogelijke) afwijking van dwingend recht is weliswaar in het nadeel van de consument maar hij merkt hier in het concrete geval niets van omdat hij langs een andere weg toch de bescherming krijgt die hem toekomt. De volgende overweging van de Geschillencommissie Verhuizen is, in acht nemend dat haar, voor de ondernemer zeer gunstige, uitleg van de terhandstellingsplicht vragen oproept,[122] illustratief voor deze groep uitspraken: 'De vraag of de algemene voorwaarden al of niet op tijd door de consument zijn ontvangen, doet er niet zo veel toe, omdat (…) ook de redelijkheid en de billijkheid tot bovengenoemd oordeel zou leiden [dat de consument voor het wijzigen van een verhuisdatum een redelijke vergoeding verschuldigd is, CP].'[123]

Dat de consument, ondanks een afwijking van de wet toch adequaat wordt beschermd, is ook door *TvC*-annotatoren opgemerkt. Zoals Schaub aangeeft in een noot onder een uitspraak van de Geschillencommissie Voertuigen: 'Ik ben het helemaal eens met de uitkomst van de zaak, maar niet met de gekozen route.'[124] In deze zaak stond een disclaimer ten aanzien van fouten op de website centraal: op de website stond immers een kenmerk vermeld dat de auto niet bleek te bezitten. In deze uitspraak koos de commissie voor de vreemde toekenning van 'reflexwerking' aan art. 6:236 onderdeel l BW om de disclaimer te vernietigen en zag zij de meer voor de hand liggende art. 7:6 jo. 3:40 lid 2 BW over het hoofd.[125] Voor de consument maakt de *wijze* van vernietiging natuurlijk niet uit, zolang hij maar niet aan het onredelijke beding gebonden is. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Geschillencommissie Sport en Beweging waarin de vernietigbaarheid van een wijzigingsbeding buiten beschouwing bleef. Omdat de voorwaarden zijn vernietigd op grond van de schending van de terhandstellingsplicht ex art. 6:233 onderdeel b jo. art. 6:234 BW, heeft de consument weinig gemerkt van deze omissie. Spanjaard overweegt ten aanzien van deze uitspraak: 'In de uitkomst van de uitspraak van de Geschillencommissie kan ik mij vinden. De motivering van de uitspraak overtuigt mij evenwel niet.'[126]

Omdat zij in het concrete geval de consument de hem op grond van dwingend recht toekomende bescherming niet onthouden, doorstaan dergelijke uitspraken strikt genomen de toets van art. 10 lid 1 Implementatiewet. Deze uitspraken wijzen wel op een gebrekkige rechtskennis die in latere procedures repercussies kan hebben op de verschafte bescherming. Deze categorie uitspraken vraagt om enige vorm van toezicht en scholing (zie hierna par. 8.2). De *individuele* consument heeft er geen belang bij dat het hem bindende advies wordt aangetast (door hemzelf of mogelijk de ondernemer, zie hierna par. 8.3 en 8.4).

7.4. Meer bescherming

Tot slot heb ik een groep uitspraken onderscheiden waarin wordt afgeweken van dwingend recht in het nadeel van de ondernemer (27 van de 211 zaken). In 10 van deze adviezen, die de consumentenbescherming ten goede komen, is de afwijking volgens mij zonneklaar en in 17 gevallen is de afwijking niet meer dan aannemelijk. De professionele partij wordt in de geraadpleegde uitspraken waarop dwingend recht van toepassing is al met al minder vaak benadeeld dan de consument door (potentiële) afwijkingen van dwingend recht (de consument wordt – potentieel – benadeeld in 58 gevallen).

Een voorbeeld vormt de toepassing door de Geschillencommissie Sport en Beweging van de strenge informatieverplichtingen van art. 6:233 onderdeel b jo. art. 6:234 BW terwijl in deze zaak sprake was van een dienstenovereenkomst waarop de soepelere regeling van art. 6:230c BW van toepassing is.[127] Een ander voorbeeld betreft de (creatieve) sanctie die de Commissie Elektronische Communicatiediensten stelde op de schending van de informatieplicht inzake de bedenktijd: bij het nieuwe abonnement golden voor wat betreft de mogelijkheid tot opzegging en de opzegtermijn de voorwaarden van het oude abonnement.[128] Ook opmerkelijk is de uitspraak waarin een telefoonprovider aansprakelijk werd gesteld voor misleidende praktijken van een sms-dienstenaanbieder.[129] De toekenning van een herroepingsrecht terwijl de verzegeling tijdens de bedenktijd in strijd met art. 7:46d lid 4 onderdeel c (oud) BW was verbroken (een uitleg van dit artikel die op zijn minst twijfelachtig is)[130]

122. Geoordeeld werd dat aan de terhandstellingsplicht was voldaan daar de voorwaarden bij een (per e-mail) gesloten overeenkomst op een later tijdstip per post waren verstuurd en de consument deze ook via internet had kunnen raadplegen.
123. Verhuizen 12 maart 2009, VER08-0030. Of de algemene voorwaarden (die melding maken van een redelijke vergoeding bij de wijziging door de consument van de verhuisdatum) worden vernietigd maakt voor de consument in deze zaak niet uit: bij de vernietiging op grond van art. 6:233 onderdeel b BW is terugvallen op het gemene recht m.i. toegestaan. Zie ook Thuiswinkel 15 januari 2010, *TvC* 2011, afl. 3, m.nt. P. Klik en I.M.J. Geurts: deze commissie worstelt soms met de verhouding tussen contractuele en wettelijke garantie. Door eerst naar een verweer gebaseerd op een contractuele garantie en dan pas naar de wettelijke garantie te kijken, werd dwingend recht incorrect toegepast. Deze foute toepassing pakte evenwel niet nadelig uit voor de consument. De tv bleek non-conform.
124. Voertuigen 28 april 2006, *TvC* 2006, afl. 6 en 2008, afl. 4, m.nt. M.Y. Schaub.
125. Vgl. Voertuigen 11 september 2009, *TvC* 2011, afl. 3, m.nt. P. Klik en I.M.J. Geurts waarin eveneens sprake was van een disclaimer maar waar de commissie ten onrechte oordeelde dat de consument zijn onderzoeksplicht had geschonden.
126. Sport en Beweging 26 februari 2013, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard.
127. Sport en Beweging 26 februari 2013, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard. Vgl. Reizen 17 juli 2014, *TvC* 2014, afl. 6, m.nt. J.H.M. Spanjaard waarin het artikel op juiste wijze is toegepast.
128. Elektronische Communicatiediensten 25 maart 2009, ECD08-0629.
129. Telecommunicatie 7 april 2011, 53701. Vgl. Telecommunicatie op 14 september 2009, TEL09-0360 waarin de commissie op grond van de sms-gedragscode het tegenovergestelde besliste. Zie ook Telecommunicatie 14 maart 2007, TEL06-1108 waarin de consument mocht ontbinden omdat sprake was van misleidende reclame.
130. Thuiswinkel 4 juli 2007, *TvC* 2008, afl. 5, m.nt. M.Y. Schaub.

en het niet afstraffen van eigenrichting[131] kunnen eveneens als afwijkingen van dwingend recht in het voordeel van de consument worden aangemerkt. En het voorbijgaan aan de hiërarchie tussen de remedies bij de koop door ontbinding toe te wijzen terwijl vervanging wordt aangeboden[132] roept op zijn minst vragen op. De consument krijgt in al deze gevallen (mogelijk) *meer* bescherming dan het (minimum)niveau waarin de wet voorziet. Zouden uitspraken die de consument extra beschermen door de uitschakeling van art. 7:902 BW door de ondernemer kunnen worden aangetast, dan gaat art. 10 lid 2 Implementatiewet ten koste van de consumentenbescherming. In par. 8.4 ga ik na of dit het geval is.

8. De handhaving van art. 10 lid 1 Implementatiewet

8.1. De geschillencommissies en het SER CZ-overleg aan zet

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag wie de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet moet garanderen. Allereerst zijn de geschillencommissies zelf aan zet. Zij moeten ervoor zorgen dat zij over een degelijke kennis van het dwingend (consumenten)recht beschikken. Bij geschillencommissies die veel en vaak het dwingend recht toepassen, is deze behoefte het grootst (o.a. Voertuigen, Thuiswinkel, Energie en Water). De SGC en het Kifid moeten er op verschillende manieren voor zorgen dat er voldoende expertise in huis is (dit volgt ook uit art. 6 lid 6 ADR-richtlijn).[133] Hopelijk beschikken zij over voldoende middelen om de kennis van het dwingend recht te waarborgen. Wat zonder meer helpt, is dat een lid van de commissie afkomstig is uit de rechterlijke macht. Hem of haar komt naar ik meen in het bijzonder de taak toe om de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet te waarborgen. Het risico is evenwel dat geschillenbeslechting door de geschillencommissies steeds meer op rechtspraak gaat lijken. Dit is in het kader van de harmonisatie van het consumentenrecht echter de prijs[134] die moet worden betaald voor het bindende karakter van de adviezen en, in het licht van de door bezuinigingen ingeperkte toegang tot de rechter, is dit ook wel te rechtvaardigen. Het is te hopen dat deze kosten niet (of slechts in beperkte mate) op de consument zullen worden afgewenteld.

Eveneens van belang is dat de geschillencommissies indien nodig, sturing kunnen verkrijgen. Als gezegd kan in sommige gevallen discussie bestaan over de vraag of aan het dwingendrechtelijke beschermingsniveau is voldaan (par. 6). Onzekerheden met betrekking tot de uitleg of het toepassingsbereik van dwingend recht (open normen inbegrepen) kunnen afnemen doordat er (prejudiciële) sturing van de Hoge Raad of van het HvJ wordt verkregen. Problematisch is dat het verzoek om sturing bij de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet onder huidig recht niet van een geschillencommissie afkomstig kan zijn.[135]

Verder dragen ook de private actoren die in SER-verband betrokken zijn bij het opstellen van de aan de bindende adviezen ten grondslag liggende zelfregulering (indirect) bij aan de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet. Zij dienen erop toe te zien dat deze zelfregulering aan de wettelijke vereisten voldoet.[136]

8.2. De overheid aan zet

De vraag is of er binnen het publiekrechtelijk toezicht op de geschillencommissies (vanuit de betrokken ministeries[137]) genoeg aandacht zal zijn voor de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet. Dit lijkt op voorhand niet het geval. Een mogelijke – verstrekkende – sanctie op de schending van deze bepaling is de intrekking van de aanwijzing als instantie tot geschillenbeslechting. De koppeling tussen deze sanctie en art. 10 lid 1 is in de omzettingswetgeving echter impliciet (art. 17 lid 4 Implementatiewet). De vraag is vooral *hoe* de naleving van art. 10 lid 1 kan worden gecontroleerd, bij de aanwijzing maar vooral daarna (zie art. 20 lid 2 Implementatiewet). Zo is niet duidelijk *welke* informatie de minister over de naleving van art. 10 lid 1 tot zijn beschikking heeft: in de lijst door de geschillencommissies verplicht te verschaffen informatie ten behoeve van de aanwijzing wordt het waarborgen van de dwingendrechtelijke (consumenten)bescherming niet expliciet vermeld.[138] En van een dergelijke informatieplicht *na* de aanwijzing is ook geen sprake (art. 17 lid 3 en art. 18 Implementatiewet). Nu lijkt mij zo'n informatieplicht ook niet werkbaar en allesbehalve objectief. Bedrijven informeren een toezichthouder doorgaans niet over de eigen (zelf vastgestelde) overtredingen. Voor de hand ligt om de toezichthouder toegang te geven tot *alle* bindende adviezen over een gegeven periode. Deze uitspraken kunnen dan worden getoetst aan art. 10 lid 1 (en andere kwaliteitseisen uit de richtlijn). Het onderhavige onderzoek toont aan dat de toezichthouder hierbij voor een pittige opgave staat. Gezien de grote hoeveelheid uitspraken, zal de naleving van art. 10 lid 1 denkelijk steekproefsgewijs moeten worden onderzocht. Als zou blijken dat een bepaalde commissie relatief vaak de fout ingaat, kan nader onderzoek worden ingesteld en een vinger aan de pols worden gehouden. Vooralsnog geldt

131. Optiek 10 januari 2005, OPT04-0028. Vgl. Thuiswinkel 24 mei 2002, *TvC* 2004, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos.
132. Optiek datum onbekend, 61031. Zie ook Uiterlijke Verzorging 16 april 2013, 73301 waarin de ondernemer stelt geen kans te hebben gekregen om de klacht op te lossen. Heel opmerkelijk is Thuiswinkel 15 januari 2010, THU09-0102, *TvC* 2010, afl. 6 waarin de commissie bepaalde dat als er uit het deskundigenonderzoek blijkt dat sprake is van *conformiteit* de consument genoegen moet nemen met de aangeboden vervanging en zo niet, de overeenkomst kan ontbinden.
133. Deze verplichting geldt ook voor de niet in dit onderzoek betrokken Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ).
134. En dit is letterlijk bedoeld: aan de handhaving van art. 10 lid 1 Implementatiewet (en de overige kwaliteitseisen van de richtlijn) hangt een prijskaartje.
135. Zie M.B.M. Loos & W.H. Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 106; G. Wagner, 'Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?', *CML Rev.* (51) 2014, p. 178.
136. Hoe de kwaliteit van tweezijdige voorwaarden wordt gewaarborgd, wordt toegelicht in de Nieuwe spelregels voorwaardenoverleg 2015: www.ser.nl/~/media/files/internet/consumentenvoorwaarden/av/spelregels.ashx.
137. Naast EZ (SGC), zijn ook Financiën (Kifid) en VWS (SKGZ) bij de erkenningsprocedure betrokken.
138. Knigge 2015, par. 4.3.2. De ADR-instantie hoeft slechts te zorgen voor 'een met redenen omklede verklaring of de entiteit kan worden gekwalificeerd als een ADR-entiteit in de zin van deze richtlijn en of zij voldoet aan de in hoofdstuk II gestelde kwaliteitseisen' (waaronder art. 10 lid 1 Implementatiewet, zie art. 17 lid 1 onderdeel i Implementatiewet).

dat, tenzij er veel individuele rechtszaken worden aangespannen op grond van art. 3:40 lid 2 of art. 7:904 lid 1 BW en dit aspect veel publiciteit krijgt, de minister niet snel op de hoogte zal zijn van het wegvallen van de dwingendrechtelijke bescherming. Kennis hiervan lijkt mij echter noodzakelijk om eventueel actie te kunnen ondernemen (intrekken van aanwijzing, aanbieden van cursussen en trainingen enz.), anders kan niet worden gegarandeerd dat op dit punt aan de richtlijn wordt voldaan. De uitschakeling van art. 7:902 BW (en de impliciete mogelijkheid om een bindend advies in een individuele procedure aan te tasten) lijkt in ieder geval geen voldoende waarborg te vormen. De handhaving van het consumentenrecht vraagt om een effectieve combinatie van individuele en collectieve mechanismen.

8.3. De consument aan zet

Dat de consument een bindend advies kan aantasten waarin in zijn nadeel van dwingend recht wordt afgeweken, is een goede zaak. Jammer is wel dat de Implementatiewetgeving niet aangeeft hoe hij dit (het beste) kan doen, zou hij hiertoe over willen gaan. En dat is echter de vraag. Sommige van de besproken voor hem nadelige uitspraken konden reeds op grond van art. 7:904 lid 1 BW worden vernietigd, zoals die waarin de wijze van totstandkoming van de vaststelling te wensen overlaat (vanwege een gebrekkig deskundigenrapport bijvoorbeeld).[139] Het aantal vernietigde adviezen is echter gering[140] en de uitschakeling van art. 7:902 BW zal hier volgens mij weinig aan veranderen. In de praktijk stapt een individuele consument niet snel naar de rechter omdat hij simpelweg niet op de hoogte is van zijn rechten.[141] Daarnaast kunnen de kosten en de onzekerheid van een gerechtelijke procedure hem hiervan weerhouden. Voorgaande analyse toont aan dat de strijd met dwingend recht niet altijd evident is (par. 6). Naar de rechter stappen heeft in die gevallen waarin dwingend recht niet onmiskenbaar is geschonden, toch iets van een gok. De handhaving van de richtlijn overlaten aan de individuele consument is niet de meest effectieve manier om de richtlijndoelstelling te realiseren, omdat hier geen preventief effect van uitgaat. Een gang naar de rechter botst ook zonder meer met de gedachte achter de richtlijn, namelijk dat consumenten toegang hebben tot een betrouwbare, laagdrempelige en goedkope wijze van geschillenbeslechting.

Daar komt bij dat de consument niet altijd 'last' ondervindt van de uitgebleven of onjuiste toepassing van dwingend consumentenrecht omdat hij, ondanks de afwijking van dwingend recht, toch wordt beschermd (par. 7.3). In dergelijke gevallen heeft de consument geen enkel belang bij een rechtsgang. Men kan zich afvragen of het uitschakelen van art. 7:902 BW in die gevallen niet te ver gaat. De consument wordt in het concrete geval immers beschermd en daar gaat het in art. 11 ADR-richtlijn om. Feit is wel dat de onjuiste wetsuitleg of toepassing een andere consument wel *kan* treffen. Te denken valt aan een uitspraak van de Geschillencommissie Thuiswinkel waarin de ontzegging van het recht op herroeping bij misbruik als een 'regel' werd geponeerd die in het specifieke geval niet werd toegepast.[142] Deze categorie uitspraken pleit voor het vergroten van de juridische kennis door middel van cursussen en trainingen opdat een potentiële toekomstige schending van art. 10 lid 1 Implementatiewet wordt voorkomen.

8.4. Hoe zit het met de ondernemer?

Vanuit het perspectief van de consumentenbescherming is het simpelweg uitschakelen van art. 7:902 BW wellicht ondoeltreffend. Vooralsnog kan immers niet worden uitgesloten dat behalve de consument, ook de professionele partij langs de baan van art. 3:40 lid 2 of art. 7:904 lid 1 BW de vernietiging van de uitspraak kan vorderen als hierin het dwingend recht onjuist is toegepast. Aannemelijk is dat een ondernemer sneller naar een rechter stapt dan een consument. Eer de ondernemer een dergelijk beroep toekomt, moet hij echter wel een aantal aan de *strekking* van het geschonden dwingend recht inherente hobbels nemen. In de onderzochte uitspraken strekt het dwingend recht waarvan in zijn nadeel wordt afgeweken (par. 7.4) in alle gevallen tot bescherming van zijn wederpartij.

De eerste hobbel betreft de vraag of er in die gevallen wel sprake is van *strijd* met dwingend recht in de zin van art. 7:902 BW. Van dwingend recht dat strekt tot bescherming van een der contractpartijen *mag* ten faveure van die partij worden afgeweken (vgl. art. 7:6 lid 1 BW). Wanneer in algemene voorwaarden ten gunste van de consument van semidwingend recht wordt afgeweken,[143] is er strikt genomen sprake van een afwijking van de wet in het nadeel van de ondernemer maar omdat de ondernemer hier contractueel mee heeft *ingestemd*, is er geen sprake van strijd met dwingend recht. Ik stel mij zo voor dat de vrijwillige aansluiting bij de geschillencommissies als een dergelijke instemming geldt. Zeker is dit echter niet en voor sommige commissies geldt bovendien een wettelijke aansluit*plicht*.[144] De tweede hobbel betreft dan de mogelijkheid voor de ondernemer om het bindend advies te vernietigen. Strijd met dwingend recht in de zin van art. 3:40 lid 2 *tweede zin* BW leidt tot vernietigbaarheid van de (*meerzijdige*) rechtshandeling op verzoek van de beschermde partij. Mij komt voor dat naar *analogie* een beroep van de ondernemer op de vernietiging van de vaststelling – een *eenzijdige* rechtshandeling – dan evenmin is toegestaan.[145] Dit zou door de wetgever moeten worden verduidelijkt. Mochten deze hobbels worden genomen en de ondernemer het bindend advies toch kunnen aantasten vanwege de strijd met dwingend recht,

139. Zie behalve Rb. Almelo 9 juni 2004, *TvC* 2005, afl. 1, ook Hof Arnhem 29 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY8747, *TvC* 2007, afl. 2.
140. Op rechtspraak.nl levert de combinatie van de zoektermen '7:904', 'geschillencommissie' en 'consument' slechts 30 hits op.
141. Ook de niet-toepasselijkheid van art. 7:902 BW zal partijen niet snel bekend zijn, nu deze niet uit het BW zelf blijkt.
142. Thuiswinkel 8 november 2010, THU 45106 (het ontbreken van een label aan een broek was niet 'erg genoeg').
143. Vgl. Thuiswinkel 1 april 2014, *TvC* 2015, afl. 1, m.nt. M.Y. Schaub (in de algemene voorwaarden van ondernemer werd ten voordele van de consument afgeweken van de regel inzake het risico bij de levering uit art. 7:11 (oud) BW).
144. B. Krijnen, 'Is een wettelijk verplichte geschillencommissie in strijd met het recht op toegang tot de rechter?', elders in deze aflevering van *TvC*.
145. Knigge 2015, par. 4.3.3.

dan zou de ingeroepen vernietigingsgrond naar ik meen in conformiteit met art. 11 ADR-richtlijn moeten worden uitgelegd: indien dwingend recht is geschonden zonder dat dit nadelige gevolgen heeft voor de consument, dient het beroep op de vernietigingsgrond te worden afgewezen. Zo wordt ook voorkomen dat uit angst voor de nieuwe sanctie geschillencommissies afzien van een ruimhartige toepassing van consumentenrecht.
Dit alles neemt niet weg dat de ondernemer zonder meer de weg van art. 7:904 lid 1 BW kan bewandelen indien zijn gebondenheid aan het advies in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hier verandert de uitschakeling van art. 7:902 BW niets aan. Het onterecht passeren van een verweer van de ondernemer bij de conformiteitstoets heeft bijvoorbeeld geleid tot de vernietiging van het bindend advies.[146] Mocht een ondernemer overigens de *nakoming* van een bindend advies vorderen bij de rechter dan staat wat mij betreft vast dat de rechter het advies ambtshalve aan het dwingend (consumenten)recht dient te toetsen. Zo is ook de nationale rechter aan zet.

9. Concluderend

Omdat gewerkt is met een niet willekeurige selectie uitspraken (waaronder de sinds 2003 in *TvC* gepubliceerde uitspraken), kunnen de bevindingen omtrent de omgang met dwingend recht niet zonder meer worden doorgetrokken naar de gehele 'rechtspraak' van de geschillencommissies. Daarvoor is nader onderzoek nodig. De geraadpleegde uitspraken roepen vooralsnog het beeld op dat, hoewel bindende adviezen soms van dwingend recht afwijken, de consument hiervan lang niet altijd de dupe is. Ingeval het minimum beschermingsniveau niet wordt gehaald (hiervan bevat de onderzochte selectie uitspraken toch de nodige voorbeelden) vormt art. 10 Implementatiewet een welkome aanvulling van het consumentenrechtelijke arsenaal mits dit artikel ook effectief wordt gehandhaafd.
Waar het de Europese wetgever om ging toen hij art. 11 ADR-richtlijn in het leven riep, is dat bindende ADR de dwingendrechtelijke bescherming van de consument garandeert. De gedachte achter art. 11 ADR-richtlijn komt echter niet goed tot uiting in art. 10 lid 2 Implementatiewet, daar hierin de nadruk wordt gelegd op de toepassing *an sich* van dwingend recht, i.e. de strijd hiermee, en niet op de door dit recht gewaarborgde consumentenbescherming. Hoewel dit niet heel waarschijnlijk is, kan niet worden uitgesloten dat het uitschakelen van art. 7:902 BW ten koste gaat van die bescherming wanneer een afwijking van dwingend recht in het voordeel is van de consument. Het zorgt zonder meer voor onzekerheid ten aanzien van de geldigheid van hetgeen in bindende adviezen wordt vastgesteld. Het gedwongen huwelijk tussen bindend advies en dwingend recht is gelet op de richtlijndoelstelling alleen te rechtvaardigen vanuit het perspectief van de consumentenbescherming. De huwelijkse voorwaarden dienen hierop te worden afgestemd.
Het overlaten van de handhaving aan de individuele consument zet voorts naar verwachting weinig zoden aan de dijk en staat ook haaks op de ratio van de richtlijn. Een publiekrechtelijke sanctie is er ogenschijnlijk wel (intrekking van de aanwijzing) maar een doeltreffende vorm van toezicht op de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet ontbreekt en lijkt ook moeilijk te bewerkstelligen. Hoe kan dan niettemin voor een 'geslaagd huwelijk' worden gezorgd? De oplossing ligt naar mijn idee vooral in het bieden van cursussen aan de geschillenbeslechters opdat zij zich steeds bewust zijn van het door het dwingend recht vereiste niveau van consumentenbescherming. Het rechter-lid zal zich in het bijzonder tot de hoeder van art. 10 lid 1 Implementatiewet moeten ontpoppen.

146.Vgl. Voertuigen 2 april 2009, *TvC* 2009, afl. 5, m.nt. M.B.M. Loos.