

Hoe zit het ook alweer met e-voorwaarden?

De grote hoeveelheid rechtspraak heeft de terhandstelling van algemene voorwaarden een duidelijk hanteerbare rode draad opgeleverd. Die moet er voor e-voorwaarden ook snel komen.

Menno Weij¹

De terhandstelling van algemene voorwaarden blijft een juridisch interessant fenomeen en is aldus aanleiding voor juridische procedures (en voer voor advocaten). Elke week staan er minstens een paar uitspraken in de nieuwsbrief van rechtspraak.nl over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Maar in de 'oude, papieren' wereld (dus: offline contracteren en offline ter hand stellen) is er al een gigantische hoeveelheid rechtspraak geweest die heeft geleid tot een duidelijk hanteerbare rode draad.

In de online wereld ontbreekt die echter nog. Sterker nog, het is eigenlijk onduidelijk. Ik spreek de hoop uit en wens dat die er snel komt, via de wetgever of – en daarbij kunnen wij advocaten wellicht een handje helpen – de rechtspraak.

Bij de toepasselijkheid van e-voorwaarden is het eerst belangrijk vast te stellen dat er twee situaties zijn: 1) er wordt langs elektronische weg gecontracteerd en de voorwaarden worden langs elektronische weg ter hand gesteld en 2) er wordt niet langs elektronische weg gecontracteerd maar de voorwaarden worden wel langs elektronische weg ter hand gesteld.

Ga je zoeken in de wet voor het antwoord, besef dan dat er twee regimes van toepassing (kunnen) zijn: het regime van de artt. 6:233 en 6:234 BW en het regime van de artt. 6:230b en 6:230c BW. Daar begint dus al de onduidelijkheid, want welk regime is van toepassing? En, wellicht belangrijker, hanteren ze dezelfde criteria?

Alvorens die vragen te adresseren, eerst kort de criteria. Art. 6:234 lid 2 bepaalt dat je bij online contracteren langs elektronische weg ter hand mag stellen mits je de e-voorwaarden kunt printen en opslaan. Art. 6:234 lid 3 bepaalt bij offline contracteren dat je tegenwoordig ook online ter hand mag stellen à la art. 234 lid 2, mits de wederpartij daarmee tijdig en uitdrukkelijk instemt. Voor de goede orde: 1) je moet online verwijzen met een link die direct op die e-voorwaarden uitkomt (dus: wel solv.nl/voorwaarden, maar niet solv.nl) en 2) de instemming van de wederpartij kun je niet opnemen in e-voorwaarden zelf. Het regime van de artt. 6:230b en 6:230c BW bepaalt met zoveel woorden dat de dienstverrichter zijn e-voorwaarden aan de afnemer beschikbaar stelt op een gemakkelijk toegankelijk, elektronisch adres.

Welk regime?

Het antwoord op de vraag welk regime van toepassing is, is niet eenduidig. In elk geval kent het regime 233-234 twee belangrijke uitzonderingen in art. 6:235 (grote wederpartij) en in art. 6:247 (een niet-Nederlandse partij). En we weten dat het regime 230b-230c enkel ziet op dienstverrichters.

Het antwoord op de vraag of dezelfde criteria gelden, is mijns inziens 'nee'. Daar heeft de wetgever overigens zelf een handje in gehad. In het arrest KPN/First Data (ECLI:NL:HR:2011:BO7108) wees de Hoge Raad er al fijntjes op dat bij wetwijzigingen in het regime 233-234 'abusievelijk' een koppeling met het regime 230b-6:230c was weggevallen.

Pijnlijk voor de wetgever uiteraard, dus dat moest snel gerepareerd worden. Dat is inmiddels gebeurd door die koppeling in art. 6:234 lid 1 terug te brengen. Maar daar zit ook meteen het probleem. In mijn optiek is art. 6:234 lid 1 geschreven voor de oude, papieren wereld (dus: offline contracteren en offline ter hand stellen), maar de wetgever heeft zelf gesteld dat het regime 230b-230c geldt bij zowel offline als online contracteren. En het regime 230b-230c mist twee vereisten die het regime 233-234 wel stelt: 1) het kunnen printen en/of opslaan van de e-voorwaarden (234 lid 2), en 2) het vereiste van de uitdrukkelijke instemming indien je bij offline contracteren wilt verwijzen naar e-voorwaarden (234 lid 3).

Hoe eerder, hoe beter

Ten slotte is er dan nog het probleem rondom het tijdstip van ter hand stellen. Het regime 233-234 gaat uit van vóór of tijdens het sluiten van de overeenkomst en het regime 230b-230c gaat uit van tijdig (zie art. 6:230e). Althans, dat lijkt zo, want mijns inziens kun je in art. 6:230e óók lezen dat de e-voorwaarden nog beschikbaar kunnen worden gesteld bij gebreke van een schriftelijke overeenkomst. Dat moet dan weliswaar vóór aanvang van de diensten, maar dat moment kan wel degelijk op een later moment zijn dan het regime van 233-234 stelt.

Kortom, de toepasselijkheid van e-voorwaarden is lang niet zo duidelijk als je zou denken. Vandaar mijn roep om duidelijkheid, hoe eerder hoe beter.

¹ Menno Weij is advocaat bij SOLV, Amsterdam.