

Contracten maken

Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving

Mr.dr.s. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Artikel 6:234 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is in 1992 ingevoerd als onderdeel van titel 6.5.3. BW. Het artikel bepaalt hoe de gebruiker van algemene voorwaarden aan zijn wederpartij kennis moet geven van de algemene voorwaarden.¹ Anno 1992 was internet nog geen gemeengoed en werd uitsluitend in de offline wereld zakagedaan. In 2000 vaardigde *Brussel* de E-commerce-richtlijn uit. Deze richtlijn noopte tot een aanpassing van onder andere artikel 6:234 BW. In 2008 werd het wetsvoorstel 31 358 ingediend, dat voorzag in een herschrijving van artikel 6:234 BW. Een jaar later, in 2009, zette de wetgever zich aan de implementatie van de Dienstenrichtlijn, welke implementatie eveneens gevolgen had voor de wijze waarop van algemene voorwaarden kennis moet worden gegeven.

Met name de laatste twee wijzigingen waren niet zonder controverse. Deze controverse vormde reden voor de wetgever om op 25 oktober 2011 wederom tot aanpassing van artikel 6:234 BW over te gaan. Deze wetwijziging is op 1 januari 2012 in werking getreden. In deze bijdrage bespreek ik achtereenvolgens de wetwijzigingen van 2004 (par. 2), 2009 (par. 3), 2010 (par. 4) en 2011 (par. 5).

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Deze verplichting vloeit voort uit art. 6:233 sub b BW.

2. Artikel 6:234 BW gaat online: implementatie van de E-commercerichtlijn

Het uitgangspunt van de informatieplicht van algemene voorwaarden is dat algemene voorwaarden ter hand moeten worden gesteld.² Pas indien dit niet mogelijk is, of redelijkerwijze niet van de gebruiker van de algemene voorwaarden kan worden gevergd, kan de gebruiker volstaan met verwijzing naar de deponeringsplaats van de algemene voorwaarden, aldus artikel 6:234 BW in 1992. Het in 1992 ingevoerde artikel 6:234 BW hield geen rekening met online verkoop of online dienstverlening. Internet was in 1992 nog geen gemeengoed en werd nog niet commercieel benut. Rond 2000 werd internet meer geaccepteerd en werd ook online zaken gedaan. Het was toen onzeker hoe met de terhandstelling van algemene voorwaarden in een online omgeving moest worden omgegaan.³

Internet mocht zich rond 2000 ook in de belangstelling van de Europese regelgever koesteren. Op 8 juni 2000

2. Nader over dit onderwerp o.a.: T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2007, p. 46-58; J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht*, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 153-191.

3. R.E. van Esch, *De Aanpassingswet elektronische handel*, *Computer-Recht* 2004/3, p. 17 en de in voetnoot 39 van dat artikel genoemde vindplaatsen.

werd de E-commercerichtlijn aangenomen.⁴ Deze richtlijn bevatte in artikel 10 lid 3 een bepaling over de kennisgeving van algemene voorwaarden. Onduidelijk was of artikel 10 lid 3 een zelfstandige informatieverplichting inhield, of uitsluitend een aanwijzing hoe aan een eventueel naar nationaal recht bestaande informatieverplichting kan worden voldaan.

Een discrepantie tussen de diverse taalversies is aan deze onduidelijkheid debet. De Duitse,⁵ Nederlandse⁶ en Deense⁷ versie van de richtlijn schrijven voor dat algemene voorwaarden ter beschikking moeten worden gesteld en wel op zodanige wijze dat ze opgeslagen en gereproduceerd kunnen worden. De Engelse,⁸ Franse,⁹ Spaanse,¹⁰ Portugese,¹¹ Italiaanse¹² en Zweedse¹³ versie van de richtlijn schrijven voor dat *als* algemene voorwaarden ter beschikking worden gesteld, dit op zodanige wijze dient te geschieden dat de algemene voorwaarden kunnen worden opgeslagen en later gereproduceerd. De ‘als’ in die talen wordt vormgegeven door het gebruik van een bijvoeglijke bijzin, waarbij in de Engelse, Franse, Spaanse, Portugese en Italiaanse tekst gebruik wordt gemaakt van een voltooid deelwoord (respectievelijk ‘provided’, ‘fournies’, ‘facilitadas’, ‘for-

4. Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, PbEG 2000, L 178/1.
5. ‘Die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, daß er sie speichern und reproduzieren kann.’
6. ‘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.’
7. ‘Kontraktbetingelser og generelle betingelser skal stilles til rådighed for modtageren på en sådan måde, at vedkommende kan oplagre og gengive dem.’
8. ‘Contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows him to store and reproduce them.’
9. ‘Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l’être d’une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.’
10. ‘Las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.’ De Spaanse tekst wijkt van de overige teksten af in die zin dat de Spaanse tekst suggereert dat uitsluitend de algemene voorwaarden op zodanige wijze ter beschikking moeten worden gesteld die de wederpartij van de gebruiker in staat stelt de voorwaarden op te slaan en te reproduceren (‘las condiciones generales de los contratos facilitadas’ betekent: ‘de algemene voorwaarden van de overeenkomsten die [waarbij die vanwege de vrouwelijke verbuiging van ‘facilitadas’ terugslaat op voorwaarden (condiciones)] ter beschikking worden gesteld’), terwijl de overige teksten de wijze van terbeschikkingstelling ook voorschrijven voor de overige contractbepalingen. Vgl. de Nederlandse tekst (‘De voorwaarden van het contract en de algemene voorwaarden van het contract’) en de Engelse tekst (‘Contract terms and general conditions’).
11. ‘Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.’
12. ‘Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle.’
13. ‘Avtalsvillkoren och de allmänna villkor som ges till tjänstemottagaren måste göras tillgängliga på ett sätt som gör det möjligt för mottagaren att spara och återge dem.’

necidos’ en ‘proposte’) en in de Zweedse tekst van een betrekkelijk voornaamwoord (‘som’).

De ‘Duitse lijn’ lijkt tot een informatieplicht te leiden door het gebruik van het werkwoord ‘moeten’, voorafgaand aan het voltooid deelwoord ‘ter hand gesteld’. Achter de ‘Engelse lijn’ lijkt de bedoeling schuil te gaan om een invulling te geven aan een eventuele op lidstaatsniveau bestaande informatieplicht. Het is niet duidelijk welke taalversie de bedoeling van de Europese regelgever weergeeft, aangezien uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie over artikel 10 lid 3 nog niet voor handen zijn.

In dit kader biedt de tekst die de na 2000 tot de Europese Unie toegetreden lidstaten hebben gehanteerd, evenmin houvast. De Poolse tekst¹⁴ van artikel 10 lid 3 is gelijkkluidend aan de Duitse, evenals de Slowaakse,¹⁵ Sloveense¹⁶ en Tsjechische¹⁷ tekst van artikel 10 lid 3 van de E-commercerichtlijn. De Bulgaarse tekst¹⁸ is daarentegen gelijkkluidend aan de Engelse tekst.¹⁹

Artikel 10 lid 3 van de richtlijn is geïmplementeerd in artikel 6:234 BW. Dit artikel is niet van toepassing indien de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden een grote onderneming is – inhoudende dat zij een uitgebreide jaarrekening publiceert, dan wel dat zij minimaal 50 werknemers in dienst heeft –, zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde voorwaarden hanteert of een in het buitenland gevestigde professional is.²⁰ De vraag kan worden gesteld of, gelet op deze uitzonderingen op de werking van artikel 6:234 BW, de implementatie van artikel 10 lid 3 van de richtlijn in artikel 6:234 BW gelukkig is. Het is niet duidelijk of de richtlijn beoogde de werking te beperken tot binnenlandse overeenkomsten en overeenkomsten waarbij ‘kleine wederpartijen’ zijn betrokken. Met name Wissink meende dat de implementatie van artikel 10 lid 3 van de E-commercerichtlijn in artikel 6:234 BW het toepassingsgebied van artikel 6:234 BW te zeer beperkt.²¹ Uit de richtlijn vloeit, aldus Wissink, niet voort dat artikel 10 lid 3 niet van toepassing is op grote wederpartijen in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW en evenmin dat artikel 10 lid 3 niet van toepassing zou zijn in geval van intracommunautaire handel (art. 6:247 lid 2 BW).

Gelet op de discrepantie die tussen de ‘Duitse’ tekst en de ‘Engelse’ tekst van artikel 10 lid 3 van de E-com-

14. ‘Warunki umów oraz ogólne postanowienia umowne muszą być udostępnione usługobiorcy w sposób umożliwiający ich przechowywanie i odtwarzanie.’
15. ‘Zmluvné lehoty a všeobecné podmienky musia byť prijímateľovi sprístupnené takým spôsobom, aby si ich mohol uložiť a reprodukovat.’
16. ‘Pogodbena določila in splošni pogoji se morajo prejemalec zagotoviti v obliki, ki mu omogoča njihovo hranjenje in reproduciranje.’
17. ‘Smluvní ustanovení a obecné obchodní podmínky musí být příjemci poskytnuty v takové formě, aby je mohl uchovávat a reprodukovat.’
18. ‘Договорните клаузи и общите условия, предоставени на получателя, трябва да съществуват във вид, който му позволява да ги съхранява и възпроизвежда.’
19. De auteur beheerst de overige Unietalen – het Maltees, Ests, Hongaars, Lets, Litouws, Fins en Grieks – niet en kan daarom geen uitspraken doen over de tekstversie die in die talen circuleert.
20. Resp. art. 6:235 lid 1 BW, art. 6:235 lid 3 BW en art. 6:247 lid 2 BW.
21. M.H. Wissink, E-commerce, algemene voorwaarden en grote wederpartijen, NTBR 2005/44, p. 262-266.

mercerichtlijn bestaat, kan niet worden vastgesteld of de uitsluiting van de in artikel 6:235 BW genoemde partijen – in het kort: grote wederpartijen en wederpartijen die zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden als de gebruiker hanteren – toelaatbaar is. Het in artikel 6:247 BW geschetste onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse wederpartijen lijkt in het kader van de toepassing van artikel 10 lid 3 van de E-commercerichtlijn in strijd te zijn met het Europees-rechtelijke gelijkheidsbeginsel, zoals Wissink opmerkt.²²

3. Artikel 6:234 BW na de implementatie van de Dienstenrichtlijn²³

Op 12 december 2006 werd de Dienstenrichtlijn gepubliceerd.²⁴ Het doel van de Dienstenrichtlijn was het harmoniseren van regels omtrent dienstverlening, zodat de intracommunautaire dienstverlening kan worden vergemakkelijkt en daardoor meer concurrentie mogelijk is.²⁵ Het begrip ‘dienstverrichter’ moet richtlijnconform worden uitgelegd. Artikel 4 onder 2 Dienstenrichtlijn definieert de dienstverrichter als ‘iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een lidstaat of iedere rechtspersoon, die in een lidstaat is gevestigd en een dienst aanbiedt of verricht’. Het begrip ‘dienst’ wordt in artikel 4 onder 1 Dienstenrichtlijn gedefinieerd als ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt.’

Van de werking van de Dienstenrichtlijn zijn blijkens artikel 2 lid 2 Dienstenrichtlijn onder andere uitgezonderd financiële diensten (zoals bankdiensten, kredietverstrekking, verzekering en herverzekering, individuele en bedrijfspensioenen, effecten, beleggingsfondsen, betalingen en beleggingsadviezen), bepaalde elektronische-communicatiediensten en -netwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten, diensten van uitzendbedrijven, diensten van de gezondheidszorg, audiovisuele diensten met inbegrip van cinematografische diensten, gokactiviteiten die erin bestaan dat een financiële waarde wordt ingezet bij kansspelen (met inbegrip van loterijen, gokken in casino’s en weddenschappen), particuliere beveiligingsdiensten, en diensten van notarissen en deurwaarders die bij een officieel overheidsbesluit zijn benoemd.²⁶

Artikel 2 lid 3 Dienstenrichtlijn bepaalt dat de Dienstenrichtlijn evenmin van toepassing is op belastingen.²⁷

Op 7 februari 2009 werd het voorstel van wet ter implementatie van de Dienstenrichtlijn ingediend.²⁸ Het wetsvoorstel is vervolgens in hoog tempo in de Tweede en de Eerste Kamer behandeld. Op 28 december 2009 is artikel 6:234 BW aangepast om te voldoen aan de Dienstenrichtlijn.²⁹ Als uitvloeisel van de wetwijziging van 28 december 2009 werd aan artikel 6:234 lid 1 (oud) BW een letter ‘d’ toegevoegd, die terhandstelling door dienstverrichters als bedoeld in de Dienstenrichtlijn op de wijze als voorzien in artikel 6:230c BW mogelijk maakt. Artikel 6:230c BW bepaalt dat (onder andere) de algemene voorwaarden naar keuze van de dienstverlener:

1. op eigen initiatief worden verstrekt;
2. voor de afnemer van de dienst gemakkelijk toegankelijk worden gesteld op de plaats waar de dienst wordt verricht of de overeenkomst wordt gesloten;
3. voor de afnemer van de dienst gemakkelijk elektronisch toegankelijk worden gemaakt op een door de dienstverlener meegegeven elektronisch adres; of
4. opgenomen zijn in alle door de dienstverlener aan de afnemer van de dienst verstrekte documenten waarin de diensten in detail worden beschreven.³⁰

Artikel 6:230e BW bepaalt daarenboven dat bij afwezigheid van een schriftelijke overeenkomst de informatie als bedoeld in onder andere artikel 6:230b BW (daaronder begrepen de algemene voorwaarden) uiterlijk vóór de verstrekking van de dienst moet worden meegedeeld c.q. beschikbaar gesteld. Artikel 6:230e BW biedt derhalve een verruiming ten opzichte van artikel 6:234 BW, dat bepaalt dat kennisneming van de algemene voorwaarden ‘voor of bij het sluiten van de overeenkomst’ moet worden geboden.³¹

In de tekst van artikel 6:234 BW zoals deze per 28 december 2009 kwam te luiden, werd artikel 6:230c BW uitsluitend opengesteld voor dienstverrichters in de zin van artikel 6:230a BW en daarmee in de zin van de Dienstenrichtlijn. Noch uit de tekst van de bepaling, noch uit de toelichtende stukken op het aan de wettekst ten grondslag liggende wetsvoorstel 31 859 blijkt dat artikel 6:234 lid 1 onder d (oud) BW ook gold voor gebruikers van algemene voorwaarden die niet dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn waren.

Artikel 6:230c BW heeft directe werking, zodat op grond van artikel 80 lid 1 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (OBW) terhandstelling langs elektronische weg door een dienstverrichter vanaf 28 december 2009 niet langer vernietigbaar hoeft te zijn. Indien de wederpartij vóór 28 december 2009 een beroep op vernietiging

22. Wissink 2005, p. 262-266.

23. Vgl. over dit onderwerp ook T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht: bakens worden verzet, *Contracteren* 2010/4, p. 149-150; J.H.M. Spanjaard, Algemene bankvoorwaarden: modernisering, maar geen vernieuwing, *VrA* 2010/2, p. 33-36; C.E. Drion, Dwaallicht, *NJB* 2010/36, p. 2339.

24. Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

25. Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376, considerans, overwegingen 1-12.

26. Ik heb slechts de meest in het oog springende uitzonderingen genoemd. De lijst van art. 4 lid 2 van de Dienstenrichtlijn kent twaalf uitgezonderde categorieën.

27. Vgl. tevens Kamerstukken 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 11-12.

28. Kamerstukken II, 2008/09, 31 859, nr. 1 (koninklijke boodschap) en nr. 2 (voorstel van wet).

29. *Stb.* 2009, 617.

30. De keus is hierbij aan de dienstverlener, aldus Kamerstukken 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 136.

31. Drion 2010, p. 2339.

wegens niet-terhandstelling heeft gedaan, zal de uitgebrachte vernietigingsverklaring haar werking behouden.³²

4. Artikel 6:234 BW per 1 juli 2010 grondig gereviseerd: waar is de Dienstenrichtlijn?³³

Per 1 juli 2010 is artikel 6:234 BW herschreven.³⁴ Op dat moment werd wetsvoorstel 31 358 wet. Dit wetsvoorstel is één jaar vóór wetsvoorstel 31 859 over de implementatie van de Dienstenrichtlijn op 25 februari 2008 ingediend.³⁵

Het huidige artikel 6:234 BW telt drie leden. Een aantal elementen uit de oude regeling is gehandhaafd, zij het in aangepaste vorm.³⁶

Het eerste lid is gewijd aan de overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen en is gelijkkluidend aan artikel 6:234 lid 1 onder a en b en lid 2 (oud) BW. Uitgangspunt blijft terhandstelling van de algemene voorwaarden. Indien terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk is, mag de gebruiker van de algemene voorwaarden volstaan met een verwijzing naar de plaats van deponering, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek kosteloos worden toegezonden.³⁷

Lid 2 heeft betrekking op de mogelijkheden van terhandstelling van de algemene voorwaarden bij langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten. De wijze van terhandstelling is gelijk aan de wijze die was neergelegd in artikel 6:234 lid 1 onder c (oud) BW. De algemene voorwaarden dienen ter beschikking te worden gesteld op een wijze die de wederpartij in staat stelt de algemene voorwaarden op te slaan en later (op ieder gewenst moment) te reproduceren.³⁸ Als dit niet mogelijk is, mag worden volstaan met verwijzing naar het (web)adres waar de algemene voorwaarden kunnen worden ingezien, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek langs elektronische weg worden toegezonden.

Lid 2 bepaalt dat de kennisgeving langs elektronische weg ook kan worden toegepast op overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen. Dit is een novum ten opzichte van artikel 6:234 (oud) BW. Lid 3 bepaalt dat in een dergelijk geval de uitdrukkelijke

instemming van de wederpartij vereist is. De wetgever beoogde hiermee te voorkomen dat wederpartijen zonder internet aan algemene voorwaarden worden gebonden, zonder dat zij de mogelijkheid hebben van de algemene voorwaarden kennis te nemen.³⁹ De wetgever geeft niet aan hoe aan het uitdrukkelijkheidsvereiste kan worden voldaan. Dit zal derhalve in de rechtspraak en literatuur moeten worden verduidelijkt.⁴⁰

Tjong Tjin Tai merkt in zijn *Kroniek van het vermogensrecht* naar aanleiding van de sinds 1 juli 2010 geldende tekst van artikel 6:234 BW op dat 'algemene voorwaarden nu dus via een website ter beschikking kunnen worden gesteld'.⁴¹ Indien daarmee bedoeld wordt dat bij het sluiten van een *offline*⁴² overeenkomst de gebruiker kan volstaan met het vermelden van de URL waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd, is die stelling naar mijn mening onjuist.⁴³ Het louter verwijzen naar een website is ook onder de nieuwe regeling onvoldoende in het licht van artikel 6:234 BW.⁴⁴

Bovendien wordt door het vermelden van de URL op het briefpapier niet voldaan aan het uitdrukkelijkheidsvereiste van artikel 6:234 lid 3 BW. Ik meen dat het uitdrukkelijkheidsvereiste specifieke instemming van de wederpartij impliceert.⁴⁵ Het in de overeenkomst opnemen van een bepaling waarin elektronische kennisgeving mogelijk wordt gemaakt en deze bepaling door de wederpartij laten ondertekenen, lijkt daartoe de aangewezen weg. De wetgever merkt terecht op dat de gebruiker de algemene voorwaarden in een dergelijk geval niet langs elektronische weg ter beschikking hoeft te stellen; hij kan ook kiezen voor terbeschikkingstelling langs niet-elektronische weg.⁴⁶

De vraag of de uitsluiting van de toepassing van artikel 6:234 BW ingeval de wederpartij een grote professionele partij⁴⁷ of een buitenlandse onderneming⁴⁸ is, op grond van artikel 10 lid 3 Richtlijn Elektronische handel

32. Vgl. W.L. Valk, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:234 BW, aant. 3.

33. Vgl. over dit onderwerp ook Van Wechem & Spanjaard 2010, p. 149-150; Spanjaard 2010, p. 33-36; Drion 2010, p. 2339; J.H.M. Spanjaard, Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneratie: contractanten, wees duidelijk en volledig!, *Contracteren* 2011/2, p. 64-66.

34. Stb. 2010, 222.

35. Kamerstukken II, 2007/08, 31 358, nr. 1 (koninklijke boodschap) en nr. 2 (voorstel van wet).

36. Om precies te zijn: art. 6:234 lid 1 onder a, b en c en leden 2 en 3 (oud) BW.

37. Tenzij ook dit redelijkerwijze niet mogelijk is, aldus art. 6:234 lid 1, laatste volzin (nieuw) BW.

38. Art. 10 lid 3 Richtlijn Elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG, PbEG 2000, L 178).

39. Kamerstukken I 2008/09, 31 358, C, p. 10-11; Kamerstukken I 2009/10, 31 358, E, p. 6-7.

40. Vgl. over dit onderwerp tevens Hijma in zijn noot onder HR 11 februari 2011, LJN BO7108, NJ 2011, 571 m.nt. JH (Attingo).

41. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2010/34, p. 2177.

42. Ten aanzien van *online* overeenkomsten geldt dat de terhandstelling conform art. 6:234 lid 2 BW dient plaats te vinden, welk artikellid de implementatie van art. 10 lid 3 van de Richtlijn Elektronische handel bevat.

43. Dit is mogelijk anders indien de gebruiker van de algemene voorwaarden een dienstverlener in de zin van art. 6:230a BW is. In dat geval dient de terhandstelling te worden getoetst aan de hand van art. 6:230b en 6:230c BW, welke artikelen bepalen dat de verwijzing naar een URL voldoende kan zijn.

44. Kamerstukken II 2007/08, 31 358, 3 (MvT), p. 9. Vgl. Hof Arnhem 16 februari 2010, NJF 2010, 112 (Otten/Dijks Leijssen); Rb. Zutphen 19 augustus 2009, NJF 2009, 463 (Searchfactory/Beat-It); Ktg. Roermond 11 augustus 2009, NJF 2009, 378 (Euronet Internet); Rb. Utrecht 23 juli 2008, NJF 2008, 436, Prg 2009, 9 (Hutten Horeca); anders, maar ons inziens onjuist: Ktg. Haarlem 29 augustus 2007, Prg. 2007, 130 (Marijn/Hanson). Vgl. D.J. Beenders, Informatieplicht bij algemene voorwaarden; verdeeldheid in de praktijk, WPNR (2008) 6777, p. 903-905.

45. Van Wechem & Spanjaard 2010, p. 149-150.

46. Kamerstukken I 2009/10, 31 358, E, p. 6-7.

47. Art. 6:235 lid 1 BW.

48. Art. 6:247 BW.

is toegestaan, bestaat in het sinds 1 juli 2010 geldende artikel 6:234 BW nog steeds.⁴⁹

Het huidige artikel 6:234 BW bevat evenwel, anders dan het tussen 28 december 2009 en 1 juli 2010 geldende artikel 6:234 (oud) BW, geen bepaling voor kennisgeving van de algemene voorwaarden door de dienstverlener in de zin van de Dienstenrichtlijn. Omdat iedere verwijzing naar artikel 6:230c BW ontbreekt en ook de wetgever in de memorie van toelichting niet aangeeft welke rol de Dienstenrichtlijn speelt, blijft het gissen welke rol artikel 6:230c BW ten opzichte van artikel 6:234 BW speelt.

Gelet op de Europese origine van artikel 6:230c BW zal dit artikel in geval van het gebruik van algemene voorwaarden bij onder de Dienstenrichtlijn vallende dienstverlening vóór gaan.⁵⁰ De afwezigheid van afstemming met artikel 6:230c BW is een voornaam punt van kritiek. Het bevremdt namelijk dat een eerder door de wetgever aangenomen en in de wet opgenomen bepaling (art. 6:234 lid 1 onder d BW) in de nieuwe wettekst niet terugkomt. Gelet op de omstandigheid dat wetsvoorstel 31 358 ruim vóór wetsvoorstel 31 859 (ter implementatie van de Dienstenrichtlijn) is ingediend, is het niet ondenkbaar dat dit punt aan de aandacht van de wetgever is ontschoten.

5. Aanpassing van artikel 6:234 BW per 1 januari 2012: onduidelijkheid blijft

Op 16 november 2010 vroeg de vaste commissie voor Justitie van de Eerste Kamer of het wegvallen van de verwijzing naar artikel 6:230c BW een bewuste keuze was en of artikel 6:234 BW gerepareerd wordt.⁵¹ Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie Teeven heeft bij brief van 4 januari 2011 gereageerd.⁵² In zijn reactie stelde de staatssecretaris dat de opeenvolgende wetswijzigingen – de implementatie van de Dienstenrichtlijn en wetsvoorstel 31 358 hebben elkaar gekruist – tot het wegvallen van de verwijzing naar artikel 6:230c BW hebben geleid. Artikel 6:234 BW zal worden gerepareerd. De staatssecretaris voegde daaraan toe dat tot de aanpassing is doorgevoerd, het huidige artikel 6:234 BW geldt en dat de dienstverlener in de zin van de Dienstenrichtlijn de uitdrukkelijke instemming van zijn wederpartij behoeft indien hij in geval van een offline overeenkomst de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter hand wil stellen.

Kort nadien, in het Attingo-arrest, sprak ook de Hoge Raad zich over het vorenstaande uit. De Hoge Raad overweegt in het Attingo-arrest dat in het huidige artikel 6:234 BW de verwijzing naar artikel 6:230c BW, dat

de mogelijkheid van terhandstelling van algemene voorwaarden voor dienstverleners in de zin van de Dienstenrichtlijn, abusievelijk lijkt te zijn weggefallen.⁵³

Ik ben van mening dat bij deze enge toepassing van artikel 6:233 sub b BW en artikel 6:234 BW door de staatssecretaris kanttekeningen vallen te plaatsen. Artikel 6:230c BW vloeit voort uit de Dienstenrichtlijn, die op dit vlak een maximumharmonisatie bevat. In dat kader komt het mij voor dat de informatieplicht van algemene voorwaarden richtlijnconform dient te worden toegepast. Aangezien artikel 6:234 BW geen bepalingen bevat over de terhandstelling van algemene voorwaarden door dienstverleners, lijkt het voor de hand te liggen dat de norm van artikel 6:230c BW de facto wordt toegepast.⁵⁴

Door middel van een op 27 oktober 2011 aangenomen veegwet wordt onder meer artikel 6:234 BW per 1 januari 2012 aangepast.⁵⁵ De wijziging voorziet in een plaatsing van een verwijzing naar de Dienstenrichtlijn in artikel 6:234 lid 1 BW. Artikel 6:234 lid 1 BW luidt met ingang van 1 januari 2012: ‘De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld, de voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c voorziene wijze heeft verstrekt of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden. 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. Het omtrent de verplichting tot toezending bepaalde is niet van toepassing, voor zover deze toezending redelijkerwijze niet van de gebruiker kan worden gevergd.’

De plaatsing van de verwijzing naar de Dienstenrichtlijn in artikel 6:234 lid 1 BW roept een wezenlijke vraag op, namelijk of het verstrekken van de algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW uitsluitend is voorbehouden aan dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn of dat alle gebruikers van algemene voorwaarden – dus ook gebruikers die niet-dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn zijn – algemene voorwaarden kunnen verstrekken op de wijze zoals voorgeschreven in artikel 6:230c BW.

De tekst van artikel 6:234 lid 1 BW lijkt de verstrekking van algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW mogelijk te maken voor alle gebruikers. Het is onduidelijk of dit door de wetgever is beoogd. De toelichtende

49. C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, *Kroniek Vermogensrecht*, NJB 2002, p. 439; Wissink 2005, p. 262-266.

50. In gelijke zin: Drion 2010, p. 2339.

51. Kamerstukken I 2010/11, 31 358, G.

52. Kamerstukken I 2010/11, 31 358, G.

53. HR 11 februari 2011, LJN BO7108, NJ 2011, 571 m.nt. JH (Attingo), r.o. 3.4.2.

54. Vgl. tevens W.H. van Boom, *De hand gelicht met de terhandstellingsplicht*, *Ars Aequi* oktober 2011, p. 728-729.

55. Stb. 2011, 500. De inwerkingtreding volgt uit Stb. 2011, 592.

stukken op het aan de wetwijziging ten grondslag liggende wetsvoorstel 32 863 zijn op dit punt niet duidelijk. De memorie van toelichting op de wijziging in artikel 6:234 BW vermeldt het volgende: ‘Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor een Dienstenwet in de Eerste Kamer is gebleken dat de verhouding tussen enerzijds de artikelen 6:233 en 6:234 BW en anderzijds de nieuwe artikelen 6:230b en 6:230c BW tot onduidelijkheid kan leiden (Kamerstukken I 2008/09, 31 579, nr. C, p. 18/19). Deze potentiële onduidelijkheid werd aanvankelijk weggenomen met een wijziging opgenomen in artikel Ia van de Aanpassingswet dienstenrichtlijn (Stb. 2009, nr. 616). Door de wijziging voorzien in artikel II, B, vierde onderdeel, van de nadien in werking getreden Wet 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 (Stb. 2010, 222) zou deze mogelijke onduidelijkheid zich opnieuw kunnen voordoen, nu daarin een verwijzing naar artikel 6:230c BW ontbreekt. Om dit te vermijden wordt voorgesteld artikel 6:234, eerste lid, BW aldus te wijzigen dat de handelaar ook aan zijn informatieverplichting, als bedoeld in artikel 6:234 BW, kan voldoen op de in artikel 6:230c BW voorziene wijze.’⁵⁶

Voorname passage lijkt er enerzijds op te duiden dat de wetgever de op 28 december 2009 aangebrachte koppeling tussen de Dienstenrichtlijn en de informatieverplichting van artikel 6:233 onder b en artikel 6:234 BW wilde herstellen. Aan de andere kant verwijst de wetgever in de laatste volzin van het hiervoor opgenomen citaat uitdrukkelijk naar het niet in de Dienstenrichtlijn gehanteerde ‘de handelaar’ en niet naar de ‘dienstverrichter’ zoals in artikel 6:230a BW. Deze woordkeuze doet op zijn minst de vraag rijzen of de wetgever nauwkeurig is geweest en vormt aanleiding voor de vraag of de wetgever de verstrekking van algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW uitdrukkelijk ook openstelt voor niet-dienstverrichters. De wetwijziging die tot doel had de onduidelijkheid over de positie van artikel 6:230c BW weg te nemen, heeft derhalve tot nieuwe onduidelijkheid geleid.

Indien de wetgever de verstrekking van algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW had willen beperken tot dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn, zou het wellicht duidelijker zijn geweest de verwijzing naar de Dienstenrichtlijn niet in artikel 6:234 lid 1 BW te plaatsen, maar aan artikel 6:234 een nieuw lid 4 toe te voegen, inhoudende: ‘In afwijking van het bepaalde in de voorgaande leden kan de dienstverrichter als bedoeld in artikel 6:230a BW de in artikel 6:230b bedoelde informatie verstrekken op een van de wijzen zoals voorzien in artikel 6:230c BW.’

Indien het de bedoeling van de wetgever is geweest artikel 6:230c BW open te stellen voor alle gebruikers van algemene voorwaarden, had die wil naar mijn mening

duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht in de toelichtende stukken op wetsvoorstel 32 863. In dat geval dringt zich tevens de vraag op of artikel 6:234 lid 3 BW niet zinledig is geworden.

6. Hoe om te gaan met algemene voorwaarden?

In de praktijk kan niet voorzichtig genoeg met algemene voorwaarden worden omgegaan. Eén foutje bij de nakoming van de informatieverplichting van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 BW kan leiden tot vernietiging van de algemene voorwaarden, zodat bijvoorbeeld een beroep op een exoneratieclausule in de algemene voorwaarden niet meer met succes kan plaatsvinden. Het is daarom aan te raden om de algemene voorwaarden hoe dan ook ter hand te stellen, indien dat mogelijk is, en niet te veel te vertrouwen op de verwijzing naar het webadres waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Indien de overeenkomst *offline* wordt gesloten, adviseer ik in mijn praktijk naar de algemene voorwaarden te verwijzen in de uitnodiging tot het doen van het aanbod c.q. de offerte en de voorwaarden dan ook daadwerkelijk bij te sluiten. Indien de overeenkomst *online* – via internet of via e-mail – wordt gesloten, luidt het advies de algemene voorwaarden in een pdf- of wordbestand te voegen bij het bericht waarin de uitnodiging tot het doen van een aanbod of de offerte is vervat. De verwijzing naar de volledige URL waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd, kan daarbij een extra instrument zijn en als serviceverlening naar de wederpartij dienen. De adagia ‘safety first’ en ‘better safe than sorry’ verdienen de voorkeur bij de advisering over de omgang met de informatieverplichting.⁵⁷

Indien de gebruiker van de algemene voorwaarden, niet zijnde een dienstverrichter, wil volstaan met online terhandstelling, dient in ieder geval bedacht te worden dat de algemene voorwaarden in een format ter beschikking worden gesteld die het de wederpartij mogelijk maakt de voorwaarden op te slaan en later te reproduceren. In geval van een zogeheten click-wrap overeenkomst, waarbij eerst moet worden ‘doorgeklikt’ op de algemene voorwaarden voordat de overeenkomst tot stand komt, doen gebruikers er verstandig aan naast het akkoord geven op de tekst van de algemene voorwaarden een hyperlink te plaatsen naar een downloadbare versie van de algemene voorwaarden.⁵⁸

Dienstverrichters die hun algemene voorwaarden op hun website ter beschikking stellen, moeten in hun communicatie een verwijzing plaatsen naar de volledige URL van de weblocatie waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd en kunnen niet volstaan met een ver-

57. In gelijke zin: T.H.M. van Wechem, Enkele praktische uitgangspunten bij het in gebruik nemen en opstellen of aanpassen van algemene voorwaarden, in: B. Wessels (red.) *Contracten maken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 37-38.

58. Click-wrap is veel voorkomend bij verkopers op internet.

wijzing naar de homepage, zoals in paragraaf 4 van deze bijlage is toegelicht.

In een procedure waarin de wederpartij de vernietiging van de voorwaarden wil invoeren, kan de timing van het invoeren van de vernietiging van belang zijn. Zoals in paragraaf 3 is gesteld, heeft artikel 6:230c BW directe werking, zodat op grond van artikel 80 lid 1 OBW terhandstelling langs elektronische weg door een dienstverrichter vanaf 28 december 2009 niet langer vernietigbaar hoeft te zijn. Indien de wederpartij vóór 28 december 2009 een beroep op vernietiging wegens niet-terhandstelling heeft gedaan, zal de uitgebrachte vernietigingsverklaring haar werking behouden. Bij de toetsing of aan de informatieplicht is voldaan, kan het overgangsrecht dus een cruciale rol vervullen.

7. Conclusie

Artikel 6:234 BW is sinds de invoering in 1992 tweemaal gewijzigd ter implementatie van Europese richtlijnen en is herschreven in het kader van wetsvoorstel 31 358. In 2004 noodzaakte de E-commercerichtlijn tot invoering van een bepaling in artikel 6:234 BW over de informatieplicht in geval van elektronische handel. In 2009 verplichtte de Dienstenrichtlijn tot verdere aanpassing van artikel 6:234 BW omdat voor dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn een ander regime ten aanzien van de verstrekking van algemene voorwaarden geldt. In de autonome, niet door Europees recht geïnspireerde wijziging per 1 juli 2010 verviel de verwijzing naar de Dienstenrichtlijn. Als reactie op de kritiek die in de rechtsliteratuur ontstond, is artikel 6:234 BW per 1 januari 2012 weer aangepast. De verwijzing naar de Dienstenrichtlijn is nu terug. De plaatsing van die verwijzing in artikel 6:234 BW heeft evenwel tot een nieuwe vraag over de reikwijdte van artikel 6:230c BW geleid. Voor de gebruikers van algemene voorwaarden blijft alertheid geboden.