

# CONTRACTEREN IN EEN ELEKTRONISCHE OMGEVING: ALGEMENE VOORWAARDEN

Bertel DE GROOTE\*  
Hoofddocent UGent, faculteit economie en bedrijfskunde

---

\* De auteur dankt Sarah VAN BRÉE, assistent UGent, Faculteit Economie en Bedrijfskunde, advocaat, voor de medewerking aan de redactie van deze bijdrage.



## INLEIDING

1. Standaardbedingen zijn niet weg te denken uit de elektronische handel<sup>1</sup>. Voor de organisatie van een verkoopsysteem op afstand zijn eenzijdige en vooraf bepaalde algemene voorwaarden essentieel. Deze algemene voorwaarden kunnen worden gedefinieerd als “*een set van schriftelijke standaardbedingen die (meestal eenzijdig en dus zonder onderhandeling) door een partij zijn opgesteld om op reguliere basis in commerciële transacties als contract te fungeren*”<sup>2</sup>. BOSMANS omschrijft hen treffend als voorgedrukte clausules die regelmatig terugkomen in rechtsverhoudingen van dezelfde aard<sup>3</sup>. Vanuit juridisch oogpunt rijst onvermijdelijk de vraag in hoeverre deze voorwaarden de partij binden die deze niet heeft opgesteld.

Elektronische overeenkomsten zijn geen nieuwigheid en eerder regel dan uitzondering geworden. Niet alle *overeenkomsten op afstand*<sup>4</sup> zijn ook elektronische overeenkomsten, terwijl dit omgekeerd veel vaker het geval is<sup>5</sup>. Elektronische overeenkomsten werden beheerst door de door de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij in het Belgisch recht omgezette Richtlijn E-handel<sup>6</sup>. Deze wet is thans opgeheven door de wet van 15 december 2013<sup>7</sup>. Niettemin

<sup>1</sup> In deze context, zie o.a. volgende standaardwerken J. VANDENDRIESSCHE, *Elektronische handel-reclame online*, Brugge, Vanden Broele, 2013, 71 p.; P. VAN EECKE, *Recht & elektronische handel*, Brussel, Larcier, 2011, 429 p.; P. VAN DE VELDE, *Praktijkboek Recht en Internet. Elektronische handel – online contracten*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 58 p.; S. ONGENA, *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 314 p.; E. MONTERO, *Les contrats de l’informatique et de l’internet*, Brussel, Larcier, 2005, 271 p.; M. DEMOULIN, D. GOBERT en E. MONTERO, *Commerce électronique de la théorie à la pratique*, Brussel, Bruylant, 2003, 201 p.; H.H. OTTO, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht*, Göttingen, WiRe- Verlagsgesellschaft für Wirtschafts- und Steuerrecht, 1984, 255 p.; F.A. KOCH, *Internet-Recht*, Oldenburg, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2014, 1064 p.

<sup>2</sup> M. BAERT, *Praktijkboek Recht en ICT*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 24; E. ENKELS, J. SCHRAEYEN, S. VAN DEN BROEKE en T. DE CLERCK, *Algemene voorwaarden*, Gent, Larcier, 2012, 1.

<sup>3</sup> M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, 33.

<sup>4</sup> Voor de toepassing van Boek VI van het Wetboek Economisch Recht (WER) definieert art. I.8, 15° ervan een overeenkomst op afstand als iedere overeenkomst, die tussen de onderneming en de consument wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de onderneming en de consument, en waarbij, tot op en met inbegrip van het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand. Ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van onderneming en consument, kan worden gebruikt voor de sluiting van de overeenkomst tussen deze partijen is volgens art. I.8, 16° een techniek voor communicatie op afstand.

<sup>5</sup> Om als overeenkomst op afstand te worden gekwalificeerd, is het belangrijk dat de communicatietechniek op afstand wordt gebruikt “tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf”. Er is geen sprake van een overeenkomst op afstand indien online enkel een offerte wordt bekomen, terwijl de verkoop zelf vervolgens in de lokalen van de verkoper plaatsvindt, zie P. VAN DE VELDE, *Praktijkboek Recht en Internet. Elektronische handel – online contracten*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 13.

<sup>6</sup> Wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische diensten van de informatiemaatschappij, *BS* 17 maart 2003; Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, m.n. de elektronische handel, in de interne markt, *Pb.L.* 17 juli 2000, afl. 178/1 (hierna “Richtlijn E-handel”).

<sup>7</sup> Wet van 15 december 2013 houdende invoeging van Boek XII, “Recht van de elektronische economie”, in het Wetboek Economisch Recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XII en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XII, in de Boeken I en XV van het Wetboek Economisch Recht, *BS* 14 januari 2014; Diensten van de informatiemaatschappij worden door art. 2, 1° Wet Elektronische Handel omschreven als alle diensten die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van de dienst worden verricht.

blijft het nuttig de tegenwerpelijke van standaardbedingen in elektronische overeenkomsten even tegen het licht te houden, aangezien de inhoud van de omzettingwet van 2003 zijn weg naar Boek XII (“Recht van de elektronische economie”) van het Wetboek Economisch Recht heeft gevonden. De bijdrage beoogt aldus zicht te krijgen op de tegenstelbaarheid van (“elektronische”) algemene voorwaarden aan de partij die deze niet heeft opgesteld.

Daarnaast wil de bijdrage, inspiratie puttend uit de problematiek van de algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten, een aantal denksporen voor rechters en beleidsmakers verkennen, inzake de mate waarin algemene voorwaarden worden gelezen en begrepen, ja (in een elektronische context) überhaupt leesbaar zijn. De bijdrage staat tevens stil bij de mogelijkheid hieromtrent naar criteria te zoeken. Dergelijke criteria kunnen op hun beurt bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden relevant zijn. De overwegingen willen ook uitnodigen tot debat over de vraag of het onderscheid in beschermingsbehoefte van de partij die met algemene voorwaarden wordt geconfronteerd, naargelang deze al dan niet als consument kan worden gekwalificeerd, met de maatschappelijke realiteit overeenstemt, inzonderheid in een elektronische omgeving. In die mate kijkt de bijdrage af en toe over het muurtje van het consumentenrecht, zonder een consumentenrechtelijke analyse als focus te hebben.

2. *Anno* 2018 mogen elektronische transacties weliswaar niet langer weg te denken zijn en op een veelheid aan platformen worden afgewikkeld, de kern van de vragen waartoe het gebruik van algemene voorwaarden leidt, is ongewijzigd. Zelfs zo zich hieromtrent niet noodzakelijk veel juridische betwistingen voordoen, boetten beschouwingen over de onderliggende problematiek niet aan belang in. De kop van een bijdrage van 2014 van WAUTERS, LIEVENS en VALCKE omschrijft het treffend als volgt: “In de praktijk worden de algemene voorwaarden van socialenetwerksites (SNS), vaak lange en moeilijk leesbare teksten, zelden gelezen. Zelfs moedige gebruikers die toch een poging ondernemen, kunnen moeilijk inschatten welke concrete (juridische) implicatie verbonden zijn aan het aangaan van deze voorwaarden”<sup>8</sup>. De gebruikers van LinkedIn of Facebook, om slechts twee sterk verspreide elektronische platformen (*i.c.* socialemediadiensten) te noemen, die de algemene voorwaarden doorploegden, zijn op minder dan de spreekwoordelijke vingers van één hand te tellen. Daarenboven zijn deze standaardbedingen, vaak opgenomen in toetredingsovereenkomsten, allerminst exclusief voor de “virtuele” wereld – voor wat het gebruik van deze term nog waard is. Ook hun complexiteit is niet aan een elektronische omgeving voorbehouden. Daarnaast verdienen standaardbedingen op zich aandacht. Het feit dat juristen hen met de nodige omzichtigheid behandelen, belet geenszins dat het gebruik ervan in het economisch verkeer frequent is en belangrijke troeven heeft.

## HOOFDSTUK 1. SITUERING: ALGEMENE VOORWAARDEN EN WILSOVEREENSTEMMING

3. In essentie komt het erop neer te weten of dergelijke algemene voorwaarden een beletsel vormen voor de wilsovereenstemming. Heeft degene die de algemene voorwaarden

<sup>8</sup> E. WAUTERS, E. LIEVENS en P. VALCKE, “Bescherming van gebruikers van sociale media – Juridisch perspectief op algemene voorwaarden van socialenetwerksites”, *NjW* 2014, 866.

van een webshop aantikt, een volwaardige wil geuit, waarmee hij rechtsgevolgen nastreeft ten aanzien van de wederpartij, auteur van de algemene voorwaarden<sup>9</sup>.

4. Wie zich al shoppend op het wereldwijde net begeeft, zal wellicht reeds meermaals een overeenkomst hebben afgesloten zonder daadwerkelijk acht te hebben geslagen op de algemene voorwaarden<sup>10</sup>. Deze algemene voorwaarden zijn vergelijkbaar met voorwaarden

<sup>9</sup> Vergelijk, bv. D. COUNYE, “De totstandkoming en het bewijs van de overeenkomst in een virtuele omgeving: overeenkomsten op afstand en de elektronische handtekening” in X (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld (XXVIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001)*, Antwerpen, Kluwer, 2002, nr. 77, p. 52.

<sup>10</sup> Overeenkomsten in een elektronische omgeving hebben vaak een grensoverschrijdend karakter, waarvan (één van) de contractanten zich vaak niet bewust is. Vanuit internationaal privaatrechtelijk oogpunt is het, hoewel dit niet het voorwerp van deze bijdrage uitmaakt, belangrijk te wijzen op de betekenis van forum- en rechtskeuzeclausules in algemene voorwaarden. Wat forumclausules betreft, dient art. 25 (Afdeling 7. Door partijen aangewezen bevoegd gerecht) van Verordening nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 te worden vermeld (zie *Pb.L.* 20 december 2012, 1). De bepaling verleent, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, ongeacht de woonplaats van de partijen, exclusieve bevoegdheid aan een gerecht/de gerechten van een lidstaat die de partijen hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn/zullen ontstaan. De bepaling schrijft onder 1, a) voor dat het om een schriftelijk of schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst kan gaan. Belangrijk voor deze bijdrage is dat de verordening in art. 25, 2 iedere elektronische mededeling, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt, als schriftelijk kwalificeert. Vermeldenswaard is eveneens dat een beding tot aanwijzing van een bevoegd gerecht dat deel uitmaakt van een overeenkomst, wordt aangemerkt als een beding dat losstaat van de overige bepalingen van de overeenkomst. Bijgevolg (*cf.* art. 25, 5, lid 2) kan de geldigheid van een forumkeuzebeding niet worden bestreden op grond van het louter feit dat de overeenkomst niet geldig is. Aangezien forumkeuzebedingen niet zelden zijn opgenomen in met consumenten gesloten overeenkomsten dient eveneens te worden aangestipt dat slechts van de internationale bevoegdheidsbepalingen ter zake (art. 17-18) kan worden afgeweken door een forumkeuzebeding dat ná het ontstaan van het geschil is gesloten of indien de betrokken overeenkomst de consument die mogelijkheid biedt de zaak bij andere gerechten dan deze bedoeld in afdeling 4 (bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten) aanhangig te maken. Een laatste alternatief is de hypothese waarin een consument en zijn wederpartij, die op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt gesloten woonplaats of hun gewone verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben, de gerechten van die lidstaat bevoegd verklaren, tenzij het recht van die lidstaat dergelijke overeenkomsten verbiedt (zie hieromtrent art. 19). De in de EEX-Verordening bedoelde consumentenovereenkomsten zijn gesloten door een persoon voor een gebruik dat niet als bedrijfs- of beroepsmatig wordt beschouwd. Het gaat om de koop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken, of financieringsovereenkomsten in dit kader, dan wel, hetgeen voor de elektronische handel niet zonder belang is, om overeenkomsten gesloten met een persoon die commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in de lidstaat waar de consument woonplaats heeft. Art. 17, 1, onder c) kwalificeert ook een overeenkomst die valt onder activiteiten die met ongeacht welke middelen worden gericht op de lidstaat waar de consument woonplaats heeft (of op meerdere staten, met inbegrip van die lidstaat) als door consumenten gesloten overeenkomst, als bedoeld in Afdeling 4. Zie, in een elektronische context, met betrekking tot art. 17, 1, c) bv. HvJ 7 december 2010, gevoegde zaken C-144/09 en C-585/08, 154/15, *Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. (KG)* en *Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller* (C-144/09), ECLI:EU:C:2010:740. Zie o.m. *Computer* 2011, afl. 5, 257, noot G. VAN CALSTER en P. VAN EECKE, en *DCCR* 2012, afl. 94, 35, noot T. KRUGER, alsmede de bevattelijke weergave van het arrest door R. STEENNOT in *Juristenkrant* 2011, afl. 224, 7. Over de problematiek, zie eveneens, B. DE GROOTE, “Maletic and EU-jurisdiction rules for consumer contracts”, *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, vol. 5, afl. 3, 138-144, en verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU aldaar. Vergelijk, in het Belgisch IPR (Wet 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004), art. 6 en 7, alsmede art. 97 inzake consumentenovereenkomsten, waarbij in § 3 de werking van forumkeuzebedingen beperkt is tot deze die na het ontstaan van het geschil zijn gesloten tussen de partijen. Zie, voor de relatie met de EVA-lidstaten, Verdrag van Lugano van 13 oktober 2007 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 21 december

op de achterzijde van een bestelbon of een factuur of de algemene voorwaarden in/gehecht aan de overeenkomst in de offlineomgeving. Onderwerpen in verband met het teruggave-recht, nalatigheidsinteressen en boetebedingen, het toepasselijk recht, de bevoegde recht-bank bij betwistingen enz. komen erin aan bod<sup>11</sup>. Deze voorwaarden bepalen met andere woorden in belangrijke mate de rechten en de plichten van de partijen. De enige keuze die de potentiële medecontractant krijgt, is de voorwaarden te aanvaarden of helemaal geen overeenkomst te sluiten<sup>12</sup>.

5. De leverancier of de dienstverlener (in het kader van de verkoop van goederen en diensten) moet ervoor zorgen dat de klant de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van de algemene voorwaarden<sup>13</sup>. De algemene voorwaarden kunnen op een aantal manieren ter kennis worden gebracht, al naargelang de onlinedienstverlener veel of weinig inspanningen gedaan heeft om de voorwaarden effectief ter kennis te brengen van de (potentiële) koper. Een algemene verwijzing naar de algemene voorwaarden kan worden gemaakt door

---

2012, 3 (art. 15-17 (Afdeling 4. Bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten) en art. 23 (Afdeling 7. Door partijen aangewezen bevoegd gerecht)). Wat het toepasselijk recht betreft, geeft Verordening nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 (zie *Pb.L.* 4 juli 2008, 6) de rechtskeuze een centrale rol. Anders dan bij forumbedingen in de nieuwe EEX-Verordening (zie hierboven) vergt de Rome I-Verordening in art. 3 in beginsel geen schriftelijke overeenkomst. Art. 3 (Hoofdstuk II. Eenvormige regels, Rechtskeuze door partijen) bepaalt (art. 3, 1) dat de rechtskeuze uitdrukkelijk moet zijn gedaan of duidelijk dient te blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. De rechtskeuze hoeft daarenboven niet de overeenkomst in haar geheel te betreffen. Specifiek wat algemene voorwaarden betreft, is het boeiend te wijzen op art. 3, 4 en 3, 5. De bepalingen zetten het gekozen recht buiten werking t.v.v. de regels van een ander land waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken/de (in het recht van een lidstaat geïmplementeerde) bepalingen van het Gemeenschapsrecht waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, indien alle op het tijdstip van de rechtskeuze bestaande aanknopingspunten zich in een ander land/een of meerdere lidstaten bevind(t)(en) op het tijdstip van de keuze dan de(lid)staat van de rechtskeuze. Wat de materiële en formele geldigheid van dergelijke rechtskeuzeovereenkomst betreft, kan naar art. 10, resp. 11 van de Rome I-Verordening worden verwezen. Wat betreft de consumentenovereenkomsten – waarvan de omschrijving in essentie samenvalt met de in art. 17, 1, c) EEX-Verordening (nieuw) bedoelde overeenkomsten (“... overeenkomst gesloten door een natuurlijk persoon voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd (“de consument”) met een andere persoon die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep (“de verkoper”), beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, op voorwaarde dat a) de verkoper zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in het land waar de consument woonplaats heeft of b) dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op dat land of op verscheidene landen, met inbegrip van dat land, en de overeenkomst onder die activiteiten valt”) –, bevat art. 6, 2 een beschermingsclausule. Immers, de in art. 3 bedoelde mogelijkheid het toepasselijk recht bij overeenkomst aan te wijzen, mag er evenwel niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht dat overeenkomstig lid 1 toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze, m.n. het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de consument. De wet houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht van 16 juli 2014 wijst voor de aanwijzing van het toepasselijk recht inzake verbintenissen uit overeenkomst naar de verwijzingsregels vastgesteld door de Rome I-Verordening.

<sup>11</sup> K. DE VULDER en D. ROMBOUTS, “De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid” in S. ONGENA, *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 36.

<sup>12</sup> K. DE VULDER en D. ROMBOUTS, “De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid” in S. ONGENA, *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 33; R. STEENNOT, “Juridische problemen in het kader van de elektronische handel”, *RDC* 1999, 668; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 536-537.

<sup>13</sup> M. BAERT, *Praktijkboek Recht en ICT*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 26; art. 7, § 2 WER stelt dat de algemene voorwaarden op zo een wijze ter beschikking moeten worden gesteld dat de klant deze kan opslaan en weergeven.

onderaan op de webpagina een icoon te plaatsen met een hyperlink naar de algemene voorwaarden<sup>14</sup>. Ook is het mogelijk om in de loop van het onlinebestellingsproces aan te geven dat er algemene voorwaarden op de bestelling van toepassing zijn, met al dan niet een verwijzing naar de hyperlink. Een bijkomende etappe in het onlinebestellingsproces kan worden opgenomen door automatisch een pop-up te laten verschijnen waarin de internetgebruiker expliciet met de algemene voorwaarden moet instemmen of waar hij voorafgaandelijk aan de bestelling een vakje moet aanklikken dat een hyperlink bevat en waardoor de gebruiker zich akkoord verklaart met deze algemene voorwaarden. De bovenvermelde technieken kunnen worden gecombineerd met het automatisch per e-mail toezenden van de algemene voorwaarden aan de internetgebruiker die online zijn bestelling heeft geplaatst of indien de levering offline gebeurt, door deze algemene voorwaarden in een papieren formaat bij de bestelling te voegen<sup>15</sup>.

6. Elektronische overeenkomsten zijn dikwijls toetredingsovereenkomsten die te nemen of te laten zijn<sup>16</sup>. De zwakkere contractpartij heeft geen zeggenschap over de inhoud van de overeenkomst, die eenzijdig wordt opgelegd door de tegenpartij. Vooral de vereiste van een geldige toestemming lijkt vanuit dit oogpunt wel eens problematisch bij het opleggen van algemene voorwaarden. In de rechtsleer stelt men zich vragen bij de tegenstelbaarheid en de inhoud van de algemene voorwaarden bij elektronische contracten<sup>17</sup>.

7. Zijn dergelijke algemene voorwaarden bindend voor de partij die ze zelf niet heeft opgesteld? En, zo ja, dan ook als redelijkerwijze vaststaat dat die partij daarvan geen kennis heeft kunnen of willen nemen (bv. wegens taalmoeilijkheden)? De belangrijkste voorwaarde voor het geldig afsluiten van een overeenkomst is de volwaardige wilsovereenstemming tussen partijen<sup>18</sup>. Partijen moeten niet alleen de effectieve wil hebben om zich te verbinden, hun wilsuïting moet ook rechtsgeldig zijn. Geldig aangegane overeenkomsten verbinden partijen over en weer of, aldus artikel 1134, lid 1 BW, zij strekken contractpartijen tot wet<sup>19</sup>. Echter, wegens afwezigheid van toestemming hebben dergelijke bedingen geen bindende kracht, tenzij ze in overeenstemming zouden zijn met suppletief recht, of in

<sup>14</sup> Deze techniek voorziet niet in een *uitdrukkelijk* aanvaardingsmechanisme en is om die reden dan ook het minst aangewezen.

<sup>15</sup> Meer uitgebreid zie K. DE VULDER en D. ROMBOUTS, "De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid" in S. ONGENA, *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 45 e.v.

<sup>16</sup> Dit resulteert soms in een "*battle of the forms*", indien beide contractpartijen hun algemene voorwaarden overmaken aan elkaar. Vermits dergelijke voorwaarden in de regel eenzijdig zijn opgesteld, zal de inhoud van beide documenten sterk verschillen waardoor tegenstrijdigheden onvermijdelijk zijn. In dergelijke gevallen rijst de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn (M. BAERT, *Praktijkboek Recht en ICT*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 28; G.L. BALLON, "Algemene voorwaarden van partijen die elkaar wederzijds uitsluiten" (noot onder Gent 16 februari 2009), *TGR* 2009, 177; G.L. BALLON, "The battle of the forms", *DAOR* 2008, 111-113). In de rechtspraak draagt de "*knock-out rule*", waarbij de tegenstrijdige bepalingen in de algemene voorwaarden van de partijen elkaar opheffen en enkel de bepalingen die overeenstemmen van toepassing blijven (en waarop het gemeen verbintenissenrecht van toepassing is), de voorkeur.

<sup>17</sup> F. DEBUSSERÉ, "Enkele verbintenissenrechtelijke beginselen bekeken door de bril van de elektronische handel" in P. VAN EECKE en J. DUMORTIER (eds.), *Elektronische Handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, die Keure, 2003, 145.

<sup>18</sup> Vanzelfsprekend moeten ook de andere elementen, opdat een overeenkomst geldig zou zijn, aanwezig zijn: bekwaamheid van de partijen, een rechtsgeldig voorwerp en een rechtsgeldige oorzaak van de aangegane verbintenissen (meer uitgebreid, zie P. VAN EECKE, *Recht & elektronische handel*, Brussel, Larcier, 2011, 204 e.v.).

<sup>19</sup> W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 56. Vergelijk ook W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 58.



die plaats of sector of tussen partijen die lange tijd met elkaar in relatie staan, gebruikelijk zijn, dan wel zouden voortvloeien uit het vereiste van redelijkheid en billijkheid<sup>20</sup>.

**8.** De bovenvermelde wilsovereenstemming moet voldoen aan een aantal voorwaarden. Meer bepaald moet het gaan om een volwaardige op de totstandkoming van rechtsgevolgen gerichte wil (i), jegens elkaar uitgedrukt (ii) en het moet een toestemming zijn vrij van wilsgebreken (iii). Een volwaardige wilsuitdrukking impliceert vooreerst dat zij uitgaat van een persoon die in staat is de gevolgen van zijn daden te overzien. Daarnaast dient de wil van de partijen ook gericht te zijn op de totstandkoming van rechtsgevolgen. Partijen moeten een juridisch bindende overeenkomst willen sluiten. Deze voorwaarde is in het bijzonder relevant in het kader van algemene voorwaarden en toetredingscontracten. Bovendien dient de wil van de partijen jegens elkaar te zijn geuit, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend. Indien er een discrepantie bestaat tussen de werkelijke wil en de verklaarde wil van contractpartijen, wordt de verklaarde wil als de werkelijke wil beschouwd indien de wederpartij redelijkerwijze mocht vertrouwen op overeenstemming van verklaring en werkelijke wil. Ten slotte moet ook bij het afsluiten van een elektronische overeenkomst de toestemming van de partijen vrij zijn van wilsgebreken<sup>21</sup>.

## HOOFDSTUK 2. KENNIS HEBBEN VAN EN AANVAARDEN

**9.** De verbindende kracht van de overeenkomst is niet altijd door de partijen gewild. Dit blijkt doorgaans uit de strekking van de overeenkomst of uit de omstandigheden van de contractsluiting<sup>22</sup>. Het verdient aanbeveling uitdrukkelijk te bepalen dat voorwaarden slechts kunnen worden ingeroepen tegenover de andere contractpartij indien ze van deze voorwaarden op de hoogte was of indien de partij die de voorwaarden levert redelijke stappen ondernam om de aandacht van de andere partij op deze voorwaarden te vestigen vóór of bij het sluiten van de overeenkomst<sup>23</sup>. Dit beklemtoont de plicht tot daadwerkelijke informatieverstrekking van de partij die de voorwaarden redigeerde. Deze aanpak

<sup>20</sup> W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 113. Zie ook Brussel 3 december 2001, *RW* 2004-05, 627. Vergelijk W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 111.

<sup>21</sup> In het Belgisch recht geldt het consensualisme als algemene regel; desalniettemin vereist de wet in sommige gevallen dat aan bepaalde vormvereisten is voldaan opdat de overeenkomst geldig tot stand zou komen. Bij een vooraf getekende verzekeringspolis of een verzekeringsaanvraag komt de overeenkomst tot stand bij de ondertekening ervan door de verzekeringnemer. Bij consumentenkredieten komt de kredietovereenkomst echter slechts tot stand nadat de consument de schriftelijke overeenkomst heeft ondertekend. De handtekening van de consument moet worden voorafgegaan door de handgeschreven vermelding “gelezen en goedgekeurd voor ... euro op krediet/terug te betalen” (P. VAN EECKE, *Recht & elektronische handel*, Brussel, Larcier, 2011, 207-209); D. COUNYE, “De totstandkoming en het bewijs van de overeenkomst in een virtuele omgeving: overeenkomsten op afstand en de elektronische handtekening” in X (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld (XXVIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001)*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 50 e.v.

<sup>22</sup> W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 56. Vergelijk W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 58.

<sup>23</sup> Zie Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) van de Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), deels gebaseerd op een herziene versie van de Principles of European Contract Law (ed. C. VON BAR, E. CLIVE en H. SCHULTE-NÖLKE, alsook H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO en F. ZOLL), München, Sellier, 2009, elektronische versie via: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf). Zie Book II (“Contracts



blijkt eveneens uit de tekst van artikel 70 van een verordeningvoorstel houdende een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEK)<sup>24</sup>. Dit artikel bepaalt dat voorwaarden van een overeenkomst die door een partij zijn bedongen en waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, alleen tegen de wederpartij kunnen worden ingeroepen wanneer die partij daarvan op de hoogte was of wanneer de partij die de voorwaarden heeft bedongen, redelijke maatregelen heeft getroffen om deze vóór of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij te brengen. Voor de toepassing van artikel 70 GEK, is, in consumentenrelaties tussen een handelaar en een consument, enkel de verwijzing naar de voorwaarden van de overeenkomst in een schriftelijke overeenkomst onvoldoende om deze voorwaarden onder de aandacht van de consument te brengen om deze vervolgens aan hem tegen te werpen, zelfs niet wanneer die consument de overeenkomst ondertekent<sup>25</sup>.

Opdat algemene voorwaarden tegenstelbaar zijn aan een contractpartij, moet aan twee voorwaarden worden voldaan. Een contractpartij kan met name maar verbonden zijn door de algemene voorwaarden wanneer ze er kennis van heeft genomen of daartoe redelijkerwijze de mogelijkheid heeft gehad<sup>26</sup> en de bedingen stilzwijgend of uitdrukkelijk heeft aanvaard<sup>27</sup>. Een verkoper heeft in de praktijk een aantal mogelijkheden om zijn algemene voorwaarden tegenwerpelijk te maken<sup>28</sup>. Hij kan de algemene voorwaarden op zijn web-

---

and other judicial acts”), Chapter 9 (“Content and effects of contracts”), 9:103 (“Terms not individually negotiated”), p. 220.

<sup>24</sup> Zie art. 70 (“Verplichting om bekendheid te geven aan voorwaarden van overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld”) van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht van 11 oktober 2011, COM(2011) 635 def., 2011/0284 (COD), elektronisch raadpleegbaar via: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>. In de eerste lezing in het kader van de “gewone wetgevingsprocedure” heeft het Europees Parlement (amendement 143) voorgesteld voor genoemd art. 70 weg te laten. Zie Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 26 februari 2014 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) (Gewone wetgevingsprocedure: eerste lezing) (2017/C 285/64), *Pb.C.* 29 augustus 2017, 638 e.v., elektronische versie raadpleegbaar via: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014AP0159&from=EN>.

<sup>25</sup> E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden – nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, 22.

<sup>26</sup> Rekening houdend met de beschikbaarheid, de zichtbaarheid, de leesbaarheid en de begrijpelijkheid van de algemene voorwaarden (M. BAERT, *Praktijkboek Recht en ICT*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 25).

<sup>27</sup> Zie bv. Bergen 28 maart 1990, *Pas.* 1990, II, 19, *JLMB* 1990, 1412, noot J. JEUNE-HOMME; Luik 12 april 1991, *JLMB* 1991, 835, noot T. BEGUIN; Brussel 23 november 2001, *DAOR* 2002/63, 244; Gent 17 december 2002, *P&B* 2003, 227; Luik 9 januari 2003, *JT* 2004, 389; Antwerpen 4 oktober 2003, *RHA* 2003, 267; Antwerpen 11 oktober 2004, *RHA* 2006, 47; Antwerpen 22 september 2008, *RHA* 2011, 41; Rb. Luik 1 oktober 2008, *DAOR* 2009/91, 320, noot E. MONTERO; Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, 923; overeenkomsten tussen van elkaar verwijderde partijen komen tot stand *op het tijdstip en op de plaats* waarop de aanbieder van de aanvaarding kennisneemt of redelijkerwijze had kunnen nemen. *In casu* komt het reiscontract gesloten via een website tot stand op het moment en op de plaats waarop de klant de bevestiging van de reisorganisator ontvangt (Kh. Tongeren 5 oktober 2004, nr. A/03/03417, *DAOR* 2007, afl. 81, 154). Over dit onderwerp zie ook M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, 44-49; L. CORNELIS en I. CLAEYS, “De tegenstelbaarheid van algemene bankvoorwaarden en hun eenzijdige wijziging” in M. TISON en J.-P. BUYLE (ed.), *Algemene bankvoorwaarden – Les conditions générales bancaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 77-79; R. STEENNOT, “Tegenwerpbaarheid van algemene voorwaarden”, *T.Vred.* 2012, 371; R. STEENNOT, “Juridische problemen in het kader van de elektronische handel”, *RDC* 1999, 668.

<sup>28</sup> H. ROWE, “Electronic commerce and consumers”, *JBL* 1998, 170-171; R. STEENNOT, “Juridische problemen in het kader van de elektronische handel”, *RDC* 1999, 668.

site vermelden of hij kan via een link op de website naar de algemene voorwaarden verwijzen<sup>29</sup>. Om de algemene voorwaarden effectief tegenwerpelijk te maken, kan hij de potentiële contractpartij *vooraf* laten verklaren dat deze redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van de algemene voorwaarden en ze heeft aanvaard<sup>30</sup>. De partij die de algemene voorwaarden overmaakt, doet er goed aan om ervoor te zorgen dat zij bewijs heeft van de effectieve overmaking (bv. door een bevestigingse-mail). Indien de contractpartij beslist om de voorwaarden niet te lezen, zal zij daar de gevolgen van moeten dragen<sup>31</sup>.

**10.** Of dit ook het geval is indien de contractpartij de algemene voorwaarden nauwelijks kon verstaan wegens hun intrinsieke ingewikkeldheid (bv. een verzekeringscontract), is twijfelachtiger. Het document, dat aan alle voorwaarden voldoet en tegenwerpelijk is, moet nog steeds door de tegenpartij, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend<sup>32</sup>, worden aanvaard<sup>33</sup>. Een aandachtspunt betreft ook de taal waarin de algemene voorwaarden zijn geredigeerd. Het is verdedigbaar dat een wederpartij die met algemene voorwaarden wordt geconfronteerd die in een vreemde taal zijn geredigeerd, in beginsel niet geacht kan worden hiervan *daadwerkelijk* kennis te hebben genomen, nog daargelaten er de economische en juridische draagwijdte van te hebben gecapteerd. Uitzonderingen kunnen zich bijvoorbeeld voordoen indien de “auteur” van de algemene voorwaarden ervan mocht uitgaan dat de wederpartij de voorwaarden in een vreemde taal zonder grote moeite kon begrijpen<sup>34</sup>. Naar analoge van het in artikel 16, 1, c) EEX-Verordening gehanteerde criterium voor de definitie van “consumentenovereenkomsten” met het oog op de bepaling

<sup>29</sup> De onderneming moet ervoor zorgen dat, wanneer een elektronische overeenkomst wordt voorgesteld, een link de klant uitdrukkelijk, duidelijk en expliciet verwijst naar een pagina met de integrale tekst van haar algemene voorwaarden, ofwel naar een bestand (txt- of pdf-bestand) dat deze voorwaarden bevat en dat de bestelling niet kan worden afgerond als het ad-hocvak op het onlineformulier niet is aangevinkt (Vred. Fontaine-l'Évêque 15 februari 2016, *JLMB* 2017, afl. 7, 332).

<sup>30</sup> Dit is niet het geval indien het contract telefonisch tot stand komt en de voorwaarden op internet beschikbaar zijn. Een loutere verwijzing naar de algemene voorwaarden of een vermelding dat de algemene voorwaarden op aanvraag beschikbaar zijn, volstaat niet (Rb. Luik 1 oktober 2008, *DAOR* 2009, 320; Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, 923). Ook voorwaarden die voorkomen op de factuur, kunnen niet worden ingeroepen tegen de consument, aangezien deze pas ná het sluiten van de overeenkomst kenbaar worden gemaakt (Vred. Zomergem 11 maart 2011, *RABG* 2013, afl. 16, 1139); zie ook M. DEMOULIN, “Information et transparence sur les réseaux” in *Le commerce électronique sur les rails?*, Brussel, Bruylant, 2001, 125. De bewijslast van de aanvaarding door de consument van de algemene voorwaarden van de leverancier uiterlijk op het ogenblik van de afsluiting van de overeenkomst rust op de beroepsbeoefenaar die de dienst aanbiedt (Vred. Fontaine-l'Évêque 15 februari 2016, *JLMB* 2017, afl. 7, 332).

<sup>31</sup> R. STEENNOT, “Juridische problemen in het kader van de elektronische handel”, *RDC* 1999, 668.

<sup>32</sup> In de rechtspraak neemt men doorgaans aan dat stilzwijgende aanvaarding enkel mogelijk is in geval van een “omstandig” stilzwijgen (d.i. een stilzwijgen dat, rekening houdend met de omstandigheden, niets anders kan betekenen dan de aanvaarding van de algemene voorwaarden), zie Kh. Bergen 8 juli 2003, *TBBR* 2004, 208.

<sup>33</sup> W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 114 en W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 112; in dit kader zie ook Rb. Luik (7de k.) 1 oktober 2008, nr. 06/5646/A, *DAOR* 2009, afl. 91, 320 (opdat de algemene voorwaarden van een verzekeringscontract tegenwerpelijk zouden zijn aan een niet-professionele verzekerde, moet hij in de mogelijkheid zijn om er kennis van te nemen alvorens het contract wordt afgesloten en dient hij ze uitdrukkelijk of stilzwijgend maar zeker te hebben aanvaard. De op het internet gepubliceerde algemene voorwaarden zijn niet tegenwerpelijk indien elkeen zomaar een verzekeringscontract kan afsluiten zonder de algemene voorwaarden te hebben gelezen en goedgekeurd).

<sup>34</sup> Of de beschermingsdrempel wat dit betreft hoger hoeft te liggen voor consumenten dan niet-consumenten, lijkt ons geenszins vanzelfsprekend. Men dient er hierbij rekening mee te houden dat algemene voorwaarden in beginsel reeds op zich een belangrijke mate van complexiteit vertonen.

van het toepassingsgebied van de “beschermende” internationale bevoegdheidsregels, lijkt de wederpartij ervan te mogen uitgaan dat de algemene voorwaarden in de taal van de plaats waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, zijn geschreven indien degene die de algemene voorwaarden hanteert, zijn activiteiten op het betrokken land “richt”, met welke middelen ook, en het betreffende contract deel uitmaakt van deze activiteiten. In andere gevallen kan worden aangenomen dat de contractpartij die algemene voorwaarden onderschrijft, een actievere rol heeft opgenomen en makkelijker kan worden aangenomen dat zij zich bewust was van de taal waarin de algemene voorwaarden zijn opgesteld en dan ook redelijkerwijze geacht kan worden deze te hebben kunnen begrepen. Ten slotte is het weliswaar een gegeven dat in een elektronische omgeving zeer vaak het Engels wordt gehanteerd. Of dit ook betekent dat algemene voorwaarden die in het Engels zijn geschreven, mogen worden geacht voor eenieder toegankelijk te zijn, is minder vanzelfsprekend, aangezien dergelijke bedingen van nature reeds een zekere complexiteit vertonen. Ook hier rijst bovendien de vraag of het eventuele tegemoet treden van een consument die algemene voorwaarden onder de neus krijgt, niet ook ten aanzien van andere contractanten relevant kan zijn<sup>35</sup>.

**11.** Wat de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden online betreft, moet, hoewel dit niet de kern van deze bijdrage vormt, ook worden teruggekoppeld naar artikel VI.82 e.v. (Hoofdstuk 6 “Onrechtmatige bedingen”) van het Wetboek Economisch Recht. Ten aanzien van consumenten zullen immers de verbodsbepalingen inzake onrechtmatige bedingen onverkort toepassing vinden. Krachtens artikel VI.84 WER zijn onrechtmatige bedingen verboden en nietig en bijgevolg kunnen zij niet ten aanzien van de onlineconsument worden afgedwongen, ook al heeft hij ze contractueel aanvaard. Bij betwisting zullen algemene voorwaarden online in principe in het voordeel van de consument en tegen de onlinedienstverlener worden geïnterpreteerd<sup>36</sup>.

**12.** Aan het begin van de eenentwintigste eeuw merkte COUNYE terecht op dat bij “click-wrapovereenkomsten” belangrijke vragen rijzen wat het bestaan van de wilsuiting betreft. De relevantie die zij aan deze vragen toeschreef voor de beoordeling van het bestaan van een wilsuiting, liggen voor de hand<sup>37</sup>.

**13.** COUNYE had het hierbij over het graduele karakter van de toegankelijkheid van websites en merkte op dat de bezoeker van een website die op zoek is naar informatie, na een eerste vluchtige kennisname van bijvoorbeeld een website slechts bijkomende informatie zal kunnen verkrijgen dan na met algemene voorwaarden te hebben ingestemd. Hierbij rijst de vraag of de instemming met de algemene voorwaarden, die een ruime draagwijdte kunnen hebben, wel beoogd is. COUNYE vraagt zich af of de bezoeker wel met de voorwaarden kan worden geacht te hebben ingestemd indien hij aantoont dat hij slechts de bedoeling had verder in de website af te dalen, waarbij de instemming met de algemene voorwaarden, als een formele horde is beschouwd, doch zonder dat de bezoeker de bedoeling had hiermee in te stemmen. Volgens de auteur had de beheerder van de website in

<sup>35</sup> Wat dit betreft, kan een analyse van ieder concreet geval wellicht hulp bieden. De situatie van een kleine, eerder lokaal opererende ondernemer/onderneming, kan, vanuit de invalshoek van de taal van de algemene voorwaarden, moeilijk worden vereenzelvigd met deze van een groter, internationaal actief bedrijf.

<sup>36</sup> P. VAN DE VELDE, *Praktijkboek Recht en Internet*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 31 e.v.

<sup>37</sup> D. COUNYE, “De totstandkoming en het bewijs van de overeenkomst in een virtuele omgeving: overeenkomsten op afstand en de elektronische handtekening” in X (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld (XXVIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001)*, Antwerpen, Kluwer, 2002, nr. 76, 52.

het laatste geval slechts de “schijnleer” als valscherf. De door COUNYE ontwikkelde redenering is wellicht ook relevant voor de instemming met clausules die de persoonsgegevens betreft.

**14.** Zoals ook COUNYE reeds terecht aanhaalde, kan men niet uit het oog verliezen dat de standaardbedingen in een elektronische omgeving niet noodzakelijk betrekking hebben op *transacties* (bv. koopovereenkomst, dienstverleningsovereenkomst ...). Vaak handelt het om voorwaarden waaronder een applicatie kan worden gebruikt (bv. gedragsregels voor de gebruiker), gebruiksvoorwaarden.

### HOOFDSTUK 3. GEÏNFORMEERDE BESLISSING (?)

**15.** Hoewel deze bijdrage de problematiek meer algemeen beschouwt en de consumentenrechtelijke invalshoek niet bestrijkt, is het relevant het belang van “informatie” voor een rechtshandeling te duiden. Het uitgangspunt hierbij is dat wie een overeenkomst sluit, een *geïnformeerde beslissing* neemt. Of contractpartijen in een gelijkwaardige positie tot elkaar staan, zou dan afhankelijk zijn van de vraag of er al dan niet symmetrie is in de informatie waarover zij beschikken met het oog op het stellen van een rechtshandeling. In die zin kan de informatieverplichting, bedoeld in de Consumentenrechtenrichtlijn, worden begrepen<sup>38</sup>. Informatie bevordert ook de mededinging, aangezien transparant marktaanbod makkelijker vergeleken kan worden.

**16.** De benadering waarbij “informatie” centraal staat, wordt vele voordelen toebedacht en zou tot een versterking van de consument leiden<sup>39</sup>. Deze wordt traditioneel als zwakkere marktpartij gekenmerkt. De benadering voert evenwel tot vragen waarvan het belang de context van de consumentenovereenkomst te buiten gaat. Zij zijn ook voor deze bijdrage relevant.

**17.** Zo rijst de vraag of informatieverstrekking aan een potentiële contractpartij deze noodzakelijk versterkt. Iedereen ervaart dat een toevloed aan informatie tot *desinformatie* kan leiden. De verwerkingscapaciteit is immers niet onbegrensd. Daarenboven is het ook niet vanzelfsprekend de juistheid en de impact van informatie (voldoende snel) te kunnen inschatten. Het belang van deze vragen is trouwens niet beperkt tot de relatie verkoper-consument. Veel professionele contractpartijen ervaren dezelfde moeilijkheden<sup>40</sup>. Bovendien zijn zij ook socio-economisch niet noodzakelijk zoveel sterker dan een consument,

<sup>38</sup> Richtlijn 2011/83 van 25 oktober 2011 van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L.* 22 november 2011, afl. 204, 64.

<sup>39</sup> Zie hierover, meer uitgebreid en genuanceerd E. WAUTERS, E. LIEVENS en P. VALCKE, “Bescherming van gebruikers van sociale media – Juridisch perspectief op algemene voorwaarden van sociale netwerksites”, *NjW* 2014, 868.

<sup>40</sup> Vergelijk E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 3, p. 15. De auteur formuleert het als volgt: “... Het is absoluut niet evident als consument de relevante informatie terug te vinden en nog minder te vergelijken tussen verschillende ondernemingen. In de praktijk blijkt het nu ook voor professionele adviesverstrekkers moeilijk geworden om met redelijke inspanningen een correcte inschatting te maken van de contractuele rechten en verplichtingen zoals die in algemene voorwaarden worden vormgegeven”.

zeker bij toetredingsovereenkomsten. Alles bij elkaar beschouwd, rijst dus de vraag of informatie, indien slecht gedoseerd, niet veeleer leidt tot desinformatie. Deze veelheid aan informatie kan ook tot een vals gevoel aan bescherming leiden. Daarbij komt de vraag of contractanten wel de rationele wezens zijn die zij geacht worden te zijn. Kan men met andere woorden in redelijkheid verwachten dat een contractpartij een rationele beslissing neemt en zich laat leiden, zo zij al in staat is hiertoe op basis van de haar versterkte informatie voldoende inzicht te verwerven, door de mate waarin uit de voorhanden zijnde informatie blijkt of de af te sluiten overeenkomst aan haar wensen voldoet. Tevens kan de impact van informatie verschillen door de wijze waarop of de context waarin zij wordt vormgegeven.

**18.** Dit voert tot de vraag of het belang dat aan algemene voorwaarden wordt verleend, volledig los kan staan van voormelde vaststellingen. Niet enkel leest een contractpartij niet systematisch de algemene voorwaarden alvorens te contracteren, zij kan evenmin worden geacht deze te lezen en de draagwijdte ervan te begrijpen. In die context kan een al te sterke nadruk op informatieverplichtingen, bijvoorbeeld in algemene voorwaarden, een illusie van transparantie en bescherming wekken. Dan komt onvermijdelijk de vraag of het accent niet dient te verschuiven naar de inhoudelijke controle op de contractvoorwaarden, waarbij de bescherming van de consument misschien soms een te enge scoop biedt. De brug naar het leerstuk van de onrechtmatige bedingen is hierbij snel geslagen.

**19.** Even terug naar WAUTERS, LIEVENS en VALCKE. Zeer passend verwoorden zij de problematiek van de *informed consent* (een fictie?) in een digitale omgeving, zonder die daartoe te verenigen. Hun vaststelling leest als volgt: “Het niet-lezen en niet-begrijpen van algemene voorwaarden is niet exclusief verbonden aan SNS (= socialenetwerksites). Het is een meer algemeen fenomeen dat verband houdt met het gedrag van mensen wanneer ze geconfronteerd worden met gestandaardiseerde contracten. Uit onderzoek blijkt immers dat consumenten standaardvoorwaarden ervaren als “te nemen of te laten”, verwachten dat ze de voorwaarden toch niet zullen begrijpen omdat het vaak lange teksten zijn, opgesteld in moeilijke termen en het vaak onwaarschijnlijk achten dat deze voorwaarden sterk zullen verschillen van bedrijven die gelijkaardige goederen of diensten aanbieden”<sup>41</sup>. Daarbij komt volgens deze auteurs, wat in het bijzonder socialenetwerksites betreft, de vaststelling dat het gebruik ervan ook wordt beïnvloed door netwerkeffecten, waarbij het gebruikersaantal gelijkloopt met de aantrekkelijkheid ervan en het “kleverig” karakter van de dienst. Het in hoofde van gebruikers ontstaan engagement beïnvloedt de marktwerking, gedomineerd door een paar sterke aanbieders.

**20.** Treffend is de vaststelling dat TERRYN, verwijzend naar MAROTTA-WURGLER en TAYLOR, aangeeft dat uit een analyse van licentieovereenkomsten met eindgebruikers over de periode 2003 en 2010 blijkt dat deze langer (30 %) en eenzijdiger zijn geworden en in complexiteit niet afnamen<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> E. WAUTERS, E. LIEVENS en P. VALCKE, “Bescherming van gebruikers van sociale media – Juridisch perspectief op algemene voorwaarden van socialenetwerksites”, *NjW* 2014, 868.

<sup>42</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 4, p. 16, in vn. 8 verwijzend naar F. MAROTTA-WURGLER en R. TAYLOR, “Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard Form Contracts”, *NYU L. Rev.* 2013, vol. 88, 240.

**21.** Een kritische houding ten aanzien van de vraag of algemene voorwaarden gelezen worden – een vraag waarvan de pertinentie zich wellicht niet tot consumenten beperkt – leidt tot de vraag of, bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden, de Europeesrechtelijke consumentenbescherming niet dienstig kan zijn. Dit doet, zoals reeds toegelicht, geen afbreuk aan de noodzaak, hetgeen de draagwijdte van deze bijdrage overstijgt, (niet enkel in consumentenovereenkomsten) (?) algemene voorwaarden te kunnen toetsen en bij klaarblijkelijk onevenwicht niet bindend te verklaren. Dat wie in de mogelijkheid was algemene voorwaarden te lezen niet langer aanspraak zou kunnen maken op materieelrechtelijke bescherming of deze überhaupt niet langer nodig hebben, lijkt onaannemelijk.

**22.** Daarbij komt nog de vraag of algemene voorwaarden, bij het aangaan van een dienst, geprojecteerd op bijvoorbeeld het scherm van een smartphone, gemaakt zijn om er kennis van te nemen. Of nog, is er een reële mogelijkheid tot kennisname of kan men in redelijkheid niet anders verwachten dan dat de contractpartij er snel doorheen scrollt.

## HOOFDSTUK 4. INFORMATIEVERPLICHTING: EUROPEESRECHTELIJKE INSPIRATIE

### § 1. MOGELIJKHEID TOT KENNISNAME

**23.** In wat volgt, verkent de bijdrage twee essentiële aspecten van de Europeesrechtelijke informatieverplichting. Deze verkenning heeft geen extensieve analyse tot doel, maar beoogt een aantal denksporen te openen voor de gemeenrechtelijke toets van de tegenwerpelijke van algemene voorwaarden. Het valt immers niet in te zien waarom het hiernavolgende in zijn draagwijdte zonder meer beperkt zou moeten blijven tot consumentenovereenkomsten. De verkenning kan tot ideeën leiden die beantwoorden aan een meer algemene nood. TERRYN heeft het hierbij over een *procedureel* en een *materieel* niveau. Het eerste betreft de mogelijkheid tot kennisname, het tweede betreft de begrijpelijkheid van de voorwaarden (voor de consument)<sup>43</sup>. Het laat de contractpartij toe een inschatting te maken van de rechten en verplichtingen die zij op zich neemt.

**24.** Uit artikel 5 van de Richtlijn 93/13/EEG Oneerlijke Bedingen<sup>44</sup> blijkt dat de bedingen *duidelijk en begrijpelijk* moeten zijn opgesteld<sup>45</sup>. Daarnaast bevat de bepaling het principe

<sup>43</sup> Anders dan TERRYN plaatst deze bijdrage de afbakening die de consument beoogt tussen haakjes, aangezien zij precies de voorwaarden bestudeert vanuit het oogpunt er meer algemene lering uit te trekken. Zie E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 8, p. 18. De auteur heeft het in deze context trouwens over “besluitvormingsbelang”, “afstemmingsbelang” en “dossierbelang”. Het valt moeilijk in te zien dat de relevantie van deze belangen beperkt is tot consumenten. Wellicht wordt de kracht van hun positie in het kader van de contractonderhandeling niet onderschat, maar wordt deze van de niet-consument veeleer overschat.

<sup>44</sup> Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 21 april 1993 (hierna ‘Richtlijn oneerlijke bedingen’).

<sup>45</sup> Ten aanzien van de “kernbedingen” voorziet art. 4(2) van de Richtlijn oneerlijke bedingen eveneens in de verplichting deze duidelijk en begrijpelijk te formuleren. Desgevallend voorziet de richtlijn niet in een inhoudelijke controle. De kernbedingen betreffen het voorwerp van de overeenkomst, de gelijkwaardigheid van prijs/vergoeding en de tegenprestatie (goederen, diensten); wat de parallelle interpretatie betreft, zie HvJ 30 april 2014, nr. C-26/13, EU:C:2014:282, *Árpád Kásler en Hajnalka Káslerné Rábail OTP Jelzálogbank Zrt.*



van een consumentvriendelijke interpretatie. Bij een analoge toepassing van de interpretatieregel buiten de consumentencontext zou zulks betekenen dat de interpretatie plaatsvindt ten gunste van degene die de bedingen niet heeft geredigeerd. Daarnaast valt uit de overwegingen bij de richtlijn af te leiden dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om van alle bedingen kennis te nemen<sup>46</sup>.

**25.** Het EU-recht biedt bijgevolg een hefboom voor een voorafgaande informatieplicht, waarbij duidelijke en begrijpelijke bedingen de consument toelaten zich te informeren om met kennis van zaken te kunnen beslissen<sup>47</sup>.

**26.** Het is, zoals eerder aangehaald, verdedigbaar te eisen dat, ongeacht de omgeving, de partij die de standaardvoorwaarden opstelt, onderneemt wat in redelijkheid mag worden verwacht om de andere contractpartij te wijzen op de voorwaarden, voorafgaandelijk aan het sluiten van de overeenkomst<sup>48</sup>. In een elektronische omgeving kan hierbij worden

<sup>46</sup> Overw. 20. Over de draagwijdte van de verplichting, te beschouwen als deel van de richtlijn: Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten; zie ook HvJ 10 mei 2001, C-144/99, *Commissie/Nederland*, overw. 20, verwijzend naar randnr. 26 t.e.m. 31 van de Concl. Adv. Gen. TIZZANO van 23 januari 2001, overw.31; Verslag van de Commissie van 27 april 2000 over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM(2000) 248. Vergelijk HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C154/15, C-307/15 en C-308/15, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, ECLI:EU:C:2016:980, overw. 50. Het Hof overweegt er, verwijzend naar een arrest van 21 maart 2013, C-92/11, EU:C:2013:180, *RWE Vertrieb*, overw. 44 dat het voor een consument van wezenlijk belang is dat hij, vóór de sluiting van de overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van de sluiting van de overeenkomst. Hij zal m.n. op basis van de aldus verkregen informatie beslissen of hij gebonden wenst te worden door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd. Het arrest voorziet tevens in de mogelijkheid het gebrek aan precontractuele transparantie van bedingen die betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, te sanctioneren middels de beoordeling van het oneerlijke karakter ervan.

<sup>47</sup> De advocaat-generaal formuleert het in overw. 31 als volgt (Concl. Adv. Gen. TIZZANO van 23 januari 2001): "... Dit geldt temeer wanneer men bedenkt, aldus nogmaals de Commissie, dat volgens de door de gemeenschapswetgever gekozen oplossing de verkoper verplicht is om tevoren zorg te dragen voor duidelijke en begrijpelijke bedingen en aldus te waarborgen dat de consument zich nog voor het sluiten van de overeenkomst voldoende kan informeren om met kennis van zaken te beslissen". In vn. 11 (overw. 31) verwijst de advocaat-generaal in deze context uitdrukkelijk naar overw. 20 bij de richtlijn ("Overigens blijkt in de richtlijn op meerdere plaatsen, dat de duidelijkheid van bedingen in standaardovereenkomsten in de verhouding verkoper-consument in een zo vroeg mogelijk stadium moet worden verzekerd. In de twintigste overweging van de considerans heet het bv. dat "de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen", en volgens punt i van de bijlage bij de richtlijn is een beding oneerlijk indien het beoogt "op onweerlegbare wijze de instemming vast te stellen van de consument met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst".").

<sup>48</sup> Vergelijk art. 22 dat binnen het toepassingsgebied (zie inzonderheid art. 22, 2 voor de uitgesloten activiteiten) van Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.L.* 12 december 2006, (hierna "Dienstenrichtlijn") verplicht, in voorkomend geval, de algemene voorwaarden en bepalingen die de dienstverrichter hanteert, ter beschikking te stellen van de afnemer. De dienstverlener beschikt over de keuze (zie art. 22, 2) de informatie op eigen initiatief te verstrekken, ervoor te zorgen dat deze informatie makkelijk toegankelijk is op de plaats waar de dienst wordt verricht of het contract wordt gesloten, voor de afnemer makkelijk elektronisch toegankelijk is op een door de dienstverrichter meegegeed adres of is opgenomen in ieder door de dienstverrichter aan de afnemer verstrekt informatie-document waarin de diensten van de dienstverrichter in detail zijn beschreven. Daarnaast bepaalt art. 22, 4 dat de te verstrekken informatie door de dienstverlener helder, ondubbelzinnig en tijdig vóór de sluiting van het contract (of, indien er geen schriftelijk contract is, vóór de verrichting van de dienst) moet worden meegegeed of beschikbaar gesteld. Vergelijk: art. III.74-75 WER, weliswaar onder Titel 3 ("Algemene verplichtingen van de ondernemingen").



gewezen op het, weliswaar minder verstrekkende, artikel 10 van de Richtlijn E-handel<sup>49</sup>, waarvan het toepassingsgebied niet enkel consumentenovereenkomsten bestrijkt. De bepaling betreft de “informatieplicht” en verplicht er onder 3) de voorwaarden van het contract en de algemene voorwaarden van het contract op zodanige wijze ter beschikking te stellen aan de afnemer van de dienst dat hij deze kan opslaan en weergeven<sup>50</sup>.

## § 2. BEGRIJPELIJKHEID

**27.** Wat de “inhoudelijke toegankelijkheid” betreft, leert artikel 5 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen<sup>51</sup> dat in het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk<sup>52</sup> zijn opgesteld, deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld.

<sup>49</sup> Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, m.n. de elektronische handel, in de interne markt, *Pb.L.* 17 juli 2000, afl. 178/1.

<sup>50</sup> Het art. 10 Richtlijn E-handel luidt als volgt: “Artikel 10 – Informatieplicht

1. In aanvulling op de overige informatievoorschriften van het Gemeenschapsrecht zorgen de lidstaten ervoor dat de dienstverlener, behalve andersluidend beding tussen partijen die niet als consument handelen, op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze ten minste de volgende informatie verstrekt voordat de afnemer van de dienst zijn order plaatst:

- a) de verschillende technische stappen om tot de sluiting van het contract te komen;
- b) uitsluitel omtrent de vraag of het afgesloten contract door de dienstverlener zal worden gearchiveerd en of het toegankelijk zal zijn;
- c) de technische middelen waarmee invoerfouten opgespoord en gecorrigeerd kunnen worden voordat de order geplaatst wordt;
- d) de talen waarin het contract gesloten kan worden.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat de dienstverlener, behalve andersluidend beding tussen partijen die niet als consument handelen, aangeeft welke gedragscodes hij onderschreven heeft en informatie geeft over de manier waarop die codes langs elektronische weg geraadpleegd kunnen worden.

3. De voorwaarden van het contract en de algemene voorwaarden van het contract moeten de afnemer op een zodanige wijze ter beschikking worden gesteld dat hij deze kan opslaan en weergeven.

4. De leden 1 en 2 zijn niet van toepassing op contracten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten.” Vergelijk: art. XII.7, § 2 WER. Zie hierover ook P. VAN EECHE, “Precontractuele voorwaarden bij elektronische handel” in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 2006, p. 315-356 (335). M.b.t. het toenmalige art. 8, § 2 wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *BS* 17 maart 2003, 12962 (zie huidig art. XII.7, § 2 WER) verduidelijkt de auteur dat aan de verplichting onder meer voldaan wordt door het contract en de algemene voorwaarden – best gemaakt in een niet-ongemerkt wijzigbaar formaat – via mail aan de afnemer van de dienst van de informatiemaatschappij te sturen. Een andere mogelijkheid bestaat in het ter beschikking stellen van een downloadbaar (en uitprintbaar) document (op de bedrijfswebsite). B2B kan niet van deze verplichting, die ook geldt voor uitsluitend via uitwisseling van elektronische post gesloten overeenkomsten, worden afgeweken (art. 11 toenmalige wet e-handel en huidig duiding art. XII.10 WER).

<sup>51</sup> Richtlijn 93/13/EEG oneerlijke bedingen; vergelijk art. VI.37 WER; over de verhouding tussen de Dienstenrichtlijn en de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, zie E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 12, 22-23. Art. VI.37 WER bepaalt in § 1 dat indien alle of bepaalde bedingen van een overeenkomst tussen een onderneming en een consument schriftelijk zijn, deze op duidelijke en begrijpelijke wijze behoren te zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding prevaleert, overeenkomstig § 2, trouwens de voor de consument gunstigste interpretatie.

<sup>52</sup> Commissie voor onrechtmatige bedingen, “Advies inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorontwerp van wet betreffende bepaalde marktpraktijken van 19 november 2008”, COB 25, 6, [www.fgov.be/nl/binaries/COB25\\_tcm325-74403.pdf](http://www.fgov.be/nl/binaries/COB25_tcm325-74403.pdf). De Commissie stelt dat de deskundigen opmerkten dat de

28. Het lijkt verdedigbaar deze criteria ook aan te wenden bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden (bv. in een elektronische omgeving) in overeenkomsten zonder meer. In het licht van de hierboven toegelichte theorie lijken deze eisen ook bij overeenkomsten waarin de partijen “evenwaardig” worden geacht, relevant.

### I. Inhoudelijk toegankelijk voor de gemiddelde ontvanger

29. De reeds aangehaalde, zeer sterke, bijdrage van TERRYN reikt een aantal handvaten aan. Vooreerst moet de *gemiddelde* consument als toetssteen gelden. Het lijkt verdedigbaar bij uitbreiding aan te nemen dat de inhoud van de algemene voorwaarden ook voor de gemiddelde contractuele wederpartij – rekening houdend met het soort overeenkomst, de sector waarin deze gesloten wordt e.d.m. – begrepen moet kunnen worden. De contractpartij moet voorafgaandelijk aan de sluiting van de overeenkomst in staat zijn de draagwijdte van de overeenkomst te vatten. Hierbij volstaat niet enkel inhoudelijke beheersing, waaromtrent het Hof van Justitie van de Europese Unie overweegt dat kennis van de inhoud van de algemene voorwaarden van wezenlijk belang is<sup>53</sup>.

30. In de logica van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak *RWE* moet de contractpartij tevens de gevolgen van de door haar onderschreven contractvoorwaarden kunnen inschatten en er bij de contractsluiting op kunnen anticiperen<sup>54</sup>. Bovendien, doch ook deze vereiste lijkt geenszins tot de context van de consumentenovereenkomsten beperkt, moet de kennisname van alle contractvoorwaarden plaatshebben vooraleer de overeenkomst wordt gesloten. Deze informatie is immers wezenlijk om de wederpartij van degene die de contractvoorwaarden heeft geredigeerd, toe te laten met kennis te beslissen of zij zich onder de betrokken voorwaarden wil verbinden<sup>55</sup>.

31. TERRYN verwijst in de reeds aangehaalde bijdrage naar de arresten *Kásler* en *Bucura* die de verplichting tot transparantie, waarvan de pertinentie niet tot de context van door consumenten gesloten overeenkomsten beperkt lijkt, verduidelijken<sup>56</sup>. In eerstgenoemd arrest herneemt het Hof dat taalkundig en grammaticaal begrijpelijke bedingen niet volstaan om aan de vereiste van transparantie, bedoeld in Richtlijn Oneerlijke Bedingen, te voldoen<sup>57</sup>. Het wijst op het belang van een ruim opgevatte transparantieplichting omwille van de zwakke positie waarin de consument zich bevindt. Hoewel deze overweging hout snijdt, rijst de vraag of dergelijk onevenwicht zich tot de consumentenovereenkomst hoeft te beperken. Kenmerkt het niet iedere standaardovereenkomst, met name in een elektronische context, waarvan het, zeker in het licht van het veralgemeend gebruik van mobiele apparaten, niet steeds duidelijk is of het een adequate drager is voor de toegankelijkheid van complexe/omvangrijke informatie (*cf.* algemene voorwaarden)? Nochtans mag men

beperking van de vereiste van transparantie tot schriftelijke bedingen van geen enkel nut is en dat Europese en Belgische rechtsleer daaromtrent unaniem zijn.

<sup>53</sup> HvJ 21 maart 2013, C-92/11, EU:C:2013:180, *RWE Vertrieb*, overw. 50. Een gewone verwijzing in de algemene voorwaarden naar een wettelijke of bestuursrechtelijke tekst waarin de rechten en verplichtingen van de partijen zijn vastgelegd, volstaat niet voor het Hof.

<sup>54</sup> HvJ 21 maart 2013, C-92/11, EU:C:2013:180, *RWE Vertrieb*, overw. 53.

<sup>55</sup> HvJ 21 maart 2013, C-92/11, EU:C:2013:180, *RWE Vertrieb*, overw. 44.

<sup>56</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, 25.

<sup>57</sup> HvJ 30 april 2014, nr. C-26/13, EU:C:2014:282, *Árpád Kásler en Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt.*, overw. 71.

aannemen dat de contractuele wederpartij, analoog aan de consument (bedoeld in art. 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen), daadwerkelijk kennis moet kunnen nemen van de voorwaarden waaronder zij contracteert. Uit overwegingen 73 en 74 blijkt dat de bij de specificatie van de voorwaarden gehanteerde transparantie een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument<sup>58</sup> moet toelaten op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen<sup>59</sup> (*in casu* als gevolg van een door de verkoper gehanteerd wisselkoersmechanisme) die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, te kunnen voorzien<sup>60, 61, 62</sup>.

<sup>58</sup> Vergelijk HvJ (6de k.) 9 juli 2015, C-348/14, *Maria Bucura/SC Bancpost SA*, overw. 56 en 66, waaruit ook blijkt dat de consument de draagwijdte van zijn verbintenis moet kunnen inschatten.

<sup>59</sup> Vergelijk het arrest-*Naranjo*, waar het Hof van Justitie in overw. 48 aanhaalt dat de verwijzingsbeslissing in het kader van materiële transparantie ook acht slaat op de vraag of de aan de contractpartij verstrekte gegevens toelaten de juridische omvang van haar contractuele verplichting in te schatten (HvJ 21 december 2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco SAU* (C-154/15), *Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)* (C-307/15), *Banco Popular Español, SA/Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu* (C-308/15).

<sup>60</sup> Eveneens verwijzend naar de voorspelbaarheid voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, zie HvJ 26 februari 2015, C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei/SC Volksbank România SA*. Zie ook HvJ 23 april 2015, C-96/14, *Jean-Claude Van Hove/CNP Assurances SA*, overw. 47 en 50. Tevens kan worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in overw. 48 opmerkt dat het relevant is dat het geding een verzekeringsovereenkomst betrof die deel uitmaakte van een ruimer contractueel kader. Zij was gekoppeld aan kredietovereenkomsten. Het Hof oordeelde dat van de consument niet mag worden verlangd dat hij bij de sluiting van onderling verbonden overeenkomsten even oplettend is, wat de omvang van de door die verzekeringsovereenkomst gedekte risico's betreft, als wanneer hij die overeenkomst en de kredietovereenkomsten afzonderlijk had gesloten.

<sup>61</sup> HvJ 26 april 2012, C-472/10, EU:C:2012:242K, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt*. Het Hof overweegt er, met betrekking tot het al dan niet onrechtmatig karakter van een beding in de algemene voorwaarden dat aan een betalingswijze specifieke kosten verbindt, in de zin van de richtlijn met betrekking tot onrechtmatige bedingen, dat het van wezenlijk belang is dat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de wijziging van de algemene voorwaarden door de verkoper inzake de kosten verbonden aan een dienst kan voorzien (overw. 28). Tevens moet de verkoper de consument in kennis stellen van dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen (als bedoeld in art. 1, lid 2 Richtlijn) die de aanpassing van de algemene voorwaarden specificeren of de consument naar aanleiding van de wijziging toelaten de overeenkomst te beëindigen (overw. 29). Vergelijk, inzake de “grenzen” aan de werking van rechtskeuzebedingen in consumentenovereenkomsten (art. 6 Rome I-Verordening), HvJ 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl*. Het Hof overweegt er, dat een beding in de algemene verkoopvoorwaarden van een verkoper, waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en volgens hetwelk het recht van de lidstaat van de vestiging van deze verkoper de via elektronische handel met een consument gesloten overeenkomst beheerst, oneerlijk is voor zover het deze consument misleidt door bij hem de indruk te wekken dat enkel het recht van deze lidstaat op de overeenkomst van toepassing is, zonder hem in te lichten over het feit dat hij eveneens op grond van artikel 6, lid 2 Rome I-Verordening recht heeft op de bescherming die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van dit beding, waarbij het aan de nationale rechter is om dit in het licht van alle relevante omstandigheden te verifiëren (overw. 72). Dit besluit het Hof door, verwijzend naar het aangehaald arrest-*Invitel*, te overwegen dat wanneer de gevolgen van een beding door dwingende wettelijke bepalingen worden geregeld (zie art. 6, lid 3 Rome I-Verordening dat de gevolgen van een rechtskeuzebeding beperkt wanneer de bescherming, die de consument zou genieten door het recht toepasselijk bij gebrek aan rechtskeuze, in het gedrang komt), het essentieel is dat de verkoper de consument over deze bepalingen informeert (overw. 69). Het Hof van Justitie lijkt aldus aan te geven dat inlichtingen over wettelijke bepalingen met gevolgen voor bedingen uit de algemene voorwaarden zich opdringen in het licht van Richtlijn oneerlijke bedingen (E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 16, p. 26, in vn. 66 eveneens verwijzend naar R. STEENNOT, G. STRAETMANS, E. TERRY, B. KEIRSBILCK en B. WYSEUR, “Overzicht van rechtspraak: Consumentenbescherming (2008-2014) en marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, 1549).

## II. Gemiddelde of concrete ontvanger?

32. Analooq aan het consumentenrecht<sup>63</sup> kan het, inzonderheid in de elektronische context, bij de beoordeling van de tegenwerpelijkheid van algemene voorwaarden relevant zijn de duidelijkheid voor de gemiddelde contractpartij van het betrokken contract in ogenschouw te nemen. Aldus wordt de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde contractant de maatstaf<sup>64</sup>.

33. De vraag rijst evenwel of deze benadering realistisch is<sup>65</sup>. Gedraagt een contractant, die bijvoorbeeld bij het downloaden van een applicatie op zijn mobiele telefoon en het

---

Zie evenwel Brussel 3 mei 2002, *DCCR* 2003, 53, noot E. TERRY. TERRY is daarentegen niet van oordeel dat een beding slechts voldoende duidelijk en begrijpelijk is indien de reden van de opname wordt geëxpliciteerd (in de algemene voorwaarden), zie E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 17, 28.

<sup>62</sup> Voor een pleidooi voor de opname van deze concretisering van de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid in de tekst van de richtlijn of ‘richtsnoeren’ (cf. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L.* 22 november 2011, 64 (Leidraad van de Europese Commissie, DG Justitie van juni 2004 raadpleegbaar via [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_nl.pdf)) en Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”), *Pb.L.* 11 juni 2005, 22 (Werkdocument van de diensten van de EC – Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (SWD(2016) 162/2), elektronisch raadpleegbaar via [ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp\\_guidance\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_nl.pdf)), zie E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 17, p. 27.

<sup>63</sup> E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nrs. 18 e.v.

<sup>64</sup> Naar analogie, zie J. WAELKENS, “De interpretatieregel in het voordeel van de consument”, *TPR* 2014, afl. 3, 1003-1005.

<sup>65</sup> Voor een voorzichtige nuance in het kader van de beoordeling van het al dan niet misleidend karakter van levensmiddelenetikettering, zie HvJ 4 juni 2015, C-195/14, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V./Teekanne GmbH & Co.* (KG): Het Hof overweegt er (overw. 36-41): “36. Bij de beoordeling of een etikettering voor een koper misleidend kan zijn, moet de nationale rechter voornamelijk uitgaan van de vermoedelijke verwachting ten aanzien van die etikettering die een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument heeft ten aanzien van de oorsprong, de herkomst en de hoedanigheid van het levensmiddel, aangezien het er in wezen om gaat de consument niet te misleiden en hem er niet toe te brengen ten onrechte te geloven dat het product een andere oorsprong, herkomst of hoedanigheid heeft dan in werkelijkheid het geval is (...). 37. In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat ervan uit moet worden gegaan dat de consument, wiens beslissing tot aankoop van een product wordt bepaald door de samenstelling van het betrokken product, eerst de lijst van ingrediënten leest, waarvan de vermelding krachtens art. 3, lid 1, punt 2 van Richtlijn 2000/13 verplicht is (...).

38. Dat de lijst van ingrediënten op de verpakking van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde product staat, kan evenwel op zich niet uitsluiten dat de etikettering van dat product en de wijze waarop zij is uitgevoerd, de koper kan misleiden in die zin van art. 2, lid 1, onder a), i) van Richtlijn 2000/13.

39. De etikettering, zoals gedefinieerd in art. 1, lid 3, onder a) van die richtlijn, is immers samengesteld uit vermeldingen, aanwijzingen, fabrieks- of handelsmerken, afbeeldingen of tekens die betrekking hebben op een levensmiddel en op de verpakking ervan staan. Van die verschillende elementen kunnen sommige in de praktijk leugenachtig, verkeerd, dubbelzinnig, tegenstrijdig of onbegrijpelijk zijn.

40. Indien dat het geval is, kan de lijst van ingrediënten in bepaalde situaties, ook al is die lijst juist en volledig, ongeschikt zijn om de verkeerde of dubbelzinnige indruk van de consument over de kenmerken

installeren ervan standaardgebruiksvoorwaarden onderschrijft, zich als een goede huisvader? Of nog, wijkt het beeld van de gemiddelde contractant, zoals hierboven omschreven, niet sterk af van de wijze waarop een reële contractpartij zich gedraagt ... en heeft het huisvaderbegrip geen nood aan een invulling die beter aansluit bij de realiteit van de maatschappelijke evolutie? Is er m.a.w. geen sprake van een fictie die onvoldoende overeenstemt met de economische werkelijkheid<sup>66</sup>?

**34.** Niettegenstaande de valkuilen bij het gebruik van een ‘abstracte’ wederpartij als maatstaf om de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden te toetsen, lijkt een beoordeling *in concreto*, waarbij voor iedere individuele contractpartij, rekening houdend met haar specifieke eigenschappen en de omstandigheden waarin zij contracteerde, wordt onderzocht in welke mate de algemene voorwaarden haar tegenstelbaar zijn, evenmin wenselijk. Zij creëert te veel onvoorzienbaarheid in hoofde van de aanbieder van wie de algemene voorwaarden uitgaan. Een meer verkieslijke aanpak – die, enerzijds, de contractaanbieder voldoende houvast biedt en, anderzijds, een voldoende mate van bescherming van zijn wederpartij kan verzoenen met een redelijke zorgvuldigheidseis ten aanzien van deze laatste – bestaat erin de abstracte gemiddelde contractant voldoende zorgvuldig te

---

van een levensmiddel, die voortvloeit uit de andere elementen waaruit de etikettering van dat levensmiddel is samengesteld, genoegzaam te corrigeren.

41. In de situatie waarin de etikettering van een levensmiddel en de wijze waarop deze is uitgevoerd, in hun geheel beschouwd, de indruk wekken dat dit levensmiddel een ingrediënt bevat dat het in werkelijkheid niet bevat, kan een dergelijke etikettering de koper dus misleiden ten aanzien van de kenmerken van dat levensmiddel”. Zie ook, inzake Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”), *Pb.L.* 11 juni 2005, 22 (art. 6 en 7): HvJ 26 oktober 2016, C-611/14, *Canal Digital Danmark A/S*, overw. 37 e.v. De noodzaak rekening te houden met alle relevante omstandigheden wordt er beklemtoond. *In casu* beklemtoont het Hof de grote verscheidenheid aan voorstellen van aanbiedingen op het gebied van televisiezenders. Het betreft vaak zeer gestructureerde combinaties (inhoud, kosten), waar de informatie niet mee in verhouding staat, zodat de consument van de wijs kan raken. Bovendien stipt het Hof aan dat wanneer de prijs van een product uit meerdere componenten bestaat, waarvan bij de marketing van het product één in het bijzonder op de voorgrond wordt geplaatst, terwijl de andere component, die nochtans een noodzakelijk en voorzienbaar bestanddeel van de prijs vormt, volledig buiten beschouwing wordt gelaten of op een minder in het oog springende wijze wordt gepresenteerd, in het bijzonder moet worden nagegaan of die presentatie kan leiden tot een onjuiste perceptie van het aanbod in zijn geheel. Het Hof merkt in overw. 44 op dat dit m.n. het geval is als bij de gemiddelde consument de onjuiste indruk kan ontstaan dat hem een bijzonder voordelige prijs wordt aangeboden, omdat hij ten onrechte heeft kunnen aannemen dat hij slechts de op de voorgrond geplaatste prijscomponent moet betalen. Het Hof overweegt in overw. 39 ook dat de gemiddelde consument geen statistisch criterium is, maar dat de rechter zijn eigen oordeel moet volgen om vast te stellen wat de typische reactie van een gemiddelde consument is in een bepaald geval. Zie ook, inzake de van de consument verwachte aandacht bij onderling verbonden overeenkomsten, HvJ 23 april 2015, C-96/14, *Van Hove*, overw. 48.

<sup>66</sup> Voor analoge bedenkingen bij het criterium van de “gemiddelde consument”, zie J. TRZASKOWSKI, “Lawful distortion of consumers’ economic behaviour – collateral damage under the Unfair Commercial Practices Directive”, *European Business Law Review* 2016, 25; K. PURNHAGEN en E. VAN HERPEN, “Can bonus packs mislead consumers? An empirical assessment of the ECJ’s Mars judgment and its potential impact on EU marketing regulation”, *Wageningen Working Papers Series in Law and Governance* 2014/07 (Wageningen University), zoals aangehaald in vn. 76 van de bijdrage van E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, 28.

concretiseren, rekening houdend met de specifieke aard van de overeenkomst<sup>67</sup>, de context waarin deze normalerwijze gesloten wordt en de kenmerken van de gemiddelde persoon die dergelijk contract (m.i.v. onderliggende algemene voorwaarden) onderschrijft<sup>68</sup>.

## HOOFDSTUK 5. DE UTOPIE VAN DE GELEZEN EN DE BEGREPEN ALGEMENE VOORWAARDEN

### § 1. LEEST IEMAND ALGEMENE VOORWAARDEN?

**35.** Tegen de achtergrond van de analyse van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden, de verkenning van de vraag wanneer een instemming ermee “geinformeerd” is, en een onderzoek naar het duidelijke en begrijpelijke karakter van clauses in de zin van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, wil de bijdrage aan de hand van een aantal overwegingen bijdragen tot een debat over de vraag of daadwerkelijk gelezen en begrepen algemene voorwaarden al dan niet een utopie zijn. Scroll de toekomstige contractant niet haastig over de algemene voorwaarden heen, enkel op zoek naar de “*tick box*” waar hij zijn instemming kan aanvinken. Hierbij hoopt de bijdrage criteria te kunnen suggereren om de toegankelijkheid van clauses te toetsen. Tevens wil de bijdrage mogelijke technieken aanreiken om de contractant die met algemene voorwaarden wordt geconfronteerd, in elk geval bij de meest essentiële/voor hem meest onverwachte, nadelige clauses te laten stilstaan.

**36.** Wie het juridisch kader even toetst aan zijn eigen gedrag bij het sluiten van contracten met standaardvoorwaarden, niet het minst in een elektronische omgeving, begrijpt het belang de juridische benadering te spiegelen aan een aantal overwegingen met betrekking tot het gedrag van een contractant ten aanzien van algemene voorwaarden. Zij brengen ons bij de vraag naar de relevantie van de bekommernis om toegankelijke en transparante algemene voorwaarden met het oog op hun tegenstelbaarheid. Misschien is, naar analogie van de problematiek van de onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten, het verkennen van de mogelijkheid van een versterkte inhoudelijke controle een interessant braakliggend terrein. Niet alleen is reële kennisname van algemene voorwaarden misschien een fictie, ook de onderhandelbaarheid ervan, op zijn beurt uitdrukking van de economische krachtverhoudingen tussen contractpartijen en de ermee gepaard gaande nood aan bescherming.

<sup>67</sup> Vergelijk, in consumentenrechtelijke context t.a.v. de transparantienorm, o.m. de verwijzing van TERRY (E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, vn. 85, 30) naar OGH 11 mei 2011, 70b173/10g 11, [www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT\\_20110511\\_OGH0002\\_0070OB00173\\_10G0000\\_000](http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20110511_OGH0002_0070OB00173_10G0000_000); zie ook de verwijzing in vn. 83 en 84 naar Britse rechtspraak betreffende fitnessovereenkomsten (*OFT v/Ashbourne Management Services Ltd and others*, EWHC 1237 (Ch), 2011, [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1237.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1237.html), overw. 155) en naar een advies van de Commissie voor Onrechtmatige bedingen met betrekking tot een voorontwerp van KB tot regeling van dergelijke contracten (Adv. Commissie voor onrechtmatige bedingen op een voorontwerp van KB betreffende de fitness- en wellnesscontracten, 2010, [economie.fgov.be/nl/binaries/COB27\\_tcm325-101130.pdf](http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB27_tcm325-101130.pdf).)

<sup>68</sup> Vergelijk art. 5, lid 2 van de Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken.



**37.** De consumentenrechtelijke insteek van het zeer gedegen overzicht van de gedragswetenschappelijke inzichten van TERRYN met betrekking tot algemene voorwaarden<sup>69</sup> doet geen afbreuk aan de waarde ervan in een bredere contractuele context. Wellicht overeenstemmend met onze eigen ervaring, zeker ten aanzien van algemene voorwaarden bij contracten in een elektronische context (vaak gekenmerkt door “snelle” contractsluiting), is de vaststelling dat algemene voorwaarden veelal slechts *a posteriori* worden geraadpleegd, met name in het kader van een betwisting. Daarnaast zal ook de inschatting van het belang van de overeenkomst de bereidheid bij de contractpartij die met algemene voorwaarden wordt geconfronteerd om deze (voorafgaandelijk aan de contractsluiting) te lezen, beïnvloeden.

**38.** Uit een door TERRYN<sup>70</sup> aangehaald Eurobarometerrapport, dat op basis van zelfrapportering weliswaar een heel genuanceerd beeld geeft betreffende de raadpleging van algemene voorwaarden<sup>71</sup>, blijkt dat de geïnterviewden die de algemene voorwaarden van de door hen laatst afgesloten dienstverleningsovereenkomst niet (volledig) lazen, 57 % de lengte ervan/vereiste tijd om de algemene voorwaarden te lezen als reden hiervoor aanstipten. 35 % verwees naar het te kleine lettertype en 26 % achtte het contract te moeilijk om te begrijpen<sup>72</sup>.

## § 2. TOEGANKELIJKHEID ALS BASISVOORWAARDE

### I. Relatie tussen toegankelijkheid en kennisname

**39.** Gebrek aan toegankelijkheid is dan ook een allerm minst verwaarloosbare reden waarom geen acht wordt geslagen op algemene voorwaarden<sup>73</sup>. Een toegankelijk geheel aan clau-

<sup>69</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nrs. 40, 50 e.v. Terecht wijst TERRYN op de noodzaak oog te hebben voor de nuanceverschillen tussen de diverse onderzoeken, die zich ook in de resultaten weerspiegelen. Zo dient rekening te worden gehouden met de omvang van de algemene voorwaarden en de complexiteit van het contract. Ook de door de contractpartij die met algemene voorwaarden geconfronteerd wordt, gerapporteerde houding kan verschillen van haar effectief gedrag.

<sup>70</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, vn. 181, 52.

<sup>71</sup> Van de ondervraagden geeft slechts 24 % aan de laatste keer dat zij een dienstverleningscontract onderschreven (bv. levering gas, elektriciteit, mobiele telefonie, opening bankrekening of afsluiten verzekeringsovereenkomst) de algemene voorwaarden niet te hebben gelezen. 31 % verklaart deze volledig en aandachtig te hebben gelezen en 36 % geeft te kennen deze slechts gedeeltelijk te hebben gelezen (Special Eurobarometer 342, *Consumer empowerment Report 2010-2011*, 122: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_empowerment/docs/report\\_eurobarometer\\_342\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf).)

<sup>72</sup> Special Eurobarometer 342, *Consumer empowerment Report 2010-2011*, 126: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_empowerment/docs/report\\_eurobarometer\\_342\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf). Andere redenen waren het vertrouwen in de dienstverlener (35 %), het feit dat de contractvoorwaarden toch hoe dan ook aanvaard moeten worden (15 %), het feit dat de voorwaarden steeds dezelfde informatie bevatten waardoor het de moeite niet loont deze te lezen (15 %), het feit dat de verkoper onvoldoende tijd geeft om de algemene voorwaarden te lezen alvorens het contract te ondertekenen (9 %) en het feit dat de algemene voorwaarden weinig nuttige informatie bevatten (5 %).

<sup>73</sup> Het onderzoek stelt ook vast dat, over het algemeen, jongere, minder opgeleide respondenten en respondenten die zichzelf een lagere plaats op de sociale ladder toedichten, vaker aangeven dat het lettertype te klein is en het contract te moeilijk. Beroepsactieven en personen die zichzelf hoger op de sociale ladder zien, geven dan weer vaker de lengte van het contract als reden aan om het niet volledig te lezen: Special



sules vormt een eerste, onmisbare, stap. Dit hoeft echter niet te betekenen dat toegankelijkheid *sensu lato* er automatisch toe leidt dat de gemiddelde contractpartij de algemene voorwaarden leest – voorafgaandelijk aan de contractsluiting – en de draagwijdte ervan begrijpt<sup>74</sup>. Dit laat dan weer niet toe te besluiten dat de toegankelijkheid van algemene voorwaarden geen invloed heeft op de mate waarin deze worden geraadpleegd en begrepen.

**40.** Het leidt geen twijfel dat *toegankelijke* algemene voorwaarden de mate waarin zij worden gelezen/begrepen<sup>75</sup> en de beslissing om al dan niet te contracteren, kunnen beïnvloeden<sup>76</sup>. Te kleine teksten, te lange teksten, gebruik van juridisch jargon e.d.m. zouden vanuit dit oogpunt negatief inwerken op de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden. De relevantie van deze overweging bij contractsluiting in een elektronische omgeving, waarbij steeds vaker gebruik wordt gemaakt van applicaties op mobiele *devices*, leidt geen twijfel.

**41.** Uit het reeds aangehaalde onderzoek, gebaseerd op een aantal experimenten, van ELSHOUT, ELSSEN, LEENHEER, LOOS en LUZAK blijkt onder meer dat de neiging om algemene voorwaarden te lezen, al dan niet gedeeltelijk, of deze minstens te ‘scannen’, vergroot indien de contractpartij niet louter kan aanvinken deze te hebben gelezen<sup>77</sup>, maar er ook moet doorheen scrollen alvorens haar instemming te betuigen met de overeenkomst<sup>78</sup>. In die zin is het niet onbelangrijk dat de algemene voorwaarden, of de essentie ervan, actief ter kennis worden gebracht van de contractpartij. De vraag rijst dan ook of de vaststellingen ter zake niet kunnen worden meegenomen bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden bij elektronische contractsluiting.

---

Eurobarometer 342, *Consumer empowerment Report 2010-2011*, 129: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_empowerment/docs/report\\_eurobarometer\\_342\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf).

<sup>74</sup> Zie D. STARK en M. CHOPLIN, *NY Journal of Law & Business* 2009, vol. 5, (617) 659 en W. BARNES, *Washington Law Review* 2007, vol. 82, 228-272; ook E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 44, 53 e.v. De auteur heeft het over sociale en cognitieve factoren en haalt o.m. het ontbreken van de vaardigheden, vereist voor de analyse van algemene voorwaarden aan, alsmede de moeilijkheid zich te kunnen inbeelden welke problemen in het kader van de overeenkomst zouden rijzen. Daarnaast stipt de auteur sociale druk aan, alsmede de niet-onderhandelbaarheid van algemene voorwaarden in een standaardovereenkomst. Aldus is het een rationele keuze om de algemene voorwaarden niet te lezen. Ten slotte zijn er het ‘*sunk cost*’-effect, de *confirmatory strategy*, waarbij informatie uit de weg wordt gegaan die de eigen overtuiging met betrekking tot de sluiting van de overeenkomst niet bevestigt, en een hiermee verband houdend te groot optimisme.

<sup>75</sup> Vergelijk M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers’ attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 175 p., [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/terms_and_conditions_final_report_en.pdf). Deze studie wordt ook aangehaald in E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 45, 55.

<sup>76</sup> Dit belet niet dat ook andere factoren bepalend zijn. TERRY (E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 45, 55) heeft het hierbij over de omvang van de contractuele transactie, de mogelijkheid om de inhoud van het contract te beïnvloeden, de mate waarin het contract afwijkt van andere contracten in de betrokken sector e.d.m.

<sup>77</sup> *In casu* kunnen de algemene voorwaarden bv. door middel van een aanklikbare hyperlink worden gevisualiseerd.

<sup>78</sup> M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers’ attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 97-98, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/docs/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf).

42. Tevens blijken de experimenten uit voormelde studie betreffende de houding ten aanzien van algemene voorwaarden erop te wijzen dat kortere en eenvoudigere algemene voorwaarden meer worden gelezen. Tevens komt een korte en eenvoudige redactie van algemene voorwaarden de mate waarin zij worden begrepen ten goede<sup>79</sup>. Ten aanzien van algemene voorwaarden die een gelijke inhoudelijke draagwijdte hebben, ontstaat ook een positievere houding indien zij in korte bewoordingen en eenvoudiger zijn opgesteld. Wellicht is ook de visuele voorstelling van de algemene voorwaarden niet zonder belang. Bovendien hadden de proefpersonen niet de indruk bij korte algemene voorwaarden relevante informatie te ontberen. Korte algemene voorwaarden lijken dus niet minder effectief te moeten zijn<sup>80</sup>. De betrokken ervaring verschilde niet in een online- dan wel een offline-omgeving, noch bij binnenlandse dan wel buitenlandse aankoop<sup>81</sup>. Deze vaststellingen brengen ons tot de vraag voor de rechtspraak of korte en eenvoudig geformuleerde algemene voorwaarden, waarin slechts de meest relevante informatie is opgenomen, niet makkelijker dan lange en complexe, als tegenstelbaar<sup>82</sup> zouden kunnen worden beschouwd. Aldus zouden korte algemene voorwaarden een juridische en tegelijk commerciële troef kunnen betekenen, temeer nu een meer positieve attitude bestaat ten aanzien van korte algemene voorwaarden.

43. Uit het voorgaande blijkt dat toegankelijkheid van algemene voorwaarden de mate waarin zij gelezen en begrepen worden gunstig beïnvloedt. Het is dan ook niet ondenkbaar met criteria die deze toegankelijkheid beïnvloeden rekening te houden bij het beoordelen van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden<sup>83</sup>. De resultaten van de specifiek met

<sup>79</sup> M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 97-98, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/docs/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf).

<sup>80</sup> In dit verband zal de lezer ook het belang van een “reading cost cue” opmerken dat uit het onderzoek van ELSHOUT e.a. is gebleken (M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 98, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/docs/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf)). Indien de geschatte tijd om de algemene voorwaarden door te nemen (in het in de studie uitgevoerde experiment 5 minuten) wordt aangeduid, zal de contractpartij die met de algemene voorwaarden wordt geconfronteerd (bv. in een webshop), eerder geneigd zijn deze te raadplegen en hier vaak ook meer tijd in te investeren dan bij afwezigheid van een indicatie van de benodigde tijd. Het onderzoek opert dan ook de mogelijkheid dergelijke aanduiding van de tijd die vermoedelijk nodig is om de algemene voorwaarden door te nemen, te verplichten. De onderzoekers stippen hierbij aan dat het effect op lange termijn – indien webshops veralgemeend gebruik (moeten) maken van een tijdsaanduiding – vooralsnog onduidelijk is. Onzekerheid bestaat ook ten aanzien van de gevolgen van een verkeerde inschatting van de benodigde tijd.

<sup>81</sup> M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 97, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/docs/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf).

<sup>82</sup> Uit de studie van M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 175 p., [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/docs/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf)) blijkt, wat de tegenstelbaarheid betreft, ook dat het aanbeveling verdient de essentiële informatie uit de algemene voorwaarden ook op andere plaatsen weer te geven. Zo blijkt bv. dat de *frequently asked questions* op een website een veelgebruikte alternatieve strategie is voor consumenten (en naar men mag aannemen contractpartijen zonder meer) om informatie te vergaren die zij belangrijk achten.

<sup>83</sup> Over het belang van inspanningen om de transparantie van algemene voorwaarden te verhogen, zie ook E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 46, 57. e.v. De auteur stipt aan dat ook indien algemene voorwaarden niet vóór de contractsluiting gelezen worden, zij essentieel zijn bij eventuele geschillen. De transparantie van algemene voorwaarden maakt ook de adviesverlening door professionals eenvoudiger en verhoogt de vergelijkbaarheid van algemene voorwaarden en

betrekking tot met consumenten gesloten overeenkomsten zijn waarschijnlijk ook buiten deze specifieke context betekenisvol.

44. De toegankelijkheid van algemene voorwaarden kan weliswaar de mate waarin zij geraadpleegd worden ten goede komen, maar waarborgt deze niet, aangezien contractpartijen, zoals hierboven toegelicht, vaak ook bewust kiezen algemene voorwaarden niet te lezen<sup>84</sup>. Daarenboven betekent verhoogde toegankelijkheid niet zonder meer dat de voorwaarden voor iedere consument toegankelijk zijn en kunnen worden begrepen.

45. Hoewel dit buiten het bestek van deze bijdrage valt, rijst dan ook de vraag of ook buiten de context van overeenkomsten met consumenten een sterkere inhoudelijke controle op algemene voorwaarden niet als beleids optie overwogen zou kunnen worden. Vermoede kennisname (en begrip) van algemene voorwaarden doet immers geen afbreuk aan een beschermingsnood<sup>85</sup>. Zo maken standaardbedingen vaak deel uit van contracten met aanbieders in een oligopolistische markt, waarbij de contractant vaak *de facto* gedwongen wordt tot één van een gering aantal aanbieders die niet zelden analoge contractvoorwaarden hanteren. In dergelijke context lijkt de noodzaak aan inhoudelijke bescherming niet beperkt tot tussen consumenten en ondernemingen gesloten overeenkomsten.

## II. Gemiddelde of minimaal ervaren partij als toetssteen voor toegankelijkheid

46. Om tegenstelbaar te zijn, moeten algemene voorwaarden leesbaar zijn. Dit betekent dat van de “gemiddelde” contractpartij die met dergelijke voorwaarden wordt geconfronteerd, in redelijkheid mag worden verwacht dat zij deze leest en de draagwijdte ervan kan inschatten. Het lijkt, naar analogie van de beoordeling van consumentenovereenkomsten, geen noodzaak een *minimaal ervaren*<sup>86</sup> contractuele wederpartij als maatstaf te nemen. Bij het zoeken naar concrete criteria om de leesbaarheid, en ermee samenhangende tegenstelbaarheid, te beoordelen, kan de reeds aangehaalde *South African Consumer Protection Act* ideeën aanreiken. Er wordt melding gemaakt van de context van te beoordelen

---

het eraan hechten van *keurmerken*. De transparantie van de voorwaarden lijkt trouwens zelf een criterium dat bij het verlenen van keurmerken in overweging kan worden genomen. Zie wat keurmerken betreft ook M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS en J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) – Final report*, 21 maart 2016, 99 en 100, [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_evidence/behavioural\\_research/docs/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/docs/terms_and_conditions_final_report_en.pdf).

<sup>84</sup> Bij door consumenten gesloten overeenkomsten geniet de consument bovendien van de bescherming tegen onevenwichtige bedingen die als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. Zie art. VI.82 e.v. WER.  
<sup>85</sup> Vergelijk E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 46, 56.

<sup>86</sup> Vergelijk, wat met consumenten gesloten overeenkomsten betreft, Section 22 South African Consumer Protection Act, zoals ook aangehaald in TERRY (E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 48, 59). Volgens de Zuid-Afrikaanse wetgever is sprake van “plain language” als “it is reasonable to conclude that an ordinary consumer of the class of persons for whom the notice, document or visual representation is intended, with average literacy skills and *minimal experience* as a consumer of the relevant goods or services, could be expected to understand the content, significance and import of the notice, document or visual representation without undue effort, having regard to: (a) the context, comprehensiveness and consistency of the notice, document or visual representation; (b) the organization, form and style of the notice, document or visual representation; (c) the vocabulary, usage and sentence structure of the notice, document or visual representation; and (d) the use of any illustrations, examples, headings or other aids to reading and understanding” (eigen cursivering).

tekst, zijn consistentie en begrijpelijkheid. Tevens stipt de Zuid-Afrikaanse wetgever de organisatie van de tekst aan, zijn vorm en stijl. Ook het gehanteerde *vocabulary* en de structuur van de zinnen is relevant, alsmede de eventuele ondersteuning ervan met illustraties, voorbeelden, hoofdingen of andere hulpmiddelen die de leesbaarheid en het begrip ervan ten goede komen<sup>87</sup>.

### III. Naar gedetailleerde kwalitatieve en kwantitatieve leesbaarheidscriteria?

47. Hoewel de aangehaalde criteria een leidraad kunnen vormen om de leesbaarheid en de begrijpelijkheid van algemene voorwaarden te toetsen, is het nog maar de vraag of, in het bijzonder buiten de sfeer van de consumentenovereenkomsten<sup>88</sup>, voor de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden aan een set heel gedetailleerde criteria moet zijn voldaan<sup>89</sup>. De, door TERRYNN aangehaalde, wetgeving van de staat Pennsylvania voorziet in een sterk uitgewerkte “leesbaarheidstest”. § 2205 van de *Plain language consumer contract act* bepaalt dat het design en de organisatie van consumentenovereenkomsten van dien aard moeten zijn dat zij zich makkelijk laten lezen en begrijpen. De regelgever legt eveneens de na te leven **kwalitatieve** richtlijnen inzake “taal” vast. Hij concretiseert ook van welke “visuele” richtlijnen de kwalificatie van een tekst als leesbaar afhankelijk is.

48. Hoewel dergelijke checklist ons al te ingrijpend voorkomt, zijn de richtlijnen zeer inspirerend. Zo schrijft de wetgever het gebruik van actieve zinsconstructies, korte woorden, zinnen en paragrafen voor. Tevens verbiedt hij ‘jargon’ en dubbele negaties of uitzonderingen op uitzonderingen<sup>90</sup>. De visuele richtlijnen schrijven het gebruik van contrasterende

<sup>87</sup> Zie hierover P.N. STOOP en C. CHÜRR, “Unpacking The Right To Plain And Understandable Language In The Consumer Protection Act 68 Of 2008”, *PER/PELJ* 2013/5, 16, [www.saflii.org/za/journals/PER/2013/73.pdf](http://www.saflii.org/za/journals/PER/2013/73.pdf).

<sup>88</sup> Hoewel ook buiten de context van de consumentenovereenkomsten, bv. als gevolg van de marktsituatie of door een verschil in economisch gewicht/ervaring tussen contractanten, onevenwichten tussen contractpartijen denkbaar zijn die de bescherming van één van de contractpartijen rechtvaardigen, mag men aannemen dat de omvang van de overeenkomst een invloed kan hebben op de mate waarin de tegenstelbaarheid afhankelijk wordt gemaakt van een checklist aan criteria die de leesbaarheid betreffen. Meer in het bijzonder neemt men aan dat naarmate het belang van de transactie toeneemt van de “gemiddelde” contractant die met algemene voorwaarden wordt geconfronteerd, grotere inspanningen kunnen worden verwacht om zich de algemene voorwaarden eigen te maken. Hiertegen kan men inbrengen dat precies omwille van het belang van de transactie in dergelijk geval bijzondere aandacht voor een heldere redactie van de overeenkomst zich opdringt. Vergelijk § 2204, (b)(2) Pennsylvania Statutes, Titel 73 Trad and Commerce, Chapter 37 Plain language consumer contract act.

<sup>89</sup> TERRYNN wijst ter zake naar de wetgeving van bepaalde staten in de VS (E. TERRYNN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 48, 60).

<sup>90</sup> § 2205 van de Plain language consumer contract act van de staat Pennsylvania bepaalt in (b) onder “language guidelines” als volgt: “In determining whether a contract meets the requirements of subsection (a), a court shall consider the following language guidelines:

(1) The contract should use short words, sentences and paragraphs.

(2) The contract should use active verbs.

(3) The contract should not use technical legal terms, other than commonly understood legal terms, such as “mortgage,” “warranty” and “security interest”.

(4) The contract should not use Latin and foreign words or any other word whenever its use requires reliance upon an obsolete meaning.

(5) If the contract defines words, the words should be defined by using commonly understood meanings.

inkt voor en bepalen bijvoorbeeld dat marges, spaties, lettergrootte e.d.m. de leesbaarheid ten goede moeten komen<sup>91</sup>.

**49. Een kwantitatieve benadering van het begrip “plain language” bevat dan weer de door TERRYIN aangehaalde wetgeving van de staat Connecticut<sup>92</sup>. De leesbaarheid van de overeenkomst kan blijken uit het feit dat aan een aantal kwalitatieve standaarden is voldaan<sup>93</sup>, doch alternatief kan worden aangetoond dat cumulatief aan een aantal “objectieve” criteria is voldaan. Deze criteria betreffen een (gemiddeld) aantal maximumwoorden per zin, (gemiddeld) aantal maximumwoorden per paragraaf, minimale lettergrootte, minimale witruimte, gemiddeld maximaal aantal lettertekens per lijn e.d.m.<sup>94</sup>. Hoewel het,**

(6) When the contract refers to the parties to the contract, the reference should use personal pronouns, the actual or shortened names of the parties, the terms “seller” and “buyer” or the terms “lender” and “borrower.”

(7) The contract should not use sentences that contain more than one condition.

(8) The contract should not use cross references, except cross references that briefly and clearly describe the substances of the item to which reference is made.

(9) The contract should not use sentences with double negatives or exceptions to exceptions” ([www.parealtor.org/wp-content/uploads/2016/06/PlainLanguageAct.pdf](http://www.parealtor.org/wp-content/uploads/2016/06/PlainLanguageAct.pdf)).

<sup>91</sup> § 2205 (c) van de Plain language consumer contract act van de staat Pennsylvania luidt inzake “visual guidelines” als volgt: “In determining whether a contract meets the requirements of subsection (a), a court shall consider the following guidelines:

(1) The contract should have type size, line length, column width, margins and spacing between lines and paragraphs that make the contract easy to read.

(2) The contract should caption sections in boldface type.

(3) The contract should use ink that contrasts sharply with the paper” ([www.parealtor.org/wp-content/uploads/2016/06/PlainLanguageAct.pdf](http://www.parealtor.org/wp-content/uploads/2016/06/PlainLanguageAct.pdf)). Zie, wat de “readability test” betreft ook de “checklist” (Appendix B) in het kader van een procedure met het oog op voorafgaande goedkeuring van een contract, zoals uitgewerkt in Title 73 Trade and Commerce, Chapter 307 van de Plain language consumer contract preapproval statement of policy van de wetgeving van de staat Pennsylvania en de erbij horende voorbeelden (Appendix C) ([www.pacode.com/secure/data/037/chapter307/chap307toc.html](http://www.pacode.com/secure/data/037/chapter307/chap307toc.html)).

<sup>92</sup> E. TERRYIN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 48, 61.

<sup>93</sup> Zie, met betrekking tot de consumentenovereenkomst: 2005 Connecticut Code – Sec. 42-152. Standard of plain language. De bepaling luidt onder (b) als volgt: “(b) **Plain language tests**. A consumer contract is written in plain language if it substantially complies with all of the following tests:

(1) It uses short sentences and paragraphs; and

(2) It uses everyday words; and

(3) It uses personal pronouns, the actual or shortened names of the parties to the contract, or both, when referring to those parties; and

(4) It uses simple and active verb forms; and

(5) It uses type of readable size; and

(6) It uses ink which contrasts with the paper; and

(7) It heads sections and other subdivisions with captions which are in boldface type or which otherwise stand out significantly from the text; and

(8) It uses layout and spacing which separate the paragraphs and sections of the contract from each other and from the borders of the paper; and

(9) It is written and organized in a clear and coherent manner” (<https://law.justia.com/codes/connecticut/2005/title42/sec42-152.html>).

<sup>94</sup> Zie, met betrekking tot de consumentenovereenkomst: 2005 Connecticut Code – Sec. 42-152. Standard of plain language. De bepaling luidt onder (c) als volgt: “(c) **Alternate objective tests**. A consumer contract is also written in plain language if it fully meets all of the following tests, using the procedures described in section 42-158:

(1) The average number of words per sentence is less than twenty-two; and

(2) No sentence in the contract exceeds fifty words; and

(3) The average number of words per paragraph is less than seventy-five; and

(4) No paragraph in the contract exceeds one hundred fifty words; and

ook buiten de context van de consumentenovereenkomsten, onmiskenbaar nuttig is bij de redactie/beoordeling van de leesbaarheid van overeenkomst rekening te houden met voornoemde criteria, rijst de vraag of het aanbeveling verdient de tegenstelbaarheid van clausules uit een overeenkomst van een zuiver kwantitatieve benadering, zelfs zo het een alternatieve benadering betreft, te laten afhangen. Dit verhindert niet dat het weinig verbazing wekt dat overdreven lange zinnen de leesbaarheid van een tekst negatief beïnvloeden. Daarbij komt dat niet alle criteria even goed aangepast lijken aan de actuele diversiteit van elektronische dragers. Bovendien hoeven contracten die aan de numerieke criteria voldoen, *de facto* niet noodzakelijk leesbaar te zijn<sup>95</sup>. Ten slotte rijst de vraag naar de kosten, die weliswaar onrechtstreeks, finaal de contractpartij die met de algemene voorwaarden wordt geconfronteerd, meedraagt, en de baten van dergelijke strikte benadering. In deze context blijft de vraag of leesbare contracten *ipso facto* meer gelezen contracten zijn, van groot belang. Hierbij weze nogmaals onderstreept dat een en ander geen afbreuk doet aan de waarde van de (numerieke) criteria als richtlijn en verklikkerlicht<sup>96</sup>.

**50.** Het voorgaande illustreert het belang bij de beoordeling van de mate waarin contractvoorwaarden tegenstelbaar zijn, rekening te houden met de **complexiteit** ervan<sup>97</sup>. Daarenboven vergt niet enkel de vraag of contractvoorwaarden duidelijk en begrijpelijk zijn een antwoord. Niet in het minst in een elektronische context dient ook de **voorstelling** van de voorwaarden hun leesbaarheid te ondersteunen. Daarbij komt dat de contractpartij – ongeacht of het een consument is – er makkelijk en blijvend toegang moet toe hebben<sup>98</sup>. Tevens moet hij deze, zoals reeds aangehaald, makkelijk kunnen opslaan, waarbij het onbetwist-

(5) The average number of syllables per word is less than 1.55; and

(6) It uses personal pronouns, the actual or shortened names of the parties to the contract, or both, when referring to those parties; and

(7) It uses no typeface of less than eight points in size; and

(8) It allows at least three-sixteenths of an inch of blank space between each paragraph and section; and

(9) It allows at least one-half of an inch of blank space at all borders of each page; and

(10) If the contract is printed, each section is captioned in boldface type at least ten points in size. If the contract is typewritten, each section is captioned and the captions are underlined; and

(11) It uses an average length of line of no more than sixty-five characters”.

Voor een gedetailleerde uitwerking van de test, zie 2005 Connecticut Code – Sec. 42-158. Test procedures, <https://law.justia.com/codes/connecticut/2005/title42/sec42-158.html>.

<sup>95</sup> Voor een kritische toelichting bij het gebruik van numerieke criteria, zie ook E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 49, 61.

<sup>96</sup> E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 50, 63.

<sup>97</sup> Ook de inspiratie uit de hierboven randnr. 23 e.v. aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, weliswaar in de context van consumentenovereenkomsten, lijkt ons bijzonder relevant. Zij helpt te concretiseren of contractvoorwaarden duidelijk en begrijpelijk zijn en bij voorkeur geëxpliciteerd worden bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden. Zie eveneens art. 12 (1) Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *Pb.L.* 4 mei 2016, dat het heeft over communicatie in een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal. Interessant is ook dat de bepaling, indien de informatie tot kinderen is gericht, hier in het bijzonder rekening mee houdt. Deze toevoeging is relevant vanuit een meer algemene bekommernis bij de redactie van algemene voorwaarden rekening te houden met de doelgroep ervan, in het bijzonder in zoverre deze voldoende afbakenbaar is en specifieke kenmerken heeft. Vergelijk overw. 58. Art. 12 bepaalt tevens de wijze waarop de informatie wordt verstrekt (schriftelijk of met andere – indien passend elektronische – middelen).

<sup>98</sup> Vergelijk Australian Consumer Law (Schedule 2, Competition and Consumer Act 201), Section 24 – Meaning of *unfair*, m.n. onder (3), waar de notie “transparantie” als criterium bij de beoordeling van



baar moet zijn welke versie van de voorwaarden gold op het ogenblik waarop hij deze heeft onderschreven. Eventuele wijzigingen moeten de medecontractant ter beschikking worden gesteld en dient hij makkelijk te kunnen opslaan. Over de historiek van de elkaar eventueel opeenvolgende wijzigingen en de geconsolideerde versie van de voorwaarden die er telkens het gevolg van is, mag voor de medecontractant geen twijfel bestaan. Hij moet deze met niet meer dan in redelijkheid van de wederpartij te verwachten inspanningen kunnen reconstrueren en zich erover documenteren.

#### IV. Leesbare kernbedingen

**51.** Inspanningen om de leesbaarheid van algemene voorwaarden te vergroten ten spijt, rijst de vraag of de *mediane* contractpartij<sup>99</sup>, geconfronteerd met algemene voorwaarden, deze hoe dan ook volledig leest en de draagwijdte ervan minstens globaal begrijpt. Deze veronderstelling betreffende een met algemene voorwaarden geconfronteerde contractpartij voert tot twee overwegingen. De eerste overweging laat zich inspireren door artikel 4 van de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten<sup>100</sup>. Volgens het strikt te interpreteren artikel 4, lid 2 heeft de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen, als bedoeld in de richtlijn, geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst<sup>101</sup>, noch op de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of de vergoeding en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten<sup>102</sup>.

het onrechtmatig karakter van een beding wordt gedefinieerd. De bepaling luidt als volgt: “(3) A term is *transparent* if the term is:

- (a) expressed in reasonably plain language; and
- (b) legible; and
- (c) presented clearly; and

(d) readily available to any party affected by the term”. Zie, inzake toegankelijkheid, ook art. 12 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *Pb.L.* 4 mei 2016.

<sup>99</sup> De pertinentie van de door TERRYIN m.b.t. consumentenovereenkomsten geformuleerde opmerkingen is o.i. niet tot dit type contracten beperkt. Zie E. TERRYIN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 54, 65.

<sup>100</sup> Zie Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 21 april 1993, afl. 095, 29-34.

<sup>101</sup> Zie HvJ 30 april 2014, zaak C-26/13, EU:C:2014:282, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt*, overw. 49 en 50. Het Hof overweegt er dat (mede gelet op het feit dat art. 4, lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen een uitzondering vormt en daarom strikt moet worden uitgelegd) bedingen van de overeenkomst die onder het begrip “eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van die bepaling vallen, die bedingen zijn welke de kern van de prestaties van de overeenkomst bepalen en als dusdanig de overeenkomst kenmerken. Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, kunnen echter niet onder het begrip “eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” vallen. Vergelijk, inzake aanvullende bedingen, HvJ 23 april 2015, C-96/14, *Jean-Claude Van Hove/CNP Assurances SA*, overw. 33. Zie over de problematiek, recent, HvJ 20 september 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu e.a./Banca Românească SA*, overw. 35 e.v. (40).

<sup>102</sup> Zie hierover HvJ 26 februari 2015, C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei/SC Volksbank România SA*, randnrs. 52 e.v. In randnrs. 57 en 58 overweegt het Hof als volgt: “57. In de onderhavige zaak moet bovendien worden vastgesteld dat, aangezien de uitsluiting van de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding beperkt is tot de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of vergoeding en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, zij niet kan worden toegepast ingeval wordt aangevoerd dat er een asymmetrie bestaat tussen de verkoopkoers van vreemde valuta, die volgens dat



Hiertoe moeten de bedingen wel duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd<sup>103</sup>. TERRYN stipt terecht aan dat het voor dergelijke, van inhoudelijke controle uitgesloten, “kernbedingen” cruciaal is dat de consument hen doorneemt<sup>104</sup>. Het verbaast tegen deze achtergrond niet dat de Europese regelgever de voorwaarde formuleert dat zij *duidelijk en begrijpelijk geformuleerd* moeten zijn. Het brengt de auteur ertoe de verplichting te suggereren deze door een **gedifferentieerde** weergave **prominent** in beeld te brengen<sup>105</sup>, al was het maar omdat het niet vanzelfsprekend is dat de contractpartij in de haar voorgeschotelde algemene voorwaarden, zo zij deze volledig doorneemt, de essentiële bepalingen zou kunnen herkennen en feilloos van de andere clausules onderscheiden.

52. TERRYN omschrijft deze problematiek met betrekking tot “kernbedingen” treffend als volgt: “Deze voorwaarden bepalen de kern van de transactie, de verhouding tussen voorwerp en prijs en zijn dus sowieso cruciaal voor het bepalen van de voordelen die de consument van de transactie mag verwachten. Niet alle andere voorwaarden zullen noodzakelijk een invloed hebben op de voordelen die een consument uit een transactie haalt. Aansprakelijkheidsbeperkingen, terugnamebeleid, toepasselijk recht ... zijn maar een paar voorbeelden van clausules die, wanneer een contract correct wordt uitgevoerd, geen toepassing zullen vinden. Vaak zal het voor een consument echter niet duidelijk zijn welke clausules kernbedingen zijn – indien hij al zou weten dat het controlesysteem van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen zijn speciale aandacht vraagt voor deze clausules”<sup>106</sup>.

---

beding moet worden gebruikt voor de berekening van de aflossingen, en de aankoopkoers van die valuta, die volgens andere bedingen van de leningsovereenkomst moet worden gebruikt voor de berekening van het vrijgegeven leenbedrag.

58. Bovendien kan die uitsluiting niet worden toegepast op bedingen die, zoals beding III/2, met het oog op de berekening van de aflossingen, enkel de wisselkoers bepalen van de vreemde valuta waarin de leenovereenkomst is opgesteld, zonder dat bij die berekening door de kredietverlener een wisseldienst wordt verstrekt, en die dus geen “vergoeding” impliceren, waarvan de gelijkwaardigheid als tegenprestatie voor een door de kredietverlener verrichte prestatie krachtens art. 4, lid 2 van Richtlijn 93/13 niet mag worden beoordeeld op het oneerlijke karakter ervan”. In overw. 56 verwijst het Hof er tevens naar overw. 23 van HvJ 26 april 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt*, waar het Hof overweegt dat een aanpassingsmechanisme van de kosten van de aan de consument te verstrekken diensten geen kernbeding is. De moeilijkheid van de afbakening van het toepassingsgebied illustrerend, verwijst TERRYN (E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 22, 32 en de verwijzingen aldaar), bv. naar het verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn oneerlijke bedingen, 15-16 en UK Supreme Court 25 November 2009, *Abbey National and others/The Office of Fair Trading*, [www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0070.html](http://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0070.html), zie in het bijzonder bv. overw. 47 en 107.

De auteur schetst er ook helder het controversiële karakter van een uitbreiding van de controle van de rechtmatigheid van de in art. 4, lid 2 van de richtlijn bedoelde bedingen tegen de achtergrond van de contractvrijheid.

<sup>103</sup> Zie HvJ 26 januari 2017, C-421/14, *Banco Primus SA/Jesús Gutiérrez García*, overw. 62, verwijzend naar HvJ 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt*, overw. 42 en HvJ 9 juli 2015, C-348/14, *Maria Bucural/SC Bancpost SA*, overw. 50.

Het betrokken art. 4, lid 2 betreft niet het materieel toepassingsgebied van de richtlijn, zoals blijkt uit HvJ 3 juni 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, overw. 32.

<sup>104</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 46, 57. Het belang is *in casu* nog groter dan bij de overige bedingen (zie art. 4, lid 1), die eveneens duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd (art. 5), doch waarvan het al dan niet onrechtmatige karakter wel inhoudelijk wordt beoordeeld.

<sup>105</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 46, 57.

<sup>106</sup> E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 23, 34.

53. Het lijkt ons ietwat naïef deze moeilijkheid enkel aan consumentenovereenkomsten te verbinden. Ook buiten de context van de consumentenovereenkomsten verdienen maatregelen om de transparantie te verhogen door essentiële clausules bijzonder herkenbaar te maken dan ook aanbeveling. Ook voor een niet-consument is het geen doordachte optie een “kernbeding” niet te lezen. Daarenboven rijst de vraag of het *a priori* aannemelijk is dat de niet-consument als contractpartij noodzakelijk meer aandacht besteedt aan bedingen, zelfs aan kernbedingen. Daarbij komt dat zij ook voor hem a.h.w. ondergesneeuwd kunnen zijn in de veelheid aan bedingen in de algemene voorwaarden. In een elektronische contractomgeving moet men daarenboven rekening houden met de eventuele beperkingen aan de mogelijkheden om contractuele bedingen *in extenso* op een comfortabel consulteerbare wijze te visualiseren (bv. bij mobiele apps) en te archiveren. Bovendien wijst niets erop dat men in een (mobiele) elektronische omgeving sterker geneigd is kennis te nemen van een grote hoeveelheid tekst; wel integendeel.

54. Zelfs zo de wetgever niet zo ver hoeft te gaan voor te schrijven dat de essentiële contractvoorwaarden door differentiatie op een in het oog springende wijze moeten worden gevisualiseerd, kan dergelijke visualisatie een richtsnoer voor de rechter zijn bij de beoordeling van de al dan niet tegenstelbaarheid van bedingen. Prominente aanwezigheid<sup>107</sup> zou aldus – bij essentiële bedingen – in acht kunnen worden genomen om te beoordelen of de gemiddelde wederpartij redelijkerwijs geacht wordt er kennis van te hebben genomen en er, na instemming<sup>108</sup>, gebonden door te zijn.

<sup>107</sup> Vergelijk, in het Verenigd Koninkrijk, Consumer Rights Act 2015, Section 64, elektronisch raadpleegbaar via [www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/64](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/64), zoals ook aangehaald in E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 55, 67. Volgens de bepaling is een kernclausule uitgesloten van een “fairness”-test zo zij, benevens transparant, ook “prominent” is. Het betekent dat de clausule derwijze onder de aandacht van de consument is gebracht dat een redelijke consument er zich van bewust is. De tekst luidt als volgt: **“Exclusion from assessment of fairness**

(1) A term of a consumer contract may not be assessed for fairness under section 62 to the extent that –

(a) it specifies the main subject matter of the contract, or

(b) the assessment is of the appropriateness of the price payable under the contract by comparison with the goods, digital content or services supplied under it.

(2) Subsection (1) excludes a term from an assessment under section 62 only if it is transparent and *prominent*.

(3) A term is transparent for the purposes of this Part if it is expressed in plain and intelligible language and (in the case of a written term) is legible.

(4) A term is prominent for the purposes of this section if it is brought to the consumer’s attention in such a way that an average consumer would be aware of the term.

(5) In subsection (4) “average consumer” means a consumer who is reasonably well-informed, observant and circumspect.

(...). (eigen cursivering)

<sup>108</sup> Een nog verre gaandere benadering bestaat erin dat ook met de betrokken bedingen (individueel/in blok) afzonderlijk moet worden ingestemd (bv. d.m.v. het aanvinken van een specifieke *tick box*, vereist om na de instemming met de overige algemene voorwaarden, de contractsluiting af te ronden). Vooreerst is de waarde van dergelijke afzonderlijke instemming beperkt indien zij niet gepaard gaat met bijzondere aandacht voor de leesbaarheid en het prominente karakter van deze bedingen. Zo op deze twee laatste aspecten is ingezet, rijst de vraag naar de reële toegevoegde waarde van de afzonderlijke instemming en het gevaar op ‘betekenisloze’ instemming bij een inflatie aan afzonderlijk te onderschrijven bedingen, althans zo – zoals *in casu* – met alle moet worden ingestemd om tot het contract te kunnen toetreden.

## V. Leesbare onverwachte bedingen

**55.** De tweede bedenking betreft bedingen die de ermee geconfronteerde wederpartij negatief verrassen, nu zij niet in de lijn liggen van de redelijke verwachtingen van een gemiddelde wederpartij. In het bijzonder, nu buiten de context van de consumentenovereenkomsten in beginsel geen inhoudelijke controle bestaat op contractuele clausules<sup>109</sup>, verdient het misschien aanbeveling bij de beoordeling van de tegenstelbaarheid van “afwijkende” contractvoorwaarden de vraag te betrekken of zij voldoende prominent zijn weergegeven, zodat de contractpartij die met de voorwaarden wordt geconfronteerd, geacht mag worden er prioritaair aandacht aan te hebben besteed. In een elektronische context maakt niet enkel de vaststelling dat lang niet iedereen algemene voorwaarden (volledig) leest en hen in hun totaliteit voldoende begrijpt om een economische en juridische inschatting te maken van de gevolgen ervan, deze overweging relevant. Daarnaast zijn de mogelijkheden om algemene voorwaarden uitnodigend voor te stellen of leesbaarheidbevorderend te visualiseren niet bij iedere elektronische drager gelijk. Misschien kunnen kadertjes met contractuele bepalingen die nadeliger zijn voor de partij die ermee geconfronteerd wordt, dan deze redelijkerwijze zou verwachten bijvoorbeeld reeds zeer betekenisvol zijn en de tegenstelbaarheid ervan ondersteunen.

**56.** Hoewel de voorgestelde aanpak op het eerste gezicht geen van beide partijen zekerheid biedt, laat zij de rechter voldoende bewegingsruimte om, inspeland op de concrete omstandigheden, een beslissing te nemen inzake de tegenstelbaarheid die aansluit bij een redelijk verwachtingspatroon van de contractpartijen en aldus voorzienbaar is<sup>110</sup>. Tegelijk wordt een gedetailleerde regeling, die zowel “underinclusive” als “overinclusive” kan zijn, en de erbij horende nalevingskosten vermeden. De aanpak laat de rechter bijvoorbeeld eveneens toe in functie van de bijzondere omstandigheden van het contract na te gaan of de gemiddelde wederpartij die zich dergelijke algemene voorwaarden opgelegd weet, al dan niet een aan een consument analoge beschermingsbehoefte heeft. Eveneens

<sup>109</sup> Vergelijk E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, nr. 23, p. 33. Vergelijk Concl. Adv. Gen. WAHL van 27 april 2017, in C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu e.a./Banca Românească SA*. De advocaat-generaal formuleert het als volgt: “Ingevolge art. 4, lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen heeft de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking op de bepaling van het “eigenlijke voorwerp van de overeenkomst”, noch op de “gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of vergoeding en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten”. Deze bepaling berust op de gedachte dat de kern van de contractuele verhouding (*essentialia negotii*) in beginsel niet moet worden aangetast door een tussenkomst van buitenaf (...), en m.n. niet door de tussenkomst van de rechter”.

Zie, over het gebrek aan criteria voor dergelijke toetsing, HvJ 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt*, overw. 55, verwijzend naar overw. 69 van de Concl. Adv. Gen. WAHL van 27 april 2017. Over de controle, zie E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 537-538.

<sup>110</sup> Zo men ervan uitgaat dat terwijl aan de contractpartij als belangrijk gesignaleerde bedingen gelezen worden en een teveel aan informatie de kennisname ervan bemoeilijkt, is het verdedigbaar “evidente” bedingen niet prominent te hoeven weer te geven. Hen een prominente plaats geven, kan zelfs contraproductief zijn. Het kanibaliseert de aandacht voor de clausules waarvan de kennisname van essentieel belang is, terwijl ondergesneeuwdte verwachte of voor de contractpartij heel gunstige bedingen uit de algemene voorwaarden vanuit het oogpunt van de tegenstelbaarheid minder problematisch zijn. Dit neemt niet weg dat degene van wie de voorwaarden uitgaan deze misschien om commerciële redenen een meer prominente plaats wil geven. In dergelijk geval behoort het aan deze partij een afweging te maken en erover te waken dat door de aandacht die de ‘gunstige’ bepalingen krijgen, de eerder ‘ongunstige’ bepalingen niet verdrinken, waarbij hun tegenstelbaarheid in het gedrang zou kunnen komen.

kan hij rekening houden met de invloed van de voor de contractsluiting gebruikte technologie op de tegenstelbaarheid van de contractuele bedingen (bv. indien zij onverwacht zijn). Van de contractpartij die de algemene voorwaarden opstelt, mag daarenboven wellicht enige aandacht voor de leesbaarheid, de begrijpelijkheid, de beschikbaarheid en de prominentie van de clausules met het oog op hun tegenstelbaarheid worden verwacht, in het bijzonder nu zij, buiten de context van de consumentenovereenkomsten, niet aan een inhoudelijke controle onderworpen worden.

## SLOTBEDENKINGEN

**57.** Of clausules uit algemene voorwaarden de wederpartij van degene die deze voorwaarden heeft opgesteld binden, hangt af van de vraag of eerstgenoemde ermee heeft ingestemd. Dit veronderstelt dat deze er kennis van heeft genomen of er in alle geval kennis van kon nemen. Indien genoemde wederpartij de algemene voorwaarden niet heeft gelezen, maar het redelijk is te verwachten dat hij er kennis van heeft genomen, is het eveneens verantwoord dat deze voorwaarden hem binden. Contractsluiting in een elektronische omgeving mag dan wel illustreren dat voornoemde drempels in de praktijk minder voor zich spreken dan de schijnbare eenvoud ervan laat vermoeden, het ontnemt hen hun relevantie niet. Evenmin gewijzigd is de achteloosheid waarmee wij ook *anno* 2018 als contractpartij soms omgaan, niet het minst bij elektronische contractsluiting.

**58.** Informatie is dus cruciaal voor de bindende kracht van clausules in een overeenkomst. Een analyse van de informatieverplichting uit de regelgeving betreffende onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten inspireert tot een aantal elementen die cruciaal zijn voor de “kennisname” van contractclausules. Er zijn goede redenen om de betekenis van deze elementen niet tot met consumenten gesloten overeenkomsten te beperken. De bespreking van de informatieverplichting uit de Richtlijn Oneerlijke Bedingen leert dat de clausules (bv. in standaardvoorwaarden) duidelijk en begrijpelijk moeten zijn voor de gemiddelde contractpartij die de voorwaarden voorgeschoteld krijgt en rekening houdend met de inspanningen die van deze partij mogen worden verwacht om kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Een louter taalkundige en grammaticale benadering is weliswaar vereist, maar onvoldoende. Het is belangrijk in de contractvoorwaarden aan de wederpartij voldoende duidelijk de gevolgen aan te geven van de toetreding tot de overeenkomst. De clausules moeten toelaten de – economische – gevolgen van de overeenkomst in te schatten om met kennis van de draagwijdte van de overeenkomst wilsovereenstemming te kunnen uiten.

**59.** De aanwezigheid van voldoende informatie in de contractuele bepalingen neemt niet weg dat de contractpartij zich, ongeacht of het een consument betreft, regelmatig in een situatie bevindt waarin zij slechts kan beslissen tot de haar aangeboden overeenkomst toe te treden of niet. Daarbij komt dat zich niet noodzakelijk alternatieve aanbieders op de markt bevinden. Dit biedt een interessant perspectief op de vraag in hoeverre de beoogde transparantie, waarvoor in de context van onrechtmatige bedingen in overeenkomsten met consumenten de in deze bijdrage opgenomen rechtspraak de bakens plaatst, de wederpartij beschermt tegen nadelige contractuele clausules. Het consumentenrecht bevat een inhoudelijke controle door middel van de figuur van de “onrechtmatige bedingen”, de kernbedingen uitgezonderd. Hoewel de vraag of dergelijke materieelrechtelijke benadering zich ook buiten het consumentenrecht opdringt buiten het bereik van deze bijdrage

valt, mag het vaak fictieve karakter van het veronderstelde contractuele evenwicht ter zake niet worden onderschat. Deze vaststelling legitimeert minstens het in overweging nemen van de vraag.

**60.** De in vorig randnummer toegelichte problematiek is vanzelfsprekend relevant voor transacties in een elektronische omgeving, maar er niet toe beperkt. Zo bestaat misschien een geringere leesbereidheid ten aanzien van een omvangrijke hoeveelheid informatie in een elektronische omgeving, is het op sommige dragers misschien moeilijker algemene voorwaarden voldoende toegankelijk te visualiseren of veranderde de elektronische omgeving leesgewoonten. Deze vragen illustreren evenwel slechts dat kennisname en aanvaarding van clausules in een elektronische context hoe dan ook niet minder precair zijn geworden.

In die zin is sprake van een paradox. Precies in een informatiemaatschappij, waarin technologische evoluties (materiële) belemmeringen met betrekking tot de toegang tot informatie (zie bv. ook automatische vertaalmogelijkheden) lijken te verkleinen, wijst alles erop dat het steeds moeilijker wordt informatie doel te laten raken. Kort door de bocht gesteld informeert de informatiemaatschappij kapot. Specifiek voor contractsluiting in een elektronische context is misschien ook nog de snelheid waarmee contracten worden afgesloten, hetgeen de kennisname van algemene voorwaarden niet ten goede komt, en het feit dat het medium niet belet dat sterke marktspelers de vrijheid en de mogelijkheid tot onderhandeld contracteren bemoeilijken. Misschien gedijen sterke marktpartijen zelfs bijzonder in de elektronische context.

**61.** Het laatste luik van de bijdrage verduidelijkt dat een niet-onbelangrijk deel van de contractanten die algemene voorwaarden voorgeschoteld krijgen deze niet (volledig) lezen. Wie deze leest, begrijpt ze niet noodzakelijk. De gemiddelde contractpartij gedraagt zich in de praktijk dus misschien niet zoals de rechtspraak dit veronderstelt. Hoewel toegankelijke algemene voorwaarden niet waarborgen dat zij door de ermee geconfronteerde wederpartij worden gelezen en goed ingeschat, leidt het omgekeerd geen twijfel dat leesbaarheid het lezen ten goede komt. Opnieuw geïnspireerd door het consumentenrecht, verkende de bijdrage een aantal criteria die bepalend zijn voor de leesbaarheid van algemene voorwaarden. Hoewel deze criteria niet noodzakelijk een dwingend karakter moeten krijgen, bieden zij rechters, beslist ook buiten de context van door consumenten gesloten overeenkomsten, een nuttige leidraad om na te gaan of algemene voorwaarden van dien aard zijn dat de (gemiddelde) wederpartij in redelijkheid geacht kan worden deze te hebben gelezen en begrepen. Ook bij de redactie van algemene voorwaarden kunnen zij een handig instrument vormen. *Plain language* in algemene voorwaarden is wellicht ook voor degene die de voorwaarden aanbiedt veeleer een commerciële troef dan een juridische bedreiging. De criteria – kwalitatief, kwantitatief, inhoudelijk dan wel de voorstelling van informatie betreffend – zijn zeker ook buiten de elektronische context relevant. Niettemin illustreert elektronische contractsluiting, bijvoorbeeld omwille van de eigenheid van het beeldscherm van een mobiele drager of de leesgewoonten in een elektronische omgeving, er bij uitstek het belang van.

Aangezien leesbare teksten niet noodzakelijk gelezen worden, verkent de bijdrage ten slotte de mogelijkheid bij de beoordeling van het bindend karakter van algemene voorwaarden rekening te houden met de mate waarin essentiële of verrassende clausules – waarvan de inhoud voor de met de voorwaarden geconfronteerde wederpartij nadeliger is dan rede-

lijkerwijs door een gemiddelde wederpartij kon worden verwacht (bv. bij afwijking van suppletiefrechtelijke bepalingen) – prominent onder de aandacht van deze wederpartij is gebracht. Hoezeer deze suggesties de rechter/regelgever ook mogen inspireren om de toegankelijkheid van algemene voorwaarden te vergroten – en ten aanzien van de redactie ervan veeleisender te zijn – tussen de beoogde transparantie en de kennisname enerzijds en de kennisname en de mogelijkheid om op de inhoud van een overeenkomst te wegen anderzijds, zal steeds een ruimte blijven. Of de regelgever in deze ruimte, ook buiten de context van het consumentenrecht, ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst wenst op te treden en indien ja, hoe, is voer voor een andere, minstens zo boeiende, bijdrage.