



Elektronisch Handelsrecht: daadwerkelijk nieuwe ontwikkeling of oude wijn in nieuwe zakken?

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse

Inleiding

- Het is een feit van algemene bekendheid dat het recht achter de maatschappelijke en economische ontwikkelingen aanloopt. Zo is het huidige Burgerlijk Wetboek tot stand gekomen in een tijd waarin communicatie per brief, telefoon, telex, en – aan het einde van de totstandkomings- periode – per fax verliep. De ‘digitale snelweg’ bestond nog niet en met deze vorm van communicatie is dan ook geen rekening gehouden bij het opstellen van het huidige Burgerlijk Wetboek.
- In de onderhavige bijdrage is de vraag aan de orde in hoeverre vanuit handelsrechtelijk perspectief communicatie langs elektronische weg juridisch gezien daadwerkelijk een nieuwe ontwikkeling is of dat er in dezen sprake is van ‘oude wijn in nieuwe zakken’.

Algemeen Contractenrecht (1)

- Het fundament van het elektronisch overeenkomstenrecht is gelegen in de Richtlijn elektronische handel van 8 juni 2000.6 Art. 9 lid 1 van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat hun rechtsstelsels het sluiten van contracten langs elektronische weg mogelijk maken waarbij zij zich er met name van dienen te vergewissen of de regels met betrekking tot de totstandkoming van contracten geen belemmering vormen voor het gebruik van langs elektronische weg gesloten contracten en of genoemde regels er niet toe leiden dat dergelijke contracten, omdat zij langs elektronische weg zijn gesloten, zonder rechtsgevolg blijven.

Algemeen Contractenrecht (2)

- De implementatietermijn van de onderhavige richtlijn liep af op 17 januari 2002. De Nederlandse wetgever had diverse mogelijkheden om de implementatie van art. 9 lid 1 van de onderhavige richtlijn vorm te geven.
- Het meest vergaand is de optie van het inlezen van de mogelijkheid van de elektronische weg in bepalingen aangaande het overeenkomstenrecht zelfs indien de tekst van de bepaling strikt genomen aan de mogelijkheid van de elektronische weg in de weg staat.

Algemeen Contractenrecht (3)

- Opgemerkt dient allereerst te worden dat er diverse bepalingen in Boek 3 en 6 BW zijn waarin de mogelijkheid van elektronische communicatie zonder veel problemen kan worden ingelezen.
- Een voorbeeld is art. 3:37 lid 3 BW. In deze bepaling komt de ontvangsttheorie naar voren: een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt.

Algemeen Contractenrecht (4)

- Dit uitgangspunt brengt mee dat wanneer een brief met daarin een aanvaarding van een aanbod op 3 februari 2014 met de post wordt verstuurd, op 4 februari 2014 in de brievenbus belandt van de wederpartij en deze laatste het bericht op 7 februari 2014 daadwerkelijk leest, de overeenkomst op 4 februari tot stand is gekomen nu het bericht aangaande de aanvaarding op 4 februari 2014 voor de geadresseerde toegankelijk is.

Algemeen Contractenrecht (5)

- Hoe zit nu een en ander indien onderhavig bericht op 3 februari 2014 per e-mail wordt verstuurd? Toepassing van de ontvangsttheorie brengt dan mee dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat het bericht ergens op 3 februari 2014 in de mailbox van de wederpartij toegankelijk is geworden. Men spreekt in dezen van de mailboxontvangsttheorie. Het gaat dus niet om het moment dat het bericht uit de mailbox wordt opgehaald naar de computer om het daadwerkelijk te lezen. Een dergelijke benadering, de computerontvangsttheorie, zou neerkomen op een toepassing van de vernemingstheorie.

Algemeen Contractenrecht (6)

- Het inlezen van de elektronische variant ligt daarentegen lastiger in geval van een wettelijke schriftelijkheidsvereiste zoals bijvoorbeeld aan de orde is bij de schriftelijke aanmaning bij een ingebrekestelling ex art. 6:82 BW. Strikt genomen is dan sprake van een *contra legem*-uitleg van een dwingendrechtelijke – zie art. 3:39 BW - wetsbepaling: een uitleg van de wet die ingaat tegen de duidelijke bewoordingen van de wet.

Algemeen Contractenrecht (7)

- Verdedigd kan evenwel worden dat de onderhavige benadering geen *contra legem*-uitleg oplevert. Zo merkt Bregstein in dit kader in het algemeen het volgende op: ‘Tegenover de woorden der wet komt hem [bedoeld is de rechter, MLH] echter een grote vrijheid toe. Hij is dus niet “la bouche de la loi”, tenzij men daaronder verstaat “la bouche de l’esprit de la loi”. Hij mag niet slechts “praeter legem” maar zelfs “contra legem” interpreteren, wanneer men althans onder “contra legem” verstaat: “tegen de woorden der wet” en niet “tegen de zin der wet”. Dat laatste staat hem juist niet vrij!’ Zie Bregstein Verzameld Werk deel 1, 1960, p. 3-4.

Algemeen Contractenrecht (8)

- Bregstein spreekt in dit verband treffend van de verplichting ‘de wet ten einde denken’. Bregstein merkt op dezelfde pagina verder op: ‘De wet is beter dan zijn makers.’ Zie Bregstein 1960, p. 17. Indien men nu art. 6:82 BW ‘ten einde denkt’ leidt dit er mijns inziens toe dat ondanks het vereiste van een schriftelijke aanmaning een aanmaning langs elektronische weg volstaat. De wetgever zit op hetzelfde spoor wanneer wordt opgemerkt: ‘De in artikel 6:82 BW voorkomende term “schriftelijk” dient ook hier niet zo beperkt te worden opgevat. Reeds bij de totstandkoming van deze bepaling is erop gewezen dat deze term ook omvat een telegram en een telexbericht. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 290. Mede gezien de ratio [cursivering MLH] van deze bepaling kan daar ook een langs elektronische weg verzonden aanmaning onder begrepen worden.’ Kamerstukken I, 2009/10, 31358, E, p. 4.

Algemeen Contractenrecht (9)

- Feitelijk komt de onderhavige benadering erop neer dat het Burgerlijk Wetboek op het punt van het algemeen overeenkomstenrecht al technologie-neutraal is. Ik noem deze aanpak in het vervolg van deze bijdrage optie 1.
- Voor zover het schriftelijkheidsvereiste in diverse bepalingen van het Nederlandse algemene overeenkomstenrecht in de ogen van de Nederlandse wetgever wel degelijk een belemmering vormde in de zin art. 9 lid 1 van de onderhavige richtlijn had Nederland twee mogelijkheden:
 1. Nederland zou een schakelbepaling kunnen opnemen in Boek 3 BW waarin de elektronische communicatie in beginsel wordt gelijkgesteld aan schriftelijke communicatie waarbij tevens zou worden bepaald dat dit slechts anders is indien de wet in een bijzonder deel uitdrukkelijk van dit algemene uitgangspunt afwijkt. Ik noem dit in het vervolg van mijn voordracht optie 2.
 2. Nederland zou op diverse plaatsen in de wet elektronische varianten kunnen opnemen en/of op diverse plaatsen het schriftelijkheidsvereiste kunnen laten vallen. In het vervolg van deze voordracht wordt in deze gesproken van optie 3.

Algemeen Contractenrecht (10)

- Nederland heeft evenwel pas in 2004 aan haar verplichting op dit punt voldaan. Gekozen is – aanvankelijk – voor optie 3. Zo zijn op diverse plaatsen elektronische varianten geïntroduceerd.
- De keuze van de wetgever voor optie 3 is om twee redenen geen gelukkige keuze geweest:
- Allereerst kan worden opgemerkt dat daar waar de wetgever de elektronische variant heeft mogelijk gemaakt de wetgever soms onvolledig is geweest. Zie combi art. 6:267, 6:265 en 6:82 BW.
- In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat bepaalde punten in het geheel ongeregeld zijn gebleven. Zo is een belangrijk vraagpunt of voor de geldigheid van een elektronisch aanbod aangesloten dient te worden bij de regeling van het mondelinge aanbod – een dergelijk aanbod vervalt indien het niet onmiddellijk wordt aanvaard – of bij de regeling van het schriftelijke aanbod – een dergelijk aanbod vervalt indien het niet binnen een redelijke termijn wordt aanvaard – welke regelingen beide in art. 6:221 BW zijn geregeld.

Algemeen Contractenrecht (11)

- De reactie van de Minister van Justitie is opmerkelijk: ‘De leden van de PvdA-fractie constateren dat artikel 6:221 BW wel een regeling geeft voor de geldigheidsduur van een mondeling of schriftelijk aanbod, maar niet van een elektronisch aanbod. Deze leden vragen of een elektronisch aanbod eenzelfde geldigheidsduur dient te hebben als een schriftelijk gedaan aanbod. Onder een schriftelijk aanbod in de zin van deze bepaling kan tevens een elektronisch aanbod worden begrepen. In de toelichting op deze bepaling is immers opgemerkt dat onder een schriftelijk aanbod tevens een telegrafisch aanbod dient te worden begrepen. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 885. (..)’ Zie Kamerstukken I 2009/10, 31358, E, p. 3-4.

Algemeen Contractenrecht (12)

- De reactie van de Minister van Justitie lijkt naar mijn mening in feite een keuze voor optie 1: aanpassing op onderhavige punten is niet nodig want de term ‘schriftelijk’ moet ruim worden opgevat. Optie 1 en optie 3 zijn evenwel onverenigbaar met elkaar: als het uitgangspunt dat het begrip ‘schriftelijk’ ruim dient te worden opgevat de leidraad zou zijn geweest bij het opstellen van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel in de periode 2000-2004 zou aanpassing van de bepaling zoals in art. 6:231 onderdeel a en art. 6:267 BW niet nodig zijn geweest omdat de gewenste uitbreiding met een elektronische variant via een ruime lezing van het toenmalige schriftelijkheidsvereiste zou kunnen worden gerealiseerd.

Algemeen Contractenrecht (13)

- Dat de wetgever zich op onderhavige punt zo ‘in de nesten heeft gewerkt’ is naar mijn mening opmerkelijk. Waarom is niet gekozen voor de praktische oplossing van optie 2: elektronische communicatie wordt in beginsel gelijkgesteld aan schriftelijke communicatie waarbij tevens wordt bepaald dat dit slechts anders is indien de wet in een bijzonder deel uitdrukkelijk van dit algemene uitgangspunt afwijkt?

Algemeen Contractenrecht (14)

- Opgemerkt kan in dit kader worden dat nog voor de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet – dus nog tijdens de voorbereiding op het Ministerie van Justitie – in Duitsland § 126 Abs. 3 BGB werd ingevoerd. De bepaling maakt deel uit van het Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr van 13 juli 2001. De onderhavige bepaling luidt als volgt: ‘Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.’ Deze bepaling komt overeen met optie 2. Opmerkelijk is waarom de Nederlandse wetgever in het parlementaire traject van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel geen aandacht heeft besteed aan de praktische benadering van de onderhavige problematiek in Duitsland. De Duitse oplossing diende zich immers al in 2001 aan, terwijl in Nederland pas op 23 januari 2002 een voorstel van wet bij de Tweede Kamer werd ingediend.

Algemeen Contractenrecht (15)

- De oplossing van de Nederlandse wetgever, een combinatie van optie 1 en 3, doet vermoeden dat het algemene overeenkomstenrecht technologieneutraal is en dat van een *eigenlijk* elektronisch algemeen contractenrecht geen sprake is.
- Deze conclusie is evenwel te snel. Geen rekening wordt dan bijvoorbeeld gehouden met de verschillende informatieverplichtingen die de wetgever de aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij in de zin van art. 3:15d lid 3 BW heeft opgelegd in art. 6:227a en 6:227b BW. Deze bepalingen voeren art. 10 resp. art. 11 Richtlijn elektronische handel uit.

Algemeen Contractenrecht (16)

- De onderhavige bepalingen maken deel uit van het *eigenlijke* elektronisch algemene contractenrecht nu het informatieverplichtingen zijn die alleen gelden ingeval de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt. Is er een rechtvaardiging voor deze afwijken- de regeling in geval van e-contracten? De wetgever licht de afwijking als volgt toe: ‘De artikelen 10 en 11 van de richtlijn beogen de afnemers door middel van een informatieplicht voor de dienstverlener en beginselen die in acht moeten worden genomen bij het plaatsen van een order met behulp van technologische middelen meer duidelijkheid en transparantie te verschaffen, waardoor het vertrouwen van afnemers, en in het bijzonder de consument, in het elektronisch zaken doen wordt verhoogd.’ Zie Kamerstukken II 2001/02, 28197, 3, p. 24.

Algemeen Contractenrecht (17)

- In het onderhavige citaat klinkt mijns inziens de nodige achterdocht tegenover elektronische handel door. Toch is er voor verschillende informatieverplichtingen naar mijn mening wel wat te zeggen nu deze samenhangen met enige specifieke kenmerken van elektronische handel. In dit kader wil ik wijzen op onder andere art. 6:227b lid 1 onderdeel a BW waarin wordt bepaald dat de aanbieder ondubbelzinnige informatie moet verstrekken aan de wederpartij over de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn en op art. 6:227b lid 1 onderdeel c BW waarin wordt bepaald dat de aanbieder ondubbelzinnige informatie moet verstrekken aan de wederpartij over de wijze waarop de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken, alsmede de wijze waarop hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt.

Elektronisch Verzekeringsrecht (1)

- In dit onderdeel zal de vraag aan de orde zijn of bij een ladingverzekering elektronische order- en toonderpolissen onder het regime van de MIA 1906 mogelijk zijn en zo ja, of er in dezen beperkingen gelden die niet spelen bij de papieren variant en als er dergelijke beperkingen zijn of die beperkingen ook gerechtvaardigd zijn.

Elektronisch Verzekeringsrecht (2)

- Allereerst kan worden opgemerkt dat toonderpolissen naar Engels recht niet mogelijk zijn. Dit volgt uit section 23 para. 1 MIA 1906 waarin het dwingende vereiste is opgenomen dat de polis de naam van de verzekerde of zijn vertegenwoordiger vermeldt. Zie o.a. Van Huizen diss. 1988, p. 107. Aangenomen moet derhalve worden dat een elektronische toonderpolis naar Engels recht ook niet mogelijk is.

Elektronisch Verzekeringsrecht (3)

- In de tweede plaats is het volgende van belang. Section 22 MIA 1906 bepaalt dat een zeeverzekeringsovereenkomst moet worden neergelegd in een polis om als bewijs te kunnen dienen in de rechtszaal. Uit section 24 para. 1 MIA 1906 volgt dat deze polis moet worden ondertekend door of namens de zeeverzekeraar. In het kader van de vraag of een elektronische orderpolis onder het regime van de MIA 1906 mogelijk is, spelen de 3 volgende belangrijke kwesties.

Elektronisch Verzekeringsrecht (4)

- Allereerst is er het punt of een elektronisch document een polis in de zin van section 22 MIA 1906 tot stand kan brengen. Als belangrijk obstakel werd lange tijd section 50 para. 3 MIA 1906 gezien waarin wordt bepaald dat overdracht van de polis geschiedt door endossement of een andere gebruikelijke wijze. Zie Goldby 2013, p. 230.

Elektronisch Verzekeringsrecht (5)

- Het onderhavige obstakel lijkt verleden tijd te zijn. Zie Goldby 2013, p.230: “ ‘(...) an electronic policy was unfathomable in 1906 and would certainly not have been in the contemplation of the drafters of the Act. However, this does not mean that the provision is not able to cater for the modern understanding of what a policy is and does.’ Zie in ongeveer gelijke zin punt 4.18 en 4.21 van ‘Reforming Insurance Contract Law Issues Paper 9 The Requirement for a Formal Marine Policy: Should Section 22 Be Repealed?’, oktober 2010.

Elektronisch Verzekeringsrecht (6)

- Ik sluit mij aan bij het standpunt van Goldby. De benadering van Goldby komt in feite neer op het – in de woorden van Bregstein – ‘ten einde denken’ van (onder andere) section 22 MIA 1906. Dat de makers van de MIA 1906 niet gedacht hebben aan de mogelijkheid van een elektronische polis is daarbij niet van groot belang nu geldt: – wederom in de woorden van Bregstein – ‘De wet is beter dan zijn makers.’

Elektronisch Verzekeringsrecht (7)

- Section 50 para 3 MIA 3 bepaalt: “A marine policy may be assigned by indorsement thereon or in other customary manner.” Wat moet verstaan worden onder de zinsnede ‘other customary manner’? Onduidelijk is wat bewezen moet worden om te voldoen aan het vereiste dat de andere wijze gebruikelijk is. Er is rechtspraak waaruit blijkt dat in dit kader het relevante gebruik ‘reasonable, certain and notorious’ moet zijn. Zie *Devonald v. Rosser Sons* [1906] 2 KB 728, 743. Er is evenwel ook jurisprudentie waarin duidelijk wordt dat slechts een veel voorkomende handelspraktijk moet worden bewezen. Zie *General Reinsurance Corp v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria* [1983] QB 856, 874.

Elektronisch Verzekeringsrecht (8)

- Goldby concludeert evenwel dat op grond van de zaken *Safadi v. Western Assurance*, [1933] 46 Ll.L.Rep. 140, 144, en *Angel Bell*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 491, 497, het voldoende is als in dezen bewezen wordt dat een bepaalde wijze van overdracht is 'accepted in the market'. Voor een overdracht van de polis langs elektronisch weg betekent dit volgens Goldby: '(...) that courts are likely to accept as effective any method that becomes a customary method of assignment and that the industry should view this as an opportunity to devise, for universal use throughout the Londen market, a secure method of electronic transfer of rights embodied in the policy of insurance.' Zie Goldby 2013, p. 239.

Elektronisch Verzekeringsrecht (9)

- In de derde plaats speelt de volgende vraag: is in dezen ook een elektronische handtekening mogelijk? In het algemeen kan worden opgemerkt dat een elektronische handtekening naar Engels recht mogelijk is op grond van section 7 van de Electronic Communications Act 2000 en de Electronic Signatures Regulations 2002. In zijn paper van december 2001 concludeerde de (Engelse) Law Commission dat het vereiste ex section 24 para 1 MIA 1906 dat de polis ondertekend moet worden niet uitsluit dat voor de polis een elektronisch document wordt gebruikt. Zie Punt 7.5 van de paper 'Electronic Commerce: Formal Requirements in Commercial Transactions', december 2001. In hun paper uit 2010 merken de Law Commissions op dat het standpunt uit 2001 wordt ondersteund door de rechtspraak nadien over de mogelijkheid van een elektronische handtekening waarbij wel moet worden opgemerkt dat deze rechtspraak geen betrekking heeft op de MIA 1906. Zie Punt 4.9 van 'Reforming Insurance Contract Law Issues Paper 9 The Requirement for a Formal Marine Policy: Should Section 22 Be Repealed?', oktober 2010.

Elektronisch Verzekeringsrecht (10)

- Goldby is in haar recente standaardwerk over elektronische documenten bij handel over zee veel stelliger over het feit dat het gebruik van een elektronische handtekening in geval van een zeeverzekeringpolis waarbij de MIA 1906 toepasselijk is mogelijk is: 'It is submitted that a method of electronic signing that is in widespread use and considered acceptable as a matter of practice within the insurance industry would be deemed acceptable for the relevant purpose by the courts, because essentially the function of the signature here is not only to confirm signatory's identity, but also to signify its intention to be bound.' Zie Goldby 2013, p. 229-230.

Elektronisch Verzekeringsrecht (11)

- Ik sluit mij aan bij het standpunt van Goldby. Ik voeg daar nog een argument aan toe. Het handelsrecht heeft een dienende functie. Het handelsrecht faciliteert het handelsverkeer. Dit uitgangspunt brengt onder andere mee dat het handelsrecht een juridische oplossing zal moeten bieden voor de technologische en industriële ontwikkelingen in het handelsverkeer. Als de praktijk vraagt om een juridisch fundament voor de elektronische handtekening dan zal het handelsrecht dat fundament moeten bieden. Een aanpassing van section 24 para. 1 MIA 1906 is daarvoor naar mijn mening niet nodig. Als men al zou menen dat er in de onderhavige bepaling het vereiste verscholen ligt dat de ondertekening van de polis schriftelijk dient te geschieden dan levert het ‘ten einde denken’ van de onderhavige wetsbepaling op dat ook de elektronische variant mogelijk is.

Elektronisch Verzekeringsrecht (12)

- Ter afsluiting van dit onderdeel kan worden opgemerkt dat het erop lijkt dat onder het regime van de MIA 1906 een elektronische (order)polis niet op juridische belemmeringen stuit.

Conclusie (1)

- In de onderhavige bijdrage kwam de vraag aan de orde in hoeverre vanuit handelsrechtelijk perspectief communicatie langs elektronische weg juridisch gezien daadwerkelijk een nieuwe ontwikkeling is of dat er in dezen sprake is van 'oude wijn in nieuwe zakken'.
- Allereerst is bekeken in hoeverre het algemene overeenkomstenrecht – de basis waarop het *eigenlijke* handelsrecht (vervoerrecht, verzekeringsrecht, enz.) voortbouwt – technologie-neutraal is. Deze analyse maakt duidelijk dat dit grotendeels het geval is. Voor een klein deel is dit evenwel niet het geval. Men kan bij dit laatste bijvoorbeeld denken aan de verschillende informatieverplichtingen die de wetgever de aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij in de zin van art. 3:15d lid 3 BW heeft opgelegd in de art. 6:227a en 6:227b BW. Voor verschillende van deze informatieverplichtingen is naar mijn mening wel wat te zeggen nu deze samenhangen met enige specifieke kenmerken van elektronische handel.

Conclusie (2)

- Vervolgens is onderzocht in hoeverre een bepaalde toepassing van elektronische communicatie in het handelsrecht, een elektronische verzekeringspolis onder het regime van de MIA 1906, juridisch gezien technologieneutraal is, dat wil zeggen dat het niet uitmaakt of in dezen gebruik wordt gemaakt van de elektronische variant of de traditionele papieren variant. Het lijkt erop dat onder het regime van de MIA 1906 een elektronische (order)polis niet op juridische belemmeringen stuit. De Engelse benadering is verfrissend. In feite komt deze erop neer dat de oude bepalingen uit 1906, een periode waarin elektronisch berichtenverkeer niet aan de orde was, – in de woorden van Bregstein – ‘ten einde worden gedacht’.