



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2018). Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2018(6), 174-183.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66056>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66056>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn

NTBR 2018/24

Bij de implementatie van informatieplichten met betrekking tot algemene voorwaarden en overige voorwaarden uit de e-commerce-richtlijn en de dienstenrichtlijn is een aantal fouten in ons BW gesloten. In deze bijdrage wordt een aantal fouten besproken en afgesloten met een voorstel voor een wetwijziging waarmee deze fouten hersteld zouden kunnen worden.

Toen de algemenevoorwaardenafdeling 6.5.3 op 1 januari 1992 in werking trad, was sprake van een coherent geheel. Met name bij de implementatie van de e-commerce-richtlijn² en de dienstenrichtlijn³ is echter een aantal fouten met betrekking tot informatieplichten ten aanzien van algemene voorwaarden en overige contractvoorwaarden (hierna tezamen: contractvoorwaarden) in ons BW gesloten. In deze bijdrage bespreek ik een aantal van deze fouten en hoe rechters met deze fouten zijn omgesprongen en (hadden) moeten omspringen. Aan het slot stel ik een wetwijziging voor waarmee deze fouten hersteld kunnen worden. De te bespreken fouten hebben betrekking op de volgende twee groepen informatieplichten.

Ten eerste is er de plicht van degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent (hierna: de dienstverlener) om ex art. 6:227b lid 2 BW de voorwaarden van de overeenkomst (niet zijnde algemene voorwaarden) respectievelijk de algemene voorwaarden ex (inmiddels) art. 6:233 onder b BW⁴ jo. art. 6:234 lid 2 BW aan zijn afnemer ter beschikking te stellen (door de afnemer voor of bij het sluiten van

de overeenkomst de mogelijkheid te bieden die voorwaarden op te slaan zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming). Die plicht is afkomstig uit art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn en geldt sinds 30 juni 2004.⁵ Ten tweede is er de plicht van de dienstverrichter in de zin van de dienstenrichtlijn ex art. 6:230b onder 6 BW en art. 6:233 onder b BW jo. (inmiddels) art. 6:234 lid 1 BW de door hem gehanteerde algemene voorwaarden en bepalingen aan zijn afnemer ter beschikking te stellen (in het voor de dienstverrichter gunstigste geval van niet-schriftelijk contracteren: vóór de verrichting van de dienst). Die plicht is afkomstig uit art. 22 lid 1 onder f dienstenrichtlijn en geldt sinds 28 december 2009.⁶

Voordat de informatieplichten inhoudelijk worden besproken, past een waarschuwing met betrekking tot de gebruikte terminologie. Het begrip dienstverlener in de zin van de e-commerce-richtlijn is een ander begrip dan het begrip dienstverrichter in de zin van de dienstenrichtlijn. De dienstverlener verleent een dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen een “dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn” (art. 3:15d lid 3 BW), bijvoorbeeld door middel van een website. Uit overweging 18 van de e-commerce-richtlijn blijkt dat onder het begrip dienst van de informatiemaatschappij ook de onlineverkoop van producten valt. De dienstverrichter daarentegen is, kort gezegd, een natuurlijke persoon of rechtspersoon die onderdaan is van respectievelijk gevestigd is in een lidstaat van de EU/EER en die een dienst in de zin van de dienstenrichtlijn aanbiedt of verricht (art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW). Opvallende verschillen tussen beide begrippen zijn dat een dienstverrichter onderdaan moet zijn van of gevestigd moet zijn in de EU/EER (de dienstverlener niet per se) en dat de dienstverlener zijn diensten altijd op afstand verleent (de dienstverrichter niet per se).

Teneinde het aantal te bespreken complicaties (enigszins) te beperken, wordt ervan uitgegaan dat de contractvoorwaarden worden gebruikt door een professionele partij die producten levert of diensten verricht (de dienstverlener, dienstverrichter en/of andersoortige leverancier, hierna: de leverancier) en dat de leverancier in de EU/EER gevestigd is

1 Citeerwijze: T.J. de Graaf, ‘Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn’, NTBR 2018/24, afl. 6. Tycho de Graaf is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht alsmede aan eLaw – Centrum voor Recht en Digitale Technologie, Universiteit Leiden. Hij dankt prof. mr. Jac. Hijma voor zijn commentaar op een eerdere versie.

2 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“e-commerce-richtlijn”).

3 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (“dienstenrichtlijn”).

4 Hoewel vaak gesproken wordt over een informatieplicht, behelst art. 6:233 onder b BW geen rechtens afdwingbare plicht tot het bieden van een redelijke mogelijkheid tot kennisneming. De afnemer kan immers geen nakoming afdwingen en het niet-nakomen van die verplichting levert geen tekortkoming in de nakoming op. Wel riskeert de leverancier bij niet-nakoming vernietiging van zijn algemene voorwaarden. Zie Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 35. Hoewel het beter zou zijn van een Obliegenheit te spreken, wordt hierna ten aanzien van art. 6:233 onder b BW toch van een informatieplicht gesproken omdat dat nu eenmaal gangbaar is.

5 Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, *Stb.* 2004, 210 (tekst) en *Stb.* 2004, 285 (inwerkingtreding met ingang van 30 juni 2004).

6 Ten aanzien van art. 6:230b onder 6 BW: Dienstenwet, *Stb.* 2009, 503 (tekst) en *Stb.* 2009, 505 (inwerkingtreding met ingang van 28 december 2009) en ten aanzien van art. 6:234 BW: Aanpassingswet dienstenrichtlijn, *Stb.* 2009, 616 (tekst) en *Stb.* 2009, 617 (inwerkingtreding met ingang van 28 december 2009).

en de afnemer eveneens in de EU/EER gevestigd is of daarvan onderdaan is. Onderwerpen zoals aanbod en aanvaarding en het Weens Koopverdrag blijven om dezelfde reden buiten beschouwing.

1. E-commerce-richtlijn: gesplitste implementatie van de informatieplicht

Art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn verplichtte de Nederlandse wetgever de volgende informatieplichten⁷ te implementeren in ons BW:

“De voorwaarden van het contract en de algemene voorwaarden van het contract moeten de afnemer op een zodanige wijze ter beschikking worden gesteld dat hij deze kan opslaan en weergeven.”

Onze wetgever heeft ervoor gekozen deze informatieplichten gesplitst te implementeren. Het algemenevoorwaarden-deel is terecht gekomen in de algemenevoorwaardenafdeling 6.5.3 (meer in het bijzonder: art. 6:233 onder b BW jo. (inmiddels) art. 6:234 lid 2 BW). Die artikelen bepalen dat de afnemer de algemene voorwaarden van de leverancier mag vernietigen als de leverancier die voorwaarden niet vóór of bij het sluiten van de overeenkomst op zodanige wijze ter beschikking heeft gesteld aan de afnemer dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Het deel dat betrekking heeft op de contractvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden (hierna: het overige deel) is terecht gekomen in art. 6:227b lid 2 BW. Dat artikel bepaalt, op soortgelijke wijze, dat de dienstverlener (die bijvoorbeeld producten via zijn website verkoopt) zodanige contractvoorwaarden – denk aan (duidelijke en begrijpelijke) kernbedingen in de zin van art. 6:231 onder a BW⁸ – ter beschikking stelt aan de afnemer op zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.

De wetgever koos er bewust voor de informatieplicht uit art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn gesplitst te implementeren en legde die keuze als volgt uit:

“Dit wetstechnisch onderscheid is aangebracht omdat bij de implementatie van artikel 10 lid 3 van de richtlijn – welk artikel betrekking heeft op zowel algemene voorwaarden als andere voorwaarden – is aangesloten

bij het feit dat het Burgerlijk Wetboek inzake algemene voorwaarden een aparte afdeling kent.”⁹

Door die keuze is echter een aantal verschillen tussen de gesplitste delen ontstaan en staan sommige gesplitste delen op gespannen voet met de e-commerce-richtlijn. In dat verband zullen hierna besproken worden: (i) de uitzonderingen die maken dat het algemenevoorwaardendeel niet van toepassing is, welke uitzonderingen niet van toepassing zijn bij het overige deel; (ii) het al dan niet bestaan van een permanente verplichting voor de leverancier om zijn algemene voorwaarden op zijn website beschikbaar te houden; en (iii) de verschillen in sanctionering bij niet-naleving van het algemenevoorwaardendeel en het overige deel. Ten aanzien van al deze verschillen geldt dat ze mijns inziens niet te billijken zijn door de door de wetgever opgegeven reden dat er ten tijde van het implementeren van de e-commerce-richtlijn al een algemenevoorwaardenafdeling was. De wetgever had net zo goed anders kunnen implementeren.

1.1 Uitzonderingen ten aanzien van art. 6:233 onder b BW op gespannen voet met e-commerce-richtlijn

Het algemenevoorwaardendeel, dat terecht is gekomen in art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 2 BW van onze algemenevoorwaardenafdeling, geldt (logischerwijs) niet als sprake is van een uitzonderingssituatie waarin de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW niet geldt. Het overige deel, dat terecht is gekomen in art. 6:227b lid 2 BW, kent zodanige uitzonderingen niet. Eén van de uitzonderingssituaties waarop gedoeld wordt, staat in de uitschakelbepaling art. 6:247 lid 2 BW. Daarin wordt bepaald dat de algemenevoorwaardenafdeling (en dus ook de daarin opgenomen informatieplicht van art. 6:233 onder b BW) niet van toepassing is op B2B-overeenkomsten tussen partijen die niet beiden in Nederland gevestigd zijn.¹⁰ Een uitzonderingssituatie is ook te vinden in art. 6:235 leden 1 of 3 BW. Door die leden wordt het vernietigingsrecht wegens onder meer schending van de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW ontnomen aan: (a) een grote wederpartij (een partij die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst meer dan 50 personen voor zich had werken, die een volledige jaarrekening (niet een beperkte balans)¹¹ openbaar had gemaakt of

7 M.H. Wissink, ‘E-commerce, algemene voorwaarden en grote wederpartijen’, *NTBR* 2005/6 (p. 263-264) meent dat de dienstverlener inderdaad verplicht is de contractvoorwaarden op zodanige wijze ter beschikking te stellen. J.H.M. Spanjaard, ‘Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving’, *Contracteren* 2012/1, p. 28-29 twijfelt of dat wel een plicht is op grond van de verschillende taalversies van de e-commerce-richtlijn. M.Y. Schaub, ‘Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW’, *NTBR* 2013/16, par. 4.2 lijkt zich achter Wissink te scharen.

8 “Het zal hierbij in de praktijk gaan om de zogenoemde kernbedingen van de overeenkomst en om eventuele overige bedingen die niet in algemene voorwaarden zijn neergelegd.” aldus *Kamerstukken I* 2003/04, 28197, C, p. 12 (MvA).

9 *Kamerstukken I* 2003/04, 28197, C, p. 12 (MvA).

10 Zie voor een geval waarin art. 6:247 lid 2 BW werd toegepast HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0730, NJ 2012/318 (*Van Vliet/Dealkent*). Zie voor strijdigheid van art. 6:247 lid 2 BW met het Unierechtelijk discriminatieverbod van (onder andere) art. 18 VWEU Asser/*Hartkamp* 3-1 2015/35, onder verwijzing naar onder andere Oliver Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags* (Habilitationsschrift Hamburg), Tübingen: Mohr Siebeck 2003, p. 494.

11 Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat als grote wederpartijen in de zin van art. 6:235 lid 1 onder a BW moeten worden aangemerkt rechtspersonen in de zin van art. 2:360 BW die “hun gehele jaarrekening moeten publiceren, dus niet kunnen volstaan met een beperkte balans als bedoeld in artikel 2:396 lid 7...”, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631 e.v. en Hof Arnhem 3 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AQ7056, NJ 2004/431 (*Zwartewater/Hoekman*).

ten aanzien waarvan een 403-verklaring¹² was afgegeven); en ook aan (b) een wederpartij die dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden gebruikt (pot verwijt de ketel). Deze uitzonderingen op de hoofdregel van art. 6:233 onder b BW zijn echter geen uitzonderingen die de e-commerce-richtlijn kent. Wissink signaleerde dit al in 2005 en merkte op dat deze wijze van implementatie van art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn in art. 6:233 onder b BW jo. (inmiddels) art. 6:234 lid 2 BW op gespannen voet staat met die richtlijn, dat sprake is van een omzettingsgebrek en dat de rechter een tijdelijk verband kan leggen door die bepalingen richtlijnconform te interpreteren.¹³

1.2 Permanente verplichting algemene voorwaarden op website beschikbaar te houden

Het gesplitst implementeren van de informatieplicht uit de e-commerce-richtlijn heeft ook tot een verschil geleid in de tekst die bepaalt op welke wijze de contractvoorwaarden in geval van elektronisch contracteren ter beschikking moeten worden gesteld. Ter implementatie van art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn bepaalt art. 6:227b lid 2 BW ten aanzien van het aan de afnemer ter beschikking stellen van de contractvoorwaarden (niet zijnde algemene voorwaarden), dat dat dient te geschieden op zodanige wijze “dat deze door hem kunnen worden opgeslagen zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming” (onderstreping toegevoegd). Art. 6:234 lid 2 BW spreekt daarentegen, eveneens ter implementatie van art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn, over het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden aan de wederpartij “op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming” (onderstreping toegevoegd).

In laatstgenoemde formulering zou gelezen kunnen worden dat de leverancier verplicht is zijn algemene voorwaarden niet alleen voor of bij het sluiten van de overeenkomst op zodanige wijze ter beschikking te stellen dat de afnemer ze kan opslaan, maar dat de leverancier ook verplicht is die voorwaarden permanent op bijvoorbeeld zijn website beschikbaar te houden teneinde ze voor de afnemer toegankelijk te houden. In dat geval zou ook de afnemer die niet zelf de voorwaarden heeft opgeslagen, die voorwaarden na het sluiten van de overeenkomst op de website van de leverancier kunnen raadplegen. Die lezing verdraagt zich echter niet met art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn, dat (net als art. 6:227b lid 2 BW) door gebruikmaking van het woord “zodat” een koppeling aanbrengt tussen opslag door de afnemer en latere kennisneming van de aldus opgeslagen voorwaarden. Ook de parlementaire geschiedenis gaat daarvan uit door een koppeling aan te brengen tussen het

opslaan door de afnemer en het raadplegen van het aldus opgeslagene.¹⁴ Tot slot verdraagt die lezing zich slecht met het wettelijk stelsel, dat uitgaat van het bieden van een mogelijkheid tot kennisneming voor of bij het sluiten van de overeenkomst, en niet daarna. Om die redenen zal art. 6:234 lid 2 BW zo moeten worden gelezen dat de leverancier niet gehouden is om zijn algemene voorwaarden op zijn website beschikbaar te blijven stellen. Het zou echter beter zijn dat expliciet in de tekst van art. 6:234 lid 2 BW tot uitdrukking te laten komen.

1.3 Verschillen in sanctionering

Verder zijn door het gesplitst implementeren van de informatieplicht uit de e-commerce-richtlijn verschillen in sanctionering ontstaan. De dienstverlener die elektronisch contracteert en die zijn voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter beschikking heeft gesteld (op zodanige wijze dat ze door de wederpartij kunnen worden opgeslagen zodat deze voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming), loopt verschillende risico's al naar gelang het gaat om algemene voorwaarden of contractvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden. Ten aanzien van het algemenevoorwaardendeel loopt de dienstverlener die elektronisch contracteert het risico dat de afnemer dat gedeelte vernietigt (art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 2 BW).¹⁵ De vordering tot vernietiging van (een beding in) algemene voorwaarden op grond van art. 6:233 onder b BW verjaart drie jaar volgend op de dag dat de leverancier een beroep doet op een beding daaruit (art. 6:235 lid 4 BW jo. art. 3:52 lid 1 onder d BW). Ten aanzien van het gedeelte contractvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden, loopt diezelfde dienstverrichter het risico dat de wederpartij de overeenkomst (dus niet alleen dat gedeelte) ontbindt (art. 6:227b lid 2 BW jo. art. lid 5 BW). Tot het moment waarop de leverancier die informatie ter beschikking stelt, kan de afnemer de overeenkomst ontbinden (art. 6:227b lid 5 BW). Naar mijn idee ligt het voor de hand niet-naleving van beide informatieplichten op dezelfde wijze te sanctioneren.

2. Dienstenrichtlijn: dubbele implementatie van de informatieplicht

Ook de situatie die is ontstaan als gevolg van de implementatie van de dienstenrichtlijn laat te wensen over. Art. 22 lid 1 onder f dienstenrichtlijn bepaalt:

14 “Aldus wordt bereikt dat voor deze overeenkomsten een situatie ontstaat die gelijkwaardig is aan het geval waarin in de fysieke wereld de algemene voorwaarden feitelijk ter hand worden gesteld. Daarbij worden immers in wezen twee functies vervuld: de wederpartij krijgt een leesbaar schriftelijk stuk in handen waarin de algemene voorwaarden zijn neergelegd (het is voor hem toegankelijk; hij kan van de inhoud daarvan kennisnemen) en dat hij kan bewaren (in de elektronische wereld: opslaan) opdat hij het ook later nog kan inzien.”, *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 59 (MvT). Zie ook *Kamerstukken I* 2003/04, 28197, C, p. 13-14 (MvA) waar in plaats van het woord “opdat” het woord “zodat” wordt gebruikt om aan te geven dat het later kunnen raadplegen betrekking heeft op het door de afnemer opgeslagene.

15 De afnemer kan de hele set algemene voorwaarden vernietigen, aldus HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3876, NJ 2000/140 (*Breg/Asper*).

12 Op grond van een 403-verklaring stelt doorgaans een moedervennootschap zich in een bij het handelsregister gedeponeerde schriftelijke verklaring hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van haar dochtervennootschap voortvloeiende schulden. In dat geval moet de moeder de financiële gegevens van haar dochter in haar eigen jaarrekening consolideren en hoeft de dochter geen eigen jaarrekening openbaar te maken. Zie uitgebreider Asser/Maaijer & Kroeze 2-I* 2015/581.

13 M.H. Wissink, ‘E-commerce, algemene voorwaarden en grote wederpartijen’, *NTBR* 2005/6 (p. 262-266).

“De lidstaten zien erop toe dat de dienstverrichter de afnemer de volgende gegevens ter beschikking stelt: ... f) in voorkomend geval, de algemene voorwaarden en bepalingen die de dienstverrichter hanteert.”

Aanvankelijk kwam deze informatieplicht als gevolg van de inwerkingtreding van de Dienstenwet alleen terecht in art. 6:230b onder 6 BW:

“De dienstverrichter die diensten verricht als bedoeld in richtlijn 2006/123/EG ... stelt de afnemer van die diensten de volgende gegevens ter beschikking: ... 6. in voorkomend geval, de algemene voorwaarden en bepalingen die de dienstverrichter hanteert.”

De wetgever liet tijdens de parlementaire behandeling desgevraagd¹⁶ weten dat de informatieplicht in de nieuwe afdeling 6.5.2A en de klassieke informatieplicht in het oude art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 BW elkaar beperkt overlappen en zich als volgt tot elkaar verhouden:

“Aan de verplichting om een redelijke mogelijkheid te bieden tot kennisneming van de algemene voorwaarden is niet alleen voldaan als overeenkomstig artikel 6:234, eerste lid, is gehandeld, maar ook als – na invoering van de Dienstenwet – overeenkomstig artikel 6:230a t/m 6:230e is gehandeld. Er is dus sprake van een samenloop die zich in de praktijk zal oplossen.”¹⁷

Later kwalificeerde de wetgever de verhouding tussen beide regimes als een onduidelijkheid en koos zij ervoor die onduidelijkheid zekerheidshalve weg te nemen, en wel op een manier waardoor, naar zijn zeggen, “elke potentiële onzekerheid of onduidelijkheid” zou worden weggenomen.¹⁸ Dat gebeurde vervolgens met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet dienstenrichtlijn.¹⁹ Daardoor werd aan het toenmalige art. 6:234 lid 1 BW het volgende onderdeel d toegevoegd:

“hetzij, indien er sprake is van algemene voorwaarden of bepalingen als bedoeld in artikel 230b onder 6, de voorwaarden op een van de in artikel 230c bedoelde wijzen heeft verstrekt.”

Uiteindelijk leidde het herstel van een wetgevingsfout²⁰ tot de volgende, huidige tekst van art. 6:234 lid 1 BW:

“de gebruiker heeft aan de wederpartij [een redelijke mogelijkheid tot kennisneming van de algemene voorwaarden geboden], indien hij ... de voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c voorziene wijze heeft verstrekt...”²¹

Het resultaat van dit alles is dat de informatieplicht van art. 22 lid 1 onder f dienstenrichtlijn op twee verschillende plaatsen en dus dubbel geïmplementeerd is: zowel in art. 6:230b onder 6 BW alsook in art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW. Net als bij de implementatie van de e-commerce-richtlijn, heeft de implementatie (van art. 22 lid 1 onder f dienstenrichtlijn) in de algemene voorwaardenafdeling tot gevolg dat de informatieplicht in art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW niet van toepassing is in de hierboven beschreven uitzonderingssituaties van art. 6:247 lid 2 en 6:235 leden 1 en 3 BW. In die situaties is dat in zoverre geen probleem dat de pendant van die informatieplicht in art. 6:230b onder 6 BW niet aan zodanige beperkingen onderhevig is en in die uitzonderingssituaties wel geldt. De dubbele implementatie is in die zin handig. De wijze waarop de informatieplicht dubbel geïmplementeerd is, laat echter om andere redenen te wensen over. Die redenen zullen hieronder worden besproken aan de hand van (i) de hoedanigheden van partijen; (ii) het dienstenbegrip; (iii) het moment waarop aan de informatieplicht moet worden voldaan; en (iv) de sancties bij niet-naleving van art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW enerzijds en art. 6:230b onder 6 BW anderzijds.

2.1 De hoedanigheden van partijen

Allereerst valt op dat in art. 6:234 lid 1 BW wordt verwezen naar art. 6:230c BW, maar in art. 6:234 lid 1 BW niet is expliciteerd wie van het eenvoudigere dienstenregime gebruik kan maken. Teneinde het belang van die constatering op voorhand duidelijk te maken, leg ik eerst uit waarom dat regime eenvoudiger is dan het voordien bestaande regime en vervolgens wie volgens de dienstenrichtlijn van dat eenvoudigere regime gebruik zouden mogen maken. De mogelijkheden om volgens het dienstenregime algemene voorwaarden ter beschikking te stellen op grond van art. 6:230b onder 6 BW jo. art. 6:230c BW jo. art. 6:230e BW zijn voor de leverancier aanmerkelijk soepeler dan die onder het klassieke regime van ter hand stellen op grond van art. 6:233 onder b BW jo. de eerste twee zinsneden van art. 6:234 lid 1 BW. In het, voor de dienstverrichter, beste geval (te weten bij niet-schriftelijke overeenkomsten) kan volgens het dienstenregime worden volstaan met het verwijzen naar een website²² waarop de voorwaarden staan (een soort haalplicht voor de afnemer) en wel na het sluiten van de overeenkomst, mits voor het verrichten van de dienst (zie art. 6:230c onder 3 BW jo. art. 6:230e BW).²³ Vol-

16 Kamerstukken I 2008/09, 31579, B herdruk, p. 6 (voorlopig verslag van de vaste commissie voor economische zaken).
17 Kamerstukken I 2008/09, 31579, C, p. 19 (MvA).
18 Kamerstukken II 2009/10, 31859, 4, p. 10 (Nota van Wijziging).
19 Aanpassingswet dienstenrichtlijn, Stb. 2009, 616 (tekst) en Stb. 2009, 617 (inwerkingtreding met ingang van 28 december 2009).
20 Kamerstukken I 2010/11, 31358 & 31859, G (verslag van een schriftelijk overleg): “Door de opeenvolgende aanpassingen is de verwijzing naar artikel 6:230c BW in artikel 6:234 BW weggevallen.” alsmede HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/334 (First Data/Attingo), r.o. 3.4.2: “opmerking verdient dat de verwijzing naar art. 6:230c kennelijk abusievelijk in art. 6:234 is weggevallen”. Voor de daarmee verband houdende overgangsrechtelijke problemen zie onder andere M.Y. Schaub, ‘Aandacht voor overgangsrecht. De betekenis van art. 6:230c BW voor overeenkomsten die voor 28 december 2009 zijn gesloten’, TBR 2015/52.

21 Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2011, Stb. 2011, 500 (tekst) en Stb. 2011, 592 (inwerkingtreding met ingang van 1 januari 2012).
22 Uit overweging 96 van de dienstenrichtlijn blijkt dat onder een “adres” in de zin van art. 6:230c onder 3 BW een website wordt verstaan.
23 Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 11-12-2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY5306, RCR 2013/18 (De Roo Taxi- en Autoverhuur).

gens de stringente variant van het klassieke regime moeten de voorwaarden door de leverancier echter actiever en eerder ter beschikking worden gesteld, te weten door ze ter hand te stellen (een soort brengplicht voor de leverancier) respectievelijk voor of bij het sluiten van de overeenkomst (zie art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW, eerste twee zinsneden).²⁴ Leveranciers die algemene voorwaarden van toepassing verklaren, hebben er dus in veel gevallen belang bij om onder de werkingssfeer van het dienstenregime te vallen, in plaats van onder het klassieke. Volgens de dienstenrichtlijn kan echter niet iedereen van dat soepele(re) regime gebruikmaken. Er moet in ieder geval sprake zijn van een dienstverrichter (zoals gedefinieerd in de dienstenrichtlijn, waarbij onder andere vereist is dat de dienstverrichter gevestigd is in de EU/EER) en een afnemer (zoals eveneens gedefinieerd in de dienstenrichtlijn, waarbij onder andere vereist is dat de afnemer onderdaan is van of gevestigd is in de EU/EER).

Hoewel de implementaties van de informatieplicht in art. 6:230c en 6:234 lid 1 BW naar hun aard identiek zouden moeten zijn, zijn zij dat op het eerste gezicht niet. Art. 6:230b onder 6 BW vereist onder andere een dienstverrichter en een afnemer in de zin van art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW (waarin onder andere de definities van dienstverrichter en afnemer uit de dienstenrichtlijn zijn geïmplementeerd). Echter, art. 6:234 lid 1 BW verwijst voor de wijze waarop aan de informatieplicht kan worden voldaan naar de mogelijkheden van verstrekken²⁵ opgesomd in art. 6:230c BW, maar bepaalt niet dat alleen maar op die manier kan worden verstrekt als sprake is van een dienstverrichter en een afnemer zoals bedoeld in art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW. Het gevolg is dat iedere leverancier via de omweg van art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW gebruik zou mogen maken van het soepelere dienstenregime, ook al voldoen leverancier en afnemer niet aan de relevante definities in art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW. Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de dienstenrichtlijn blijkt gelukkig dat de wetgever deze omweg onbegaanbaar verklaarde.²⁶

Die wil van de wetgever blijkt echter niet uit de tekst van art. 6:234 lid 1 BW. Het zou beter zijn geweest als expliciet zou zijn bepaald wie van het dienstenregime gebruik

kunnen maken. Aan het einde van deze bijdrage zal daarvoor een voorzet worden gedaan. Totdat de wet is gewijzigd moet er, indachtig de wil van de wetgever, naar mijn idee van uit worden gegaan dat sprake is van een ongelukkige fout door in art. 6:234 lid 1 BW alleen te verwijzen naar art. 6:230c BW en moet art. 6:234 lid 1 BW worden gelezen alsof wel duidelijk zou zijn gemaakt dat alleen van het dienstenregime gebruik kan worden gemaakt als sprake is van een dienstverrichter en afnemer in de zin van art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW.²⁷

2.2 Het begrip 'dienst' in de dienstenrichtlijn

De volgende vraag is hoe breed het begrip 'dienst' in de zin van de dienstenrichtlijn moet worden geïnterpreteerd.²⁸ Volgens de dienstenrichtlijn kunnen immers alleen degenen die een dienst in de zin van de dienstenrichtlijn verrichten, profiteren van het dienstenregime met betrekking tot het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden. Eén van de eerste gerechtshoven die zich in Nederland over de interpretatie van het begrip 'dienst' boog, was het Hof Arnhem-Leeuwarden. In een zaak die ging over het verkopen van een Chrysler, oordeelde het hof dat een koopovereenkomst geen overeenkomst tot het verrichten van een dienst is, en dus niet op de in art. 6:230c BW bedoelde wijze aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid kan worden geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen.²⁹ Ook de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de Dienstenwet wijst in die richting.³⁰ Het normale spraakgebruik volgend, is dat een logische uitkomst. Echter, in het handboek implementatie dienstenrichtlijn, een handboek dat lidstaten technische ondersteuning biedt bij het implementatieproces, staat:

“Zo vallen onder meer, doch niet uitsluitend, de volgende diensten onder de richtlijn: ... distributieverkoop (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten) ...” (p. 10)

en

“Hoewel de vervaardiging van goederen geen dienstenactiviteit is, moeten lidstaten bij de implementatie van de richtlijn bedenken dat daarbij veel bijkomende activiteiten plaatsvinden (bijvoorbeeld detailhandel, installatie en onderhoud, service) die wél een dienstenactiviteit zijn...” (p. 14).³¹

24 Zie voor een kort en bondig overzicht van de verschillen tussen beide regimes Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 41b.

25 Overigens zij opgemerkt dat de verwijzing van art. 6:234 lid 1 BW naar art. 6:230c BW alleen rept over 'verstrekken', terwijl art. 6:230c BW het heeft over 'verstrekken' (onder 1 en 4) en over 'toegankelijk maken' (onder 2 en 3) en art. 6:230b BW als overkoepelend begrip 'ter beschikking stellen' hanteert. In theorie zou nog kunnen worden betoogd dat art. 6:234 lid 1 BW daardoor alleen verwijst naar de in art. 6:230c onder 1 en 4 BW bedoelde wijzen van ter beschikking stellen. Dat betoog lijkt me niet kansrijk gelet op de hierna te memoreren parlementaire behandeling, maar het zou vanuit wetgevingstechnisch oogpunt beter zijn geweest als, ter voorkoming van misverstanden, het begrip 'ter beschikking stellen' zou zijn gebruikt.

26 In gelijke zin T.H.M. van Wechem, 'Kroniek vermogensrecht', *NJB* 2012/15, par. 879, J.H.M. Spanjaard, 'Aan de toepasselijkheid van algemene voorwaarden is niets algemeen...', *ORP* 2012/4, T.H.M. van Wechem, 'Kroniek vermogensrecht', *NJB* 2012/879 (p. 29-30), M.Y. Schaub, 'Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW', *NTBR* 2013/16, par. 3 en J.H.M. Spanjaard, 'Dienstverrichters: Wat te doen?', *ORP* 2013/4, p. 26.

27 Aldus ook Asser/Houben 7-X 2015/221.

28 Zie daarover uitgebreid F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW nr. B54), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 96.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5725 (Chrysler).

30 *Kamerstukken II* 2007/08, 3, p. 13 (MvT) waar staat dat de verkoop van goederen aan particulieren in een winkel niet onder de reikwijdte van de dienstenrichtlijn valt.

31 ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf.

Ook in overweging 33 van de dienstenrichtlijn wordt distributieverkoop genoemd als een dienst waarop de richtlijn betrekking heeft.

Spanjaard concludeerde op basis van dat handboek en die overweging dat detailhandel en distributieverkoop (waaronder groothandelsverkoop) als diensten hebben te gelden.³² Botman meende echter dat “in de rechtspraak van het Hof een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen de verkoop van een goed en het leveren van een dienst; een economische activiteit wordt nimmer tegelijkertijd als een goed én een dienstverrichting gekwalificeerd”.³³ Zij kwam onder andere op basis daarvan tot de conclusie dat de verkoop van goederen niet een dienst is in de zin van de dienstenrichtlijn.

Inmiddels is het verlossende woord uit Luxemburg gekomen. In antwoord op een prejudiciële vraag van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de *Appingedam* zaak,³⁴ oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie³⁵ dat onder het begrip ‘dienst’ in de zin van de dienstenrichtlijn valt: “de activiteit bestaande in de detailhandel in goederen” (waaronder schoenen en kleding) en dat de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn niet afhangt van een analyse van het gewicht van de dienstencomponent gelet op de totale activiteit (waardoor bij gemengde overeenkomsten de overige componenten (zoals koop) in feite door de dienstencomponent worden geabsorbeerd).³⁶ Nu bepaalde verkopers volgens het Hof van Justitie kennelijk door te verkopen een dienst verrichten, drijven we mijns inziens ver af van wat volgens het normale spraakgebruik onder het begrip ‘dienst’ wordt verstaan.³⁷ Nieuw is deze ontwikkeling overigens niet. Het doet denken aan de e-commerce-richtlijn, die van toepassing is op diensten van de informatiemaatschappij. Door het gebruik van het woord ‘diensten’ zou men ook kunnen denken dat een webshop die alleen producten verkoopt niet een dienst van de informatiemaatschappij verleent en dus niets te maken heeft met de uit die richtlijn voortvloeiende artikelen 6:227b, 6:227c en 6:234 lid 2 BW. Nadere bestudering van de e-commerce-richtlijn, in het bijzonder overweging 18, leert, echter en zoals gezegd, dat onder het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ “in het bijzonder [...]

de onlineverkoop van goederen” wordt geschaard, waardoor de betreffende webshop zich wel aan voornoemde artikelen moet houden.

De impact van de Appingedam uitspraak besprekend, meent Drion “dat we er verstandig aan zouden doen om het begrip “detailhandel” niet restrictief te lezen en dat dus eigenlijk al die nieuwe regeltjes nu ook voor de groothandel en de gehele distributieketen hebben te gelden”.³⁸ Mede in het licht van het handboek ben ik dat met hem eens. Tegelijkertijd heeft de Appingedam uitspraak niet tot gevolg dat volgens de dienstenrichtlijn iedere dienstverlener of (door) verkoper in de distributieketen kan profiteren van het soepelere dienstenregime bij het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden. Art. 2 lid 2 dienstenrichtlijn bepaalt immers uitdrukkelijk dat de dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de in dat lid onder a)-f) opgesomde activiteiten. Het regime van de dienstenrichtlijn volgend, blijft het dus raadzaam art. 6:234 lid 1 BW aldus te lezen dat de bewuste zinsnede met betrekking tot het dienstenregime ook vereist dat een dienst in de zin van art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW (waarin wordt verwezen naar het begrip dienst als bedoeld in de dienstenrichtlijn) moet zijn verricht.

2.3 *Het moment waarop algemene voorwaarden ter beschikking moeten worden gesteld*

Ook bij het bepalen van het moment waarop algemene voorwaarden ter beschikking moeten worden gesteld zijn verschillen te bespeuren tussen de implementatie in de dienstenafdeling 6.5.2A en de implementatie in de algemenevoorwaardenafdeling 6.5.3. Art. 6:230b onder BW6 jo. art. 6:230e BW bepaalt dat de voorwaarden moeten worden “meegedeeld of beschikbaar gesteld... tijdig voor de sluiting van een schriftelijke overeenkomst of, indien er geen schriftelijke overeenkomst is, voor de verrichting van de dienst...”. Art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW bepaalt daarentegen enkel dat de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen als hij “de voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c BW bedoelde wijze heeft verstrekt...”.

Doordat art. 6:234 lid 1 BW enkel verwijst naar art. 6:230c BW (dat voorschriften bevat over de wijze waarop de algemene voorwaarden ter beschikking kunnen worden gesteld) en niet naar art. 6:230e BW (dat voorschriften bevat over het moment waarop dat moet gebeuren) én art. 6:234 lid 1 BW zelf geen voorschriften bevat over het moment waarop aan de informatieplicht moet worden voldaan, lijkt het erop dat dienstverrichters zijn vrijgesteld van eisen met betrekking tot het moment waarop aan de informatieplicht moet zijn voldaan.³⁹ Gelet op de hiervoor vermelde parlementaire geschiedenis, denk ik dat art. 6:234 lid 1 BW niet zo mag worden gelezen, maar in art. 6:233 onder b BW jo.

32 GS Verbintenissenrecht, art. 6:230a BW, aant. 5 (Spanjaard).

33 M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europese perspectief*, diss. VU Amsterdam, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag, 2015, p. 213.

34 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, AB 2016/173 (*gemeente Appingedam*) waarover J.J. van der Gouw & M.J.W. Timmer, ‘Detailhandel – een dienst die geen dienst mag heten?’, *TO* 2016/3, p. 71-78. Hoewel de prejudiciële vraag in een bestuursrechtelijke context werd gesteld, is het antwoord op die vraag ook toepasbaar op vragen met betrekking tot de civielrechtelijke informatieplicht ter zake algemene voorwaarden. In beide gevallen wordt immers van hetzelfde dienstenbegrip uitgegaan.

35 HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, zaak C-360/15 (*gemeente Appingedam*), r.o. 84-97. Zie ook Conclusie van A-G Szpunar 18 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:397 (*gemeente Appingedam*).

36 Het Hof Arnhem-Leeuwarden deed het dus goed toen het bij een gecombineerde koop- en dienstenovereenkomst het klassieke regime van art. 6:233 onder b BW liet absorberen door het soepelere dienstenregime van art. 6:230c BW, Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3319, *TBR* 2015/13 (*patchkast & alarminstallatie*), m.nt. M.Y. Schaub.

37 T.J. de Graaf, ‘Drafting tips & skills: Is verkopen het verrichten van een dienst?’, *ORP* 2017/1, nr. 43.

38 C.E. Drion, ‘Detailhandel is een dienst; een beslissing met verrassende consequenties’, *NJB* 2018/300 (p. 403).

39 M.Y. Schaub, ‘Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW’, *NTBR* 2013/16, nr. 3 en voetnoot 43. Tegelijkertijd geeft Schaub aan dat de leverancier in het kader van aanbod en aanvaarding nog altijd melding moet maken van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

art. 6:234 lid 1 BW een verwijzing moet worden gelezen naar de momenten opgenomen in art. 6:230e BW. Ook hier blijft ongelukkig dat de tekst van art. 6:234 lid 1 BW de wil van de wetgever niet goed weergeeft.

Ook de tweede volzin van art. 6:234 lid 1 BW ("Indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld, zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten aan haar toezendt.") is in dat verband ongelukkig. Die zin suggereert dat ook dienstverrichters gehouden zijn de voorwaarden "voor of bij het sluiten van de overeenkomst" aan de wederpartij ter hand te stellen. Dat verhoudt zich slecht met art. 22 lid 4 dienstenrichtlijn en art. 6:230e BW, op grond waarvan het moment waarop dienstverrichters algemene voorwaarden ter beschikking moeten stellen, niet is "voor of bij het sluiten van de overeenkomst", maar "tijdig voor de sluiting van een schriftelijke overeenkomst of, indien er geen schriftelijke overeenkomst is, voor de verrichting van de dienst". Bij niet-schriftelijke overeenkomsten kunnen de algemene voorwaarden volgens het dienstenregime dus later ter beschikking worden gesteld dan dat ze volgens het klassieke regime moeten worden verstrekt.

2.4 Sancties bij niet-naleving

Tot slot valt op dat de sanctie bij niet-naleving van art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW verschilt van die bij niet-naleving van art. 6:230b onder 6 BW. Niet-naleving van de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW leidt zoals bekend tot vernietigbaarheid van de hele set algemene voorwaarden.⁴⁰ Niet-naleving van de informatieplicht van art. 6:230b onder 6 BW wordt echter, net als niet-naleving van de rest van afdeling 6.5.2A, niet uitdrukkelijk civielrechtelijk gesanctioneerd.⁴¹ Dat wordt relevant als art. 6:233 onder b BW, terecht of onterecht, niet van toepassing is en art. 6:230b onder 6 BW wel, bijvoorbeeld bij internationale B2B-overeenkomsten (art. 6:247 lid 2 BW) of als de afnemer groot is (art. 6:235 lid 1 onder b BW). In de literatuur wordt een heel arsenaal aan sanctiemogelijkheden bij niet-naleving van art. 6:230b BW gesuggereerd.

Valk wijst op schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW).⁴² Daarnaast lijkt hem aannemelijk dat het niet voldoen aan de informatieplicht als gezichtspunt ertoe bijdraagt dat de overeenkomst ten nadele van de dienstverrichter en ten voordele van de afnemer wordt uitgelegd. Hoewel een zodanige uitleg bij het niet voldoen aan andere in art. 6:230b

BW opgenomen informatieplichten wellicht makkelijk voorstelbaar is,⁴³ zie ik niet zo snel hoe een zodanige 'uitlegsanctie' zou kunnen worden gehanteerd als de algemene voorwaarden niet op de juiste wijze en het juiste moment ter beschikking zijn gesteld. In de meeste gevallen dat een set algemene voorwaarden niet aldus ter beschikking wordt gesteld, wordt de hele set, sanctieneutraal geformuleerd, onderuit gehaald.⁴⁴ Lastiger te bedenken zijn gevallen van niet tijdige terbeschikkingstelling, waarin bepaalde bedingen onderuit worden gehaald en andere ten nadele van de één en ten voordele van de ander worden uitgelegd.

Daarnaast denkt Valk dat de afnemer op grond van dwaling zou kunnen vernietigen omdat veelal aan te nemen valt dat een mededelingsplicht bestond in de zin van de dwalingsregeling (art. 6:228 lid 1 onder b BW). Hij acht het verdedigbaar dat aan de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de causaliteits in dat verband niet al te hoge eisen⁴⁵ mogen worden gesteld. Die oplossing doet in zekere zin⁴⁶ denken aan de volgens velen achterhaalde en niet meer geldende *Holleman/De Klerk*-leer: de overeengekomen toepasselijkheid van algemene voorwaarden "sluit niet uit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op toepasselijkverklaring ook daarvan gericht te zijn geweest."⁴⁷ Een geslaagd beroep op dwaling vereist dan dat de afnemer stelt (en bij voldoende gemotiveerde betwisting bewijst) dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten als de algemene voorwaarden wel op de juiste wijze en het juiste moment ter beschikking waren gesteld. Een zodanig beroep vereist echter een beoordeling van individuele clausules en daar wilde de NBW-wetgever nu juist van af door een stelsel te introduceren van snelle(re) gebondenheid (art. 6:232 BW) en (ver)sterk(t)e inhoudstoetsing (art. 6:233 onder a BW).⁴⁸ Om die reden acht ik ook die sanctie niet passend.

Hijma meent dat bij niet-naleving van de informatieplicht van art. 6:230b onder 6 BW de algemene voorwaarden kunnen worden vernietigd door art. 6:233 onder b BW analoog toe te passen. Die analogie schept volgens hem de ruimte om de nationale uitzonderingen op de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW (de internationale B2B-overeenkomsten (art. 6:247 lid 2 BW) en grote afnemers (art. 6:235 lid

43 En zo zal Valk het vermoedelijk bedoeld hebben.

44 Zo zal de afnemer die op grond van art. 6:233 onder b BW een beding mag vernietigen omdat hem geen redelijke mogelijkheid is geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen, in de regel de hele set algemene voorwaarden kunnen vernietigen, welke mogelijkheid geboden wordt door HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3876, NJ 2000/140 (*Breg/Asper*).

45 M.Y. Schaub, 'De informatieplichten van de Dienstenrichtlijn (art. 6:230a-f BW)', TvC 2014/1, p. 23 gaat uit van het klassieke dwalingsleerstuk en stelt die (hoge) eisen dus wel.

46 Hoewel de sancties verschillend zijn: de bedingen worden geen onderdeel van de overeenkomst (*Holleman/De Klerk*) vs. de bedingen zijn vernietigbaar (art. 6:228 BW).

47 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4267, NJ 1982/517 (*Holleman/De Klerk*). Zie ook HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1033, NJ 1993/688 (*Bouma/Cavo*). Voor herinvoering van die leer pleit T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 2 en nr. 351.

48 Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/473 en Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 20.

40 HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3876, NJ 2000/140 (*Breg/Asper*).

41 Wel bepaalt art. 8.9 Wet handhaving consumentenbescherming dat de dienstverrichter de bepalingen van afdeling 2A in acht neemt, maar volgens art. 8.1 lid 1 van die wet geldt – zoals de naam van de wet overigens al doet vermoeden – art. 8.9 uitsluitend als de wederpartij een consument is. De dienstverrichter die alleen met professionele afnemers contracteert hoeft dus niet te vrezen voor bestuursrechtelijke handhaving.

42 Valk, *T&C Vermogensrecht* 2017, art. 6:230b BW, aant. sanctionering binnen het privaatrecht. De door hem zelf als meer theoretisch aangeduide nakomingsactie ex art. 3:296 BW laat ik hier buiten beschouwing, evenals de door hem gesuggereerde aansprakelijkheid ex art. 3:305a BW.

1 onder b BW)) waar nodig te negeren.⁴⁹ De oplossing van Hijma spreekt mij het meeste aan, niet alleen wegens mijn bezwaren tegen de andere aangedragen oplossingen, maar ook omdat de oplossing van Hijma het eenvoudigst is. Hoe het ook zij, ook hier blijft ongelukkig dat de wetgever de niet-naleving van art. 6:230b onder 6 BW niet, net zoals bij het parallel lopende art. 6:233 sub b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW, uitdrukkelijk met vernietigbaarheid sanctioneert.

3. E-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn: samenloop

Tot slot is relevant het volgende samenloopprobleem tussen de implementaties van de e-commerce-richtlijn en de dienstenrichtlijn. Als een dienstverrichter in de zin van de dienstenrichtlijn ook een dienstverlener in de zin van de e-commerce-richtlijn is en elektronisch contracteert (bijvoorbeeld doordat hij met behulp van een website een overeenkomst tot het verrichten van diensten (zoals bedoeld in de dienstenrichtlijn) sluit), rijst de vraag of hij zijn algemene voorwaarden op zodanige wijze aan de afnemer ter beschikking moet stellen dat de afnemer deze kan opslaan en weergeven. Volgens ons BW hoeft dat strikt genomen niet. Een dienstverrichter heeft immers voldaan aan zijn informatieplicht als, zoals gezegd, zijn algemene voorwaarden voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn op een door de dienstverrichter aangewezen website (art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW jo. art. 6:230c onder 3 BW althans art. 6:230b onder 6 BW jo. art. 6:230c BW). Daardoor wordt niet toegekomen aan de alternatieve mogelijkheid van elektronische beschikbaarstelling ex art. 6:234 lid 2 BW met de daarin opgenomen eis dat de algemene voorwaarden door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Aldus ook de Rechtbank Oost-Brabant in de *Quantaris*-zaak.⁵⁰

Met Weij ben ik van mening dat hier sprake is van een fout en dat het vonnis in de *Quantaris*-zaak onjuist is.⁵¹ Immers, de verplichting die opslagmogelijkheid te bieden, vloeit voort uit art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn, terwijl de in hoofdstuk V van de dienstenrichtlijn opgenomen informatieverplichtingen (waaronder dus die in art. 22 lid 1 onder f) blijkens overweging 30 en art. 22 lid 5 dienstenrichtlijn in aanvulling op die uit andere richtlijnen gelden.⁵² Aangezien de e-commerce-richtlijn geen onderscheid maakt tussen dienstverleners (in de zin van de e-commerce-richtlijn) die al dan niet dienstverrichters zijn (in de zin van de dienstenrichtlijn), ben ik het met Schelhaas en Loos eens dat de Nederlandse wet richtlijnconform dient te worden uitgelegd, zodat ook dienstverrichters die verplichting moeten nako-

men als ze ook dienstverleners zijn.⁵³ Anders gezegd, ook zij moeten in dat geval hun algemene voorwaarden op zodanige wijze aan hun afnemers ter beschikking stellen dat zij deze kunnen opslaan zodat deze voor hen toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming, ook al staat dat niet met zoveel woorden in ons BW.

4. Conclusie en nieuw voorstel

Uit het voorgaande bleek dat bij het splitsen en doubleren van de informatieplichten met betrekking tot contractvoorwaarden (uit art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn, respectievelijk art. 22 lid 1 onder f dienstenrichtlijn) in de algemenevoorwaardenafdeling 6.5.3 (art. 6:234 BW) en daarbuiten (art. 6:227b lid 2 BW respectievelijk art. 6:230b onder 6 BW) een aantal fouten in onze wetgeving is geslopen. Ook bleek dat de implementatie van die informatieplichten in sommige gevallen op gespannen voet staat met EU/EER recht. Zodoende is een incoherent geheel ontstaan en zijn er, afhankelijk van welke regeling wordt toegepast, verschillen in wie op welke wijze wanneer aan de informatieplichten moet voldoen en welke sancties gelden bij niet-naleving van die plichten. Dit is onwenselijk.

Teneinde weer tot een coherent geheel te komen, voornoemde fouten te repareren en de gespannen relatie met EU/EER recht op te heffen, stel ik voor het Burgerlijk Wetboek te wijzigen op de hierna bedoelde wijze. Daarbij is geprobeerd aan te sluiten bij het systeem, het sanctiemechanisme en de termijnen in de algemenevoorwaardenafdeling, en voor het overige zo min mogelijk aanpassingen door te voeren.

1. Art. 6:227b lid 2 BW wordt vervangen door de volgende tekst en de verwijzing naar lid 2 wordt in lid 5 geschrapt.

Een beding in de voorwaarden van de overeenkomst, niet zijnde algemene voorwaarden als bedoeld in artikel 231, is vernietigbaar, indien de dienstverlener dat beding niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst op zodanige wijze aan de wederpartij ter beschikking heeft gesteld, dat dit door hem kan worden opgeslagen zodat dit voor hem toegankelijk is ten behoeve van latere kennisneming. Artikel 235 lid 4 is van overeenkomstige toepassing.

Ter toelichting merk ik het volgende op. Ten eerste wordt het regime ten aanzien van de informatieplicht met betrekking tot de voorwaarden van de overeenkomst, niet zijnde algemene voorwaarden (art. 6:227b lid 2 BW) gelijkgetrokken met het regime ten aanzien van de informatieplicht met betrekking tot algemene voorwaarden (in art. 6:233 onder b BW). Dat gebeurt door in art. 6:227b lid 2 BW de aanhef van

49 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 41.

50 Rb. Oost-Brabant 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2886, Prg. 2014/176 (*Quantaris*).

51 M. Weij, 'De weeffout bij online algemene voorwaarden', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2015/1, p. 3.

52 M.Y. Schaub, 'Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW', *NTBR* 2013/16, par. 4.1.

53 H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties. Studiekring Offerhaus*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 4.3 en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, nr. 124. Voorzichtig zijn M.Y. Schaub, 'Richtlijnconforme interpretatie bij de informatieplicht van algemene voorwaarden voor dienstverleners', *Contracteren* 2013/1, p. 6 en S.E. Bartels & M.Y. Schaub, 'De Richtlijn elektronische handel', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law. Serie Onderneming en Recht. Deel 81-II. Bijzonder deel*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 45.

art. 6:233 BW (“Een beding... is vernietigbaar...”) te herhalen, de huidige ontbindingssanctie bij schending van die informatieplicht te vervangen door een vernietigingssanctie en de verjaringsregeling van art. 6:235 lid 4 BW daarop van toepassing te laten zijn. Dat bevordert de coherentie (zie paragraaf 1.3 hierboven).

2. Art. 6:230c wordt art. 6:230c lid 1 BW en aan art 6:230c wordt een tweede lid toegevoegd, dat als volgt luidt:
De in artikel 230b onder 6 bedoelde informatie wordt, door de dienstverrichter bedoeld in artikel 230b, aanhef die een dienst van de informatiemaatschappij bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3 verleent, voor of bij het sluiten van de overeenkomst op zodanige wijze aan de wederpartij ter beschikking gesteld, dat die informatie door hem kan worden opgeslagen zodat die voor hem toegankelijk is ten behoeve van latere kennisneming.

Met deze toevoeging wordt de dienstverrichter in de zin van de dienstenrichtlijn die, kort gezegd, elektronisch contracteert verplicht om zijn algemene voorwaarden ter beschikking te stellen in overeenstemming met het daarvoor geldende regime uit art. 10 lid 3 e-commerce-richtlijn. Daarmee wordt onze wettelijke regeling in overeenstemming gebracht met de e-commerce-richtlijn (zie paragraaf 3 hierboven).

3. Tussen art. 6:230f en 6:230g BW komt een nieuw art. 6:230f bis BW dat als volgt luidt:
Een beding in de algemene voorwaarden of bepaling die de dienstverrichter hanteert is vernietigbaar, indien niet voldaan is aan het in artikel 230b onder 6 bepaalde overeenkomstig het in artikel 230c en 230e bepaalde. Artikel 235 lid 4 is van overeenkomstige toepassing.

Dit nieuwe art. 6:230f bis BW wordt om de volgende redenen voorgesteld. Ten eerste wordt de in art. 6:230b onder 6 BW voorkomende informatieplicht ten aanzien van “de algemene voorwaarden en bepalingen die de dienstverrichter hanteert” ook hier gelijkgetrokken met het regime ten aanzien van de informatieplicht met betrekking tot algemene voorwaarden en de daarop van toepassing zijnde verjaringsregeling (in art. 6:233 onder b en 6:235 lid 4 BW). Dat gebeurt niet alleen om een coherenter geheel te scheppen, maar ook (en vooral) omdat nu niet duidelijk is wat de sanctie is als art. 6:230b onder 6 BW wordt geschonden (zie paragraaf 2.4 hierboven). Ten tweede wordt duidelijk gemaakt dat aan de informatieplicht moet worden voldaan overeenkomstig het in art. 6:230c en art. 6:230e BW bepaalde: de informatie moet “correct, helder en ondubbelzinnig” zijn, worden verstrekt op een bepaalde manier (zie de manieren in art. 6:230c BW), op een bepaald moment (“tijdig voor de sluiting van een schriftelijke overeenkomst of, indien er geen schriftelijke overeenkomst is, voor de verrichting van de dienst”) en alleen als sprake is sprake is van een dienst, een dienstverrichter en een afnemer (in de zin van art. 6:230a en 6:230b, aanhef BW). Dat is in de huidige wettelijke regeling niet duidelijk (zie paragraaf 2.1-2.3 hierboven), terwijl de wetgever die duidelijkheid wel wenste (zie paragraaf 2 hierboven).

4. In art. 6:234 lid 1 BW worden de woorden “de voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c voorziene wijze heeft verstrekt” geschrapt.

Door deze schrapping wordt de dubbele implementatie van de informatieplicht uit art. 22 lid 1 onder f dienstenrichtlijn (in art. 6:230b onder 6 BW enerzijds en art. 6:233 onder b jo. art. 6:234 lid 1 BW anderzijds) ongedaan gemaakt. Daardoor worden doublures verwijderd en onduidelijkheden voorkomen (zie paragraaf 2.1-2.3 en voorstel 3 hierboven) en wel op een manier die in overeenstemming is met wat de wetgever wilde (zie paragraaf 2 hierboven).⁵⁴

5. In art. 6:234 lid 2 BW worden de woorden “op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming” vervangen door de woorden “op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen zodat deze voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming”.

Door in deze zinsnede het woord “en” door de woorden “zodat deze” te vervangen, wordt duidelijk dat de leverancier ermee kan volstaan zijn algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de afnemer ter beschikking te stellen op de hiervoor bedoelde wijze zodat de afnemer ze op dat moment op kan slaan. Op die manier kan niet langer worden betoogd dat de leverancier op zijn website zijn algemene voorwaarden voor de afnemer permanent beschikbaar moet houden (zie paragraaf 1.2 hierboven).

6. Aan art. 6:234 lid 2 BW wordt de volgende zin als nieuwe alinea toegevoegd:
Dit lid 2 is van toepassing ongeacht of artikel 235 lid 1, 235 lid 3 of 247 lid 2 van toepassing is.

Door deze toevoeging wordt een gebrek in de huidige wettekst hersteld dat tot gevolg heeft dat de leverancier die elektronisch contracteert in twee situaties niet verplicht is zijn algemene voorwaarden op zodanige wijze ter beschikking te stellen dat zijn afnemer ze kan opslaan ten behoeve van latere kennisneming: als de afnemer een bepaalde hoedanigheid heeft (art. 6:235 lid 1 en 3 BW) of sprake is van een bepaalde internationale situatie (art. 6:247 lid 2 BW). Die uitzonderingen kent de e-commerce-richtlijn niet, waardoor sprake is van een omzettingsgebrek (zie paragraaf 1.1 hierboven).

⁵⁴ Overigens heb ik er, om het bestaande wettelijke systeem niet nog meer overhoop te halen, niet voor gekozen om, net als bij de implementatie van de e-commerce-richtlijn, ook bij het dienstenregime een splitsing aan te brengen tussen de informatieplicht met betrekking tot algemene voorwaarden enerzijds en de (overige) bepalingen anderzijds.

7. Aan art. 6:235 lid 3 BW wordt de volgende zin toegevoegd.⁵⁵

Op de vernietigingsgrond bedoeld in artikel 233 onder b, kan geen beroep worden gedaan indien voldaan is aan het in artikel 230b onder 6 bepaalde overeenkomstig het in artikel 230c en 230e bepaalde.

Deze toevoeging is nodig als gevolg van de schrapping opgenomen in voorstel 4 hierboven. Door deze toevoeging wordt ervoor gezorgd dat de dienstverrichter die zijn algemene voorwaarden overeenkomstig art. 6:230b onder 6 BW jo. art. 6:230c BW jo. art. 6:230e BW ter beschikking heeft gesteld, niet alsnog het risico loopt dat zijn wederpartij die algemene voorwaarden vernietigt omdat niet voldaan is aan de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW. Dat speelt met name als de dienstverrichter een mondelinge overeenkomst sluit en zijn algemene voorwaarden ná het sluiten van de overeenkomst, maar wel vóór het verrichten van de dienst overeenkomstig art. 6:230c BW aan de afnemer ter beschikking heeft gesteld. Zonder de voorgestelde toevoeging zou de wederpartij, hoewel voldaan is aan het in art. 6:230b onder 6 BW jo. art. 6:230c jo. art. 6:230e BW bepaalde, de algemene voorwaarden van de dienstverrichter kunnen vernietigen op grond van art. 6:233 onder b BW jo. art. 6:234 lid 1 BW. Op grond van laatstgenoemde artikelen moeten de algemene voorwaarden immers voor het sluiten van de overeenkomst ter beschikking zijn gesteld en dat is in het geschetste geval niet gebeurd. Met de voorgestelde toevoeging strijk ik deze door mijzelf gecreëerde oneffenheid glad.

⁵⁵ Het liefst zou ik de voorgestelde tekst invoegen tussen art. 6:235 lid 3 en 4 BW als een nieuw lid 4, maar ik heb daarvan afgezien omdat de daarvoor noodzakelijke henummering tot verwarring zou leiden bij het lezen van voorstellen 1 en 3, waarin telkens naar de verjaringsregeling in het huidige art. 6:235 lid 4 BW wordt verwezen.