

# Actualia

## contractspraktijk

## Hoe gemakkelijk wil je het hebben?

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard\*

### 1. Inleiding

Het onderwerp ‘algemene voorwaarden’ blijft volop in de belangstelling staan. In de afgelopen edities van *Contracteren* verschenen al artikelen van mijn hand over dit onderwerp, en ook in deze editie wordt door zowel Van Wechem als door mij de nodige aandacht aan algemene voorwaarden besteed.<sup>1</sup> Van Wechem en ik schrijven ook over dezelfde arresten: het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2023 over de vragen (1) of een groothandelsleverancier van slachterijproducten kwalificeert als dienstverrichter in de zin van afdeling 6.5.2A van het Burgerlijk Wetboek (BW), en (2) wat verstaan moet worden onder ‘gemakkelijk elektronisch toegankelijk’ in de zin van artikel 6:230c onder 3 BW,<sup>2</sup> alsmede het arrest van het Hof van Justitie van Europese Unie (HvJ EU) over de verplichting om algemene voorwaarden ter beschikking te stellen in het kader van de transparantie-eis onder Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Over de zaak waarover de Hoge Raad op 2 juni 2023 arrest wees, schreef ik al eerder. In mijn bijdrage aan *Contracteren* 2023/1 besprak ik de conclusie van plaatsvervangend P-G Wissink voor het arrest reeds.

Van Wechem bespreekt de arresten in zijn oproep tot een grondige herbezinning op afdeling 6.5.3 BW (alge-

mene voorwaarden), met name de artikelen 6:231 onder c, 6:232 en 6:234 BW. Bij die oproep sluit ik me van harte aan. Mijn invalshoek is een andere dan die van Van Wechem: deze bijdrage gaat met name over de praktische uitwerking van de arresten: moet de rechter in consumentenzaken ambtshalve de informatieplicht onderzoeken en toetsen, en welke verplichtingen gelden nu voor langs elektronische weg ter beschikking gestelde algemene voorwaarden?

101

### 2. Slachthuizen: over de verstrekking van algemene voorwaarden langs elektronische weg

In zijn arrest van 2 juni 2023 hakt de Hoge Raad twee knopen door: (1) een groothandelsleverancier is een dienstverrichter in de zin van artikelen 6:230a e.v. BW, en (2) een homepageverwijzing kan onder omstandigheden voldoende zijn voor de terbeschikkingstelling van algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:230c onder 3 BW. Dat eerste is een *no-brainer*. Reeds in het Appingedam-arrest van het HvJ EU lag besloten dat groothandels- en distributieleveranciers als dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn (en daarmee: artikelen 6:230a e.v. BW) kwalificeren. De Hoge Raad haalt dit arrest ook aan in zijn kernoverwegingen:

‘3.1.5. In het Appingedam-arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) geoordeeld dat detailhandel in goederen als schoenen en kleding een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn en daartoe onder meer overwogen:

84. Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in essentie te vernemen of artikel 4,

\* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat onder de naam fL advocaten en honorair universitair docent aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

1 J.H.M. Spanjaard, De rafelranden van de vernietiging van algemene voorwaarden, *Contracteren* 2023/1, p. 2-12; J.H.M. Spanjaard, Consumenten en algemene voorwaarden: over vingers branden en op blaren zitten, *Contracteren* 2023/2, p. 68-73.

2 HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835.

punt 1, van richtlijn 2006/123 aldus moet worden uitgelegd dat de activiteit bestaande in detailhandel in goederen als schoenen en kleding een “dienst” is waarop de bepalingen van die richtlijn van toepassing zijn.

(...)

88. In het onderhavige geval lijdt het geen twijfel dat de activiteit van detailhandel in het hoofdgeding in de eerste plaats een economische activiteit anders dan in loondienst tegen vergoeding vormt en in de tweede plaats niet valt onder de uitsluitingen van de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 bedoeld in artikel 2, leden 2 en 3, van deze laatste. Bovendien worden werkzaamheden van commerciële aard in artikel 57 VWEU uitdrukkelijk vermeld op de niet-uitputtende lijst van verrichtingen die dat artikel als diensten definieert.

89. Voor het overige wordt in overweging 33 van richtlijn 2006/123 beklemtoond dat de diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft, zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen, met de uitdrukkelijke vermelding dat tot die activiteiten diensten behoren die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals de distributieshandel.

(...)

91. In die omstandigheden moet de activiteit bestaande in de detailhandel in goederen als schoenen en kleding worden geacht onder het begrip “dienst” in de zin van artikel 4, punt 1, van die richtlijn te vallen.

(...)

94. Meer in het algemeen draagt het feit dat de toepasselijkheid van richtlijn 2006/123 niet afhangt van een voorafgaande analyse van het gewicht van het aspect betreffende het vrij verrichten van diensten gelet op de omstandigheden van iedere zaak, bij tot de verwezenlijking van de doelstelling van rechtszekerheid die die richtlijn beoogt te waarborgen, zoals uit overweging 5 ervan blijkt.

95. Een dergelijke analyse zou bovendien een zeer bijzondere ingewikkeldheid meebrengen voor de detailhandel in goederen, die thans behalve de rechtshandeling verkoop een toenemend aantal nauw met elkaar verband houdende activiteiten of diensten omvat die tot doel hebben om de consument ertoe aan te zetten die handeling met een bepaalde marktdeelnemer en niet met een andere te verrichten, hem advies te geven en hem bij te staan bij het verrichten van die handeling alsook klantenservice aan te bieden, en die afhankelijk van de betrokken winkelier aanzienlijke verschillen kunnen vertonen.

(...)

97. Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 4, punt 1, van richtlijn 2006/123 aldus moet worden uitgelegd dat de activiteit bestaande in detailhandel in goederen, voor de toepassing van die richtlijn een “dienst” vormt.

3.1.6 De overwegingen van het HvJEU die hebben geleid tot het oordeel dat detailhandel een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn is, laten er redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat ook groothandel zo’n dienst is (zie de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 3.19-3.21). De toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn is niet afhankelijk van de door [eiseres] in dit geval specifiek verrichte activiteiten. Onderdeel 1.1 slaagt daarom.’

Plaatsvervangend P-G Wissink komt op juridische en economische argumenten tot eenzelfde conclusie. Het gaat dus niet zozeer om de diensten die de groothandelsleverancier – of in een voorkomend geval: de detailhandelaar of de distributieleverancier – in het concrete geval verricht, maar om activiteiten die soortgelijke partijen normaliter verrichten.

De tweede vraag die door de Hoge Raad wordt beantwoord, is een stuk spannender en ingewikkelder. Het betreft de wijze waarop ‘gemakkelijk elektronisch toegankelijk’ moet worden afgebakend. Cru gezegd bestaan er twee uitersten: (1) de verwijzing naar de homepage is genoeg,<sup>3</sup> de wederpartij zoekt op de homepage maar verder, en (2) de verwijzing moet een hyperlink of URL bevatten die de wederpartij direct doet uitkomen op de pagina waar de algemene voorwaarden staan. Die laatste lijn werd ingenomen door onder meer De Vries, Kersten en mijzelf.<sup>4</sup> In de rechtspraak bestond hier geen duidelijkheid over. In de (lagere) rechtspraak leek een zekere tendens voor het standpunt ‘verwijzing naar de homepage is genoeg’ te ontwaren, hoewel het hof ’s-Hertogenbosch ook op de ‘gehele URL’-lijn heeft gezeten.<sup>5</sup> In de literatuur bestond een voorkeur voor de URL-benadering. De Hoge Raad gaat in het midden zitten, in navolging van plaatsvervangend P-G Wissink in zijn conclusie:

‘3.2.3. (...) Het antwoord op de vraag of de algemene voorwaarden daarmee gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn als bedoeld in art. 6:230c, aanhef en onder 3, BW, is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Indien de algemene voorwaarden zonder noemenswaardige inspanning gevonden kunnen worden op of via de website waarnaar op de facturen is verwezen, moet worden aangenomen dat de algemene voorwaarden gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn.’

De Hoge Raad zadelt de praktijk op met een open norm. Wat is ‘zonder noemenswaardige inspanning’?<sup>6</sup> Loos

3 Zie voor dit standpunt, maar genuanceerder dan ik het hier omschrijf, M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2018, nr. 121.

4 F.J. de Vries, De overeenkomst in het algemeen, 2016/6.99; J.H.M. Spanjaard, Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving, Contracteren 2012/1, p. 32-33; T.B.M. Kersten, Richtlijnconforme uitleg van de informatieverplichting bij dienstverrichting: ijdele hoop voor ongemak?, ORP 2012/6, p. 44-45.

5 Conclusie plaatsvervangend P-G Wissink, voetnoten 32-37.

6 Zie bijv. na het arrest: Hof ’s-Hertogenbosch 27 juni 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2086, r.o. 3.21.2.

geeft mijns inziens een voor de praktijk nuttige handreiking:

‘(...) De dienstverrichter kan daartoe de algemene voorwaarden bij de (eenvoudig te bereiken) klantenservice of de kassa leggen indien de overeenkomst daar wordt gesloten, maar de algemene voorwaarden ook op zijn website plaatsen. Voor het laatste is dan wel vereist dat de verwijzing naar de op de website geplaatste algemene voorwaarden precies is of deze met enkele muisklikken via helder aangegeven knoppen of hyperlinks te bereiken is: van de wederpartij mag niet worden verwacht dat hij de website afspeurt naar de algemene voorwaarden. Dat betekent ook dat de algemene voorwaarden niet “verstopt” mogen zitten achter nietszeggende knoppen of links met de tekst “algemene informatie” of “over ons”.’<sup>7</sup>

Hierbij sluit ik me van harte aan. Wat mij betreft moet ‘enkele muisklikken’ worden beperkt tot twee of drie. Een colofon onderaan de homepage, waar als een van de aanklikbare categorieën ‘Algemene voorwaarden’ wordt genoemd, voldoet wat mij betreft. Ook een aanklikbaar menu (eerste muisklik), waar een kopje ‘Algemene voorwaarden’ (tweede muisklik) staat, vind ik voldoende. Indien onder het menu (eerste muisklik) een kopje ‘Juridische documenten’ (tweede muisklik) staat, met daaronder (derde muisklik) de algemene voorwaarden, kan dat naar mijn mening nog onder ‘gemakkelijk elektronisch toegankelijk’ worden geschaard. Al het andere – dus vaker doorklikken of de algemene voorwaarden onder onlogische of nietszeggende knoppen – vind ik in navolging van Loos niet gemakkelijk elektronisch toegankelijk.

Bedacht dient te worden dat dienstverrichters een ruimere keuze in terhandstelling hebben op grond van artikel 6:230c BW dan niet-dienstverrichters die aan het dwingendere regime van artikel 6:234 BW moeten voldoen.<sup>8</sup> Echter, aan dienstverrichters zal ook niet snel de terugvaloptie van artikel 6:234 lid 1 BW van de verwijzing naar een deponeringsplaats ten dienste staan, indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is. Die mogelijkheid bestaat weliswaar ook voor dienstverrichters, maar het laat zich lastig voorstellen dat het voldoen aan de informatieplicht redelijkerwijze niet mogelijk is. Immers, het klaarleggen van de algemene voorwaarden op de plaats waar de dienst wordt verricht of de overeenkomst wordt gesloten, dan wel het ophangen van een (goed zichtbaar) bord met de URL waar de algemene voorwaarden kunnen worden ingezien, lijkt mij geen grote moeite te kosten. Ik vraag mij af – en in paragraaf 4 duid ik dat met een anekdotisch voorbeeld – of gebruikers van algemene voorwaarden zich hiervan altijd voldoende bewust zijn.

7 Loos 2018, nr. 122.

8 Zie ook M.Y. Schaub, De combinatie van publiekrecht en privaatrecht in de Dienstenrichtlijn en de gevolgen daarvan voor het contractenrecht, NTBR 2023/22, afl. 5, m.n. par. 4.1. en 4.2.

### 3. Ambtshalve toetsing en informatieplicht

Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) beoogt een evenwichtiger speelveld te creëren tussen de consument-klant en de zakelijke partij die producten of diensten aan de consument levert.<sup>9</sup> Door (ambtshalve) inhoudscontrole door de rechter worden zakelijke partijen ontmoedigd onredelijk bezwarende bedingen op te nemen in hun overeenkomsten, zo is het idee. Dat heeft geleid tot een rechtspraak waarin het letterlijk alles of niets is voor de zakelijke partij.<sup>10</sup> Onduidelijk was of de richtlijn zich beperkte tot inhoudscontrole, of dat ook de toetsing of aan de informatieplicht (binnen Nederland: van artikel 6:233 onder b BW) wordt voldaan tot het domein van ambtshalve toetsing behoort.

Op 20 april 2023 oordeelt het HvJ EU dat onder de transparantieplicht van Richtlijn 93/13 mede begrepen moet worden dat de consument kennis heeft kunnen nemen van de voorwaarden.<sup>11</sup> Het HvJ EU oordeelt:

‘29. Aangezien het vereiste van transparantie van contractuele bedingen, zoals uitgelegd door het Hof, de verplichting inhoudt om de consument vóór de sluiting van de overeenkomst alle informatie te verstrekken die hij nodig heeft om de economische gevolgen van deze bedingen te begrijpen en met kennis van zaken te beslissen of hij zich contractueel wil verbinden, veronderstelt dit vereiste noodzakelijkerwijs dat de consument kennis kan nemen van alle bedingen van een overeenkomst voordat deze wordt gesloten.

30. Of die bedingen al dan niet het eigenlijke voorwerp van die overeenkomst betreffen is daarbij niet van belang. De consument kan overeenkomstig de doelstelling van dit transparantievereiste immers pas met kennis van zaken beslissen of hij gebonden wenst te zijn door de voorwaarden die de verkoper vooraf heeft opgesteld wanneer hij eerst kennis heeft kunnen nemen van de overeenkomst in haar geheel, aangezien het geheel van de bedingen met name zal bepalen welke rechten en verplichtingen de consument uit hoofde van die overeenkomst zal hebben. Het Hof heeft overigens reeds verduidelijkt dat het transparantievereiste ook geldt wanneer een beding het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreft (zie in die zin arrest van 3 maart 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punten 46 en 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31. Dit vereiste van voorafgaande kennisneming van alle bedingen van een overeenkomst komt trouwens duidelijk naar voren in de twintigste overweging van

9 Zie ook de Richtlijn 93/13: ‘Overwegende dat het de taak van de Lid-Staten is erop toe te zien dat geen oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten worden opgenomen; (...)’.

10 Zie Spanjaard 2023/2.

11 HvJ EU 20 april 2023, ECLI:EU:C:2023:311.

richtlijn 93/13, waarin niet alleen staat dat overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld, maar ook dat de consument daadwerkelijk de gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen. De Uniewetgever heeft zodoende benadrukt dat het belangrijk is dat de consument van tevoren kennisneemt van alle bedingen van een overeenkomst teneinde met kennis van zaken te kunnen beslissen of hij door deze bedingen gebonden wenst te zijn.’

Het antwoord lijkt duidelijk: aan de transparantie en duidelijkheid is eerst voldaan als aan de consument kennis is gegeven van de inhoud van de algemene voorwaarden (en alle andere contractvoorwaarden). Of de voorwaarden transparant zijn, behoort – in ieder geval naar Nederlands recht – tot het ambtshalve onderzoeksdomein van de rechter. De rechter zal naar mijn mening ambtshalve hebben te onderzoeken of van onder andere de algemene voorwaarden daadwerkelijk kennis is gegeven. De toets of daarvan sprake is geweest, moet worden beantwoord aan de hand van het nationale recht.<sup>12</sup> Dat betekent dat voor algemene voorwaarden de uitwerking van de informatieplicht wordt gevonden in artikel 6:234 BW en – als de zakelijke partij geldt als dienstverrichter in de zin van artikel 6:230a BW – artikel 6:230c BW. Nu komt het mij voor dat de rechter daarin – zeker voor dienstverrichters – moet kijken welke de lichtste norm is voor de dienstverrichter en of daaraan is voldaan. Als bijvoorbeeld een opdrachtbevestiging verwijst naar een homepage, waar zonder heel uitvoerig doorklikken de algemene voorwaarden kunnen worden gevonden, mag de rechter oordelen dat aan de informatieplicht is voldaan.<sup>13</sup> Dan gaat het niet aan dat de rechter de zakelijke partij zou houden aan de zwaarst mogelijke norm die de wet hem biedt.

Het hiervoor besproken arrest van het HvJ EU kan naar mijn mening trouwens nog een gevolg hebben voor de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad van 12 november 2021 in de zaak over precontractuele informatieplichten die op webwinkeliers rusten.<sup>14</sup> In deze prejudiciële beslissing onderscheidde de Hoge Raad acht essentiële informatieplichten waarop afdeling 6.5.2B BW (consumentenovereenkomsten) geen sanctie stelt. Deze informatieplichten zijn:

- voornaamste kenmerken zaken of diensten;
- identiteit en adresgegevens van de handelaar;
- totale prijs;
- afwijkende kosten van het communicatiemiddel;
- de wijze van betaling, levering, uitvoering en de leveringstermijn;

12 Zie o.a. HvJ EU 1 april 2004, ECLI:EU:C:2004:209, NJ 2005/75 (Hofstetter/Freiburger Kommunalbauten).

13 Zie in dit kader Hof Arnhem 11 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY5306, Tvc 2013/3, p. 121, m.nt. J.H.M. Spanjaard (X/De Roo), waarin deze norm impliciet is toegepast. Het hof oordeelde dat aan de informatieplicht was voldaan doordat feitelijk was komen vast te staan dat de algemene voorwaarden in een bakje op het bureau lagen, waar de huurovereenkomst tussen partijen werd afgesloten.

14 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677.

- het bestaan van het ontbindingsrecht of het niet bestaan ervan;
- duur van de overeenkomst of opzeggingsvoorwaarden;
- minimumduur van de overeenkomst voor de consument.

De resultante van de prejudiciële beslissing is dat de rechter de keuze heeft de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen indien de handelaar de op hem rustende informatieplichten schendt. De ambtshalve toetsing vindt rechtstreeks plaats aan de wettelijke regeling, zonder dat een Europese grondslag is aangegeven. De gedeeltelijke vernietiging kan volgens de Hoge Raad plaatsvinden via een prijsvermindering. Door het arrest van 20 april 2023 van het HvJ EU kan de ambtshalve toetsing ook gebaseerd worden op Richtlijn 93/13. De omstandigheid dat aan de informatieplichten wordt voldaan door deze in de algemene voorwaarden op te nemen – door het HvJ EU toegestaan in het Tiketa-arrest<sup>15</sup> –, maakt hierin geen verschil.

## 4. Toepassing op een praktijkgeval

In de inleiding werd de praktijkcasus al aangekondigd: in een middelgrote provinciestad viel in een parkeergarage te lezen dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn en kunnen worden ingezien bij de beheerder. Daar slaat de parkeerbeheerder wat mij betreft de plank mis. Op grond van artikel 6:234 BW dient hij de algemene voorwaarden te verstrekken of op een van de in artikel 6:230c BW (het lijdt bij mij geen twijfel dat parkeergaragebeheerders als dienstverrichter in de zin van artikelen 6:230a e.v. BW kwalificeert) bepaalde wijzen te verstrekken. Pas als dat redelijkerwijze niet mogelijk is, mag worden verwezen naar de plaats waar de algemene voorwaarden zijn gedeponeerd en moet worden beloofd deze op eerste verzoek toe te sturen. Daarbij werd in de regel gedacht aan openbaarvervoerdiensten, omdat het voor de buschauffeur of de treinconducteur ondoenlijk zou zijn om iedereen die dreigt een bus of trein in te stappen een exemplaar van de algemene voorwaarden in handen te drukken.

De parkeergaragebeheerder kan evenwel aan de informatieplicht voldoen door op het bord waarop hij zijn algemene voorwaarden aankondigt ook te verwijzen naar zijn homepage of – nog beter – de URL waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Omdat deze mogelijkheid hem ten dienste staat, bestaat wat mij betreft de terugvaloptie naar de deponeringsplaats voor dienstverrichters in dergelijke gevallen niet. Het zijn van dienstverrichter brengt dus zo beschouwd ook nadere verantwoordelijkheden met zich.

15 HvJ EU 24 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:112 (Tiketa).

Daarnaast heeft de parkeergaragebeheerder ook niet aan de op hem rustende transparantieplicht voldaan door niet de overeenkomst in zijn geheel – inclusief algemene voorwaarden – ter beschikking te stellen. Dat zou in het uiterste geval kunnen betekenen dat de overeenkomst in zijn geheel vernietigbaar is en dat de parkeergaragebeheerder de parkeergelden moet terugbetalen. Nu zal bij dergelijke diensten het sop de kool niet waard zijn, maar als ‘parkeergaragebeheerder’ wordt vervangen door ‘webwinkelier’ en ‘parkeerkaartje’ door ‘dure huishoudelektronica’, wordt duidelijk dat handelaars er goed aan doen hun algemene voorwaarden daadwerkelijk en op correcte wijze ter beschikking te stellen.

## 5. Afronding

Er zijn wederom stappen gezet in de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Sinds 2 juni 2023 staat in Nederland onomstotelijk vast dat groothandelsleveranciers dienstverrichters in de zin van artikelen 6:230a e.v. BW zijn en dat van geval tot geval moet worden bekeken of de verwijzing naar de homepage genoeg is om de algemene voorwaarden ‘gemakkelijk elektrisch toegankelijk’ te maken in de zin van artikel 6:230c onder 3 BW. Meer dan drie keer moeten klikken lijkt mij uit den boze, maar de rechtspraak zal het moeten uitwijzen.

Aan de andere kant is de rechter gehouden ambtshalve te onderzoeken en te toetsen of de gebruiker van algemene voorwaarden de algemene voorwaarden aan zijn consument-klant ter beschikking heeft gesteld. Gebruikers doen er goed aan hun protocollen op dit punt op orde te hebben en in de procedure te bewijzen dat en hoe van de algemene voorwaarden kennis is gegeven.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Zie ook Spanjaard 2023/1. De in dat artikel beschreven bekendheidsuitzondering geldt mijns inziens ook als de wederpartij een consument is.