

Actualia

contractspraktijk

Leerstukken – Elektronisch contracteren, maar toch de pen (moeten) hanteren?

Mw. mr. E.C. Kraan-Beekman*

Inleiding

Begin dit jaar is wetsvoorstel 31 358 bij de Eerste Kamer ingediend.¹ Dit ontwerp bevat een aantal voorstellen om de mogelijkheden om elektronisch te contracteren te verruimen. Zo introduceert het bijvoorbeeld de elektronische onderhandse akte en wordt het mogelijk gemaakt om ook bij een niet-elektronisch tot stand gekomen overeenkomst de algemene voorwaarden elektronisch ter hand te stellen (mits de wederpartij daar uitdrukkelijk mee instemt). Het wetsvoorstel laat echter de kans onbenut om duidelijkheid te verschaffen inzake het schriftelijkheidsvereiste met betrekking tot vele rechtshandelingen anders dan overeenkomsten. Bij de behandeling in de Eerste Kamer heeft de minister begin juni 2009 in dit verband wel een opvallende uitspraak gedaan, waar in deze bijdrage nader op zal worden ingegaan. Tot slot zullen enkele kanttekeningen worden geplaatst bij de opmerking van de minister dat algemene voorwaarden ook per usb-stick, dvd of cd-rom ter beschikking kunnen worden gesteld.

Schriftelijkheidsvereiste

Op grond van artikel 6:227a BW kunnen overeenkomsten waarvoor de wet voorschrijft dat deze schriftelijk moeten worden gesloten, in beginsel ook elektronisch worden aangegaan. Het artikel implementeert artikel 9 van Richt-

lijn 2000/31² (de richtlijn), dat de lidstaten verplicht om het sluiten van contracten langs elektronische weg mogelijk te maken.

Bij de implementatie van de richtlijn is ervoor gekozen om de gelijkstelling van schriftelijk en elektronisch niet uit te breiden tot *alle* rechtshandelingen, zoals de ingebrekestelling en de stuiting. Volgens de minister was dit geen principiële keuze, maar een die was gemaakt om de implementatie van de richtlijn niet (verder) te vertragen. De minister merkte voorts op dat voor andere rechtshandelingen dan (verbintenisscheppende) overeenkomsten vooralsnog aan de hand van de bestaande bepalingen zou moeten worden bezien of en onder welke voorwaarden de desbetreffende rechtshandeling ook rechtsgeldig elektronisch kan worden verricht. Het enkele feit dat in de wet het woord 'schriftelijk' of een daarvan afgeleid woord wordt gebruikt, behoeft daaraan niet steeds in de weg te staan, aldus de minister.³ Met andere woorden: een schriftelijkheidsvereiste kan in theorie ook elektronisch worden vervuld, maar in welke gevallen en op welke manier, dat wordt niet duidelijk gemaakt.

De minister gaf destijds met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste verder aan dat het de bedoeling was om het privaatrecht op termijn zo veel mogelijk geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer. Men zou daartoe overgaan wanneer met de op grond van de richtlijn geïmplementeerde bepalingen, alsmede met ander recentelijk tot stand gekomen wetgeving op datzelfde terrein enige ervaring was opgedaan, zodat die ervaringen bij het ontwikkelen van eventuele verdere wetgeving konden worden meegenomen.

* Mw. mr. E.C. Kraan-Beekman is advocaat bij Baker & McKenzie te Amsterdam.

1. Wetsvoorstel tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkeling op het gebied van elektronisch verkeer, Kamerstukken I 2008/09, 31 358, A.

2. 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.

3. Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 6 (MvA I).

Intussen is gebleken dat in de praktijk nog veel onduidelijkheid bestaat over de vraag of bepaalde rechtshandelingen ook elektronisch kunnen worden verricht. Olthof bijvoorbeeld meent dat een contractspartij per e-mail in gebreke kan worden gesteld⁴ en wordt daarin – overigens zonder enig motivatie – gevolgd door de Rechtbank Amsterdam.⁵ Martius daarentegen meent dat op basis van de huidige wettekst een ingebrekestelling noch stuiting elektronisch kan geschieden.⁶

Het onderhavige wetsvoorstel bood een mooie gelegenheid om meer duidelijkheid te brengen, maar kennelijk is nog niet voldoende ervaring met elektronisch contracteren opgedaan, want dit punt is niet meegenomen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer werd de vraag gesteld waarom het wetsvoorstel niet de mogelijkheid opent om verjaring te stuiten langs elektronische weg.⁷ De minister laat helaas na om enig licht in de duisternis te brengen, wanneer hij antwoordt dat het feit dat de wet voor een rechtshandeling de schriftelijke vorm voorschrijft er niet aan in de weg hoeft te staan dat aan die eis kan worden voldaan langs elektronische weg. Vervolgens merkt hij op dat als voorwaarden waaraan een rechtsgeldige stuiting langs elektronische weg moet voldoen, gedacht kan worden aan ‘vergelijkbare voorwaarden als die zijn opgesomd in artikel 6:227a lid 1, eerste lid, BW’.⁸

Het is de vraag of de praktijk iets met deze opmerkingen opschiet. Het was immers al bekend dat het schriftelijkheidsvereiste onder omstandigheden ook elektronisch kan worden vervuld. De vraag blijft echter *wanneer* dit het geval is. Betekent het antwoord van de minister nu dat een stuiting altijd elektronisch kan plaatsvinden, mits voldaan is aan de voorwaarden van artikel 6:227a BW? En hoe zit het met andere (rechts)handelingen waarvoor de wet een schriftelijkheidsvereiste stelt? De Consumentenautoriteit stelt zich bijvoorbeeld op het standpunt dat de consument altijd schriftelijk (en dus niet elektronisch) op zijn/haar ontbindingsrecht van artikel 7:46d moet worden gewezen.⁹

Ook de verwijzing van de minister naar de voorwaarden van artikel 6:227a BW is onduidelijk. De bepaling is specifiek toegeschreven op het tot stand komen van *overeenkomsten*; wat bijvoorbeeld te doen met het vereiste dat het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld? Dient dan te worden gekeken naar het moment van ontvangst van een elektronisch bericht? En zal steeds aan de (analoog toegepaste) voorwaarden van artikel 6:227a BW voldaan moeten worden of geldt ook hier dat een rechter afhankelijk van de strekking van het vormvoorschrift in een concreet geval tot de conclusie kan komen dat gelijkstel-

ling op zijn plaats is, ook al is niet aan alle vier de voorwaarden van artikel 6:227a BW voldaan?¹⁰

De minister heeft aldus helaas een kans voorbij laten gaan om duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste met betrekking tot rechtshandelingen in het algemeen. Tot er meer duidelijkheid bestaat, meen ik dat partijen er (nog steeds) goed aan doen om daar waar de wet eist dat een rechtshandeling schriftelijk wordt verricht, deze handeling ook daadwerkelijk schriftelijk te verrichten, tenzij in de eventueel onderliggende overeenkomst expliciet is opgenomen dat officiële communicatie ook elektronisch (of: per e-mail) mag plaatsvinden.

Elektronische terbeschikkingstelling

Onder het huidige artikel 6:234 BW kunnen algemene voorwaarden alleen elektronisch ter beschikking worden gesteld indien de overeenkomst zelf ook elektronisch is gesloten. Het wetsvoorstel wenst mogelijk te maken dat elektronische terbeschikkingstelling ook mogelijk is indien een overeenkomst via de ‘gewone’ weg tot stand komt, mits de wederpartij daarvoor haar uitdrukkelijke toestemming heeft verleend.

Bij de behandeling in de Eerste Kamer werd de vraag opgeworpen of deze terbeschikkingstelling ook kan plaatsvinden middels overhandiging van een usb-stick, dvd of cd-rom met daarop de algemene voorwaarden in digitale vorm.¹¹ De minister beantwoordt deze vraag bevestigend.¹² Zo op het oog geen vreemd antwoord. Bij nader inzien roept dit antwoord echter de vraag op hoe (en of) dit in de praktijk zou werken.

Is het voldoende als de gegevensdrager aan de wederpartij wordt overhandigd? Door enkel de overhandiging kan de wederpartij echter niet direct kennis nemen van de voorwaarden. Moet de gebruiker de wederpartij daarom ook daadwerkelijk de gelegenheid bieden om de voorwaarden te raadplegen voordat de overeenkomst wordt gesloten? Meer problemen voorzie ik bij het leveren van bewijs dat de voorwaarden op een gegevensdrager ter beschikking zijn gesteld.¹³ Een gebruiker kan de wederpartij uiteraard een verklaring laten tekenen waarin is opgenomen dat hij een kopie van de voorwaarden heeft ontvangen en gelezen en dat hij met de inhoud akkoord is, maar hoe kan een gebruiker de *inhoud* van de algemene voorwaarden die ter beschikking zijn gesteld bewijzen?

Ook hier geldt mijns inziens dat partijen er verstandig aan doen om – totdat hier meer duidelijkheid over bestaat – terughoudend te zijn met het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden op een usb-stick, cd-rom of dvd. ■

4. Tekst & Commentaar, Burgerlijk Wetboek, Boeken 6, 7 en 8, p. 2359.

5. Rb. Amsterdam 21 november 2007, LJN BC0337.

6. H.P.A.J. Martius, Elektronisch handelsrecht. De juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht (diss. OUNL), Zutphen: Uitgeverij Parijs 2008, par. 3.3.2 en 3.4.

7. Kamerstukken I 2008/09, 31 358, B, p. 5 (Voorlopig Verslag I).

8. Kamerstukken I 2008/09, 31 358, C, p. 6 (Voorlopig Verslag I).

9. <www.consumentenautoriteit.nl/cabedrijven/Specials/Special_Internet_aankoop>.

10. Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. p. 52-53 en Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 5-6 (MvA I).

11. Kamerstukken I 2008/09, 31 358, B, p. 6 (Voorlopig Verslag I).

12. Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 10 (MvA I).

13. Zie over bewijslast met betrekking tot de informatieplicht T.H.M. van Wechem, Twee arresten over bewijslast en algemene voorwaarden, Contracteren 2008/3, p. 68-70.