

# Actualia

## contractspraktijk

## Detailhandelaren en leveranciers in distributieland treden toe tot het walhalla van de Dienstenrichtlijn

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

### 1. Inleiding

‘Dienstverrichters hebben het maar makkelijk’, klinkt het geregeld in cursussen over algemene voorwaarden. En gelijk hebben de cursisten. Op hen rust goeddeels dezelfde informatieplicht van algemene voorwaarden als op niet-dienstverrichters, maar de invulling van de informatieplicht verschilt nogal. Voor dienstverrichters geldt niet de reguliere norm van artikel 6:234 van het Burgerlijk Wetboek (BW), dat – kort gezegd – uitgaat van fysieke terhandstelling<sup>1</sup> waarbij het initiatief nadrukkelijk op de gebruiker van de algemene voorwaarden rust.<sup>2</sup> Voor dienstverrichters is het gemakkelijker: zij hebben volgens artikel 6:230c BW vier mogelijkheden, waarvan de keuze de dienstverrichter vrijstaat, om aan de informatieplicht te voldoen. Deze regeling vloeit voort uit de Dienstenrichtlijn, die per 28 december 2009 civielrechtelijk is geïmplementeerd in afdeling 6.5.2A BW, de artikelen 6:230a tot en met 6:230f BW.<sup>3</sup> De meest tot de verbeelding sprekende mogelijkheden

zijn het beschikbaar hebben van de algemene voorwaarden op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten of de dienst wordt verricht en de beschikbaarheid van de algemene voorwaarden op een meegedeeld elektronisch adres.<sup>4</sup>

Op 30 januari 2018 oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) dat ook detailhandel en distributiehandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn vallen.<sup>5</sup>

In deze bijdrage sta ik stil bij de informatieplicht die op gebruikers van algemene voorwaarden rust onder afdeling 6.5.2A BW. Ook stel ik de vraag of het niet beter zou zijn de norm van artikel 6:230c BW tot algemene norm te verheffen.

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

1. Met dien verstande dat waar partijen hun overeenkomst per e-mail of met een ander communicatiemiddel op afstand sluiten, de terhandstelling ook langs elektronische weg kan worden toegezonden. De toezending blijft een kardinaal element.  
2. HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571, m.nt. JH (Attingo).  
3. Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L 376. De implementatie is vastgelegd in Stb. 2009, 617.

4. Een voorbeeld van het eerste is het bakje op de counter. Zie Hof Arnhem 11 december 2012, NJF 2013/115, TVC 2013/3, m.nt. J.H.M. Spanjaard (X/De Roo). Een voorbeeld van het tweede is de publicatie van de algemene voorwaarden op de website van de gebruiker. Zie Rb. Oost-Brabant 18 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1538 (Quantaris).  
5. HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44 (Amersfoort/X en Visser/Appingedam).

## 2. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden, meer specifiek onder afdeling 6.5.2A BW<sup>6</sup>

### 2.1 Toepasselijkheid van algemene voorwaarden: tweefasentoets

In het in 1992 ingevoerde Burgerlijk Wetboek wordt de vraag of de algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst tussen partijen zijn en blijven, in twee fasen beantwoord.<sup>7</sup> Allereerst moet de vraag worden beantwoord of de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard (fase 1). Als dat het geval is, kan een wederpartij – wanneer zij kwalificeert als een zogenoemde kleine wederpartij in de betekenis van artikel 6:235 BW en niet in het buitenland is gevestigd (art. 6:247 lid 2 BW) – de vernietiging van de algemene voorwaarden (of van bepalingen daaruit) inroepen indien de gebruiker niet aan zijn op hem rustende informatieplicht heeft voldaan (art. 6:233 onder b jo. art. 6:234 BW) (fase 2).<sup>8</sup>

### 2.2 Eerste fase: toepasselijkheid

De toepasselijkverklaring van algemene voorwaarden verloopt volgens het algemene stramien voor het sluiten van overeenkomsten dat in artikel 6:217 jo. artikel 3:33 jo. artikel 3:35 BW is neergelegd: de gebruiker van de algemene voorwaarden biedt zijn algemene voorwaarden aan en de wederpartij dient deze te accepteren. Door aanbod en aanvaarding worden de algemene voorwaarden dan onderdeel van het contract.<sup>9</sup> In zoverre wijkt de huidige regeling niet af van de vóór 1992 bestaande situatie, zoals ook Jongeneel opmerkt.<sup>10</sup>

Acceptatie van de gelding van algemene voorwaarden wordt in de rechtspraak snel aangenomen. Indien naar de algemene voorwaarden wordt verwezen en/of wanneer deze worden bijgesloten, wordt de wederpartij al snel geacht daarmee de gelding van de algemene voorwaarden te hebben aanvaard.<sup>11</sup> Dit volgt uit artikel 6:232 BW, waarin is bepaald dat de wederpartij ook aan geaccepteerde maar niet gekende algemene voorwaarden gebonden is.

6. Deze paragraaf is een bewerking en update van J.H.M. Spanjaard, Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving, *Contracteren* 2012/1, p. 27-33.
7. In gelijke zin J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht*, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2017, p. 183-184.
8. Vooropgesteld dat beide partijen hun hoofdvesting in Nederland hebben, vgl. art. 6:247 lid 2 BW.
9. T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2007 ('Van Wechem 2007'), p. 14-15; R.H.C. Jongeneel, *Gebondenheid*, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2017, p. 123 e.v.
10. R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. VU), 1991, nr. 122.
11. Zie conclusie A-G Wissink voor HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT6684, NJ 2011/574 (Linthorst/Echoput), onder 2.38 met verwijzingen.

De toepasselijkheid van algemene voorwaarden kent de nodige specifieke uitwerkingen, zoals onder andere het vergeten van een verwijzing in een langlopende handelsrelatie, de meervoudige verwijzing in een offerteprocedure, de verwijzing in een opdrachtbevestiging 'algemene voorwaarden A of B' en de verwijzing in een opdrachtbevestiging 'algemene voorwaarden A en B'.<sup>12</sup> Daarbij maakt de aard van het beding niet uit. Algemene voorwaarden die een exoneratieclausule bevatten, worden niet anders behandeld dan algemene voorwaarden die dat niet hebben.<sup>13</sup>

### 2.3 Tweede fase: vernietigbaarheid

#### 2.3.1 Informatieplicht vanaf 1992

In de rechtspraak komen veel zaken voor waarin de wederpartij de gelding van algemene voorwaarden tracht aan te tasten door te stellen dat deze niet zijn ter hand gesteld conform het bepaalde in artikel 6:233 onder b BW in combinatie met artikel 6:234 BW. Daarbij wordt miskend dat de vernietiging van algemene voorwaarden de zogeheten tweede fase is, die pas kan volgen als de eerste fase met succes is doorlopen.

Artikel 6:234 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.<sup>14</sup> Anno 1992 was internet nog geen gemeengoed en werd uitsluitend in de offline wereld zakengedaan.

Het uitgangspunt van de informatieplicht van algemene voorwaarden is dat algemene voorwaarden ter hand moeten worden gesteld.<sup>15</sup> 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. Hieruit volgt een vergaande informatieplicht voor de gebruiker: hij moet er actief voor zorgen dat zijn algemene voorwaarden onder aandacht van zijn wederpartij worden gebracht. In beginsel diende dit plaats te vinden door de algemene voorwaarden fysiek ter beschikking te stellen. Uitgangspunt van deze regeling was dat de wederpartij zo veel mogelijk duidelijkheid werd geboden: door de voorwaarden ter hand te stellen kon de wederpartij ze lezen en was haar duidelijk waar zij zich aan bond.

#### 2.3.2 Implementatie e-Commercerichtlijn

Het in 1992 ingevoerde artikel 6:234 BW hield geen rekening met online verkoop of online dienstverlening.

12. Respectievelijk HR 19 december 1997, NJ 19998/271 (Helpman/Imbema); HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011: BT6684, NJ 2011/574 (Linthorst/Echoput); HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998/705, m.nt. JH (Visser/Avéro); HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (Forfarmers/Doens).
13. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50, m.nt. JH (Ammerlaan/Enthoven); HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3013, NJ 2015/442 (Meegaa/Van den Bos); HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1280 (Tekholl/Veka).
14. Deze verplichting vloeit voort uit art. 6:233 sub b BW.
15. Nader over dit onderwerp o.a. Van Wechem 2007, p. 46-58; Rinkes & Hendrikse 2010, p. 153-191.

Internet was in 1992 nog geen gemeengoed en werd nog niet commercieel benut. Rond 2000 werd internet meer geaccepteerd en werd ook online zakengedaan. Het was toen onzeker hoe met de terhandstelling van algemene voorwaarden in een online omgeving om moest worden gegaan.<sup>16</sup>

Internet mocht zich rond 2000 ook in de belangstelling van de Europese regelgever koesteren. Op 8 juni 2000 werd de e-Commercerichtlijn aangenomen.<sup>17</sup> Deze richtlijn bevatte in artikel 10 lid 3 een bepaling over de kennisgeving van algemene voorwaarden. Artikel 10 lid 3 van de richtlijn is geïmplementeerd in artikel 6:234 BW. Deze volgt de lijn die de wetgever voor de offline informatie al had gegeven. In de online handel moet de gebruiker in beginsel de voorwaarden toezenden in een format die de wederpartij in de gelegenheid stelt de voorwaarden op te slaan en te openen voor latere reproductie. Pas als deze ‘terhandstelling’ niet mogelijk is, mag de gebruiker volstaan met de verwijzing naar de online deponeringsplaats, mits de voorwaarden daar worden aangeboden in een format die opslag en reproductie mogelijk maakt.

Op deze manier beoogt de wetgever naar mijn mening nog steeds het primaat van de terhandstelling te benadrukken en rust op de gebruiker de verantwoordelijkheid zijn wederpartij actief van zijn algemene voorwaarden op de hoogte te stellen.<sup>18</sup>

### 2.3.3 Implementatie Dienstenrichtlijn

Op 12 december 2006 werd de Dienstenrichtlijn gepubliceerd.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> Op 7 februari 2009 werd het voorstel van wet ter implementatie van de Dienstenrichtlijn ingediend.<sup>21</sup> Het wetsvoorstel is vervolgens in hoog tempo in de Tweede en de Eerste Kamer behandeld. Op 28 december 2009 zijn de artikelen 6:230a-f BW ingevoerd en is artikel 6:234 BW aangepast om te voldoen aan de Dienstenrichtlijn.<sup>22</sup>

Als uitvloeisel van de wetswijziging 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.<sup>23</sup>

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 meegegeven 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.<sup>24</sup>

### 2.3.4 Herformulering artikel 6:234 BW per 1 juli 2010

Per 1 juli 2010 is artikel 6:234 BW herschreven.<sup>25</sup> Op dat moment werd wetsvoorstel 31358 wet. Dit wetsvoorstel is één jaar vóór wetsvoorstel 31859 over de implementatie van de Dienstenrichtlijn op 25 februari 2008 ingediend.<sup>26</sup>

Het huidige artikel 6:234 BW telt drie leden. Een aantal elementen uit de oude regeling is gehandhaafd, zij het in aangepaste vorm.<sup>27</sup>

Het eerste lid is gewijd aan de overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen en is gelijklopend 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.<sup>28</sup>

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

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

17. 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, PbEG 2000, L 178/1.

18. HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571 (First Data/Attingo).

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

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

21. Kamerstukken II 2008/09, 31859, 1 (Koninklijke boodschap) en 2 (voorstel van wet).

22. Stb. 2009, 617.

23. De keus is hierbij aan de dienstverlener, aldus Kamerstukken II 2007/08, 31579, 3, p. 136.

24. C.E. Drion, Dwaallicht, NJB 2010/36, p. 2339.

25. Stb. 2010, 222.

26. Kamerstukken II 2007/08, 31358, 1 (koninklijke boodschap) en 2 (voorstel van wet).

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

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

ieder gewenst moment) te reproduceren.<sup>29</sup> 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 3 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.<sup>30</sup> Opmerkelijk was dat in het nieuwe artikel 6:234 BW een verwijzing naar artikel 6:230c BW niet voorkomt. Deze omissie van de wetgever is per 1 januari 2012 hersteld. Door middel van een op 27 oktober 2011 aangenomen veegwet is artikel 6:234 BW per 1 januari 2012 aangepast.<sup>31</sup> 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 gedeponereerd, 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 voorwaar-

den 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 stukken op het aan de wetswijziging ten grondslag liggende wetsvoorstel 32863 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.’<sup>32</sup>

Voorname passage lijkt er enerzijds op te duiden dat de wetgever de op 28 december 2009 aangebrachte koppeling tussen de Dienstenrichtlijn en de informatieplicht 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 wetswijziging die tot doel had de onduidelijkheid over de positie van artikel 6:230c BW weg te nemen, heeft derhalve tot nieuwe onduidelijkheid geleid. Een tweede onduidelijkheid is de vraag wie allemaal de status van dienstverrichter en dus toegang tot artikel 6:230c BW hebben.

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

30. Kamerstukken I 2008/09, 31358, C, p. 10-11; Kamerstukken I 2009/10, 31358, E, p. 6-7.

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

32. Kamerstukken II 2010/11, 32863, 3 (MvT), p. 7.



### 3. Wie is dienstverrichter? Over handboeken en bestemmingsplannen

Artikel 6:230a BW bepaalt niet welk toepassingsbereik de wettelijke regeling heeft. Voor de vraag op welke diensten de artikelen 6:230a-f BW van toepassing zijn, moet daarom altijd de Dienstenrichtlijn erbij worden gepakt.<sup>33</sup> Het begrip ‘dienstverrichter’ moet richtlijnconform worden uitgelegd. Artikel 4 onder 2 van de 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 van de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt’. Het begrip ‘dienst’ is ontleend aan artikel 4 lid 1 van de Dienstenrichtlijn. Het begrip is in de richtlijn bewust open gehouden, zodat ook eventueel nieuwe diensten die nu nog niet bekend zijn onder het begrip ‘dienst’ kunnen vallen. Het communautaire begrip ‘dienst’ omvat iedere verrichting die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Overweging 33 bij de Dienstenrichtlijn geeft enkele voorbeelden van diensten die wel onder het begrip vallen: juridische of fiscale bijstand, diensten in de vastgoedsector, zoals makelaarsdiensten, of de bouwsector, met inbegrip van de diensten van architecten, de distributiehandel, de organisatie van beurzen, autoverhuur en reisbureaus. Voorts vallen hieronder consumentendiensten, bijvoorbeeld op het gebied van toerisme, zoals reisleiders, vrijetijdsdiensten, sportcentra en pretparken, en, voor zover zij niet van het werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten, thuiszorg, zoals hulp aan ouderen.

Van de werking van de Dienstenrichtlijn zijn blijkens artikel 2 lid 2 van de 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.<sup>34</sup>

De Nederlandse wetgever heeft artikel 2 lid 2 van de Dienstenrichtlijn niet geïmplementeerd in de Neder-

landse wet. Een communautaire toepassing van de Dienstenrichtlijn en een richtlijnconforme uitleg van de richtlijn leidden er evenwel toe dat deze twaalf uitgezonderde categorieën ook voor de interpretatie van titel 6.5.2a BW van belang zijn.

Geen dienst in de zin van titel 6.5.2a BW vormt de koopovereenkomst, volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden.<sup>35</sup> Echter, de Europese Commissie overweegt: ‘Hoevel de vervaardiging van goederen geen dienstenactiviteit is (25), moeten lidstaten bij de implementatie van de richtlijn bedenken dat daarbij veel bijkomende activiteiten plaatsvinden (bijvoorbeeld detailhandel, installatie en onderhoud, service) die wél een dienstenactiviteit zijn en daarom onder de implementatiemaatregelen zouden moeten vallen.’<sup>36</sup>

Detailhandel kan derhalve binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn en daarmee van de artikelen 6:230a t/m 6:230f BW vallen. Ook distributiehandel (waaronder groothandelsverkoop) valt onder het bereik van de Dienstenrichtlijn.<sup>37</sup> Gelet op de duiding van de Europese Commissie in het Handboek implementatie Dienstenrichtlijn vermoed ik dat detailhandel en groothandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn en daarmee artikel 6:230c BW vallen en dat het oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, hoezeer invoelbaar ook door de BW-bril bekeken, niet juist is. Als het standpunt van de Europese Commissie in het Handboek implementatie Dienstenrichtlijn wordt gevolgd, vallen ook detailhandel en groothandel binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn.<sup>38</sup>

A-G Szpunar concludeerde in zijn conclusie in de gevoegde zaken Amersfoort/X en Visser/Appingedam dat detailhandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn zou moeten vallen en staafde zijn conclusie met de stelling dat het HvJ EU ook in andere zaken het Handboek implementatie Dienstenrichtlijn heeft gevolgd.<sup>39</sup>

Het HvJ EU volgt zijn A-G bij arrest van 30 januari 2018, met dien verstande dat het niet verwijst naar het Handboek, maar uitsluitend aan de Dienstenrichtlijn koppelt. In r.o. 86-89 benadert het HvJ EU de vraag vooral negatief: als de activiteit binnen de definitie van artikel 4 lid 1 (‘economische activiteit tegen betaling’) valt en niet in de uitgezonderde categorieën van artikel 2 lid 2 en 3 valt, is sprake van een dienst. In r.o. 88 oordeelt het HvJ EU dat detailhandel zonder meer een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn. In r.o. 89 gaat het een stap verder dan zijn A-G door te oordelen dat ook distributiehandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt:

35. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5725.

36. Handboek implementatie Dienstenrichtlijn, p. 14.

37. Handboek implementatie Dienstenrichtlijn, p. 10.

38. Vgl. ook de conclusie van A-G Szpunar d.d. 18 mei 2017 in de zaak Gemeente Appingedam, ECLI:EU:C:2017:397, waarin hij het HvJ EU adviseert dat ook detailhandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt.

39. De conclusie van A-G Szpunar d.d. 18 mei 2017 in de zaak Gemeente Appingedam, ECLI:EU:C:2017:39.

33. Vgl. J.H.M. Spanjaard, *Groene Serie* Kluwer, art. 6:230a BW, aant. 2.d.

34. 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.

‘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 distributiehandel.’

Kortom, de scope van dienstverrichting is danig uitgebreid. Dit dwingt tot een herbezinning op nut en noodzaak van de ‘oude’ terhandstellingsregeling van artikel 6:234 BW.

## 4. Afronding: welk nut heeft artikel 6:234 BW nog?

De vraag kan worden gesteld welke legitimiteit de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW in samenhang met artikel 6:234 BW nog heeft. Immers, dienstverleners onder het bereik van artikel 6:230a BW kunnen volstaan met terbeschikkingstelling conform artikel 6:230c BW. Als het standpunt van de Europese Commissie in het Handboek implementatie Dienstenrichtlijn wordt gevolgd, vallen ook detailhandel en groothandel binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn.<sup>40</sup> Dat zou betekenen dat de scope van artikel 6:234 BW verder wordt uitgehold. Schaub heeft dit ook opgemerkt en heeft geobserveerd dat de informatieplicht van artikel 6:234 BW te strikt is voor de gebruiker, terwijl de informatieplicht van artikel 6:230c BW te los is.<sup>41</sup> Als ik haar kritiek goed begrijp, betoogt zij dat de informatieplicht van artikel 6:230c BW onvoldoende rekening houdt met de e-Commercerichtlijn en dat de online informatie in een format die opslag en reproductie mogelijk maakt, moet worden geboden. Bij dit standpunt sluit ik mij van harte aan.

Ook in de internationale business-to-business handel in roerende zaken, waarop het Weens Koopverdrag van toepassing is, geldt een terhandstellingsnorm die doet denken aan artikel 6:230c BW. Deze terhandstellingsnorm geldt onder het Weens Koopverdrag voor zowel de koper als de verkoper.<sup>42</sup>

Daarbij zorgt de Dienstenrichtlijn voor een naar mijn mening onwenselijke schizofrenie bij gebruikers van algemene voorwaarden. Neem bijvoorbeeld de aannemer. Indien de aannemer een werk aanneemt en daarbij jegens zijn opdrachtgever de toepasselijkheid van zijn aannemingsvoorwaarden bedingt, kan hij aan zijn informatieplicht voldoen op de wijzen in artikel 6:230c BW voorgeschreven. Een websiteverwijzing kan dus genoeg

zijn. Als diezelfde aannemer een onderaannemer inschakelt en daarbij de toepasselijkheid van zijn onderaannemingsvoorwaarden bedingt, dient de terhandstelling echter over de boeg van artikel 6:234 BW plaats te vinden en vindt artikel 6:230c BW geen toepassing. De aannemer treedt dan niet op als dienstverrichter, maar als inkoper. Deze tweedeling binnen één partij valt mijns inziens niet te billijken. Zij voegt ook niets toe aan het adagium dat duidelijkheid moet worden geboden. Indien (Europees)wettelijk uitgangspunt is dat duidelijkheid kan worden geboden door informatie op grond van artikel 6:230c BW, wordt deze duidelijkheid niet minder indien de gebruiker van de voorwaarden niet als dienstverrichter optreedt.

Dit betekent dat artikel 6:234 BW uitsluitend zou gelden voor in Nederland gevestigde opdrachtgevers en voor gevallen die buiten het bereik van de Dienstenrichtlijn vallen, zoals diensten van banken, notarissen, deurwaarders en verkopers (niet zijnde detailhandelaars en groothandelaars) en dienstverrichters voor overeenkomsten waarbij zij niet als dienstverrichter optreden. Ook voor online verkoop geldt een aparte norm: artikel 6:234 lid 2 BW. Artikel 6:230v lid 7 BW voegt daar voor online verkoop aan consumenten aan toe dat de informatie van artikel 6:230m BW – die veelal in algemene voorwaarden is vervat – via een duurzame gegevensdrager ter beschikking moet worden gesteld.

Daarbij geldt dat internet meer en meer gemeengoed is in Nederland en dat inzage via een website daardoor voor veel partijen makkelijker is dan naar het fysieke vestigingsadres of een Kamer van Koophandel of rechtbank af te reizen.

In dit kader zou ik er – in lijn met de norm die voor dienstverrichters geldt en in lijn met de norm die onder het Weens Koopverdrag geldt – voor willen pleiten dat de norm van artikel 6:230c BW de norm wordt die voor iedere gebruiker van algemene voorwaarden geldt.<sup>43</sup> In zoverre kan artikel 6:234 BW geschrapt c.q. aangepast worden.<sup>44</sup> Ik stel een nieuw artikel 6:234 BW in volgende zin voor:

‘De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien de algemene voorwaarden, naar keuze van de gebruiker:

1. voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand worden gesteld of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de algemene voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponneerd en op het eerste verzoek van de wederpartij door de gebruiker onverwijld op zijn kosten worden toegezonden;

40. Vgl. ook de conclusie van A-G Szpunar d.d. 18 mei 2017 in de zaak Gemeente Appingedam, ECLI:EU:C:2017:397, waarin hij het HvJ EU adviseert dat ook detailhandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt.

41. M.Y. Schaub, Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW, NTBR 2013/16, par. 5 en 6.

42. Advisory Opinion nr. 13 (Inclusion of Standard Terms under CISG), regel 3.

43. In gelijke zin C.E. Drion, Detailhandel is een dienst; een beslissing met verrassende consequenties, NJB 2018/300, afl. 6, p. 403.

44. In gelijke zin: Schaub 2013, par. 5 en 6.

2. voor de wederpartij voor of bij het sluiten van de overeenkomst gemakkelijk toegankelijk zijn op de plaats waar over de overeenkomst waarvan de algemene voorwaarden onderdeel uitmaken is onderhandeld of waar de overeenkomst waarvan de algemene voorwaarden onderdeel uitmaken wordt gesloten;
3. voor of bij het sluiten van de overeenkomst voor de wederpartij gemakkelijk elektronisch toegankelijk op een door de gebruiker meegedeeld adres op zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.<sup>45</sup>

Spiegelbeeldig betekent dit dat de informatieplicht als *checks and balances* voor de snelle gebondenheid wordt uitgehold. Immers, de snelle gebondenheid kan bestaan bij de gratie van een stevige informatieplicht. Pas als de wederpartij deugdelijk geïnformeerd is over de inhoud van de algemene voorwaarden, kan haar worden verweten dat het niet-lezen van de algemene voorwaarden voor eigen rekening en risico komt. In 1992 kon dat zonder meer, gelet op de stevige terhandstellingsplicht die toen nog op de gebruiker rustte. Anno 2018, waar artikel 6:230c BW meer en meer de norm bevat, is de informatieplicht uitgehold en dreigt steeds meer het risico dat met een verwijzing wordt volstaan. In dat geval is het wederom het initiatief van de wederpartij om de algemene voorwaarden zelf op te zoeken en te lezen, en zijn we feitelijk beschouwd terug in de situatie van vóór 1992. Daarin past naar mijn mening een stevigere inzet op de inhoudstoetsing, ook in het zakelijke verkeer.<sup>46</sup>

In de detailhandel is de strenge inhoudstoetsing al lang een feit. Onder vigeur van Richtlijn 93/13 vindt een strenge inhoudstoetsing plaats. Ik denk daarom dat het

met al te strenge algemene voorwaarden in de detailhandel mee zal vallen. Dat gezegd zijnde, is de drempel voor het gebruiken van algemene voorwaarden door winkeliers danig verlaagd. In de distributiehandel (en mijns inziens ook de franchise) geldt dat zeker. Als dan bedacht wordt dat in business-to-business verhoudingen algemene voorwaarden nauwelijks sneuvelen op artikel 6:233 onder a BW (dit artikel maakt vernietiging van onredelijk bezwarende bedingen mogelijk), is duidelijk dat de door de wetgever in 1981 bij het *draften* van wat nu afdeling 6.5.3 BW is, gevoelde asymmetrie tussen gebruiker en wederpartij terug is.<sup>47</sup> Kortom, ik zou een strengere inhoudstoetsing van algemene voorwaarden willen bepleiten. Het woord daarin is aan de praktijk – zowel rechtsbijstandsverleners als rechterlijke macht.

45. In aanvulling op nummer 1 wordt opgemerkt dat het huidige art. 6:234 lid 1 BW nog bepaalt dat als ook toezending redelijkerwijs van de gebruiker niet kan worden geveerd, toezending achterwege kan blijven. Dit onderdeel kan aan art. 6:248 lid 2 BW worden overgelaten. Nummer 2 is geïnspireerd op art. 6:230c onder 2 BW en regel 3.2 van advisory opinion nr. 13 van de CISG Advisory Council. Nummer 3 is geïnspireerd op art. 6:230c onder 3 BW, aangevuld met de norm van art. 6:234 lid 2 BW, welk artikel de implementatie van art. 10 lid 3 van de e-Commercerichtlijn bevat.

46. Zeker ook in overeenkomsten tussen een professional en consumenten kan het belang van goed informeren niet worden onderschat. Er is inmiddels uitdijende jurisprudentie van het HvJ EU over de vereiste transparantie, waaruit volgt dat de contractsbepalingen op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument worden overgebracht, zodat de consument bij het sluiten van de overeenkomst weet waar hij – in juridisch, grammaticaal en economisch opzicht – voor tekent. Deze toetsing vindt plaats binnen de inhoudstoetsing. Vgl. in dit kader: HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, NJ 2013/375, TvC 2014/1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, NJ 2014/355, m.nt. MRM (Kásler). Vgl. naar Nederlands recht: Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 (SDB & Euribar/ABN AMRO) en in hoger beroep Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248 (ABN AMRO/SDB & Euribar). Nader over dit onderwerp o.a. J.H.M. Spanjaard, Rechtskeuzebedingen in consumentenovereenkomsten: spitsroeden lopen, *Contracteren* 2016/4, p. 118-121; J.H.M. Spanjaard, Schuld en boete in het ambtshalve consumentenrecht, *ORP* 2018/2, p. 20; C.M.D.S. Pavillon, Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen, *TvC* 2018/2, p. 90-92; M.H. Wissink, Onroerend goed en algemene voorwaarden, *WPNR* (2018) 7179, p. 74.

47. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1513-1515.