

Ad Rem

Dienstverrichters na het *Ocidental*-arrest (HvJ EU 20 april 2023, C-263/22); toch onderhevig aan meerdere algemene voorwaarden regimes?

Mr. Y. Hafez, prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem en mr. dr. D.P.C.M. Hellegers*

34

1. Inleiding

Afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gaat uit van een snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden. Zonder dat de wederpartij bekend is met de *inhoud* van de algemene voorwaarden, is de wederpartij na aanvaarding (via de wilsvertrouwensleer) gebonden aan (het complex van) de algemene voorwaarden. Is een beding onredelijk bezwarend (artikel 6:233 onder a BW) of is er door de gebruiker niet tijdig een redelijke mogelijkheid geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, dan is een beding in algemene voorwaarden (of de gehele set) vernietigbaar (artikel 6:233 onder b BW).¹ Uit dit systeem vallen drie ‘momenten’ te herleiden:

1. aanbod en aanvaarding van het complex aan algemene voorwaarden;
2. vernietiging omdat een beding onredelijk bezwarend is (artikel 6:233 onder a BW);

3. vernietiging omdat er geen redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (artikel 6:233 onder b BW).

De vraag die in deze *Ad rem* centraal staat is waar de Richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn Oneerlijke bedingen of de Richtlijn),² in combinatie met het vorig jaar door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna ook: het Hof van Justitie of het Hof) gewezen *Ocidental*-arrest,³ in voorgaande ‘momenten’ past, voor zover het met consumenten gesloten overeenkomsten betreft. De vervolgvraag die wij adresseren is hoe dit zich verhoudt tot de Dienstenrichtlijn⁴ en de implementatie van laatstgenoemde richtlijn in artikel 6:230c BW (en artikel 6:230e BW).

* Mr. Y. Hafez is docent-onderzoeker aan de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit. Prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem is hoogleeraar Corporate Legal Counseling aan de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit en zelfstandig juridisch adviseur. Mr. dr. D.P.C.M. Hellegers is universitair docent aan de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit.

1 Onder toepassing van het beschermingsbereik van de afdeling; vgl. art. 6:235 BW jo. art. 6:247 BW.

2 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

3 HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311, m.nt. P. Cambie, *TvC 2023-4 (Ocidental)*. Zie hierover ook D. Busch, *Hoe transparant is het transparantievereiste?*, AA mei 2024, p. 442 e.v.; T.H.M. van Wechem, *Wordt het nu niet eens echt tijd om afdeling 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) aan te passen?*, *Contracteren* 2023, p. 96 e.v.

4 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

2. Verhouding tot snelle gebondenheid

Volgens artikel 6 lid 1 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen moeten lidstaten erop toezien dat consumenten niet gebonden zijn aan oneerlijke bedingen. In overweging 20 daarvan is aangegeven dat de consument daadwerkelijk de gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van *alle* bedingen.⁵ Het Hof van Justitie geeft in rechtsoverweging 31 van het *Occidental*-arrest aan dat de Uniewetgever met genoemde overweging heeft 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’. In rechtsoverweging 47 is verder aangegeven dat de omstandigheid dat een consument vóór de sluiting van een overeenkomst geen kennis heeft kunnen nemen van ‘een’⁶ contractueel beding, een essentieel element is bij de beoordeling van het eventuele oneerlijke karakter van dat beding. In genoemde rechtsoverweging vervolgt het Hof van Justitie met een toelichting op de achterliggende ratio; doordat de consument geen kennis heeft kunnen nemen van een beding, kan de consument ertoe worden gebracht ‘verplichtingen op zich te nemen die hij anders niet zou hebben aanvaard, en [kan] het evenwicht tussen de wederzijdse verplichtingen van de partijen bij die overeenkomst dus aanzienlijk worden verstoord’.⁷ Het Hof van Justitie komt dan ook (onder meer) tot het oordeel dat een consument steeds vóór de sluiting van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van alle bedingen van de overeenkomst.⁸ De Richtlijn Oneerlijke bedingen gaat er zodoende van uit dat de wil om gebonden te zijn centraal staat: zonder *informed consent*⁹ kan een consument zijn wil niet bepalen, en dient de consument niet gebonden te zijn. Het com-

munautaire uitgangspunt dat een oneerlijk beding, waarvan sprake zou kunnen zijn indien een consument er geen kennis van heeft kunnen nemen, de consument niet bindt, staat – zoals eerder in dit tijdschrift¹⁰ verdedigd – wat ons betreft op gespannen voet met het systeem van snelle gebondenheid zoals volgt uit artikel 6:231 onder c BW en artikel 6:232 BW, en vernietigbaarheid na inhoudstoetsing of vanwege het niet voldoen aan de informatieverplichting.¹¹ Niet binden is immers iets anders dan vernietigbaarheid, op grond waarvan een consument aanvankelijk wel gebonden is, tenzij hij de vernietigbaarheid inroept of, in het geval partijen in een procedure belanden, de rechter ambtshalve de nietigheid vaststelt. In dat kader kan tevens worden verwezen naar het arrest van het HvJ EU van 15 juni 2023, waarin het Hof overweegt dat artikel 6 lid 1, van richtlijn 93/13 ertoe verplicht dat lidstaten erop toezien dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, ‘zonder dat deze consument een vordering hoeft in te stellen en een vonnis moet verkrijgen waarin het oneerlijke karakter van die bedingen wordt bevestigd’.¹²

3. Verhouding *Occidental*-arrest tot artikel 6:233 BW

Daarnaast merken wij op dat het *Occidental*-arrest in ieder geval meebrengt dat het feit dat er geen redelijke mogelijkheid geboden is om van de algemene voorwaarden kennis te kunnen nemen, meebrengt dat dit niet altijd (meer) over de boeg van artikel 6:233 *onder b* BW (en artikel 6:234 BW) beoordeeld hoeft te worden, maar dat die omstandigheid inkleurend kan zijn voor de vraag of het beding onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 *onder a* BW. Hierbij kan de volgende ingewikkeldheid nog een rol spelen.

Het Hof van Justitie plaatst de omstandigheid dat een consument geen kennis heeft kunnen nemen van een beding in de eerste plaats in de sleutel van het transparantievereiste.¹³ Doordat het transparantievereiste een element is van inhoudstoetsing, staat het niet op zichzelf en zal de omstandigheid dat een consument geen kennis heeft kunnen nemen van een beding inkleurend zijn bij een toets aan artikel 6:233 *onder a* BW. Het voorgaande roept de vraag op of het niet kennis kunnen nemen van een beding voldoende zou kunnen zijn om het beding als oneerlijk aan te merken. In de rechtsliteratuur wordt het standpunt verdedigd dat uit *Occidental* voortvloeit dat een beding waarvan een consument geen kennis heeft kunnen nemen, niet per definitie oneerlijk

5 Overweging 20 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen luidt als volgt: ‘Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen en dat in geval van twijfel de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert.’

6 Dat kan zowel een kernbeding zijn als een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom 2024, p. 294; HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311, r.o. 34 (*Occidental*): ‘Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13, gelezen tegen de achtergrond van de twintigste overweging van deze richtlijn, aldus moeten worden uitgelegd dat een consument steeds vóór de sluiting van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van *alle bedingen* van deze overeenkomst’ [cursivering auteurs].

7 HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311, r.o. 47 (*Occidental*).

8 Engels: ‘be afforded the opportunity, before the conclusion of a contract, to become acquainted with all the terms that the latter contract contains’. Frans: ‘de prendre connaissance, avant la conclusion d’un contrat, de toutes les clauses que ce dernier contient’. Duits: ‘die Möglichkeit haben muss, vor Abschluss eines Vertrags von allen darin enthaltenen Klauseln Kenntnis zu nehmen’.

9 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 53; B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk nr. CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 189; Loos 2024, p. 294.

10 Zie Van Wechem 2023, p. 98.

11 Vgl. A.C. de Bie, *Uitbreiding van de rechterlijke ambtshalve toetsing als gevolg van het HvJ EU-arrest Occidental?*, NTHR 2023/3, p. 97.

12 HvJ EU 15 juni 2023, C-287/22, ECLI:EU:C:2023:491, r.o. 37 (YQ, RJ/Getin Noble Bank S.A.), met verwijzing naar HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, (Pannon GSM), punten 20-28.

13 Zie in dat kader art. 5 van de Richtlijn, en r.o. 26, 28, 30 van het *Occidental*-arrest.

is.¹⁴ Uit eerdere rechtspraak van het Hof is namelijk afgeleid dat een beding dat niet transparant is, niet per definitie oneerlijk is.¹⁵ Hoewel de eerdere jurisprudentie van het Hof inderdaad zo kan worden uitgelegd, zag die jurisprudentie niet op de omstandigheid dat een consument geen mogelijkheid had om van de algemene voorwaarden kennis te kunnen nemen.

Wij zien het voorgaande dus anders: naar onze mening is het niet (tijdig) kennis kunnen nemen van de betreffende clausule altijd dermate intransparant dat zulks bijna automatisch tot een vernietiging zal leiden, niet alleen omdat dit intransparant is, maar ook omdat dit al gauw een handelen in strijd met de goede trouw oplevert. Wij benadrukken dat het Hof van Justitie in verschillende arresten heeft geoordeeld dat voor het oneerlijke karakter van een beding rekening gehouden moet worden met de eisen van goede trouw, evenwicht én transparantie.¹⁶ Het niet kennis kunnen nemen van een beding moet dus niet alleen in de sleutel van transparantie geplaatst worden, maar dient eveneens in de sleutel van de goede trouw geplaatst te worden.

Deze route volgt het Hof blijkens rechtsoverwegingen 42-50 ook (in de tweede plaats) in het *Ocidental*-arrest: de omstandigheid dat een consument geen kennis heeft kunnen nemen van een beding, moet derhalve eveneens in de sleutel van – meer algemeen – artikel 3 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen geplaatst worden. Artikel 3 gaat ervan uit dat een beding oneerlijk is wanneer dit in strijd met de goede trouw (zie overweging 16 van de Richtlijn) ‘het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort’. Om dat laatste vast te stellen staat volgens het Hof de vraag centraal ‘of de verkoper er, bij een eerlijke en billijke handelwijze jegens de consument, redelijkerwijs van kon uitgaan dat de consument dit beding zou hebben aanvaard indien er afzonderlijk over was onderhandeld’.¹⁷ Wij menen dat daarvan reeds sprake kan zijn indien het beding bezwarend is (en dat het beding dus niet onredelijk bezwarend hoeft te zijn).¹⁸ In rechtsoverweging 51 oordeelt het Hof van Justitie vervolgens on-

der welke omstandigheden de verwijzende rechter moet oordelen dat een beding oneerlijk is. Dat zal het geval zijn wanneer hij tot de slotsom mocht komen dat een gebruiker (in casu *Ocidental*), in strijd met het vereiste van goede trouw, niet redelijkerwijs kon verwachten dat in dit geval de consumenten, indien het transparantievereiste jegens hen in acht was genomen, de betrokken contractuele bedingen na afzonderlijke onderhandelingen zouden hebben aanvaard.

Zowel het transparantievereiste als de goede trouw wordt hier door het Hof in één adem genoemd. Daaruit zal onzes inziens niet de conclusie getrokken mogen worden dat handelen in strijd met de goede trouw niet op zichzelf zou kunnen staan: het niet bieden van een redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te kunnen nemen, terwijl die algemene voorwaarden het hiervoor genoemde evenwicht verstoren, zou volgens ons dan meebrengen dat gehandeld is in strijd met de goede trouw, en derhalve tot de omstandigheid zou leiden dat het beding oneerlijk is, *tenzij het beding inhoudelijk neutraal of voordelig voor de consument zou zijn*. Met andere woorden: een beding dat bezwarend is, maar niet onredelijk bezwarend, zal als oneerlijk in de zin van de Richtlijn kunnen worden aangemerkt indien de consument daarvan geen kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst, met als gevolg dat het beding alsnog onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 onder a BW.

Wat opvalt is dat het antwoord van het Hof van Justitie deze relativisering niet in zich bergt, maar wel imperatief van toon is door te spreken over ‘kennis moet kunnen nemen’. In de casus die voorlag ging het om een uitsluitingsbeding¹⁹ in een verzekeringsovereenkomst. Spannend is natuurlijk wel de vraag of het beding, ook al zou het zijn verstrekt, in die situatie dan wél de eerlijke-toets zou hebben doorstaan. Met andere woorden: hoe zwaar weegt het niet verstrekt zijn van het beding in de beoordeling daarvan? Gezien de woordkeuze van het Hof van Justitie – ‘essentieel element’ – schatten wij in: doorslaggevend zwaar.

Voor de Nederlandse situatie kan dit een vreemde situatie opleveren, mocht het niet doorslaggevend zijn, maar zwaarwegend. Indachtig het gegeven dat artikel 8 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen toestaat dat lidstaten een verdergaande bescherming mogen bieden aan consumenten dan de bescherming op het niveau van de Richtlijn, zou dan de situatie zich kunnen voordoen dat een Nederlandse rechter tot het oordeel zou kunnen komen dat er *geen* inhoudelijke vernietiging plaatsvindt, omdat het gebrek aan transparantie – wegens het niet verstrekken van het beding – daarvoor onvoldoende zou zijn, maar dat er *desalniettemin* vernietiging – maar dan over de boeg van artikel 6:233 onder b BW – zou *moeten* plaatsvinden omdat de algemene voorwaarden niet tij-

sument daar wél mee zou hebben ingestemd. Vgl. HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311, r.o. 45 (*Ocidental*).

19 Vgl. over dergelijke bedingen: HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258.

14 Vgl. Busch 2024, p. 447: ‘Het is “slechts” een element dat moet worden meegewogen bij de toepassing van de oneerlijkheidstoets. Het betreft hier immers een element van het transparantievereiste.’

15 Aldus Busch 2024, p. 447. Vgl. tevens M.Y. Schaub, 145. De vergaande gevolgen van oneerlijke (kern)bedingen, ORP 2023/7, p. 5, met verwijzing naar HvJ EU 17 november 2021, C-655/20, ECLI:EU:C:2021:943, r.o. 46 (*Gomez del Moral Guasch II*).

16 HvJ EU 10 juni 2021, C-776/19 t/m C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470, r.o. 93 (VB e.a./BNP Paribas Personal Finance SA & AV e. BNP Paribas Personal Finance SA en Procureur de la République); HvJ EU 7 november 2019, C-419/18 en C-483/18, ECLI:EU:C:2019:930, r.o. 53 (*Profi Credit Polska*); HvJ EU 26 maart 2019, C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250, r.o. 50 (*Abanca Corporación Bancaria en Bankia*); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 42-48 (*RWE Vertrieb*).

17 HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311, r.o. 45 (*Ocidental*).

18 Deze gedachte berust overigens wel op de vooronderstelling dat een consument een bezwarend beding (dus niet een onredelijk bezwarend beding) niet zou aanvaarden indien er afzonderlijk over zou zijn onderhandeld, en dat een gebruiker er dus ook niet van mag uitgaan dat een con-

dig zijn verstrekt? Op grond van artikel 6:233 onder b BW vindt immers *geen* inhoudelijk beoordeling plaats en sneuvelt het beding als de consument zich op vernietiging daarvan beroept. Het niet bieden door de gebruiker van een redelijke mogelijkheid tot kennisname is na *Ocidental* een element van inhoudstoetsing, hetgeen *ambtshalve* door de rechter moet worden getoetst.²⁰ Een ambtshalve toets ziet echter niet op de normschending van artikel 6:233 onder b BW. Wij zouden het echter zeer bijzonder – en daarmee onwaarschijnlijk – vinden dat een rechter, mocht hij menen dat het beding inhoudelijk niet sneuvelt terwijl hij in zijn ambtshalve onderzoek heeft vastgesteld dat het niet is verstrekt, het beding toch intact zou laten, louter omdat de consument zich niet op de vernietiging van artikel 6:233 onder b BW heeft beroepen in de wetenschap van de rechter dat als de consument dat wél zou hebben gedaan, het beding zou zijn gesneuveld. Dat zou een bijna schizofreen niveau van toepassing van consumentenbescherming in het leven roepen.

4. De hamvraag en conclusie: noopt het *Ocidental*-arrest tot een bedrijfswijziging van dienstverrichters jegens consumenten?

Voor dienstverrichters geldt echter niet het regime van artikel 6:233 onder b BW, maar dat van artikelen 6:230c en 6:230e BW. Dit houdt onder meer²¹ in dat de in artikel 6:230b BW genoemde informatie (waaronder algemene voorwaarden) gemakkelijk elektronisch toegankelijk moet zijn op een door de dienstverrichter medegedeeld adres (artikel 6:230c onder 3 BW), en bovendien vóór het sluiten van de overeenkomst meegedeeld of beschikbaar gesteld moet worden indien er geen schriftelijke overeenkomst is (artikel 6:230e BW). De wetgever heeft bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn aangegeven de dienstverrichter niet aan twee regimes te willen koppelen, en in artikel 6:234 BW aangegeven dat een dienstverrichter die aan de eisen van artikel 6:230c BW voldoet, daarmee aan de informatieplicht van artikel 6:234 BW heeft voldaan.²² Het regime voor dienst-

verrichters behelst, zoals hiervoor aangegeven, echter een lichtere norm dan de algemene norm van artikel 6:234 BW.

De vraag dient zich aan of de Dienstenrichtlijn wringt met de uitleg die in het *Ocidental*-arrest wordt gegeven aan de Richtlijn oneerlijke bedingen.²³ De Dienstenrichtlijn gaat er immers van uit dat, ook als het gaat om een consument, de algemene voorwaarden vóór het verrichten van de dienst gemakkelijk elektronisch toegankelijk kunnen worden gemaakt op een door de dienstverrichter medegedeeld adres.

Uit het vorenstaande volgt dat dienstverrichters op grond van artikel 6:230c BW niet gehouden zijn om de algemene voorwaarden vóór of bij het sluiten van een overeenkomst feitelijk te verstrekken. In het *Ocidental*-arrest oordeelt het Hof dat een consument steeds vóór de sluiting van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van alle bedingen van de overeenkomst, bij gebreke waarvan zulks – zoals hiervoor aangegeven – negatief zwaar kan meewegen bij de inhoudstoets. De hamvraag is wat ons betreft ter zake van dienstverrichters of artikel 6:230c BW als equivalent kan worden beschouwd van ‘kennis kunnen nemen’ van de algemene voorwaarden, zoals het Hof in het *Ocidental*-arrest voor ogen heeft staan. Met ander woorden: kan, of zal, het een dienstverrichter euvel worden geduid als hij heeft voldaan aan de eisen van artikel 6:230c BW (en daarmee aan de eisen van de Dienstenrichtlijn) ten aanzien van de informatieverstrekking met betrekking tot de door hem gehanteerde algemene voorwaarden, of geldt dan wegens het *Ocidental*-arrest ook voor dienstverrichter (zoals voor de andere gebruikers van algemene voorwaarden) *jegens consumenten* een zwaarder regime om daarmee oneerlijkheid van de betreffende algemene voorwaarden te voorkomen?

20 Vgl. J.H.M. Spanjaard, Hoe gemakkelijk wil je het hebben?, *Contracteren* 2023/3, p. 103-104.

21 Art. 6:230c BW luidt: ‘De in artikel 230b bedoelde informatie, naar keuze van de dienstverrichter, bedoeld in artikel 230b, aanhef: 1. wordt op eigen initiatief door de dienstverrichter verstrekt; 2. is voor de afnemer gemakkelijk toegankelijk op de plaats waar de dienst wordt verricht of de overeenkomst wordt gesloten; 3. is voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk op een door de dienstverrichter meegedeeld adres; 4. is opgenomen in alle door de dienstverrichter aan de afnemer verstrekte documenten waarin deze diensten in detail worden beschreven.’

22 Dit berustte op een expliciete keuze van de wetgever: ‘Onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel c door een komma, wordt aan artikel 234, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek een onderdeel toegevoegd, luidende: d. hetzij, indien er sprake is van algemene voor-

waarden of bepalingen als bedoeld in artikel 230b onder 6, de voorwaarden op een van de in artikel 230c bedoelde wijzen heeft verstrekt. (...) Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor een Dienstenwet in de Eerste Kamer is gebleken dat de verhouding tussen enerzijds artikel 6:234 en artikel 6:233 BW en anderzijds de nieuwe artikelen 6:230b en 6:230c tot onduidelijkheid kan leiden (zie blz. 18-19 van de memorie van antwoord, kamerstukken I, 2008/08, 31 579, nr. C). Hoewel naar het oordeel van de regering hierbij sprake is van een samenloop die zich in de praktijk zal oplossen, heeft de regering ervoor gekozen om zekerheidshalve deze onduidelijkheid weg te nemen. Op grond van de voorgestelde wijziging wordt het regime voor de algemene voorwaarden die onder de werking van artikel 22, eerste en tweede lid, van de dienstenrichtlijn vallen, gelijk getrokken met het reeds geldende regime op grond van de artikelen 6:234 en 6:235 BW. Hiermee wordt elke potentiële onzekerheid of onduidelijkheid weggenomen.’ Nota van wijziging van de Aanpassingswet dienstenrichtlijn van 16 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31859, nr. 4, p. 1 en 10, naar aanleiding van opmerkingen van de Eerste Kamer, zie: Kamerstukken I 2008/09, 31579, nr. B, p. 6 en Kamerstukken I 2008/09, 31579, nr. C, p. 19 (memorie van antwoord).

23 Opgemerkt zij dat financiële diensten op grond van art. 2 lid 2 onder b van de Dienstenrichtlijn zijn uitgesloten van die richtlijn. In het *Ocidental*-arrest betrof het een financiële dienst, zodat de Dienstenrichtlijn vanzelfsprekend niet op de situatie die voorlag van toepassing was. Dat neemt echter niet weg dat het Hof van Justitie een uitleg geeft aan de Richtlijn Oneerlijke bedingen, die een algemenere strekking heeft, en er dus overlap kan zijn tussen de Richtlijn Oneerlijke bedingen en de Dienstenrichtlijn.

In rechtsoverweging 29²⁴ van het Ocidental-arrest, memoreert het Hof van Justitie dat 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, dit vereiste noodzakelijkerwijs veronderstelt dat de consument kennis kan nemen van alle bedingen van een overeenkomst voordat deze wordt gesloten.

Het is ons niet geheel duidelijk of het Hof van Justitie hiermee bedoelt het *feitelijk* verstrekken van de desbetreffende informatie (schriftelijk of digitaal) of het verstrekken van de informatie op grond waarvan de consument de desbetreffende informatie kan vinden. Wij neigen ernaar aan te nemen dat het Hof van Justitie hier het verstrekken van de feitelijke informatie bedoelt, gezien de redenen die daarvoor door het Hof van Justitie worden aangevoerd.²⁵

Dat zou er dan toe leiden dat dienstverrichters²⁶ die met consumenten zaken doen, ten aanzien van consumenten dan toch aan een – met artikel 6:234 BW corresponderende – extra informatieverplichting ten aanzien van algemene voorwaarden zijn gehouden. Wij achten juist en begrijpelijk de conclusie²⁷ van plaatsvervangend P-G Wissink, waar hij opmerkt (in een b2b-geschil²⁸) dat inmiddels een zeker contrast is ontstaan tussen de invulling van de informatieplicht in gevallen die onder de Dienstenrichtlijn vallen enerzijds en in andere gevallen anderzijds, en dat er wellicht reden zou kunnen zijn dit contrast niet verder aan te zetten.

Desalniettemin menen wij dat het Ocidental-arrest voor dienstverrichters jegens consumenten het contrast juist wel weer verder aanscherpt. Wij menen dat dienstverrichter jegens consumenten, evenals andere gebruikers van algemene voorwaarden, ervoor dienen te zorgen dat de consument vóór de sluiting van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van alle bedingen van deze

overeenkomst, hetgeen impliceert dat deze aan de consumenten zijn verstrekt (in schriftelijke of in digitale vorm). Voldoet een dienstverrichter daar niet aan, dan zal dat, overeenkomstig hetgeen in paragraaf 2 is opgemerkt, (ambtshalve) vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden opleveren. Anders dan de wetgever voor ogen heeft gehad bij het regime van dienstverrichters – dus de koppeling van artikel 6:230c BW aan artikel 6:234 lid 1 BW – zal vernietigbaarheid in dat geval rechtstreeks gegrond worden op artikel 6:233 onder a BW. Maar zoals gezegd: wel met een aan artikel 6:234 lid 1 BW corresponderende informatieplicht.

24 Engels: 'to provide the consumer, prior to the conclusion of the contract, with all the information necessary to enable the consumer to understand the economic consequences of those terms and to decide, in full knowledge of the facts, to be contractually bound, that requirement necessarily presupposes that the consumer is able to become acquainted with all the terms of a contract before the conclusion thereof'. Frans: 'de fournir au consommateur, avant la conclusion du contrat, l'ensemble des informations nécessaires pour permettre au consommateur de comprendre les conséquences économiques de ces clauses et de décider en toute connaissance de cause de se lier contractuellement, cette exigence présuppose nécessairement que le consommateur puisse prendre connaissance de toutes les clauses d'un contrat avant la conclusion de celui-ci'. Duits: 'vor Vertragsschluss sämtliche Informationen zu geben, die er benötigt, um die wirtschaftlichen Folgen der betreffenden Klauseln zu verstehen und in voller Kenntnis der Sachlage zu entscheiden, ob er sich vertraglich binden will, setzt es notwendigerweise voraus, dass der Verbraucher von allen Klauseln eines Vertrags Kenntnis nehmen kann, bevor er diesen abschließt'.

25 Hetgeen ook in overeenstemming is met het regime zoals het Burgerlijk Wetboek dat kent in art. 6:233 onder b BW.

26 Die onder de reikwijdte van de Dienstrichtlijn vallen.

27 Concl. plv. P-G Wissink 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388 onder 3.17.

28 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (De Eendracht/Doens).