

Vergaderjaar 2003–2004

28 197

Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, de interne markt (PbEG L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel)

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 6 april 2004

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de opmerkingen van de leden van de fracties van het CDA en VVD. Op de door deze leden nog gestelde vragen zullen wij hierna ingaan.

Inhoud wetsvoorstel

Algemeen

De leden van de fractie van de VVD vroegen of de Wet Telecommunicatie – naar ik aanneem bedoelen deze leden het voorstel van Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002 (kamerstukken 28 851) – zoals deze thans in de Eerste Kamer voorligt, in overeenstemming is met het onderhavige voorstel. Aangenomen wordt dat met deze vraag voornamelijk wordt bedoeld op de discussie die zich in de Tweede Kamer heeft ontsponnen ten aanzien van het verschil in benadering van ongevraagde commerciële communicatie in beide wetsvoorstellen. Het onderhavige wetsvoorstel kent in artikel 15e lid 2, in navolging van artikel 7 lid 2 van de richtlijn inzake elektronische handel, een voorziening betreffende een zogenoemde «opt-out»-regeling. Wetsvoorstel 28 851 kent daarentegen in het daarin voorziene nieuwe artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet, ter implementatie van artikel 13 van (de recentere) richtlijn 2002/58/EG een «opt-in»-regeling. In beide wetsvoorstellen is dus de te implementeren richtlijn gevolgd. In artikel 7 lid 2 van de richtlijn inzake elektronische handel wordt evenwel verwezen naar de inmiddels vervallen richtlijn 97/66/EG, waarmee bij de implementatie van eerstgenoemde richtlijn in het onderhavige wetsvoorstel is rekening gehouden. Richtlijn 2002/58/EG (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) vervangt echter richtlijn 97/66/EG (privacy-richtlijn voor de telecommunicatiesector). Ingevolge artikel 19 van richtlijn 2002/58/EG dienen verwijzingen naar richtlijn 97/66/EG – derhalve ook in de richtlijn inzake elektronische handel – thans vervangen te worden door

een verwijzing naar richtlijn 2002/58/EG. Dat betekent dat voor ongevraagde commerciële communicatie naar natuurlijke personen uitgegaan dient te worden van de «opt-in»-regeling; de opt-outregisters verliezen in dit geval derhalve hun betekenis. Deze regeling wordt ingevoerd bij gelegenheid van de totstandkoming en inwerkingtreding van wetsvoorstel 28 851, waarvan de plenaire behandeling in de Eerste Kamer is voorzien op 20 april. In dat wetsvoorstel is voorzien in een overgangsrechtelijke voorziening, waarbij artikel 15e lid 2 BW – dat thans nog uitgaat van een «opt-out»-regeling – komt te vervallen (zie de artikelen XVI en XVII). Daarmee wordt de regeling in onderhavig wetsvoorstel in overeenstemming gebracht met die welke is voorzien in de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002.

Artikelen 2: 117 en 227 BW

De leden van de fractie van de VVD vroegen hoe de minister zich in het geval van een elektronisch vastgelegde volmacht de controle voorstelt die de vennootschap zal moeten uitvoeren ten aanzien van de vraag of de volmacht is afgegeven door de aandeelhouder die de gevolmachtigde stelt te vertegenwoordigen. Voorts vroegen deze leden of onder de elektronisch vastgelegde volmacht tevens een elektronische «image» valt van een in oorsprong schriftelijke volmacht, die is opgeslagen op een opslagmedium zoals een diskette, een cd-rom, een «memory stick» etc.. Tenslotte vroegen zij waarom aan de elektronische volmacht niet de eisen worden gesteld die op grond van artikel 6:227a lid 1 van het Burgerlijk Wetboek gelden voor de gelijkstelling van een elektronische overeenkomst met een overeenkomst in schriftelijke vorm. In het algemeen zal de vraag naar een voldoende mate en een geschikte wijze van controle van de elektronisch vastgelegde volmacht in de praktijk alleen dan een rol spelen, indien het bestaan of de toereikendheid van de volmacht door de volmachtgever wordt betwist. Zolang de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid blijft, zal artikel 3:66 lid 1 immers meebrengen dat de volmachtgever gebonden wordt, of de volmacht nu schriftelijk of elektronisch is vastgelegd. Pas indien hierover twijfels rijzen, wordt van belang of de wederpartij op grond van een verklaring of gedraging van de volmachtgever heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend (artikel 3:61 lid 2). Voor de beantwoording van die vraag is tevens van belang welk onderzoek van de wederpartij kon worden geveerd, in hoeverre hij dit onderzoek ook daadwerkelijk heeft verricht en wat daarvan de uitkomst was. Evenmin als in het «papieren» rechtsverkeer vallen hiervoor in abstracto regels te geven, aangezien veel zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. De door deze leden gedane suggestie dat een dergelijke controle in het geval van een schriftelijke volmacht eenvoudig is, miskent in ieder geval dat ook een schriftelijk stuk in dit opzicht geen zekerheid biedt. Voor zover dit wel het geval is, zou een mogelijke parallel zijn het inzage geven in, of uitprinten van de elektronische volmacht. Daarbij is het inderdaad niet uitgesloten dat de volmacht in de vorm van een «image» is vastgelegd op een duurzame gegevensdrager, aangezien de wet slechts eist dat de volmacht elektronisch is vastgelegd, maar geen eisen stelt ten aanzien van de vraag hoe dat dient te geschieden. Het valt echter te verwachten dat in de praktijk vormen van controle van elektronische volmachten zullen worden ontwikkeld die specifiek op deze materie zijn toegesneden en die een aanzienlijk hoger niveau van zekerheid in dit opzicht bieden, ook ten opzichte van de schriftelijke volmacht. In de praktijk zijn dan ook geen onoverkomelijke problemen in dit opzicht te verwachten. Dit laatste is ook een belangrijke reden geweest om niet de zwaardere eis te stellen dat voldaan moet zijn aan het in artikel 6:227a lid 1 bepaalde, nog afgezien

van het feit dat de eisen van artikel 227a in beginsel geschreven zijn voor verbintenisscheppende overeenkomsten waarvoor een wettelijke schriftelijkheidseis geldt, waaronder de volmacht niet valt.

Artikel 3:15d BW

De leden van de fractie van de VVD vroegen of certificatiebureaus die zich in verband met de uitgifte van gekwalificeerde certificaten aan het publiek krachtens artikel 2.1 lid 3, van de Telecommunicatiewet dienen te laten registreren bij de OPTA, ook vallen onder de verplichting van artikel 3:15d lid 1 onder d om gegevens toegankelijk te maken over de bevoegde toezichthoudende autoriteit. Dit is niet het geval. Artikel 2.1 lid 3 van de Telecommunicatiewet voorziet in een registratieplicht en niet in een vergunningplicht, zodat de verplichting van artikel 3:15d lid 1 onder d toepassing mist. Een vergunningplicht voor deze activiteiten zou ook niet mogelijk zijn, gelet op artikel 3 lid 1 van Richtlijn 99/93/EG betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, dat lidstaten verbiedt het verlenen van certificatediensten afhankelijk te stellen van voorafgaande machtiging.

Voorts vroegen deze leden of zij de bepaling van artikel 3:15d lid 2 aldus mogen begrijpen dat daaruit niet de verplichting voortvloeit om aan te geven welke belastingen er niet in de prijs zijn inbegrepen. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Artikel 3:15d lid 2 stelt dat bij de duidelijk en ondubbelzinnig aangegeven prijzen uitdrukkelijk moet worden vermeld of, en zo mogelijk welke, belastingen en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn. De bepaling is ingegeven door de wens de transparantie voor afnemers zo groot mogelijk te doen zijn, uiteraard zonder dat daarbij het onmogelijke van aanbieders wordt verlangd. Steeds moet dus in ieder geval uitdrukkelijk worden aangegeven of belastingen en leveringskosten inbegrepen zijn in aangegeven prijzen. Uitdrukkelijk aangegeven welke belastingen en leveringskosten dat zijn, behoeft echter slechts indien dat voor de aanbieder mogelijk is. Indien het gaat om belastingen die in de prijs zijn inbegrepen, zal de aanbieder daarvan bij uitstek op de hoogte zijn en zal het uitdrukkelijk vermelden daarvan niet alleen voor hem niet bezwaarlijk zijn, maar zelfs uit een oogpunt van verkoopbevordering aantrekkelijk. Een onmogelijkheid deze te vermelden is in dat geval dan ook lastig voorstelbaar. Indien het gaat om belastingen die niet in de prijs zijn inbegrepen, ligt dit echter anders. Onmogelijkheid kan, zoals ook in de memorie van toelichting (p. 40) aangegeven, bijvoorbeeld bestaan indien het gaat om niet in de prijs inbegrepen belastingen, (mogelijk) te heffen in het land van de afnemer, waarop de aanbieder geen of onvoldoende zicht heeft. De leden van de fractie van het CDA vroegen waarom ervoor is gekozen om in artikel 272a en artikel 634 lid 1 onder c geen verwijzing op te nemen naar artikel 3:15d lid 3. Zij vroegen of daardoor niet de indruk kan ontstaan dat ten aanzien van deze artikelen niet is vereist dat het gaat om diensten van de informatiemaatschappij, nu in de artikelen 6:227b en 227c expliciet naar artikel 3:15d lid 3 wordt verwezen. Vooreerst moet worden opgemerkt dat de vraag van deze leden wordt opgevat als betrekking hebbend op het niet bestaan van een verwijzing naar artikel 3:15d lid 1 in de artikelen 6:227a en 6:234 lid 1 onder c. De artikelen 6:227b en 6:227c bevatten verplichtingen voor degene die diensten van de informatiemaatschappij verleent, zodat in die artikelen een verwijzing naar de definitie daarvan in artikel 3:15d lid 3 zinvol is. Ook de corresponderende bepalingen in de richtlijn (artikelen 10 en 11) kennen een dergelijke verwijzing. Artikel 6:227a daarentegen beoogt enige criteria te geven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de in een bepaald geval gekozen elektronische wijze van totstandkoming van een overeenkomst een volwaardige (functionele) equivalent is van – dat wil zeggen gelijkwaardige waarborgen biedt als – de schriftelijkheidseis die voor de desbetreffende overeenkomst geldt. Dit laatste is van belang en nuttig,

onafhankelijk van de vraag welke gedragingen in het elektronisch rechtsverkeer nu precies als diensten van de informatiemaatschappij moeten worden beschouwd, zodat het verwijzen naar de definitie daarvan niet zinvol is. Ook de corresponderende bepaling in de richtlijn (artikel 9 lid 1) kent een dergelijke verwijzing niet. Iets soortgelijks geldt voor artikel 6:234 lid 1 onder c dat beoogt aan te geven hoe bij het gebruik van overeenkomsten de wederpartij de gelegenheid moet worden geboden kennis te nemen van die voorwaarden. Ook hier geldt dat dit van belang en nuttig is, onafhankelijk van de vraag welke gedragingen in het elektronisch rechtsverkeer nu precies als diensten van de informatiemaatschappij moeten worden beschouwd. Ook hierbij is het verwijzen naar de definitie daarvan derhalve niet zinvol geacht.

Artikel 3:15e BW

De leden van de fractie van de VVD vroegen of hun mening wordt gedeeld dat bij de meeste commerciële websites het commerciële karakter van de communicatie reeds als zodanig kenbaar is, zodat de houder van die website geen verdere actie hoeft te ondernemen om te voldoen aan het bepaalde in artikel 3:15e lid 1 onder a van het Burgerlijk Wetboek. Het is moeilijk in abstracto aan te geven of dit inderdaad bij de meeste commerciële websites het geval is, maar wij kunnen ons met deze leden voorstellen dat in veel gevallen onmiddellijk duidelijk zal zijn dat men met commerciële communicatie van doen heeft. Ook is het uiteraard zo dat een houder van een website die reeds nu voldoet aan het in artikel 3:15e lid 1 onder a genoemde vereiste dat de daarop voorkomende commerciële communicatie duidelijk als zodanig herkenbaar moet zijn, na de inwerkingtreding van het voorstel geen verdere actie behoeft te ondernemen op dit punt.

Artikel 6:196 BW

De leden van de VVD-fractie vroegen of een exploitant van een internet chatbox, ervan uitgaande dat het hier om een dienst van de informatiemaatschappij gaat, zich kan beroepen op de uitsluiting van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:196c lid 1 BW. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend, indien de exploitant van de chatbox louter informatie doorgeeft of toegang verschaft tot het communicatienetwerk. Doorgaans zal de exploitant van een chatbox echter ook schijfruimte op zijn servers ter beschikking stellen. Voor het eventueel onrechtmatige karakter van de bij hem opgeslagen informatie, kan hij ingevolge artikel 6:196c lid 4 BW niet aansprakelijk worden gehouden zolang hij daarvan niet weet of het redelijkerwijs moet vermoeden. Hij kan op grond van hetzelfde artikel evenmin aansprakelijk worden gehouden wanneer hij, zodra hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het onrechtmatige informatie betreft, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat artikel 6:196c lid 4 BW toepassing mist, indien de deelnemers aan de chatbox op gezag of onder toezicht van de exploitant van de chatbox handelen. De exploitant is dan namelijk geen «host» in de zin van de richtlijn en het wetsvoorstel. Het antwoord op de vraag of en, zo ja, in hoeverre hij aansprakelijk kan worden gehouden voor misbruik door derden van zijn dienstenaanbod, moet dan worden beoordeeld aan de hand van het commune civiele recht.

De conclusie van deze leden dat van de voorwaarden voor uitsluiting van aansprakelijkheid bij caching als vermeld in artikel 6:196c lid 3 BW de eerste vier voorwaarden met name betrekking hebben op de mogelijke aansprakelijkheid jegens de houder van de gecachte website, terwijl de laatste voorwaarde betrekking heeft op aansprakelijkheid jegens een

derde die schade lijdt ten gevolge van de inhoud van de gecachte website, komt ons niet juist voor. Artikel 6:196c lid 3 BW stelt in navolging van artikel 13 van de richtlijn dat een tussenpersoon die van derden afkomstige informatie automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaat om de latere doorgifte daarvan aan andere gebruikers van de dienst en op hun verzoek doeltreffender te maken, niet aansprakelijk kan worden gesteld als vijf cumulatieve voorwaarden zijn vervuld. In die niet-aansprakelijkheidsregeling wordt niet gedifferentieerd tussen aansprakelijkheid jegens de houder van de gecachte website en aansprakelijkheid jegens een derde die schade lijdt ten gevolge van de inhoud van de gecachte website. In beide gevallen dient aan alle vijf de voorwaarden te zijn voldaan voor een succesvol beroep op de onderhavige vrijwaring van aansprakelijkheid. De vraag van de aan het woord zijnde leden of uit het bepaalde in art. 6:196c lid 3 BW moet worden afgeleid dat er bij de doorgifte van een verouderde gecachte website een overeenkomst tot stand komt tussen de abonnee van een internet service provider en de houder van de website op grond van verouderde informatie, waarbij de vraag rijst of de houder van de website de schade kan verhalen op de internet service provider, moet ontkennend worden beantwoord. Als er inderdaad een overeenkomst tot stand is gekomen, dan kan de houder van de website zijn eventuele schade proberen te verhalen op de internet service provider die de verouderde informatie uit zijn cache-geheugen heeft verstrekt. Die internet service provider kan echter niet aansprakelijk worden gehouden, wanneer hij de vijf cumulatieve voorwaarden van artikel 6:196c lid 3 BW in acht heeft genomen. Als hij een of meer van die voorwaarden heeft veronachtzaamd, dan kan hij geen beroep doen op de vrijwaring van aansprakelijkheid. De vraag of, en zo ja in hoeverre, hij daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld door de houder van de website wordt niet door de richtlijn en, in het voetspoor daarvan, het voorstel geregeld. Met de leden van de VVD-fractie zijn wij van mening dat in het hierboven genoemde geval de vragen of er een overeenkomst tot stand is gekomen en, zo ja, wat de inhoud van deze overeenkomst is, dienen te worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke recht. Dit zal in het geval van het verlenen van een dienst van de informatiemaatschappij door een in Nederland gevestigde houder van een website en binnen het gecoördineerde gebied het Nederlandse recht zijn, behoudens de mogelijkheid van een rechtskeuze door partijen en het geval van een overeenkomst met een consument. Buiten het gecoördineerde gebied dient het toepasselijke recht te worden bepaald aan de hand van de gewone regels van internationaal privaatrecht (Zie ook onder artikel V).

Artikel 6:227a BW

De leden van de fractie van het CDA vroegen of de in de memorie van toelichting bij artikel 227a lid 1 BW gegeven nadere toelichting niet tot de onwenselijke situatie leidt dat het op voorhand niet duidelijk is voor contractspartijen of een elektronisch gesloten overeenkomst aan alle vier de cumulatieve eisen dient te voldoen om gelijk te worden gesteld met de schriftelijke overeenkomst. In de memorie van toelichting staat dat artikel 227a lid 1 vooral bedoelt aan te geven in welke gevallen bedoelde gelijkstelling *in ieder geval* plaatsvindt. Daarbij is aangetekend dat het niet ondenkbaar is dat de rechter daarnaast in een concreet geval tot de conclusie komt dat gelijkstelling op zijn plaats is, ook al is niet voldaan aan alle vier de genoemde voorwaarden. De gedachte hierachter is dat artikel 227a lid 1 beoogt enige criteria te geven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de in een bepaald geval gekozen elektronische wijze van totstandkoming een volwaardige (functionele) equivalent is van – dat wil zeggen gelijkwaardige waarborgen biedt als – de schriftelijkheidseis die voor de desbetreffende overeenkomst geldt. Aangezien de ratio van deze schriftelijkheidseis niet voor alle overeenkomsten hetzelfde

behoeft te zijn, zal voor equivalentie ook niet steeds en in alle gevallen voldaan hoeven zijn aan alle voorwaarden. Indien de schriftelijkheidseis bijvoorbeeld uitsluitend in de wet is opgenomen met het oog op de bewijsbaarheid van hetgeen tussen partijen is overeengekomen dan zou hieraan on-line ook reeds voldaan kunnen zijn indien de overeenkomst voldoet aan de eisen onder a en b. In deze zin ook het voorbeeld zoals opgenomen in de memorie van toelichting. Deze systematiek heeft het – gelet op de ratio van de richtlijn en het streven van de regering het elektronisch contracteren te bevorderen – grote voordeel dat voor het gebruik van de elektronische wijze van totstandkoming geen verdergaande belemmeringen worden opgeworpen dan voor de traditionele papieren overeenkomst. De door deze leden gesignaleerde mogelijke onzekerheid zou alleen kunnen worden weggenomen door alle overeenkomsten aan de zwaarste test te onderwerpen, hetgeen onnodig is en ook haaks zou staan op de bedoeling van de richtlijn het elektronisch contracteren te bevorderen. De bepaling biedt voorts duidelijkheid aan partijen in die zin dat indien aan alle voorwaarden is voldaan, steeds van bedoelde equivalentie sprake zal zijn, aangezien de vier voorwaarden zo zijn gekozen dat zij tezamen elke denkbare ratio voor een schriftelijkheidseis bestrijken.

Deze leden vroegen waarom de gelijkstelling niet is uitgebreid tot alle rechtshandelingen die verband houden met het sluiten van een overeenkomst langs elektronische weg en of dit betekent dat bepaalde handelingen nog schriftelijk dienen plaats te vinden. Uitgangspunt is op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving (nr. 337) dat een wetsvoorstel ter implementatie van een richtlijn alleen regels bevat die noodzakelijk zijn om de richtlijn uit te voeren. Hierdoor wordt voorkomen dat vertraging optreedt door bepalingen die niet tot het uitvoeren van de richtlijn behoren. De onderhavige richtlijn regelt slechts de juridische gelijkstelling van de elektronische vorm met een geschrift op het niveau van de (verbintenisscheppende) overeenkomst. Vandaar dat bij de implementatie nog niet alle rechtshandelingen die verband houden met elektronische gesloten overeenkomsten mee zijn genomen. Het gevolg daarvan is dat voor andere rechtshandelingen dan (verbintenisscheppende) overeenkomsten vooralsnog aan de hand van de bestaande bepalingen zal moeten worden bezien of en onder welke voorwaarden de desbetreffende rechtshandeling ook langs elektronische weg rechtsgeldig kan worden verricht. Het enkele feit dat in de wet het woord «schriftelijk» of een daarvan afgeleid woord is gebruikt, behoeft daaraan overigens niet steeds in de weg te staan. Zoals eerder aangekondigd is het de bedoeling om het privaatrecht op termijn zoveel mogelijk geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer. Daartoe zal worden overgegaan wanneer met de in dit voorstel opgenomen bepalingen, alsmede met recentelijk totstandgekomen wetgeving op dit terrein enige ervaring is opgedaan, zodat die ervaringen bij het ontwikkelen van eventuele verdere wetgeving kunnen worden meegenomen.

Met de leden van de fractie van het CDA zijn wij van mening dat de eis van raadpleegbaarheid van artikel 227a lid 1 sub a zowel dient te gelden vóór of op het moment van het sluiten van de overeenkomst als «ter latere kennisneming». Artikel 227a lid 1 sub a spreekt dan ook alleen van «raadpleegbaar zijn», het moment waarop dit het geval moet zijn is niet nader aangeduid. De raadpleegbaarheid is één van de vereisten waaraan wordt getoetst of een langs elektronische weg te sluiten overeenkomst gelijk dient te worden gesteld met een (papieren) overeenkomst die aan de desbetreffende wettelijke schriftelijkheidseis voldoet. Aangezien deze wettelijke schriftelijkheidseis uiteraard reeds geldt ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, geldt hetzelfde voor de vereisten van artikel 227a lid 1. De formulering in de toelichting – gekozen met het oog op de meest voor de hand liggende gang van zaken in de praktijk – doet daaraan uiteraard niet af.

Deze leden stelden eveneens de vraag naar de vorm waarin de overeenkomst raadpleegbaar moet zijn. Ik ben van mening dat cruciaal is dat de overeenkomst raadpleegbaar door partijen is; de wijze waarop hieraan vorm wordt gegeven is niet relevant. Hoewel het voor de hand ligt dat partijen in de praktijk om redenen van rechtszekerheid in veel gevallen een duurzame gegevensdrager zullen gebruiken, is het niet wenselijk geacht dit dwingend voor te schrijven. Ook hier dient bedacht te worden dat de richtlijn beoogt het elektronisch rechtsverkeer te bevorderen, hetgeen alleen lukt als onnodige vereisten zoveel mogelijk worden voorkomen, en zoveel mogelijk ruimte gelaten wordt voor andere technologische oplossingen dan de nu voorhanden zijnde of meest voor de hand liggende. Indien partijen derhalve op andere wijze aan dit wettelijk vereiste kunnen voldoen, behoort dat evenzeer te zijn toegestaan en tot het beoogde rechtsgevolg te leiden.

Artikel 227a lid 1 bepaalt dat overeenkomsten waarvoor een wettelijke schriftelijkheidseis geldt, ook langs elektronische weg tot stand kunnen komen, indien aan enkele eisen is voldaan. Met behulp van deze eisen kan worden bepaald of de wijze van totstandkoming langs elektronische weg een (functioneel) equivalent is van – dat wil zeggen dezelfde essentiële functies vervult als – de voorgeschreven schriftelijke vorm voor de off-line wereld. Een van de in artikel 227a lid 1 gestelde eisen is dat de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is, hetgeen er kort gezegd op neerkomt dat de overeenkomst tijdens de verzending geen wijzigingen mag hebben ondergaan. De leden van de fractie van het CDA vroegen waarom er niet voor is gekozen te bepalen dat een langs elektronische weg gesloten overeenkomst dient te worden vastgelegd in een elektronisch bestand dat voorzien is van een elektronische handtekening. Voorop moet worden gesteld dat het gebruik van een elektronische handtekening (als bedoeld in artikel 3:15a lid 1 BW) op zichzelf niet beschermt tegen wijzigingen. Slechts een bepaald soort elektronische handtekening, te weten de zogenoemde digitale handtekening, doet dat. Een digitale handtekening is een techniek waarbij door middel van het gebruik van publieke en private «sleutels» («public key» cryptografie) kan worden vastgesteld of er wijzigingen in een bestand zijn opgetreden tijdens de verzending. Deze techniek voorkomt dergelijke wijzigingen dus niet, maar biedt de ontvanger van het bericht wel de mogelijkheid vast te stellen of het bericht afkomstig is van de verzender, alsmede of het bericht tijdens de verzending gewijzigd is. Daarbij wordt niet aangegeven welke wijzigingen hebben plaatsgevonden; slechts dat er iets is gewijzigd. Het daadwerkelijk voorkómen van wijzigingen en inzage door derden tijdens de verzending van een bericht zou vormen van encryptie (versleuteling) vergen die, zo dit al mogelijk zou zijn, gelet op de inmiddels navenant toegenomen technologische mogelijkheden tot het «kraken» daarvan, voor het grootste deel van het elektronisch rechtsverkeer onnodig gecompliceerd en kostbaar zouden zijn. Het steeds eisen van het gebruik van een bepaalde elektronische handtekening of een bepaald soort encryptie, waarachter een uitgebreid pakket aan nadere technische eisen en voorschriften schuilgaat, is derhalve niet gerechtvaardigd geacht. Het zou ook afbreuk doen aan de technologie-neutrale wijze waarop de richtlijn is opgezet en uitgevoerd, en op gespannen voet staan met de geest van de richtlijn, die dergelijke eisen evenmin kent en daarmee bewust ruimte laat voor nieuwe technologische ontwikkelingen, ook op het gebied van authenticiteitsbeveiliging. Zoals hiervoor bij de eis van raadpleegbaarheid reeds is aangegeven, geldt ook voor de eis van authenticiteit dat het partijen uiteraard vrij staat gebruik te maken van (gekwalficeerde vormen van) elektronische handtekeningen of encryptie, maar indien zij met behulp van een andere oplossing aan het wettelijk vereiste van een voldoende gewaarborgde authenticiteit kunnen en willen voldoen, behoort dat evenzeer te zijn toegestaan en tot het beoogde rechtsgevolg te leiden.

Hiermee is tevens de vraag beantwoord van de leden van de fractie van het CDA of bij de derde eis van artikel 227a lid 1, inhoudende dat het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, niet bepaald had moeten worden dat er sprake moet zijn van een overeenkomst op een toegankelijke duurzame gegevensdrager die is ondertekend met een elektronische handtekening. Zoals uit de toelichtende stukken blijkt, is met de woorden «met voldoende zekerheid» beoogd aan te sluiten bij de mate van zekerheid die in dezelfde omstandigheden van een schriftelijke overeenkomst zou worden gevegd. In de praktijk zal dit veelal geen probleem vormen omdat een schriftelijke overeenkomst pleegt te worden gedateerd waardoor een zeker inzicht wordt geboden in het moment waarop de overeenkomst tot stand kwam. Waar dit niet of onvoldoende duidelijk het geval is en partijen van mening verschillen over de vraag of en wanneer de overeenkomst schriftelijk tot stand is gekomen, zal het antwoord zowel off-line als on-line afhangen van de vraag of het moment van totstandkomen van het geschrift met andere middelen kan worden bewezen. De in artikel 227a lid 1 sub c bedoelde eis brengt een en ander tot uitdrukking zonder partijen onnodig te beperken in de wijze waarop bedoelde zekerheid wordt verkregen.

De vierde eis van artikel 227a lid 1 bepaalt dat de identiteit van de partijen met voldoende zekerheid moet kunnen worden vastgesteld. Ook hier is met de woorden «met voldoende zekerheid» beoogd aan te duiden dat een mate van zekerheid volstaat die in dezelfde omstandigheden van een schriftelijke overeenkomst zou worden gevegd. Met behulp van het woord «voldoende» kan hier de grens op de juiste plaats worden getrokken. Ook off-line zal immers de vraag wie de partijen bij de overeenkomst zijn, uiteindelijk steeds moeten kunnen worden beantwoord. Het antwoord op de vraag van het CDA hoe met de identiteitsvraag moet worden omgegaan indien bijvoorbeeld geen ondertekening is vereist, luidt dan ook dat in die gevallen de identiteit van partijen, zo daarover onduidelijkheid bestaat, op een andere wijze met voldoende zekerheid moet kunnen worden vastgesteld. Bedacht dient te worden dat ondertekening slechts één van de wijzen is waarop de identiteit van partijen bij een overeenkomst met enige zekerheid kan worden vastgesteld. In de praktijk zal deze bepaling dan ook niet snel een probleem vormen. Ook bij een mondeling gesloten overeenkomst ontbreekt uiteraard een handtekening en kan de identiteit van partijen in de praktijk lastig te bewijzen zijn, maar dat neemt niet weg dat deze in beginsel rechtsgeldig is.

Het feit dat ingevolge artikel 227a lid 1 de identiteit van de partijen *met voldoende zekerheid* moet kunnen worden vastgesteld, biedt ook ruimte aan de in artikel 8 lid 3 van de richtlijn inzake elektronische handtekeningen geboden mogelijkheid dat certificatieinstanties op het certificaat een pseudoniem vermelden in plaats van de werkelijke naam van de ondertekenaar. Dit maakt het voor een ondertekenaar in beginsel mogelijk om een elektronische handtekening te plaatsen onder een langs elektronische weg gesloten overeenkomst zonder daarbij zijn identiteit prijs te geven. Beslissend is steeds of op enig moment – bijvoorbeeld het moment waarop dit door een van de partijen wordt betwist of waarop dit voor de uitvoering van de overeenkomst van belang is – de identiteit met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Het kan zijn dat een partij er belang bij heeft zijn identiteit niet of vooralsnog niet prijs te geven. Dit kan zowel off-line als on-line het geval zijn, waarbij in het laatste geval ook aan zogenoemde elektronische marktplaatsen kan worden gedacht. Of in een dergelijk geval een overeenkomst tot stand kan komen, zal in de eerste plaats afhangen van de vraag of de wederpartij bereid is tot het sluiten van een overeenkomst met iemand wiens identiteit hij niet kent, hetgeen vooral door de aard van de te sluiten overeenkomst zal worden bepaald. Indien dit voor de wederpartij geen bezwaar is, staat dit in

beginsel niet aan de geldigheid van de overeenkomst in de weg. Wel kan het uiteraard gemakkelijk tot problemen van praktische aard leiden, bijvoorbeeld indien er problemen tussen partijen rijzen of indien uitvoering van de overeenkomst niet kan plaatsvinden zolang de identiteit van de wederpartij niet bekend is. Denkbaar is uiteraard dat in dit soort problemen wordt voorzien in afspraken met de beheerder van de elektronische marktplaats.

De leden van de fractie van de VVD vroegen of onder het begrip «overeenkomst» in artikel 227a lid 1 sub b dient te worden verstaan de elektronische communicaties betreffende (eventueel de uitnodiging tot het doen van een aanbod,) het aanbod en aanvaarding. Uitgangspunt is dat een overeenkomst ingevolge artikel 6:217 BW tot stand komt door middel van een aanbod en de aanvaarding daarvan. Aanbod en aanvaarding zijn rechtshandelingen. Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (art. 3:33), welke verklaring in beginsel vormvrij is (art. 3:37 lid 1). Wettelijk kan echter worden bepaald dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand kan komen. Voor die gevallen beoogt artikel 227a lid 1 enige criteria te geven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de in een bepaald geval gekozen elektronische wijze van totstandkoming een volwaardige (functionele) equivalent is van – dat wil zeggen gelijkwaardige waarborgen biedt als – de schriftelijkheidseis die voor de desbetreffende overeenkomst geldt. Onder «overeenkomst» in artikel 227a lid 1 sub b moet dan ook hetzelfde worden verstaan als wat met een schriftelijk vastgelegde overeenkomst is bedoeld. Daarbij dient te worden bedacht dat het juridisch denkschema van aanbod en aanvaarding een schematische weergave is van de veelal gecompliceerde werkelijkheid van het contracteren. Voorop staat, dat de «overeenkomst» kan worden vastgelegd op velerlei wijzen, zolang maar duidelijk is dat sprake is van wilsovereenstemming tussen partijen. Doorgaans zullen partijen de overeenkomst vastleggen als een elektronische versie van wat off-line een getekend contract is, waarin de afzonderlijke wilsverklaringen niet meer zichtbaar zijn, maar waaraan partijen zich beiden hebben verbonden. In dat geval zal het, om tot de conclusie te kunnen komen dat – en waaromtrent – wilsovereenstemming bestaat, in beginsel niet nodig zijn een kopie van de website te bewaren en op zodanige wijze op te slaan dat de authenticiteit daarvan in voldoende mate is gewaarborgd. Het is echter ook mogelijk, hoewel wellicht in de praktijk omslachtiger, dat de afzonderlijke, op elkaar aansluitende (wils-)verklaringen worden vastgelegd, die in onderling verband bezien leiden tot de conclusie dat sprake is van wilsovereenstemming tussen partijen. In dit laatste geval zal alleen dán een kopie van de website in authentieke vorm moeten worden bewaard, indien dit nodig is voor het aantonen van de betreffende wilsverklaringen. Daarnaast kan het uiteraard onder omstandigheden voor (een of meer) partijen verstandig zijn dit te doen, bijvoorbeeld wanneer dit van belang is voor een juiste interpretatie van de betreffende wilsverklaringen. Ten aanzien van de uitnodiging tot het doen van een aanbod geldt iets soortgelijks. Voorop staat dat dit geen «aanbod» in de zin van artikel 217 lid 1 is, maar wel is mogelijk dat een juiste uitleg van een «aanbod» dat is gevolgd op een dergelijke uitnodiging, mede wordt bepaald door de inhoud van die voorafgaande uitnodiging tot het doen van een aanbod. In dat geval is deze dus medebepalend voor de inhoud van de gesloten overeenkomst en is vastlegging ook daarvan in het belang van (een of meer) partijen.

Deze leden vroegen of niet ook waarborgen zouden moeten worden gesteld aan het transport van communicaties over het communicatienetwerk. Zo vroegen zij zich af of in bepaalde gevallen niet de eis zou moeten worden gesteld dat de dienstverlener zorgdraagt voor een beveiligde verbinding tussen hem en de wederpartij door middel van een Secure Socket Layer. Zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, is de in

voldoende mate gewaarborgde authenticiteit van de overeenkomst een belangrijke voorwaarde waaraan, doorgaans nadat zich een geschil hieromtrent voordoet, zal worden getoetst of de wijze waarop een overeenkomst langs elektronische weg is totstandgekomen een functioneel equivalent vormt van de voor de off-line wereld bestaande eis van schriftelijkheid. Deze eis wordt gesteld in verband met de wenselijkheid enerzijds in het algemeen voldoende te verzekeren dat tijdens de verzending geen ongewenste wijzigingen op zijn getreden, maar anderzijds aan partijen zoveel mogelijk vrijheid te laten om te bepalen welke mate van veiligheid zij in het desbetreffende geval noodzakelijk achten voor de verzending. Het verplicht stellen van technische beveiligingseisen voor de toepasselijkheid van artikel 227a lid 1 is ongerechtvaardigd en onwenselijk. Een dergelijke verplichting zou afbreuk doen aan de technologie-neutrale wijze van uitvoering van de richtlijn, aangezien daardoor slechts één bepaalde technologie of werkwijze wettelijke goedkeuring zou verkrijgen, terwijl denkbaar is dat ook andere methoden het doel van voldoende authenticiteit kunnen bereiken. Bovendien zou een dergelijke verplichting de nodige kosten voor partijen met zich meebrengen die in veel gevallen niet noodzakelijk zijn. Slechts voor een fractie van de talloze overeenkomsten die langs elektronische weg worden gesloten, zal immers de hoogst mogelijke mate van betrouwbaarheid zijn vereist. Indien partijen dit, bijvoorbeeld met het oog op de aard of het belang van de desbetreffende overeenkomst, wenselijk vinden, staat het hen uiteraard vrij dergelijke veiligheidsmaatregelen overeen te komen en te nemen.

Artikel 6:227b BW

De leden van de CDA-fractie stelden dat de formulering van artikel 227b lid 1 de mogelijkheid openlaat dat ook aan de verplichting tot informatieverstrekking is voldaan indien de informatie wordt verstrekt na de order, doch vóór de acceptatie daarvan en vroegen of er een verschil bestaat tussen de richtlijn en het wetsvoorstel op dit punt. Artikel 10 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat de dienstverlener informatie dient te verstrekken voordat de afnemer van de dienst (wederpartij) zijn order plaatst. Bij de implementatie van de artikelen 10 en 11 van de richtlijn is niet aangeknoopt bij het in de richtlijn gehanteerde begrip «order» omdat het Burgerlijk Wetboek dit begrip niet kent. Het zou tot verwarring leiden indien het voorstel het begrip «order» zou hanteren als aanknopingspunt voor verplichtingen die in beginsel in het kader van de totstandkoming van alle overeenkomsten langs elektronische weg gelden. Het begrip «order» wordt in de richtlijn ook niet gedefinieerd en de precieze inhoud daarvan is dus niet geheel duidelijk, waarbij het laatste woord daarover aan het Europese Hof van Justitie is. Gelet op tekst en strekking van de artikelen 10 en 11 van de richtlijn kan echter worden aangenomen dat (mede) gedacht is aan een wilsuiting waardoor – in het systeem van de richtlijn – na enkele bevestiging daarvan door de aanbieder een overeenkomst tot stand kan komen. Deze artikelen vereisen immers dat onder meer bepaalde informatie, die voor een juiste wilsvorming van de afnemer en ter voorkoming van ongewild contracteren door deze van belang is, wordt verstrekt voordat de «order» wordt geplaatst. Een redelijke uitleg brengt dan ook mee dat indien informatie volgens het voorstel vóór de totstandkoming van de overeenkomst moet worden verstrekt, dit betekent dat deze informatie moet worden verstrekt vóór het moment waarop de afnemer zijnerzijds alle handelingen heeft verricht die voor het totstandkomen van een overeenkomst nodig zijn. Alleen zo wordt immers recht gedaan aan de strekking van deze bepalingen, te verzekeren dat de afnemer mede op basis van die informatie een reële mogelijkheid heeft gehad om van de overeenkomst af te zien, dan wel te voorkomen dat hij daaraan ongewild gebonden raakt.

De leden van de VVD-fractie vroegen of uit het woord «verstrekken» in artikel 227b lid 1 mag worden afgeleid dat niet kan worden volstaan met een hyperlink naar een pagina op de website waar de betreffende gegevens zijn opgenomen. Artikel 227b lid 1 bepaalt dat ten minste op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie dient te worden verstrekt over de in de sub a tot en met e genoemde onderwerpen voordat een overeenkomst tot stand komt. De ratio van deze verplichting is het bevorderen van transparantie voor afnemers, waardoor onder meer wordt voorkomen dat overeenkomsten langs elektronische weg onbedoeld of met een onbedoelde inhoud tot stand komen. Waar het dus om gaat is dat de dienstverlener de afnemer in staat stelt kennis te nemen van bedoelde informatie, die van belang is voor de beslissing van de afnemer tot het al of niet aangaan van de overeenkomst. Indien dit kan geschieden met behulp van een hyperlink bestaat daartegen geen bezwaar, waarbij mede van belang is dat de richtlijn deze wijze van informatieverstrekking niet verbiedt.

Deze leden wensten een uiteenzetting over de toepassing van artikel 227b lid 1 in het geval dat een communicatie op een website dient te worden beschouwd als een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Voorop kan worden gesteld dat de artikelen 10 en 11 van de Richtlijn geschreven lijken met het oog op het andere, veel voorkomende geval van een website die een aanbod van de dienstverlener bevat, dat door de afnemer kan worden aanvaard (door het plaatsen van een «order»), waarna vervolgens artikel 11 nog een bevestiging daarvan door de dienstverlener voorschrijft. Zoals hierboven is uiteengezet, moet artikel 227b lid 1 geleet op de ratio daarvan aldus worden verstaan dat indien informatie volgens het voorstel vóór de totstandkoming van de overeenkomst moet worden verstrekt, dit betekent dat deze informatie moet worden verstrekt vóór het moment waarop de afnemer zijnerzijds de handelingen heeft verricht die voor het totstandkomen van de overeenkomst nodig zijn. In het door deze leden bedoelde geval brengt dat mee dat de informatie in ieder geval moet worden verstrekt vóórdat de afnemer een als een aanbod te kwalificeren verklaring uitbrengt aan de dienstverlener, hetgeen er in de praktijk op neer zal komen dat bedoelde informatie reeds wordt verstrekt bij de uitnodiging tot het doen van een aanbod.

De leden van de fractie van de VVD vroegen of uit artikel 227 lid 1 onder b voortvloeit dat als dienstverleners de met hen gesloten overeenkomsten archiveren, zij verplicht zijn deze open te stellen voor de wederpartij. Dat is niet het geval. Artikel 10 lid 1 onder b van de richtlijn, omgezet in artikel 227b lid 1 onder b, beoogt zeker te stellen dat de dienstverlener de afnemer uitsluitend geeft over de vraag of de gesloten overeenkomst door hem zal worden gearchiveerd en of deze toegankelijk zal zijn voor de afnemer. Deze informatie stelt de wederpartij in staat te beslissen of hij de betreffende overeenkomst zelf moet archiveren of niet. Het doel van deze bepaling is derhalve niet om te verzekeren dát de overeenkomst zal worden gearchiveerd en evenmin om de afnemer toegang te verzekeren tot de gearchiveerde overeenkomst. Tot enige verplichting van de dienstverlener daartoe geeft de bepaling dan ook geen aanleiding.

Deze leden vroegen tevens of hun veronderstelling juist is dat voor een houder van een website geen verplichtingen voortvloeien uit artikel 227b lid 1 sub d indien overeenkomsten alleen kunnen worden gesloten in de taal waarin de website is opgesteld. Artikel 227b lid 1 onder d bepaalt dat de dienstverlener op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie dient te verstrekken aan zijn wederpartij over de vraag in welke talen de overeenkomst kan worden gesloten. Vooropgesteld moet worden dat de richtlijn, en ook deze bepaling, op dit punt geen onderscheid maakt tussen websites die slechts in één taal zijn opgesteld en websites die een taalkeuzemogelijkheid kennen. De bepaling geldt derhalve voor alle websites. Hoewel het laatste woord hierover uiteraard aan de rechter is, kan wel worden gesteld dat het niet zeer voor de hand ligt om van een

website die geheel in slechts één taal is gesteld, nog eens te eisen dat deze uitdrukkelijk vermeldt dat dit ook de enige taal is waarin met gebruikmaking van die website overeenkomsten kunnen worden gesloten. Dit zal echter anders kunnen liggen indien de website wel verschillende talen gebruikt, maar slechts in één daarvan kan worden gecontracteerd, omdat in dat geval het gevaar van verwarring hieromtrent bij de afnemer wel aanwezig is.

De leden van de CDA-fractie vroegen in verband met het bepaalde in artikel 6:227b lid 1 sub b wat is bedoeld met het begrip «de voorwaarden van de overeenkomst, niet zijnde de algemene voorwaarden» in lid 2 van dat artikel. De bepaling spreekt van «niet zijnde de algemene voorwaarden als bedoeld in artikel 6:231», hetgeen beoogt aan te duiden dat op grond van dit lid alle voorwaarden van de overeenkomst die niet zijn algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 op de voorgeschreven wijze aan de afnemer ter beschikking moeten worden gesteld. Het zal hierbij in de praktijk gaan om de zogenoemde kernbedingen van de overeenkomst en om eventuele overige bedingen die niet in algemene voorwaarden zijn neergelegd. Dit wetstechnisch onderscheid is aangebracht omdat bij de implementatie van artikel 10 lid 3 van de richtlijn – welk artikel betrekking heeft op zowel algemene voorwaarden als andere voorwaarden – is aangesloten bij het feit dat het Burgerlijk Wetboek inzake algemene voorwaarden een aparte afdeling kent. Ten aanzien van algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 is de regel van artikel 10 lid 3 van de richtlijn daarom opgenomen in het nieuw voorgestelde onderdeel c van lid 1 van artikel 6:234. Hierbij dient te worden bedacht dat ingevolge het voorstel tevens het woord «schriftelijke» in deze bepaling wordt geschrapt, teneinde buiten twijfel te stellen dat het in afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 BW omtrent algemene voorwaarden bepaalde ook van toepassing is indien de overeenkomst langs elektronische weg totstandkomt.

In tegenstelling tot deze leden menen wij dat de keuzeruimte van artikel 227b lid 1 sub b niet zoveel te maken heeft met het bepaalde in artikel 6:234 lid 1 sub c en daardoor in ieder geval niet wordt aangetast. De artikelen 6:227b lid 2 en 6:234 lid 1 onder c geven tezamen uitvoering aan artikel 10 lid 3 van de richtlijn en verplichten de dienstverlener om voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de afnemer ter beschikking te stellen datgene waartoe partijen zich over en weer verbinden («de voorwaarden en algemene voorwaarden van de overeenkomst»). Zoals hierboven uiteengezet, verplicht artikel 227b lid 1, welk artikel uitvoering geeft aan artikel 10 lid 1 onder b, de dienstverlener er daarnaast slechts toe zijn wederpartij te informeren over de vraag of hij de overeenkomst zal archiveren en, indien dat het geval is, over de vraag of de aldus gearchiveerde overeenkomst voor de wederpartij raadpleegbaar zal zijn. Het verstrekken van deze informatie is dus verplicht, niet het archiveren of raadpleegbaar doen zijn zelf. Afhankelijk van de keuze en mededeling van de dienstverlener in dit opzicht, kan de wederpartij besluiten al dan niet zelf tot archivering van de overeenkomst over te gaan. Tot een dergelijke archivering dient de wederpartij echter wel in staat te zijn en daarom verplichten de artikelen 227b lid 2 en 234 lid 1 sub c de dienstverlener de algemene en overige voorwaarden op een dusdanige manier ter beschikking te stellen dat de wederpartij deze kan opslaan ten behoeve van latere kennisneming.

Voor de wijze waarop de (algemene) voorwaarden kunnen worden opgeslagen is van belang te bedenken dat sinds de totstandkoming van de richtlijn de technologische ontwikkeling is doorgedaan. Dat heeft er onder meer in de mobiele communicatie toe geleid dat toegang tot Internet via de telefoon mogelijk is. Zoals reeds in de memorie van toelichting is aangegeven en zoals de leden van het CDA ook opmerken, is daardoor een aantal vragen gerezen met betrekking tot het voldoen aan

de wettelijke verplichtingen voortvloeiend uit de richtlijn. Dat speelt bijvoorbeeld een rol bij de mobiele telefoon omdat daarmee slechts een zeer beperkt aantal karakters (tegelijkertijd) kan worden weergegeven en opgeslagen. Gebruikers van deze nieuwe technologieën zullen moeten zoeken naar een goede wijze om aan de voorschriften te voldoen, aangezien de richtlijn ook op deze gevallen van toepassing is. Leidend bij het beoordelen van de gekozen wijze zal steeds zijn dat de bepaling beoogt te verzekeren dat afnemers van datgene waartoe partijen zich bij de overeenkomst over en weer verbinden, kennis moeten kunnen nemen en moeten kunnen opslaan om daarvan op een later tijdstip, bijvoorbeeld in verband met een probleem inzake de nakoming van de overeenkomst, nog eens kennis te kunnen nemen. Omdat deze verplichting in het geval van nieuwe technologieën in de praktijk vooral een probleem zal vormen bij het gebruik van algemene voorwaarden, is in artikel 234 lid 1 sub c – analoog aan de uitzondering onder b voor het off-line rechtsverkeer – opgenomen dat, indien ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden op de voorgeschreven wijze niet mogelijk is, de gebruiker daarvan (dienstverlener) vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij bekend mag maken waar van de algemene voorwaarden langs elektronische weg kennis kan worden genomen alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden. Zo zou bijvoorbeeld via een sms-bericht kunnen worden verwezen naar een website waar de desbetreffende algemene voorwaarden staan opgenomen.

De leden van de fractie van het CDA vroegen wat moet worden verstaan onder een gedragscode als bedoeld in artikel 227b lid 1 onder c waarbij wij ervan uitgaan dat deze leden doelen op het bepaalde onder e. Voorts vroegen deze leden of deze gedragscodes, voor zover zij juridisch bindend zijn, in feite reeds deel uitmaken van de voorwaarden als bedoeld in artikel 227b lid 2. Gedacht kan worden aan gedragscodes die het medium zelf betreffen zoals de Model Gedragscode voor Elektronisch Zakendoen, maar ook aan gedragscodes die specifiek zijn toegeschreven op het beroep of bedrijf van de betreffende dienstverlener of de activiteiten die deze uitoefent, zoals gedragscodes voor bijvoorbeeld artsen, apothekers, advocaten, accountants en vastgoedmakelaars. Dergelijke gedragscodes kunnen ook (mede) een specifiek onderwerp bevatten, zoals een buitengerechtelijke geschillenregeling. Het gaat hier om gedragscodes met een vrijwillig karakter, hetgeen is weerspiegeld in de bepaling, waar deze spreekt van «gedragscodes waaraan hij (de dienstverlener) zich heeft onderworpen». Hoewel een gedragscode waaraan de dienstverlener zich heeft onderworpen rechten en verplichtingen voor de dienstverlener meebrengt die ook van belang kunnen zijn in het kader van (de uitvoering van) de elektronisch gesloten overeenkomst met een afnemer, wijst in ieder geval de separate verplichting van artikel 10 lid 2 van de richtlijn, uitgevoerd in artikel 6:227b lid 1 onder e erop dat (de inhoud van) deze gedragscodes niet bedoeld zijn te vallen onder lid 2 van artikel 6:227b. Voor zover gedragscodes denkbaar zijn die ook tegen de wil van de dienstverlener juridisch bindend zijn, behoren deze tot het objectieve recht dat geldt onafhankelijk van de vraag of het in (de voorwaarden van) de overeenkomst is opgenomen.

De leden van de VVD-fractie vroegen of bij de verplichting ingevolge artikel 227b lid 2 kan worden volstaan met een webpagina waarop de betreffende voorwaarden zijn vermeld en die aan de wederpartij wordt gepresenteerd voor het sluiten van de overeenkomst door het aanklikken van de «ok»-knop. Ingevolge artikel 227b lid 2 dient de dienstverlener de voorwaarden van de overeenkomst aan de wederpartij op een zodanige wijze ter beschikking te stellen dat deze door de wederpartij kunnen worden opgeslagen zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Indien de wederpartij in het door deze leden

gegeven voorbeeld in staat is de betreffende voorwaarden op te slaan zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming, is voldaan aan de eisen van artikel 227b lid 2 en bestaat hiertegen derhalve geen bezwaar.

Deze leden vroegen voorts of artikel 227b lid 2 in de praktijk geen wassen neus zal blijken te zijn omdat het recht op ontbinding krachtens lid 5 van dat artikel vervalt zodra de desbetreffende informatie door de dienstverlener alsnog is toegezonden. Artikel 227b lid 2 bepaalt dat een dienstverlener de voorwaarden van de overeenkomst aan zijn wederpartij ter beschikking dient te stellen op een manier die het voor de wederpartij mogelijk maakt deze op te slaan ten behoeve van latere kennisneming. Het gaat hier om een informatieverplichting die met name beoogt te verzekeren dat de afnemer hetgeen hij overeengekomen is in een later stadium nog eens rustig kan doorlezen, bijvoorbeeld in verband met een bij de uitvoering van de overeenkomst gerezen probleem. Zo gezien is het geen groot bezwaar indien aan deze verplichting kort na de totstandkoming van de overeenkomst worden nageleefd. Niettemin is het een uit de richtlijn voortvloeiende verplichting en is ter aansporing van de dienstverlener in deze de ontbindingsmogelijkheid van 227b lid 5 opgenomen. Overigens dient men in deze wel het onderscheid voor ogen te houden tussen het totstandkomen van een overeenkomst door wilsovereenstemming tussen partijen en het op een bepaalde wijze verstrekken van informatie omtrent het overeengekomene. Het hierboven gestelde doet uiteraard niets af aan het feit dat hetgeen waaromtrent ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tussen partijen wilsovereenstemming bestaat de inhoud van de gesloten overeenkomst bepaalt. Anders gezegd, als de dienstverlener op de door deze leden beschreven wijze aan de afnemer voorwaarden doet toekomen die voor of bij het sluiten van de overeenkomst niet aan de afnemer bekend waren of waarmee de afnemer niet heeft aangegeven akkoord te gaan, dan maken die voorwaarden, alsnog verstuurd of niet, eenvoudigweg geen deel uit van de gesloten overeenkomst.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of de redelijkheid niet meebrengt dat indien de wederpartij gebruik wenst te maken van de mogelijkheid tot vernietiging, hij daartoe onverwijld over zou moeten gaan zodra hij op de hoogte is geraakt van het feit dat de overeenkomst onbedoeld is gesloten. Zij vroegen voorts of deze vernietiging in bepaalde gevallen ertoe kan leiden dat de overeenkomst wordt vernietigd, terwijl de prestatie reeds is geleverd en de prestatie naar haar aard niet meer ongedaan kan worden gemaakt, waarbij het voorbeeld van een kraslot werd genoemd. De eerste vraag moet in zijn algemeenheid ontkennend worden beantwoord. Hoewel, zowel on-line als off-line, denkbaar is dat onder omstandigheden een beroep op vernietigbaarheid van een overeenkomst in strijd komt met redelijkheid en billijkheid (rechtsverwerking), moet dit niet te snel worden aangenomen en ook de verjaringstermijn van drie jaar is voor vernietigbaarheden in het Burgerlijk Wetboek een volstrekt gebruikelijke (men vergelijk artikel 3:52 BW). Bedacht dient te worden dat een vernietigbaarheid is geschreven ter bescherming van degene die zich daarop kan beroepen, waarbij het gaat om een bevoegdheid. Dat dit, zoals deze leden suggereerden, onder omstandigheden kan leiden tot situaties waarin bepaalde prestaties lastig of niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden, mag juist zijn, maar dit geldt evenzeer voor het off-line rechtsverkeer, waar evenmin een gehoudenheid tot onverwijld vernietigen zoals door deze leden voorgesteld wordt aangenomen. Overigens dient te worden bedacht dat het vermogensrecht een aantal bepalingen kent waarmee deze gevallen op een bevredigende wijze kunnen worden opgelost. Men vergelijk de artikelen 3:53 en volgende, alsmede de artikelen 6:210 en 6:211 van het Burgerlijk Wetboek.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of het eerste lid meebrengt dat een wederpartij die per ongeluk op de bestelbutton heeft geklikt deze handeling ook na het plaatsen van de bestelling nog kan herstellen. Artikel 227c lid 1 is ingegeven door de gedachte dat voorkomen moet worden dat consumenten door het per ongeluk of anderszins ongewild aanklikken van een button aan een overeenkomst gebonden raken, hetgeen hun vertrouwen in het elektronisch rechtsverkeer zou kunnen schaden. De dienstverlener moet zijn wederpartij daarom passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking stellen waarmee hij invoerfouten kan opsporen en corrigeren voordat de overeenkomst tot stand komt. Een dienstverlener zou hier bijvoorbeeld aan kunnen voldoen door vóórdat de overeenkomst door de wederpartij definitief wordt aanvaard aan deze laatste een overzicht te verstrekken van de aangeklikte buttons, alsmede de gelegenheid te geven om eventueel ongewenst aangeklikte buttons ongedaan te maken, waarna een definitieve bevestiging en eventueel een herbevestiging zou kunnen worden gevraagd. Op deze wijze kan, door een verstandige opzet van de website, de kans dat een overeenkomst «per ongeluk» wordt gesloten worden geminimaliseerd. Overigens is natuurlijk wel duidelijk dat in het elektronisch rechtsverkeer altijd één klik de laatste zal zijn die de overeenkomst tot stand doet komen en dat met die klik het beschermingsbereik van de bepaling eindigt. De opzet van het voorstel is, in navolging van de richtlijn, zodanig dat de kans dat die laatste klik ongewild of «per ongeluk» wordt verricht minimaal is, maar geheel uit te sluiten valt dit uiteraard niet.

De leden van de fractie van de VVD vroegen om een uiteenzetting over artikel 227c lid 1 voor het geval er sprake is van een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Of er sprake is van een aanbod in de zin van artikel 6:217 of slechts een uitnodiging om in onderhandeling te treden of een uitnodiging tot het doen van een aanbod zal, net als in de off-line wereld, door de omstandigheden van het geval worden bepaald. Indien sprake is van een uitnodiging om in onderhandeling te treden of een uitnodiging tot het doen van een aanbod, kan de eventuele reactie daarop van een afnemer niet worden gekwalificeerd als een «aanvaarding» met de totstandkoming van een overeenkomst als gevolg, maar houdt deze reactie hooguit een aanbod in dat door de dienstverlener kan worden aanvaard of verworpen. Evenals in de off-line wereld zal bijvoorbeeld degene die aankondigt dat zijn huis voor een bepaalde som te koop of te huur is, niet gehouden zijn als koper of huurder te aanvaarden wie zich maar bereid verklaart de koopprijs of huurprijs te betalen. Een dergelijk «aanbod» houdt immers naar gangbare opvattingen, gelet op de aard van de te sluiten overeenkomst en de daarmee gemoeide belangen van de verkoper, niet meer in dan een uitnodiging om in onderhandeling te treden. De verplichting van artikel 227c lid 1 geldt voor degene die een dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3 verleent. In het verband van deze bepaling is daarbij vooral gedacht aan degene die een website gebruikt voor het aanbieden van zaken of diensten. Die website zal veelal zo zijn ingericht dat de aanbiedingen daarop ook daadwerkelijk een «aanbod» in juridische zin zijn, dat door een afnemer kan worden aanvaard. Ook echter wanneer de website zo is ingericht dat geen sprake is van een aanbod in juridische zin, geldt de bepaling. Het is voor toepasselijkheid van de bepaling ook niet nodig dat de (uiteindelijke) aanvaarding van de afnemer uitgaat. De dienstverlener zal dus moeten zorgen dat de afnemer op het moment waarop deze reageert op de website de in de bepaling bedoelde middelen ter beschikking heeft, en tevens dat de afnemer deze ter beschikking houdt tot het moment waarop de overeenkomst tot stand komt.

De leden van de fractie van het CDA merkten op dat in de literatuur wel de stelling wordt verdedigd dat de reikwijdte van artikel 227c lid 2 veel

ruimer lijkt te worden door in plaats van het begrip «order» gebruik te maken van de algemene begrippen aanbod en aanvaarding, aangezien onder dat laatste ook valt de aanvaarding van algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de toegang tot en het gebruik van de website. Zoals wij hiervoor reeds hebben opgemerkt is het begrip «order» in de richtlijn niet gedefinieerd en ook het Burgerlijk Wetboek kent dit begrip niet. Gelet op de tekst en de strekking van de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn kan echter worden aangenomen dat (mede) gedacht is aan een wilsuïting waardoor, na enkele bevestiging daarvan door de aanbieder, een overeenkomst tot stand kan komen. Er is dan ook voor gekozen om aan te sluiten bij het bestaande begrippenapparaat van de wet en wij voorzien in dit opzicht geen problemen.

Deze leden merken terecht op dat er in de richtlijn en derhalve in navolging daarvan in het wetsvoorstel verschil wordt gemaakt tussen overeenkomsten die tot stand komen via websites en overeenkomsten die uitsluitend tot stand zijn gekomen door de uitwisseling van e-mails of een soortgelijke vorm van elektronische communicatie. Op deze laatste overeenkomsten zijn ingevolge de artikelen 227b lid 3 en 227c lid 4 de verplichtingen van de artikelen 227b lid 1 (informatieplichten) en 227c leden 1 (herstelbaarheid) en 2 (versturen ontvangstbevestiging door dienstverlener) niet van toepassing. De reden van deze uitzonderingen is dat de richtlijn alleen van toepassing is op diensten van de informatiemaatschappij. Daaronder vallen alle diensten die gewoonlijk tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer van diensten worden verricht (artikel 3:15d lid 3). Dat heeft tot gevolg dat het gebruik van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie, bijvoorbeeld door natuurlijke personen voor doeleinden die buiten hun beroepsactiviteiten vallen, met inbegrip van het gebruik van deze communicatiemiddelen voor het afsluiten van contracten tussen deze personen, geen dienst van de informatiemaatschappij is (rechtsoverweging 18 van de richtlijn). De ratio van dit onderscheid is dat partijen die direct met elkaar communiceren via elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie meer vrijheid kunnen en dienen te hebben om te bepalen onder welke omstandigheden zij een overeenkomst tot stand willen laten komen, uiteraard binnen de grenzen van het geldende recht. Dat ligt anders bij overeenkomsten die tot stand komen via websites, waar meer waarborgen gewenst zijn. Dat aan deze bescherming wordt gehecht, blijkt ook uit rechtsoverweging 39, die bepaalt dat de in deze richtlijn opgenomen uitzonderingen op de bepalingen voor contracten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie gesloten zijn, voor wat betreft de te verstrekken informatie en het plaatsen van orders, er niet toe mogen leiden dat aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij deze bepalingen omzeilen.

In het door deze leden gegeven voorbeeld waarbij een dienstverlener de wederpartij een e-mail stuurt met daarin een aanbod waarin wel alle essentiële informatie is opgenomen, maar waar voor verdere productinformatie naar de website wordt verwezen, is sprake van een overeenkomst die uitsluitend door middel van uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand is gekomen. De essentiële informatie wordt immers via de elektronische post uitgewisseld waarbij slechts voor meer informatie wordt verwezen naar een website. Of die verwijzing plaatsvindt door middel van een hyperlink of slechts door een tekstuele verwijzing is in dit verband niet relevant. Doorslaggevend is of de overeenkomst via een website of uitsluitend via elektronische post of soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand komt.

De leden van de fractie van de VVD wensten een uiteenzetting van de

verhouding tussen artikel 227c lid 3 en artikel 3:37 lid 3 BW. Artikel 3:37 lid 3 hanteert als algemeen criterium, dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Artikel 11 lid 1 van de richtlijn bepaalt echter dat de order en het ontvangstbewijs worden geacht te zijn ontvangen, wanneer deze «toegankelijk» zijn voor de partijen tot wie zij zijn gericht. Het criterium van artikel 37 lid 3, het «hebben bereikt», leek in verband met deze andersluidende bewoordingen niet voldoende ter uitvoering van artikel 11, eerste lid, van de richtlijn. Vandaar dat artikel 227c lid 3, in afwijking van het algemene criterium van artikel 3:37 lid 3, het criterium «toegankelijkheid» hanteert. Aangezien de eis van de richtlijn alleen betrekking heeft op de verklaringen als bedoeld in artikel 227c lid 2 en de ontvangstbevestiging, en voor het overige vooralsnog geen wezenlijke problemen worden verwacht met het krachtens artikel 3:37 lid 3 in het algemeen geldende criterium, is artikel 227c lid 3 niet van overeenkomstige toepassing verklaard op elektronische berichten zoals de vernietigingsverklaring van artikel 227b lid 4, de ontbindingsverklaring van artikel 227c lid 5 BW en de elektronische ontbindingsverklaring van artikel 267 lid 1. De leden van de fractie van het CDA vroegen of het denkbaar en in de praktijk vaak ook wel veel redelijker zou zijn indien van de dienstverlener wordt gevraagd aannemelijk te maken dat zijn website wél aan de eisen van 227c lid 1 voldoet. Ingevolge artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geldt als hoofdregel dat degene die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde gestelde feiten of rechten de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Een verlichting of zelfs omkering van de bewijslast is derhalve mogelijk maar wanneer dit wenselijk is, is aan de rechter overgelaten. In de praktijk maakt de rechter echter regelmatig van deze vrijheid gebruik.

Artikel 6:234

De leden van de CDA-fractie vroegen of het juist is dat de verplichtingen in artikel 6:234 lid 1 sub c BW niet gelden voor internationale en veel nationale business-to-business situaties zolang de artikelen 6:247 en 6:235 niet zijn aangepast. Dit is juist. Vanuit de gedachte dat beroeps- dan wel bedrijfsmatig handelende partijen geen speciale bescherming behoeven tegen algemene voorwaarden bepaalt artikel 235 welke partijen, onder meer grote ondernemers, geen beroep kunnen doen op de vernietigingsgronden vanwege een onredelijk bezwarend beding of omdat er geen redelijke mogelijkheid is geboden tot kennisneming van de artikelen 233 en 234. Wel kunnen deze partijen indien nodig bescherming ontlenen aan de algemene bepalingen over de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248). Bovendien zijn de overige bepalingen van afdeling 6.5.3 onverkort van toepassing. Niet valt in te zien waarom de gedachte achter deze opzet niet zou opgaan vanwege het enkele feit dat de algemene voorwaarden worden gebruikt in het elektronisch rechtsverkeer. Aangenomen mag worden dat ook hier geldt dat grote ondernemers de bedoelde bescherming niet nodig hebben. Artikel 247 lid 2 bepaalt, vanuit de gedachte dat niet in Nederland gevestigde ondernemers, alsmede Nederlandse ondernemers die handel drijven met buitenlandse ondernemers, niet door afdeling 6.5.3 moeten worden gebonden, dat deze afdeling niet van toepassing is op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Dit brengt onder meer mee dat artikel 234 lid 1 sub c in die gevallen niet geldt. Ook hier geldt dat niet valt in te zien waarom de gedachte achter deze bepaling niet zou opgaan vanwege het enkele feit dat de algemene voorwaarden worden gebruikt in het elektronisch

rechtsverkeer. Dat in de bedoelde gevallen de regeling van afdeling 6.5.3 geen belemmering voor partijen behoort te vormen, geldt hier naar mag worden aangenomen evenzeer.

Voorts vroegen deze leden nadere uitleg omtrent de vraag hoe de algemene voorwaarden in de door het nieuw voorgestelde onderdeel c van artikel 234 lid 1 bestreken gevallen ter beschikking moeten worden gesteld. Op straffe van vernietigbaarheid moet de gebruiker ingevolge 233 sub b aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, kan daaraan op de voet van artikel 234 lid 1 sub c worden voldaan, waarbij voorop staat dat de algemene voorwaarden ter beschikking moeten worden gesteld op een zodanige wijze dat deze door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Gevraagd werd in het bijzonder of kan worden volstaan met het opnemen van een algemene voorwaarden-(hyperlink) button op de website, of dat de wederpartij uitdrukkelijk langs de algemene voorwaarden moet worden geleid en zich uitdrukkelijk met toepasselijkheid daarvan akkoord moet verklaren. Voor gebondenheid aan algemene voorwaarden is nodig dat de wederpartij akkoord is gegaan met de algemene voorwaarden als geheel, waarbij aan gebondenheid niet in de weg staat dat de gebruiker begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud van de voorwaarden niet kende. Tegenover deze ten opzichte van de algemene regel snelle gebondenheid staat de mogelijkheid voor de wederpartij om een beding in algemene voorwaarden te vernietigen indien het beding onredelijk bezwarend is danwel indien de gebruiker de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Het lijkt in dit verband voldoende indien duidelijk wordt aangegeven dat de algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst en dat deze voorwaarden achter een duidelijk herkenbare hyperlink zijn opgenomen, mits dit gebeurt op een zodanige wijze dat de algemene voorwaarden door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.

Artikel 234 lid 1 sub c biedt de mogelijkheid dat voor de totstandkoming van een overeenkomst langs elektronische weg aan de wederpartij bekend wordt gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennis genomen. Door de leden van de fractie van het CDA werd gevraagd hoe in dat geval gewaarborgd blijft dat de wederpartij steeds de algemene voorwaarden zal aantreffen zoals deze golden op het moment dat de overeenkomst werd gesloten. Vooropgesteld kan worden dat het door deze leden beschreven geval zich naar verwachting slechts bij uitzondering zal voordoen. Afwijking van de hoofdregel van de bepaling is immers slechts toegestaan indien ter beschikking stellen op de voorgeschreven wijze «redelijkerwijs niet mogelijk is». Dit zal zich in het geval de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt niet snel voordoen, aangezien de elektronische weg, in tegenstelling tot de «papieren», nu juist bij uitstek geschikt is voor het met minimaal tijdsbeslag en kosten ter beschikking stellen van grote hoeveelheden gegevens. In het bijzonder met het oog op nieuwe technologieën zoals mobiel Internet is echter een uitzondering geformuleerd, inhoudende dat indien het redelijkerwijs niet mogelijk is aan de hoofdregel te voldoen, de gebruiker ermee kan volstaan aan de wederpartij bekend te maken waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden. Deze uitzondering maakt het bijvoorbeeld mogelijk dat een dienstverlener via het mobiele netwerk een adres van een website doorgeeft waar de betreffende algemene voorwaarden kunnen worden geraadpleegd, alsmede de mededeling dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden. Bedacht moet worden dat ook in het door deze leden bedoelde geval de

raadpleging van de algemene voorwaarden vóór het sluiten van de overeenkomst mogelijk moet zijn, zodat de wederpartij in staat is kennis te nemen van de voorwaarden zoals die gelden op het moment van het totstandkomen van de overeenkomst. Daarbij spreekt het voor zich dat indien wordt verwezen naar de plaats waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, dezelfde eisen gelden als indien gebruik zou zijn gemaakt van de eerste wijze van terbeschikkingstelling (de hoofdregel) als bedoeld in artikel 234 lid 1 sub c, zodat opslag van de op dat moment geldende algemene voorwaarden ten behoeve van latere kennisneming eveneens is gewaarborgd. De algemene voorwaarden worden in beide gevallen immers op in wezen dezelfde wijze langs elektronische weg ter beschikking gesteld, zij het dat in de uitzonderingsmogelijkheid gebruik wordt gemaakt van een «tussenstap» bestaande uit het doorgeven van het adres waar de voorwaarden raadpleegbaar zijn. Indien de wederpartij de gebruiker verzoekt de algemene voorwaarden langs elektronische wijze of anderszins toe te zenden, is eveneens gewaarborgd dat de wederpartij beschikt over een versie van de algemene voorwaarden zoals deze golden op het moment dat de overeenkomst werd gesloten.

In het door de leden van de VVD-fractie gegeven voorbeeld, waarbij door een dienstverlener op zijn website de mogelijkheid wordt gegeven om een dienst aan te vragen die vervolgens na goedkeuring van de aanvraag door de dienstverlener schriftelijk totstandkomt, dient uiteraard aan het vereiste van artikel 233 sub b BW te worden voldaan. In het gegeven voorbeeld komt de overeenkomst schriftelijk tot stand. Hoe een overeenkomst ook tot stand komt (mondeling, schriftelijk of langs elektronische weg), aan de wederpartij dient altijd een redelijke mogelijkheid te zijn verschaft om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Bij een mondelinge of schriftelijke totstandkoming geschiedt dat in beginsel door terhandstelling (art. 234 lid 1 onder a), en indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, door het kenbaar maken van ter inzagelegging of deponering, alsmede toezending op verzoek (artikel 234 lid 1 onder b). Bij een totstandkoming langs elektronische weg geschiedt dit in beginsel door het langs elektronische weg ter beschikking stellen op een zodanige wijze dat de algemene voorwaarden door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming, en indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is door bekendmaking waar van de algemene voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen en dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden (artikel 234 lid 1 onder c).

Artikel V

De leden van de fractie van de VVD vroegen of het juist is dat een Nederlandse dienstverlener die een dienst van de informatiemaatschappij verricht in een andere lidstaat, zich op grond van artikel V slechts heeft te houden aan de Nederlandse regels zoals die met betrekking tot het witwassen van geld (melding ongebruikelijke transacties), identificatie bij dienstverlening, regelen betreffende effectendienstverlening etc. gelden. Uitgangspunt van artikel V is dat diensten van de informatiemaatschappij moeten voldoen aan de daarvoor in de lidstaat van vestiging van de dienstverlener geldende bepalingen die vallen binnen het zogenoemde «gecoördineerd gebied». In dit geval gaat het dus om de vraag of de bedoelde Nederlandse regels deel uitmaken van het in de richtlijn omschreven «gecoördineerde gebied». De moeilijkheid die zich hier voordoet is dat de definitie van het «gecoördineerd gebied» in de richtlijn niet zodanig is dat daaruit met grote stelligheid valt af te leiden welke nationale regelingen hier precies toe moeten worden gerekend. Aangenomen kan echter worden dat het in ieder geval gaat om bepalingen die zien op de toegang van ondernemingen tot bepaalde (financiële) markten

(te denken valt aan kwalificatie-, vergunning- of notificatieverplichtingen), bepalingen die zien op het gedrag van ondernemingen op die (financiële) markten, alsmede op wettelijke verplichtingen die verband houden met informatie of reclame die on-line beschikbaar wordt of moet worden gesteld aan (potentiële) afnemers. Voor Nederlandse ondernemingen geldt dus dat zij, wanneer zij vanuit Nederland via het internet producten aanbieden aan een (potentiële) afnemer in een andere lidstaat, zich aan dezelfde regels moeten houden (voorzover deze te rekenen zijn tot het gecoördineerde gebied) als wanneer zij deze producten off-line zouden afzetten in Nederland. Met enige zekerheid kan worden gezegd dat de wettelijke verplichtingen tot het aanmelden van de dienstverlening bij een relevante toezichthouder (de identificatie bij dienstverlening), het melden van ongebruikelijke transacties en de wettelijke regelingen die betrekking hebben op het gedrag van de effectendienstverlener alle te rekenen zijn tot het gecoördineerde gebied. Correct is de constatering dat de betreffende Nederlandse ondernemingen voor wat betreft de bepalingen die gerekend kunnen worden tot het gecoördineerde gebied zich slechts aan de bepalingen van het land van oorsprong moeten houden. Met het oog op een doeltreffende bescherming van het algemeen belang geschiedt de controle van de diensten van de informatiemaatschappij in beginsel uitsluitend bij de bron van de activiteit. Bevoegde autoriteiten moeten deze bescherming niet alleen ten behoeve van de eigen burgers bieden, maar ten behoeve van alle burgers van de Gemeenschap. Tegenover de verplichting voor de e-ondernemer om zich te houden aan het recht van het land van vestiging, staat de verplichting van de lidstaat waarin de dienst van de informatiemaatschappij wordt ontvangen om het dienstenverkeer niet te beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied. Dit houdt in dat de bepalingen die in het land van ontvangst te rekenen zijn tot het gecoördineerde gebied niet – bovenop of in plaats van die van het land van vestiging – toegepast mogen worden op het inkomende dienstenverkeer.

Deze leden vroegen voorts of op basis van de toepasselijke regels betreffende internationaal privaatrecht dient te worden bepaald welk recht van toepassing is voor de beoordeling van de vraag of een internet service provider aansprakelijk is, in het geval hij niet voldoet aan de voorwaarden voor uitsluiting van aansprakelijkheid als neergelegd in artikel 6:196c BW. Hier dient te worden onderscheiden. Voor zover het gaat om toetsing van het gedrag van de aanbieder aan regels die vallen binnen het gecoördineerde gebied, geldt krachtens artikel V lid 1 het oorsprongslandbeginsel, kort gezegd inhoudende dat het recht van de lidstaat van vestiging van de aanbieder van toepassing is. Buiten het gecoördineerde gebied zijn de regels van het internationaal privaatrecht van toepassing, hetgeen mee kan brengen dat een ander rechtsstelsel van toepassing is.

Artikel V en VI

De leden van de fractie van het CDA vroegen of al nadere gedachten waren gevormd omtrent de vraag in welk wetboek en onder welk artikelnummer de artikelen V en VI zullen worden ondergebracht. In de nota naar aanleiding van het eindverslag (pag. 11) hebben wij aangegeven dat vanwege de spoedeisendheid van de implementatie van de richtlijn, de artikelen V en VI voorshands op de wijze als is geschied in het wetsvoorstel zijn opgenomen. Daarbij is tevens aangegeven dat zulks onverlet laat dat nog bezien kan worden of uiteindelijke opname van beide artikelen in het Burgerlijk Wetboek vanuit wetssystematische optiek niet de voorkeur verdient. Inmiddels is, zoals is toegelicht op pag. 10 van de nota naar aanleiding van het verslag, bij nota van wijziging de inhoud van artikel VI ondergebracht in artikel V. Er bestaan geen dwingende redenen om de materie van artikel V onder te brengen in het Burgerlijk

Wetboek. In de eerste plaats gaat het hier om een bepaling die samenhangt met de goede werking van het in de richtlijn neergelegde oorsprongslandbeginsel en van belang is voor het gehele gecoördineerde gebied, dus kort gezegd voor alle delen van het recht die betrekking kunnen hebben op diensten van de informatiemaatschappij. Gelet hierop ligt plaatsing in het Burgerlijk Wetboek niet voor de hand. Voorts kan een dwingende reden met name niet worden gevonden in de mogelijke problemen die uitgevers van wettenedities zouden ondervinden bij het onderbrengen van de bepaling in hun wettenserie. In het in de vraag genoemde voorbeeld van de Schuurman & Jordenseditie komt uiteraard de uitgifte van een apart deeltje over de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel niet in aanmerking, juist omdat deze wet voor het overgrote deel wijzigingen van enige wetboeken en van een wet betreft die reeds in de wettenseries zijn opgenomen. In dit soort gevallen wordt dan gebruikelijk de tekst van het artikel, in dit geval artikel V, telkens daar waar dat relevant is weergegeven in een aantekening bij de artikelen waarvoor het relevant is, in dit geval de artikelen van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek die in datzelfde artikel V worden genoemd. Naar aan te nemen valt, zullen andere edities een overeenkomstige aanpak volgen.

Artikel VII

De leden van de fractie van het CDA vroegen of de in dit wetsvoorstel neergelegde sancties zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid een overeenkomst te vernietigen indien niet aan bepaalde voorwaarden is voldaan, ook zullen gelden voor overeenkomsten die worden gesloten voordat deze wet in werking treedt. Deze leden wilden tevens weten of, indien dit het geval is, niet op bepaalde onderdelen in eerbiediging van het oude recht had moeten worden voorzien. Het wetsvoorstel treedt ingevolge artikel VII in werking op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip. Dit is een inwerkingtredingsbepaling, geen overgangsbepaling, zodat het bepaalde in titel 3 en volgende van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek van toepassing is. Artikel 68a daarvan bepaalt dat, kort gezegd, als hoofdregel sprake is van onmiddellijke werking. Artikel 79 brengt hierop echter een uitzondering aan, inhoudende dat een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar wordt ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid. De onmiddellijke werking van het voorstel zal derhalve niet tot gevolg hebben dat een vóór de inwerkingtreding totstandgekomen overeenkomst bij de inwerkingtreding vernietigbaar wordt op grond van artikel 227b lid 4 of artikel 227c lid 5.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst