University of Groningen

De verstrekking van juridische voorwaarden in het voorportaal van de cloud

Neppelenbroek, Evert

Published in:
Contracteren

DOI:
[10.5553/Contr/156608932020022004004](https://doi.org/10.5553/Contr/156608932020022004004)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Neppelenbroek, E. (2020). De verstrekking van juridische voorwaarden in het voorportaal van de cloud. *Contracteren*, 22(4), 132-143. <https://doi.org/10.5553/Contr/156608932020022004004>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

De verstrekking van juridische voorwaarden in het voorportaal van de cloud

Mr. dr. Evert Neppelenbroek*

1. Inleiding

132

Stel: een consument is een enthousiast amateurfotograaf. Hij heeft daarom veel digitale opslagruimte nodig. De consument besluit hiervoor een cloudprovider in de arm te nemen. Wie een beetje zoekt, vindt snel cloudproviders die ‘gratis’ of tegen een kleine betaling hun diensten aanbieden. Bij het aanmaken van het account gaat de consument akkoord met een heel pakket van voorwaarden. Hij klikt eerst de cookies weg en treft vervolgens termen aan als *terms of service*, *privacy policy* en *intellectual property policy*. Als de consument ervan afziet het soms vele tientallen pagina’s tellende leeswerk door te nemen – een niet ondenkbeeldig scenario – dan is het aanmaken van een account en het verplaatsen van de bestanden naar de cloud een fluitje van een cent. Vanaf dat moment vertrouwt de consument erop dat zijn fotobestanden vanaf elk geschikt apparaat (laptop, tablet en telefoon) kunnen worden benaderd.

Het in de cloud zetten van bestanden is eenvoudig en handig, maar ook risicovol. Daniëls en Kits hebben in dit blad enige tijd geleden de juridische risicopunten van cloudcontracten geïnventariseerd. Daarbij is op een aantal punten terecht gewezen op merkwaardigheden en tekortkomingen in de door hen aangetroffen voorwaarden. Zo bedingen cloudproviders voor zichzelf vaak buitengewoon ruimhartige exoneratieclausules, wijzi-

gingsbedingen en IE-licenties.¹ Mijn bijdrage gaat niet op die bedingen in. Een grondige juridische analyse van alle denkbare problemen zou een bijdrage vergen die net zo lang en onleesbaar zou worden als de voorwaarden zelf soms zijn. Ik blijf aan het voorportaal van de cloud staan, waar de voorwaarden worden gecommuniceerd, bijvoorbeeld met de tekst: ‘By submitting this form, you agree to XX’s Terms of Service and Privacy Policy’, waarbij verwezen wordt naar uitgebreide documenten. Een hokje is aan te vinken voor zowel de aanvaarding van de algemene voorwaarden als voor de toestemming van het gebruik van persoonsgegevens. Dit is niet verwonderlijk: bij het verrichten van dit type clouddiensten is de wederkerigheid van de contractuele relatie er vaak in gelegen dat voor de dienst, zoals de uitdrukking luidt, ‘wordt betaald met persoonsgegevens’ in plaats van of naast geld.

De onderzoeksvraag van deze bijdrage luidt in hoeverre de contractsomgeving voldoet aan de juridische normen betreffende de verstrekking van de juridische voorwaarden richting de aspirant-gebruiker. Twee specifieke juridische vragen daaromtrent breng ik voor het voetlicht. De eerste vraag is of de verwijzing naar de algemene voorwaarden voldoet aan de regels in het Burgerlijk Wetboek (BW) over de toepasselijkheid en begrijpelijkheid van de algemene voorwaarden.² De tweede

* Mr. dr. E.D.C. Neppelenbroek is universitair docent IT-recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij dankt masterstudent Maarten Bouwman, die als paralegal voorbereidend werk heeft verricht.

1. K. Daniëls & P. Kits, Contracteren in de cloud – ken uw risico’s, Contracteren 2015, p. 2-16, over de voorbeelden van eenzijdige bedingen resp. par. 7.2, 7.5 en 7.6.
2. In die zin sluit deze bijdrage aan bij die van Willems in dit blad over webwinkels: R.A.F. Willems, Het hanteren van algemene voorwaarden: werk aan de webwinkel, Contracteren 2013, p. 59-66. Andere informatieplichten, zoals die op basis van art. 6:230m en 6:230v BW, art. 3:15d-f BW en art. 6:227b-c BW blijven buiten beschouwing: het gaat in deze bijdrage enkel om de verstrekking van de voorwaarden en niet om de verdere inrichting van de website. Uitzondering is art. 6:227b lid 2 BW, welk artikel de elektronische terbeschikkingstelling

vraag gaat over hoe het contractenrecht zich verhoudt tot de toestemming die wordt verleend voor het gebruik van persoonsgegevens, geregeld in de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) die in 2018 in werking is getreden. Deze vraag is al voorwerp geweest van veel discussie en is actueel, nu recentelijk over de toestemming nieuwe *guidelines* zijn verschenen van de European Data Protection Board (EDPB).³ Hernieuwde aandacht is ook gerechtvaardigd omdat clouddiensten tegenwoordig meer en meer door het grote publiek worden afgenomen. In 2018 was het percentage personen ouder dan 12 jaar dat van clouddiensten gebruikmaakte in Nederland 49%.⁴ De normen die van toepassing zijn voor consumenten worden daardoor ook steeds belangrijker voor de praktijk.⁵ Dit wordt meer en meer zichtbaar, in het bijzonder door de invoering van de Richtlijn Digitale inhoud, die onder meer bij clouddiensten een bijzondere consumentenrechtelijke bescherming met zich gaat brengen.⁶ De implementatie van deze richtlijn heeft recentelijk een aanvang genomen en in juli 2021 moet de richtlijn omgezet zijn in het Burgerlijk Wetboek, naar het zich vooralsnog laat aanzien in een nieuwe titel 7.1AA.⁷ De praktijk zal op 1 januari 2022 klaar moeten zijn om de

cloudcontracten ‘richtlijn-proof’ te hebben.⁸ Deze richtlijn heeft overigens al stevig de aandacht getrokken in de Nederlandse literatuur.⁹

Maar deze richtlijn over de kwaliteit van digitale diensten staat los van de kritische opmerkingen die nu reeds vallen te maken over de wijze waarop de cloudomgevingen juridisch worden gepresenteerd. Een heroverweging van de inhoud van de voorwaarden kan echter zeer wel samengaan met het opnieuw nadenken over de verstrekking ervan, die in de Richtlijn Digitale inhoud helemaal niet wordt geadresseerd. Cloudproviders zullen immers niet willen dat die voorwaarden door een juridisch ondermaatse presentatie helemaal kunnen worden weggestreept.

Voor de analyse zijn de elektronische bestelomgevingen van elf cloudproviders bestudeerd. Hun voorwaarden zijn openbaar toegankelijk via de websites. Schrijver dezes heeft waar dat hem mogelijk was een ‘gratis’ account aangemaakt bij deze dienstverleners om te bezien of en hoe de voorwaarden bij het aangaan van de overeenkomst onder de aandacht worden gebracht. De aanbieders richten zich kennelijk mede op de Nederlandse consumentenmarkt en bieden ook goedkope of zelfs gratis diensten aan.¹⁰

In paragraaf 2 wordt beschreven hoe het ‘ecosysteem’ van de cloud eruitziet. Er wordt stilgestaan bij de virtualisatie van de gebruikersomgeving, de centrale betekenis van het account van de gebruiker en de rol die derden zoals *hosting providers* en *databrokers* spelen bij cloudproviding. Paragrafen 3 en 4 betreffen de communicatie van de vele voorwaarden die te vinden zijn op de websites van de cloudprovider. Het gaat daarbij in paragraaf 3 om de algemene voorwaarden (*terms of service*) en in paragraaf 4 om toestemming voor het gebruik van persoons-

van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, betreft. Zie over deze informatieplichten bijv. M.Y. Schaub, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 820-826; E.D.C. Neppelenbroek, *Elektronisch contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 157-171, 199-215.

3. EDPB 4 mei 2020, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hierna: Guidelines EDPB 2020. In deze bijdrage wordt overigens niet toegekommen aan de bespreking van het internationaal privaatrecht in verband met cloudproviding. In beginsel kan de toegang tot virtuele gebruiksomgevingen overal vandaan plaatsvinden, en in de onderzochte contracten vindt men allerlei rechtskeuzebedingen. Dat van het Nederlandse recht wordt uitgegaan, is gerechtvaardigd door het feit dat de knelpunten bij het sluiten van de contracten en bij het beoordelen van de contracten zelf deels dwingendrechtelijk zijn voorgeschreven in de gehele Europese rechtssfeer. Ook als via art. 6:247 lid 4 BW het Nederlandse recht de specifieke consumentenbescherming bij algemene voorwaarden niet zou verzekeren, volgt wel uit het Rome I Verdrag dat consumenten van de Europese bescherming gebruik kunnen maken. Zie hierover nader bijv. Zilinsky, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 504-505. Vergelijk voor de AVG art. 3 lid 2a over het territoriaal toepassingsgebied. Deze Europese verordening geldt ook als dienstverleners uit derde landen gegevens verwerken of doen verwerken van betrokkenen uit Europese lidstaten. Vergelijk hierbij H.R. Kranenburg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 511-512.
4. CBS, ICT, kennis en economie, 2020, par. 3.4, longreads.cbs.nl, geraadpleegd op 27 oktober 2020. Met personen wordt kennelijk bedoeld op particuliere personen, in tegenstelling tot bedrijven. Hoofdstuk 3 van het rapport betreft immers ‘huishoudens en personen’ en hoofdstuk 4 ‘bedrijven’.
5. Daniëls en Kits (2015, p. 4 onder 4.2) vroegen vijf jaar geleden ook al aandacht voor de zwakke positie van de consument.
6. De Richtlijn Digitale inhoud heeft als volledige titel: Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, Pb EU L 136/1 van 22 mei 2019. Zie ook de rectificatie in Pb EU L 305/60 van 26 november 2019.
7. Aldus art. 24 lid 1 Richtlijn Digitale inhoud. Zie over de implementatie: www.internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud.

8. Art. 24 lid 2 Richtlijn Digitale inhoud.
9. M.Y. Schaub, *Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud*, NTER 2019; I. van Wijk, *De richtlijn digitale inhoud en digitale diensten: zijn de gebreken van de conceptriblijn hersteld?*, IR 2019/5, p. 165-176; J.H.M. Spanjaard, *Herziening consumentenrechten: verkenning van Richtlijn 2019/771*, Contracteren 2019/3, p. 115-120; M.B.M. Loos, *Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande*, TvC 2019, p. 106-116; C. Spierings, *Het nieuwe goud: betalen met data*, MvV 2019/6, p. 207-214; P.J. Wolters, *Valt een ‘gewone’ website onder de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten?*, TvC 2019/6, p. 254-256; Asser/Hijma 7-I 2019/100, met verwijzingen naar eerdere literatuur.
10. Naar mijn oordeel geven deze contractsomgevingen een voldoende gemêleerd beeld van de regeling van deze clouddiensten. De kleine rondgang die aan deze bijdrage ten grondslag ligt, is uit zijn aard niet geschikt om de problematiek te kwantificeren. Ik kan dus geen claims doen over hoezeer bepaalde patronen zijn geworteld in de totale cloudprovidersmarkt. Daarvoor zou empirisch onderzoek moeten worden verricht, ook naar andere typen van online dienstverleners. Bij bijv. de diensten van content sharing providers, waarbij het delen van data met derden centraal staat, is problematiek rond intellectuele eigendom pregnanter aanwezig, omdat het daar niet enkel de bedoeling is dat de data in de cloud worden opgeslagen voor individueel of intern gedeeld gebruik, maar ook openbaar worden gemaakt aan derden. Het ligt voor de hand om hiernaar vervolgonderzoek te doen. Het gaat om de volgende dienstverleners: Pcloud, Duplicati, Box, AWS (Amazon), Prezi, Onedrive, MEGA, TransIP, iCloud (Apple), Google Drive en Dropbox. Voor de goede orde meld ik dat dit onderzoekje in januari 2020 heeft plaatsgevonden.

gegevens. In het slot worden de belangrijkste bevindingen op een rij gezet.

2. De achtergrond van cloudproviding

2.1 Virtualisatie

Om te kunnen begrijpen in welke juridische omgeving cloudproviding zich bevindt en welk bedrijfsmodel daar wordt gehanteerd, moeten we iets dieper ingaan op de technische achtergrond.

Wie bestanden vanaf de eigen ‘standalone’ computer gebruikt, is gebonden aan de plek waar die computer staat (of aan de plek waar de computergebruiker een opslagmedium zoals een harde schijf of een USB-stick mee naar toe neemt). Een gebruiker kan met behulp van het besturingssysteem (bijvoorbeeld Windows) de bestanden in verschillende mappen opbergen en oproepen als hij achter de computer zit. Met de hulp van dat besturingssysteem kunnen we zeggen dat de bestanden die de gebruiker invoert op de computer tezamen niet een chaos van nullen en enen vormen, maar dat de bestanden die foto’s representeren op de computer kunnen worden geïndividualiseerd.

Digitalisering vormt een nuttige variant van de bewaring van foto’s in bijvoorbeeld fysieke hangmappen. Deze methode voldoet echter al geruime tijd niet meer voor veel, ook particuliere, gebruikers. Vandaar dat er een migratie naar de cloud plaatsvindt. De gebruiker is dan niet meer gebonden aan de eigen computer, zoals een pc of laptop.¹¹ De toegang tot de bestanden kan plaatsvinden met elk apparaat waarmee door middel van de browser (zoals Google Chrome) via internet toegang kan worden verschaft tot de diensten van de cloudprovider, bijvoorbeeld via een smartphone of een tablet. Deze eenvoudige toegang is een van de in het oog springende voordelen van clouddiensten.¹²

Het verschaffen van clouddiensten hangt samen met virtualisatie. Net zoals een besturingsprogramma op een standalone computer ervoor zorgt dat alle bestanden keurig kunnen worden geordend, kan met een browser ervoor worden gezorgd dat een gebruiker toegang krijgt tot een virtuele, geïndividualiseerde omgeving waarin hij zijn bestanden kan oproepen. Het apparaat waarmee toegang wordt verschaft, roept deze virtuele gebruiksomgeving als het ware op. Dit inmiddels zeer normale verschijnsel doet zich bijvoorbeeld ook voor wanneer

iemand die wil thuiswerken, inlogt op de virtuele werkplek.

Bij het gebruik op afstand van computerdiensten kan het zo zijn dat de gebruiker inlogt op een specifiek voor de gebruiker gereserveerde computer die ergens op afstand staat (een zogenoemde *dedicated server*). Dit is niet zoals het werkt bij clouddiensten. Met de term cloud wordt aangeduid dat door middel van voornoemde virtualisatie serverruimte voor de gebruiker als een op afstand te besturen virtuele bewaarplaats kan werken. Voor de gebruiker is dus ruimte gereserveerd op een of andere server, zonder dat deze tevoren precies is bepaald. Bij een zogenoemde *private cloud* werkt de infrastructuur op afstand voor een enkele persoon of organisatie. Voor consumenten is dat een veel te dure oplossing. Zij zullen gebruikmaken van een *public cloud*. Dit betekent dat de bestanden zijn vastgelegd op een van de servers op grote datacenters (bijvoorbeeld die van Google in de Eemshaven) op een virtueel afgescheiden plek tussen de data van alle andere cloudgebruikers.¹³

2.2 Toegang via een account

Een gebruiker verschaft zich toegang tot de gegevens door in te loggen op zijn account. Dit account is om vele redenen juridische aandacht waard. Bij digitale diensten is het account bij uitstek de plek waar de communicatie tussen de gebruiker en de dienstverlener plaatsvindt. Dit begint al bij de totstandkoming van de overeenkomst die tot het gebruik van de cloud leidt. Zoals elke overeenkomst komt deze tot stand door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW). Op een website wordt de mogelijkheid geboden om een (al dan niet gratis) account aan te maken. Het aanmaken van het account en het daarbij instemmen met de voorwaarden van de aanbieder vallen aan te merken als de feitelijke handeling waarmee de gebruiker het aanbod van de dienstverlener aanvaardt. Dit is het kritische moment waarop dan ook de voorwaarden van toepassing moeten worden verklaard, of het nu gaat om verstrekking van de algemene voorwaarden of de toestemming voor het gebruik van de persoonsgegevens.

2.3 De rol van derden

Aanbieders van toegang tot een *public cloud* zijn zelf vaak in hoge mate afhankelijk van derde partijen. Behalve de allergrootste spelers als Google en Amazon hebben cloudproviders immers geen enorme datacenters in de achtertuin staan. Daniels en Kits wezen er al op dat deze afhankelijkheid verklaart waarom de voorwaarden van cloudproviders voortdurend aan veranderingen onderhevig zijn.¹⁴ Met de illustratie hierna worden niet meer dan de meest relevante derde partijen weergegeven.

11. Er bestaat ook de (duurdere) dienstvorm dat de bestanden primair in de cloud staan opgeslagen, maar dat de bestanden ook als een soort back-up op de harde schijf van de gebruiker voortdurend worden opgeslagen en bijgehouden.

12. Dit type dienst wordt vaak aangeduid als een dienst voor cloudopslag. Met deze term wordt echter maar een deel van de dienst aangeduid. Data worden niet alleen geparkeerd om te laten bewaren, maar juist ook om zelf op afstand te kunnen gebruiken en eventueel met anderen te kunnen delen. Vandaar dat dit type clouddienst best wordt omschreven als een dienst voor de individuele of gedeelde toegang tot een virtuele gebruiksomgeving.

13. Zie hierover bijv. B.W. Kernighan, *Understanding the digital world*, Princeton University Press 2017. De cloudomgeving kan nog complexer zijn als de gebruiker via verschillende providers een mix van virtuele omgevingen creëert in een zogenoemde multi-cloud. Consumenten zullen niet snel aan een dergelijke toepassing toekomen. Zie daarover P. Gryffroy, *Legal aspects of multi-cloud: more clouds, more problems?*, *Computer and Telecommunications Law Review* 2018, p. 115-133.

14. Daniels & Kits 2015, p. 2. Vergelijk ook de interessante constatering over wijzigingsbedingen (p. 10).

Figuur 1 Cloudprovidering en derden

Behalve de partijen (*hosters*) die uiteindelijk zorgen voor de opslag in het datacenter gaat het om derde partijen (*trusted third parties*) die een rol spelen bij de beveiliging van de servers en de verbindingen. Deze partijen kunnen bijvoorbeeld gecertificeerde diensten verlenen ter beveiliging van de data die tussen alle partijen via internet stroomt. Verder zijn het weer internetproviders die voor toegang tot het netwerk zelf zorgen.

Men moet zich realiseren dat met het aanmaken van het account niet alleen een poort wordt opengezet voor de gebruiker richting cloud. Voor de cloudprovider opent zich tegelijkertijd een poort richting gebruiker. Door middel van zogenoemde cookies kan de cloudprovider zich bijvoorbeeld toegang verschaffen tot data omtrent het gedrag van de gebruiker. Deze data kan betrekking hebben op de soepele werking van de dienst. Een cookie kan er bijvoorbeeld voor zorgen dat bij het gebruik niet telkens opnieuw hoeft te worden ingelogd en dat wordt voorgesorteerd op de gebruiksvoorkeuren van de accounthouder. Het cookie is hier enkel bedoeld om de dienst beter te laten functioneren.¹⁵

De data die afgeleid kan worden uit dit gedrag, zijn echter ook interessant voor een ander type derde partij, de *databroker*. Met behulp van zogenoemde *tracking cookies* kan via de cloudprovider een datastroom richting *databroker* gaan en daarvoor kan een (kleine) geldstroom terugkomen richting cloudprovider. Via de *databroker* wordt de gebruikersdata gevoegd bij allerlei andere bronnen die leiden tot gebruikersprofielen die op hun beurt (groot) geld waard zijn voor adverteerders. Dit is vanuit het contractenrecht een belangrijke constatering, omdat deze duidelijk maakt waar de wederkerigheid bij clouddiensten (en overigens ook vele andere digitale diensten) gelegen is als niet met geld betaald wordt.¹⁶ Vandaar ook dat hiervoor de term 'gratis' tussen aanhaalingstekens is gezet.

In juridische zin gaat de aandacht vooral uit naar de toestemming die ingevolge de AVG is vereist voor het

gebruik van persoonsgegevens. Deze toestemming moet worden verleend voor zowel het gebruik van de *tracking cookies*, die meestal reeds worden geplaatst bij het eerste betreden van de website,¹⁷ als voor het actief verschaffen van met derden te delen informatie, bijvoorbeeld door het invullen van persoonsgegevens in het formulier waarmee het account wordt aangemaakt.¹⁸

Naar mijn inzicht valt er winst te halen door dit openstellen voor data-analyse¹⁹ naast een bron voor relevante gegevensverwerkingen in de zin van de AVG te beschouwen als het kernbeding in de contractuele relatie. Dit betekent dat uit contractenrechtelijk oogpunt ook iets te zeggen valt over de verplichtingen jegens consumenten om begrijpelijke informatie te verschaffen over deze dienst die consumenten verschaffen aan de cloudproviders, waarbij artikel 6:227b lid 2 en artikel 6:238 lid 2 BW in het oog vallen. Hierop ga ik in paragraaf 4 verder in.

3. Analyse van de verstrekking van de algemene voorwaarden

3.1 Methodiek

Vrijwel alle dienstverleners wensen uitgebreide algemene voorwaarden van toepassing te verklaren. Zij han-

15. Voor het gebruik van deze functionele cookies hoeft dan ook geen afzonderlijke toestemming worden gevraagd aan de gebruiker van de dienst (art. 11.7a lid 3 Telecommunicatiewet).

16. Dit verklaart ook waarom in het komende consumentenrecht inzake digitale inhoud en digitale diensten de consumentenbescherming ook geboden wordt bij het 'betalen met persoonsgegevens'. Zie art. 3 lid 1 tweede alinea van de Richtlijn Digitale inhoud en digitale diensten. Zie hierover de uitgebreide analyse van Spierings 2019.

17. Art. 11.7a lid 1 sub b en lid 4 Telecommunicatiewet jo. art. 4(11) AVG.

18. Art. 6 lid 1 sub jo. art. 4(11) AVG. Over het actief en passief verschaffen van persoonsgegevens is in het licht van de Richtlijn Digitale inhoud veel geschreven. Zie naast het aangehaalde werk van Spierings bijv.: Z. Efroni, Gaps and opportunities. The Rudimentary Protection for 'Data-paying Consumers' under new EU Consumer Protection Law, Common Law Market Review 2020, p. 799-830, beide bronnen met vele verwijzingen naar verdere literatuur.

19. Dit is de reden waarom ik 'betalen met persoonsgegevens' geen gelukkige uitdrukking vind. Persoonsgegevens vallen niet goed te vergelijken met geld. Ik zou liever spreken over een wederdienst. Tegenover de dienst van de cloudprovider, 'openstellen van een virtuele gebruiksomgeving', staat dan de dienst van de consument, 'openstellen voor data-analyse'. In de richting hiervan gaan Van Gulijk en Op Heij, die aanbevelen het gebruik van persoonsgegevens op te nemen in de hoofdoor-eenkomst om de wilsbepaling voor de gebruiker te kunnen optimaliseren. Zie S. van Gulijk & D.J.B. Op Heij, Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen, WPNR 2016/7110, p. 455.

teren hiertoe een opvallend gelijkaardige methode. In de eerste plaats is er een verwijzing naar de algemene voorwaarden onder aan de startpagina via een hyperlink achter een tekst als ‘*Terms of Service*’. Bij het aanmaken van het account is er een box die aangevinkt moet worden waarnaast een (meestal Engelse) tekst staat dat wie de box aanvinkt, instemt met de toepasselijkheid van de voorwaarden, met ook een hyperlink naar deze voorwaarden. Wie daarop klikt, komt terecht in een document waarin de voorwaarden staan weergegeven. Wie het account aanmaakt, komt, voor zover ik heb kunnen nagaan, in het algemeen terecht bij een nadere bestelsite waar verschillende opties voor clouddiensten worden gegeven. Dat kan bijvoorbeeld een goedkope of gratis dienst zijn waarbij betrekkelijk weinig data kan worden opgeslagen in de cloud, of een duurdere dienst waarbij terabytes aan data aan de cloud kunnen worden toevertrouwd. De digitale dienst wordt pas feitelijk opgesteld als de gebruiker de gewenste dienstvorm heeft gekozen. Informatie over de verschillende diensten wordt ook standaard gegeven op de homepage van de website.

3.2 Het wettelijke kader

Het antwoord op de vraag of algemene voorwaarden onaantastbaar van toepassing zijn, moet getrapt worden beantwoord. Het begint met de vraag of de voorwaarden onderdeel van de overeenkomst uitmaken. Voor het antwoord op die vraag moet eerst gekeken worden naar het complex van bepalingen 3:33, 3:35, 6:217 en 6:232 BW. De vervolgvraag is of op de voorwaarden een van de twee vernietigingsgronden van artikel 6:233 onder b BW van toepassing is. Hier kan de rechter toetsen op het geldig ter beschikking stellen van de voorwaarden, alsmede op de inhoud van de voorwaarden zelf.²⁰ Dit kader, dat de lezer van dit blad ongetwijfeld bekend voorkomt, wordt voor de problematiek van de cloudproviders in de komende paragrafen doorgelicht. In paragraaf 3.3 staat de wilsvertrouwensleer centraal en gaat het over de vraag of de methode van het aanvinken van de box een doeltreffende verwijzing naar de voorwaarden creëert. Paragraaf 3.4 behandelt de omstandigheid dat vaak de Engelse taal wordt gehanteerd op de website en in de voorwaarden. Hier komt het volledige toetsingskader aan bod: de gebondenheid, de informatieplicht en de inhoud voor zover het in artikel 6:238 lid 2 BW het *Transparenzgebot* betreft. In paragraaf 3.5 worden in het licht van de informatieplicht opmerkingen gemaakt over de downloadbaarheid van de documenten waarnaar wordt gelinkt. Enkele opvallende afwijkingen in het stramen zijn het onderwerp van paragraaf 3.6.

3.3 Het gebruik van browsewraps en clickwraps

Bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer is het blijkens de jurisprudentie noodzakelijk een onderscheid te maken in hyperlinks naar voorwaarden die op website staan waarbij de wederpartij zelf de hyperlink moet

vinden en aanklikken (de zogenoemde *browsewrap*), en hyperlinks waarbij de website alleen verder toegankelijk is als een vinkje is gezet bij de verwijzing naar de voorwaarden (de *clickwrap*).

In het algemeen wordt over de gebondenheid aan algemene voorwaarden niet kinderachtig gedaan. Zeker bij langdurige handelsrelaties worden erg impliciete verwijzingen soms al aanvaardbaar geacht.²¹ Het is immers juist de bedoeling dat de partijverhouding wordt gejuridiseerd. Pas bij de vervolgstappen (toetsing informatieplicht en inhoud) volgt een scherpe, zo nodig ambtshalve te verrichten toetsing.²²

Bij de hantering van een *browsewrap* zijn wederpartijen volledig afhankelijk van de verwijzing naar de voorwaarden onderaan de pagina's van de website. Blijkens de jurisprudentie lopen de dienstverleners dan risico dat de voorwaarden niet van toepassing zijn. De methode levert in sommige gevallen geen geldig aanbod en geldige aanvaarding op, omdat een wederpartij niet hoeft te verwachten gebonden te zijn aan voorwaarden waarnaar onopvallend wordt verwezen op een voor ieder vrij toegankelijke website.²³ Willems heeft in dit blad in het verleden ook al kritisch geschreven over het gebruik van deze methode bij bestelsites van webwinkeliers.²⁴ Voor de praktijk lijkt het een verstandige keuze om de gebondenheid explicieter te laten plaatsvinden dan via een onopvallende *browsewrap*.

Het is duidelijk dat de cloudproviders die in dit onderzoek zijn onderzocht niet het risico willen lopen dat de voorwaarden om deze reden kunnen worden genegeerd. Bij deze gebruikers staan namelijk wel de gebruikelijke verwijzingen onderaan de pagina's van de website, maar bij het aangaan van een abonnement moet daarnaast ook actief een vakje worden ingevuld. Deze *clickwrap* voldoet in elk geval bij de toepassing van de wilsvertrouwensregel. Het verdere gebruik van de dienst is immers pas mogelijk als het vakje is ingevuld; deze dienst is als het ware verpakt door de wikkel die met de klik door-

20. Het belang van het onderscheid naar deze verschillende vragen werd benadrukt in HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610 (Ammerlaan/Enthoven), r.o. 4.2.

21. Zie bijv. HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3013 (Meegaa/Van den Bos), r.o. 3.3.3, waarin de Hoge Raad onder de daar aangenomen omstandigheden oordeelde dat een verwijzing naar exonerationen op afleverbonnen, gezien de wilsvertrouwensleer, genoeg is om deze onderdeel te laten uitmaken van de contractuele handelsrelatie. Het hof had in dit geval onterecht geoordeeld dat de wederpartij de afleverbonnen telkens voor akkoord had moeten tekenen.

22. Zie verder de interessante beschouwing van Jongeneel, in: Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 149-151.

23. Zie bijv. afwijzend Jongeneel 2017, p. 128. Vergelijk Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:61 (PR Aviation/Ryanair), r.o. 79-80 en 96-98. Vergelijk Neppelenbroek 2019, p. 84-86. De uitspraak van het hof Den Haag werd door de Hoge Raad in stand gehouden in een beslissing gebaseerd op art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1445). Deze uitspraak moet worden gezien in het licht van de omstandigheid dat het ging om de toegang tot een website met openbare, niet door het IE-recht beschermde informatie. Dat in die situatie een *browsewrap* niet hoeft te worden verwacht, is begrijpelijk. Vergelijk R.J.J. Westerdijk in zijn noot onder dit arrest in CR 2020/84, p. 171-173. Als men een account moet aanmaken om bij een dienst te komen en daarbij voorwaarden moet aanvaarden, kan de situatie mogelijk anders liggen. Ook dan mag de verwijzing echter niet al te zeer zijn weggemoffeld.

24. Willems 2013, p. 61.

broken moet worden.²⁵ Uit de jurisprudentie valt op te maken dat het invullen van een dergelijk hokje volstaat om de aanvaarding van de algemene voorwaarden vast te stellen.²⁶

3.4 Taal

In een ruime meerderheid van de gevallen zijn de algemene voorwaarden (of *terms of service*) niet in het Nederlands opgesteld (en dat geldt dan ook meestal voor de website van de cloudprovider als zodanig). Er is dan bijvoorbeeld wel een Franstalige en Spaanstalige versie van de site en de voorwaarden, maar voor Nederland is een vertaling kennelijk niet de moeite van het maken waard. Hier toont zich de aard van deze bedrijfstak: cloudproviders opereren (op een uitzondering in de door mij geselecteerde providers na) vanuit een buitenlandse thuisbasis. De voorwaarden lijken vaak min of meer te worden gedictieerd, vaak door een moederbedrijf uit de Verenigde Staten en meestal aangepast in een Europese versie. Men ziet al aan de in deze bijdrage voortdurend gebruikte Engelse termen dat er weinig Nederlands rondom deze dienstverlening gesproken wordt.²⁷

Om te kunnen beoordelen of een verwijzing naar Engelstalige voorwaarden tot juridische consequenties leidt, moeten drie slagen worden gemaakt. In de eerste plaats moet effectief naar de voorwaarden in het aanbod en aanvaardingsproces verwezen zijn. Hier bepalen de wilsvertrouwensleer en artikel 6:232 BW de uitkomst. Er moet ook een redelijke mogelijkheid zijn om van de voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 onder b BW). Vervolgens moeten de voorwaarden zelf begrijpelijk zijn voor de wederpartij (art. 6:238 lid 2 BW).

• Taal en gebondenheid

We zagen dat de consument in het algemeen een hokje moet aanvinken bij een tekst als ‘By submitting this form, you agree to XX’s *Terms of Service* and *Privacy Policy*’. Het aanmaken van het account is een fluitje van een cent en het invullen van dit vakje ook. Ik denk dat het ook de gemiddeld geïnformeerde Nederlandse consument bij een *clickwrap* wel duidelijk moet zijn dat met deze Engelse tekst een verwijzing naar bindende juridische voorwaarden (waaronder algemene voorwaarden) gegeven wordt. Daarvoor hoeft de wederpartij niet eens de Engelse taal helemaal machtig te zijn.²⁸ In het

licht van de wilsvertrouwensleer kan dit voor consumenten mogelijk anders zijn, bijvoorbeeld wanneer op een Nederlandstalige website een Engelstalige verwijzing zou staan naar Engelstalige voorwaarden. De bestudeerde contractsomgevingen van cloudproviders zullen in dit opzicht echter wel volstaan, mede gezien artikel 6:232 BW, waaruit ook gebondenheid voortvloeit als de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kent, maar wel als geheel aanvaardt.

• Taal en redelijke mogelijkheid om kennis te nemen

Het opstellen van de voorwaarden in een vreemde taal kan in uiterste gevallen leiden tot de conclusie dat er geen redelijke mogelijkheid is geweest van de voorwaarden kennis te nemen in de zin van artikel 6:233 onder b BW. Hijma maant tot voorzichtigheid bij de toepassing van deze norm: het moet dan gaan om opzettelijke versluiering van de voorwaarden door het gebruik van de vreemde taal.²⁹ Die conclusie laat zich denkkelijk alleen in bijzondere gevallen trekken. In het algemeen wekken de verwijzingen en de teksten als zodanig niet de indruk dat er iets versluierd moet worden.³⁰

Loos trekt een interessante lijn van de Richtlijn Oneerlijke bedingen naar artikel 6:233 onder b BW.³¹ Men zou namelijk kunnen zeggen dat onder omstandigheden de verwijzing naar algemene voorwaarden zo onduidelijk is geweest dat de schending van artikel 5 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen (waarin staat dat voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn) gekoppeld moet worden aan het vereiste van redelijke mogelijkheid tot kennisname. Het gaat dan niet over de vraag of de inhoud van de voorwaarden al dan niet onduidelijk is (transparantie in materiële zin: artikel 6:238 lid 2 BW, waarover aanstonds), maar over vraag of de consument bij de verstrekking van de voorwaarden daarvan daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen (transparantie in formele zin). Enkele voorbeelden die Loos noemt waarbij dit niet het geval is, zijn de verstrekking van voorwaarden in gotische letters en het beschadigde en daardoor niet te openen elektronische bestand. Ik zou niet willen spreken van schending van de transparantieplicht in formele zin bij de bestudeerde bestelomgevingen van cloudproviders: de documenten waarnaar wordt verwezen bij het aanmaken van het account zijn te openen en leesbaar, hoewel dus vaak in het Engels.

• Taal en begrijpelijkheid

Voldoen de verwijzingen naar de algemene voorwaarden en de inhoud daarvan aan de eis van artikel 6:238 lid 2 BW, namelijk dat deze voor consumenten duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld? Ik beantwoord deze vraag negatief.

Eerst een opmerking voorafgaand aan de bespreking van de standpunten in de literatuur. De regel van artikel

25. Jongeneel 2017, p. 128; R.-J. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 502. De kritiek van Loos, hoewel terecht, ziet op een andersoortige situatie: M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 66a.

26. HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (El Majdoub), r.o. 39-40; Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:61 (PR Aviation/Ryanair), r.o. 81.

27. Zie hiervoor noot 3 over het internationaal privaatrecht, dat ervoor zorgt dat consumenten zich normaliter op de consumentenbescherming in eigen land kunnen beroepen.

28. Enigszins vergelijkbaar is het veelbesproken geval *Petermann/Frans Maas* (HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9767) over de snel aan te nemen stilzwijgende aanvaarding van voorwaarden. Kenmerkend aan deze zaak is echter dat het gaat om internationaal opererende handelsondernemingen. Vergelijk Jongeneel 2017, p. 445-446; J.H.M. Spanjaard, *Algemene voorwaarden en de Babylonische spraakverwarring*, ORP 2019, p. 17-22.

29. J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 33a.

30. In zijn kritische analyse verliest Willems dit enigszins uit het oog; zie Willems 2013 p. 65.

31. Loos in zijn NJ-annotatie (onder 10) bij: HvJ EU 20 september 2018, ECLI:EU:C:2018:750, NJ 2019/408 (OTP Bank en OTP Faktoring).

6:238 lid 2 BW is afkomstig uit artikel 5 van de Richtlijn Oneerlijke bedingen. We zagen al onder het vorige kopje dat deze bepaling een brede uitstraling heeft. We maakten daar immers in navolging van Loos het onderscheid tussen formele en materiële transparantie. Verder kijkend in artikel 6:238 lid 2 BW, kan nog een onderscheid worden gemaakt, namelijk tussen de vraag of de voorwaarden als zodanig voor de consument begrijpelijk zijn of dat, wanneer dat het geval is, twee begrijpelijke uitleggingen denkbaar zijn.

Op het eerste ziet de eerste zin van artikel 6:238 lid 2 BW. Als de voorwaarden voor een gemiddelde consument als zodanig niet transparant zijn, dan is dat een omstandigheid die meeweegt in het oordeel of het beding oneerlijk is en zelfs dragend kan zijn daarvoor.³² Ik ga er hierna van uit dat in het geval dat een rechter zou hebben te oordelen dat het opstellen van voorwaarden in het Engels voor een Nederlandse consument leidt tot een schending van deze materiële transparantieplicht, dit de set van bedingen snel oneerlijk maakt. Dit is niet een automatisch voortvloeisel uit de jurisprudentie: de rechter heeft altijd een stap te maken van de enkele onduidelijkheid van een beding naar de nadere kwalificatie van de oneerlijkheid van het beding. De reden waarom ik die stap hier betrekkelijk eenvoudig neem, is dat als een rechter Engelstalige voorwaarden *als geheel* onbegrijpelijk vindt, de gemiddelde consument met een ‘muur van onbegrijpelijkheid’ wordt geconfronteerd. Naar mijn mening kan deze rechter dan moeilijk een ander oordeel hebben dan dat deze voorwaarden om die reden tegelijkertijd oneerlijk zijn. Ik volg vervolgens Loos in zijn oordeel dat deze schending van de materiële transparantieplicht naar Nederlands recht als uitgangspunt gelijkstaat aan onredelijkheid van de onduidelijke voorwaarden ex artikel 6:233 onder a BW.³³ Dit betekent dus: vernietigbaarheid.

Het tweede deel van artikel 6:238 lid 2 BW ziet op de situatie dat de eerste horde genomen is, maar dat bij de uitlegfase twee mogelijke uitleggingen voorliggen. In dat geval prevaleert die uitlegging die het meest gunstig is voor de consument (de *contra proferentem*-regel). Deze uitlegregel is in deze bijdrage verder niet relevant, omdat ik enkel de vraag naar de begrijpelijkheid van de voorwaarden als geheel behandel en niet die van de inhoud van afzonderlijke bedingen.

32. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019: 1830, r.o. 3.4: ‘Beslissend is of de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument. Het beschermingssysteem van Richtlijn 93/13 brengt mee dat het transparantievereiste ruim moet worden opgevat. (...) Volgens de rechtspraak van het HvJ EU is een gebrek aan transparantie een omstandigheid die moet meewegen bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding. Het enkele gebrek aan transparantie van een beding kan leiden tot het oordeel dat het beding oneerlijk is.’ De bekende objectieve norm voor de gemiddelde consument is oorspronkelijk afkomstig uit HvJ EU 16 juli 1998, 210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (Gut Springenheide). Zie vervolgens meer specifiek over transparantie: HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc); HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750 (OTP Bank en OTP Faktoring).

33. Loos 2018, p. 241-243.

Loos heeft zich in Nederland het meest uitdrukkelijk uitgelaten over de vraag of het gebruik van voorwaarden in het Engels voor transacties met Nederlandse consumenten is toegestaan in het licht van de Richtlijn Oneerlijke bedingen. Loos lijkt een harde lijn te hanteren met betrekking tot contracten waarover in het Nederlands is onderhandeld. Dan zullen Engelstalige voorwaarden voor consumenten volgens hem *al snel* onbegrijpelijk zijn.³⁴ Loos lijkt wel flink wat ruimte te zien voor de mogelijkheid voor Engelstalige bedrijven om hun Engelstalige voorwaarden op de Nederlandse consumentenmarkt te hanteren. Dit geldt in zijn ogen nadrukkelijk voor online overeenkomsten van dienstverleners die zich niet specifiek op een land richten.³⁵ Dit is precies wat in meerderheid bij de geselecteerde cloudproviders aan de hand is: daar worden immers op Engelstalige websites, gericht op de hele wereld in het algemeen en Europa in het bijzonder, Engelstalige voorwaarden gehanteerd. Drie argumenten lijken de doorslag te geven. Geen van deze argumenten vind ik overtuigend. Het vertalen van de voorwaarden zou, aldus Loos, te veel beperkingen opleggen aan het vrij verkeer van (in dit geval) diensten.³⁶ Een dergelijke vertaling levert naar mijn inzicht echter juist geen belemmering op van het vrij verkeer van diensten. Uiteraard is het gehele acquis communautaire erop gericht de Europese markt zo veel mogelijk een te maken door het instellen van onder meer vrij verkeer van diensten. Ik zie een verplichting om binnen die eengemaakte markt voor consumenten in het kader van begrijpelijkheid rekening te houden met taalverschillen echter als een instrument om dat vrije verkeer te optimaliseren. In vele consumentenrechtelijke regelingen wordt immers vooropgesteld dat sprake moet zijn van een hoog niveau van consumentenbescherming om de consument vertrouwen te laten krijgen in die markt (in het voetspoor van art. 114 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Dat is pas wat grensoverschrijdende dienstverlening op een fatsoenlijke, vertrouwenwekkende manier mogelijk maakt. Dan mag de cloudprovider de *terms of service* ook in een op het begrip van de Nederlandse consument afgestemde set voorwaarden, dus in het Nederlands, maken. Als dat een Europeesrechtelijk georiënteerde jurist provinciaals overkomt, dan heeft deze mijn punt begrepen.³⁷ Ten tweede zou volgens Loos het risico voor het aangaan van de overeenkomst wetende dat de contractstaal anderstalig is, dat van de wederpartij moeten zijn.³⁸

34. Loos 2018, p. 246.

35. Loos 2018, p. 247-248. Vergelijkbaar Jongeneel 2017, p. 446.

36. Loos 2018, p. 248.

37. Dit staat er overigens los van dat de gebruiker van algemene voorwaarden in dit soort situaties geen rekening hoeft te houden met regionale talen (bijv. Fries), talen van Nederlandse minderheden (bijv. Arabisch) of analfabetisme. De gemiddelde Nederlandse consument moet zich in het Nederlands kunnen oriënteren op de voorwaarden: dat is de officiële taal van Nederland. Het is minder een privaatrechtelijk dan een publiekrechtelijk probleem hoe mensen met een taalachterstand in het Nederlands ondersteuning zouden moeten krijgen in de huidige gejuridiseerde maatschappij. Het valt buiten het kader van deze bijdrage om verder op deze belangrijke problematiek in te gaan.

38. Dit punt wordt naar voren gebracht door Jongeneel 2017, p. 446. Loos 2018, p. 246 sluit hier op aan. Vergelijk ook Advisory Opinion nr. 13

Hier kan dit handelsrechtelijk rationele argument naar mijn mening niet worden gebruikt. Het is wel logisch dat een bedrijf dat zich op internationaal terrein begeeft en zich niet goed juridisch laat begeleiden, op de blaren moet zitten als er een verwijzing is geweest naar een document in de taal van de gebruiker van algemene voorwaarden.³⁹ Het feit echter dat de consument zich meer en meer in die internationale arena begeeft, is betrekkelijk nieuw. Dat zou de regel van begrijpelijkheid ex artikel 6:238 lid 2 BW echter niet vrijblijvend moeten maken: de gebruiker van algemene voorwaarden moet juist met de consument meedenken en door middel van een (op het begrip van de gemiddelde consument afgestemde) vertaling de voorwaarden begrijpelijk moeten maken.

Het derde argument van Loos is dat de wederpartijen in deze gevallen toch geen kennis nemen van de voorwaarden.⁴⁰ Dit argument is wel valide om met artikel 6:232 BW in de hand te betogen dat de voorwaarden niettemin deel uitmaken van de overeenkomst, maar niet dat deze begrijpelijk zijn voor de consument. Van de normale Europese consument (van het soort: gemiddeld geïnformeerd, omzichtig en oplettend wordt nu juist verwacht dat hij de voorwaarden niet negeert, maar dat hij er wat van kan maken.⁴¹ Niet iedereen van de 49% van de Nederlanders die een account voor een clouddienst heeft aangemaakt, heeft daarvoor een voldoende Engelse taalbeheersing. We maken Nederland wel heel mondain als we verwachten dat de doorsneeconsument het (juridische) Engels wel aankan.⁴²

In mijn ogen hoeft een consument die online op een zeer eenvoudige manier naar een dienst wordt geleid, zoals ook het geval is bij een cloudprovider die een Engelstalige site beheert, de voorwaarden enkel in zijn moerstaal te verwachten. Van een cloudprovider die zich kennelijk mede op de Nederlandse consumentenmarkt beweegt, mag worden verwacht dat liefst de hele site, maar in ieder geval de algemene voorwaarden in duidelijk Nederlands ter beschikking worden gesteld. De cloud-provider zal daartoe een optie open moeten zetten bij

het aanmaken van het account. Een praktische manier om dat vorm te geven zou zijn dat als de gebruiker de Nederlandse nationaliteit invult op het webformulier, hij de mogelijkheid krijgt om naar de Nederlandse algemene voorwaarden te linken. Zo niet, dan zijn de voorwaarden in mijn ogen ex artikel 6:238 lid 2 BW onbegrijpelijk en daardoor al snel als onredelijk bezwarend vernietigbaar.⁴³

3.5 Downloadbaarheid

Het laatste probleem vloeit voort uit de constatering dat bij het aanmaken van het account niet wordt gelinkt naar een eenvoudig downloadbaar document. Ik heb, teneinde deze voorwaarden te kunnen bestuderen, de voorwaarden van alle dienstverleners moeten knippen en plakken in een Word-document.

Bij de vraag of de algemene voorwaarden ook om andere redenen kunnen worden vernietigd op grond van artikel 6:233 onder b BW, is het eerst noodzakelijk om te bezien welk wettelijk regime hier van toepassing is. Cloudproviders verlenen diensten in de zin van de Dienstenrichtlijn⁴⁴ en daarom zijn de regels van artikelen 6:230a e.v. BW van toepassing, waarnaar in artikel 6:234 lid 1 BW verwezen wordt. Dit betekent dat het voor de transparantie van de verwijzing naar de algemene voorwaarden volstaat wanneer de dienstverrichter deze informatie verstrekt op een voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk en op een door de dienstverrichter meegedeeld adres (art. 6:230b lid 6 jo. art. 6:230c lid 3 BW).

Het ontbreken van een downloadbaar document maakt naar mijn inzicht de algemene voorwaarden vernietigbaar ex artikel 6:233 onder b BW. Hoewel artikel 6:230c lid 3 BW de indruk wekt dat voorwaarden bij clouddiensten enkel toegankelijk moeten worden gemaakt, geldt ook hier wel degelijk de eis dat de link op de website moet leiden tot een eenvoudig downloadbaar document. Deze eis wordt algemeen gesteld in de Richtlijn Elektronische handel en geldt voor elke dienstverlener in de informatiemaatschappij in de zin van artikel 3:15d lid 3 BW.⁴⁵ Het feit dat artikel 6:234 lid 1 BW verwijst naar artikelen 6:230a e.v. BW betekent nog niet dat aan de eis van downloadbaarheid, die is geïmplementeerd in artikel 6:234 lid 2 BW, niet meer hoeft te worden voldaan.⁴⁶

van het CISG advisory council van 20 januari 2013 over toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder het Weens Koopverdrag, met name rule 6. In de beschouwingen over het antwoord op de vraag welke taal de wederpartij 'could reasonably be expected to understand' staat het handelsrechtelijke karakter van de internationale contractsomgeving centraal. De wat soepele regels die in deze Opinion naar voren worden gebracht, kunnen naar mijn mening dan ook niet worden toegepast in een situatie met consumenten als wederpartij.

39. HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9767 (Petermann/Frans Maas).

40. Loos 2018, p. 246.

41. Zie overweging 20 bij de considerans bij de Richtlijn Oneerlijke bedingen (93/13/EEG), waarop art. 6:238 lid 2 BW uiteindelijk is gebaseerd en waarop het Hof van Justitie van de EU ook regelmatig heeft voortgebouwd: 'Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen (...).'

42. Ik moet toegeven dat ik geen empirisch materiaal heb dat deze conclusie onderbouwt. Terzijde merk ik op dat, hoewel de AI zich geweldig ontwikkelt, op dit moment ook te weinig te verwachten valt van vertaalprogramma's. Ik denk dat dergelijke teksten enkel op begrijpelijke wijze kunnen worden 'hertaald' door juridische specialisten.

43. Zie over de sanctionering van de normschending van art. 6:238 lid 2 BW uitgebreid: Jongeneel 2017, p. 442-444.

44. Richtlijn 2006/13/EG. Deze dienst valt met name ook niet onder de in art. 2 Dienstenrichtlijn onder c genoemde uitzondering voor elektronische communicatiediensten, omdat de dienst niet hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen als zodanig. Vergelijk HvJ EU 5 juni 2019, C-142/18, ECLI:EU:C:2019:460 (Skype Communications Sàrl/BIPT), r.o. 42.

45. Art. 11 lid 3 Richtlijn Elektronische handel (2001/31 EG).

46. Art. 22 lid 5 Dienstenrichtlijn. Zie hierover in deze zin in dit tijdschrift M.Y. Schaub, Richtlijnconforme interpretatie bij de informatieplicht van algemene voorwaarden voor dienstverleners, Contracteren 2014, p. 6-7. Tjittes 2018, p. 533, Loos 2018, p. 131 en Neppelenbroek 2019, p. 184 sluiten zich bij deze opvatting van Schaub aan.

3.6 Varianten

In een aantal sets algemene voorwaarden zijn doorverwijzingen te vinden naar andere algemene voorwaarden. Bij een cloudprovider die de Nederlandse taal hanteert, staat bijvoorbeeld in de algemene voorwaarden dat de algemene voorwaarden van Microsoft en Google van toepassing zijn. Hieruit blijkt met welke derden deze provider werkt. Voor dergelijke doorverwijzingen geldt dat het weer zeer twijfelachtig is of de voorwaarden van toepassing zijn. Kan de wederpartij van een cloudprovider in de zin van artikel 3:35 BW redelijkerwijze verwachten dat achter de toepasselijke voorwaarden weer andere toepasselijke voorwaarden zitten? Het principe zou toch horen te zijn dat de consument bij het aangaan van de overeenkomst precies te horen krijgt welke voorwaarden van toepassing zijn – of hij deze nu gaat lezen of niet.⁴⁷ De doorverwijzing is in ieder geval onvoldoende om de voorwaarden eenvoudig toegankelijk te maken. Dat maakt de voorwaarden dus in ieder geval ex artikel 6:234/230c jo. artikel 6:233 onder b BW vernietigbaar.⁴⁸ Siemerink heeft op een vergelijkbaar verschijnsel gewezen ten aanzien van internet serviceproviders.⁴⁹ Het is opvallend dat er dus in dit opzicht weinig nieuws onder de zon is.

Meer dan eens was de versie die viel te raadplegen op de website een andere dan die welke getoond werd als het account werd aangemaakt. Eenmaal had dit ermee te maken dat het daadwerkelijk om twee geheel verschillende documenten ging. De ‘Site agreement’ was dan de overeenkomst die men geacht werd gesloten te hebben omdat de site werd bezocht. Bij het aanmaken van het account werden echter (veel uitgebreider en beperkender) voorwaarden van een ‘Customer agreement’ van toepassing verklaard. Was eenmaal het account aangemaakt, dan was er weer alleen toegang tot de ‘Site agreement’. Er lijkt in dit geval veel aandacht te zijn geweest voor de juridische inkapseling van de site en het account, maar weinig voor de communicatie richting de argeloze gebruiker van de dienst (waaronder schrijver dezes). En wat te denken van het meermalen voorkomende euvel dat de algemene voorwaarden onderaan op de homepage een oudere versie behelzen van die welke van toepassing worden verklaard bij het aanmaken van het account? Van een consument hoeft naar mijn mening in deze situaties niet te worden verwacht dat hij begrijpt welke voorwaarden dan van toepassing zijn. Met toepassing van de wilsvertrouwensleer is er dan volgens mij geen helder aanbod geweest, inhoudende de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Deze

opvatting vindt steun in een uitspraak van het hof Amsterdam in een handelszaak.⁵⁰

Een bijzonder geval van een ander type betreft de enige geselecteerde cloudprovider die de diensten aanbiedt met een zogenoemde General Public License, dus met een set van voorwaarden die uitgaat van de vrijheid om gebruik te maken van de virtuele omgeving en het verder ontwikkelen ervan, een zogeheten opensourcelicentie. Bijzonder aan dat geval was weer dat deze voorwaarden uit de jaren negentig van de vorige eeuw afkomstig zijn – een hernieuwde kennismaking met de typerende opmaak van toen met de grijze pop-up met printknop... maar helaas zonder downloadknop. Hier is als elders niet voldaan aan de eis van downloadbaarheid, wat de voorwaarden ex artikel 6:233 onder b BW vernietigbaar maakt.⁵¹

De meest zorgvuldige communicatie bestaat in een enkel geval uit een Nederlandse tekst, waarbij de versie uitdrukkelijk staat vermeld op de site en bij het aanmaken van het account. Hier zijn eerdere versies achterhaalbaar in een toegankelijk archief. De enige reden waarom hier de gehele voorwaarden vernietigbaar zijn naar geldend recht is omdat deze, net als alle andere, niet eenvoudig downloadbaar zijn.

4. Openstellen voor data-analyse

4.1 Achtergrond

• Bedrijfsmodel

Bij de bestudeerde aanbieders van individuele toegang tot een *public cloud* hoort bijna standaard dat in een privacy policy staat dat persoonsgegevens met derden gedeeld kunnen worden. De gehanteerde privacy policies van de elf providers wekken daarmee in ruime meerderheid de indruk dat van dit verdienmodel gebruikgemaakt wordt.⁵² We zagen reeds dat de volgende frase als typerend kan worden aangemerkt voor het vragen van toestemming bij de bestudeerde cloudproviders: ‘By submitting this form, you agree to XX’s *Terms of Service* and *Privacy Policy*’. Voordat het account kan worden aangemaakt, moet een hokje zijn aangekruist waarop deze verklaring betrekking heeft.⁵³ In ieder geval wordt in vrijwel alle gevallen bij het aanmaken van het

47. In dat laatste geval is het mogelijk dat de consument te horen krijgt dat verschillende sets algemene voorwaarden van toepassing zijn, wat weer kan leiden tot problemen inzake alternatieve/cumulatieve verwijzingen. Ook dan kan de vraag ontstaan welke voorwaarden van toepassing zijn, als er al voorwaarden van toepassing zijn. Zie over deze en dergelijke problematiek nader bijv. Jongeneel 2017, p. 135-138.

48. Jongeneel stelt dat zeker voor consumenten in dit geval geen gebondenheid kan worden aangenomen; Jongeneel 2017, p. 139-140.

49. L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 117-118.

50. Gerechtshof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:952 (Stichting de Wandelpool), r.o. 3.3.

51. Zie par. 3.5.

52. Zie over dit bedrijfsmodel verder M. Poulus, *De val van de cookiewall? Over de (on)houdbaarheid van cookiemuren onder de AVG, de e-Privacy-richtlijn en de toekomstige e-Privacy-verordening*, IR 2019, p. 94-95.

53. In dit korte bestek wordt enkel aan de eisen van de AVG aandacht besteed bij het aangaan van de overeenkomst. Bij het betreden van de website van de cloudprovider zal ook aandacht zijn voor het gebruik van cookies (waar ik over schreef in par. 2). Het gebruik van cookies moet onder de aandacht worden gebracht van de gebruiker op grond van art. 11.7a Telecommunicatiewet. Aangezien de Telecommunicatiewet weer verwijst naar de AVG, zullen bij cookies waarvoor toestemming moet worden gevraagd, de normen van art. 4(11) AVG maatgevend zijn.

account óf verwezen naar een privacy policy waarin staat dat gegevens met derden kunnen worden gedeeld, óf naar algemene voorwaarden waarin wordt verwezen naar de eigen privacy policy of die van derden.⁵⁴ Uitzondering is de provider die op basis van een opensourcelicentie werkt.

- *Wettelijk kader AVG*

In de AVG vinden we de relevante bepalingen over de privacy policy in artikel 12–14. De kernfunctie van het document is dat de betrokkene (bijvoorbeeld de consument die in het voorbeeld foto's uploadt in de cloud) in kennis wordt gesteld van de gegevens van de verwerkingsverantwoordelijke en de doelen (art. 6 AVG) waarvoor persoonsgegevens (art. 4 (1) AVG) worden verwerkt. Lang niet voor alle verwerkingen hoeft een betrokkene toestemming te geven. In de contractuele setting geldt bijvoorbeeld dat een verwerking van persoonsgegevens ex artikel 6 lid 1 onder b AVG als rechtmatig doel geldt als deze voor de uitvoering van een elektronisch aangegane overeenkomst voor de aanbieder/verwerker noodzakelijk is, bijvoorbeeld om een zaak naar het juiste adres te kunnen sturen.⁵⁵

Als de verwerkingsverantwoordelijke contractant in artikel 6 lid 1 onder b–f AVG geen dekking vindt voor de verwerking van de persoonsgegevens, dan zal hij op grond van artikel 6 lid 1 onder a AVG toestemming moeten vragen aan de wederpartij, de betrokkene bij de gegevensverwerking. Doet de verwerkingsverantwoordelijke dit niet of niet op de juiste manier, dan is sprake van onrechtmatig gebruik van data. Het vereiste is kennelijk actueel bij de commerciële exploitatie van de persoonsgegevens door de bestudeerde cloudproviders. In de meest algemene zin bepaalt artikel 4 onder 11 AVG dat onder toestemming dient te worden verstaan 'elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt'. Deze vereisten worden nader uitgewerkt in artikel 7 AVG.

Ik pas deze vereisten toe op de in de vorige paragrafen behandelde punten uit het contractenrecht. Achtereenvolgens ga ik dus in op de vraag hoe in dit licht te denken over (1) de presentatie van de voorwaarden via de *browsewrap*–/*clickwrap*–omgeving, (2) de Engelstaligheid van de documenten, en (3) het ontbreken van een eenvoudige downloadmogelijkheid. Ik maak daarbij mede gebruik van de recentelijk verschenen *Guidelines* van de EDPB, waarin een strenge uitleg wordt gehanteerd van deze maatstaven voor toestemming (*consent*).⁵⁶

4.2 Het gebruik van een clickwrap

In paragraaf 3.2 zagen we dat het gebruik van een *clickwrap* in de bestelomgeving van de cloudprovider als zodanig een veilige methode is om algemene voorwaarden van toepassing te krijgen. De vraag is hier of in het licht van de AVG deze methode ook veilig is voor het verkrijgen van toestemming voor de kern van de overeenkomst: het gebruikmaken van de gegevens voor commerciële doeleinden. De logica van een contractenjurist verschilt hier danig van die van een privacyjurist. Het beschreven aanvinken van het hokje bij het aanmaken van het account voldoet in één opzicht aan de vereisten in artikel 4 onder 11 AVG. De toestemming geschiedt namelijk door middel van een actieve handeling die ondubbelzinnig is gericht op het verkrijgen van de toestemming. Als zou worden volstaan met een *browsewrap*, of een reeds ingevuld vakje dat kan worden uitgevinkt,⁵⁷ dan zou in ieder geval geen geldige toestemming zijn verleend. Maar ook bij de gehanteerde *clickwraps* kunnen grote twijfels rijzen.

In de eerste plaats is het de vraag hoe *specifiek* hier om toestemming is gevraagd (art. 4(11) jo. art. 7 lid 2 AVG). Het voorportaal is immers zo ingericht dat de betrokkene in geen enkel opzicht weet welke verwerkingshandelingen zullen worden verricht. Daarvoor moeten de achterliggende paperassen worden bestudeerd.⁵⁸

Verder kan in de logica van de AVG bezwaarlijk worden gezegd dat de toestemming hier *vrijelijk* wordt gegeven (art. 4(11) jo. art. 7 lid 4 AVG). Men mag immers alleen de dienst afnemen als men van tevoren instemt met commerciële verwerkingen van persoonsgegevens. Bovendien is de toestemming voor gegevensverwerking op een hoop gegooid met die voor de *terms of service*.⁵⁹ Voor zover het uit het bedrijfsmodel van de cloudproviders dus inderdaad voortvloeit dat deze standaard is inbegrepen in het dienstenpakket, is er sprake van *take it or leave it*. De consument doet mee met de verwerking van de persoonsgegevens of hij krijgt zijn dienst niet. De EDPB is in de *Guidelines* dan ook helder over *take it or leave it* in de situatie zoals bij cloudproviders is geschetst: dit is in het licht van artikel 7 lid 4 AVG niet toegestaan.⁶⁰

Uit contractenrechtelijk oogpunt is het toepasselijk verklaren van voorwaarden in beginsel een kwestie van contractsvrijheid. Deze werkt voor beide contractspartijen. De aanbieder (hier de cloudprovider) mag tot op zekere hoogte bedenken welke voorwaarden hij zal hanteren, en de gebruiker als wederpartij mag bedenken of deze voorwaarden bevallen of dat ze een andere contractspartij opzoekt. Vanuit die gedachte staat het de consument vrij de voorwaarden van de cloudprovider te kiezen die hem het best bevallen. Dit staat er overigens los van dat de voorwaarde verboden en daarmee nietig (art. 3:40 BW) of als algemene voorwaarde vernietigbaar

54. Terzijde: vanuit het perspectief van de AVG is het niet mogelijk de verantwoordelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens naar derden te schuiven als voor het doorsturen van data van een zogenoemde plug-in van derden gebruik wordt gemaakt. Vergelijk HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:629 (Fashion ID).

55. Vergelijk hierover vanuit consumentenrechtelijk perspectief nader Spierings 2019, p. 211–213.

56. Guidelines EDPB 2020. Ik streef bij de bespreking niet naar volledigheid.

57. Arrest HvJ EU 1 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:801 (Planet 49), mede gebaseerd op overweging 32 bij de considerans voor de AVG.

58. Vergelijk Guidelines EDPB 2020, p. 13–16.

59. Guidelines EDPB 2020, p. 10–12 over *conditionality* en *granularity*.

60. Guidelines EDPB 2020, p. 7–8.

(art. 6:233 BW) kan zijn. De logica dat de huidige praktijk door de beugel zou kunnen, is treffend uitgedrukt door Oenema, Van der Waal en Lashkari. Zij drukken het vermoeden uit dat de opvatting leeft dat het laten aanvinken van de toestemming een ‘license to operate’ geeft.⁶¹ Hierbij speelt ongetwijfeld de Anglo-Amerikaanse cultuur binnen de door mij bestudeerde bedrijven een rol.⁶²

Uit oogpunt van gegevensbescherming betekent een vrije keuze iets anders. Hier staat niet centraal dat de gebruiker als wederpartij een contract aangaat, maar dat de gebruiker als betrokkene een deel van de grondrechtelijk verankerde informationele privacy uit handen geeft.⁶³ Het keurslijf waarin de contractsomgeving hier wordt gehesen, kan privaatrechtelijk worden vertaald via artikel 3:40 BW. Een contractsomgeving die uit het oogpunt van de AVG niet voldoet aan de eisen, schendt regels van openbare orde. De contracten die hieruit voortvloeien, zijn in zoverre nietig.

Dit is een nogal verstrekkende conclusie. De richting voor de toekomst is dat de gebruiker van clouddiensten (en andere vergelijkbare digitale diensten) een vrije en heldere keuze moet krijgen tussen enerzijds abonnementsvormen waarbij voor de dienst betaald wordt met geld en waarbij de gebruiker verschoond blijft van de verwerking van persoonsgegevens voor commerciële doeleinden, en anderzijds abonnementsvormen waarbij die verwerking het geheel of een deel van de wederprestatie vormt. Alleen met open kaarten kunnen providers dit spel spelen.

4.3 Taal

In de vorige paragraaf is uitgebreid stilgestaan bij de vraag of algemene voorwaarden in het Engels aan consumenten mogen worden gecommuniceerd. Ik heb mij daar op een provinciaals standpunt gesteld, namelijk dat bij een markt die zo openstaat voor alle consumenten als die bij cloudproviders, de gemiddelde Nederlandse consument enkel in het Nederlands opgestelde voorwaarden hoeft te begrijpen. Aan de geobjectiveerde, gemiddeld geïnformeerde consument is heden ten dage naar mijn inschatting niet toe te vertrouwen dat hij Engelstalige juridische documenten kan doorgronden, ook als deze helder zijn voor hen die het Engels wel goed beheersen.

Deze redenering geldt nog sterker als het gaat om de toestemming voor het verwerken van gegevens. Aan de

eis ex artikel 4(11) AVG dat de betrokkene geïnformeerd moet zijn, wordt bij verwijzing naar Engelstalige documenten jegens gewone betrokkenen geen recht gedaan. Naar mijn mening geldt dus voor het verkrijgen van een geldige toestemming dat de privacy policies, neen, de privacyverklaringen, en de verwijzing daarnaar voor de Nederlandse markt in het Nederlands worden verstrekt.

4.4 Downloadbaarheid

In de vorige paragraaf is verdedigd dat de algemene voorwaarden toegankelijk moeten worden gemaakt via een eenvoudig downloadbaar document. Deze eis valt niet af te leiden uit de AVG. Toch is het mogelijk een eis van downloadbaarheid af te leiden uit het Burgerlijk Wetboek (en vanuit Europeesrechtelijk perspectief: vanuit de Richtlijn Elektronische handel). Vanuit contractenrechtelijk perspectief is er namelijk alle reden om de realiteit te erkennen dat het contract draait om enerzijds het verkrijgen van toegang tot de cloud als hoofdverbin-tenis van de aanbieder en anderzijds het betalen van geld of betalen met gegevens door de gebruiker van de dienst.⁶⁴ Dan is waar de gebruiker mee instemt een kernbeding van de overeenkomst. En dan komt het zusje van artikel 6:234 lid 2 BW om de hoek kijken: artikel 6:227b lid 2 BW.⁶⁵ Dit artikel eist van de dienstverlener van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 3:15d lid 3 BW dat bij het elektronisch contracteren de kernbedingen worden verschaft in een toegankelijk en eenvoudig downloadbaar document. Zolang dat niet gebeurt, mag de wederpartij de overeenkomst ontbinden (art. 6:227b lid 5 BW). Hier levert het contractenrecht dus een kleine bijdrage aan de bescherming van de wederpartij/betrokkene.

5. Slot

In de internationale omgeving van de cloudproviders moet de consument die heel eenvoudig een account kan opzetten om bijvoorbeeld foto's te plaatsen zien om te gaan met de Engelstalige verwijzingen naar *terms of service* en *privacy policies*. In deze bijdrage is de gangbare praktijk van het verstrekken van deze voorwaarden kritisch bekeken. Daarbij is afgezien van de bestudering van de inhoud van de contracten: het is enkel gegaan over de presentatie van de voorwaarden in het voorportaal van de cloud: de website van de aanbieder waar een account wordt aangemaakt.

Voor de algemene voorwaarden geldt dat een verwijzing het best kan plaatsvinden via een *clickwrap*. In de praktijk gebeurt dat meestal door het aanvinken van een hokje waarbij een verklaring staat dat ingestemd wordt met de algemene voorwaarden, waarnaar is gelinkt. Deze verwijzing en de voorwaarden zelf zijn in de meerderheid van de gevallen Engelstalig. Ik heb verdedigd dat de penetratie van de clouddiensten bij Nederlandse con-

61. B. Oenema, M. van der Waal & B. Lashkari, De privacyverklaring onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming: nog veel werk aan de winkel, *Tijdschrift voor Compliance* 2018, p. 319-320.

62. Wie daarvan uit privaatrechtelijk perspectief doordrongen wil raken, leze J.A.T. Fairfield, *Owned. Property, Privacy, And The New Digital Serfdom*, Cambridge University Press 2017. Inzicht geeft in dit verband in het bijzonder zijn beschrijving van de opkomst van het te gelde maken (*monetizen*) van data (p. 5-7) en de daaruit voortvloeiende contractualisering zoals we deze nu tegenkomen in veel contracten van cloudproviders (p. 42-47). Fairfield verbindt de contractualisering uitdrukkelijk met de proliferatie van het intellectuele eigendomsrecht enerzijds en het wegwijnen van eigendom (property) en privacy anderzijds.

63. Dit verklaart bijv. de titel van het pleidooi van H. Schulte-Nölke, *Personal data is not a counter-performance! Plea for a data driven rethinking of contract and consumer law*, *TvC* 2018, p. 74-76.

64. Vergelijk art. 3 lid 1 tweede alinea Richtlijn Digitale inhoud.

65. Beide afkomstig uit hetzelfde art. 11 lid 3 Richtlijn Elektronische handel.

sumenten zodanig groot is geworden dat deze praktijk leidt tot onbegrijpelijkheid van de algemene voorwaarden voor de gemiddeld geïnformeerde Nederlandse consument (art. 6:238 lid 2 eerste zin BW). Hier stuit de consument op een ‘muur van onbegrijpelijkheid’. Dat maakt de voorwaarden naar mijn oordeel snel oneerlijk en daardoor op grond van artikel 6:233 onder a BW vernietigbaar. Afgezien daarvan kwam ik geen eenvoudig downloadbare voorwaarden tegen. Deze eis, die valt af te leiden uit de Richtlijn Elektronische handel, zorgt ervoor dat de voorwaarden vernietigbaar zijn op grond van artikel 6:233 onder b BW.

Uit contractenrechtelijk oogpunt is het een economische realiteit dat het gebruik van persoonsgegevens meestal geheel of gedeeltelijk de tegenprestatie is voor het verkrijgen van toegang tot de cloud. De communicatie van deze tegenprestatie wordt door het recht inzake gegevensbescherming in een dwingend korset gehesen. De praktijk lijkt zich echter nauwelijks in dit korset van de AVG te laten dwingen. Bij het verlenen van toestemming voor het gebruik van persoonsgegevens door te verwijzen naar de privacy policy, geldt dat de methode van *clickwrap* ertoe leidt dat de betrokkene geen vrije keuze heeft om de dienst af te nemen zonder schending van diens informationele privacy. Verder zijn de verwijzingen te weinig specifiek. De Engelstaligheid van de verwijzing en de documenten zorgen er verder voor dat de consument geen geïnformeerde toestemming kan geven. Voor zover de bepalingen in de privacy policies kunnen worden aangemerkt als kernbedingen bij de overeenkomst, dicteert artikel 6:227b lid 2 BW dat deze als eenvoudig downloadbaar document ter beschikking moeten worden gesteld. Alleen in dat laatste opzicht lijkt het contractenrecht hier iets aan het gegevensbeschermingsrecht te kunnen toevoegen.

De consument komt bij digitale inhoud en digitale diensten meer en meer in het spotlicht. Als de komende tijd extra aandacht wordt besteed aan de betekenis van de Richtlijn Digitale inhoud voor de inhoudelijke redactie van de consumentencontracten, dan zal tevens kritisch gekeken moeten worden naar de communicatie ervan in het voorportaal van de cloud. Verder moet zelfs het bedrijfsmodel van vele providers worden gewijzigd om aan de strenge juridische eisen van de AVG te voldoen: de gebruiker moet een daadwerkelijke keuze hebben om met geld het gebruik van zijn persoonsgegevens ‘af te kopen’.