



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Elektronische waardepapieren

Graaf, T.J. de; Esch R.E. van, Prins J.E.J.

Citation

Graaf, T. J. de. (2002). Elektronische waardepapieren. In P. J. E. J. Esch R.E. van (Ed.), *Recht en elektronische handel* (pp. 161-174). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47267>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47267>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

9. Elektronische waardepapieren

*Mr. T.J. de Graaf**

9.1. INLEIDING

Een waardepapier behelst een schriftelijke belofte of opdracht om een prestatie te verrichten. Zij ontleent haar waarde met name aan het feit dat het recht dat in het waardepapier is belichaamd, op eenvoudige wijze kan worden overgedragen door overdracht van het papier al dan niet tezamen met een endossement. De aard van het waardepapier hangt af van de aard van het recht dat in het waardepapier is belichaamd. Bij schuldvorderingspapieren, zoals de hierna te bespreken wissel en cheque, is een schuldvordering belichaamd in het waardepapier. Bij het hierna te bespreken cognossement, een zakenrechtelijk papier, is een schuldvordering tot aflevering van de lading alsmede de eigendom op de lading in het waardepapier belichaamd. Tegenwoordig bestaat in de handel behoefte om waardepapieren nog beter verhandelbaar te maken door ze op elektronische wijze uit te geven. Bits en bytes kunnen immers sneller worden vervoerd dan een stuk papier. Dit roept de vraag op of een elektronisch waardepapier met een papieren waardepapier gelijk kan worden gesteld. Alvorens deze vraag te beantwoorden, zal ik nagaan waarom het van belang is een document als een waardepapier te kwalificeren. Ik zal afsluiten met een korte bespreking van de Amerikaanse regelgeving met betrekking tot elektronische waardepapieren omdat de Amerikaanse regelgeving, anders dan de Nederlandse, al specifieke bepalingen betreffende elektronische waardepapieren bevat.

9.2. BELANG KWALIFICATIE WAARDEPAPIER

Vorderingen op naam kunnen bestaan zonder dat zij in een papier zijn belichaamd. Rechten aan toonder kunnen niet bestaan zonder een papier, waarin zij zijn belichaamd.

* Mr. Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en onderzoeker aan de Universiteit Leiden. Hij dankt Rob van Esch en Arend-Jaap van der Lelij voor hun commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

Aan vorderingen op naam kleven voor het (internationale) handelsverkeer¹ twee belangrijke nadelen: (i) voor levering is ingevolge art. 3:94 BW een akte van cessie en mededeling aan de schuldenaar (spreek: debitor cessus) vereist; en (ii) de schuldenaar kan ingevolge art. 6:145 BW de verweermiddelen die hij vóór de cessie tegen zijn schuldeiser (spreek: cedent) had kunnen aanvoeren, tegenwerpen aan zijn nieuwe schuldeiser (spreek: cessionaris). Het eerste nadeel vormt een probleem omdat de leveringsformaliteiten relatief omslachtig zijn, het tweede omdat de cessionaris voor wat betreft de inhoud van de door hem te verwerven vordering zoveel mogelijk wil vertrouwen op voor hem op eenvoudige wijze te raadplegen bronnen en zich zo min mogelijk wil verdiepen in de (rechts)verhouding tussen cedent en debitor cessus.

Aan rechten belichaamd in waardepapieren, kleven deze nadelen niet. In het algemeen geldt blijkens art. 3:93 jo. 90 BW dat het in een waardepapier 'belichaamd' recht wordt geleverd door bezitsverschaffing van het waardepapier (in geval van een recht aan toonder), zo nodig gecombineerd met endossement (in geval van een recht aan order).² Indien een cognossement is afgegeven, geldt bovendien dat de eigendom van lading tijdens het vervoer ingevolge de art. 8:417 (zee) en 8:924 BW (binnenvaart) kan worden overgedragen door levering van het cognossement. Bij gebreke van een cognossement kan het bezit van de lading worden overgedragen door levering *traditio longa manu* ex art. 3:115 sub *c* BW.³ Laatstgenoemde

1. Ik laat het consumentenrecht in deze bijdrage buiten beschouwing en ga ervan uit dat Nederlands recht van toepassing is op alle relevante rechtsverhoudingen. Voor de internationaal-privaatrechtelijke aspecten van waardepapieren en vorderingsrechten op naam verwijs ik naar de art. 7 AB, 1 lid 2 sub *c* en 12 EVO; de Wet bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht; alsmede naar het advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht over het internationaal goederenrecht, ministerie van Justitie: Den Haag, november 1998 <http://www.minjust.nl/c_actual/rapport/cie/privaat.htm> en het concept UNCITRAL-Verdrag van 2001 inzake cessie van vorderingen in internationale handel <<http://www.uncitral.org/english/texts/payments/drft-conv-receiv.pdf>>. Terzijde zij opgemerkt dat partijen kunnen kiezen voor cessie naar ander recht dan het Nederlandse, in welk geval de geldigheidsvereisten voor de overgang van de gecedeerde vordering naar het vermogen van de cessionaris beheerst worden door het aldus gekozen recht, zie HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 (*Brandsma/Hansa Chemie*). Voor het overige zij verwezen naar M.V. Polak, *Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen*, Praktijkreeks IPR, nr. 15, Deventer: Kluwer 1993 en H. Boonk, *Zeerecht en IPR*, Deventer: Kluwer 1998.

2. Voor de wissel art. 110 WvK, voor de cheque art. 191 WvK en voor het cognossement de art. 8:416 (zee) en 8:923 BW (binnenvaart).

3. Zie daarover uitgebreid A.J. van der Lelij, *Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier* (diss. Groningen), Groningen 1996. Van der Lelij wijst op p. 35-44 van zijn dissertatie nog op de mogelijkheid bezit door levering *constitutum possessorium* ex art. 3:115 sub *a* BW over te dragen. Dit geschiedt door een tweezijdige verklaring zonder mededeling aan dan wel erkenning van de vervoerder. Het gevolg is dat (i) de vervoerder de lading voor de vervreemder blijft houden, (ii) de vervreemder de middelijke macht over de lading niet langer voor zichzelf, maar voortaan als middelijk houder voor de verkrijger uitoefent en (iii) de verkrijger de lading via de vervreemder middelijk bezit. Het cruciale verschil met de levering *longu manu* is echter dat bij de levering *constitutum possessorium* het recht tot afgifte van de lading bij de vervreemder blijft, terwijl bij levering *longu manu* dit recht als kwalitatief recht op de verkrijger overgaat, zie de dissertatie van Van der Lelij, p. 44-49.

vorm van levering is in de praktijk niet geliefd omdat de levering pas is voltooid nadat de overdracht aan de vervoerder is medegedeeld dan wel de vervoerder de overdracht heeft erkend. Dit betekent dat de levering kan worden gefrustreerd door tussen het tijdstip van de transactie en die mededeling dan wel erkenning beslag te leggen ten laste van de vervreemder. De vervoerder heeft op dat moment geen zekerheid heeft dat uitlevering van de lading aan de verkrijger bevrijdende werking heeft jegens de werkelijke rechthebbende op de lading.⁴ Krachtens art. 6:146 BW geldt voorts dat de schuldenaar van een in een waardepapier belichaamd recht de (relatieve) verweermiddelen die hij vóór de overdracht jegens zijn schuldeiser (spreek: vervreemder) had kunnen aanvoeren, niet tegen kan werpen aan zijn nieuwe schuldeiser (spreek: verkrijger), tenzij de verkrijger op het tijdstip bekend was met dat verweermiddel of dat verweermiddel kenbaar was uit het waardepapier of uit de openbare registers.⁵

Waardepapieren hebben nog meer voordelen. Eén daarvan is de zogeheten formele legitimatie ofwel legitimerende werking. Dit houdt in dat een houder van een toonderpapier respectievelijk een houder van een orderpapier met een aaneensluitende reeks van endossementen wordt vermoed gerechtigd op het in het waardepapier belichaamde recht te zijn. Dit vloeit voort uit de art. 3:109 lid 1 jo. 119 BW.⁶ Een ander voordeel van overdracht door middel van een waardepapier is dat degene die te goeder trouw middels bezitverschaffing (zonodig gecombineerd met endossement) van het waardepapier een vordering geleverd heeft gekregen, beter wordt beschermd tegen derden die de geldigheid van de overdracht aan willen tasten, dan degene die een vordering op naam door middel van cessie heeft verkregen.⁷ Eerstgenoemde kan zich beroepen op art. 3:86 BW, terwijl voor laatstgenoemde ‘slechts’ een beroep op art. 3:88 BW open staat. Tot slot zij vermeld dat een waardepapier een onderhandse akte is. Ingevolge art. 157 lid 2 Rv levert een onderhandse akte jegens de schuldenaar dwingend bewijs op van de waarheid van de daarin opgenomen verklaringen.⁸

4. Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Vervoer en EDI’, in: R.E. van Esch & C. Prins, *Recht en EDI*, Serie Recht en Praktijk, nr. 68, Deventer: Kluwer 1993, p. 127-128.

5. Voor de wissel art. 116 WvK, voor de cheque art. 199 WvK en voor het cognossement de art. 8:441 lid 2 (zee) en 8:940 lid 2 BW (binnenvaart).

6. Voor de wissel art. 115 lid 1 WvK, voor de cheque art. 196 WvK en voor het cognossement de art. 8:441 lid (zee) en 8:940 lid 1 BW (binnenvaart), alsmede M.H. Claringbould, *Het schip en zijn cognossementen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1996.

7. G. van Empel & J.B. Huizink, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, Deventer: Kluwer 1997, p. 54-59.

8. Zie voorts art. 158 Rv, waarover S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken waardepapieren en tussenpersonen*, Serie Hoofdzaken Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2000, p. 15-17 en voor het cognossement de *conclusive evidence rule* zoals vervat in de art. 8:414 (zee) en 8:921 BW (binnenvaart).

Bovengenoemde nadelen bij de levering van vorderingen op naam en de zojuist beschreven voordelen bij de levering van vorderingen middels bezitsverschaffing (zodanig gecombineerd met endossement) van waardepapieren maken dat de handel veelvuldig gebruikmaakt van waardepapieren.

9.3. KWALIFICATIE ELEKTRONISCH WAARDEPAPIER

Nu kort is aangegeven wat het belang van waardepapieren is, rijst de vraag of een elektronisch waardepapier met een papieren waardepapier kan worden gelijkgesteld of dat het als de belichaming van een recht op naam dient te worden beschouwd. Deze vraag is onder te verdelen in twee verschillende vragen: (i) wordt een elektronisch waardepapier naar huidig recht met een papieren waardepapier gelijkgesteld? en (ii) voorzover dit naar huidig recht niet het geval is, kunnen de functies van een papieren waardepapier op zodanige wijze door een elektronisch waardepapier worden vervuld dat een gelijkstelling in de toekomst wel mogelijk zal zijn? Beide vragen zal ik hierna afzonderlijk bespreken.

9.3.1. GELIJKSTELLING NAAR HUIDIG RECHT

9.3.1.1. Wetboek van Koophandel en Burgerlijk Wetboek

Een waardepapier is een ondertekend geschrift dat een recht aan order of toonder belichaamt.⁹ Dat waardepapieren ondertekende geschriften zijn, blijkt onder meer uit individuele wettelijke bepalingen met betrekking tot wissels, cheques en cognossementen. Zie bijvoorbeeld art. 100 WvK (definitie wissel) en art. 178 WvK (definitie cheque), waaruit blijkt dat de wissel en de cheque dienen te worden voorzien van een handtekening. Voorts wijst ik op de art. 112/193 WvK (endossement wordt gesteld op de wissel/cheque of op een vastgehecht blad), 124 WvK (acceptatie wordt gesteld op de voorzijde van de wissel) en 130/203 WvK (aval

9. Zie voor definities *Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, deel III, *Wissel- en chèquerecht*, door F.G. Scheltema, vierde druk bewerkt door J. Wiarda, Groningen, Djakarta: J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij N.V., 1950, p. 29-37; *Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, deel III, *Wissel- en chèquerecht*, door F.G. Scheltema, zesde druk bewerkt door W.R. Meijer, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 28-32; Van Empel, Huizink 1997, supra noot 7, p. 49-50; E. Hammerstein, *Betalingsverkeer* (wissel, orderbriefje en cheque), Serie Bank- en Effectenrecht nr. 8, Deventer: Kluwer 1998, p. 3-5; M.H. Claringbould, 'Het cognossement', in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoersrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 129-134; R. van Delden & F.A.W. Bannier, *Betalingsverkeer* (documentair krediet/documenten), Serie Bank- en Effectenrecht, nr. 7, Deventer: Kluwer 1999, p. 167-171; en Mulder 2000, supra noot 8, p. 6.

wordt gesteld op de wissel/cheque of op een verlengstuk), waaruit blijkt dat wissels en cheques geschriften zijn. Ter zake van de zakenrechtelijke papieren kunnen als voorbeeld worden aangehaald de art. 8:377 BW (vervoerovereenkomst onder cognossement wordt gedefinieerd als een vervoerovereenkomst neergelegd in een cognossement of enig ander document), 8:412 BW (het cognossement wordt door de vervoerder ondertekend) en 8:461 (als vervoerder onder cognossement wordt mede aangemerkt degene wiens formulier voor het cognossement is gebezigd), waaruit kan worden afgeleid dat het cognossement een ondertekend geschrift is.

9.3.1.2. Richtlijn elektronische handtekeningen

De Richtlijn elektronische handtekeningen¹⁰ verplicht de EU-lidstaten in art. 5 om ervoor zorg te dragen dat een elektronische handtekening die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet, met een schriftelijke handtekening wordt gelijkgesteld.¹¹ Echter, art. 1 van deze Richtlijn bepaalt dat zij geen betrekking heeft op aspecten die verband houden met wettelijke verbintenissen waarvoor het nationale of het Gemeenschapsrecht vormvereisten voorschrijft. Voorts laat de Richtlijn de regels en beperkingen die het nationale of Gemeenschapsrecht voorschrijven voor het gebruik van documenten, onverlet. Aangezien de handtekening op een waardepapier vooralsnog een papieren handtekening is en dit een vormvereiste is, verplicht de Richtlijn de Nederlandse wetgever niet te bepalen dat elektronische handtekeningen op elektronische waardepapieren met papieren handtekeningen moeten worden gelijkgesteld.

9.3.1.3. Richtlijn elektronische handel

De Richtlijn elektronische handel¹² verplicht de lidstaten in art. 9 om ervoor te zorgen dat hun rechtsstelsels het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg mogelijk maken.¹³ De lidstaten dienen zich er voorts van te vergewissen dat regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten geen belemmering vormen voor het gebruik van langs elektronische weg gesloten overeenkomsten, noch ertoe leiden dat dergelijke overeenkomsten zonder rechtsgevolg blijven en niet rechtsgeldig zijn omdat zij langs elektronische weg zijn gesloten. Rechten

10. Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000 L 13/12 ('Richtlijn elektronische handtekeningen').

11. Vergelijk art. 3:15a lid 1 BW van het gewijzigd voorstel van wet Wet elektronische handtekeningen, *Kamerstukken* 2001/02, 27 743, nr. 265.

12. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* 2000 L 178/1 ('Richtlijn elektronische handel').

13. Vergelijk art. 6:227a BW van het ontwerp Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, *Kamerstukken* 2001/02, 28 197, nrs. 1-2.

aan toonder en order die in een waardepapier zijn belichaamd, ontstaan doordat schuldenaar en schuldeiser met elkaar afspreken dat zij een recht aan toonder of order willen laten luiden (de consensus), gevolgd door het geven en nemen van het papier (de overgave ofwel het corporele element).¹⁴ De Richtlijn elektronische handel brengt mee dat de consensus langs elektronische weg tot stand moet kunnen worden gebracht. De Richtlijn brengt ook mee dat de consensus niet zonder rechtsgevolg mag blijven. Ik kan mij echter niet voorstellen hoe het corporele element op elektronische wijze moet worden verwezenlijkt. Papier kan niet elektronisch worden gegeven en genomen. Een recht aan toonder of order dat in een waardepapier is belichaamd kan mijns inziens niet uitsluitend elektronisch ontstaan – de elektronische consensus moet door het fysieke geven en nemen van het papier worden gevolgd. Ik vraag mij af of de EG-wetgever dit voldoende heeft onderkend.

In het EVO¹⁵ is wel een scheiding aangebracht tussen de onderliggende overeenkomst (bijvoorbeeld kredietovereenkomst) enerzijds en de consensus anderzijds. Het is blijkens art. 1 lid 1 jo. lid 2 sub *c* (materieel) van toepassing op ‘verbintenissen uit overeenkomst in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen’ doch niet op ‘verbintenissen uit wissels, cheques, orderbriefjes, alsmede andere verhandelbare waardepapieren, voor zover de verbintenissen uit deze andere papieren het gevolg zijn van hun verhandelbaarheid.’ Uit het bij het EVO behorende Rapport van Giuliano en Lagarda blijkt dat de opstellers het verdrag niet geschikt achten om dergelijke verbintenissen te beheersen en dat deze materie voor wat betreft wissels en cheques geregeld is door de Geneefse verdragen van 1930 en 1931.¹⁶ Een soortgelijke reden om elektronische waardepapieren niet onder het toepassingsgebied van art. 9 van de Richtlijn elektronische handel te laten vallen, is niet aanwezig. Er is geen ander verdrag of andere richtlijn althans verordening met betrekking tot elektronische waardepapieren. De reden die bij het EVO is aangevoerd om het verdrag niet van toepassing te laten zijn op de verbintenissen uit waardepapieren die het gevolg zijn van hun verhandelbaarheid, kan dus niet worden aangevoerd om waardepapieren buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn elektronische handel te laten vallen.

Een andere reden, te weten de hierboven aangestipte twijfel over de mogelijkheid om het corporele element van een waardepapier te elektronificeren, zou wel aan-

14. Wiarda 1950, supra noot 9, p. 45-54, Meijer 1993, supra noot 9, p. 57-62, Van der Lelij 1996, supra noot 3, p. 72-74, Hammerstein 1998, supra noot 9, p. 23 en Asser/Hartkamp 4-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, nrs. 53-58.

15. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Verdrag van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156 (Rectificatie *Trb.* 1991, 109).

16. Verdrag tot regeling van zekere wetsconflicten ten aanzien van wisselbrieven en orderbriefjes met Protocol, Genève, 7 juni 1930, *Stb.* 1933, 699 en Verdrag tot regeling van zekere wetsconflicten ten aanzien van cheques met Protocol, Genève, 19 maart 1931, *Stb.* 1934, 210.

leiding moeten zijn geweest om waardepapieren buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn elektronische handel te laten vallen. Van der Ziel heeft bepleit dat vervoerovereenkomsten onder cognossement buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn elektronische handel zouden moeten blijven.¹⁷ Aan zijn oproep is ten onrechte geen gevolg gegeven.

9.3.1.4. Wetgeving ter implementatie van de Richtlijn elektronische handtekeningen en de Richtlijn elektronische handel

Uit de parlementaire stukken betreffende de implementatie van de Richtlijn elektronische handtekeningen en de Richtlijn elektronische handel blijkt dat de Nederlandse wetgever de implementatie van die Richtlijnen niet heeft aangegrepen om het wettelijk systeem van vormvoorschriften op een ander niveau dan dat van het elektronisch sluiten van overeenkomsten te herzien.¹⁸ Wel merkt de wetgever in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Aanpassingswet Richtlijn inzake elektronische handel op dat het voor een werkelijke gelijkstelling in het vermogensrecht nodig zou zijn de juridische gelijkstelling van de elektronische vorm met een geschrift 'op een algemener niveau, in het bijzonder dat van de rechtshandeling, te regelen en daarbij tevens andere mogelijk belemmerende (vorm)vereisten dan de eis van schriftelijkheid in de beschouwing te betrekken...'.¹⁹ De wetgever spreekt het voornemen uit om 'de wenselijkheid en mogelijkheid van een dergelijke algemene regeling voor het vermogensrecht op korte termijn te bezien'.²⁰ Daarbij kan, aldus de wetgever, eveneens de vraag naar de wenselijkheid van een zodanige gelijkstelling buiten het vermogensrecht worden betrokken, waarbij hij in het bijzonder denkt aan de rechtshandelingen en rechtsbetrekkingen in de Boeken 2 en 8 van het Burgerlijk Wetboek.²¹

Uit laatstgenoemde gedachte zou men kunnen afleiden dat de wetgever van mening is dat de Richtlijn elektronische handel hem niet verplicht belemmeringen weg te nemen voor het totstandkomen van een vervoerovereenkomst onder cognossement en de daaraan verbonden rechtsgevolgen, te weten het door geven en nemen ontstaan van een in een elektronisch cognossement belichaamd recht op aflevering. Dat de wetgever dit standpunt meer in het algemeen ten aanzien van

17. G.J. van der Ziel, 'Naar de afschaffing van het papieren cognossement, een case studie', in: R.E. van Esch, J.W. Winter & G.J. van der Ziel, *Afscheid van papier; handelsrecht en moderne technologie*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 176.

18. Vergelijk Van Esch, die dit in zijn bijdrage 'De Digitale Handtekening', in: J.M.A. Berkvens e.a., *Onderneming en ICT*, Serie Onderneming en Recht, deel 21, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 112, hoopte ten aanzien van het onbelemmerd elektronisch sluiten van overeenkomsten en dit een jaar later in zijn bijdrage 'Elektronische handel', in: H. Franken e.a., *Recht en computer*, Serie Recht en Praktijk, nr. 36, Deventer: Kluwer 2001, p. 136 verwachtte.

19. *Kamerstukken* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 6.

20. *Kamerstukken* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 6.

21. *Kamerstukken* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 6.

waardepapieren huldigt zou kunnen worden afgeleid uit het feit dat hij op dezelfde plaats in de memorie van toelichting opmerkt dat de Richtlijn ‘de juridische gelijkstelling van de elektronische vorm met een geschrift slechts op het niveau van de (verbintenisscheppende) overeenkomst...’ regelt. Alleen de consensus (en dus niet het corporele element) zou volgens die opvatting als de verbintenisscheppende overeenkomst moeten worden aangemerkt. Aan degenen die menen dat de Richtlijn en het voorgestelde art. 6:227a BW wel degelijk van toepassing zijn op waardepapieren kan nog worden tegengeworpen dat de strekking van de bepalingen betreffende waardepapieren zich daartegen verzet. In dat verband zij verwezen naar de uitzondering die is opgenomen in de schakelbepaling art. 6:216 BW.

9.3.2. FUNCTIONELE BENADERING

Van Esch en Huydecoper menen dat de vraag of een elektronisch document met een ondertekend geschrift dient te worden gelijkgesteld, moet worden beantwoord door de volgende drie stappen te doorlopen: (i) met welk doel verlangt de wetgever een geschrift althans ondertekening?, (ii) welke functies van het geschrift of ondertekening of het gebruik daarvan zorgen ervoor dat de beoogde functies worden vervuld? en (iii) bezit het elektronisch document de juiste eigenschappen om dezelfde functies als de beoogde functies te vervullen?²² Prins en Gijrath lijken eveneens een gelijkstelling tot uitgangspunt te nemen op voorwaarde dat de specifieke functies die met het schriftelijk vormvereiste werden beoogd, ook worden vervuld bij het gebruik van de elektronische variant.²³ Deze functionele benaderingen zijn, al dan niet in gewijzigde vorm, door diverse schrijvers gehanteerd bij het beantwoorden van de vraag of van gelijkstelling van schriftelijke wissels, cheques en waardepapieren en hun elektronische tegenhangers sprake zou kunnen zijn. Deze onderzoeken zullen hieronder worden besproken.

9.3.2.1. Elektronische wissels en cheques

Van Esch heeft onlangs aan de hand van de functies van wissels en cheques beoordeeld in hoeverre een elektronische tegenhanger van deze waardepapieren met

22. R.E. van Esch & S.M. Huydecoper, *Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?*, IteR-reeks, deel 7, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom Bedrijfsinformatie 1997, p. 112-113 en 147-148. Zie ook *MDW-rapport Elektronisch verrichten van rechtshandelingen*, ministerie van Justitie: Den Haag 1998 (http://www.minjust.nl/c_actual/persber/eindrap.htm), R.E. van Esch, *Elektronic Data Interchange (EDI) in het vermogensrecht* (diss. KUN Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 14, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 148-149 en 186-189 en B.P. Aalberts & S. van der Hof, *Digital Signature Blindness*, IteR-reeks, deel 32, Deventer: Kluwer 2000.

23. J.E.J. Prins & S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Studiepockets Privaatrecht, nr. 61, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 118.

hun papieren variant kunnen worden gelijkgesteld.²⁴ Ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste komt hij tot de conclusie ‘dat een elektronische wissel of cheque dezelfde functies zou kunnen vervullen als een schriftelijke wissel, mits de juiste technieken worden toegepast om de gegevens raadpleegbaar te maken, de kans op fraude te minimaliseren en de bewijskracht te verhogen.’²⁵ Ten aanzien van het vereiste van een handtekening komt hij tot de conclusie dat er niets op tegen is ‘om de elektronische handtekening gehecht aan een elektronische wissel of elektronische cheque, juridisch gelijk te stellen met de handtekening op een schriftelijke wissel of cheque, mits de methode voor het genereren van de elektronische handtekening voldoende betrouwbaar is’.²⁶

De lastigste en tegelijk meest interessante vraag die Van Esch zich stelt is ‘of de elektronische wissel en de elektronische cheque voor de toepassing van de wettelijke bepalingen die handelen over de overdracht van in een wissel of cheque belichaamde voorwaardelijke vordering op de trekker, kunnen worden gelijkgesteld met orderpapieren of toonderpapieren’.²⁷ Kan, met andere woorden, een elektronische wissel of cheque op grond van art. 3:93 BW worden geleverd? Van Esch beantwoordt deze vraag als volgt. Trekker en nemer van een elektronische wissel of cheque beogen, net als bij een papieren wissel of cheque, een op een gemakkelijke wijze overdraagbare voorwaardelijke vordering in het leven te roepen. Art. 3:93 BW dient als een goederenrechtelijke ondersteuning van deze verbintenrechtelijke partijbedoeling te worden beschouwd. Gezien deze partijbedoeling en de goederenrechtelijke ondersteuning daarvan is er niets op tegen een elektronische wissel of cheque op grond van art. 3:93 BW door transmissie te kunnen leveren, mits aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste dienen de elektronische wissel of cheque dezelfde functies te kunnen vervullen als hun papieren tegenhangers. Zoals hierboven beschreven is dit het geval. Ten tweede dienen met de transmissie van een elektronische wissel of cheque dezelfde doeleinden te kunnen worden bereikt als met de bezitsverschaffing van het waardepapier. Daarbij denkt Van Esch met name aan de hierboven beschreven formele legitimatie.

Van formele legitimatie kan, zo vervolgt Van Esch, alleen sprake zijn als een elektronische wissel of cheque als een goed kan worden gekwalificeerd. De art. 3:109 en 119 BW, waarop de formele legitimatie wordt gestoeld, zijn immers slechts dan

24. R.E. van Esch, ‘De elektronische wissel en de elektronische cheque’, in: R.E. van Esch, J.W. Winter & G.J. van der Ziel, *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie*, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 19 e.v. Zie voor de gelijkstelling van elektronisch geld met waardepapieren R.E. van Esch, *Pecunia electronica non olet, Van de gelijke behandeling van elektronisch geld met waardepapieren* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

25. Van Esch 2001, supra noot 24, p. 31.

26. Van Esch 2001, supra noot 24, p. 40.

27. Van Esch 2001, supra noot 24, p. 45.

van toepassing als sprake is van een goed. Ingevolge art. 3:1 BW zijn goederen alle zaken en alle vermogensrechten. Een elektronische wissel of cheque is zeker geen zaak in de zin van art. 3:2 BW en dus resteert alleen nog de vraag of een elektronische wissel of cheque sprake is van een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. Een schriftelijke wissel of cheque ontleent haar vermogenswaarde met name aan de gemakkelijke overdraagbaarheid van de daarin belichaamde vordering. Een elektronische wissel of cheque is mitsdien alleen als goed te beschouwen indien zij eveneens gemakkelijk overdraagbaar is. Een elektronisch waardepapier is echter alleen gemakkelijk overdraagbaar indien dat rechtens wordt erkend.

Aldus belandt Van Esch in een cirkelredenering: er is alleen overdracht van elektronische wissels en cheques ingevolge art. 3:93 BW als sprake kan zijn van formele legitimatie bij elektronische wissels en cheques; van een zodanige formele legitimatie kan alleen sprake zijn indien elektronische wissels en cheques als goed te beschouwen zijn omdat rechtens wordt erkend dat zij ingevolge art. 3:93 BW overdraagbaar zijn. Van Esch concludeert desalniettemin dat een elektronische wissel of cheque op grond van art. 3:93 BW kan worden geleverd omdat er niets op tegen is om elektronische wissels of cheques goederenrechtelijk gezien met papieren wissels of cheques gelijk te stellen.

Van Esch geeft zelf al aan dat niet zeker is dat de rechter zijn ruime uitleg zal onderschrijven. Door zo zwaar te leunen op de bedoelingen van partijen om een gelijkstelling van elektronische met papieren wissels en cheques te bewerkstelligen, gaat Van Esch hier mijns inziens een brug te ver. Gezien het dwingendrechtelijke karakter van ons goederenrecht staat het partijen niet vrij van de wettelijke bepalingen aangaande wissels en cheques en in het bijzonder de daarin besloten liggende vormvoorschriften af te wijken. Zoals ik hierboven heb betoogd, zijn de in elektronische waardepapieren belichaamde vorderingen als vorderingen op naam te beschouwen. Voor elektronische wissels en cheques geldt dit evenzeer. Met Van Esch ben ik het eens dat het in ieder geval de voorkeur verdient een zodanige gelijkstelling wettelijk te regelen en zo mogelijk de Geneefse wissel- en chequeverdragen²⁸ dienaangaande aan te passen.

9.3.2.2. Elektronische cognossementen

In de Nederlandse (juridische) literatuur over elektronische cognossementen wordt meestal niet uitgebreid stilgestaan bij de vraag of een elektronisch cognossement met een papieren cognossement gelijk kan worden gesteld. Vrij snel wordt aangenomen dat dit niet zo is. Van der Ziel meent dat de functies van gegevensdrager, ontvangstbewijs en weergave van het vervoercontract zich lenen voor elek-

28. Supra noot 16.

tronificatie, terwijl de formele legitimatie en bewijsfunctie contractueel geregeld dienen te worden.²⁹ Over de gevolgen van elektronificatie voor de goederenrechtelijke functies van het cognossement drukt Van der Ziel zich voorzichtiger uit: de leveringsfunctie zoals opgenomen in de art. 8:417 (zee) en 8:924 BW (binnenvaart) 'lijkt bij elektronificering te verdwijnen'³⁰ en de derdenbescherming uit art. 3:86 BW 'vervalt waarschijnlijk'³¹ waardoor art. 3:88 BW van toepassing wordt. Van Huizen lijkt van mening te zijn dat bij twijfel over een gelijkstelling een nadere contractuele regeling wenselijk is omdat 'het voor de betrokken partijen niet van belang is of er wel of niet is voldaan de eisen van het cognossement. Voor hen moet slechts tellen dat de overdracht van de zaken en het recht op uitlevering van de zaken zo snel en efficiënt mogelijk geschieden zonder dat hun positie vergeleken met die onder het cognossement verzwakt.'³²

De praktijk is niet gebaat bij enige onzekerheid over de vraag of een elektronisch cognossement met een papieren cognossement gelijk kan worden gesteld. Om die reden zijn er in de transportpraktijk diverse contractstructuren ontworpen om een geautomatiseerde ladingdocumentatie mogelijk te maken. Als voorbeelden noem ik het ACL Cargo Key Receipt System, het SeaDocs project, de CMI-Rules for Electronic Bills of Lading³³ en Bolero.³⁴ Ook hebben internationale organisaties modelwetten en conceptverdragen opgesteld waarin geautomatiseerde ladingdocumentatie aan de orde komt. Ik noem de UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996,³⁵ de UNICTRAL Model Law on Electronic Signatures 2001³⁶ en het concept CMI Outline Instrument dat is opgesteld in het kader van het Issues of Transport Law project.³⁷ In het kader van deze bijdrage kan ik op deze contractstructuren, modelwetten en conceptverdragen niet uitvoerig ingaan. Ik verwijs daarom naar Van Huizen,³⁸ Brakel³⁹ en Van der Ziel,⁴⁰ die dit wel hebben gedaan.

29. Van der Ziel 2001, supra noot 17, p. 137 e.v.

30. Van der Ziel 2001, supra noot 17, p. 149.

31. Van der Ziel 2001, supra noot 17, p. 147.

32. Van Huizen 1993, supra noot 4, p. 139.

33. Zie <<http://www.comitemaritime.org/rules/rulesebla.html>>.

34. Zie <<http://www.bolero.net/decision/legal/>>.

35. Zie <<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>>.

36. Zie <<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>.

37. Zie <http://www.comitemaritime.org/singapore/issue/issue_draft.html>.

38. Van Huizen 1993, supra noot 4.

39. A.M. Brakel, 'Electronic Bills of Lading, Over een elektronisch equivalent van het papieren cognossement,' *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2000, p. 129 e.v.

40. Van der Ziel 2001, supra noot 17 en Van der Ziel, 'Het CMI-voontwerp voor een nieuw zeevervoersverdrag', *Tijdschrift voor Vervoer & Recht* 2002, p. 35 e.v.

9.4. REGELGEVING IN DE VERENIGDE STATEN

Op 1 oktober 2000 is in de VS een federale wet, de E-Sign Act,⁴¹ in werking getreden. Deze wet beoogt een aantal juridische aspecten van de elektronische handel op uniforme wijze te regelen. Section 101, sub *a* van de E-Sign Act bepaalt dat aan een handtekening, overeenkomst of ander document geen rechtsgevolg, geldigheid of afdwingbaarheid mag worden onthouden om de enkele reden dat deze in elektronische vorm is gesteld.⁴² Gezien het feit dat deze bepaling zich niet beperkt tot overeenkomsten, lijken elektronische waardepapieren op basis daarvan voor gelijkstelling met papieren waardepapieren in aanmerking te komen. Echter, section 103, sub *a* onder 3 bepaalt dat section 101 niet van toepassing is op overeenkomsten of documenten voorzover de Uniform Commercial Code⁴³ in de desbetreffende staat daarop van toepassing is.⁴⁴ Op waardepapieren zijn de art. 3 (Negotiable Instruments) en 7 (Warehouse Receipts, Bills of Lading and Other Documents of Title) van de UCC van toepassing. Dit betekent dat voorzover die artikelen uit de UCC in de desbetreffende staat van toepassing zijn, elektronische waardepapieren niet onder de werkingssfeer van de E-Sign Act vallen. Op twee soorten waardepapieren lijkt de E-Sign Act echter weer wel van toepassing te zijn – de overdraagbare promessee, die afzonderlijk wordt geregeld in section 201 van de E-Sign Act,⁴⁵ en de cheque, waarover in section 101, sub *d* onder 4 van de E-Sign Act wordt bepaald dat aan een wettelijke verplichting tot het bewaren van een cheque kan worden voldaan door de informatie op de voor- en achterzijde daarvan elektronisch op te slaan. Hoe de regeling ter zake van de cheque in de UCC zich verhoudt tot die in E-Sign Act, valt buiten het bestek van deze bijdrage.

In de VS hebben verder de Uniform Law Commissioners twee voorstellen voor wetgeving gedaan, de Uniform Electronic Transactions Act (UETA), vastgesteld in januari 2000,⁴⁶ en de Uniform Computer Information Transactions Act

41. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act ('E-Sign Act') <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c106:5::/temp/~c1069cwlaW::>> en <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf>.

42. Voor een uitgebreide bespreking van de E-Sign Act zie R.E. Van Esch, 'De Amerikaanse E-Sign Act', in: P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so, liber amicorum Prof. mr. Hans Franken*, Deventer: Kluwer 2001, p. 323 e.v.

43. Zie <<http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>>.

44. Voor de volledigheid zij vermeld dat deze uitzondering niet aan de orde is als in de desbetreffende staat op deze overeenkomsten of documenten sections 1-107 (Waiver or Renunciation of Claim or Right After Breach) en 1-206 (Statute of Frauds for Kinds of Personal Property Not Otherwise Covered) en de art. 2 (Sales) en 2A (Leases) van toepassing zijn.

45. Voor een bespreking van de regeling voor de overdraagbare promessee onder de E-Sign Act zij verwezen naar Van Esch, 2001, supra noot 41, p. 329-330.

46. Zie <http://www.nccusl.org>, <<http://www.uetaonline.com>> en <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.pdf>>.

(UCITA), vastgesteld in augustus 2001.⁴⁷ Deze voorstellen zijn door een aantal staten in de VS in wetgeving omgezet.⁴⁸ Section 16 van de UETA behelst een uitgebreide regeling met betrekking tot elektronische documenten die als waardepapieren in de zin van de art. 3 en 7 UCC zouden worden beschouwd als zij in geschreven vorm zouden zijn gesteld en waarvan de uitgever uitdrukkelijk heeft ingestemd dat zij overdraagbaar zijn. Een persoon is houder van een zodanig elektronisch document als met het systeem dat wordt gebruikt om de overdracht vast te stellen, op betrouwbare wijze kan worden vastgesteld dat dat document aan hem is uitgegeven dan wel overgedragen. Het systeem wordt vermoed betrouwbaar te zijn en de houder wordt vermoed houder te zijn als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Het elektronische document moet op zodanige wijze zijn gemaakt, opgeslagen en overgedragen dat er één uniek, identificeerbaar en onveranderbaar exemplaar van het elektronische document bestaat. Het enige document moet voorts de houder ervan identificeren als degene aan wie het document is uitgegeven of overdragen. Dit document moet zijn gecommuniceerd aan of worden gehouden door deze persoon of diens *custodian*. Ook moet de houder instemmen met iedere kopie of wijziging van het document en iedere kopie dient als geautoriseerde of ongeautoriseerde kopie identificeerbaar te zijn. Het rechtsgevolg van een zodanige gelijkstelling is dat de houder van het elektronische document dezelfde rechten en verweermiddelen heeft als de houder van een waardepapier.

De UCITA ziet blijkens section 103 op alle overeenkomsten met betrekking tot computerinformatie waarbij computerinformatie of rechten daarop worden ontwikkeld, gewijzigd, beschikbaar gesteld, overdragen of gelicentieerd.⁴⁹ Krachtens section 103, sub *d* onder 8 is de UCITA (onder andere) niet van toepassing op hetgeen in de art. 3 en 7 UCC is geregeld. De UCITA is dus niet van toepassing op elektronische waardepapieren.

9.5. CONCLUSIE

Een elektronisch waardepapier is vooralsnog geen waardepapier. Naar Nederlands recht moet een waardepapier in de papieren vorm worden gesteld en zijn ondertekend. Het recht aan toonder of order dat in een waardepapier is belichaamd ontstaat pas op het moment dat het papier wordt gegeven en genomen. Hoewel schuldenaar en schuldeiser elektronisch af kunnen spreken dat zij een recht aan toon-

47. Zie <<http://www.nccusl.org>>, <<http://www.ucitaonline.com>> en <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.pdf>>.

48. Zie voor een overzicht van de staten die deze voorstellen hebben geïmplementeerd supra noten 45 en 46.

49. Voor een uitgebreide bespreking van de UCITA zij verwezen naar C.E. Drion, 'Amerikaans recht een inspiratiebron voor Nederlandse regelgeving op het gebied van electronic commerce?', *WPNR* 2001/6443, p. 382 e.v.

DE GRAAF

der of order in het leven willen roepen, kan het geven en nemen van het papier niet elektronisch geschieden. De Richtlijn elektronische handtekeningen verplicht Nederland niet tot een gelijkstelling van elektronische met papieren waardepapieren omdat de Richtlijn niet van toepassing is op vormvereisten en de papieren handtekening een vormvereiste is. De Nederlandse wetgever lijkt het standpunt in te nemen dat de Richtlijn elektronische handel haar evenmin tot een zodanige gelijkstelling verplicht. De in een elektronisch waardepapier belichaamde vordering is dus vooralsnog als een vordering op naam te beschouwen.