

Richtlijnconforme uitleg van de informatieverplichting bij dienstverrichting; ijdele hoop voor ongemak?

MR. T.B.M. KERSTEN

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de informatieverplichting die artikel 6:234 BW aan de gebruiker van algemene voorwaarden oplegt. Desalniettemin bestaat nog onduidelijkheid over de vraag naar de samenhang van de regeling ter implementatie van de dienstenrichtlijn (artikel 6:230a BW t/m 6:230f BW) met de informatieplicht zoals die in artikel 6:234 BW is opgenomen.¹ Met name over de periode van 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 bestaat de onduidelijkheid over de exacte toepassing van de informatieverplichting voor dienstverrichters. In de vrij geringe literatuur wordt aangenomen dat de oplossing gevonden kan worden in de richtlijnconforme interpretatie.

Om die verhouding scherp(er) te krijgen, staat in dit artikel de vraag centraal welke voorwaarden aan de informatieverplichting voor een dienstverrichter gesteld kunnen worden in de periode 1 juli 2010 tot 1 januari 2012.

Voor een heldere uiteenzetting zal op de volgende aspecten van deze thematiek worden ingegaan. In deze bijdrage zal achtereenvolgens worden stilgestaan bij de wettelijke bepaling zoals die in de periode van 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 van toepassing was.² Daaruit zal blijken dat de vergissing van de wetgever om geen duidelijke verwijzing naar artikel 6:230c BW op te nemen de toch al zo weerbarstige problematiek nog ondoorgrondelijker maakt. Vervolgens wordt ingegaan op de bepalingen van de Dienstenrichtlijn die voor de exacte invulling van de informatieverplichting relevant zijn. Ten slotte zullen deze bevindingen worden geplaatst in het licht van de richtlijnconforme interpretatie van de bepalingen van de Dienstenrichtlijn en zal met een conclusie worden afgerond.

De historische afbakening van het huidige artikel 6:234 BW

Artikel 6:234 BW heeft in een relatief kort tijdsbestek ingrijpende wijzigingen ondergaan. In het juni nummer van *ORP* is reeds uitgebreid aandacht besteed aan de informatieverplichting en wijzigingen die artikel 6:234 BW in een relatief kort tijdsbestek heeft ondergaan.³

Artikel 6:234 BW

Onderhavig artikel is in een relatief korte tijd veelvuldig gewijzigd. Deze wijzigingen zijn te verdelen in de periode voor 28 december 2009, een periode van 28 december 2009 tot 1 juli 2010, de periode van 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 en – ten slotte na een wetswijziging – een gecorrigeerde bepaling ingaande 1 januari 2012.

Op 28 december 2009 werd als gevolg van de implementatie van de Dienstenrichtlijn aan artikel 6:234 BW artikellid d toegevoegd. Deze luidde: *“hetzij, indien er sprake is van algemene voorwaarden of bepalingen als bedoeld in artikel 6:230b onder 6, de voorwaarden op een van de in artikel*

¹ De bepaling ter implementatie van de dienstenrichtlijn zijn in Boek 6, titel 5, afdeling 2a opgenomen en op 28 december 2009 in werking getreden (Stb. 2009, 503).

² Voor een uitgebreide beschrijving van de gedaanteverwisselingen die artikel 6:234 BW ondergaan heeft in de periode van 2004 tot en met 2012 wordt verwezen J.H.M. Spanjaard, 'Aan de toepasselijkheid van algemene voorwaarden is niets algemeen', *ORP* 2012, nr. 4, p. 22-30.

³ Zie voetnoot 2 voor de exacte vindplaats van die bijdrage in *ORP*.

6:230 c bedoelde wijze heeft verstrekt”. Met de koppeling van deze beide afdelingen werd beoogd voor dienstverrichters een specifieke regeling op te nemen die de informatieplicht vereenvoudigde met name door de dienstverrichter de wettelijke mogelijkheid te bieden aan de informatieverplichting te voldoen door te verwijzen naar een adres waar algemene voorwaarden ‘gemakkelijk elektronisch toegankelijk’ zijn. Voor de dienstverrichter is de informatieverplichting lichter.

Tot zover vormen de ontwikkelingen een tamelijk overzichtelijk geheel. Op de specifieke inhoud van de bepalingen van de Dienstenrichtlijn (en de Dienstenwet ter implementatie daarvan) wordt nog ingegaan.

Per 1 juli 2010 heeft artikel 6:234 BW echter wederom een materiële wijziging ondergaan, waarvan het raadselachtig blijft hoe deze tot stand is gekomen.⁴ Deze wetswijziging per 1 juli 2010 is het gevolg van de Wet Elektronische Akten. De eerdere verwijzing naar artikel 6:230c BW kwam per gelijke datum te vervallen.⁵

Vanaf 1 juli 2010 regelt artikel 6:234 lid 1 BW de informatieplicht voor zogeheten offline overeenkomsten; lid 2 en lid 3 bevatten voorwaarden voor de informatieplicht bij online gesloten overeenkomsten. Opmerkelijk genoeg is de eerdergenoemde koppeling met artikel 6:230c BW plotseling verdwenen. Met name opmerkelijk, omdat de wetsgeschiedenis voor dit wegvallen geen verklaring biedt. De toevoeging bij nota van wijziging van 16 september 2009 bevat geen specifieke toelichting.⁶

Op 16 november 2010 heeft de Eerste Kamer om opheldering verzocht.⁷ Hiertoe aangespoord, omdat in de literatuur en rechtspraktijk vragen waren gerezen over het wegvallen van de koppeling zoals die per 28 december 2009 in het gewijzigde artikel 6:234 BW was doorgevoerd. De Eerste Kamer vroeg zich – onder meer – af:

“1.(...) Geldt nu nog steeds dat dienstverrichters kunnen volstaan met het plaatsen van algemene voorwaarden op de eigen website? 2. 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?”

Op deze Kamervragen heeft – demissionair – staatssecretaris Teeven op 4 januari 2011 schriftelijk geantwoord:⁸

4 In de literatuur wordt breed aangenomen dat het hier een vergissing van de wetgever betreft. Of dat daadwerkelijk zo is, blijft een vraagteken, nu de staatssecretaris op de achtergronden van het weglaten van de voorheen bestaande verwijzingen naar de Dienstenrichtlijn niet ingaat.

5 Wet Dwingende Bewijskracht Elektronische Akten, *Srb.* 2010, 222.

6 Nota van Wijziging, wetsvoorstel 31859, nr. 4, artikel 1A en de toelichting daarop.

7 Brief 16 november 2010 Eerste Kamer met kenmerk 147430u, *Kamerstukken / 2010/11, G*, wetsvoorstel 31 358 en 31 859 Verslag van schriftelijk overleg van 11 januari 2011, onderdeel G.

8 Brief staatssecretaris van Veiligheid en Justitie mr. F. Teeven, 4 januari 2011, *Kamerstukken / 2010/11, G*, wetsvoorstel 31358 en 31859.

“...door de opeenvolgende aanpassingen is de verwijzing naar artikel 6:230 c BW in artikel 6:234 BW weggevalen.”

Die reactie oogt wat evasief. Een verklaring voor deze weglating biedt de staatssecretaris niet. Dat is merkwaardig nu de staatssecretaris in de daaropvolgende passages opmerkt dat deze vergissing weldegelijk gevolgen heeft. Zo stelt hij:

“Om te bewerkstellingen 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 6:230 c BW en artikel 6:234 BW moeten worden hersteld. De Staatssecretaris concludeert dat zo lang die koppeling niet hersteld is voor een dienstverrichter de navolgende verplichting geldt. Op basis van artikel 6:234 BW mag een dienstverrichter zijn algemene voorwaarden elektronisch toegankelijk maken via een website. De wederpartij moet uitdrukkelijk worden gevraagd naar diens instemming met de algemene voorwaarden. Wel kondigt de Staatssecretaris reparatiewetgeving aan.”(cursivering door schrijver dezes)

Opmerkelijk genoeg is de koppeling met artikel 6:230c BW aan de informatieplicht van 6:234 BW plotseling verdwenen. Met name opmerkelijk, omdat de wetsgeschiedenis voor dit wegvallen geen verklaring biedt.

De staatssecretaris erkent enerzijds dat een onwenselijke situatie is ontstaan als gevolg van de vergissing bij de totstandkoming van de nieuwe wettelijke bepaling per 1 juli 2010, die hersteld moet worden. Anderzijds stelt de staatssecretaris dat tot het herstel van deze vergissing rehtens is dat de dienstverrichter de afnemer om toestemming dient te vragen.⁹

Was de informatieplicht tot 1 juli 2010 al niet complex genoeg; het lijkt erop dat de wetgever onbedoeld een nieuw vereiste heeft ingevoerd: het toestemmingsvereiste van de wederpartij bij offline gesloten overeenkomsten betreffende het verrichten van diensten voor het online ter beschikking stellen van algemene voorwaarden. Dit vereiste is afhankelijk van de periode van totstandkoming van de overeenkomst (en de daarbij beoogde toepasselijkheid van algemene voorwaarden).

In mijn ogen wordt in de literatuur te eenvoudig geconcludeerd dat deze koppeling van artikel 6:234 met 6:230c BW via richtlijnconforme interpretatie moet worden opgelost. Hoewel die mogelijkheid vrij algemeen wordt overgenomen in de literatuur, wordt deze nauwelijks

9 Niet valt uit te sluiten dat de staatssecretaris louter voorkoming van overheidsaansprakelijkheid stelt dat de wet grammaticaal geïnterpreteerd dient te worden.

uitgewerkt.¹⁰ De staatssecretaris meldt immers het tegendeel: de wettekst moet grammaticaal worden uitgelegd. Zou richtlijnconforme uitleg deze vergissing tijdelijk hebben kunnen herstellen, dan had de wetgever deze praktijkvriendelijke oplossing verkozen. Het commentaar van de staatssecretaris is echter enigszins verwarrend is en roept andermaal vragen op. Zo spreekt hij van: *‘instemming met de algemene voorwaarden’*. Instemming vindt plaats via aanbod en aanvaarding. Dat staat los van de informatieverplichting die voortvloeit uit artikel 6:234 BW.

De koppeling met artikel 6:230c BW is per 1 januari 2012 hersteld. Met het herstel van deze koppeling is het vanaf 1 januari 2012 zonder meer toegestaan de algemene voorwaarden ter beschikking te stellen indien deze informatie:

“Voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk is op een voor de dienstverrichter medegedeeld adres”.

De conclusie in de literatuur dat het wegvallen van artikel 6:230c BW via richtlijnconforme interpretatie moet worden opgelost, wordt tot dusverre nauwelijks uitgewerkt.

De wettekst biedt na 1 januari 2012 weer de ruimte voor verwijzing naar een adres waar de algemene voorwaarden ‘gemakkelijk elektronisch’ te raadplegen zijn. Ook deze formulering roept vraagtekens op naar de wijze waarop deze verwijzing dient te geschieden. Het is de vraag welke eisen aan een duidelijke verwijzing naar algemene voorwaarden gesteld kunnen worden zodanig dat zij gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn.

Om op deze vraag een antwoord te formuleren wordt eerst bekeken wat de dienstenrichtlijn concreet bepaalt, waarna op de richtlijnconforme uitleg van 6:234BW zal worden teruggekomen.

De dienstenrichtlijn

Om te bepalen of richtlijnconforme uitleg een oplossing kan bieden voor de omissie in de wet in de periode 1 juli 2010 tot 1 januari 2012, wordt eerst de dienstenrichtlijn nader beschouwd. Inzicht in de relevante bepalingen omtrent de informatieplicht, opgenomen in de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet is dan onontbeerlijk.¹¹ Daarbij dient naast de letterlijke tekst ook de doelstelling van de Dienstenrichtlijn te worden gezien.

De tekst van de Dienstenrichtlijn komt woordelijk overeen

10 Zie de blog van mr. C. Drion van 18 oktober 2010 na te lezen op <http://NJBblog.nl/2010/1018/dwaallicht>; de conclusie van advocaat-generaal Wissink bij de hogere onder het arrest *First Data/KPN Hotspot* 11 februari 2011, *NJ* 2011, 571 (zie met name de overwegingen 2.6 tot en met 2.9.3 die een weergave van de wetgeschiedenis vormen) en Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Kluwer (2011) 9e druk, aantekening 2 bij artikel 6:234 BW.

11 Dienstenwet, 12 november 2009, *Stb.* 2009, 503.

met artikel 6:230b lid 6 en 6:230c BW.¹² De termen ‘dienstverrichter’ en ‘afnemer’ zijn in Boek 6 letterlijk overgenomen van de Dienstenrichtlijn.¹³ De dienstverrichter is gehouden de afnemer in voorkomend geval, de algemene voorwaarden en de bepalingen die de dienstverrichter hanteert ter beschikking te stellen. In dezelfde bepaling van de Dienstenrichtlijn staat in lid 2 een viertal voorwaarden opgenomen voor de wijze waarop de dienstverrichter aan zijn informatieverplichting kan voldoen. Deze voorwaarden zijn in artikel 6:230c BW op identieke wijze overgenomen. De dienstverrichter heeft de keuze de algemene voorwaarden te verstrekken:

- op eigen initiatief door de dienstverrichter;
- op een gemakkelijk toegankelijke plaats waar de dienst wordt verricht of het contract wordt gesloten;
- op een makkelijk elektronisch toegankelijke locatie op een door de dienstverrichter medegedeeld adres en
- door opneming van deze verwijzingen in elke door de dienstverrichter aan de afnemer verstrekt informatiedocument.

De verwijzing naar een url, waar de algemene voorwaarden gemakkelijk toegankelijk zijn, valt onder artikellid c. Overweging 96 van de considerans in de Dienstenrichtlijn is voor de onderhavige discussie van belang:

“Het is passend om te bepalen dat een van de wijzen waarop een dienstverrichter een afnemer gemakkelijk toegang kan geven tot de informatie die hij verplicht beschikbaar moet stellen, het verstrekken van zijn elektronisch adres, inclusief dat van zijn website is. Bij de verplichting voor de dienstverrichter om bepaalde informatie te verstrekken in documenten die een gedetailleerde beschrijving van zijn diensten geven, moet het niet gaan om algemene commerciële communicatie zoals reclame, maar om documenten, met inbegrip van documenten op een website, die de aangeboden diensten in detail beschrijven”.

Deze richtlijn diende uiterlijk vóór 28 december 2009 in Nationale Wetgeving te worden omgezet.¹⁴

Biedt de richtlijnconforme interpretatie van de Dienstenrichtlijn uitkomst?

Richtlijnen vinden hun grondslag in het EG verdrag.¹⁵ In 1984 heeft het Hof van Justitie de richtinggevende uitspraak *Von Colson en Kamann* gewezen.¹⁶ Het Hof

12 Artikel 22 lid 1 en lid 2 Dienstenrichtlijn, richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006.

13 Helaas is de terminologie van boek 6, titel 5, afdeling 2a en afdeling 3 niet op elkaar afgestemd. De bepalingen van afdeling 2a bezigen de termen: ‘dienstverrichter’ en ‘afnemer’. De bepalingen van afdeling 3 spreken van ‘gebruiker’ en ‘wederpartij’. Nog verwarrender wordt het als de Memorie van Toelichting bij de Veegwet erbij wordt betrokken (*Kamerstukken II* 2010/11, wetsvoorstel 32 863, nr. 3, p. 7. Daar wordt de term ‘handelaar’ gebezigd.

14 Artikel 44 Dienstenrichtlijn, richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006.

15 Artikel 10 juncto artikel 249 lid EG Verdrag.

16 Hof van Justitie 10 april 1984, 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, p. 1891.

komt in rechtsoverweging 28 tot de verplichting voor lidstaten wetgeving richtlijnconform te interpreteren.

“Het staat aan de Nationale Rechter vrij om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde Wet uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht”.

De verplichting wettelijke bepalingen richtlijnconform te interpreteren is evenwel begrensd. Klassiek is de overweging van het Hof van Justitie in de uitspraak Kolpinghuis van 1986.¹⁷ De verplichting tot richtlijn conforme interpretatie vindt zijn begrenzing in:

“De algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht”.

De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie wordt in het arrest Marleasing verduidelijkt:¹⁸

“(…) bij de toepassing van het Nationale Recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de Nationale rechter dit zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, 3e alinea, EEG verdrag te voldoen.”¹⁹

Volwassen wordt het systeem van richtlijnconforme interpretatie in het arrest Adeneler.²⁰ Met name vermeldenswaard zijn de overwegingen 108 tot en met 124 waarin stapsgewijs wordt uiteengezet wat van de nationale rechter wordt gevergd:

“Het beginsel van richtlijnconforme uitlegging vereist niettemin dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling (...)”²¹

Het Hof vervolgt met te constateren dat in geval van te late omzetting van een richtlijn pas vanaf het verstrijken van de

omzettingstermijn de verplichting geldt om het interne recht richtlijnconform uit te leggen. Voor Nederland bestond de plicht om de Dienstenrichtlijn uiterlijk op 28 december 2009 te hebben omgezet in de Nederlandse wetgeving.

Het Hof vervolgt zijn redenering met de overweging dat de lidstaten zich tijdens de omzettingstermijn dienen te onthouden van maatregelen die verhinderen dat het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar komt.²²

Het Hof komt tot de slotsom dat de nationale rechter, wanneer een richtlijn te laat in de rechtsorde van de betrokken lidstaat is omgezet en de relevante bepalingen ervan geen directe werking hebben, vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn het interne recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn moet uitleggen, teneinde de daarmee beoogde resultaten te bereiken, waarbij zij de voorkeur geeft aan een uitlegging van de nationale voorschriften die zoveel mogelijk in overeenstemming is met dat doel, om aldus te komen tot een uitlegging die verenigbaar is met de bepalingen van die richtlijn.²³

De begrenzing van de richtlijnconforme interpretatie

In de literatuur wordt wel betoogd dat de richtlijnconforme interpretatie op de volgende wijze is begrensd. De externe begrenzing bestaat in het verbod om bestaande wetgeving in strijd met de rechtszekerheid uit te leggen en door richtlijnconforme interpretatie de facto directe werking aan de richtlijn te geven, terwijl die nog niet is omgezet.

Interne begrenzing vindt de richtlijnconforme uitleg door de interpretatieruimte die de wetgeving biedt en de taakverdeling tussen rechter en wetgever. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat deze grenzen elkaar (kunnen) overlappen en niet strikt gescheiden zijn.²⁴

Richtlijnconforme uitleg vereist dat de nationale rechter al het mogelijke doet om, met toepassing van de erkende uitleggingsmethoden, tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de nagestreefde doelstelling van de richtlijn.

In geen geval mag de richtlijnconforme interpretatie van wettelijke bepalingen tot een *contra legem*-uitleg leiden.²⁵ Tussentijdse conclusie: doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of via richtlijnconforme uitleg de koppeling van

17 Hof van Justitie 8 oktober 1987, 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, p. 3969; nadien bevestigd in overeenkomstige zin in het arrest Hof van Justitie 16 juni 2005, Pupino, C-105/03, *Jurispr.* p. I-5285.

18 Hof van Justitie 13 november 1990, C-106/89, Marleasing, *Jur.* 1990, p. I-4135, *NJ* 1993, 163 en het arrest Pfeiffer e.a., C-397/01-C-403/01, *Jur.* p. I-8835.

19 Rechtsoverweging 8 Marleasing, artikel 189 derde alinea EG verdrag is inmiddels gewijzigd in artikel 249 derde lid EG verdrag.

20 Hof van Justitie 4 juli 2006, zaak 212/04, Adeneler, *Jur.* 2006, p. I-6057. De uiteenzetting van de mogelijkheden tot het vorderen van schadevergoeding op grond van de arresten Francovich arresten van 19 november 1991, (C-6/90 en C-9/90, *Jur.* p. I-5357, punt 39 en Faccini Dori van 14 juli 1994, C-91/92, *Jur.* p. I-3325 laat ik voor dit artikel buiten beschouwing.

21 Overweging 115 Adeneler-arrest.

22 Hof van Justitie 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, *Jurispr.*, p. I-7411.

23 Overweging 124 Adeneler-arrest.

24 M.H. Wissink (2001), serie Recht en Praktijk nr. 105, *Richtlijn conforme interpretatie van Burgerlijk Recht*, hoofdstuk 5 en 6.

25 Hof van Justitie 2 augustus 1993, C-271/91, Marschal 2, *Jur.* 1993, p. I-4367.

artikel 6:234 BW met 6:230c BW kan worden gemaakt, zijn de hiervoor genoemde begrenzings (rechtszekerheid en contra legem-uitleg).

Welke interpretaties zijn mogelijk?

Ik onderscheid twee interpretatiemethodes: de grammaticale en de richtlijnconforme interpretatie.

Grammaticale uitleg van deze bepaling, zoals de staatssecretaris die voorstaat, betekent dat het verwijzen naar een url waar de algemene voorwaarden te raadplegen zijn voor offline gesloten overeenkomsten, de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij behoeft. Deze toestemming was vóór 1 juli 2010 en is na 1 januari 2012 voor dienstverrichtingen niet vereist. In deze periodes volstond respectievelijk volstaat het dat de dienstverrichter op een wijze als genoemd in artikel 6:230c BW de informatieverplichting ex artikel 6:234 BW invult. Een louter grammaticale uitleg van artikel 6:234 BW veroorzaakt dat afhankelijk van het moment van contracteren wel of niet de toestemming van de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden vereist zou zijn. Dat valt niet te rijmen met het feit dat de staatssecretaris erkent dat het hier een vergissing van de wetgever betreft.

Richtlijnconforme uitleg voorkomt dat het afhankelijk wordt van de datum van totstandkoming van de overeenkomst wat rechtens is: wel of niet de toestemming van de wederpartij voor elektronisch beschikbaar gestelde algemene voorwaarden bij offline gesloten overeenkomsten. Daarnaast bevat artikel 6:234 BW geen specifieke bepaling voor terhandstelling door dienstverrichters, zodat feitelijk toepassen van artikel 6:230c BW geen strijd oplevert met 6:234 BW. Daarmee is dus geen sprake van een uitleg *contra legem*.

Het gegeven dat over de periode 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 sprake was van een vergissing rechtvaardigt dat een uitleg wordt verkozen die zoveel mogelijk strookt met de geldende wet voor 1 juli 2010 en na 1 januari 2012.

Nu de Dienstenrichtlijn uitdrukkelijk niet de voorwaarde stelt dat een dienstverrichter bij offline gesloten overeenkomsten de toestemming van de wederpartij moet krijgen voor de verwijzing naar een url waarop algemene voorwaarden gemakkelijk te raadplegen zijn, is een grammaticale interpretatie mijns inziens zelfs in strijd met het Europees gemeenschapsrecht.

De Dienstenrichtlijn beoogt enerzijds afnemers te beschermen tegen onduidelijke informatie en anderzijds het dienstverrichters eenvoudiger te maken algemene voorwaarden digitaal kenbaar te maken.²⁶ Zo bevat de considerans de passus dat de dienstverrichter een afnemer gemakkelijk toegang kan geven tot de informatie die hij verplicht beschikbaar moet stellen, door het verstrekken

van zijn elektronisch adres.

Van anticipatie op 'nieuwe' wetgeving (door gebruikmaking van richtlijnconforme interpretatie) is geen sprake. De koppeling met artikel 6:230c BW bestond immers al in de wet en is louter door slordigheid van de wetgever weggevallen.

Uit het arrest Adeneler kan bovendien het voorschrift aan de nationale rechter worden afgeleid zich in de periode, waarin de richtlijn niet (volledig) is omgezet, te onthouden van maatregelen en het uitleggen van het nationale recht in het licht van de strekking en bewoordingen van de richtlijn.²⁷ In de periode 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 is de Dienstenrichtlijn die wel omgezet had dienen te zijn, gedeeltelijk niet meer in de wet opgenomen. Dat wetende, is het de nationale rechter niet toegestaan wettelijke bepalingen in strijd met de Dienstenrichtlijn uit te leggen. Temeer met de wetenschap dat per 1 januari 2012 de wet ook weer als zodanig is aangepast en de koppeling is hersteld.

Het komt de rechtszekerheid (en de verwezenlijking van de doelstellingen van de Dienstenrichtlijn) ten goede als de uitleg van 6:234 BW zo min mogelijk *schommelt*. Het moment van totstandkoming van de overeenkomst is dan evenmin een issue.

Verwijzen naar een url versus 'gemakkelijk elektronisch toegankelijk'

Strekking van artikel 6:230c is evenwicht te brengen in de verplichtingen van de dienstverrichter en de afnemer. Enerzijds wordt het de dienstverrichter eenvoudiger gemaakt te voldoen aan zijn informatieplicht door het mogelijk te maken te verwijzen naar een adres waar de algemene voorwaarden 'gemakkelijk elektronisch toegankelijk' zijn. Anderzijds is de strekking van artikel 6:230c BW het de afnemer zo eenvoudig mogelijk te maken kennis te nemen van de (algemene) voorwaarden waaronder hij contracteert.

Welke eisen kunnen worden gesteld aan de url gelet op voornoemde strekking? *Grundnorm* is artikel 6:233 sub b: een redelijke mogelijkheid bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. In mijn ogen volstaat het dan niet enkel een url van een homepage te noemen, tenzij op die homepage ook direct de algemene voorwaarden te raadplegen zijn. Een afnemer moet anders in de website gaan zoeken.²⁸ De url moet dus de concrete vindplaats van algemene voorwaarden binnen de website bevatten. Daarnaast kan de eis aan de dienstverrichter worden gesteld dat hij stelt en zo nodig bewijst dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de url ook

26 Zie onder meer overweging 96 Dienstenrichtlijn.

27 In de literatuur ook wel aangeduid met negatieve conforme uitleg. Zie: *Invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, prof.mr. A.S. Hartkamp c.s., Kluwer (2007), paragraaf 5.1. p. 112.

28 Tenzij de algemene voorwaarden al direct op de homepage raadpleegbaar zijn.

daadwerkelijk leidde tot de vindplaats van de algemene voorwaarden. Aan deze eis voldoen, kan veel vergen van de dienstverrichter, omdat hij vast moet leggen dat het via de url aangegeven pad indertijd zou hebben geleid tot de vindplaats van de algemene voorwaarden.

De (voornamelijk lagere) rechtspraak worstelt met de grenzen van de informatieplicht en het al dan niet toestaan van verwijzen naar een url, zij het dat de in de voetnoot vermelde uitspraken niet zijn geweest onder de vigeur van de wettelijke bepalingen in de periode van 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 of onder een specifieke verwijzing naar de toepasselijke regeling van artikel 6:230c BW.²⁹ Aan de url mag – mijns inziens – de eis worden gesteld dat deze zodanig concreet is dat deze direct leidt tot de algemene voorwaarden. Het past binnen de strekking van artikel 6:230c dat de inspanning bij de dienstverrichter ligt en de afnemer snel kennis kan nemen van de voorwaarden. De algemene voorwaardenregeling in het algemeen en de informatieplicht in het bijzonder beoogt bescherming te bieden aan afnemer. Het ligt voor de hand het criterium ‘gemakkelijk toegankelijk’ ex artikel 6:230c BW dan restrictief te interpreteren vanwege het oogmerk van ongelijkheidscompensatie.

Beter is het overigens een deeplink of ‘closed-pdf’ naar de afnemer te zenden. Dat voorkomt verweren dat de website of het (via de url) aangegeven pad structureel niet toegankelijk was waardoor met het zenden van de deeplink of de url evenmin aan de informatieplicht zou zijn voldaan. Het meezenden van een deeplink in plaats van een url is bovendien een dermate geringe extra inspanning dat het belang van de afnemer redelijkerwijs van de algemene voorwaarden kennis te kunnen nemen, al snel zal prevaleren boven die van de dienstverrichter.

Een deeplink voorkomt, in elk geval meer dan een verwijzing naar een url van een homepage, een discussie over de juiste versie van de algemene voorwaarden. Temeer van belang, omdat de bewijslast te hebben voldaan aan de informatieplicht bij de dienstverrichter ligt.

29 Rechtbank Maastricht 20 januari 2010, LJN BL1980; Rechtbank Zwolle 14 januari 2009, LJN BI3429. Anders: Gerechtshof Den Bosch 13 oktober 2009, LJN BL1921; Rechtbank Haarlem 29 augustus 2007, LJN BB2576; Rechtbank Amsterdam 17 februari 2010, LJN BN0310. Recent nog heeft de Hoge Raad zich zodanig uitgesproken dat niet was voldaan aan de informatieplicht indien met een zoekopdracht op het internet de voorwaarden eenvoudig te raadplegen zijn: Hoge Raad 11 februari 2011, LJN BO7108, *RvdW* 2011, 242 (*First Data/KPN Hotspots*).

Conclusie

In mijn ogen is zeer wel te verdedigen dat met het wegvallen van de koppeling van 6:234 BW aan 6:230c BW de Dienstenrichtlijn vanaf 1 juli 2010 niet meer correct is omgezet in de Nederlandse rechtsorde. Voordien werd deze koppeling ingevoerd om op correcte en duidelijke wijze aan de Dienstenrichtlijn te voldoen.

Volstaan kan niet worden met het enkel verwijzen naar een url van een homepage; de url moet de concrete vindplaats van algemene voorwaarden binnen de website bevatten.

Over de periode 1 juli 2010 tot 1 januari 2012 dient artikel 6:234 BW daarom richtlijnconform te worden uitgelegd door de koppeling met artikel 6:230 c *in te lezen* in artikel 6:234 BW. Die uitleg strookt het meeste met de bedoeling van de richtlijn, zijnde belemmeringen op de interne markt weg te nemen en voor de dienstverrichter specifieke regels in de wet op te nemen. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de nationale wetgever heeft beoogd deze koppeling te maken.

Nu de omzetting niet volledig wordt verwezenlijkt in deze periode, schendt een uitleg, waarin alleen voldaan is aan de informatieplicht wanneer de wederpartij toestemming heeft gegeven, de rechtszekerheid. Een richtlijnconforme uitleg is evenmin *contra* legem: alle partijen mochten erop vertrouwen dat de regelgeving zoals die tot 1 juli 2010 gold niet zonder aanwijsbare reden materieel gewijzigd zou worden.

De richtlijnconforme interpretatie reikt echter mijns inziens niet zover dat kan worden volstaan met de verwijzing naar een url van de homepage van een website. Het strookt mijns inziens niet met de beoogde doelstelling van de richtlijn en het systeem van de wet enkel te verwijzen naar een dergelijke url. Een correcte uitleg vereist minstens het zenden van een url met daarin het directe pad naar de algemene voorwaarden of een deeplink naar de locatie waar de algemene voorwaarden gemakkelijk te raadplegen zijn.

Over de auteur

Mr. Twan Kersten is advocaat bij Meesterwerk Advocaten & Mediators te 's-Hertogenbosch.