

## VU Research Portal

### **Onduidelijkheid over presenteren algemene voorwaarden: verwijzing valt weg door het wijzigen van een ondertussen gewijzigde wet**

Lodder, A.R.

#### ***published in***

Tijdschrift voor Internetrecht  
2011

#### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### ***citation for published version (APA)***

Lodder, A. R. (2011). Onduidelijkheid over presenteren algemene voorwaarden: verwijzing valt weg door het wijzigen van een ondertussen gewijzigde wet. *Tijdschrift voor Internetrecht*, 4(1), 15-17.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Onduidelijkheid over presenteren algemene voorwaarden: verwijzing valt weg door het wijzigen van een ondertussen gewijzigde wet

A.R. Lodder\*

Toegegeven, de titel boven deze bijdrage blinkt niet uit in duidelijkheid. Het brengt de lezer wel gelijk in de juiste stemming. In januari 2011 gaf staatssecretaris Teeven namelijk antwoord op Kamervragen waarmee voor zover mogelijk meer vragen werden opgeworpen dan beantwoord.<sup>1</sup> De vragen waren gesteld naar aanleiding van een in oktober 2010 in het *Financieel Dagblad* verschenen bijdrage van Mark Jansen getiteld 'Wet niet helder over algemene voorwaarden'.<sup>2</sup>

De discussie over de wijze waarop algemene voorwaarden op internet gepresenteerd moeten worden is al zo oud als het internetrecht zelf. Lange tijd lag de nadruk op de mogelijkheid de elektronische voorwaarden te kunnen printen, vervolgens op een duidelijk herkenbare link. In de wetgeving werd in de zomer van 2004<sup>3</sup> bepaald dat algemene voorwaarden in geval van elektronisch contracteren elektronisch ter beschikking kunnen worden gesteld. In de zomer van 2007 vond een Haarlemse rechter<sup>4</sup> dat in 'het huidige tijds-gewricht' feitelijke terhandstelling ook langs elektronische weg mogelijk moest zijn. Hij kwam tot deze, inventieve, noodconstructie omdat elektronische terhandstelling enkel beperkt was tot elektronische contracten en het hier een niet-elektronische overeenkomst betrof. Zoals we in het vorige nummer konden lezen<sup>5</sup> is in de zomer van 2010 de wetgever de Haarlemse rechter gevolgd: elektronische algemene voorwaarden kunnen bij iedere overeenkomst, elektronisch tot stand gekomen of niet. Wel is bepaald dat indien de overeenkomst *niet* langs elektronische weg tot stand komt, uitdrukkelijke instemming nodig is van de wederpartij (art. 6:234 lid 3 BW).

Tussentijds, dat wil zeggen in 2006, werd de Dienstenrichtlijn<sup>6</sup> vastgesteld. Deze richtlijn stelt (cf. art. 1 lid 1):

'algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten vast, met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten.'

Een dienst wordt in art. 4 aanhef en onder 1 van de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, als bedoeld economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, als bedoeld in art. 50 van het Verdrag.' Hier valt gelijk de redundantie op. Om te beginnen wordt in art. 50 van het EG verdrag onder dienst verstaan 'dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden.' Verder ziet de ook uit de definitie van diensten van de informatiemaatschappij (art. 3:15d lid 3 BW) bekende frase 'gewoonlijk tegen vergoeding' op een economische activiteit. Er wordt immers bedoeld dat betaling niet noodzakelijk is zolang er maar sprake is van een economische activiteit. Diensten (van de

\* Arno Lodder is verbonden aan de afdeling Transnational Legal Studies, Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. *Kamerstukken* 2010/11, 31 358, nr. G.
2. Op de weblog/kennispagina van de sectie Intellectuele Eigendom en IT-recht van Dirkzwager ([www.dirkzwager.nl](http://www.dirkzwager.nl)) zijn verschillende interessante bijdragen over deze kwestie vinden, behalve van de hand van Mark Jansen is zeker ook zeer boeiend 'de hogere wiskunde van de informatieplicht van algemene voorwaarden' van Ernst-Jan van de Pas.
3. Bij de invoering van de wet elektronische handel (*Stb.* 2004, 285), de omzetting van de richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel.
4. Ktr. Haarlem 29 augustus 2007, *LJN* BB2576. Zie ook Jurel-bericht, <http://bit.ly/tjflHb>.
5. R.E. van Esch, 'De Wet schriftelijkheid en elektronisch verkeer en online shopping door consumenten', *IR* 2010, nr. 6, p. 184-187.
6. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

informatiemaatschappij) kunnen dus gratis zijn, maar van economische waarde omdat geld wordt verdiend met reclame of de handel in persoonsgegevens (zoals Google, die geen geld vraagt maar beide doet). De dienstverrichter is de natuurlijke of rechtspersoon die diensten aanbiedt of verricht (art. art. 4 aanhef en onder 2 van de Dienstenrichtlijn). De Dienstenrichtlijn is (grotendeels)<sup>7</sup> omgezet middels de Dienstenwet.<sup>8</sup>

De Dienstenrichtlijn beoogt haar doel te bereiken door<sup>9</sup> administratieve vereenvoudiging,<sup>10</sup> de samenwerking tussen bevoegde instanties<sup>11</sup> en de verbetering van de kwaliteit van diensten.<sup>12</sup> Informatieplichten vallen binnen deze laatste categorie. Regelgeving rond internetdiensten kende al informatieplichten voor consumenten,<sup>13</sup> afnemers van financiële diensten<sup>14</sup> en afnemers van diensten van de informatiemaatschappij.<sup>15</sup> Hieraan voegt art. 22 van de Dienstenrichtlijn een groot aantal veelal overlappende informatieplichten toe voor dienstverrichters in het algemeen.

Een van de informatieplichten betreft het beschikbaar stellen van algemene voorwaarden. In art. 6:230b aanhef en sub 6 BW is te lezen:

‘De dienstverrichter (...) 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 wijze waarop de algemene voorwaarden gepresenteerd mogen worden zijn terug te vinden in art. 6:230c BW:

1. wordt op eigen initiatief door de dienstverrichter verstrekt;
2. is voor de afnemer gemakkelijk toegankelijk op de plaats waar de dienst wordt verricht of de overeenkomst wordt gesloten;
3. is voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk op een door de dienstverrichter meegegeven adres;
4. is opgenomen in alle door de dienstverrichter aan de afnemer verstrekte documenten waarin deze diensten in detail worden beschreven.

Waar het om gaat is de derde wijze. De algemene voorwaarden dienen dus gemakkelijk elektronisch toegankelijk te zijn. Opvallend is dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen elektronisch en niet-elektronisch contracteren. Iedere dienstverrichter kan, zo hij dat wil, volstaan met mededelen van een internetadres waar de algemene voorwaarden te vinden zijn. Door de wat trage totstandkoming van de wet schriftelijkheid en elektronisch verkeer<sup>16</sup> werd de Haarlemse rechter al eerder gevolgd dan in de zomer van 2010. De bovenstaande aan de dienstenrichtlijn ontleende bepaling werd namelijk ingevoerd eind 2009. Na Kamervragen werd bovendien de relatie met art. 6:234 BW verhelderd, door het toevoegen van een vierde mogelijkheid van kennisgeving: verwezen werd naar art. 6:230c BW. Dit overigens nadat eerder was aangegeven dat alles al helemaal duidelijk was. De reactie van de minister is in dezen veelzeggend:<sup>17</sup>

‘De thans voorliggende implementatie van artikel 22 van de dienstenrichtlijn door middel van artikel 62 Dienstenwet strekt ter één-op-één implementatie van de verplichtingen uit de dienstenrichtlijn om geen strijdigheid met de verplichtingen uit de dienstenrichtlijn te doen ontstaan. In het nieuwe artikel 6:230b is in onderdeel 6 ook sprake van «algemene voorwaarden.»

De strijdigheid waar de leden van de VVD-fractie aan refereerden is echter niet aanwezig, gelet op de bredere functie van artikelen 6:230b tot en met 6:230e in de systematiek van de reeds geldende afdeling 3 in titel 5 van boek 6 BW. Aan de verplichting om een redelijke mogelijkheid te bieden tot kennisgeving 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.’

Hier spreekt een heilig ontzag voor de Commissie uit (laten we hopen geen infractie aan onze broek te krijgen) en een minachting voor nationale wetgeving, in casu het Burgerlijk Wetboek. De hier genoemde samenloop werd dus weer actueel op het moment dat de wijziging van art. 6:234 BW in de zomer van 2010 niet plaats vond op grond van de sinds eind 2009 geldende bepaling, maar een nieuw art. 6:234 BW ingevoerd waarmee de pas een half jaar geldende extra wijze van kennisgeving ongedaan werd gemaakt. Dit is natuurlijk bijzonder slordig. Op het moment dat een wet definitief wordt vastgesteld zou het routine moeten zijn om te kijken hoe de op dat moment geldende wet eruit ziet.<sup>18</sup> Er mag niet klakkeloos een wijziging van een ooit geldende wet worden

7. Daarnaast is er de Aanpassingswet dienstenrichtlijn. Deze is een vervolg op de Dienstenwet en ‘past wettelijke bepalingen aan die onverenigbaar zijn met de dienstenrichtlijn, waaronder bepalingen die niet overeenstemmen met het wetsvoorstel voor een Dienstenwet.’ (*Kamerstukken* 2008/09, 31 859, nr. 3, p. 2.)
8. Zie over de omzetting M.R. Botman, *De Dienstenwet: dekt de vlag de lading. Pleidooi voor verdere omzetting van de Dienstenrichtlijn*, *NtEr* 2010/4, p. 109-116.
9. De hier genoemde drie onderwerpen worden de belangrijkste componenten van de Richtlijn genoemd, zie *Kamerstukken* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken* 2008/09, 31 859, nr. 3, p. 2.
10. Hoofdstuk II e.v. – o.a. centraal elektronisch loket en elektronische afwikkeling van procedures en formaliteiten.
11. Hoofdstuk VI e.v. – o.a. wederzijdse bijstand en alarmmechanisme.
12. Hoofdstuk V, art. 22-27 – o.a. informatieplichten, beroepsaansprakelijkheden en certificering.
13. Richtlijn 97/7/EG inzake overeenkomsten op afstand.
14. Richtlijn 2002/65/EG inzake financiële diensten op afstand.
15. Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel.
16. *Stb.* 2010, 222. Wet van 20 februari 2010 tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer.
17. *Kamerstukken* 2008/09, 31 579, C, p. 19.
18. Aan een temporele normendatabank, waarmee niet alleen de op het moment van opvragen geldende wettekst, maar ook de oorspronkelijke en alle tussenliggende teksten kunnen worden opgevraagd, werd al in 1995 gewerkt door Tom van Buggenhout (zie mijn verslag van zijn lezing in *NVKI Nieuwsbrief* 1995). Inmiddels is dit staande praktijk en lijkt me ook gebruikelijk bij de wetgevingsjuristen.

ingevoerd, eenvoudigweg omdat er meerdere wetgevingstrajecten kunnen zijn. In dit geval was de Dienstenwet dus net iets eerder ingevoerd dan de wet schriftelijkheid en elektronisch verkeer.

Hierover schreef Mark Jansen zijn bovengenoemde bijdrage in het FD van oktober 2010. De Kamervragen die de vaste commissie op 16 november 2010 indiende waren scherp:<sup>19</sup>

1. Deze leden vragen zich af of de koppeling doelbewust uit de wettekst is gehaald. Indien dat het geval is, kan de regering deze keuze dan toelichten?
2. Geldt nu nog steeds dat dienstverrichters kunnen volstaan met het plaatsen van algemene voorwaarden op de eigen website?
3. Bent u van mening dat er rechtsonzekerheid is ontstaan in de praktijk door eind 2009 bovengenoemde koppeling op te nemen en deze per juli 2010 te verwijderen?
4. Bent u voornemens om met reparatiewetgeving te komen om de aldus ontstane rechtsonzekerheid weg te nemen?

Na een op zichzelf helder overzicht van drie alinea's komt de staatsecretaris in de laatste twee alinea's tot antwoorden. Het antwoord op de eerste vraag is ontwijkend:<sup>20</sup>

'Door de opeenvolgende aanpassingen is de verwijzing naar artikel 6:230c BW in artikel 6:234 BW weggevallen.'

Door te spreken van 'wegvallen' wordt indirect aangegeven dat er niet sprake is van een doelbewust weggehaalde koppeling. Je kan je wel afvragen hoe het invoeren van een wetswijziging procedureel verloopt. Het lijkt me dat de wettekst op het moment dat een wetsvoorstel aanhangig wordt gemaakt bekend moet zijn en al dan niet geautomatiseerd moet worden vergeleken met de op het moment van uiteindelijke invoering geldende tekst. Hoe het zij, de staatssecretaris vervolgt met:

'Om te bewerkstelligen dat de algemene voorwaarden kunnen worden aangeboden via een door de dienstverlener aangewezen website, zonder dat de uitdrukkelijke instemming van de afnemer met die voorwaarden is vereist, zal de verwijzing naar artikel 6:230c BW in artikel 6:234 BW moeten worden hersteld.'<sup>21</sup>

Dit antwoord bevreemdt. Hoezo moet de verwijzing worden hersteld? Een vernieuwd twee sporen beleid, die van de dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn en overige partijen die algemene voorwaarden hanteren? Wat hier gebeurt is dat een nationale wetgever iets heeft bepaald dat in strijd is met EU regelgeving. Nederland is altijd een van de braafste jongetjes van de klas als het omzetting van richtlijnen gaat. Keurig is de Dienstenrichtlijn geknipt en geplakt in de Dienstenwet<sup>22</sup> (en daarmee in ieder geval het BW nog rommeliger<sup>23</sup> gemaakt dan het na eerdere richtlijnen al geworden was – waar blijft de gelede structuur...), maar de nationale 'vondst' art. 6:234 lid 3 is in wezen *in strijd met de Dienstenrichtlijn*.

Om te beginnen wekt het verwarrend, want een wederpartij (bijv. consument) zou, zelfs als de koppeling naar art. 6:230c BW weer zou worden ingevoegd, zich kunnen beroepen op lid 3. Of zou lid 3 expliciet worden uitgesloten? Bovendien, er wordt een plicht opgelegd aan gebruikers van algemene voorwaarden in algemene zin om uitdrukkelijke

instemming te verkrijgen, die de Dienstenrichtlijn niet kent. Nu is het hanteren van algemene voorwaarden bij diensten weliswaar te zien als een species van het hanteren van algemene voorwaarden door andere partijen dan dienstverrichters, maar de groep van dienstverrichters is dermate omvangrijk dat een nationale regeling die voor niet-dienstverrichters een extra voorwaarde stelt niet te rechtvaardigen is.

Het is dus zeer de vraag of je door het opnieuw aanbrengen van de koppeling (let wel, ten tijde van de oude koppeling bestond de uitdrukkelijke instemming van lid 3 nog niet) het BW in lijn met de Dienstenrichtlijn brengt, maar het zou aanbeveling verdienen om lid 3 te schrappen. Ook lijkt me dat vervolgens in art. 6:230c BW een koppeling kan worden aangebracht die bepaalt dat voor algemene voorwaarden wordt aangesloten bij de volgende afdeling. Daarmee wordt het BW coherenter dan met de merkwaardige, voorheen bestaande terugwaartse verwijzing.

De slotpassage van het antwoord doet er in het licht van het bovenstaande minder toe:

'Tot het moment waarop dat is gerealiseerd, volgt uit artikel 6:234 BW dat een dienstverlener zijn algemene voorwaarden elektronisch toegankelijk kan maken via een website. De wederpartij moet dan worden gevraagd of hij uitdrukkelijk instemt met de algemene voorwaarden. Een wetsvoorstel waarmee artikel 6:234 BW wordt aangepast, gaat binnenkort in consultatie.'

Ik hoop dat bij de consultatie waarover gesproken wordt art. 6:234 lid 3 BW wordt geschrapt en art. 6:230c BW vooruit verwijst en voor wat algemene voorwaarden betreft aansluit bij afdeling 3 Algemene voorwaarden.

19. *Kamerstukken* 2010/11, 31 358, nr. G, p. 2.

20. *Kamerstukken* 2010/11, 31 358, nr. G, p. 3.

21. *Ibidem*.

22. Op grond van art. 288 VWEU is dit niet noodzakelijk: 'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.'

23. We kennen nu middels art. 6:230e BW weer een volgende formulering voor het presenteren van informatie, nl. 'correct, helder en ondubbelzinnig.' Andere formuleringen zijn bijvoorbeeld 'duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige' (art. 6:227b lid 1 BW), 'gemakkelijk, rechtstreeks en permanent' (art. 3:15d lid 1 BW) en 'met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze' (art. 7:46c lid 1 BW).