

Online Overeenkomstenrecht 2007-2008

H.A.J. de Jong en G.C.J. Erents*

Deze kroniek biedt een overzicht van relevante ontwikkelingen op het gebied van online contracteren. Een tweetal wetsvoorstellen, besluiten van de Consumentenautoriteit en rechtspraak worden besproken. Een aantal proefschriften en twee overzichtswerken worden kort aangestipt.

1. Inleiding

Er is veel vertrouwen in online overeenkomsten.¹ Wie een reis boekt, gaat vaak niet meer naar het reisbureau maar naar een reiswebsite. Elektronisch bankieren is de norm. Onze oude spullen doen we van de hand via Marktplaats.nl.

Om het vertrouwen in het elektronische zakendoen te vergroten en de handel tussen de lidstaten te bevorderen, heeft de Europese Commissie al weer enkele jaren geleden een aantal richtlijnen aangenomen zoals de Richtlijn inzake de elektronische handel (2000/31/EG), de Richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (1997/7/EG) en de Richtlijn elektronische handtekeningen (1999/93/EG). Deze richtlijnen zijn intussen alle omgezet in nationale wetgeving en vormen aldus het specifieke juridisch kader voor elektronisch contracteren.

In deze Kroniek gaan wij in op recente wetgeving, besluiten van een toezichthouder en rechtspraak over online zakendoen. Wij constateren dat deze ontwikkelingen in het recht veelal voortborduren of uitleg geven aan de genoemde richtlijnen. Wij beperken ons daarbij tot de ontwikkelingen van de afgelopen anderhalf jaar die, volgens ons, bepalend zijn voor elektronisch contracteren of online overeenkomstenrecht. Deze Kroniek bestrijkt het aangaan en uitvoeren van overeenkomsten, waarbij op enig moment gebruik wordt gemaakt van elektronische gegevens of media.

2. Wetsvoorstel ontwikkelingen elektronisch verkeer (31 358)

In 2005 is door de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de Minister van Justitie is verzocht onderzoek te doen naar de mogelijkheid om verzekeringspolissen elektronisch af te geven.² Op 25 januari 2008 heeft dit geresulteerd in een wetsvoorstel.³ Dit wetsvoorstel kent een bredere thematiek dan waar in de motie om was verzocht en bevat onder andere voorstellen voor het toestaan van elektronische onderhandse akte (dus niet uitsluitend verzekeringspolissen) én elektronische algemene voorwaarden.⁴

2.1. Elektronische akte

De wet kent op dit moment in verschillende bepalingen het vereiste van een onderhandse akte of het voorschrift dat de

onderhandse akte als bewijsmiddel geldt.⁵ In de praktijk wordt de onderhandse akte echter in veel meer situaties gebruikt zonder dat de wet daartoe verplicht. Omwille van de bewijskracht is het immers raadzaam een overeenkomst op papier te zetten en deze te ondertekenen.⁶ Het voorgestelde art. 156a Rv bepaalt onder welke voorwaarden een akte anders dan bij geschrift kan worden opgemaakt.⁷ Allereerst wordt hiervoor vereist dat het voor degene tegen wie de akte bewijs oplevert mogelijk moet zijn de akte op te slaan op een wijze die deze inhoudelijk toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik en die ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt. Zou de wetgever met de gekozen bewoording – ongewijzigde reproductie – een zwaardere eis willen stellen dan bij het elektronisch beschikbaar stellen van algemene voorwaarden waar deze eis niet wordt gesteld?⁸ Zo ja, wat betekent dit dan voor de praktijk?

Daarnaast is, voor zover er een wettelijke plicht bestaat tot het verschaffen van een akte (zoals bijvoorbeeld bij een verzekeringspolis), voorgesteld dat dit ook elektronisch kan geschieden, mits met uitdrukkelijke instemming van degene aan wie de akte moet worden verstrekt. Van belang voor de praktijk is dat in de toelichting bij het wetsvoorstel is be-

* Huub de Jong (huub.de.jong@twobirds.com) en Chris Erents (chris.erents@twobirds.com) zijn advocaat bij Bird&Bird te Den Haag.

1. In deze Kroniek worden het sluiten van online overeenkomsten, elektronisch contracteren en elektronisch zakendoen naast elkaar gebruikt.
2. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 137, nr. 17.
3. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 358, nr. 1-6.
4. Zie voor opmerkingen op dit wetsvoorstel en in het bijzonder de koop van onroerende zaken; Van Velten, 'Enkele eerste opmerkingen over het wetsvoorstel verruiming elektronisch rechtsverkeer en de invloed daarvan op de koop en aanneming van onroerende zaken', in: *WPNR* 24 mei 2008/6756, p. 405 e.v.
5. Bijvoorbeeld de art. 3:94, 3:95, 3:237, 3:239, 4:95, 7:2 en 7A:1576i BW, 22 WvK, 7:932 BW en 9 Zorgverzekeringswet.
6. Art. 156 Rv bepaalt dat een akte een ondertekend geschrift is dat is bestemd om tot bewijs te dienen.
7. De wet kent reeds de elektronische handtekening in art. 3:15a BW; geïntroduceerd met de Wet elektronische handtekeningen, *Stb.* 2003, 199.
8. Art. 6:234 lid 1 sub c BW; geïntroduceerd met de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, *Stb.* 2004, 210.

paald dat in deze toestemming niet kan worden voorzien door opname van een dergelijke bepaling in de algemene voorwaarden.⁹ Eenmaal gegeven toestemming blijft bestaan – dus ook voor verstrekken van een gewijzigde versie van de akte – zolang deze toestemming althans niet is herroepen. Voor zover er een wettelijke plicht bestaat tot het verschaffen van een akte dient de ontvangst van deze akte bovendien te zijn bevestigd door de geadresseerde. Een automatische ontvangstbevestiging kan hier volstaan en niet wordt vereist dat het bericht met de akte ook daadwerkelijk door de geadresseerde wordt geopend.

2.2. Elektronische algemene voorwaarden

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar, indien de gebruiker aan de wederpartij niet de redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen.¹⁰ Voor zover een overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand komt is het daarbij naar huidig recht in beginsel niet mogelijk de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter hand te stellen.¹¹ Het wetsvoorstel beoogt dit te veranderen en voorziet in de mogelijkheid ook bij niet elektronisch contracteren toch de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst elektronisch ter beschikking te stellen. De achterliggende gedachte is dat het ook voor de wederpartij wenselijk kan zijn – bijvoorbeeld aanzienlijk omvangrijke – algemene voorwaarden langs elektronisch weg te verkrijgen. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel stelt daarbij dat de tekst van de algemene voorwaarden bijvoorbeeld integraal in een e-mail kan worden opgenomen of rechtstreeks toegankelijk kan worden gemaakt via een hyperlink in een e-mail. Het enkel vermelden van een adres van een website wordt onvoldoende geacht.¹² Evenals bij de elektronische akte dient ook hier de wederpartij in te stemmen met het elektronisch beschikbaar stellen van in dit geval de algemene voorwaarden. Met deze eis dat de toestemming nadrukkelijk onder de aandacht van de wederpartij moet worden gebracht, stelt de wetgever zich wel erg voorzichtig op. Voor een overeenkomst die ook zelf langs elektronische weg tot stand komen is de nadrukkelijke toestemming geen vereiste, hetgeen op basis van dit wetsvoorstel ongewijzigd blijft.

2.3. Elektronisch gegeven toestemming

Naast de twee voorgaande centrale thema's worden ook enkele andere wijzigingen voorgesteld, zoals ten aanzien van het elektronisch verlenen van toestemming door een echtgenoot voor het sluiten van bepaalde overeenkomsten door de andere echtgenoot (art. 1:88 BW). Een artikel dat landelijke bekendheid heeft verworven door de aandelenlease-affaire (met name de zogenaamde winstverdriedubbelaar van Dexia).

Een ander onderwerp dat aan de orde komt zijn de bestaande uitzonderingen voor het elektronisch sluiten van overeenkomsten (art. 6:227a en b BW). Met name het voorstel om de bepaling uit art. 6:227a lid 2 sub a te schrappen¹³, zorgt voor meer duidelijkheid. Breedveld-de Voogd heeft eerder¹⁴ al gewezen op de ongelukkige redactie van het bewuste wetsartikel. Anders dan de tekst doet vermoeden, was het wel degelijk de bedoeling van de wetgever

om, onder voorwaarden, toe te staan dat overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten, op elektronische wijze tot stand gekomen, aan het wettelijke schriftelijkheidsvereiste van bijvoorbeeld 7:2 lid 1 BW kunnen voldoen. Toepasselijkheid van lid 1 op elektronisch tot standgekomen overeenkomsten heeft altijd voorop gestaan aldus de Minister van Justitie.¹⁵

Het voorstel van wet verkeert nog in een vroeg stadium. Interessant is bijvoorbeeld welke antwoorden de Minister van Justitie zal geven op de verscheidene vragen die de leden van de vaste commissie voor Justitie hebben gesteld en welke invloed dit zal hebben op de uiteindelijke tekst van de wet.¹⁶ Onder meer is aan de orde gesteld of het vanwege de rechtszekerheid niet beter zou zijn om meer duidelijkheid te geven over het type elektronische handtekening dat wordt vereist voor een elektronische akte. De wetgever volstaat namelijk voorsnog met de – voor de praktijk weinig houvast biedende – opmerking dat dit afhankelijk is van het doel waarvoor de elektronische gegevens worden gebruikt en de welbekende 'overige omstandigheden van het geval'. Ook zijn er zinvolle vragen gesteld over de wenselijkheid de uitzonderingen verder in te perken waar – ook na dit wetsvoorstel – nog niet kan worden volstaan met het elektronisch sluiten van een overeenkomst. In een volgende aflevering van deze Kroniek kunnen wij u hierover wellicht meer berichten.

3. Wetsvoorstel Uitbreiding spamverbod (30 661)

Sinds 1998 verbiedt de Telecommunicatiewet het verzenden van ongewenste commerciële communicatie ('spam') via fax of automatische oproepsystemen. In 2004 is dit verbod uitgebreid naar verzending van ongevraagde e-mail. Het huidige spamverbod is echter beperkt tot het verzenden aan natuurlijke personen. De Tweede Kamer heeft een wetsvoorstel goedgekeurd dat het bestaande spamverbod uitbreidt naar rechtspersonen.¹⁷ Het wetsvoorstel is op dit moment in behandeling bij de Eerste Kamer en zal na goedkeuring op een later bekend te maken tijdstip in werking treden. Voornaamste reden voor uitbreiding van het spamverbod is de hinder die bedrijven ondervinden door het ontvangen van spam en de hiermee gepaard gaande kosten. Door de nieuwe bepalingen zal een partij die commerciële (ideële en charitatieve) e-mail wil versturen dus altijd eerst

9. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 358, nr. 3, p. 5.

10. Art. 6:233 BW.

11. Anders Sector kanton Rechtbank Haarlem, 29 augustus 2007, *LJN* BB2576; zie elders in deze Kroniek.

12. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 358, nr. 3, p. 9.

13. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 358, nr. 3, p. 8.

14. Breedveld-de Voogd, 'De koop van een woning via e-mail', in: *MvV* februari 2005-2, p. 30 e.v.

15. *Kamerstukken II 2001-2002*, 28197, nr. 3, p. 57 e.v.

16. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 358, nr. 6.

17. *Kamerstukken II 2007/08*, 30 661.

toestemming moeten vragen aan de beoogde ontvanger, ongeacht of de ontvanger een particulier is of een bedrijf. De vraag hoe een privé e-mailadres van een zakelijk e-mailadres kan worden onderscheiden – op dit moment voor de verzender van ongevraagde e-mail een belangrijke vraag – is daarmee niet meer relevant.¹⁸ Een uitzondering wordt overigens gemaakt indien de verzender van de e-mail er van uit mocht gaan dat de ontvangende rechtspersoon toestemming heeft gegeven, bijvoorbeeld door aan te geven marketingboodschappen te willen ontvangen en daartoe een e-mail adres bekend te hebben gemaakt, of indien de abonnee gevestigd is buiten de Europese Economische Ruimte en voldaan is aan de lokaal geldende voorschriften.

4. Rechtspraak

De oogst van ruim een jaar rechtspraak is één conclusie van de advocaat-generaal bij het Europese Hof van Justitie en een aantal uitspraken van Nederlandse feitenrechters die aansluiten bij het onderwerp van deze Kroniek. Opvallend zijn verder een tweetal besluiten van de sinds 1 januari 2007 actieve Consumentenautoriteit, waarbij twee bedrijven behoorlijke boetes hebben gekregen voor het schenden van diverse informatieplichten.

4.1. Vermelding telefoonnummer op website

Het Bundesgerichtshof heeft het Europese Hof van Justitie de vraag gesteld of een aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij een telefoonnummer op zijn website moet vermelden of dat deze kan volstaan met een e-mailadres.¹⁹

Aanleiding was een geschil over de communicatiemiddelen die een bedrijf dat uitsluitend via Internet actief is beschikbaar zou moeten stellen. Het betreft hier de uitleg van art. 5 eerste lid van de Richtlijn elektronische handel. In de bewuste procedure in Duitsland stelt de federatie van consumentenorganisaties zich op het standpunt dat een aanbieder op zijn website naast een e-mailadres ook een telefoonnummer zou moeten vermelden.

Art. 5 van de Nederlandse tekst van deze Richtlijn luidt voor zover hier relevant: *'In aanvulling op de overige informatievoorschriften van het Gemeenschapsrecht zorgen de lidstaten ervoor dat de dienstverlener ten minste de volgende informatie gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk maakt voor de afnemers van de dienst en voor de bevoegde autoriteiten:(...) nadere gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de dienstverlener mogelijk maken, met inbegrip van diens elektronische postadres:(...)'*. Deze tekst is nagenoeg letterlijk overgenomen in de Nederlandse (en Duitse) wetgeving.²⁰

Hoewel alleen expliciet het e-mailadres als communicatiemiddel wordt genoemd, kan door de formulering van deze bepaling ('met inbegrip van') de vraag worden gesteld of het toereikend is om alleen een e-mailadres op te geven en of via e-mail wel een 'rechtstreekse en effectieve communicatie' mogelijk is.

De advocaat-generaal concludeert dat de Richtlijn elektronische handel een aanbieder niet verplicht om een telefoonnummer op te geven voor informatieverstrekking aan de consument. Evenmin is naar zijn mening een aanbieder ver-

plicht om naast een e-mailadres een tweede communicatiemiddel open te stellen, wanneer via het e-mailadres snel en rechtstreeks een effectieve communicatie tot stand komt. De argumentatie van de advocaat-generaal laat zich als volgt samenvatten. Telefoon is niet de enige manier om 'rechtstreeks en effectief' te communiceren. Zeker niet als een aanbieder, zoals in deze zaak het geval is, binnen 30 tot 60 minuten reageert op een e-mail van consumenten. Daarnaast hecht de advocaat-generaal er waarde aan dat bij commerciële relaties via het Internet, e-mail gezien moet worden als het meest geschikte communicatiemiddel. Wie gebruik maakt van diensten van een bedrijf dat uitsluitend via Internet opereert kiest hier zelf voor én beschikt in de regel over een e-mailadres. Ook is de advocaat-generaal van mening dat wanneer rechtstreeks en effectief via de telefoon moet worden gecommuniceerd dit waarschijnlijk alleen goed mogelijk is, indien bedrijven een callcenter inzetten. Dit zou met name voor kleine bedrijven een (te) grote kostenpost opleveren, waardoor zij op achterstand worden gezet in de markt van elektronische handel. Dat is contrair aan de doelstelling van de Richtlijn elektronische handel. Deze beoogt namelijk via elektronische handel de mogelijkheden van de interne markt te benutten. Ook wordt als argument aangevoerd dat indien een bedrijf uitsluitend via e-mail correspondeert en een consument daar geen genoegen mee wenst te nemen, de mogelijkheid bestaat een andere aanbieder te zoeken die wel op de door de bewuste consument gewenste wijze communiceert.

Een helder betoog dat ons inziens recht doet aan de wensen van de praktijk. Wij vragen ons echter wel af of de in dit voorbeeld gehanteerde reactietijd van 30 tot 60 minuten, overeenkomt met de realiteit bij veel bedrijven. Persoonlijk hebben wij overigens niet de indruk dat multinationals en de overheid het daarbij beter doen dan kleine zelfstandigen. Het is onze inschatting dat vele bedrijven op dit moment niet reageren binnen een dergelijk korte termijn. Mogen deze bedrijven dan ook volstaan met uitsluitend een e-mailadres en waar ligt hierbij de grens?

4.2. Onjuiste prijsopgave op website

Geldig aanbod in geval van onjuiste prijsopgave op website? (LJN BC2420, 22-01-2008)

Het Hof Den Bosch kreeg in hoger beroep de vraag voorgelegd of de aanbieder van een website gehouden is aan een vermeende overeenkomst, waarbij producten ver onder de marktprijs werden aangeboden. Het betrof hier lcd televisies die eerst werden aangeboden voor een prijs van EUR 99,90 en nadat(!) deze fout was ontdekt voor een prijs van EUR 99,00. De aanbieder van de betreffende televisies heeft maar liefst 14.000 bestellingen ontvangen, voordat het aanbod na zes dagen van de website werd verwijderd.

18. Wolters Ruckert, 'Het 'spamverbod': de ins&outs', in: *P&I*, afl. 2 – april 2008, p. 79.

19. HvJ EG 15 mei 2007, Zaak C-298/07.

20. Voor Nederland in art. 3:15d 1 sub b BW.

De rechter oordeelt dat consumenten zich in een dergelijke situatie niet kunnen beroepen op een geldig aanbod door de aanbieder van de website. Zij overweegt hiertoe dat de verklaring (lees: het vermeende aanbod) duidelijk niet in overeenstemming is met haar wil. Hierbij speelt een belangrijke rol dat de werkelijke winkelwaarde van dergelijke televisies op vele honderden euro's ligt. Op die reden is er evenmin gerechtvaardigd vertrouwen gewekt bij consumenten. Deze hadden uit zichzelf moeten twijfelen aan de juistheid van de prijs en eventueel nader onderzoek moeten verrichten (art. 3:11 BW).

Vergelijkbare situaties hebben zich in de off line wereld ook voorgedaan. Bijzonder aan deze casus – en kenmerkend voor de online wereld – is echter dat degenen die via de betreffende webshop een lcd televisie hebben besteld twee keer een automatische gegenereerde ontvangstbevestiging ontvingen. Een eerste bevestiging verscheen op het scherm na het voltooiën van de bestelling. De tekst hiervan luidde 'Bevestiging Hartelijk dank voor uw bestelling. (...)'. Vervolgens kwam er korte tijd later per e-mail nogmaals een tweede bevestiging met vermelding van de gegevens van de bestelling, inclusief de niet correcte prijs. De eisers, verenigd in de Stichting Postwanorder, stellen zich op het standpunt dat de webwinkel geen beroep toekomt op het ontbreken van een op rechtsgevolg gerichte wil (art. 3:33 BW) omdat deze door het sturen van de twee bevestigingen de juistheid van haar eerdere verklaring heeft bevestigd. Heelaas voor iedereen die dacht goedkoop aan een lcd televisie te kunnen komen, stelt de rechter dat de bevestigingen geen ander doel dienden dan de ontvangst van de order te bevestigen. Het ging dus niet om een *opdracht*bevestiging maar om een *ontvangst*bevestiging.

De uitspraak is van belang voor de uitleg van art. 6:227c BW, waarin art. 11 van de Richtlijn elektronische handel is omgezet. De relevante tekst van de Richtlijn op dit punt luidt: '*De lidstaten zorgen ervoor dat, behalve andersluidend beding tussen partijen die niet als consument handelen, de volgende beginselen in acht worden genomen wanneer een afnemer van een dienst met behulp van technologische middelen zijn order plaatst: (...) de dienstverlener bevestigt zo spoedig mogelijk langs elektronische weg de ontvangst van de order van de afnemer; (...)*'.

Hoewel de tekst hier misschien nog enige ruimte voor discussie laat, is de Minister van Justitie in de Memorie van Toelichting bij de omzetting van art. 11 van de Richtlijn elektronische handel in art. 6:227c BW hierover erg duidelijk. De Minister van Justitie geeft aan dat aangezien art. 11 van de richtlijn bewust niet treedt in de vraag wanneer een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, dit dient te worden bepaald aan de hand van de algemene regels inzake totstandkoming van overeenkomsten zoals die in het toepasselijk recht gelden.²¹

Wij concluderen dat bedrijven er verstandig aan doen de tekst van hun automatisch gegenereerde berichten zorgvuldig te redigeren, zodat er geen onbedoelde onduidelijkheid kan bestaan over de beoogde functie van de bevestiging. Daarnaast vragen wij ons met andere auteurs²² af of Otto voldoende invulling heeft gegeven aan haar zorgplicht om nog een beroep te mogen doen op oneigenlijke dwaling. Otto gaf immers twee (ontvangst)bevestigingen, heeft na

twee dagen het aanbod fout gecorrigeerd om vervolgens pas na zes dagen definitief het aanbod te verwijderen.

4.3. Toegankelijkheid elektronische algemene voorwaarden

Zijn elektronische algemene voorwaarden onder een link met de titel 'algemene info' via een website voldoende kenbaar? (LJN BB2428, 2 mei 2007, vervolg op LJN BB4862) Eiser is in dit geschil ontevreden met de uitvoering van een reisovereenkomst en vordert om die reden teruggave van de reissom. De reis is geboekt via een website. Op deze website zijn ook de algemene voorwaarden van de aanbieder vermeld onder een link met de titel 'algemene info'. Omdat de daar te vinden algemene voorwaarden bepalen dat partijen binnen een jaar geschillen moeten beslechten via bindend advies en de eiser zich na meer dan een jaar tot de rechter heeft gewend, komt in de procedure de vraag aan de orde of de algemene voorwaarden partijen binden.

Om te bepalen of de gebruiker van de algemene voorwaarden aan zijn informatieplicht heeft voldaan, loopt de kantonrechter de drie mogelijkheden van art. 6:234 lid 1 BW na. Op de eerste plaats zijn de algemene voorwaarden niet voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst ter hand gesteld en op de tweede plaats is door de gebruiker van de voorwaarden evenmin aangegeven dat en waar de algemene voorwaarden ter inzage zijn gelegd. Ook de derde kans – voor elektronisch contracteren specifiek in het leven geroepen – redt de aanbieder van de website niet. De algemene voorwaarden zijn onder de naam 'algemene informatie' beschikbaar gesteld. De kantonrechter oordeelt dat hiermee van de voorwaarden niet via een duidelijk herkenbare link op eenvoudige wijze kennis kan worden genomen. Het beroep op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden slaagt dan ook.

Niet geheel zuiver is ons inziens dat de kantonrechter in zijn overwegingen art. 6:234 lid 1 c BW lijkt te koppelen aan de vraag of de wederpartij al bekend was of geacht kon worden te zijn met de algemene voorwaarden.²³ Voor het elektronisch ter beschikking stellen van algemene voorwaarden is art. 6:234 lid 1 sub c ingevoerd in het BW. Daarbij speelt de vraag of wederpartij bekend was of geacht kon worden te zijn met de algemene voorwaarden geen rol.

4.4. Terhandstelling via link

Is een verwijzing naar een website als vindplaats voor algemene voorwaarden gelijk te stellen aan terhandstelling? (LJN BB2576, 28-8-2007)

Een merkwaardig lijkende uitspraak kwam van de Rechtbank Haarlem, sector kanton. Een bedrijf brengt (off line) een offerte uit voor het verrichten van werkzaamheden. In deze schriftelijke offerte werd verwezen naar de website als

21. Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 3, p. 57 e.v.

22. Zie M. Weij op: <http://www.solv.nl/index.php?blz=3&cnid=3764> en A. Lodder op: <http://jarel.nl/2008/01/23>.

23. LJN BB2428, r.o. 9.

vindplaats van de op de overeenkomst van toepassing zijnde algemene voorwaarden.

Op basis van het argument dat het gebruik van Internet ondertussen voldoende ingeburgerd is, stelt de kantonrechter dat het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden gelijkwaardig geacht kan worden aan feitelijke terhandstelling. Daarbij wordt ook overwogen dat de wederpartij in dit geval niet heeft gesteld en bewezen dat hij onmogelijk kennis heeft kunnen nemen van de algemene voorwaarden via het Internet.

De kantonrechter doet een uitspraak die zich niet lijkt te laten verenigen met het op dit moment geldend recht, zelfs niet als hierbij het eerder in deze Kroniek besproken wetsvoorstel wordt betrokken. Art. 6:234 lid 1 sub c opent de mogelijkheid om algemene voorwaarden langs elektronische weg ter hand te stellen. Dit geldt (op dit moment) echter alleen voor overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand komen. Het nog niet ingevoerde wetsvoorstel staat weliswaar toe dat voorwaarden ook in bepaalde off line situaties op elektronische wijze beschikbaar worden gesteld, daar wordt echter expliciet de voorwaarde aan verbonden dat de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden met de elektronische wijze van terhandstelling heeft ingestemd. Van toestemming lijkt in deze casus geen sprake.²⁴ De uitspraak van de kantonrechter doet mogelijk wel recht aan in de praktijk levende behoeften, hetgeen wederom de vraag oproept of de wetgever met het eerder besproken wetsvoorstel niet een te voorzichtige benadering heeft gekozen door in deze situatie altijd toestemming te eisen van de wederpartij.

4.5. Ontbinding per e-mail

Is een ontbinding van een overeenkomst per e-mail rechtsgeldig? (LJN BC0337, 21-11-2007)

Een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam waarin is geoordeeld dat ingebrekestelling per e-mail is toegestaan heeft tot de nodige discussie geleid op Internet. De wet bepaalt dat ingebrekestelling dient te geschieden 'bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld'.

De wetgever heeft in art. 6:227a BW voorwaarden gesteld waaronder een langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst aan het schriftelijkheidsvereiste kan voldoen. Een soortgelijke bepaling die voor alle rechtshandelingen geldt ontbreekt echter in het Nederlandse recht. Een dergelijke regeling bestaat wel in art. 6 van het UNCITRAL Model Law on eCommerce.²⁵

In de genoemde digitale discussie bespreekt Weij dit vonnis en vraagt zich af of er wel sprake is van een geldige ingebrekestelling nu er geen redelijke termijn voor zuivering van het verzuim wordt gegeven, een vraag die in het kader van deze Kroniek minder relevant is.²⁶ Engelfriet gaat vervolgens in op het schriftelijkheidsvereiste en vindt het 'categorisch toestaan van elektronische ingebrekestellingen' nogal ver gaan.²⁷ Lodder bepleit op zijn beurt dat indien partijen die elkaar al kennen, zoals bijvoorbeeld bij een ingebrekestelling, minder waarborgen noodzakelijk zijn, en het mogelijk moet zijn om andere rechtshandelingen elektronisch te verrichten wanneer wettelijk schriftelijkheid wordt verlangd.²⁹

Zie voor een uitvoerige analyse van dit thema Martius die analyseert of een elektronische ingebrekestelling mogelijk moet zijn. Zijn conclusie en aanbeveling is dat: 'Het huidige vermogensrecht niet zo technologieneutraal (is) zoals eerder aangenomen werd. (...) De wet dient in zoverre aangepast te worden dat naast schriftelijke ook elektronische communicatie mogelijk wordt, zonder daarmee de rechtszekerheid geweld aan te doen door inhoudelijke uitholling van het vereiste van vormen'.

4.6. Consumentenautoriteit

Vanaf 1 januari 2007 is in Nederland de Consumentenautoriteit actief. De Consumentenautoriteit is bevoegd op te treden wanneer collectieve belangen van consumenten in het geding zijn en dan specifiek in het geval van overtredingen van het BW, de Prijzenwet en de Colportagewet. De Consumentenautoriteit beschikt over een aantal civiel- en bestuursrechtelijke bevoegdheden om op te kunnen treden. Ondertussen heeft de Consumentenautoriteit in twee voor deze Kroniek relevante besluiten boetes en een last onder dwangsom opgelegd.

Informatieverplichtingen (art. 3:15d, 6:227b en 7:46c BW) Zowel in Sana Direct B.V./Naturpost (5 november 2007) als in Postgarant (23 januari 2008) wordt een aanbieder beboet die onder andere via een website producten verkoopt. Een groot deel van de behoorlijk forse boetes van respectievelijk 130.000 euro en 88.000 euro wordt opgelegd vanwege het niet naleven van de wettelijke informatieverplichtingen tegenover consumenten. Volgens de Consumentenautoriteit worden door de betreffende aanbieders de art. 3:15d BW, 6:227b BW en 7:46c BW niet nagekomen. Mocht het Europese Hof van Justitie het advies van de advocaat-generaal overnemen, zoals hiervoor besproken, dan lijkt de Consumentenautoriteit kort door de bocht te zijn gegaan in de zaak Naturpost. In deze beslissing stelt de Consumentenautoriteit: 'Art. 3.15d, eerste lid, onder b spreekt van een snel en een rechtstreekse en effectieve communicatie, met inbegrip van een elektronisch postadres. Het vermelden van alleen een e-mailadres is dus onvoldoende. In geen enkel geval is door Postgarant B.V. een telefoonnummer of faxnummer opgenomen'.

24. De Rechtbank Almelo (LJN BB8149, 13 november 2007) is zich hier getuige haar opmerking in r.o. 5.1 wel van bewust.

25. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf.

26. <http://www.solv.nl/index.php?blz=3&nid=3721>.

27. <http://blog.iusmentis.com/2008/01/07/ingebrekestelling-per-e-mail-is-rechtsgeldig/>.

28. <http://jurel.nl/2008/01/13/elektronische-rechtshandelingen/>.

29. H.P.A.J. Martius, 'Hoe schriftelijk is elektronisch? Over post, e-post en e-akte', in: *WPNR* 12 mei 2007/6710, p. 459 e.v.

5. Ter afsluiting

Welke juridische ontwikkelingen zal de praktijk van het elektronisch contracteren ons in de toekomst brengen? Zonder twijfel komt er binnen afzienbare tijd nieuwe jurisprudentie die kan helpen bij de verdere duiding van de voor het elektronisch overeenkomstenrecht en daarmee voor de praktijk relevante wet- en regelgeving. Als betrekkelijk jonge toezichthouder lijkt ook de Consumentenautoriteit de komende tijd de drang te hebben van zich te laten horen. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat in de besluiten die daarvan het gevolg zullen zijn allerlei begrippen, mogelijkheden en verplichtingen verder worden opgehelderd.

Komt er wellicht een eenvoudiger inzetbare elektronische handtekening waardoor het gebruik daarvan ten behoeve van elektronisch contracteren eindelijk een vlucht zal nemen? Zal de inzet van mobiele telefoons voor het sluiten van overeenkomsten – inclusief betalen – van de grond komen en moeten wij ons druk gaan maken over het beschikbaar stellen van algemene voorwaarden in dergelijke situaties?

Tot slot vragen wij u ons interessante nieuwe ontwikkelingen te melden die u signaleert, zodat deze in een volgende Kroniek kunnen worden meegenomen.

6. Literatuur

Uit de achterliggende periode willen wij, zonder inhoudelijke behandeling, in ieder geval de volgende proefschriften onder uw aandacht brengen vanwege hun raakvlakken met het onderwerp van deze Kroniek.

- Op 15 maart 2007 promoveerde L.A.R. Siemerink op: *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*.³⁰
- Op 18 april 2007 promoveerde C.G. Breedveld-de Voogd op het proefschrift: *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*.³¹
- Op 10 mei 2007 promoveerde T.H.M. Wechem op het proefschrift: *Toepasselijkheid van Algemene Voorwaarden*.³²
- Op 5 november 2007 promoveerde S. Bol op het proefschrift *Mediation en Internet*.
- Op 14 december 2007 promoveerde H.P.A.J. Martius op het proefschrift: *Elektronisch handelsrecht. Een verhandeling over de juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht met bijzondere aandacht voor het verzekerings- en vervoerrecht*.

Volledigheidshalve worden twee overzichtswerken genoemd:

- R.E. van Esch publiceerde in 2007 een tweede, geactualiseerde druk van *Juridische aspecten van elektronische handel* (Kluwer).
- Onder redactie van C. Stuurman en H.W. Wefers Betsink verscheen in 2006 in de serie Monografieën Recht en Informatietechnologie (nr. 6): *Elektronisch contracteren* (Sdu uitgevers).

30. Samenvatting: <https://openaccess.leidenuniv.nl/dspace/bitstream/1887/11413/4/Samenvatting.pdf>.

31. Volledige tekst: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/11858/1/Thesis.pdf>.

32. Volledige tekst: <https://openaccess.leidenuniv.nl/dspace/handle/1887/11955>.