

Opzegrechten voor de consument: met of zonder opzegtermijn?

Bb 2023/21

De Hoge Raad kleurt in zijn uitspraak van 10 februari 2023 (ECLI:NL:HR:2023:198) de regels van het consumentenrecht verder in. Ditmaal stond de Hoge Raad voor de vraag in hoeverre aan de opzegging van een overeenkomst tot kinderopvang door een consument voorwaarden verbonden mogen worden. Meer in het bijzonder of de consument gebonden kan worden aan een contractuele opzegtermijn en opzegvergoeding en zo niet, of het kindercentrum dan met een beroep op artikel 7:411 BW alsnog een redelijke vergoeding kan vorderen.

1. Inleiding

Een kindercentrum en een ouder hebben een overeenkomst gesloten tot kinderopvang. De kantonrechter van rechtbank Rotterdam is gevraagd te oordelen over een vordering van het kindercentrum tot betaling door de ouder van een vergoeding gelijk aan één maand kinderopvang vanwege de opzegging door die ouder van de overeenkomst. In deze procedure heeft de kantonrechter bij vonnis van 19 november 2021 meerdere prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad om kortgezegd meer duidelijkheid te verkrijgen over de rechten en plichten van de ouder als consument bij een dergelijke opzegging: Is een contractuele opzegtermijn rechtsgeldig? Mag een opzegvergoeding in rekening worden gebracht? Mag een vergoeding op basis van artikel 7:411 BW worden toegekend als de contractuele vergoeding wordt afgewezen? Interessante vragen waarop de Hoge Raad antwoord geeft in zijn arrest. Om de betekenis van het arrest voor de praktijk te kunnen duiden, wordt eerst ingegaan op de relevante feiten en het juridisch kader zoals dat werd ingekleurd tot het moment van de uitspraak, waarna wordt ingezoomd op het arrest van 10 februari 2023.

2. Feiten

Op 1 februari 2020 hebben het kindercentrum en de ouder een overeenkomst gesloten inzake de opvang van de dochter van de ouder. De opvang zou aanvangen op 13 februari 2020. Na een intakegesprek op 11 februari 2020 heeft de ouder de overeenkomst geannuleerd. Het kindercentrum vordert betaling van een bedrag van € 1.974,11 uitgaande van een opzegtermijn van één maand, waarbij de opzegging per de eerste van de maand dient plaats te vinden. Wat hebben partijen afgesproken? In de overeenkomst is een opzegtermijn van één maand met opzegging per de eerste van de maand opgenomen. Daarnaast is in de betalingsregels van het kindercentrum opgenomen dat gedurende

de opzegtermijn van één kalendermaand het maandbedrag voor de opvang verschuldigd is. De voor deze bijdrage relevante onderdelen van de algemene voorwaarden bepalen tenslotte:

“ARTIKEL 7 – Annulering

1. De Ouder heeft het recht de Overeenkomst te annuleren vanaf de Ingangsdatum tot de Aanvangsdatum.
2. De Ouder is voor annulering kosten verschuldigd.
3. De hoogte van de annuleringskosten bedraagt nooit meer dan de verschuldigde betaling over de voor de Ouder geldende opzegtermijn als bedoeld in artikel 10 lid 4 sub a.

ARTIKEL 10 – Einde van de overeenkomst

(...)

4. Opzegging vindt plaats door middel van een aan de andere Partij gerichte gemotiveerde Schriftelijke verklaring en
 - a. met inachtneming van een opzegtermijn van één maand, in geval van opzegging door de Ouder;
 (...)”

Onder ‘Aanvangsdatum’ wordt de overeengekomen datum waarop de kinderopvang aanvangt, verstaan. Onder ‘Ingangsdatum’ wordt de datum waarop de overeenkomst is aangegaan, verstaan. Het gaat om een ‘gewone’ overeenkomst die niet op afstand of buiten de verkooppriimte is gesloten, waardoor de ouder geen beroep kan doen op een wettelijk herroepingsrecht als bedoeld in artikel 6:230o BW.

3. Prejudiciële vragen

De rechtbank heeft bij vonnis van 19 november 2021² vijf prejudiciële vragen gesteld:

1. Is een overeenkomst met betrekking tot kinderopvang zoals in deze zaak aan de orde een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW?
2. In hoeverre staan de artikelen 7:408 BW en 7:413 BW eraan in de weg dat een opdrachtnemer met een consument-opdrachtgever een opzegtermijn overeenkomt?
3. In hoeverre staan de artikelen 7:408 BW, 7:411 BW en 7:413 BW er bij duurovereenkomsten aan in de weg dat partijen een vergoeding overeenkomen voor het geval de overeenkomst door een consument-opdrachtgever wordt opgezegd, en in het bijzonder voor het geval waarin de opdrachtgever de overeenkomst opzegt voordat de uitvoering van de overeenkomst is aangevangen?

¹ Mr. A.Z. (Anouk) Lankhaar is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

² Rb. Rotterdam 19 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13415.

4. Moet de rechter een bepaling uit algemene voorwaarden die ten nadele van de consument afwijkt van een dwingende bepaling van Nederlands recht die strekt ter bescherming van consumenten, deze bepaling ambtshalve buiten toepassing laten omdat een dergelijke bepaling altijd (of in beginsel) oneerlijk is als bedoeld in Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen in consumentenzaken)?
5. Mag de rechter nadat hij een tussen partijen overeengekomen beding als oneerlijk heeft aangemerkt en het beding op die grond buiten toepassing heeft gelaten, semi-dwingend recht toepassen, en in het bijzonder artikel 7:411 BW?

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid voorwaarden te verbinden aan de opzegging van een overeenkomst van opdracht door een consument. De vragen 2, 3 en 5 zullen daarom hierna uitgebreid behandeld worden. Ten aanzien van de vragen 1 en 4 zij kortheidshalve het volgende opgemerkt.

De Hoge Raad oordeelt dat een overeenkomst tot het bedrijfsmatig of anders dan om niet verzorgen, opvoeden en bijdragen aan de ontwikkeling van kinderen valt onder de omschrijving van artikel 7:400 lid 1 BW (overeenkomst van opdracht). Wat betreft de ambtshalve toetsing als genoemd in vraag 4 oordeelt de Hoge Raad dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 6:233 BW gehouden is in consumentenzaken, zo nodig ambtshalve, de oneerlijkheid van een beding te beoordelen. Artikel 7:408 BW en artikel 7:411 BW zijn ten aanzien van de minimaal vereiste bescherming van de consument van dwingend recht. Een beding in algemene voorwaarden dat ten nadele van de consument afwijkt van artikel 7:408 BW en artikel 7:411 BW wordt op de voet van artikel 6:233 sub a BW als onredelijk bezwarend aangemerkt en daarmee als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Dat beding moet de rechter in consumentenzaken, zo nodig ambtshalve, buiten toepassing laten.

4. Juridisch kader: opzeggingsrecht consument overeenkomst van opdracht

4.1 Wettelijk kader

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij – de opdrachtnemer – zich jegens de andere partij – de opdrachtgever – verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die uit iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (artikel 7:400 lid 1 BW).

Op grond van artikel 7:408 lid 1 BW kan de opdrachtgever de overeenkomst te allen tijde opzeggen. Het derde lid bepaalt dat een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf (hierna: de ‘consument’) ter zake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd is, afgezien van artikel 7:406 BW. Uit artikel 7:406 lid 1 BW volgt dat de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de onkosten moet vergoeden die verbonden zijn aan de uitvoering van de opdracht, voor

zover deze niet in het loon zijn begrepen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan onkosten die de opdrachtnemer voor toekomstige werkzaamheden heeft gemaakt voor zover het redelijk was die onkosten te maken.³ Daarnaast bepaalt het tweede lid dat de opdrachtgever de schade moet vergoeden die de opdrachtnemer lijdt ten gevolge van de hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. Uitgaande van een opdrachtnemer die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, geldt deze schadevergoedingsplicht enkel indien dat gevaar de risico's welke de uitoefening van dat beroep of bedrijf naar zijn aard meebrengt, te buiten gaat.

Een uitgebreide regeling van de financiële gevolgen van het einde van de opdracht geeft de wet niet. Bekend is artikel 7:411 BW dat een regeling bevat over de verschuldigdheid van een vergoeding in het geval de overeenkomst door volbrenging van de opdracht of door het verstrijken van een bepaalde tijd zou eindigen en deze voortijdig eindigt, terwijl de verschuldigdheid van het loon van de opdrachtnemer afhankelijk is van de volbrenging van de opdracht of het verstrijken van de tijd.⁴ De opdrachtgever is in beginsel enkel een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon verschuldigd. Voor de vaststelling van een redelijk loon geeft het eerste lid drie omstandigheden: de reeds verrichte werkzaamheden, het voordeel van de opdrachtgever en de reden van beëindiging. Enkel indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en betaling van het volle loon redelijk is, kan de opdrachtgever aanspraak maken op het volle loon.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regeling van artikel 7:411 BW niet geldt voor opdrachten die duurovereenkomsten vormen in die zin dat de honorering plaatsvindt op basis van tijdseenheden of verrichtingen conform een overeengekomen of gebruikelijk tarief, behoudens voor zover het gaat om beëindiging binnen een tijdseenheid waarvan de verschuldigdheid van loon afhankelijk is.⁵ Hoewel de reikwijdte van artikel 7:411 BW gelet op de bewoordingen daarvan beperkt lijkt, wordt in de rechtspraak ook voor overeenkomsten van opdracht met een andere beloningssystematiek wel aansluiting bij deze maatstaf gezocht. Deze ruimere toepassing lijkt de goedkeuring van de Hoge Raad te krijgen. Zo werd in het Tio Teach-arrest geoordeeld dat het hof geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door aansluiting te zoeken bij artikel 7:411 BW bij de beoordeling of een cursist verplicht kon worden bij voortijdige opzegging van zijn deelname aan het eerste studiejaar van het MBO het volledige cursusgeld te betalen.⁶

Van artikel 7:408 lid 1 BW en artikel 7:411 BW kan niet ten nadele van een consument worden afgeweken (artikel 7:413 lid 2 BW: eenzijdig dwingend recht). Van het derde lid van artikel 7:408 BW kan in het geheel niet worden afgeweken (artikel 7:413 lid 1 BW: volledig dwingend recht).

3 T.F.E. Tjong Tjin Tai, in: *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/178* (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2022).

4 J. Nijland, in: *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:411, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2021).

5 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7*, p. 378.

6 HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775 (*Tio Teach*).

4.2 Opzegtermijn en opzegvergoeding

In consumentenovereenkomsten worden regelmatig opzegtermijnen en/of opzegvergoedingen opgenomen. De vraag rijst, gelet op het hiervoor uiteengezette wettelijk kader of dergelijke afspraken rechtsgeldig kunnen worden geacht. Op grond van de wet is de consument bij een opzegging kortgezegd slechts tot betaling van onkosten (artikel 7:406 BW) en loon (artikel 7:411 BW) gehouden. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat in lijn met het feit dat de opzeggingsbevoegdheid van de consument niet kan worden uitgesloten, ook moet worden aangenomen dat deze bevoegdheid niet kan worden beperkt door het contractueel verplichten van een opzegtermijn of het bedingen van een schadevergoeding of boete.⁷ Zo hanteerde de kantonrechter te Utrecht in 2015 een strikte leer waarbij hij oordeelde dat de bepaling dat een zorgovereenkomst door de consument alleen kon worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van een maand een afwijking is van artikel 7:408 lid 1 BW die ten nadele van de consument is en daarom vernietigbaar.⁸

Tjong Tjin Tai lijkt wel meer ruimte te zien. Hij erkent dat strikt genomen een opzegtermijn niet is toegestaan wegens strijd met artikel 7:408 BW jo. artikel 7:413 BW.⁹ Het overeenkomen van opzegtermijnen moet in de regel echter worden beschouwd als afspraken over het redelijk loon dat de consument moet betalen bij een opzegging. Artikel 6:236 sub j BW bevestigt volgens Tjong Tjin Tai ook dat een opzegtermijn bij consumenten op zichzelf wel mogelijk is. In voornoemd artikel is bepaald dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding:

“dat in geval van een overeenkomst [...] tot het geregeld doen van verrichtingen, leidt tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing in een overeenkomst voor bepaalde duur, dan wel tot een stilzwijgende voortzetting in een overeenkomst voor onbepaalde duur zonder dat de wederpartij de bevoegdheid heeft om de voortgezette overeenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand.” [onderstreping toegevoegd AZL]

Echter kan niet in zijn algemeenheid worden gesteld dat een opzegtermijn van een maand ook voor andere opdrachten redelijk is als maximumtermijn. Daarvoor kunnen de mogelijke soorten opdrachten te zeer verschillen, aldus Tjong Tjin Tai. Ter onderbouwing van zijn standpunt haalt hij ook de redelijkheid en billijkheid aan waaruit zou kunnen voortvloeien dat een opzegtermijn in acht moet worden genomen.

Voor wat betreft een vergoeding bestaat ook terughoudendheid, maar lijkt deze mogelijkheid wel te worden aanvaard

voor zover deze afspraken het redelijk loon (artikel 7:411 BW) niet overstijgen.¹⁰

A-G Valk haalt voorgaande redenering van Tjong Tjin Tai aan in zijn conclusie voorafgaand aan het in deze bijdrage centraal staande arrest.¹¹ In ieder geval in het geval van overeenkomsten tot kinderopvang ziet hij ruimte voor het hanteren van een opzegtermijn. Indien de overeenkomst door de opdrachtnemer is opgezegd, zal volgens hem veelal gezegd kunnen worden dat het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen in de zin van artikel 7:411 lid 2 BW, wat kan resulteren in de verschuldigdheid van loon. Dat de opzegging rechtsgeldig is gelet op artikel 7:408 lid 1 BW staat daar niet aan in de weg. In dit geval van de kinderopvang acht A-G Valk een opzegtermijn ook passend. In het bijzonder vanwege het feit dat een onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst tot kinderopvang in de meeste gevallen geen lagere kosten voor het kindercentrum tot gevolg heeft vanwege de strenge regels die zij moeten hanteren ten aanzien van bijvoorbeeld het afstemmen van het aantal beroepskrachten op de samenstelling van de groep en de daarop vooruitlopende planning van het kindercentrum. A-G Valk acht opzeggingsbedingen dan ook niet in strijd met het dwingende recht van artikel 7:408 BW en artikel 7:411 BW, zolang deze niet leiden tot een hoger door de consument verschuldigd loon dan volgt uit artikel 7:411 BW. Daarbij benoemt hij dat een contractuele regeling onmiskenbaar het voordeel van de duidelijkheid heeft. De norm van artikel 7:411 BW is immers vaag. Ondanks de sterk afwijkende vorm gaan opzeggingstermijnen volgens A-G Valk bovendien niet zomaar verder dan artikel 7:411 BW, waarin enkel de hoogte van het verschuldigde loon bij opzegging wordt bepaald. Ook zonder het contractuele beding is immers een vergoeding verschuldigd. Daarnaast voorziet het contractuele beding anders dan de wettelijke regeling in een recht voor de consument om na de opzegging nog enige tijd het kind naar de opvang te brengen. Uitgaande van de door A-G Valk gestelde maximale hoogte van één maand, kan een contractuele opzegtermijn dus mogelijk juist gunstiger zijn dan het wettelijk regime. De maximumtermijn van één maand baseert A-G Valk op onder meer artikel 6:236 sub j, p en q BW en artikel 6:237 sub k, l en o BW. Overigens oordeelt A-G Valk ten aanzien van de eveneens in de onderhavige zaak voorgelegde vraag naar een annulering voor aanvang van de kinderopvang op gelijke wijze. Ook hier acht hij het toelaatbaar het te betalen redelijke gedeelte van het volle loon (annuleringsvergoeding) gelijk te stellen aan maximaal één maand. Vindt annulering tenminste twee maanden voor aanvang plaats, bestaat voor de verschuldigdheid van loon zijns inziens redelijkerwijs geen grond meer. Dit is daarom redelijk omdat in geval van annulering niet het recht bestaat om van de opvang gebruik te maken. Het feit dat de kinderopvang nog geen aanvang heeft genomen ten tijde van de annulering staat echter niet in de weg aan het verschuldigd zijn van een annuleringsvergoeding. De vraag in hoeverre de opdrachtnemer reeds

7 J. Nijland, in: *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:413 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2021).

8 Rb. Midden-Nederland 16 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6850.

9 T.F.E. Tjong Tjin Tai, in: *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/165* (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2022).

10 Vgl. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481 (*Van Vulpen/Debetz*).

11 Conclusie A-G W.L. Valk 8 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:678.

werkzaamheden heeft verricht, is immers niet meer dan een gezichtspunt bij de toetsing van artikel 7:411 lid 1 BW. Ook met andere omstandigheden moet rekening worden gehouden, waarbij A-G Valk opnieuw de sterke regulering van kinderopvang benoemt. Overigens zal het kindercentrum ook voor de aanvang van de opvang mogelijk werkzaamheden hebben verricht om de komst van het kind voor te bereiden. In het geval de annuleringskosten laag uitvallen of zelfs op nihil uitkomen vanwege het vroege tijdstip van de annulering, resteren voor de opdrachtnemer volgens A-G Valk mogelijk vergeefs gemaakte kosten in verband met de inschrijving en het opstellen van het contract, als zijnde onkosten in de zin van artikel 7:406 lid 1 BW.

Kortom, volgens A-G Valk en Tjong Tjin Tai moet er door de schijnbare strijd van een opzegtermijn met het dwingend-rechtelijke stelsel van artikel 7:408 lid 1 BW worden heen gekeken en kan de opzegtermijn juist een nuttige functie vervullen.

4.3 Vervanging oneerlijk beding

Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen in consumentenzaken) verplicht de lidstaten in doeltreffende en geschikte middelen te voorzien om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers. Artikel 6 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden en dat de overeenkomst voor partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. Naar Nederlands recht wordt deze sanctie gerealiseerd over de band van de ambtshalve vernietiging van dergelijke bedingen.

Wat geldt dan als een oneerlijk beding wordt vernietigd? A-G Valk zet de stand van het recht in hoofdlijnen op een rijtje onder meer aan de hand van HR Euriborhypotheken¹² en HvJ EU Dexia Nederland.¹³ De overeenkomst moet in beginsel voortbestaan zonder andere wijzigingen dan die welke het gevolg zijn van het vernietigen van het oneerlijke beding, voor zover dat voortbestaan van de overeenkomst volgens de regels van nationaal recht rechtens mogelijk is. Vaststaat inmiddels dat de rechter niet de bevoegdheid heeft de inhoud van oneerlijke bedingen te herzien. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft tevens bepaald dat de rechter niet bevoegd is om een bepaling van *aanvullend* nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding.¹⁴ Voorgaande is anders als volgens regels van nationaal recht de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren en de consument op dat moment geconfronteerd zou worden met uiterst nadelige gevolgen.

Van het feit dat oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten ten aanzien van de consument moet een afschrikwekkende werking uitgaan. Indien de rechter

bevoegd zou zijn tot vervanging (of herziening) wordt deze afschrikkende werking tenietgedaan doordat verkopers nog steeds geneigd zouden zijn om die bedingen te gebruiken in de wetenschap dat, ook al mochten deze ongeldig worden verklaard, de overeenkomst voor zover noodzakelijk door de nationale rechter zou kunnen worden aangevuld en hun belang dus gediend zou zijn.

Voorgaande overwegingen van het HvJ EU zien op vervanging van een oneerlijk beding door *aanvullend* recht. De Hoge Raad wordt de vraag voorgelegd naar vervanging door *eenzijdig dwingend* recht: een regel die ten aanzien van de minimaal vereiste bescherming van de consument van dwingend recht is. De opvattingen in de literatuur ten aanzien van de vraag of nietigheid van een beding dat met dwingend recht in strijd is, eenvoudigweg ertoe leidt dat de wettelijke bepaling van dwingend recht alsnog zijn volle werking krijgt, lopen uiteen. A-G Valk concludeert dat voor zover dwingend recht een element bevat dat de opdrachtnemer potentieel begunstigt en waaraan deze dus een aanspraak zou kunnen ontlenen, het dwingend recht zich niet relevant onderscheidt van aanvullend recht. Eenzijdig dwingend recht ligt wat hem betreft dicht tegen aanvullend recht aan. Dit geldt zijns inziens ook voor artikel 7:411 BW als gevolg waarvan dit artikel niet door de rechter in de plaats gesteld kan worden van een nietig verklaard oneerlijk contractueel beding.

5. Oordeel Hoge Raad¹⁵

5.1 Opzegtermijn toegestaan?

Waar A-G Valk zijn conclusies met een uitgebreide toelichting onderbouwt, blijft het arrest van de Hoge Raad in omvang beperkt. De Hoge Raad stelt voorop dat artikel 7:408 lid 1 BW aldus moet worden begrepen dat de consument als opdrachtgever de overeenkomst tot kinderopvang op elk moment kan opzeggen. Vervolgens komt de Hoge Raad al snel tot de conclusie dat artikel 7:408 BW en artikel 7:413 BW er echter niet aan in de weg staan dat een opdrachtnemer met een consument in een overeenkomst tot kinderopvang een opzegtermijn overeenkomt. Wel oordeelt de Hoge Raad dat deze opzegtermijn in beginsel niet langer dan één maand mag zijn. Allereerst kan uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat artikel 7:408 lid 1 BW in verbinding met artikel 7:413 lid 2 BW [vermoedelijk bedoeld: lid 3] niet eraan in de weg staat dat een opzegtermijn wordt overeengekomen. Steun hiervoor vindt de Hoge Raad tevens in artikel 6:236 sub j BW en artikel 6:237 sub k en o BW:

“Uit die bepalingen volgt dat bij een overeenkomst tot het geregeld doen van verrichtingen, gesloten tussen een gebruiker en een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (waaronder ook valt een overeenkomst tot kinderopvang), een gehanteerde opzegtermijn van maximaal één maand niet wordt aangemerkt als onredelijk bezwarend of wordt

¹² HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (*Euriborhypotheken*).

¹³ HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68 (*Dexia Nederland*).

¹⁴ In Hof van Justitie Dexia Nederland ging het om de vraag of een beroep kon worden gedaan op een in een bepaling van aanvullend nationaal recht vastgestelde wettelijke schadevergoeding die zonder het oneerlijke contractuele beding van toepassing zou zijn geweest.

¹⁵ HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198.

vermoed onredelijk bezwarend te zijn. In bijzondere omstandigheden kan een gehanteerde opzegtermijn van langer dan één maand gerechtvaardigd zijn.” [onderstreping toegevoegd door AZL]

Aanvullend overweegt de Hoge Raad dat dit betekent dat het – naar ik begrijp ‘tenzij bijzondere omstandigheden’ – niet is toegestaan naast een opzegtermijn een beding overeen te komen waarin wordt voorgeschreven tegen welke dag moet worden opgezegd (zoals per de eerste van de maand), waarmee de toegestane opzegtermijn in feite wordt verlengd.

5.2 Opzegvergoeding toegestaan?

De Hoge Raad start zijn overwegingen op dit punt met een weergave van de inhoud van artikel 7:411 BW en vervolgt dat bij een overeenkomst tot kinderopvang de vergoeding, dat wil zeggen het loon als bedoeld in artikel 7:411 BW, doorgaans periodiek (per maand) verschuldigd is. Bij de daaropvolgende overwegingen lijkt de Hoge Raad voort te borduren op zijn antwoord op de tweede prejudiciële vraag waarin reeds is geoordeeld dat in geval van een overeenkomst tot kinderopvang een opzegtermijn van in beginsel één maand is toegestaan. Bij de beantwoording van de vraag of het kindercentrum een opzegvergoeding met de consument overeen kan komen, maakt de Hoge Raad onderscheid tussen verschillende situaties:

- 1) opzegging op of na de overeengekomen aanvangsdatum van de kinderopvang, maar vóór de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend is verstreken;
- 2) opzegging vóór de overeengekomen aanvangsdatum van de kinderopvang (aangeduid als: annulering):
 - a. annulering binnen één maand voor de aanvangsdatum;
 - b. annulering ten minste één maand voor de aanvangsdatum.

In situatie 1 heeft de opdrachtnemer op grond van artikel 7:411 lid 1 BW recht op het loon over de opzegtermijn. Dit geldt ook indien de consument gedurende de opzegtermijn geen gebruik maakt van de kinderopvang. Voorgaande acht de Hoge Raad gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst tot kinderopvang om drie redenen redelijk, omdat de opdrachtnemer zich beschikbaar heeft gehouden om de werkzaamheden waartoe de opdracht verplicht uit te voeren, de opdrachtnemer daarvoor kosten heeft gemaakt en dat de vrijgehouden opvangplek in de regel niet onmiddellijk door een ander kind kan worden ingevuld. Kortom, een opzegging brengt dus niet (onmiddellijk) mee dat het kindercentrum minder kosten maakt. Bij een overeenkomst tot kinderopvang staan artikel 7:408 BW, artikel 7:411 BW en artikel 7:413 BW er in beginsel dan ook niet aan in de weg dat partijen een vergoeding overeenkomen voor het geval de overeenkomst door een consument wordt opgezegd. Wel verbindt de Hoge Raad hieraan de voorwaarde dat deze vergoeding niet meer bedraagt dan het overeengekomen loon over de opzegtermijn. De consument behoort de periode waarover loon wordt betaald, het recht op kinderopvang te behouden.

In situatie 2 eindigt de overeenkomst eveneens voortijdig als bedoeld in artikel 7:411 BW. In de situatie onder 2a heeft de annulering vanuit praktisch oogpunt te gelden als een opzegging óp de aanvangsdatum en geldt hetgeen hiervoor ten aanzien van situatie 1 is uiteengezet. Voor situatie 2b moet volgens de Hoge Raad teruggegrepen worden op artikel 7:406 lid 1 BW en is de consument slechts gehouden aan de opdrachtnemer de *onkosten* te vergoeden die reeds voorafgaand aan de aanvangsdatum door de opdrachtnemer zijn gemaakt en die zijn verbonden aan de uitvoering van de opdracht.

5.3 Oneerlijk contractueel opzegbeding vervangen door artikel 7:411 BW?

Als een overeengekomen opzegregeling vanwege strijd met artikel 7:408 BW en artikel 7:411 BW oneerlijk is en buiten toepassing moet worden gelaten, rijst de vraag of het kindercentrum alsnog aanspraak kan maken op een wettelijke vergoeding op grond van artikel 7:411 BW. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU is de rechter niet bevoegd om een overeenkomst waarin een oneerlijk beding buiten toepassing is gelaten aan te vullen door een bepaling van nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding, aldus de Hoge Raad. Zoals hiervoor aangegeven, volgt uit HvJ EU *Dexia Nederland* dat de rechter na het schrappen van het oneerlijke beding niet bevoegd is om een bepaling van *aanvullend* nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding. De Hoge Raad overweegt dat de rechtspraak van het HvJ EU geen aanleiding geeft over voorgaande anders te oordelen als het gaat om een nationaalrechtelijke regeling van *eenzijdig dwingend* recht, zoals artikel 7:411 BW. De rechter is ook in dat geval niet bevoegd om een overeenkomst waarin een oneerlijk beding buiten toepassing is gelaten, aan te vullen door die regel in de plaats te stellen van het oneerlijke beding.

6. Relevantie voor de praktijk

Het oordeel van de Hoge Raad richt zich op de overeenkomst tot kinderopvang. Voor de praktijk rijst de vraag of nu aan alle overeenkomsten van opdracht gesloten met een consument een opzegtermijn van één maand en een opzegvergoeding verbonden kan worden.

6.1 Opzegtermijn

De Hoge Raad lijkt vrij algemeen te accepteren dat een opzegtermijn van maximaal één maand toelaatbaar is. Meer in het bijzonder lijkt dit te gelden voor overeenkomsten die kwalificeren als het *geregeld doen van verrichtingen* als bedoeld in artikel 6:236 sub j BW. Voor zover dat overigens een beperktere categorie dan artikel 7:400 BW moet worden geacht, aangezien voor de term ‘doen van verrichtingen’ in de wetsgeschiedenis in beginsel wordt verwezen naar artikel 7:400 BW. De voorbeelden in de wetsgeschiedenis zijn uiteenlopend van overeenkomsten tot regelmatige onderhoudsverrichtingen met betrekking tot een personenauto

tot een cursus- en leaseovereenkomst.¹⁶ In verband met de strekking van artikel 6:236 sub j BW en artikel 6:237 sub o BW is het begrip 'verrichtingen' volgens A-G Valk ruim op te vatten. Dat zou mogelijk betekenen dat een opzegtermijn in veel gevallen bij een overeenkomst van opdracht de standaard zou kunnen worden met een maximum van één maand.

6.2 Opzegvergoeding

De Hoge Raad lijkt allereerst het toepassingsgebied van artikel 7:411 BW na HR Tio Teach verder uit te breiden. Ook als sprake is van een periodieke vergoeding zou een opdrachtnemer een beroep op artikel 7:411 lid 1 BW kunnen doen. De onderbouwing van het oordeel dat – kortgezegd – met de consument afspraken kunnen worden gemaakt over de betaling van een vergoeding tijdens een opzegtermijn lijkt de Hoge Raad sterk toe te spitsen op de eigenschappen van de specifieke overeenkomst van kinderopvang. Het is de vraag in hoeverre de Hoge Raad het ook voor andere overeenkomsten van opdracht redelijk oordeelt om betaling van een contractuele vergoeding te eisen tijdens de opzegtermijn. Vanzelfsprekend kan ten aanzien van meer overeenkomsten gesteld worden dat de opdrachtnemer zich beschikbaar heeft gehouden voor de werkzaamheden, daarvoor kosten heeft gemaakt, de vrijgehouden capaciteit niet onmiddellijk wordt ingevuld door een andere opdracht en de opdrachtnemer aldus niet (onmiddellijk) door de opzegging minder kosten maakt. Als een opdrachtgever dit standpunt zal willen voeren, zal hij de consument waarschijnlijk in ieder geval de mogelijkheid moeten geven gedurende de opzegtermijn van de diensten gebruik te (blijven) maken.

6.3 Conclusie

Het overeenkomen van een opzegtermijn in een overeenkomst tot kinderopvang met een consument is mogelijk, zij het dat deze in beginsel is gemaximeerd tot één maand. Ook kan worden afgesproken dat de consument een vergoeding betaalt als hij de overeenkomst opzegt, mits deze vergoeding niet meer bedraagt dan het overeengekomen loon over de opzegtermijn. Gedurende de periode waarover loon wordt betaald, behoudt de consument het recht op kinderopvang. Indien één maand of langer voor aanvang van de kinderopvang wordt opgezegd, kan de consument enkel verplicht worden gemaakte onkosten te betalen. De overwegingen van de Hoge Raad en A-G Valk lijken ruimte te bieden om ook andere overeenkomsten van opdracht dan de kinderopvang binnen deze kaders te (moeten) plaatsen, met name voor zover dergelijke overeenkomsten kunnen worden aangemerkt als een overeenkomst tot het *geregeld doen van verrichtingen*. Echter zekerheid over de precieze reikwijdte van het arrest is (nog) niet te geven. Dat is lastig, want als een opdrachtnemer buiten de kaders treedt en de rechter een contractueel opzegbeding als oneerlijk terzijde schuift, kan de rechter niet alsnog artikel 7:411 BW (een beding van eenzijdig dwingend recht) toepassen. De opdrachtnemer staat dan met lege handen.

¹⁶ Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 1706.