

Invulling van informatieplicht door hyperlink naar algemene voorwaarden

HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923, C-358/21

(Tilman/Unilever)

NTBR 2023/34

Voor de toepasselijkheid van een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden waarnaar via een hyperlink in de overeenkomst is verwezen, is niet vereist dat de wederpartij ter instemming met de toepasselijkheid van die algemene voorwaarden een apart vakje heeft aangevinkt. Zo oordeelt het Europese Hof van Justitie ('HvJEU' of 'Hof') in zijn arrest *Tilman/Unilever*. Het Hof behandelt deze thematiek in het kader van het Lugano II-verdrag, maar het arrest is evengoed relevant voor de forumkeuzeregeling in de Brussel I-bis-verordening. Het arrest en de onderliggende casus roepen de vraag op hoe eenvoudig de algemene voorwaarden via de hyperlink te vinden moeten zijn. Zou het door het Hof ontwikkelde criterium dat de algemene voorwaarden met daarin het forumkeuzebeding bij betrachting van een normale zorgvuldigheid moeten kunnen worden geraadpleegd, naar Nederlands recht niet ook moeten gelden voor de vernietigbaarheid van andere bedingen in algemene voorwaarden wegens schending van de informatieplicht? Het zou in ieder geval praktischer zijn als voor deze twee informatieplichten – namelijk de informatieplicht die een rol speelt bij de vraag of een forumkeuzebeding van toepassing is, en de informatieplicht van artikel 6:233 sub b BW – hetzelfde criterium geldt. Dan hoeft er bij de terhandstelling van algemene voorwaarden immers met slechts één criterium rekening te worden gehouden.²

1. Feiten en prejudiciële vraag

De achtergrond van het arrest is een geschil tussen het Belgische Tilman N.V. ('Tilman') en het Zwitserse Unilever Supply Chain Company AG ('Unilever'). Zij hebben met elkaar op elektronische wijze³ een overeenkomst gesloten getiteld

'Unilever Purchasing Contract', op grond waarvan Tilman voor Unilever theezakjes in dozen zou verpakken en zou gereedmaken voor verkoop. Bij wijziging van de overeenkomst in 2011 zijn de algemene voorwaarden van Unilever uitdrukkelijk van toepassing verklaard, die onder meer inhielden dat de Engelse gerechten (exclusief) bevoegd zouden zijn en het Engelse recht van toepassing was.

Op enig moment laat Unilever de facturen van Tilman gedeeltelijk onbetaald. Tilman wendt zich tot de Belgische rechter om betaling af te dwingen. Unilever beroept zich echter op het forumkeuzebeding in haar algemene voorwaarden. Tilman stelt, kort gezegd, dat de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn, omdat die niet aan haar zijn medegegeeld. De overeenkomst bevat slechts een hyperlink naar een webpagina waar Tilman – na enig doorklikken – de algemene voorwaarden kan vinden. Bovendien is zij niet gevraagd om ter instemming met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden een vakje op de website van Unilever aan te klikken. Deze situatie zou dan ook – anders dan de *Cour d'appel de Liège* heeft geoordeeld – niet kunnen worden gelijkgesteld met een via internet gesloten overeenkomst waarbij de koper, voordat hij zijn aankoop kan afronden, een vakje moet aanvinken om aan te geven dat hij de algemene voorwaarden van de verkoper aanvaardt. Ingevolge het Lugano II-verdrag⁴ – welk verdrag volgens beide partijen van toepassing is⁵ – is het forumkeuzebeding daarom ongeldig, aldus Tilman.

Tilman stelt cassatie in bij het Belgische Hof van Cassatie. Dat stelt een prejudiciële vraag aan het HvJEU, die het HvJEU herformuleert tot de vraag:⁶

"(...) of artikel 23, lid 1, onder a), en lid 2, van het Lugano II-Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat een forumkeuzebeding rechtsgeldig is gesloten wanneer het is opgenomen in algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clause wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door een vakje op die website aan te vinken."

1 Citeerwijze: C.F. Michiels, 'Invulling van informatieplicht door hyperlink naar algemene voorwaarden', *NTBR* 2023/34, afl. 8. Mr. drs. C.F. (Cas) Michiels is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Hij dankt Marnix Wallinga voor het becommentariëren van een eerdere versie van deze annotatie.

2 Dit arrest is reeds besproken door onder meer J.H.M. Spanjaard, 'Forumkeuze en algemene voorwaarden: Luxemburg betreft de 21e eeuw', *ORP* 2023/4; M. Zilinsky, 'Forumkeuze in algemene voorwaarden waarnaar in schriftelijke overeenkomst wordt verwezen via hyperlink naar website is rechtsgeldig', *JOR* 2023/117 en A. Attaïbi & M.A.G. Bosman, 'Forumkeuzebeding in algemene voorwaarden: de 'hyperlinkjurisdictieclausule' nader bezien', *NIPR* 2023/2.

3 Dit valt af te leiden uit de overweging van de verwijzende rechter dat het "vast[staat] dat alle commerciële uitwisselingen tussen partijen in het Engels en (...) uitsluitend via elektronische weg plaatsvinden". Zie verwijzingsbeslissing Belgische Hof van Cassatie 20 mei 2021, r.o. 14. Zie ook het onderhavige arrest, r.o. 43.

4 Het Lugano II-verdrag is gesloten tussen de EU (inclusief Denemarken) en drie niet-lidstaten, namelijk IJsland, Noorwegen en Zwitserland. Het wordt ook wel het EVEX II-verdrag genoemd (*OJ L* 339, 21 december 2007).

5 Verwijzingsbeslissing Belgische Hof van Cassatie, r.o. 7.

6 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 32.

2. Toepasselijke bevoegdheidsregeling

Bij zijn beoordeling gaat het Hof eerst in op de vraag aan de hand van welke regeling de rechterlijke bevoegdheid moet worden vastgesteld. De redenering van het Hof is in het arrest slechts summier weergegeven en spreekt niet (direct) voor zich.

Ter beoordeling van forumkeuzes in internationale verhoudingen kan aan verschillende bevoegdheidsregelingen worden gedacht, zoals de Brussel I-bis-verordening, het Lugano II-verdrag, het Haags Forumkeuzeverdrag en het commune internationaal privaatrecht. Voor zowel de forumkeuzeregeling in de Brussel I-bis-verordening (artikel 25) als die in het Lugano II-verdrag (artikel 23) geldt dat die alleen van toepassing kan zijn, indien het land van de aangewezen rechter een lidstaat respectievelijk een aan het verdrag gebonden staat (een 'Lugano-staat') is. Het Haags Forumkeuzeverdrag prevaleert echter indien ten minste een van de partijen woonplaats heeft in een land buiten de Europese Unie dat partij is bij het Haags Forumkeuzeverdrag.⁷ Indien dat verdrag niet van toepassing is en partijen een forumkeuze hebben gemaakt voor een rechter van een ander land dan een lidstaat of een Lugano-staat, zal de aangezochte rechter de geldigheid van het forumkeuzebeding moeten beoordelen aan de hand van het commune internationaal privaatrecht (in Nederland: artikel 8 Rv), tenzij een andere verordening of een ander verdrag van toepassing is.⁸

Het Hof stelt voorop dat op grond van het Terugtrekkingsakkoord tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU in het kader van de Brexit het Unierecht (waaronder de Brussel I-bis-verordening en het Lugano II-verdrag) van toepassing is op gevallen waarin de rechtsvordering is ingesteld vóór het einde van de overgangperiode (31 december 2020). Het Hof vervolgt dat de rechtsvordering in de onderhavige zaak is ingesteld vóór 31 december 2020. In deze zaak moet dus worden aangenomen dat de aangewezen rechter (de Engelse rechter) een rechter in een EU-lidstaat is. Volgens het Hof volgt daaruit dat *“de uitlegging van het Lugano II-Verdrag noodzakelijk blijft om het hoofdgeding te beslechten”*.⁹

Het Hof parafraseert vervolgens de prejudiciële vraag, waarin de verwijzende rechter is uitgegaan van toepasselijkheid van het Lugano II-verdrag, en overweegt dat dit verdrag *“moet*

worden toegepast en uitgelegd met inachtneming van de beginselen die het Hof heeft vastgesteld met betrekking tot de desbetreffende bepaling(en) en (een) soortgelijke bepaling(en) in andere instrumenten, waaronder (...) de Brussel I-verordening”.¹⁰ Een dergelijk instrument is ook de Brussel I-bis-verordening, aangezien het daarin opgenomen artikel 25 over forumkeuzes *“in wezen identieke bewoordingen”* bevat als haar voorganger in de Brussel I-verordening.¹¹ In het restant van het arrest gaat het Hof in op de uitleg van artikel 23 lid 1 Lugano II-verdrag.

Hoewel in bepaalde gevallen van belang kan zijn aan de hand van welke van de twee instrumenten de geldigheid van een forumkeuzebeding moet worden beoordeeld,¹² maakt dat voor de beantwoording van de voorliggende prejudiciële vraag uiteindelijk geen verschil.¹³ Toch is het enigszins opmerkelijk dat het Hof niet toelicht waarom het Lugano II-verdrag van toepassing is. Vermoedelijk is de gedachtegang van het Hof als volgt geweest. Het feit dat het Verenigd Koninkrijk in deze zaak als lidstaat moet worden gezien, leidt tot de vraag of de Brussel I-bis-verordening óf het Lugano II-verdrag van toepassing is. Onder het kopje *“Toepasselijke bepalingen”* citeert het Hof onder meer artikel 64 lid 1 en lid 2, aanhef en sub a, Lugano II-verdrag. Op grond van lid 1 laat het Lugano II-verdrag de toepassing van verschillende andere instrumenten onverlet, waaronder de Brussel I-verordening en *“de wijzigingen daarvan”* (zoals de Brussel I-bis-verordening). Ingevolge lid 2, aanhef en sub a, heeft het Lugano II-verdrag echter ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid hoe dan ook in twee gevallen voorrang boven die andere instrumenten, namelijk (1) *“wanneer de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een staat waar wel dit verdrag doch geen van de in lid 1 genoemde instrumenten van toepassing is”* of (2) *“wanneer artikel 22 of 23 van dit verdrag [over exclusieve bevoegdheidsgronden respectievelijk forumkeuzes, auteur] de gerechten van een dergelijke staat bevoegdheid verleent”*.¹⁴ Hier doet het eerste geval zich voor, aangezien de verweerder in deze zaak (Unilever) haar woonplaats heeft in Zwitserland en die staat bij geen van de

⁷ Art. 26 lid 6 Haags Forumkeuzeverdrag 2005.

⁸ Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 12^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 60, p. 92; conclusie van A-G Vlas voor HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0331 (*Baltic Shipping/Ingosstrakh Insurance*), nr. 2.2; F. Ibili, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 25 Brussel I-bis-Vo, aant. 3 onder c (bijgewerkt t/m 1 januari 2023). Ingeval een forumkeuzebeding de Engelse rechter aanwijst en de rechtsvordering is ingesteld op of na 1 januari 2021, zijn art. 25 Brussel I-bis-Vo en art. 23 Lugano II-verdrag niet van toepassing, omdat die bepalingen vereisen dat de rechter van een EU-lidstaat respectievelijk een aan het Lugano II-verdrag gebonden staat is aangewezen.

⁹ HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 28-33, met verwijzing naar art. 67 lid 1 onder a en 127 van het Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (PB 2020, L 29, blz. 7).

¹⁰ HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 33.

¹¹ HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 34.

¹² De relevante bepalingen over forumkeuzes (art. 25 Brussel I-bis-Vo en art. 23 Lugano II-verdrag) luiden vrijwel identiek, maar er zijn drie potentieel belangrijke verschillen. Ten eerste vereist art. 23 Lugano II-verdrag dat een partij haar woonplaats heeft op het grondgebied van een door dat verdrag gebonden staat, terwijl de woonplaats van partijen voor toepassing van art. 25 Brussel I-bis-Vo niet relevant is. Ten tweede moet ingevolge art. 25 Brussel I-bis-Vo de materiële geldigheid van het forumkeuzebeding worden beoordeeld naar het recht van de aangewezen rechter, terwijl art. 23 Lugano II-verdrag daarover niets vermeld (zie M. Zilinsky in zijn annotatie bij het onderhavige arrest, *JOR* 2023/117, punt 4). Ten derde bevat art. 25 Brussel I-bis-Vo een extra lid 5, op grond waarvan de ongeldigheid van de (hoofd)overeenkomst niet in de weg staat aan de geldigheid van een forumkeuzebeding ('separabiliteit'). Zie F. Ibili, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 25 Brussel I-bis-Vo, aant. 1 onder c met verdere verwijzingen (bijgewerkt t/m 1 januari 2023).

¹³ Zie ook M. Zilinsky in zijn annotatie bij het onderhavige arrest, *JOR* 2023/117, punt 4.

¹⁴ Zie ook P. Vlas, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, regeling EVEX II, aant. 9 (bijgewerkt t/m 2 juli 2020).

in lid 1 genoemde instrumenten partij is.¹⁵ Daarom prevaleert het Lugano II-verdrag in dit geval, zo vermoed ik dat de redenering van het Hof is geweest.

Of het noodzakelijk is om (eerst) vast te stellen dat het Verenigd Koninkrijk temporeel als lidstaat moet worden gezien, zoals het Hof doet, vraag ik mij af. Uit de formulering van artikel 64 lid 2, aanhef en sub a, eerste deel, Lugano II-verdrag zou ook kunnen worden afgeleid dat als een rechter van een lidstaat wordt aangezocht in een zaak waarin de verweerder woonplaats heeft in een Lugano-staat, het Lugano II-verdrag hoe dan ook van toepassing is, ongeacht in welke staat de aangewezen rechter zich bevindt. Daar valt tegenin te brengen dat met “in elk geval” (lid 2) mogelijk slechts situaties bedoeld zijn waarin een of meerdere van de in lid 1 genoemde instrumenten ook van toepassing zouden kunnen zijn. Daarnaast zou er een leemte ontstaan in gevallen waarin de aangewezen rechter zich niet in een lidstaat of Lugano-staat bevindt, aangezien de forumkeuze-regeling van het Lugano II-verdrag dan niet van toepassing zou zijn. Het toelichtend rapport van Pocar bij het Lugano II-verdrag gaat hier niet op in.¹⁶ Het voorgaande doet overigens niets af aan de relevantie van het arrest voor de geldigheid van forumkeuzebedingen, waarop ik hierna inga.

3. Geldigheid forumkeuzebeding in algemene voorwaarden: jurisprudentie HvJEU

Artikel 23 Lugano II-verdrag stelt vormvereisten voor de geldigheid van een forumkeuzebeding. De bepaling luidt, voor zover hier relevant:

- “1. Indien de partijen, ongeacht hun woonplaats, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:
- hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;
 - hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;
 - hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te

zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

- Als „schriftelijk” wordt tevens elke elektronische mededeling aangemerkt, waardoor de overeenkomst duurzaam wordt geregistreerd.
(...)”

Voor wat betreft de vormvereisten is de bepaling inhoudelijk identiek aan artikel 25 Brussel I-bis-Verordening.¹⁷ In deze zaak zijn met name lid 1 sub a en lid 2 relevant.

Onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak stelt het Hof voorop dat de voorwaarden voor een geldig forumkeuzebeding strikt moeten worden uitgelegd, omdat daarmee de bevoegdheid van andere rechters wordt uitgesloten.¹⁸ Ingevolge lid 1 moeten partijen een gerecht hebben “aangewezen”, wat betekent dat er wilsovereenstemming moet zijn geweest.¹⁹ De aangezochte rechter moet toetsen of die wilsovereenstemming “duidelijk en nauwkeurig tot uiting” komt.²⁰ De vormvereisten moeten waarborgen dat sprake is van wilsovereenstemming.²¹

Het Hof heeft eerder geoordeeld dat een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden in beginsel geldig is:

- indien de algemene voorwaarden zijn afgedrukt op de achterzijde van de overeenkomst en de overeenkomst uitdrukkelijk naar de algemene voorwaarden verwijst; of
- indien de overeenkomst uitdrukkelijk verwijst naar een offerte waarin is verwezen naar de algemene voorwaarden, mits de verwijzing “bij betrachting van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan” en de algemene voorwaarden met de offerte daadwerkelijk zijn medegedeeld.²²

Een forumkeuzebeding is echter niet geldig:

- in geval van (slechts) indirecte of stilzwijgende verwijzingen naar eerdere correspondentie;²³ of

15 Ook Zilinsky lijkt op basis hiervan in zijn annotatie bij dit arrest te concluderen dat het Lugano II-verdrag van toepassing is (JOR 2023/117, punt 3). Zie in dezelfde zin A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:283 (Atlanship): “(...) in het geval dat de verweerder zijn woonplaats heeft in Zwitserland, past de Nederlandse rechter voor de vaststelling van zijn internationale bevoegdheid de bepalingen van het EVEX II toe en niet die van de EEX-Verordening”. Zie ook Rb. Rotterdam 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7498, r.o. 6.4.

16 PbEU 2009, C-319/6, nrs. 18-21.

17 Er bestaan echter drie andersoortige verschillen. Ten eerste vereist art. 23 Lugano II-verdrag dat een partij haar woonplaats heeft op het grondgebied van een door dat verdrag gebonden staat, terwijl de woonplaats van partijen voor toepassing van art. 25 Brussel I-bis-verordening niet relevant is. Ten tweede moet ingevolge art. 25 Brussel I-bis-verordening de materiële geldigheid van het forumkeuzebeding worden beoordeeld naar het recht van de aangewezen rechter, terwijl art. 23 Lugano II-verdrag daarover niets vermeld (zie M. Zilinsky in zijn annotatie bij het onderhavige arrest, JOR 2023/117, punt 4). Ten derde bevat art. 25 Brussel I-bis-verordening een extra lid 5, op grond waarvan de ongeldigheid van de (hoofd)overeenkomst niet in de weg staat aan de geldigheid van een forumkeuzebeding (‘separabiliteit’). Zie F. Ibili, in: T&C Rv, commentaar op art. 25 Brussel I-bis-Vo, aant. 1 onder c met verdere verwijzingen (bijgewerkt t/m 1 januari 2023).

18 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (Tilman/Unilever), r.o. 36.

19 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (Tilman/Unilever), r.o. 37.

20 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (Tilman/Unilever), r.o. 38.

21 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (Tilman/Unilever), r.o. 39.

22 HvJEU 14 december 1976, ECLI:EU:C:1976:177 (Estasis Salotti di Colzani), r.o. 10 en 12.

23 HvJEU 14 december 1976, ECLI:EU:C:1976:177 (Estasis Salotti di Colzani), r.o. 12.

- indien de overeenkomst mondeling en zonder nadere schriftelijke bevestiging is gesloten en de algemene voorwaarden met daarin het forumkeuzebeding slechts op facturen zijn vermeld.²⁴

Voor het geval de overeenkomst op elektronische wijze wordt aangegaan – zoals in het onderhavige geval is gebeurd²⁵ – vereist lid 2 ter voldoening aan het schriftelijkheidsvereiste van lid 1 sub a dat de overeenkomst duurzaam kan worden geregistreerd. Daarvoor is voldoende dat de informatie vóór het sluiten van de overeenkomst kan worden opgeslagen en afgedrukt, dit met het oog op eventuele bewijslevering. Niet is vereist dat de wederpartij dat ook daadwerkelijk doet.²⁶

4. Beantwoording van de prejudiciële vraag

Na weergave van het juridisch kader komt het Hof tot beantwoording van de prejudiciële vraag. In de voorliggende zaak lijkt de overeenkomst een uitdrukkelijke verwijzing naar de algemene voorwaarden te bevatten, aldus het Hof. De verwijzende rechter dient dat te beoordelen.²⁷ In geval van een dergelijke uitdrukkelijke verwijzing naar algemene voorwaarden zonder dat die algemene voorwaarden op een andere wijze (correct) ter hand zijn gesteld, is een forumkeuzebeding in die algemene voorwaarden alleen van toepassing indien de verwijzing naar die algemene voorwaarden “door een partij bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan, en indien vaststaat dat de algemene voorwaarden, met daarin het forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan de andere contractpartij zijn meegedeeld”.²⁸

Dat brengt het Hof tot de vraag of Unilever haar algemene voorwaarden daadwerkelijk aan Tilman heeft medegedeeld. Het Hof overweegt dat een (uitdrukkelijke) verwijzing in een schriftelijke overeenkomst naar algemene voorwaarden door vermelding van een hyperlink naar een website waar de algemene voorwaarden kunnen worden geraadpleegd, “a fortiori”²⁹ bewijs oplevert dat de informatie is medegedeeld. Daarvoor is wel vereist dat de hyperlink werkt en “bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid” kan worden geopend (bedoeld zal zijn: dat de algemene voorwaarden bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid kunnen

worden gevonden). Bovendien moet de wederpartij (hier: Tilman) de algemene voorwaarden kunnen raadplegen vóór haar ondertekening van de overeenkomst, en moet de aanvaarding van deze voorwaarden ook (pas) bij ondertekening plaatsvinden.³⁰ Het feit dat er geen vakje op de website hoeft te worden aangevinkt voor een expliciet akkoord met toepasselijkheid van de algemene voorwaarden (zoals vermeld in de prejudiciële vraag), staat dan niet aan die toepasselijkheid in de weg.³¹ Het Hof had eerder al in gelijke zin geoordeeld over de situatie dat de webpagina waarop de algemene voorwaarden staan, bij registratie op de website en bij het doen van een aankoop niet automatisch wordt geopend.³²

Het antwoord op de prejudiciële vraag luidt dan ook dat artikel 23 leden 1 en 2 Lugano II-verdrag zo moet worden uitgelegd dat “een forumkeuzebeding rechtsgeldig gesloten is wanneer het is opgenomen in de algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden, vóór de ondertekening van die overeenkomst, kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clause wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website”.³³

Op het eerste gezicht is dit antwoord in deze zaak niet verrassend. Van commerciële partijen mag immers in de regel worden verlangd dat zij de inhoud van een overeenkomst goed bestuderen en zich daarbij zo nodig laten bijstaan door professionele adviseurs, zoals advocaten.³⁴ Ook zullen zij – zoals de partijen in deze zaak – in de regel gewend zijn om op elektronische wijze te communiceren en te contracteren. Om dan een expliciet akkoord met in de overeenkomst van toepassing verklaarde algemene voorwaarden te vergen door middel van het aanvinken van een vakje, gaat wellicht te ver. Toch roept dit arrest allerlei vragen op die mogelijk aanleiding zullen geven tot nadere prejudiciële vragen. Ik behandel enkele daarvan hierna.

5. Algemene voorwaarden bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid raadpleegbaar?

Of algemene voorwaarden bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid raadpleegbaar zijn, kan per geval

24 HvJEU 8 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:173 (*Saey Home & Garden*), r.o. 28 en 29.

25 Dit valt af te leiden uit de overweging van de verwijzende rechter dat het “vast[staat] dat alle commerciële uitwisselingen tussen partijen in het Engels en (...) uitsluitend via elektronische weg plaatsvinden”. Zie verwijzingsbeslissing Belgische Hof van Cassatie 20 mei 2021, r.o. 14. Zie ook het onderhavige arrest, r.o. 43.

26 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 43-45, onder verwijzing naar HvJEU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (*El Majdoub*), r.o. 32-36. Zie ook r.o. 53-54 van het onderhavige arrest.

27 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 49.

28 HvJEU 7 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*), r.o. 40, onder verwijzing naar het voornoemde arrest HvJEU 14 december 1976, ECLI:EU:C:1976:177 (*Estasis Salotti di Colzani*), r.o. 12.

29 Aldus ook de Engelse en (oorspronkelijke) Franse versie van het arrest. *A fortiori* betekent volgens de Van Dale ‘des te meer’. Waarom het in de overeenkomst opnemen van een werkende hyperlink *a fortiori* bewijs oplevert van mededeling van algemene voorwaarden, ontgaat mij. Zie ook M. Zilinsky in zijn annotatie bij dit arrest (*JOR* 2023/117), punt 7.

30 Met dit laatste lijkt het Hof te bedoelen dat vereist is dat de wederpartij vóór ondertekening van de (hoofd)overeenkomst nog niet aan het forumkeuzebeding gebonden is.

31 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 51-52.

32 HvJEU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (*El Majdoub*), r.o. 39.

33 HvJEU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (*Tilman/Unilever*), r.o. 59 en het dictum. In enkele overwegingen ten overvloede geeft het Hof nog aan de verwijzende rechter mee dat in dit geval, namelijk van een geschil over “voortdurende contractuele betrekkingen tussen commerciële ondernemingen”, het forumkeuzebeding mogelijk ook kan voldoen aan een van de andere (alternatieve) vormvereisten, neergelegd in art. 23 lid 1 sub b en c Lugano II-verdrag (r.o. 55-58).

34 R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 28-29.

verschillen. In de onderhavige zaak had Tilman voor het Belgische Hof van Cassatie opgemerkt “dat vaststaat dat zij een overeenkomst heeft ondertekend waarin een eenvoudige verwijzing stond naar de algemene voorwaarden van [Unilever]”. Tilman had ogenschijnlijk enkel geklaagd over het feit dat zij geen vakje voor akkoord had hoeven aanvinken.³⁵ Naar aanleiding van het oordeel van het HvJEU heeft het Hof van Cassatie het beroep van Tilman verworpen.³⁶ Het is niet ondenkbaar dat er (meer) discussie had kunnen plaatsvinden over de vraag of de algemene voorwaarden wel bij betrachting van een normale zorgvuldigheid raadpleegbaar waren. Dat hangt mede af van de formulering van de bepaling waarin Unilever haar algemene voorwaarden van toepassing had verklaard. Dat heb ik niet uit openbare bronnen kunnen afleiden. Wel volgt uit de verwijzingsbeslissing dat de overeenkomst de volgende hyperlink naar de algemene voorwaarden van Unilever bevat: e4us.unilever.com.³⁷ Deze webpagina vermeldt op het moment van schrijven van deze annotatie:³⁸

Welcome to e4US - ePartnership for Unilever Suppliers

Welcome to the ePartnership for Unilever Suppliers (e4US) website, the portal where supply chain information is exchanged from Unilever factories to suppliers. Existing users already in possession of log-on details can proceed by clicking the Logon button below. Suppliers who are not involved yet but are interested in the e4US programme are invited to contact their Unilever Supply Management contact.

[Logon](#) [General Supplier Information](#)

Vervolgens moet er (kennelijk) op “General Supplier Information” worden geklikt. Dat leidt tot de volgende webpagina:

Additional Documents for all Suppliers

Link to other sites:

[Responsible Sourcing Policy](#)
[General Terms and Conditions](#)

Downloadable documents:

[e4US_website_support.doc](#)

Dan moet er op “General Terms and Conditions” worden geklikt, waarna een pagina volgt met (op het oog) alle algemene voorwaarden die het Unilever-concern wereldwijd richting haar leveranciers gebruikt, ingedeeld naar continent en land. Daar staat een link naar één set algemene voorwaarden voor België:

Terms and Conditions

These are the legal terms and conditions that apply to you as a supplier of goods and/or services to Unilever Group companies.

Below you will find terms and conditions relevant to your market along with additional specific terms and conditions.

North America ▼

Latin America ▼

Europe ▲

✚ Austria - English - German (PDF 357.83 KB)

✚ Belgium - English (PDF 201.34 KB)

Daarnaast staan op dezelfde webpagina links naar ‘bijzondere’ voorwaarden, die in voorkomende gevallen lijken te kunnen gelden in aanvulling op de algemene voorwaarden voor het desbetreffende land:

Specific terms and conditions

✚ General Terms & Conditions - Procurement Hubs (USCC, UASCC, UBMS, UAPL, UEBV, UNASCC) (PDF 201.34 KB)

✚ Country Specific clauses (PDF 135.28 KB)

✚ E-Commerce Terms & Conditions (PDF 63.94 KB)

✚ General Trade Terms (PDF 180.78 KB)

✚ High and Medium Risk Geographies for Economic Sanctions February 2022 (PDF 123.08 KB)

Hoewel deze gang van zaken vanuit het perspectief van het in vele landen opererende Unilever-concern te begrijpen valt, kan men zich afvragen of de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden bij betrachting van een normale zorgvuldigheid te vinden zijn. Na het openen van de hyperlink moet immers enkele malen worden doorgeklikt om bij de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden te komen. Bovendien kan in voorkomende gevallen onduidelijk zijn welke set algemene voorwaarden precies van toepassing is verklaard, bijvoorbeeld indien de wederpartij de relevante werkzaamheden in meerdere landen zal uitvoeren.

Wat “bij betrachting van een normale zorgvuldigheid” is en welke set(s) voorwaarden van toepassing zijn verklaard, zal mijns inziens onder meer afhangen van (i) de formulering van de bepaling waarin de algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, (ii) of de gebruiker van de algemene voorwaarden los daarvan aan diens wederpartij mededelingen over de (raadpleegbaarheid van de) algemene voorwaarden heeft gedaan, en (iii) of de wederpartij een consument is (zie hierna, paragraaf 8). Daarover zal de nationale rechter moeten oordelen. Ter illustratie verwijs ik naar een uitspraak van de rechtbank Overijssel van 1 december 2021, die in een geval van verwijzing naar algemene voorwaarden via een hyperlink overwoog dat een uitdrukkelijke verwijzing naar specifieke algemene voorwaarden vereist is, en dat een verwijzing naar “een veelheid van algemene

35 Verwijzingsbeslissing Belgische Hof van Cassatie, r.o. 15-16.

36 Belgische Hof van Cassatie 30 maart 2023, ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230330.1F.5.

37 Verwijzingsbeslissing Belgische Hof van Cassatie, r.o. 6.

38 Ik geef alleen de mijns inziens relevante delen van de verschillende webpagina's (op 29 juni 2023) weer. Ik benadruk volledigheidshalve dat de relevante overeenkomst reeds dateert uit 2011.

voorwaarden” (in de voorliggende zaak 20 verschillende sets) niet volstaat.³⁹

6. Relevantie voor vernietigbaarheid van andere bepalingen in algemene voorwaarden wegens schending van informatieplicht

De uitleg van artikel 23 Lugano II-verdrag (en artikel 25 Brussel I-bis-Vo) in het onderhavige arrest is in beginsel enkel relevant voor forumkeuzebedingen en niet voor andere bedingen in algemene voorwaarden. Naar mijn mening zou dit arrest over de terhandstelling via een hyperlink desondanks eveneens het criterium voor de vernietigbaarheid van die andere bedingen wegens schending van de informatieplicht moeten invullen. Dat licht ik hierna toe.⁴⁰

Naar Nederlands recht (van de toepasselijkheid waarvan ik in het vervolg uitga) moet de toepasselijkheid van algemene voorwaarden worden bepaald aan de hand van de bepalingen over aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW e.v.) en over de totstandkoming van rechtshandelingen in het algemeen (artikel 3:33 BW e.v.).⁴¹ Ook indien de gebruiker wist of had moeten weten dat de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kende, is de wederpartij daaraan gebonden (artikel 6:232 BW). Bij deze toepasselijkheid is er geen sprake van een informatieplicht. Vergeleken met een forumkeuzebeding waarop de regeling van de Brussel I-bis-verordening of het Lugano II-verdrag van toepassing is, is de wederpartij dus relatief snel aan (de overige) algemene voorwaarden gebonden.

Artikel 6:233, aanhef en sub b, BW bepaalt echter dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.⁴² In beginsel rust dus op de gebruiker van de algemene voorwaarden de plicht om ervoor te zorgen dat zijn wederpartij met de algemene voorwaarden bekend is, althans kan zijn.⁴³ Artikel 6:234 BW bepaalt hoe de ge-

bruiker aan deze informatieplicht⁴⁴ kan voldoen. Voor het bestek van deze annotatie is met name lid 2 van belang, dat is toegevoegd ter uitvoering van de Richtlijn inzake elektronische handel (ook wel: E-commercerichtlijn).⁴⁵ Uit dat lid volgt dat de gebruiker aan zijn informatieplicht heeft voldaan “indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden (...)”.

Voor het beschikbaar stellen van algemene voorwaarden langs elektronische weg is onvoldoende dat zij slechts via een zoekopdracht op het internet te vinden zijn. De gebruiker moet aan de wederpartij duidelijk maken welke voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn en hoe de wederpartij daarvan eenvoudig kennis kan nemen.⁴⁶ Volgens de ministers “lijkt” de gebruiker aan diens informatieplicht te voldoen “indien duidelijk wordt aangegeven dat de algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst en dat deze voorwaarden achter een duidelijk herkenbare hyperlink zijn opgenomen, mits dit gebeurt op een zodanige wijze dat de algemene voorwaarden door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming”.⁴⁷ De minister schrijft bovendien: “Bij de eis van ter beschikking stellen kan gedacht worden aan het opnemen van een internetlink in een e-mail door middel waarvan de wederpartij in één klik de tekst van de op haar toepasselijke algemene voorwaarden kan raadplegen. Het enkel vermelden van het adres van een website is onvoldoende omdat de wederpartij vervolgens op die website nog moet gaan zoeken naar de op haar toepasselijke algemene voorwaarden.”⁴⁸ Rinkes en Hendrikse leiden uit het voorgaande af dat de hyperlink “direct naar de betreffende

39 Rb. Overijssel 1 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4573, r.o. 4.11.

40 Zogeheten ‘kernbedingen’ in overeenkomsten laat ik hier buiten beschouwing. Zie daarvoor in geval van contracteren via elektronische weg art. 6:227b BW.

41 Zie bijvoorbeeld. W.L. Valk, in: *T&C BW*, art. 6:232 BW (bijgewerkt t/m 1 juli 2023).

42 Mits de wederpartij geen grote onderneming is in de zin van art. 2:360 BW, niet behoort tot een concern in de zin van art. 2:403 lid 1 BW en niet meer dan 50 werknemers heeft (art. 6:235 lid 1 BW). Ook kan de wederpartij geen beroep op deze vernietigingsgrond doen indien zijzelf meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt (art. 6:235 lid 3 BW), of indien het gaat om commerciële partijen die niet beide in Nederland gevestigd zijn (art. 6:247 lid 2 BW).

43 J.H.M. Spanjaard, ‘De rafelranden van de vernietiging van algemene voorwaarden’, *Contracteren 2023/1*. “In beginsel”, want de wederpartij kan geen beroep op vernietiging wegens schending van de informatieplicht doen indien zij bekend was met de algemene voorwaarden, ook niet als die bekendheid niet door toedoen van de gebruiker is veroorzaakt (HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (*De Eendracht/Doens*)).

44 Ook wel de ‘terhandstellingsplicht’ genoemd, maar mede gezien het feit dat aan deze plicht ook kan zijn voldaan buiten toedoen van de gebruiker (HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (*De Eendracht/Doens*)) en (mede) daardoor sprake is van een *Obliegenheit*, lijkt ‘informatieplicht’ mij geschikter. Zie ook J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk nr. CA1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 188.

45 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, met name de elektronische handel, in de interne markt (“Richtlijn inzake elektronische handel”). Zie J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk nr. CA1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 8.7, met verdere verwijzingen; W.L. Valk, in: *T&C BW*, art. 6:234 BW, aant. 2 onder e (bijgewerkt t/m 15 februari 2023). Dienstverrichters in de zin van art. 6:230a BW kunnen overigens ingevolge art. 6:234 lid 1 BW aan de informatieplicht voldoen via art. 6:230c BW.

46 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571, m.nt. J. Hijma (*First Data/Attingo*), r.o. 3.4.2.

47 *Kamerstukken I 2003/04*, 28197, C, p. 18.

48 *Kamerstukken II 2007/08*, 31358, nr. 3, p. 9. Overigens heb ik het bewust over “ministers” en “minister”: deze memorie is afkomstig van één minister, terwijl de andere memorie (*Kamerstukken I 2003/04*, 28197, C, p. 18) afkomstig is van twee ministers.

set algemene voorwaarden [moet] leiden”.⁴⁹ Gezien de formulering van de minister (“**kan** gedacht worden”) lijkt mij echter niet uitgesloten dat onder bepaalde omstandigheden ook met meerdere klikken kan worden voldaan aan de informatieplicht, zolang de wederpartij maar niet “moet gaan zoeken”.⁵⁰

De vraag of een hyperlink direct naar de algemene voorwaarden moet leiden, speelt ook ten aanzien van de informatieplicht van dienstverrichters (waarvoor een separaat wettelijk regime geldt). Ter implementatie van de Dienstenrichtlijn⁵¹ bepaalt artikel 6:230c, aanhef en lid 3, BW dat de dienstverrichter kan volstaan met het ter beschikking stellen van (onder meer) diens algemene voorwaarden op “een voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk” en “door de dienstverrichter meegeedeeld adres”. Ook in de literatuur over artikel 6:230c BW wordt betoogd dat een hyperlink direct naar de algemene voorwaarden moet leiden.⁵² Uit de lagere rechtspraak volgt geen eenduidig criterium voor wat betreft de vraag hoe eenvoudig de algemene voorwaarden via de hyperlink te vinden moeten zijn.⁵³ Volgens Spanjaard in zijn commentaar bij deze bepaling is het “vanuit de verplichtingen die de e-commercerichtlijn (...) stelt, juist uit te gaan van een verwijzing naar een volledige URL”.⁵⁴ Mogelijk is de E-commercerichtlijn – gezien de invoeging van artikel 6:230c BW in artikel 6:234 lid 1 BW en daarmee de koppeling aan artikel 6:233 sub b BW – inderdaad relevant voor de uitleg van artikel 6:230c BW.⁵⁵ Dat uit de E-commercerichtlijn echter zou volgen dat alleen een

verwijzing naar een volledige URL volstaat, is hoe dan ook niet evident.⁵⁶

De Hoge Raad heeft recent in een overweging ten overvloede verduidelijkt wanneer algemene voorwaarden gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn in de zin van artikel 6:230c, aanhef en lid 3, BW. Op facturen van de gebruiker werden diens algemene voorwaarden van toepassing verklaard, met verwijzing naar diens website.⁵⁷ Of die voorwaarden daarmee gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn, is volgens de Hoge Raad “afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Indien de algemene voorwaarden zonder noemenswaardige inspanning gevonden kunnen worden op of via de website waarnaar op de facturen is verwezen, moet worden aangenomen dat de algemene voorwaarden gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn.”⁵⁸ De woorden “op of via” impliceren dat een directe hyperlink niet noodzakelijk is. Denkbaar is dat deze overweging ook van belang is voor de uitleg van artikel 6:234 lid 2 BW (al heeft die bepaling een andere oorsprong),⁵⁹ maar daarover laat de Hoge Raad zich niet uit.⁶⁰

Stel echter dat – in lijn met de tot op heden op het oog heersende opvatting in de literatuur – de hyperlink inderdaad direct naar de betreffende set algemene voorwaarden zou moeten leiden, dan zou met een algemene hyperlink zoals die in de onderhavige zaak is gehanteerd, dus niet aan de informatieplicht worden voldaan.⁶¹ Dat zou tot de bijzondere situatie kunnen leiden dat bij gebruik van een hyperlink die niet direct de algemene voorwaarden weergeeft, een forumkeuzebeding wél van toepassing kan zijn, maar de andere bedingen in de algemene voorwaarden (na een succesvol beroep op vernietiging) niet.⁶² Voor toepasselijkheid van het forumkeuzebeding is immers vereist dat het bij

49 J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk nr. CA1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 201-202.

50 Zie over dat laatste bijvoorbeeld Hof Den Bosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1056, r.o. 3.6.8: “Daar komt bij dat het enkele vermelden van het adres van een website in beginsel onvoldoende is omdat de wederpartij vervolgens op die website op zoek dient te gaan naar de op de overeenkomst toepasselijke algemene voorwaarden (Kamerstukken II, 31 358, nr. 3, p. 9-10. Zie ook: HR 11 februari 2011, LNJ B07108).”; Rb. Oost-Brabant 24 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2309, r.o. 2.8-2.11; E.J. Zippro, ‘Opkomst van de bekendheidsuitzondering en ‘ondergang’ van de terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden’, MvV 2023, afl. 2, p. 58.

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

52 M.Y. Schaub, ‘Richtlijnconforme interpretatie bij de informatieplicht van algemene voorwaarden voor dienstverleners’, *Contracteren* 2013/1, p. 4, met verdere verwijzingen in voetnoot 18; T.B.M. Kersten, ‘Richtlijnconforme uitleg van de informatieverplichting bij dienstverrichting; ijdele hoop voor ongemak?’, *ORP* 2012/6, p. 44.

53 Rb. Rotterdam 16 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4599, r.o. 5.7: “Vereist is dat de verwijzing naar de op de website vermelde algemene voorwaarden precies is of dat deze met enkele muisklikken via helder aangegeven knoppen of hyperlinks te bereiken is. Van een wederpartij mag niet verwacht worden dat zij op de website moet gaan zoeken naar de algemene voorwaarden.” Zie ook Hof Den Bosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3178, r.o. 4.8 (de wederpartij moet niet op de website hoeven zoeken; een directe hyperlink is “bijvoorbeeld” voldoende), en J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk nr. CA1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 201-202.

54 J.H.M. Spanjaard, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230c BW, aant. 3 (bijgewerkt t/m 12 november 2019).

55 Zie overigens kritisch over de wijze waarop de E-commercerichtlijn en de Dienstenrichtlijn zijn geïmplementeerd, onder meer ten aanzien van art. 6:233 sub b BW: T.J. de Graaf, ‘Naar een coherente(re) implementatie van de informatieverplichtingen met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn’, *NTBR* 2018/24.

56 Weliswaar vergt art. 5 lid 1 van de E-commercerichtlijn dat de dienstverlener bepaalde informatie “gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk maakt” (vetgedrukt auteur), maar daar worden algemene voorwaarden niet genoemd. Art. 10 lid 3 van de dezelfde richtlijn, dat wél specifiek op algemene voorwaarden ziet, stelt die eis niet. Dat artikel vereist slechts dat de algemene voorwaarden op een zodanige wijze ter beschikking worden gesteld dat ze kunnen worden opgeslagen en weergegeven (hetgeen het Hof in *Tilman/Unilever* (feitelijk) ook als vereiste voor de toepasselijkheid van een forumkeuzebeding aanmerkt in r.o. 43-45, onder verwijzing naar HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (*El Majdoub*), r.o. 32-36 (zie ook r.o. 53-54 van het onderhavige arrest)).

57 HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835 (*Slachtafval*), r.o. 2.1, onder (iii).

58 HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835 (*Slachtafval*), r.o. 3.2.3.

59 De informatieplicht van art. 6:234 lid 2 BW vloeit voort uit de E-commercerichtlijn, terwijl de informatieplicht van art. 6:230c BW zijn oorsprong vindt in de Dienstenrichtlijn.

60 Een toepassing van art. 6:234 lid 2 BW die aansluit bij art. 6:230c lid 3 BW zou een “voordeel” zijn, aldus Hijma in zijn annotatie bij HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:B07108, NJ 2011/571 (*First Data/Attingo*), punt 8 onder b.

61 Terzijde: in de onderhavige zaak gaat het weliswaar om het verrichten van een dienst (het verpakken van theezakjes), maar de dienst wordt niet verricht door de gebruiker van de algemene voorwaarden, op grond waarvan Boek 6 Titel 5 Afdeling 2a BW (bij toepasselijkheid van Nederlands recht) niet van toepassing zou zijn.

62 Andersom is overigens ook mogelijk, bijvoorbeeld indien een dienstverrichter aan zijn informatieplicht voldoet conform art. 6:230c sub 3 BW (waardoor ingevolge art. 6:234 lid 1 BW geen beroep op de vernietigingsgrond van art. 6:233 sub b BW mogelijk is), maar de wederpartij niet in de gelegenheid heeft gesteld om de algemene voorwaarden duurzaam te registreren.

betrachting van een normale zorgvuldigheid raadpleegbaar is, waarvoor het niet noodzakelijk lijkt dat de hyperlink direct naar de algemene voorwaarden leidt. Een dergelijk geval zal zich in de praktijk overigens relatief weinig voordoen. De algemene voorwaardenregeling van artikel 6:231 e.v. BW – inclusief de sanctie van vernietigbaarheid ingevolge artikel 6:233 sub b BW – is immers alleen van toepassing indien beide (commerciële)⁶³ partijen in Nederland gevestigd zijn (artikel 6:247 lid 2 BW).

Het gebruik van verschillende maatstaven voor informatieverplichtingen ten aanzien van bedingen in algemene voorwaarden (enerzijds voor de informatieverplicht die een rol speelt bij de vraag of een forumkeuzebeding van toepassing is, en anderzijds voor de informatieverplicht van artikel 6:233 sub b BW) zou niet praktisch en vermoedelijk voor de gemiddelde rechtzoekende ook lastig te begrijpen zijn. De E-commercerichtlijn lijkt ruimte te laten om een vereiste als ‘het bij betrachting van een normale zorgvuldigheid raadpleegbaar zijn van algemene voorwaarden’ eveneens voor verhoudingen binnen de reikwijdte van die richtlijn te laten gelden.⁶⁴ Wat mij betreft zou bij gebruik van een hyperlink dat vereiste ook moeten gelden voor de vernietigbaarheid van andere bedingen dan forumkeuzebedingen wegens schending van de informatieverplicht. Dat zou enigszins ten koste gaan van de rechtszekerheid – het biedt meer ruimte voor discussie dan een vereiste dat de hyperlink direct naar de algemene voorwaarden moet leiden – en te betogen valt dat juist bij de vraag of algemene voorwaarden wegens schending van de informatieverplicht vernietigbaar zijn, partijen behoefte hebben aan een gemakkelijk toe te passen criterium. Het voorkomt echter dat de gebruiker bij nieuwe contracten steeds de verwijzing naar diens algemene voorwaarden moet aanpassen als die een nieuwe versie daarvan uploadt, aangenomen dat een nieuwe set in de regel een nieuwe URL zal krijgen.⁶⁵ Het biedt de rechter bovendien ruimte voor maatwerk. Dit lijkt ook aan te sluiten bij het criterium van de Hoge Raad in zijn recente arrest over artikel 6:230c BW.⁶⁶

63 Indien de wederpartij een in Nederland woonachtige consument is, is de regeling wél van toepassing (art. 6:247 lid 4 BW). Zie over verhoudingen met consumenten hierna, paragraaf 8.

64 Weliswaar vergt art. 5 lid 1 van de E-commercerichtlijn dat de dienstverlener bepaalde informatie “gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk maakt” (vetgedrukt auteur), maar daar worden algemene voorwaarden niet genoemd. Art. 10 lid 3 van de dezelfde richtlijn, dat wél specifiek op algemene voorwaarden ziet, stelt die eis niet. Dat artikel vereist slechts dat de algemene voorwaarden op een zodanige wijze ter beschikking worden gesteld dat ze kunnen worden opgeslagen en weergegeven (hetgeen het Hof in *Tilman/Unilever* (feitelijk) ook als vereiste voor de toepasselijkheid van een forumkeuzebeding aanmerkt in r.o. 43-45, onder verwijzing naar HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (*El Majdoub*), r.o. 32-36 (zie ook r.o. 53-54 van het onderhavige arrest)).

65 De bestaande URL kan echter ook worden gebruikt voor de nieuwe set, waarmee de oude set zou verdwijnen. Een gebruiker kan er bovendien voor kiezen om door middel van een ‘omleiding’ de oude URL naar de nieuwe URL te laten leiden, waardoor de nieuwe algemene voorwaarden alsnog direct zichtbaar worden (zie www.searchenginejournal.com/technical-seo/redirects). Daarnaast zou, indien de gebruiker uitdrukkelijk een bepaalde versie van de algemene voorwaarden van toepassing verklaart, aanpassing van een (standaard)contract over het algemeen toch al noodzakelijk zal zijn.

66 HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835 (*Slachtafval*).

7. B2C-verhoudingen

Hoewel het in de onderhavige zaak ging om twee commerciële partijen, kan dit arrest ook van belang zijn voor forumkeuzebedingen in contractuele relaties met consumenten. Indien de wederpartij een consument is, is die niet gebonden aan een forumkeuzebeding, tenzij:

- de forumkeuze-overeenkomst is gesloten na het ontstaan van het geschil; of
- de consument de keuze krijgt om de zaak bij een andere rechter aanhangig te maken dan de rechter van zijn eigen woonplaats of de woonplaats van zijn wederpartij; of
- partijen ten tijde van het aangaan van de forumkeuze-overeenkomst hun woonplaats of hun gewone verblijfplaats in dezelfde lidstaat hadden en de gerechten van die lidstaat bevoegd zijn verklaard.⁶⁷

De vraag of een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden van toepassing is, zal zich (in een internationale context) in geval van een consumentenovereenkomst daarom minder snel voordoen.⁶⁸ Mocht dat toch het geval zijn, dan is voorstelbaar dat het criterium van ‘bij betrachting van een normale zorgvuldigheid raadpleegbaar zijn’ met zich brengt dat voor toepasselijkheid van een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden in geval van een consument een hogere drempel geldt dan bij een commerciële wederpartij.

8. Stelplecht en bewijslast

Tot slot roept het arrest praktische vragen op over stelplecht en bewijslast, zoals wie moet stellen dat vóór ondertekening van de overeenkomst en aanvaarding van de voorwaarden:

- de hyperlink werkte;
- de van toepassing verklaarde voorwaarden met daarin het forumkeuzebeding konden worden geraadpleegd bij betrachting van een normale zorgvuldigheid;
- een bepaalde versie van de algemene voorwaarden kon worden geraadpleegd; en
- de mogelijkheid werd geboden om de algemene voorwaarden te downloaden en af te drukken.

De forumkeuzeregelingen van het Lugano II-verdrag en de Brussel I-bis-verordening gaan niet in op de verdeling van de stelplecht (en bewijslast). Hiervoor moet dus worden gekeken naar het nationale procesrecht van de rechter bij wie de procedure aanhangig is gemaakt. Binnen het Nederlandse procesrecht volgt uit artikel 150 Rv dat de partij die

67 Art. 25 lid 4 jo. 19 Brussel I-bis-verordening, Art. 23 lid 5 jo. 17 Lugano II-verdrag komt op hetzelfde neer.

68 Anders dan Spanjaard (‘Forumkeuze en algemene voorwaarden: Luxemburg betreedt de 21e eeuw’, *ORP* 2023/4, p. 18) leid ik uit het arrest niet af dat de reikwijdte beperkt zou zijn tot B2B-verhoudingen. Het Hof overweegt slechts dat de onderhavige zaak “betrekking [heeft] op voortdurende contractuele betrekkingen tussen commerciële ondernemingen, zodat de vereisten op het gebied van consumentenbescherming voor kopers niet in aanmerking kunnen worden genomen” (r.o. 55).

een bepaald rechtsgevolg inroept, in beginsel de stelplicht (en bewijslast) draagt voor de feiten en rechten die voor dat rechtsgevolg vereist zijn.

Dat betekent dat de partij die zich op het forumkeuzebeding in algemene voorwaarden beroept (doorgaans de gebruiker van de algemene voorwaarden), moet stellen dat aan de bovenstaande vereisten is voldaan. De rechter mag zijn oordeel baseren op alle aan hem voorliggende informatie, waaronder de stellingen van de verweerder, maar hoeft geen bewijslevering toe te staan.⁶⁹

Bewijslevering zal in principe wél mogelijk zijn voor zover het gaat om andere bepalingen in algemene voorwaarden.⁷⁰ Als de wederpartij een gemotiveerd beroep doet op vernietiging van de algemene voorwaarden omdat ze niet ter hand zouden zijn gesteld, dan is het aan de gebruiker om te bewijzen dat hij ze wél ter hand heeft gesteld of dat de wederpartij op een andere wijze daarmee bekend is.⁷¹

Zeker indien er pas jaren na sluiting van de overeenkomst een geschil tussen partijen ontstaat, kan het lastig zijn om nog aan te tonen dat – kort gezegd – de algemene voorwaarden vóór ondertekening door de wederpartij (eenvoudig) konden worden geraadpleegd.⁷² Unilever updatet bijvoorbeeld haar algemene voorwaarden van tijd tot tijd en verwijderd de oude set van haar website.⁷³ Ook vermeldt de huidige versie niet dat het gaat om de algemene voorwaarden voor België (het woord 'Belgium' komt niet eens voor).

Mogelijk laat de rechter een dergelijke bewijsnood voor rekening van de gebruiker van de algemene voorwaarden, die er immers voor heeft gekozen om ze ter hand te stellen via een hyperlink. Een alternatief kan zijn om de gebruiker tegemoet te komen door – indien de wederpartij nooit heeft geklaagd dat de algemene voorwaarden niet raadpleegbaar waren – genoeg te nemen met bewijs dat de website van de gebruiker goed wordt onderhouden.⁷⁴ Mocht de wederpartij expliciet akkoord zijn gegaan met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden (bijvoorbeeld door het aanvinken van een vakje), dan kan dat de gebruiker helpen bij

diens bewijs van terhandstelling.⁷⁵ Of de gebruiker de terhandstelling voldoende heeft bewezen, is uiteindelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Ter illustratie: recent achtte de rechtbank Oost-Brabant het feit dat met een hyperlink naar de algemene voorwaarden op de website van de gebruiker werd verwezen en die link (inmiddels) alleen verwees naar een nieuwe versie daarvan, kennelijk voldoende om aan te nemen dat de hyperlink vóór het sluiten van de overeenkomst naar de eerdere versie van de algemene voorwaarden leidde. De wederpartij had onvoldoende (gemotiveerd) "gesteld" dat de hyperlink destijds niet werkte.⁷⁶ In deze zaak kwam de gebruiker er dus goed vanaf, maar om discussie zoveel mogelijk te voorkomen lijkt het voor gebruikers raadzaam om periodiek bewijs te verzamelen dat de gebruikte hyperlinks ook daadwerkelijk naar de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden leiden.

9. Conclusie

Het Europese Hof van Justitie heeft het met het arrest *Tilman/Unilever* een potentiële hobbel weggenomen om op elektronische wijze een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden overeen te komen. Daarvoor is het aanvinken van een apart vakje ter instemming met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden niet vereist. De wederpartij moet de algemene voorwaarden echter wel vóór het sluiten van de overeenkomst bij betrachting van een normale zorgvuldigheid kunnen raadplegen. Naar mijn mening zou dat criterium ook voor andere bedingen in algemene voorwaarden moeten gelden in het kader van de informatieplicht van artikel 6:233 sub b BW. De Hoge Raad lijkt daar recent in de context van artikel 6:230c BW al een voorschot op te hebben genomen.⁷⁷

69 HvJEU 28 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays*), r.o. 64-65.

70 Uiteraard alleen voor zover aan de stelplicht is voldaan.

71 Zie voor de laatste mogelijkheid HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (*De Eendracht/Doens*). Zie verder HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1394 (*Lommerse/Atria*), r.o. 5.2.1; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/96.

72 T.B.M. Kersten, 'Richtlijnconforme uitleg van de informatieverplichting bij dienstverrichting; ijdele hoop voor ongemak?', *ORP* 2012/6, p. 44-45.

73 Zo is de enige versie van de algemene voorwaarden die op 29 juni 2023 voor België beschikbaar was, de versie van december 2022.

74 Vgl. G. van Calster, 'Internet en rechterlijke bevoegdheid onder het Brussels I-regime', *Computerrecht* 2015/42, p. 59: "Zo moet eveneens in een elektronische context m.i. niet worden aangetoond dat de voorwaarden effectief werden geraadpleegd. Wel moet het elektronische huishouden van die site op zulke wijze worden georganiseerd dat de tegenpartij redelijkerwijs kan worden geacht deze voorwaarden te hebben kunnen raadplegen. Dat vraagt enige discipline en onderhoud in e-mail footers (verwijzing naar opeenvolgende nummers van voorwaarden, bijvoorbeeld) en duidelijk en continue onderhouden hyperlinks op de site."

75 Vgl. D.J. Beenders, 'Bewijs(last) terhandstelling algemene voorwaarden', *MvV* 2009, afl. 2, p. 49-50.

76 Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4667, r.o. 4.1.5.3. Zie ook Rb. Rotterdam 21 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2022:7843, r.o. 4.4.3.

77 HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835 (*Slachtafval*).