



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Automatisch contracteren

Voulon, M.B.

Citation

Voulon, M. B. (2010, June 3). *Automatisch contracteren. Meijers-reeks*. Leiden University Press, Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15582>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:


Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15582>

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

Automatisch contracteren



Leiden University Press

 dissertation series no 2010-27

The research reported in this thesis has been carried out under the auspices of SIKS, the Dutch Research School for Information and Knowledge Systems.

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2010 M.B. Voulon

ISBN 978 90 8728 098 7

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Automatisch contracteren

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 3 juni 2010
klokke 16.15 uur

door

Marten Berend Voulon

geboren te Stadskanaal in 1974

Promotiecommissie:

Promotores: prof. mr. H. Franken
prof. dr. H.J. van den Herik

Overige leden: prof. mr. R.E. van Esch
prof. mr. A.H.J. Schmidt
prof. mr. H.J. Snijders
prof. mr. C. Stuurman (Universiteit van Tilburg)
mr. dr. C.N.J. de Vey Mestdagh (Rijksuniversiteit
Groningen)

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Toerekening en contractuele gebondenheid	2
1.2	Drie methoden van toerekening	2
1.3	Instrument of actor	3
1.4	Probleemstelling en onderzoeksvragen	4
1.5	Onderzoeksmethodologie	5
1.6	Structuur van het proefschrift	6
2	GEAUTOMATISEERD SYSTEEM	7
2.1	Een computer	8
2.2	Automatisch handelen	10
2.2.1	Electronic Data Interchange	11
2.2.2	Een intelligent agent	13
2.2.3	Betekenis van de intelligent agent	15
2.2.4	Het Kasbah-prototype	17
2.2.5	Automatisch handelen of autonoom handelen?	20
2.3	Het internet	20
2.4	Internettoepassingen	22
2.4.1	E-Mail	22
2.4.2	World Wide Web	23
2.4.3	Webwinkels	24
2.4.4	Internetveilingen	24
2.4.5	Marktplaatsen	26
2.5	Hoofdstukconclusie	26
3	INSTRUMENT OF ACTOR?	29
3.1	De instrumentbenadering	29
3.2	De actorbenadering	30
3.3	Juridische gevolgen van de actorpremissie	35
3.4	Hoofdstukconclusie	36
4	RECHTSBRONNEN	37
4.1	Aanpassingswet elektronische handel	37
4.2	Wet op afstand gesloten overeenkomsten	40
4.3	Wet elektronische handtekeningen	42
4.4	De Uncitral Model Law & de Conventie inzake elektronisch contracteren	47
4.5	Hoofdstukconclusie	46

5	DE AUTOMATISCHE RECHTSHANDELING	49
5.1	De rechtshandeling	50
5.1.1	Wil en geautomatiseerd systeem	52
5.1.2	Discrepanties tussen wil en verklaring	63
5.1.3	De onjuist overgebrachte verklaring	66
5.1.4	Foutcorrectiemiddelen	69
5.1.5	Gerechvaardigd vertrouwen en geautomatiseerd ⁷¹ systeem	
5.2	Wilsgebreken	74
5.2.1	Bedreiging	75
5.2.2	Bedrog	76
5.2.3	Misbruik van omstandigheden	78
5.2.4	Dwaling	79
5.2.5	Paragraafconclusie: wilsgebreken en geautomatiseerde systemen	82
5.3	De wijze van totstandkoming van de overeenkomst	82
5.3.1	Aanbod en aanvaarding	82
5.3.2	De uitwisseling van aanbod en aanvaarding middels geautomatiseerde systemen	86
5.3.3	Het doen van een aanbod op een website	87
5.3.4	Aanbod en aanvaarding op een internetveiling	89
5.3.5	Paragraafconclusie	89
5.4	Jurisprudentie	90
5.4.1	Inleiding	90
5.4.2	Pot/Van Schie	90
5.4.3	Stichting Postwanorder/Otto	93
5.5	Informatieplichten	96
5.5.1	Informatieplichten bij de overeenkomst langs elektronische weg	97
5.5.2	Informatieplicht bij overeenkomst op afstand	105
5.5.3	Paragraafconclusie inzake informatieplichten	110
5.6	Recht op ontbinding bij koop op afstand	111
5.6.1	Het recht op ontbinding bij koop op afstand	111
5.6.2	Bedenktijden en de bindende kracht van de overeenkomst	113
5.7	Hoofdstukconclusie	115
6	DE WILLENSERKLÄRUNG	117
6.1	Hoofdlijnen van totstandkoming	118
6.1.1	<i>Vertrag, Willenserklärung</i> en <i>Rechtsgeschäft</i>	118
6.1.2	<i>Handlungswille, Erklärungsbewußtsein</i> en <i>Geschäftswille</i>	119
6.1.3	Schadevergoedingsplicht na vernietiging of nietigheid	120
6.1.4	Uitleg	121
6.1.5	Discrepancies tussen wil en verklaring & <i>Irrtum</i>	122
6.2	Drie soorten <i>Willenserklärungen</i>	125
6.3	Discrepancies tussen wil en verklaring & geautomatiseerd systeem	129
6.4	Duitse jurisprudentie	130
6.4.1	Het reisbureau met het geautomatiseerde systeem	131
6.4.2	Jurisprudentie inzake internetveilingen	131

6.4.3	Totstandkoming van overeenkomsten via websites	139
6.4.4	Evaluatie van de jurisprudentie	147
6.5	Hoofdstukconclusie	148
7	RECHTSSUBJECTIVITEIT EN VERTEGENWOORDIGING	151
7.1	Rechtssubjectiviteit voor geautomatiseerde systemen	151
7.1.1	Morele gerechtigdheid	152
7.1.2	Sociale realiteit	153
7.1.3	Juridische opportuniteit	155
7.2	Het geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger	159
7.2.1	Rechtstreekse toepassing van het vertegenwoordigingsrecht	160
7.2.2	Analoge toepassing van het vertegenwoordigingsrecht	161
7.2.3	De vertegenwoordigingstheorie in buitenlandse literatuur	162
7.2.4	Rechtstreekse toepassing van het vertegenwoordigingsrecht in buitenlandse literatuur	165
7.2.5	Analoge toepassing van het vertegenwoordigingsrecht in buitenlandse literatuur	166
7.3	Hoofdstukconclusie	173
8	<i>ELECTRONIC AGENCY</i>	175
8.1	Wilsovereenstemming en totstandkoming	176
8.1.1	Contract	177
8.1.2	Wilsgebreken en discrepanties tussen wil en verklaring	178
8.2	<i>Electronic agency</i>	181
8.2.1	UCITA, UETA en UNCITRAL	181
8.2.2	<i>Electronic agent</i>	182
8.2.3	Contracteren met <i>electronic agents</i>	183
8.3	Hoofdstukconclusie	186
9	HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING	187
9.1	Het moment van totstandkoming in het Nederlandse recht	188
9.1.1	De hoofdregel	189
9.1.2	Niet of niet tijdig ontvangen, toch juridische werking	195
9.1.3	Correctieven van Snijders	199
9.1.4	Paragraafconclusie	200
9.2	Het automatische moment van totstandkoming	200
9.2.1	De mailboxontvangsttheorie en de computerontvangsttheorie	201
9.2.2	Correctieven van Van Esch	203
9.2.3	De UNCITRAL Model Law	204
9.2.4	'Ontvangstverplichting' van de geadresseerde	205
9.2.5	Geautomatiseerd bereiken	207
9.3	Ontvangstbevestiging	209
9.3.1	Richtlijn inzake elektronische handel	209
9.3.2	Aanpassingswet elektronische handel	211
9.4	Hoofdstukconclusie	214

10	HET GEBRUIK VAN ALGEMENE VOORWAARDEN	217
10.1	Voordelen en nadelen van het gebruik van algemene voorwaarden	217
10.1.1	Oplossingen	219
10.1.2	De benadering van de wetgever	219
10.1.3	Opnametoetsing en inhoudstoetsing	220
10.2	Algemene voorwaarden en geautomatiseerde systemen	221
10.3	Definities en toepasselijkheid van de wettelijke regeling	223
10.3.1	Beperking toepassingsgebied afdeling 6.5.3	225
10.4	Gebondenheid	225
10.5	Informatieplicht	228
10.5.1	De informatieplicht ter discussie	230
10.5.2	Elektronische terbeschikkingstelling	232
10.5.3	Beperking vernietigingsbevoegdheid	238
10.6	Hoofdstukconclusie	239
11	DE AUTOMATISCHE ONDERTEKENING	241
11.1	Vormvereisten bij de totstandkoming van overeenkomsten	242
11.1.1	Constitutieve vormvereisten, bewijsvereisten en overige vormvereisten	243
11.1.2	De ratio achter vormvereisten	244
11.1.3	Constitutieve vormvereisten in het Burgerlijk Wetboek	244
11.1.4	Vormvereisten en elektronische verklaringen	247
11.2	De functionele equivalentiebenadering	252
11.2.1	Artikel 6 UNCITRAL Model Law – Geschrift	256
11.2.2	Artikel 7 UNCITRAL Model Law – Handtekening	256
11.2.3	De Nederlandse wetgever en de functionele equivalentiebenadering	257
11.2.4	De Commissie Huls	258
11.3	Beginselen van behoorlijk ICT-gebruik	261
11.4	Artikel 6:227a BW inzake ‘elektronische schriftelijkheid’	262
11.5	Artikel 3:15a BW inzake de elektronische handtekening	268
11.6	Wetsvoorstel elektronische akte	272
11.7	Vormvereisten naar Duits recht	273
11.7.1	Gevolgen van vormverzuim	274
11.7.2	De ratio achter vormvereisten	275
11.7.3	De vormen van het BGB	275
11.7.4	Constitutieve vormvereisten in het BGB	277
11.8	Synthese	279
11.9	De automatische ondertekening	283
11.9.1	De automatische ondertekening naar huidig positief recht	283
11.9.2	Betrekkelijke waarde van de automatische ondertekening	284
11.9.3	Juridische betekenis van de automatische ondertekening	285
11.10	Hoofdstukconclusie	285

Inhoudsopgave

IX

12	Conclusies	287
	SAMENVATTING	295
	SUMMARY	305
	REFERENTIES	309
	CURRICULUM VITAE	321
	NAWOORD	323

Lijst van afkortingen

AI	<i>Artificial Intelligence</i>
AG	<i>Amtsgericht</i>
ALI	<i>American Law Institute</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BW	Burgerlijk Wetboek
CISG	<i>Convention on the International Sale of Goods (Weens Koopverdrag)</i>
EDI	<i>Electronic Data Interchange</i>
LG	<i>Landesgericht</i>
LUF	Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
PC	<i>Personal Computer</i>
PDF	<i>Portable Document Format</i>
PG	Parlementaire Geschiedenis
TM	Toelichting Meijers
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UCITA	<i>Uniform Computer Information Transactions Act</i>
UETA	<i>Uniform Electronic Transactions Act</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>

1 | Inleiding

Dit proefschrift handelt over het aangaan van overeenkomsten met behulp van geautomatiseerde systemen. Er worden tegenwoordig diverse soorten geautomatiseerde systemen gebruikt om overeenkomsten aan te gaan. Zo wordt er gecontracteerd via e-mail, met behulp van online winkels, via elektronische marktplaatsen en met behulp van elektronische veilingssystemen. Naast deze computersystemen worden er ook andere soorten geautomatiseerde systemen gebruikt om overeenkomsten aan te gaan, bijvoorbeeld snoepautomaten of kaartjesautomaten in het openbaar vervoer.¹ Kenmerkend voor deze wijzen waarop overeenkomsten worden aangegaan, is niet alleen dat de communicatie vaak op elektronische wijze plaatsvindt, maar ook dat systemen *automatisch* handelingen verrichten. Zo kan een boekwinkel via een website boeken verkopen. De website en de daarmee verbonden systemen kunnen vervolgens relatief zelfstandig functioneren: er wordt informatie aangeboden aan potentiële klanten en er worden bestellingen in ontvangst genomen en automatisch bevestigd. Wanneer de website eenmaal juist is geconfigureerd, is voor elke individuele overeenkomst geen menselijke tussenkomst meer vereist. Er kunnen zo automatisch koopovereenkomsten tot stand komen. Dat gebeurt ook met de internetveiling. Daar voert de menselijke gebruiker een startprijs en een maximumprijs in waartegen hij² een zaak wil verkopen. Het systeem doet de rest. Ik merk op dat met de *intelligent agent*, de komst van een geautomatiseerd systeem dat in nog grotere mate zelfstandig kan handelen, wordt voorzien. Zo'n *intelligent agent* zou bijvoorbeeld ten behoeve van een natuurlijk persoon onderhandelingen kunnen voeren.

In dit hoofdstuk wordt de opzet van het proefschrift beschreven. De centrale probleemstelling van dit proefschrift is de vraag op welke wijze en onder welke voorwaarden contractuele gebondenheid ontstaat indien een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt om een overeenkomst aan te gaan. Bij de beantwoording van deze vraag, is het van belang te beseffen dat dit een vraag van *toerekening* betreft.

Dit hoofdstuk is als volgt opgezet. Als eerste worden drie aandachtspunten die van belang zijn voor de probleemstelling en de behandeling ervan, te weten toerekening en contractuele gebondenheid (paragraaf 1.1), drie methoden van

1 Het begrip 'geautomatiseerd systeem' wordt nader uiteengezet in hoofdstuk 2.

2 Onder 'hij' en 'zijn' worden in dit proefschrift verstaan 'hij of zij' en 'zijn of haar'.

toerekening (paragraaf 1.2), en het onderscheid tussen het instrument en de actor (paragraaf 1.3). Paragraaf 1.4 bevat de probleemstelling en vijf onderzoeksvragen. In paragraaf 1.5 wordt ingegaan op de onderzoeksmethodologie. Paragraaf 1.6 beschrijft de structuur van het proefschrift.

1.1 TOEREKENING EN CONTRACTUELE GEBONDENHEID

Het recht bevat instrumenten om feitelijke handelingen toe te rekenen. De onrechtmatige daad, de wilsvertrouwensleer en zaakwaarneming zijn voorbeelden van zulke instrumenten. Van deze voorbeelden komt in dit proefschrift alleen de wilsvertrouwensleer aan de orde omdat de andere twee voorbeelden niet relevant zijn voor de beantwoording van de centrale probleemstelling. De onrechtmatige daad is een rechtsfiguur waarmee feitelijke handelingen aan een persoon kunnen worden toegerekend, resulterend in een schadevergoedingsverbintenis. Ook bij de wilsvertrouwensleer worden er feitelijke handelingen verricht en worden deze door het recht toegerekend aan een persoon. De wilsvertrouwensleer is aldus een manier om een feitelijke handeling toe te rekenen aan een natuurlijk persoon: personen kunnen bepaalde verklaringen jegens elkaar afleggen. Indien met deze verklaringen sprake is van rechtshandelingen, en wel een aanbod en een aanvaarding, kunnen zij worden toegerekend, wat resulteert in contractuele gebondenheid. Naar Nederlands recht wordt aan de hand van de wilsvertrouwensleer bepaald wanneer er sprake is van contractuele gebondenheid.³ De wilsvertrouwensleer houdt onder meer in dat een contractant – kort gezegd – gebonden is aan zijn verklaring, tenzij de inhoud van zijn verklaring niet overeenstemt met zijn wil. Mocht er sprake zijn van een discrepantie tussen wil en verklaring, dan is de verklarende partij weer wel gebonden aan zijn verklaring indien de wederpartij erop had mogen vertrouwen dat er wel degelijk sprake is van overeenstemming tussen wil en verklaring.

1.2 DRIE METHODEN VAN TOEREKENING

In dit proefschrift komen drie methoden aan de orde om handelingen die worden verricht middels een geautomatiseerd systeem, toe te rekenen. In de eerste plaats kan met de *wilsvertrouwensleer* het handelen van een geautomatiseerd systeem worden toegerekend aan de gebruiker van dat systeem. Eén van de thema's die hierbij aan de orde komt, is de vraag hoe dient te worden omgegaan met de oneigenlijke dwaling. Dit betreft de situatie dat de gebruiker per abuis het systeem verkeerd instrueert, of dat door een storing er een

3 De wilsvertrouwensleer komt nader aan de orde in hoofdstuk 5.

discrepantie tussen wil er verklaring ontstaan. De tweede methode houdt in dat aan het geautomatiseerd systeem *rechtspersoonlijkheid* wordt toegekend. In dat geval zou contractuele gebondenheid aan het systeem zelf (als rechtspersoon) kunnen worden toegerekend. De derde methode houdt in dat aan het geautomatiseerd systeem *vertegenwoordigingsbevoegdheid* wordt toegekend. In dat geval zou contractuele gebondenheid aan het systeem zelf, maar ook aan de vertegenwoordigde kunnen worden toegerekend.

Wanneer in dit proefschrift wordt gesproken van ‘handelen’ of een ‘handeling’ van een geautomatiseerd systeem, dan wordt daarmee bedoeld op feitelijke gebeurtenis. Dat wil zeggen dat een systeem handelt wanneer het een elektronisch bericht bewerkt, ontvangt of verzendt, maar dat daar niet automatisch een juridische consequentie aan wordt verbonden. Of een handeling van een geautomatiseerd systeem als rechtshandeling kan gelden, is nu juist één van de vragen die in dit proefschrift aan de orde komt.

1.3 INSTRUMENT OF ACTOR

Bij het beantwoorden van de vraag of en op welke wijze het handelen middels een geautomatiseerd systeem kan worden toegerekend, komt ook de vraag aan de orde of het geautomatiseerd systeem als een *instrument* of als een *actor* dient te worden gezien. De kwalificatie als *instrument* houdt in dat het systeem wordt gezien als hulpmiddel voor de gebruiker van dat systeem. De kwalificatie van het geautomatiseerd systeem als *actor* houdt in dat het systeem wordt gezien als een zelfstandige deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Later in dit proefschrift wordt dit onderscheid nader uitgewerkt.

Het is de vraag of kwalificatie van het geautomatiseerd systeem als instrument of actor automatisch een juridische kwalificatie met zich meebrengt.⁴ Er zou geredeneerd kunnen worden dat indien het geautomatiseerd systeem als instrument wordt gezien, dat er dan wordt gekeken naar de intenties van de natuurlijk persoon die het systeem gebruikt en naar de feitelijke handelingen die de persoon en het systeem verrichten. Aan de hand daarvan wordt vervolgens bepaald of en hoe er sprake kan zijn van een rechtshandeling van de natuurlijk persoon. Een keuze voor de wilstrouwenleer als methode van toerekening zou daarmee voor de hand liggen.

Indien het geautomatiseerd systeem wordt gezien als actor, dan wordt het als zelfstandig individu behandeld, als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Het geautomatiseerd systeem wordt in feite geantropomorfiseerd, ofwel, er worden menselijke eigenschappen toegekend. Gebruikers van computersystemen zijn al vrij snel geneigd een computersysteem te antropomorfi-

4 Naar mijn mening is dat niet het geval. De vraag komt aan de orde in hoofdstuk 3.

seren.⁵ Dat gebeurt bijvoorbeeld met alledaagse opmerkingen als: “hij doet niet wat ik wil”, of: “foutje van de computer”. Auteurs die het computersysteem als actor zien, pleiten er soms voor om het computersysteem als rechtssubject en/of als vertegenwoordiger te kwalificeren.

1.4 PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

De probleemstelling (PS) van dit proefschrift luidt als volgt.

PS: *Op welke wijze en onder welke voorwaarden ontstaat contractuele gebondenheid, indien een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt om ten behoeve van een natuurlijk persoon of rechtspersoon een overeenkomst aan te gaan?*

Ter beantwoording van deze probleemstelling introduceer ik in eerste instantie de volgende drie onderzoeksvragen (OV's).

- OV1: Past het verrichten van een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem in de vigerende wilsvertrouwensleer?
- OV2: Dient een geautomatiseerd systeem worden gezien als een rechtssubject?
- OV3: Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een vertegenwoordiger?

Ten aanzien van de eerste onderzoeksvraag zal onder meer worden onderzocht of een verklaring die een geautomatiseerd systeem ten behoeve van een natuurlijk persoon formuleert en/of aflegt, kan gelden als een wilsuiting van die natuurlijk persoon. Dit onderwerp wordt in het vervolg korthedshalve aangeduid als het *wilsverklaringsprobleem*. Overigens wordt in dit proefschrift de naar Nederlands recht vigerende wilsvertrouwensleer *an sich* niet ter discussie gesteld. Er kan worden gediscussieerd over de vraag of de gebondenheid uit een overeenkomst kan worden gegrond op de wil, op een gedane verklaring, op het gewekte vertrouwen of wellicht op andere mogelijke grondslagen.⁶ Deze fundamentele discussie valt buiten het bereik van dit proefschrift

5 Zie onder meer B. Latour, *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford: Oxford University Press 2005; B. Latour, “Where are the missing masses? The sociology of a few mundane artifacts”, in: W.E. Bijker & J. Law (red.), *Shaping technology/building society*, Cambridge: MIT Press 1992, p. 225-264; P. Persson, J. Laaksolahti & P. Lönnqvist, “Anthropomorphism – a Multi-Layered Phenomenon”, *AAAI Technical Report FS-00-04*, 2000; G. Sussman, *Communication, Technology, and the Politics of the Information Age*, London: Sage Publications 1997, p. 25 e.v.

6 Zie als startpunten onder meer: Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 119-139; Van Dunné 1971; Hijma 1988; Smits 1995.

aangezien zij op alle wijzen van contractsvorming betrekking heeft, niet alleen op het automatisch aangaan van overeenkomsten.

Naast deze drie onderzoeksvragen formuleer ik voor een adequate beantwoording van de vraagstelling, nog twee onderzoeksvragen. Onderzoeksvraag 4 heeft betrekking op het *moment* dat overeenkomst tot stand komt indien gebruik wordt gemaakt van een geautomatiseerd systeem. Een verklaring heeft in beginsel werking op het moment dat de verklaring degene tot wie ze is gericht, bereikt.⁷ Hier rijst de vraag welk moment als moment van werking geldt indien een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt voor het verzenden of in ontvangst nemen van verklaringen. Onderzoeksvraag 5 richt zich op de vraag of algemene voorwaarden onderdeel kunnen uitmaken van een overeenkomst, wanneer een geautomatiseerd systeem een rol in het geheel vervuld. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden hangt deels samen met de toepassing van de wilsvertrouwensleer.⁸ Daarnaast kent de wettelijke regeling van algemene voorwaarden een informatieverplichting, de redelijke mogelijkheid tot kennisname.⁹ Onderzoeksvragen 4 en 5 luiden dan ook als volgt.

- OV4: Op welk moment ontstaat een overeenkomst indien één of meerdere geautomatiseerde systemen daarbij zijn betrokken?
- OV5: Hoe kunnen algemene voorwaarden deel uitmaken van een overeenkomst indien bij de totstandkoming daarvan één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken?
- OV6: Kan er op geautomatiseerde wijze een handtekening worden geplaatst?

1.5 ONDERZOEKSMETHODOLOGIE

Ter beantwoording van de PS en de OV's, is gekozen voor de volgende onderzoeksmethoden:

- 1 literatuurstudie;
- 2 het inventariseren, analyseren en duiden van theoretische achtergronden;
- 3 het inventariseren, analyseren en filteren van begrippen;
- 4 het analyseren en vergelijken van rechtsstelsels.

Er is literatuurstudie verricht naar de betekenis van de term *geautomatiseerd systeem, intelligent agent*, en naar de verschillende juridische onderwerpen. Naar aanleiding van de resultaten van de literatuurstudie is er een analyse uitgevoerd. Deze analyse bestaat uit het identificeren en duiden van theoretische achtergronden (met name ten aanzien van het onderscheid tussen de kwalifica-

7 Artikel 3:37 lid 3 BW.

8 Zie artikel 6:232 BW.

9 Artikel 6:233 sub b BW.

tie als *instrument* dan wel als *actor*). Het inventariseren, analyseren en filteren van begrippen speelt een cruciale rol. Bij het vergelijken van rechtsstelsels is er gekozen voor een vergelijking met het Duitse en het 'Amerikaanse' recht. De reden voor de behandeling van het Duitse recht, is dat in de Duitse literatuur en jurisprudentie al sinds jaar en dag aandacht is voor het geautomatiseerd systeem bij het verrichten van rechtshandelingen. Er wordt hiertoe een onderscheid gemaakt tussen de *elektronische Willenserklärung*, de *automatisierte Willenserklärung* en de *Computererklärung*. Het Amerikaanse recht komt aan de orde omdat er in de Verenigde Staten sprake is van wetgevingsinitiatieven op grond waarvan een geautomatiseerd systeem als een elektronische vertegenwoordiger (een zogenaamde *electronic agent*) wordt aangemerkt.

1.6 STRUCTUUR VAN HET PROEFSCHRIFT

De opzet van het proefschrift is als volgt. In hoofdstuk 1 wordt het onderzoeksgebied beschreven, tezamen met de vraagstelling en vijf relevante onderzoeksvragen. Verder wordt de onderzoeksmethode gegeven en de structuur van het proefschrift vastgelegd. In hoofdstuk 2 wordt uiteengezet wat ten behoeve van het onderzoek onder een geautomatiseerd systeem wordt verstaan. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op het onderscheid tussen de instrumentbenadering en de actorbenadering. Hiermee wordt een theoretisch fundament gelegd voor de beantwoording van de onderzoeksvragen 1, 2 en 3. Hoofdstuk 4 dient ter introductie van de relevante wet- en regelgeving. In hoofdstuk 5 wordt ter beantwoording van onderzoeksvraag 1 de rechtshandeling behandeld. In hoofdstuk 6 komt ter vergelijking met de rechtshandeling de Duitse pendant daarvan, het *Rechtsgeschäft* (dan wel de *Willenserklärung*) aan de orde. Hiermee wordt ook ingegaan op onderzoeksvraag 1. In hoofdstuk 7 worden de mogelijkheden om het geautomatiseerd systeem als rechtssubject en/of als vertegenwoordiger behandeld. Dit correspondeert met de onderzoeksvragen 2 en 3. In hoofdstuk 8 wordt – voor zover relevant – het Amerikaanse recht behandeld en wordt bijgedragen aan de beantwoording van onderzoeksvragen 2 en 3. In hoofdstuk 9 komt aan de orde de vraag op welk moment een overeenkomst tot stand komt ingeval gebruik wordt gemaakt van een geautomatiseerd systeem (onderzoeksvraag 4). Hoofdstuk 10 behandelt de vraag hoe algemene voorwaarden onderdeel kunnen worden gemaakt van een overeenkomst indien de totstandkoming geschiedt met behulp van één of meer geautomatiseerde systemen (onderzoeksvraag 5). Hoofdstuk 11 gaat in op de vraag of er op geautomatiseerde wijze een elektronische handtekening kan worden geplaatst (onderzoeksvraag 6), en wat de juridische waarde van zo'n handtekening zou kunnen zijn. In hoofdstuk 12 worden de conclusies en aanbevelingen, en de antwoorden op de onderzoeksvragen op een rij gezet.

2 | Geautomatiseerd systeem

Voor de totstandkoming van de overeenkomst met behulp van een geautomatiseerd systeem is het van belang vast te stellen wat onder een *geautomatiseerd systeem* wordt verstaan. De term valt uiteen in twee onderdelen: (1) wat is een systeem?, en (2) wat is het geautomatiseerde karakter van zo'n systeem?

In het maatschappelijk verkeer wordt veelvuldig gebruik gemaakt van technische hulpmiddelen om overeenkomsten aan te gaan. Deze hulpmiddelen zijn zeer divers van aard. Het kan bijvoorbeeld gaan om eenvoudige apparaten als verkoopautomaten, betaalautomaten en voorzieningen als e-mail en webwinkels. Al deze hulpmiddelen kunnen worden geschaard onder de noemer *systeem*. Veel technische hulpmiddelen zijn gebaseerd op een *computer*. In paragraaf 2.1 wordt uiteengezet wat er onder een computer wordt verstaan.

Een *geautomatiseerd* systeem is een systeem dat automatisch handelt,¹ dat wil zeggen zonder dat menselijke tussenkomst vereist is voor elke individuele handeling. In juridische literatuur wordt gesproken van *zelfhandelende systemen*. Het is van belang rekening te houden met de ontwikkelingen op het gebied van het informatica-onderzoek. Veel informatici verrichten onderzoek naar de zogenaamde *intelligent agent*.² Dit is een (meestal softwarematig) systeem dat zelfstandig kan handelen. Onderzoekers stellen vaak de eis dat er sprake moet zijn van *autonomie*, wil er van een *intelligent agent* kunnen worden gesproken. In dit hoofdstuk wordt nagegaan wat er onder autonomie wordt verstaan en of dit als automatisch handelen kan worden gekwalificeerd. In paragraaf 2.3 komt dit geautomatiseerde karakter van het geautomatiseerd systeem aan de orde. Omdat er in juridische beschouwingen veel aandacht is voor de *intelligent agent*, zal daarop worden ingegaan.

In het dagelijks verkeer wordt veel gebruik gemaakt van het internet met behulp van toepassingen als e-mail, websites, marktplaatsen, en online veilingen. Daarom wordt in paragraaf 2.3 aandacht besteed aan het internet en in paragraaf 2.4 aan de belangrijkste internettoepassingen. Hierbij wordt bezien of deze toepassingen automatisch handelingen kunnen verrichten. In paragraaf 2.5 worden de conclusies op een rij gezet.

1 Nota bene: zoals reeds genoemd in hoofdstuk 1 wordt het 'handelen' van een geautomatiseerd systeem gezien als een feitelijke gebeurtenis waaraan niet automatische een juridische kwalificatie als rechtshandeling is verbonden.

2 Zie Schermer 2007, p. 17-34.

2.1 EEN COMPUTER

Een computer is in staat zijn werkzaamheden te verrichten vanwege de in het apparaat opgenomen programmatuur. Een 'normale' computer is in beginsel een systeem dat niet is gericht op één enkele functie. Één en hetzelfde apparaat kan voor uiteenlopende functies worden gebruikt. De uiteindelijke specifieke functies worden mogelijk gemaakt door de programmatuur. Een computersysteem kan onderdeel zijn van een netwerk waardoor gegevens tussen de aangesloten systeemonderdelen voor transport of verdere bewerking worden overgedragen. Een voorbeeld van zo'n automatennetwerk is het netwerk van geldautomaten van een bankinstelling. Een ander bekend netwerk is uiteraard het *internet*.

Een computer is een systeem van één of meer *processoren*, *geheugen*, en *invoer- en uitvoer-apparaten*. De verschillende onderdelen van het systeem zijn met elkaar verbonden zodat zij informatie aan elkaar kunnen doorgeven. De *processor*, oftewel de *Central Processing Unit* (CPU), is het 'brein' van de computer en kan programmatuur executeren die is opgeslagen in het geheugen. In het *geheugen* worden programma's en data opgeslagen. *Invoer- en uitvoer-apparatuur* dienen voor de communicatie met het systeem en voor de communicatie van de onderdelen van het systeem onderling. Intern zijn de onderdelen van de computer met elkaar verbonden door middel van een *bus*. Dit is het datakanaal tussen processor, geheugen en overige invoer- en uitvoer-apparaten. Daarnaast verbindt de bus eventuele randapparatuur zoals een modem of een videokaart met het systeem. Het toetsenbord en de muis zijn veelgebruikte invoerapparaten. Uitvoer van gegevens kan geschieden middels een printer of een beeldscherm.³

Op het fysieke, hardwarematige niveau kan de elektronica waar een computer uit bestaat, slechts eenvoudige instructies uitvoeren. Een computer kan bijvoorbeeld twee getallen bij elkaar optellen, controleren of een getal gelijk is aan nul, of gegevens van het ene deel naar het andere in het geheugen kopiëren. Een verzameling instructies is een *programma*. Op het fysieke niveau worden de instructies van een programma weergegeven in *machinetaal*. Omdat een computer op dit niveau slechts eenvoudige instructies kan verwerken, is het omslachtig voor een natuurlijk persoon, de programmeur, er op deze manier mee te werken. Om een computer eenvoudiger te kunnen instrueren, wordt geabstraheerd van de machinetaal. Een programmeur kan in een andere taal, die beter voor een mens is te beheersen, een programma schrijven. Het programma wordt daarna omgezet⁴ in machinetaal. Een 'hogere' programmeertaal maakt het aldus mogelijk te abstraheren van de fysieke hardware. Een programmeur hoeft niet een specifiek apparaat voor ogen te hebben waarvoor hij zijn programma schrijft. Hierdoor kan de programmeur een

³ Tanenbaum 1998, p. 39-116.

⁴ Deze omzetting kan bestaan uit *translation* of *interpretation*.

hypothetische machine voor ogen hebben, een zogenaamde *virtual machine*, waarvan de machinetaal bestaat uit de geabstraheerde, 'hogere', taal. Een consequentie van dit alles is dat hardware en software functioneel moeilijk strikt kunnen worden gescheiden. Hardware is de fysieke elektronica waaruit de computer is opgebouwd. Software is een verzamelnaam voor computerprogramma's. Een programmeur zal zijn programma's meestal in een hogere programmeertaal schrijven. Een programma kan echter desgewenst in hardware worden vastgelegd.⁵ Omdat in het dagelijks taalgebruik bij de term *computer* voornamelijk aan fysieke apparatuur wordt gedacht, zal hierna de term *geautomatiseerd systeem* worden gebruikt als overkoepelende term voor zowel hardwarematige als softwarematige systemen.

Dè kenmerkende eigenschap van de computer is, dat het een universeel apparaat is, dat wil zeggen dat het niet één praktische toepassing kent, maar juist voor diverse verschillende toepassingen kan worden gebruikt. Bepalend voor een specifieke toepassing is het betreffende programma, niet het apparaat. Een uitzondering hierop vormt de zogenaamde *embedded computer*. Een *embedded computer* is nu juist een computer met één specifiek doel en dat bovendien uit één fysiek apparaat bestaat. Het voordeel van een *embedded computer* is kostenreductie: voor een specifieke toepassing behoeft de computer alleen uit de daarvoor noodzakelijke onderdelen te bestaan. Een voorbeeld van een embedded computer is de wegwerpcomputer in de vorm van een muziekchip in een wenskaart. Sommige wenskaarten bevatten een muziekchip: wanneer de kaart wordt geopend, speelt de chip een melodietje. In de chip zijn alle onderdelen van de computer te vinden, een processor, geheugen, en invoer- en uitvoerapparatuur. Invoer geschiedt door de kaart te openen; er wordt op mechanische wijze een schakelaar (de invoerapparatuur) omgezet waardoor de processor de data in het geheugen gaat verwerken. De verwerking leidt tot de uitvoer; het melodietje wordt via een kleine luidspreker (de uitvoerapparatuur) afgespeeld. Doordat de *embedded computer* tegenwoordig onderdeel is van alledaagse apparatuur, zijn we omringd door computers. *Embedded computers* zijn opgenomen in magnetrons, CD-spelers, televisies, DVD-spelers, video-recorders, wasmachines, drogers, telefoons, speelgoed, geldautomaten, printers, faxen, horloges, computernetwerkapparatuur zoals routers, kopieermachines, antiblokkeersystemen in auto's, thermostaten, rekenmachines, navigatiesystemen in vliegtuigen en raketten, medische apparatuur, meetapparatuur zoals oscilloscopen, enzovoort.⁶ Hoewel een *embedded computer* in principe voor één praktische toepassing wordt gebruikt, is soms te zien dat een apparaat toch weer universele trekjes krijgt. De mobiele telefoon bijvoorbeeld bevatte oorspronkelijk, en veel modellen uiteraard nog steeds, een *embedded computer* met een beperkte functionaliteit, namelijk eenvoudigweg het mogelijk maken met het apparaat te telefoneren. Daarnaast kan de *embedded*

5 Tanenbaum 1998, p. 1-38.

6 Tanenbaum 1998, p. 26-28.

computer in een mobiele telefoon de tijd en de datum bijhouden en dienen als systeem voor het beheer van een elektronische telefoonlijst. Bij nieuwere modellen is het echter mogelijk om software in te laden waardoor de telefoon ook andere functies aan een gebruiker kan tonen. De betreffende software kan bijvoorbeeld bestaan uit eenvoudige spelletjes of het beheren van agenda's.

Uit de bovenstaande beschrijving van een computer valt te concluderen dat het vanuit het oogpunt van de gebruiker niet zinvol is een strikt onderscheid te hanteren tussen verschillende componenten, bijvoorbeeld de hardware en de software. Een gebruiker zal gebruik maken van een geheel van onderdelen en zal dat als een geheel beschouwen. Dit geheel kan worden gezien als een *systeem*.

2.2 AUTOMATISCH HANDELEN

Sommige juristen en informatica-onderzoekers spreken van *zelfhandelende* of van *autonome* systemen. Zo spreekt Van Esch over zelfhandelende EDI-systemen⁷ en wordt autonomie gezien als een kenmerk van *intelligent agents*.⁸ Beide komen in de navolgende paragrafen aan de orde. Onder 'zelfhandelendheid' of autonomie wordt meestal verstaan dat een geautomatiseerd systeem handelt zonder directe menselijke tussenkomst. Ook hier wordt met 'handelen' bedoeld op feitelijke gebeurtenissen waar niet automatisch een juridische consequentie aan is verbonden. Het is de vraag of en hoe autonomie dient te worden onderscheiden van het *automatisch* verrichten van handelingen. Eén van de ontstaansredenen van het geautomatiseerd systeem is het automatiseren van handelingen. Dit kan worden geïllustreerd met het volgende. Een veel gebruikte computertoepassing is de *spreadsheet*. Dit is een computerprogramma waarmee automatisch berekeningen kunnen worden uitgevoerd. Het voordeel hiervan is uiteraard dat deze berekeningen niet meer door een natuurlijk persoon behoeven te worden verricht: de gebruiker van de applicatie behoeft slechts de door de applicatie te gebruiken formules in te voeren. Voorts dient hij gegevens aan te leveren waarop de applicatie de formules kan toepassen. Het geautomatiseerd systeem (in dit geval een combinatie van hardware en software) voert automatisch de berekeningen uit. Het is echter de vraag of dit ook is aan te duiden als *autonoom handelen* en wat de meerwaarde zou zijn van deze duiding.

Om enig licht hierop te werpen worden in de navolgende paragrafen geautomatiseerde systemen besproken die door sommigen als autonome systemen worden aangeduid. Dit zijn het EDI-systeem (paragraaf 2.2.1) en de *intelligent agent* (paragraaf 2.2.2). Er wordt dan stilgestaan bij de vraag wat

7 Van Esch 1999a, p. 25.

8 Schermer 2007, p. 20 e.v.

het betreffende systemen meer of anders doen dan het automatisch verrichten van handelingen, en wat de juridische connotatie daarvan is.

2.2.1 Electronic Data Interchange

Electronic Data Interchange (EDI) is een toepassing van computersystemen waarmee op grote schaal overeenkomsten tot stand kunnen worden gebracht. EDI werd reeds toegepast zo'n 20 jaar voordat term *electronic commerce* zijn intrede deed.⁹ Een klassiek voorbeeld van een EDI-toepassing is het volgende. Een supermarkt houdt de voorraad van producten bij door de verkopen aan de kassa te registreren. Via de streepjescode wordt geregistreerd hoeveel van een product wordt verkocht. Indien de boekvoorraad onder een tevoren vastgesteld minimum komt, dan plaatst het computersysteem automatisch een bestelling bij de toeleverancier. Het zelfhandelende karakter blijkt uit dit zelfstandig plaatsen van bestellingen.

EDI vertoont voorts de volgende kenmerken. EDI vergt vaak op maat gemaakte hard- en software en wordt enkel tussen bedrijven onderling gebruikt. Bovendien is er vaak een derde partij, het *Value Added Network* (VAN), dat EDI-diensten verleent. Het VAN biedt bijvoorbeeld het netwerk aan waarover de EDI-berichten worden verzonden. EDI integreert de geautomatiseerde informatieverwerking van verschillende bedrijven. Het grote voordeel van EDI is kostenbesparing. Door het koppelen van de registraties kan beter worden gepland en kunnen meer effectieve voorraden worden aangehouden. Bovendien kan aanzienlijk worden bespaard op gebruik van formulieren en het invoeren van gegevens. Verklaringen die voorheen op papier door natuurlijke personen werden uitgewisseld, worden nu automatisch elektronisch verzonden, ontvangen, en verwerkt.¹⁰ Om de automatische verwerking van EDI-berichten mogelijk te maken, dienen zij aan de hand van een vooraf afgesproken formaat te worden opgemaakt. Van Esch definieert EDI dan ook als:

'(...) de elektronische uitwisseling van gestructureerde en genormeerde berichten tussen informatiesystemen.'¹¹

Met de term *informatiesysteem* doelt Van Esch op meer dan slechts de computer die wordt gebruikt. Een computer omschrijft hij als een elektronisch apparaat, dat bestaat uit een verwerkingseenheid, een geheugen en in- en uitvoerapparatuur en dat op basis van in het apparaat opgeslagen computerprogramma's de ingevoerde of in het geheugen opgeslagen gegevens bewerkt. Volgens Van Esch is het gebruik van de term *computer* in EDI-verband te beperkt. Het gaat

9 Schneider 2003, p. 206.

10 Awad 2002, p. 393-400; Van Esch 1999a, p. 11-30; Schneider 2003, p. 206-216.

11 Van Esch 1999a, p. 13-14.

namelijk niet alleen om de computer, maar ook om alle betrokken telecommunicatievoorzieningen. Voor het geheel van computer en telecommunicatievoorzieningen gebruikt Van Esch de term *informatiesysteem*.¹² Voorts maakt Van Esch een nader onderscheid aan de hand van de mate van menselijke invloed op EDI-systemen. Voor het EDI-systeem dat zonder directe menselijke tussenkomst EDI-berichten verstuurt, ontvangt, beoordeelt of verwerkt, hanteert Van Esch de term *zelfhandelend EDI-systeem*.¹³ De zelfhandelendheid ziet hiermee op het handelen zonder directe menselijke tussenkomst.

Typend voor EDI is dat het wordt toegepast tussen partijen die beogen een langdurige relatie met elkaar aan te gaan waarbij via EDI overeenkomsten worden gesloten. De betrokken partijen sluiten dan ook voorafgaand aan de inzet van EDI een zogenaamde *interchange agreement*. In de *interchange agreement* worden de technische details van het te gebruiken systeem uiteengezet en worden voorwaarden gesteld omtrent de beveiliging van het systeem. Daarnaast regelt de *interchange agreement* een aantal specifieke juridische onderwerpen zoals het moment van werking van een EDI-bericht, de rechtsgevolgen van vermindering van een EDI-bericht, de gevolgen van eventuele fouten van een intermediair die betrokken is bij het EDI-verkeer, de gevolgen van misbruik van een identificatiemiddel, de toelaatbaarheid van elektronische registraties van EDI-berichten als bewijsmiddel, en de bewijskracht van dergelijke registraties.¹⁴ Een *interchange agreement* wordt gebruikt vanwege de onzekerheid over de toepasbaarheid van de bestaande rechtsregels, als ook het voorkomen van ongewenste resultaten van de toepassing van die regels. Indien een onderliggende overeenkomst ontbreekt, dient voor de hier genoemde juridische onderwerpen te worden teruggegrepen op de regels van het Burgerlijk Wetboek.

2.2.2 Een intelligent agent

Een belangrijke categorie van geautomatiseerde systemen waar in dit proefschrift aandacht aan wordt besteed, is de zogenaamde *intelligent agent*. Een *intelligent agent* is een zelfstandig handelend systeem dat ten behoeve van een natuurlijke persoon juridisch relevante handelingen kan verrichten.

Om de theorie omtrent de *intelligent agent* uiteen te zetten, kan zij worden afgezet tegen wat ik – gemakshalve – het ‘klassieke’ AI-denken noem. AI staat voor *artificial intelligence*, oftewel kunstmatige intelligentie. Het klassieke AI-denken houdt in dat een computersysteem aan de hand van een model van de werkelijkheid redeneert en handelt. Hierna wordt kort het AI-denken geschetst, daarna wordt aandacht besteed aan de *intelligent agent*.

12 Van Esch 1999a, p. 13. In het vervolg van zijn proefschrift hanteert Van Esch voornamelijk de term *EDI-systeem*.

13 Van Esch 1999a, p. 25.

14 Van Esch 1997, p. 130-136.

A. Het klassieke AI-denken

Hoewel het in het kader van dit proefschrift te ver voert een uitgebreid overzicht te geven van het onderzoeksgebied van de AI, kan wel worden gezegd dat het een onderzoeksveld is dat zich onder meer bezig houdt met de vraag of een machine daadwerkelijk intelligentie kan vertonen. Deze vraag (kan een machine intelligentie vertonen), kan worden onderverdeeld in vier benaderingswijzen: 1. de machine die menselijk handelt; 2. de machine die menselijk denkt; 3. de machine die rationeel denkt; en 4. de machine die rationeel handelt.¹⁵ Deze vier benaderingswijzen schaar ik gemakshalve onder de noemer 'klassiek AI-denken'.¹⁶ Ik ga deze vier benaderingswijzen niet verder analyseren. Voor verhandelingen over schakende computers en rechtsprekende computers verwijs ik naar de publicatie van Van den Herik.¹⁷

Een tegenstander van de stelling dat machines intelligentie kunnen vertonen, is Searle. Volgens hem is dit onmogelijk omdat een computer functioneert aan de hand van concrete symbolen: bijvoorbeeld nullen en enen, die evenwel voor de computer *geen betekenis* hebben. Echte intelligentie is daarom onmogelijk.¹⁸ De benadering van Searle wordt onder meer betwist door Dennett. Zijn argument daarvoor is dat de menselijke hersenen immers ook functioneren aan de hand van 'betekenisloze' signalen, zoals elektrische signalen die via de zenuwen worden doorgegeven. De menselijke hersenen zijn uitermate complex: er is sprake van *heel veel* signalen. Elk individueel signaal of een kleine verzameling signalen vertoont misschien geen intelligentie, maar intelligentie zou volgens Dennett kunnen ontstaan uit een groot, complex systeem van, op het eerste gezicht, betekenisloze signalen.¹⁹

Vanuit juridisch opzicht is een uitgebreide verdere behandeling van 'de AI-discussie' niet relevant. Het is wel even kort aangestipt als opmaat voor de *intelligent agent*.²⁰

B. Een praktische benadering: de 'intelligent agent'

In de robotica leverde de AI-benadering niet meteen resultaat op: machines stonden lang 'na te denken' en waren daardoor niet in staat snel te reageren op veranderingen in de omgeving. Met name Brooks is deze mening toegedaan

15 S.J. Russel & P. Norvig, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Prentice Hall 2003, p. 1-4.

16 Ik ben me ervan bewust dat dit een zeer vereenvoudigde weergave is van een deel van het onderzoeksveld van AI. Deze weergave wordt echter enkel gebruikt als vergelijkingsmateriaal om de betekenis van de term *intelligent agent* te illustreren. Deze vereenvoudigde weergave wordt binnen de AI aangeduid als GOFAI (Good Old Fashioned AI), zie J. Haugeland, *Artificial Intelligence: The Very Idea*, Cambridge: MIT Press 1989.

17 H.J. van den Herik, *Kunnen computers rechtspreken?* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint bv 1991; H.J. van den Herik, *Computerschaak, Schaakwereld en Kunstmatige Intelligentie* (diss. Delft), 's-Gravenhage: Academic Service 1983.

18 J. Searle, *Minds, brains and science*, Cambridge: Harvard University Press 1984.

19 Dennett 1991, p. 435-440.

20 Een uitgebreide behandeling van bijvoorbeeld het *Chinese room*-experiment blijft dan ook achterwege.

en is daarmee één van de grootste criticasters van de klassieke AI-benadering.²¹

Brooks stelde een alternatieve benadering voor. In plaats van de machine te laten redeneren aan de hand van een intern model van de werkelijkheid (de 'klassieke AI-benadering'), pleit hij voor een 'reactieve' houding: een systeem (in zijn geval: een robot) dient meteen te reageren op prikkels van buitenaf.²² Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een robot die zelfstandig aan een voetbalspel kan deelnemen.²³ Vanuit de klassieke AI-benadering zou men een robot laten voetballen door de robot te laten redeneren aan de hand van een intern model van de werkelijkheid. Dit model bevat een representatie van het voetbalveld, van de locatie van de doelen en van de locatie van de andere spelers. De representatie van de omgeving dient uiteraard voortdurend te worden aangepast aan de veranderingen die daarin plaatsvinden. Aan de hand van deze interne weergave en aan de hand van de regels van het voetbalspel beredeneert de robot vervolgens welke handelingen hij moet verrichten. Brooks raakte gefrustreerd met deze benadering omdat het leidde tot veel te trage robots. De machines waren meer bezig met redeneren dan met handelen. Brooks' reactieve benadering is puur resultaatgericht. In deze benadering redeneert de robot aan de hand van korte als-dan-redeneringen, zonder een innerlijke representatie van de werkelijkheid. De regels van het spel en het reageren op veranderingen in de omgeving zitten in deze redeneringen 'ingebakken'. Een voorbeeld is de regel: 'als ik op voldoende afstand van het doel van het andere team ben genaderd en er staan geen obstakels in de lijn tussen mij en het doel dan schiet ik de bal het doel in.'²⁴ Er is dus geen sprake van uitgebreid redeneren zoals bij de AI-benadering. Het resultaat is een robot die meteen handelt.

De theorie omtrent de *intelligent agent* heeft ook invloed gehad op de wijze van het ontwerpen van software. In dat geval wordt ook wel gesproken van een *software agent*. Hoewel de termen *intelligent agent* en *software agent* afkomstig zijn uit de informatica, hebben zij ook ingang gevonden in juridische beschouwingen.²⁵

21 R.A. Brooks, 'A robust layered control system for a mobile robot', *IEEE J. Robotics and Automation*, april 1986, p. 14-23 ; R.A. Brooks, 'Elephants don't play chess', *Robotics and Autonomous Systems* 1990, p. 3-15. R.A. Brooks, 'Intelligence without reason', *A.I. Memo* april 1990.

22 Zie ook H.J. van den Herik & E.O. Postma, *Veertig jaar, zes doorbraken* (afscheidscollege Maastricht), 16 oktober 2008, p. 19.

23 De vergelijking met voetbal is geïnspireerd op het *Robocup*-evenement. Dit is een regelmatig terugkerend evenement waarin robotica-onderzoekers vanuit de doelstellingen van onderzoek en onderwijs teams van autonome robots tegen elkaar laten voetballen, zie <http://www.robocup.org/>.

24 Dit is slechts een voorbeeld. De buiten spel-regel is hier niet in verwerkt.

25 Zie bijvoorbeeld Borking, Van Eck & Siepel 1999; Feliu 2001; Kerr 1999; Luijff & Verhaar 1998; Sapherstein 1997; Schermer 2007; Smed 1998; Weitzenboeck 2001.

2.2.3 Betekenis van de *intelligent agent*

De term de *intelligent agent* heeft op dit moment niet een eenduidige betekenis. Een tot de verbeelding sprekende benadering van het begrip houdt in dat er gestreefd wordt naar een elektronische assistent, een soort robot of ondersteuner die in je computer zit en die allerlei werkzaamheden voor de gebruiker kan verrichten. Om tot een meer onderscheidende omschrijving te komen, kan worden gewezen op de uit de jaren negentig van de vorige eeuw stammende omschrijving van Wooldridge en Jennings.²⁶ Zij formuleren vier minimeigenschappen waaraan voldaan dient te zijn, voordat er van een *intelligent agent* gesproken kan worden:

- *autonomy*: agents operate without the direct intervention of humans or others, and have some kind of control over their actions and internal state;
- *social ability*: agents interact with other agents (and possibly humans) via some kind of *agent communication language*;
- *reactivity*: agents perceive their environment, (which may be the fysical world, a user via a graphical user interface, a collection of other agents, the Internet, or perhaps all of these combined), and respond in a timely fashion to changes that occur in it;
- *pro-activeness*: agents do not simply act in response to their environment, they are able to exhibit goal-directed behaviour by taking the initiative.²⁷

Onder autonomie worden kennelijk de volgende drie elementen begrepen:

- 1 de *agent* handelt *zonder tussenkomst* van een mens (of een ander systeem);
- 2 de *agent* beschikt over *enige vorm van sturing van zijn handelingen*;
- 3 de *agent* beschikt over *enige vorm van sturing van zijn interne status* ('internal state'). Hiermee wordt bedoeld dat deze interne status alleen toegankelijk is en kan worden aangepast via de invoermethoden die de *agent* daarvoor biedt.²⁸

Element 1) is identiek aan de hiervoor behandelde eigenschap van zelfhandelendheid. Element 2) lijkt een parafasering van de term 'autonomie' te zijn en lijkt een nader onderscheidend vermogen te ontberen. Element 3) ziet op de wijze waarop een *agent* kan worden geïnstrueerd en aangestuurd. Natuurlijk kan het in verband worden gebracht met adaptiviteit en een eigen overtuiging wat normgedrag betreft. Naar mijn mening is dit op dit moment niet van doorslaggevend belang om van autonomie te kunnen spreken.²⁹ In essentie is de autonomie waar Wooldridge en Jennings over spreken ten aanzien van

26 Wooldridge & Jennings 1995. Zie ook Schermer 2007, p. 22-24.

27 Wooldridge & Jennings 1995, p. 115-152.

28 Schermer 2007, p. 21.

29 Deze opmerking is gebaseerd op de huidige stand van zaken.

agents daarom volgens mij identiek aan de reeds genoemde 'zelfhandelendheid' van geautomatiseerde systemen.³⁰

De overige drie eigenschappen (*social ability*, *reactivity* en *pro-activeness*) trekken voor wat de totstandkoming van een overeenkomst betreft minder de aandacht. Het vereiste van *social ability* ligt voor de hand: de gebruiker van de *agent* moet de *agent* de gewenste instellingen kunnen meegeven. Bovendien moet de *agent* op de één of andere manier met andere geautomatiseerde systemen of met natuurlijke personen kunnen communiceren om verklaringen uit te kunnen wisselen en zodoende een overeenkomst tot stand te laten komen. *Reactivity* komt erop neer dat de *agent* zijn omgeving kan waarnemen en tijdig reageert op veranderingen in die omgeving. *Pro-activeness* houdt in dat de *agent* niet slechts wacht op externe stimuli voordat hij reageert. Hij kan zelf het initiatief nemen.

De eigenschap van reactiviteit kan duiden op de eigenschap van een *agent* om andere *agents* waar te nemen, wellicht zelfs het gedrag van die *agents* bij het contracteren waar te nemen en daar vervolgens op de één of andere manier rekening mee te houden. *Pro-activeness*, het nemen van het initiatief, kan erop duiden dat een *agent* afwacht totdat hij wordt benaderd om een overeenkomst te sluiten, maar zelf het initiatief daartoe neemt.

Qua praktische toepassing van *intelligent agents* worden door Jennings en Wooldridge de volgende toepassingsgebieden onderscheiden:³¹

- industriële toepassingen, waaronder procesbestuur, productie, vluchtverkeer;
- commerciële toepassingen, waaronder informatie management, elektronische handel, transactie management;
- medische toepassingen, waaronder ziekenhuis informatie management;
- amusementstoepassingen, waaronder computerspelletjes, interactief theater en film.

Meteen valt op dat er veel verschillende toepassingsgebieden voor *agents* worden voorzien. De toepassing van een *agent* bij het sluiten van overeenkomsten is slechts één van de vele toepassingen. Hieruit valt ook te verklaren dat van de twee kenmerken van *reactivity* en *pro-activeness* wellicht een minder concrete voorstelling gemaakt kan worden wat de inzet van de *agent* betreft bij het aangaan van overeenkomsten. Bij andere toepassingen hebben deze twee kenmerken wellicht immers wél een belangrijke concrete betekenis.

³⁰ Zie ten aanzien van *agents* en autonomie ook Schermer 2007, p. 20-21.

³¹ Jennings & Wooldridge 1998, p. 11-17.

2.2.4 Het Kasbah-prototype

Om een concrete voorstelling mogelijk te maken van het gebruik van één of meer *agents* bij het aangaan van overeenkomsten, bespreek ik het Kasbah-prototype. Het prototype is halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw ontwikkeld aan het Medialab van het Massachusetts Institute of Technology (MIT). Het is dus al weer enige jaren oud, maar kan goed dienst doen als referentiemodel en als vergelijkingmateriaal met de hierna te behandelen internetveilingen. Het prototype doet namelijk sterk denken aan een automatisch biedsysteem bij internetveilingen. Het is een systeem waarin gebruikers elektronische *agents* kunnen creëren waarmee zij producten kunnen kopen en verkopen. Via een web-interface kunnen de gebruikers aangeven wanneer een product gekocht dan wel verkocht moet zijn, wat de gewenste prijs en de hoogst dan wel laagst acceptabele prijs is. Bovendien kan de gebruiker instellen hoe snel de agent tijdens onderhandelingen de prijs naar boven of naar beneden moet bijstellen. Vervolgens gaat de *agent* in onderhandeling met de *agents* van andere gebruikers en gaat hij tot aan- of verkoop over. De gebruiker kan hierbij instellen of de *agent* achteraf de gebruiker op de hoogte stelt van het feit dat de *agents* overeenstemming hebben bereikt of dat de gebruiker eerst toestemming moeten geven voordat de *agent* akkoord gaat. Kasbah is een mooi voorbeeld van een *agents* systeem waarin de *agents* een bepaalde handelingsruimte toegewezen krijgen waarbinnen zij ten behoeve van hun gebruiker kunnen handelen. Hierbij hebben de *agents* direct invloed op de bepaling van de inhoud van de tot stand te brengen overeenkomst: de prijs en het tijdstip waarop gecontracteerd wordt, wordt aan de *agent* overgelaten.

Een Kasbah-*agent* kan bij de uitwisseling van verklaringen heel geleidelijk een prijs naar boven of naar beneden bijstellen totdat een aanbod uiteindelijk wordt aanvaard. De gebruiker zal niet meteen op de hoogte zijn van elke afzonderlijke verklaring. Ter illustratie wordt hieronder de *negotiation history* – het logboek – weergegeven van een transactie die door Kasbah-*agents* is uitgevoerd.³²

Date: Wed 24 Jan 21:20:15 – Event: Offered agent 3 100. Rejected.

Date: Wed 24 Jan 21:20:15 – Event: Asked agent 3 their price. Replied 70.

Date: Wed 24 Jan 21:20:15 – Event: Agent 2 offered 50. I rejected.

Date: Wed 24 Jan 21:20:15 – Event: Agent 2 asked my price. I replied 100.

Date: Wed 24 Jan 21:20:16 – Event: Agent 3 offered 70. I rejected.

Date: Wed 24 Jan 21:20:16 – Event: Agent 3 asked my price. I replied 100.

Date: Wed 24 Jan 21:20:34 – Event: Offered agent 3 96. Rejected.

Date: Wed 24 Jan 21:20:34 – Event: Asked agent 3 their price. Replied 73.

Date: Wed 24 Jan 21:20:34 – Event: Agent 3 offered 73. I rejected.

32 Chavez & Maes 1996, p. 12.

Date: Wed 24 Jan 21:20:34 – Event: Agent 3 asked my price. I replied 96.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:35 – Event: Agent 2 offered 53. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:35 – Event: Agent 2 asked my price. I replied 95.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:53 – Event: Agent 3 offered 75. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:53 – Event: Agent 3 asked my price. I replied 91.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:53 – Event: Agent 2 offered 56. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:53 – Event: Agent 2 asked my price. I replied 91.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:54 – Event: Offered agent 3 91. Rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:20:54 – Event: Asked agent 3 their price. Replied 76.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:12 – Event: Agent 2 offered 59. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:12 – Event: Agent 2 asked my price. I replied 87.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:12 – Event: Agent 3 offered 78. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:12 – Event: Agent 3 asked my price. I replied 87.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:13 – Event: Offered agent 3 87. Rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:13 – Event: Asked agent 3 their price. Replied 78.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:31 – Event: Agent 3 offered 81. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:31 – Event: Agent 3 asked my price. I replied 83.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:31 – Event: Offered agent 2 83. Rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:31 – Event: Asked agent 2 their price. Replied 62.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:32 – Event: Agent 2 offered 62. I rejected.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:32 – Event: Agent 2 asked my price. I replied 83.
 Date: Wed 24 Jan 21:21:32 – Event: Offered agent 3 79. Accepted.

In bovenstaande *negotiation history* is met betrekking tot een bepaalde transactie vastgelegd welke verklaringen drie *agents* jegens elkaar hebben afgelegd. Er is te zien dat de *agents* alleen over de prijs onderhandelen. De *agents* hebben binnen de aangegeven parameters een eigen handelingsvrijheid. De *negotiation history* beschrijft de handelingen van *agent 1* in de eerste persoon. *Agent 1* treedt in bovenstaand voorbeeld op ten behoeve van de verkopende partij. Er is te zien hoe *agent 1* in het begin een prijs van 100 vraagt maar uiteindelijk met *agent 3* overeenstemming bereikt over een prijs van 79.³³

Het idee van onderhandelende *agents* is verder uitgewerkt in het *Information Economies* onderzoeksproject van IBM.³⁴ De onderzoekers bij IBM voorzagen toen het ontstaan van een *information economy*:

‘(...) the global economy and the Internet will merge into an *information economy* bustling with billions of autonomous software agents that exchange information goods and services with humans and other agents.’³⁵

In de *information economy* is er sprake van een overvloed aan informatie waarmee consumenten zich beter kunnen informeren over producten en prijzen. Producenten kunnen beter op de hoogte geraken van de behoeften van klanten.

33 Zie voor alle details Chavez en Maes 1996.

34 Kephart, Hanson & Greenwald 2000.

35 Kephart, Hanson & Greenwald 2000, p. 732.

De *agents* die betrokken zijn bij de *information economy* zullen “aankopen” doen zoals netwerk bandbreedte, processor-rekentijd, toegang tot databanken en “andere meer verfijnde producten en diensten.” *Agents* kunnen met betrekking tot deze goederen en diensten toegevoegde waarde bieden “by synthesizing, filtering, translating, mining or otherwise processing them, and will sell the resultant product or service to other agents”. Centraal in de visie van de onderzoekers bij IBM staat de *economically motivated agent* die als een geautomatiseerde miniatuuronderneming gezien kan worden.³⁶

Bij de overgang naar de *information economy* zien de onderzoekers een belangrijke rol weggelegd voor *shopbots* en *pricebots*. *Shopbots* zijn *agents* die ten behoeve van potentiële kopers informatie verzamelen en vergelijken. Een *shopbot* kan bijvoorbeeld met betrekking tot een bepaald product de verschillende prijzen inventariseren die door de verschillende verkopers worden gehanteerd. Verkopers kunnen gebruik maken van een *pricebot*: dat is een *agent* die automatisch verkoopprijzen kan aanpassen ten behoeve van de verkoper in reactie op veranderende marktomstandigheden. Er zijn tenminste vier algoritmen bekend aan de hand waarvan een *pricebot* de verkoopprijs kan aanpassen. Dit zijn 1) het *game theoretic* algoritme, 2) het *myopically optimal* algoritme, 3) het *derivative follower* algoritme en 4) het *Q-learning* algoritme. Op grond van het *game theoretic* algoritme kiest de *pricebot* een willekeurige prijs binnen een bepaalde bandbreedte. Deze bandbreedte wordt bepaald aan de hand van het aantal kopers en de prijs die een koper bereid is te betalen. Met het *myopically optimal* algoritme stelt de *pricebot* een prijs vast waarmee op korte termijn de meeste winst wordt behaald, totdat een andere verkoper zijn prijs aanpast. Het *derivative follower* algoritme vereist, anders dan de andere twee algoritmen, geen kennis over kopers of concurrenten. Het experimenteert met kleine toenames of afnames van de prijs. De prijs wordt voortdurend aangepast in een gekozen richting totdat een afname van de winst wordt waargenomen. Op dat moment wordt de prijsaanpassing omgekeerd.³⁷ De tot nu toe genoemde algoritmen kunnen niet door de *pricebot* zelf worden aangepast. Bij de vierde methode van prijsvaststelling kan dat echter wel. De onderzoekers spreken bij het vierde algoritme van *Q-learning*. Op grond van het *Q-learning* algoritme maakt de *pricebot* een inschatting van de te verwachten, toekomstige winst. Aan de hand van de reacties van de concurrerende *agent(s)* wordt het *Q-learning* algoritme aangepast zodat de te verwachten winst zo hoog mogelijk wordt.³⁸ Met deze vier algoritmen zijn de betreffende *pricebots* meer geavanceerd dan het Kasbah-prototype. Ingeval van een Kasbah-*agent* kan immers alleen worden ingesteld of een prijs langzaam of snel moet worden aangepast.

36 Kephart, Hanson & Greenwald 2000, p. 732.

37 Kephart, Hanson & Greenwald 2000, p. 732-741.

38 G. Tesauro & J. Kephart, ‘Pricing in agent economies using multi-agent Q-learning’, In: *Proceedings of the Fifth European Conference on Symbolic and Quantitative Approaches to Reasoning with Uncertainty*, juli 1999.

Daarnaast stellen de onderzoekers van IBM *pricebots* voor die ook in een ander opzicht meer geavanceerd zijn. Een *pricebot* zou bijvoorbeeld ook kunnen letten op de kwaliteit van een bepaald product. Het moet dan wel gaan om een eigenschap die zich makkelijk laat kwantificeren, bijvoorbeeld processorsnelheid of de resolutie van een monitor.³⁹

2.2.5 Automatisch handelen of autonoom handelen?

Aan het begin van dit hoofdstuk is de vraag gesteld of *autonoom handelen* kan worden onderscheiden van *automatisch handelen* en wat de meerwaarde van dat onderscheid zou zijn. Naar mijn mening kan – althans ten aanzien van het onderhavige onderzoek – dit onderscheid niet worden gemaakt. Het komt erop neer dat er sprake is van een systeem dat handelingen verricht zonder menselijke tussenkomst. De randvoorwaarden waarbinnen het systeem handelt, worden uiteraard vooraf door een natuurlijk persoon vastgesteld.

Hiermee is het geautomatiseerde karakter van het geautomatiseerd systeem duidelijk: het gaat om een systeem dat zonder directe menselijke tussenkomst handelingen verricht, waarvoor een natuurlijk persoon gestelde randvoorwaarden heeft vastgesteld. Er kan geen onderscheid worden gemaakt tussen een spreadsheet die een serie rekenformules achterelkaar uitvoert, en een *agent* zoals die wordt gebruikt in het *Kasbah*-prototype. In het kader van het onderhavige onderzoek ben ik slechts geïnteresseerd in systemen die worden gebruikt bij het aangaan van overeenkomsten.

2.3 HET INTERNET

Naast de digitale computer is er nog een belangrijke technologische ontwikkeling waarop gewezen dient te worden, namelijk de opkomst van het internet die rond 1990 geschiedde. Indien een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt bij het aangaan van overeenkomsten, dan is de kans groot dat dit in het kader van een internettoepassing geschiedt.

Het is al langer mogelijk om twee of meer computers met elkaar te verbinden in een netwerk. Een netwerk is een systeem van communicatie tussen twee of meer computers. Dit kan een vast netwerk zijn, dat wil zeggen met fysieke kabels, of een draadloos netwerk, waarvoor voornamelijk radiofrequenties of infraroodgolven worden gebruikt om data te verzenden. Netwerken werden (en worden) onder meer gebruikt bij bedrijven en universiteiten om gegevens tussen verschillende computers uit te wisselen. Vanaf 1969 werden de Amerikaanse netwerken van militaire en universitaire instellingen met elkaar verbonden.

39 Kephart, Hanson & Greenwald 2000.

den. Deze koppelingen dienden er onder meer toe de rekenkracht van de grotere computers (*mainframes*) voor meer gebruikers toegankelijk te maken. Dit leidde tot een omvangrijk computernetwerk waarvan de belangrijkste functie was het faciliteren van wetenschappelijk onderzoek. Het netwerk werd toen nog niet opengesteld voor commerciële toepassingen. Vanaf het begin van de jaren negentig werd dit onderzoeksnetwerk ook (eerst gedeeltelijk) opengesteld voor commerciële toepassingen en uitbaters en werd het gekoppeld aan andere reeds bestaande netwerken. Het heeft hierbij een explosieve groei meegemaakt. Vanaf die tijd kreeg het naam als het 'internet' zoals dat nu bekend is: als een wereldomspannend computernetwerk waartoe een ieder toegang tot kan krijgen.⁴⁰ Enkele specifieke toepassingen die via het internet mogelijk zijn, zoals e-mail en websites, komen later in dit hoofdstuk aan de orde.⁴¹

Om de verschillende soorten diensten die via het internet kunnen worden aangeboden, en de juridische waardering daarvan, kunnen drie lagen worden onderscheiden. De eerste laag bestaat uit de telecommunicatie-infrastructuur. Dit betreft de fysieke kabels, maar ook bijvoorbeeld de zogenaamde router-apparatuur die de betreffende informatie, ongeacht de inhoud, over het netwerk transporteren. De middelste laag betreft transportdiensten, die de verzending van informatie mogelijk maakt tussen de aansluitpunten voor de rand-apparatuur (zoals de PC thuis) van de gebruikers. De derde en hoogste laag heeft betrekking op informatiediensten, het gaat hier juist om de inhoud van de informatie.⁴²

Juridische invalshoeken

Aan de hand van deze driedeling kan een ruwe indeling worden gemaakt in juridische invalshoeken. Hiertoe kunnen allereerst per laag de belangrijkste dienstverleners worden geïdentificeerd, en kan worden vastgesteld hoe de rol van de dienstverlener juridisch wordt geduid. De eerste laag betreft de infrastructuur; er wordt in beginsel niet gekeken naar de inhoud van de informatie, er wordt slechts 'getransporteerd'. De dienstverlener die in deze laag actief is, is de telecommunicatiedienstverlener. Telecommunicatiediensten worden onder meer geregeld door het telecommunicatierecht. Het telecommunicatierecht betreft oorspronkelijk de spraaktelefonie en de telegrafie, maar daarnaast is de aanwezigheid van en de toegang tot telecommunicatieverbindingen soms een voorwaarde voor een aansluiting op het internet. De telecommunicatiedienstverlener biedt daartoe immers de fysieke verbinding.⁴³

40 Schmidt & Mommers 2001, p. 19-30.

41 Schmidt & Mommers 2001, p. 19-27. Zie voor de opkomst van internet in Nederland M. Doppert, *Internet pioniers. De eerste internetgeneratie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002.

42 Franken 2001, p. 35-36.

43 Zie met betrekking tot het telecommunicatierecht H.J. de Ru, P.W. Eijssvoogel & Q. Kroes, 'Telecommunicatierecht', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2001, p. 261-344.

Bij de tweede, middelste laag betreffende het transport van informatie, is de centrale dienstverlener de *Internet Service Provider (ISP)*. De ISP of internet-provider is vaak tegelijkertijd een telecommunicatiedienstverlener of koopt netwerkcapaciteit in van een telecommunicatiedienstverlener. De internet-gebruiker zal naast een abonnement met een telecommunicatiedienstverlener, voor de fysieke netwerkverbinding, ook een overeenkomst moeten aangaan met een ISP om toegang te krijgen tot het internet.⁴⁴

De derde laag betreft dan de inhoud van de informatie: heeft de gebruiker eenmaal toegang tot het internet, dan kan hij gebruik maken van de diverse diensten die via het internet worden aangeboden. Veel diensten maken gebruik van websites en e-mail, welke hierna zullen worden behandeld. Voor dit proefschrift is de derde laag de relevante laag van het internet waar de aandacht op is gericht. Het aangaan van overeenkomsten geschiedt namelijk op het niveau van deze derde laag. Een overeenkomst wordt immers aangegaan door een aanbod en de aanvaarding daarvan, oftewel door de uitwisseling van verklaringen. De onderliggende lagen zijn overigens wel relevant. Bijvoorbeeld een storing in de communicatie kan haar oorsprong hebben in één van de onderliggende lagen. Deze storing kan bijvoorbeeld juridische gevolgen hebben voor de waardering van een verminkte verklaring.

2.4 INTERNETTOEPASSINGEN

Met de opkomst van het internet is het gebruik van geautomatiseerde systemen voor het aangaan van overeenkomsten alledaagse praktijk geworden. Twee belangrijke toepassingen die via het internet worden gebruikt, zijn *e-mail* (paragraaf 2.4.1) en het *world wide web* (paragraaf 2.4.2). Specifiek met betrekking tot het aangaan van (koop)overeenkomsten via internet kan worden gewezen op *webwinkels* (paragraaf 2.4.3), *internetveilingen* (paragraaf 2.4.4) en *internetmarktplaatsen* (paragraaf 2.4.5).

2.4.1 E-Mail

E-mail is de elektronische post van het internet. Een e-mailsysteem kent de volgende basisfuncties. In de eerste plaats kan een gebruiker een bericht *samenstellen*. Dat wil zeggen dat de tekst van de boodschap en bijvoorbeeld de velden ontvanger en verzender kunnen worden ingevuld. Door middel van *overdracht* geschiedt vervolgens het transport van het bericht van de verzender naar de ontvanger via een of andere datacommunicatieverbinding. Het systeem kan *rapporteren* over het verloop van het transport. Er kan worden

44 Schmidt & Mommers 2001, p. 24-25.

gemeld of het bericht is aangekomen, afgekeurd wegens onjuiste adressering, of het is gelezen door de geadresseerde en of het bericht verloren is gegaan. Binnenkomende berichten kunnen *zichtbaar* worden gemaakt. Eventuele meegezonden bestanden moeten kunnen worden verwerkt. Tot slot zorgt het systeem voor *afhandeling*. Dat wil zeggen dat de reeds ontvangen berichten kunnen worden gewist, opgeslagen, doorgestuurd of bewerkt.⁴⁵

Een e-mailbericht kan op verschillende manieren ter kennis komen van de geadresseerde. Een centrale rol hierin speelt de *mailbox*, dat wil zeggen de centrale plaats waar een binnenkomend e-mailbericht wordt opgeslagen. Er zijn twee hoofdcategorieën van manieren waarop de gebruiker vervolgens kennis kan nemen van het bericht. De *offline*-manier houdt in dat de geadresseerde regelmatig de mailbox controleert en het e-mailbericht van de centrale mailbox naar een lokaal geautomatiseerd systeem (bijvoorbeeld een PC) haalt. Het bericht in de mailbox wordt daarna gewist. Bij de *online*-methode worden alle e-mailbewerkingen (opslag, verzending) verricht vanuit de centrale mailbox. De online methode komt onder meer voor bij *webmail*, dat wil zeggen e-mail-functionaliteiten die worden aangeboden via een website. Voorbeelden van webmail zijn *Hotmail*⁴⁶ van Microsoft en *Gmail*⁴⁷ van Google.⁴⁸

De bewerkingen die een elektronisch bericht in een e-mail systeem ondergaat, strekken er toe dat de ontvanger het bericht ontvangt in precies dezelfde vorm en met precies dezelfde inhoud als door de afzender bedoeld is. Een e-mail systeem vertoont dan ook geen zelfhandelende trekken. Het heeft geen handelingsvrijheid bij het aangaan van overeenkomsten.

Overigens is het wel mogelijk dat een ander geautomatiseerd systeem *gebruik maakt* van e-mail. Een softwaretoepassing zou verklaringen kunnen verzenden, ontvangen en verder bewerken en e-mail kunnen gebruiken om deze verklaringen te transporteren. In dat geval is er wel sprake van zelfhandelendheid. Die zelfhandelendheid berust echter niet bij het e-mail systeem.

2.4.2 World Wide Web

Het *World Wide Web* (www) duidt op elektronische documenten, webpagina's, die zich op verschillende geautomatiseerde systemen op het internet bevinden en die met behulp van een bepaald computerprogramma (een *webbrowser*) kunnen worden weergegeven en aan elkaar gerelateerd kunnen worden door middel van *hyperlinks*. Een webpagina wordt met een standaardtaal opgemaakt (*Hypertext Markup Language*, HTML) en kan zowel tekst als grafische of geluidselementen bevatten. Door op een *hyperlink* te klikken, wordt de pagina waar-

45 Westerveld 2001, p. 1-2.

46 <http://www.hotmail.com>.

47 <http://www.gmail.com>.

48 Westerveld 2001, p. 7-8.

naar die link verwijst, opgeroepen. Het geheel van een aantal samenhangende webpagina's van één bedrijf, instelling of particulier, wordt een *website* genoemd.⁴⁹

De webpagina is feite een 'schil' tussen de bezoeker van de pagina en de achterliggende systemen. De bezoeker van de website maakt gebruik van een computerprogramma (*browser*) dat op zichzelf neutraal is ten aanzien van de inhoud van de communicatie. Via een webpagina kunnen ook andere programmafuncties worden gestart die de invoer en uitvoer van gegevens tussen bezoeker en houder van de website regelen. Een dergelijke pagina kan wel door middel van een *hyperlink* naar een e-mail programma verwijzen, waarbij het juiste bestemmingsadres wordt aangegeven. De bezoeker van de website kan vervolgens een e-mailbericht versturen naar het betreffende adres.

2.4.3 Webwinkels

Een website kan worden gebruikt om een *online*-winkel uit te baten, er wordt dan wel gesproken van een webwinkel. Een webwinkel functioneert in rudimentaire vorm als volgt. Middels de website wordt inzage verkregen in een productcatalogus. De website is ook verbonden met een inventarisdatabank zodat potentiële klanten bijvoorbeeld kunnen inzien of bepaalde producten nog voorradig zijn. Met een invoerformulier wordt contact opgenomen met de uitbater van de winkel. Via de website wordt ook logistieke informatie aangeboden waarmee een klant nagaat hoe het met een verzending is gesteld.

Een webwinkel vertoont zelfhandelend gedrag: (het systeem achter) de website neemt ten behoeve van de uitbater verklaringen (bestellingen) in ontvangst. Het is dan de vraag 1) of, 2) hoe en 3) wanneer er een overeenkomst ontstaat. De hoofdvraag is hier eigenlijk: kan de webwinkel ten behoeve van de uitbater een overeenkomst aangaan? Verdere relevante vragen zijn: ontstaat een overeenkomst op het moment dat het geautomatiseerd systeem van de uitbater een bestelling in ontvangst neemt, of dient de bestelling ook ter kennis van de uitbater te komen?

2.4.4 Internetveilingen

Er zijn verschillende soorten veilingen, sommige daarvan kunnen via internet worden gehouden. Eén van de bekendste veilingtypes die ook het meest wordt toegepast bij internetveilingen is de *English auction*. Hierbij wordt een goed te koop aangeboden voor een groep geïnteresseerden, de bidders. De bidders kunnen vervolgens een bod uitbrengen waarbij een bod het voorafgaande bod

⁴⁹ Schneider 2003, p. 42-44, zie ook de verklarende begrippenlijst in Franken, Kaspersen & De Wild 2001.

moet overtreffen, totdat geen hoger bod wordt uitgebracht. Het geveilde object wordt vervolgens aan de hoogste bidder verkocht tegen een koopprijs ter hoogte van zijn winnend bod.⁵⁰ De bekendste internetveiling is *eBay*.⁵¹ Bij *eBay* dienen koper en verkoper eerst akkoord te gaan met de gebruiksvoorwaarden van *eBay*. Vervolgens kan de verkoper een product ter veiling aanbieden. Hiertoe kan hij een omschrijving van het product, een startprijs, een minimumprijs en de looptijd van de veiling vaststellen. De startprijs is de prijs waarboven het bieden dient te beginnen. De minimumprijs is de prijs die tenminste behaald dient te worden. Hierna kan een geïnteresseerde een bod uitbrengen. Na het verstrijken van de termijn wordt het product verkocht aan de hoogste bidder tegen een koopprijs ter hoogte van zijn bod. Internetveilingen voorzien meestal in een zelfhandelend bied-systeem dat enige mate van autonomie vertoont. Bij *eBay* draagt dit systeem de naam *autobod* of *proxy bidding*. Dit houdt in dat het systeem ten behoeve van een bidder automatische biedingen kan uitbrengen. Het werkt als volgt. De bidder geeft een maximaal bod op. Dit bod wordt niet medegedeeld aan andere partijen of de verkoper. Het bod wordt vervolgens vergeleken met de andere uitgebrachte biedingen. Ten behoeve van de bidder worden vervolgens automatisch biedingen uitgebracht. Bij deze automatische biedingen wordt de biedprijs steeds met kleine stapjes verhoogd, totdat de bidder het hoogste bod uitbrengt of totdat de maximumprijs is bereikt en de bidder door een andere bidder wordt overboden. Het voordeel van dit autobod-systeem voor de bidder is dat hij niet voortdurend het verloop van de veiling hoeft te volgen en handmatig biedingen hoeft te maken; hij kan dit uitbesteden aan het systeem. Bovendien zal er vaak een prijs totstandkomen die lager is dan het maximumbod.⁵²

De internetveiling is onmiskenbaar een zelfhandelend systeem: het heeft een handelingsvrijheid bij het aangaan van een overeenkomst. Voor de verkopende partij is de zelfhandelendheid van het systeem vergelijkbaar met dat van de webwinkel. Voor de bidder op een internetveiling ligt het iets anders: de uitkomst is voor deze gebruiker van het systeem minder voorspelbaar. De gebruiker weet immers niet van tevoren met hoeveel mede-bidders hij rekening dient te houden. Bij de internetveiling komt de vraag aan de orde of en hoe het geautomatiseerde bieden gezien kan worden als een rechtshandeling. In het bijzonder dringt zich de vraag op hoe omgegaan dient te worden met discrepanties tussen wil en verklaring. Stel dat de gebruiker het biedsysteem verkeerde parameters meegeeft, is hij dan gebonden aan de resultaten van het handelen van het systeem? Deze vraag komt naar Nederlands recht aan de orde in hoofdstuk 5.

50 Schneider 2003, p. 238-242.

51 <http://www.ebay.nl/>. Een ander voorbeeld is *Qoop* (<http://www.qoop.nl/>).

52 Schneider 2003, p. 245; zie ook: <http://pages.ebay.nl/help/buy/proxy-bidding.html>.

2.4.5 Marktplaatsen

Met de opkomst van het WWW verschenen ook zogenaamde *elektronische marktplaatsen*. Een elektronische marktplaats is een ontmoetingspunt voor kopers en verkopers en heeft in zijn meest eenvoudige verschijning veel weg van een elektronisch prikbord. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen marktplaatsen voor bedrijven onderling (*B2B, business to business*) en marktplaatsen die voor een ieder toegankelijk zijn. Deze laatste worden voornamelijk door consumenten onderling gebruikt (*C2C, consumer to consumer*). B2B-marktplaatsen zijn gericht op een bepaalde branche. De opzet van zo'n marktplaats kan zijn: de communicatie tussen kopers en verkopers te vergemakkelijken waardoor vraag en aanbod elkaar makkelijker kunnen vinden. Een B2B-marktplaats kan via een website een veilingssysteem aanbieden om de verkoop van producten te ondersteunen. Een voorbeeld is de marktplaats van ChemConnect.com. ChemConnect.com is een marktplaats voor de chemische sector. Deelnemers dienen eerst akkoord te gaan met de gebruiksvoorwaarden van ChemConnect.com. Vervolgens kunnen onder meer via de veilingssystemen van de website chemicaliën verhandeld worden.⁵³ In principe kan een veilingssysteem op een marktplaats op dezelfde wijze zelfhandelende eigenschappen vertonen als het *eBay*-veilingssysteem.

Een voorbeeld van een C2C-marktplaats is marktplaats.nl.⁵⁴ Marktplaats afficheert zich als een advertentiesite. Een verkoper kan op de site een advertentie plaatsen om producten te verkopen. Potentiële kopers kunnen vervolgens via de website een bod uitbrengen. In tegenstelling tot het bieden op een internetveiling, is het niet de bedoeling dat op marktplaats.nl bindende biedingen worden uitgebracht. Naast het plaatsen van een bod kan een geïnteresseerde rechtstreeks contact zoeken met de verkoper. Al met al kan marktplaats.nl worden gezien als een soort elektronisch prikbord. Marktplaats.nl vertoont geen zelfhandelende eigenschappen; de advertenties, biedingen en e-mailberichten dienen door de deelnemers handmatig te worden opgesteld.

2.5 HOOFDSTUKCONCLUSIE

In dit hoofdstuk is gezocht naar een omschrijving van het geautomatiseerd systeem. Op basis van de beschouwingen, mag worden geconcludeerd dat voor mijn gebruik de volgende definitie van geautomatiseerd systeem essentieel is.

53 Schneider 2003, p. 224-225, zie ook: <http://www.chemconnect.com/>.

54 <http://www.marktplaats.nl/>.

Definitie 2.1: een geautomatiseerd systeem is een systeem dat zonder directe menselijke tussenkomst handelingen verricht, waaraan een natuurlijk persoon randvoorwaarden heeft gesteld.

Er kan ter beantwoording van de onderzoeksvragen van dit proefschrift geen onderscheid worden gemaakt tussen *automatisch* en *autonoom* handelen, hieronder wordt hetzelfde verstaan.

In de praktijk wordt veelvuldig gebruik gemaakt van geautomatiseerde systemen die onder de bovenstaande definitie vallen. Het betreft onder meer de volgende systemen.

- *Webwinkels.* Webwinkels fungeren als geautomatiseerd systeem ten behoeve van de uitbater ervan. Kopers kunnen via een webwinkel een bestelling plaatsen. De webwinkel zal automatisch een bestelling in ontvangst nemen en een bevestiging verzenden. De webpagina's van de webwinkel kunnen worden gezien als verklaringen van de uitbater, die automatisch aan een potentiële koper worden uitgebracht. De uitbater configureert de webwinkel bijvoorbeeld door een catalogus inclusief een prijzenlijst bij te houden. Aan de hand van deze catalogus worden de webpagina's (de verklaringen) gegenereerd en overgedragen.
- *Internetveilingen.* Met behulp van een internetveiling kunnen zowel de koper als de verkoper automatisch verklaringen uitwisselen. Het geautomatiseerd systeem genereert de verklaringen aan de hand van de randvoorwaarden (minimum- en maximumprijzen) zoals opgegeven door de betreffende personen.
- *Elektronische marktplaatsen.* Bedrijven maken onderling gebruik van elektronische marktplaatsen, waarbij sprake is van dezelfde principes als bij de internetveiling.

3 | Instrument of actor?

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet dat er in de juridische literatuur twee benaderingen zijn waar te nemen met betrekking tot de vraag op welke wijze de handelingen van een geautomatiseerd systeem dienen te worden toegerekend, te weten de *instrumentbenadering* en de *actorbenadering*. Het onderscheid tussen de instrumentbenadering en de actorbenadering is een kwestie die vooraf gaat aan juridische analyses. In het vervolg van dit hoofdstuk betoog ik dat de kwalificatie van een geautomatiseerd systeem als een instrument of als een actor niet automatisch een juridische kwalificatie met zich mee dient te brengen. Als een geautomatiseerd systeem als een actor wordt gezien, dan betekent dit dus niet automatisch dat het systeem als een rechtssubject wordt gekwalificeerd en aansprakelijk kan worden gesteld. Met de behandeling van de instrumentbenadering en de actorbenadering wordt een theoretische basis gelegd voor de verdere behandeling van de onderzoeksvragen 1, 2 en 3. De verdere behandeling vindt plaats in de hoofdstukken 5, 6, 7 en 8.

De instrumentbenadering en de actorbenadering komen in respectievelijk paragraaf 3.1 en 3.2 aan de orde. In paragraaf 3.3 wordt ingegaan op de juridische consequenties van de actorbenadering. In paragraaf 3.4 worden de conclusies van dit hoofdstuk op een rij gezet.

3.1 DE INSTRUMENTBENADERING

Bij de instrumentbenadering wordt het geautomatiseerd systeem als een instrument van een natuurlijk persoon gezien. Er wordt gekeken naar de feitelijke handelingen en intenties die de natuurlijk persoon heeft gehad, en aan de hand daarvan wordt contractuele gebondenheid toegerekend. In het vorige hoofdstuk is het geautomatiseerd systeem omschreven als een systeem dat zonder directe menselijke tussenkomst handelingen verricht, waaraan een natuurlijk persoon randvoorwaarden heeft gesteld. De feitelijke handelingen en intenties van de natuurlijk persoon, zijn – uiteraard – voor een groot deel kenbaar uit de randvoorwaarden die de natuurlijk persoon het systeem meegeeft.

3.2 DE ACTORBENADERING

De actorbenadering houdt in dat het geautomatiseerd systeem wordt gezien als een deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Deze premisse wordt in de literatuur soms aangenomen voorafgaand aan een juridische analyse. Ik spreek in dat soort gevallen van de *actorpremissie*. Sommige auteurs benoemen deze actorpremissie expliciet, anderen gaan er stilzwijgend vanuit. Hierna geef ik enkele voorbeelden. Allen en Widdison gaan expliciet uit van de actorpremissie. Zij spreken van de computer als “active participant in the electronic trading process.”¹ Weitzenboeck stelt: “agreements will no longer be generated through machines, but by them.”² Soms lijkt het geautomatiseerd systeem ook meteen als rechtssubject te worden gekwalificeerd. Zo signaleert Lerouge het probleem dat een geautomatiseerd systeem niet aansprakelijk kan worden gesteld en dat dit een belemmering is bij het contracteren met behulp van een geautomatiseerd systeem. Het daadwerkelijke probleem formuleert hij vervolgens als volgt:

‘(...) [A]ccepting the fact that a machine could autonomously be a party in a contract would generate liability problems in case of non-performance or error.’³

Bij het analyseren van de vraag of de inzet van een geautomatiseerd systeem problemen oplevert, neemt Lerouge aldus als gegeven aan dat het systeem als partij bij de overeenkomst wordt geaccepteerd en dus als rechtssubject wordt gekwalificeerd.

De actorpremissie blijkt ook uit de antropomorfe wijze waarop geautomatiseerde systemen worden omschreven.⁴ Dit wil zeggen dat zij in menselijke termen worden omschreven. Een antropomorfe beschrijving brengt uiteraard met zich mee dat het geautomatiseerd systeem als zelfstandig individu wordt gezien. Het probleem waartoe dit uitgangspunt leidt, is dat wat het geautomatiseerd systeem daadwerkelijk *doet* uit het oog kan worden verloren. Finocchiaro geeft de volgende twee voorbeelden.

- I. The ‘software agent’ Mr. X, expert and trustworthy, concludes a contract online for the sale of a book on the well-known website Y.com on behalf of Mr. Z.
- II. Mr. Z. opens the program X, which he has been using for some time, and buys a book from the company Y via the internet.⁵

Dit zijn volgens Finocchiaro twee manieren om dezelfde gebeurtenis te beschrijven. Het eerste voorbeeld omschrijft het computerprogramma X in antropomor-

1 Allen & Widdison 1996, p. 27.

2 Weitzenboeck 2001, p. 6.

3 Lerouge 1999, p. 407.

4 Zie bijvoorbeeld Kerr 1999, p. 203-204.

5 Finocchiaro 2003, p. 21.

fe termen, het tweede voorbeeld is meer feitelijk. Finocchiaro wijst er terecht op dat het eerste voorbeeld misleidend is.⁶ Door het computerprogramma als een persoon voor te stellen, wordt de precieze werking van het computerprogramma en de invloed van de gebruiker op de handelingen van het programma niet duidelijk weergegeven.

De actorpremissie blijkt ook uit de juridische obstakels die sommige auteurs zien met betrekking tot de vraag of met behulp van een geautomatiseerd systeem een overeenkomst kan worden aangegaan. Zij zien de volgende vier obstakels die de totstandkoming van een overeenkomst kunnen belemmeren:

- 1 een geautomatiseerd systeem is geen rechtssubject;⁷
- 2 een geautomatiseerd systeem heeft geen eigen wil om te uiten waardoor er geen sprake kan zijn van wilsovereenstemming;⁸
- 3 een geautomatiseerd systeem is niet handelingsbekwaam;⁹ en, tot slot,
- 4 een geautomatiseerd systeem kan niet aansprakelijk worden gesteld.¹⁰

Door de juridische probleemstelling op deze manier te formuleren, wordt er geïmpliceerd dat er kennelijk alleen een overeenkomst kan worden aangegaan met behulp van een geautomatiseerd systeem, indien:

- 1 het geautomatiseerd systeem een rechtssubject is;
- 2 het een eigen wil heeft;
- 3 het handelingsbekwaam is; en/of
- 4 het zelf aansprakelijk gesteld kan worden.

De (impliciete dan wel expliciete) aanname van de actorpremissie is vergelijkbaar met wat de filosoof Dennett de *intentional stance* noemt.¹¹ Zijn onderzoek richt zich voornamelijk op de filosofie en de cognitiewetenschap en in het bijzonder op onderwerpen als vrije wil, bewustzijn en evolutietheorie. Dennett onderscheidt bij het verklaren van de wereld om ons heen drie niveaus of standpunten: de *physical stance*, de *design stance*, en de *intentional stance*. Dit onderscheid is ook hier relevant. De drie niveaus kunnen worden gebruikt bij het verklaren van het handelen van computersystemen. Bij de *physical stance* kijken we naar het fysische systeem van een computersysteem. Het gaat om de nullen en enen en de fysieke schakelingen. Vanuit de *physical stance* kan het functioneren van een geautomatiseerd systeem tot op de komma worden voorspeld, maar dit gebeurt op een erg omslachtige wijze. Computersystemen zijn te gecompliceerd om vanuit dit standpunt snel voorspellingen te kunnen

6 Finocchiaro 2003, p. 21: "Personalizing the 'software agent' can mislead the interpreter and induce suggestion", aldus Finocchiaro.

7 Kerr 1999, p. 210-211; Kerr 2001, p. 187-190.

8 Allen & Widdison 1996, p. 30; Kerr 1999, 212-214 ; Lerouge 1999, p. 406-407; Weitzenboeck 2001, p. 7.

9 Kerr 1999, p. 211 ; Weitzenboeck 2001, p. 6-7.

10 Lerouge 1999, p. 406-407.

11 Dennett 1987, p. 13-35.

doen over de wijze waarop men verwacht dat het computersysteem zal handelen. Vanuit de *design stance* kijken we naar het ontwerp en de functie van een geautomatiseerd systeem. Hiermee kan meestal het functioneren van een geautomatiseerd systeem sneller worden verklaard dan met de *physical stance*. Neem de thermostaat. Het zal voor de gemiddelde gebruiker van een thermostaat onnodig complicerend zijn om de werking ervan uit te leggen aan de hand van de *physical stance*. Hij zal daarvoor immers op de hoogte moeten zijn van de precieze natuurwetenschappelijke werking van de thermostaat. Er is echter geen inzicht op dat niveau nodig om toch nuttig gebruik te kunnen maken van een thermostaat, daarvoor volstaat de *design stance*: een thermostaat dient ertoe een bepaalde ruimte op een bepaalde temperatuur te houden. *Hoe* een thermostaat dat precies doet, hoeft de gebruiker niet te weten om er gebruik van te kunnen maken. Dit geldt ook voor bijvoorbeeld televisietoestellen, wekkers, horloges, computers, enzovoort. De *intentional stance* tenslotte houdt in dat we aan geautomatiseerde systemen onder meer overtuigingen en intenties toekennen.

‘Here’s how it works: first you decide to treat the object whose behaviour is to be predicted as a rational agent; then you figure out what beliefs that agent ought to have, given its place in the world and its purpose. Then you figure out what desires it ought to have, on the same considerations, and finally you predict that this rational agent will act to further its goals in the light of its beliefs. A little practical reasoning from the chosen set of beliefs and desires will in many – but not all – instances yield a decision about what the agent ought to do; that is what you predict the agent *will* do.’¹²

Bij het voorbeeld van de thermostaat betekent dit dat we zeggen: “Het is nu 14 graden in huis. De verwarming slaat aan, want de thermostaat wil dat het 20 graden is en hij weet dat 14 graden te koud is.”

De drie standpunten bieden steeds een hoger niveau van abstractie. Het voordeel is dat een hoger niveau ons sneller in staat stelt de wereld om ons heen te begrijpen. Met de *design stance* snappen we sneller waartoe een thermostaat dient dan wanneer we uitgaan van de *physical stance*. Het uitgaan van een hoger abstractieniveau is echter nadelig wanneer het ons niet helpt een systeem beter te begrijpen. Het helpt de gebruiker van een thermostaat niet indien hij aan het apparaat een eigen wil toekent.

De drie *stances* van Dennett kunnen ook worden toegepast op het hierboven genoemde voorbeeld van Finocchiaro. Het hogere abstractieniveau van de *design stance* helpt een computergebruiker om een computerprogramma te begrijpen en te gebruiken. Het lagere niveau van de *physical stance* is voor de gemiddelde gebruiker te omslachtig, ook al kan op dit laagste niveau het functioneren van het programma tot op de komma nauwkeurig worden

12 Dennett 1987, p. 17.

voorzien. Naar mijn mening speelt ook bij het voorbeeld van Finocchiaro het probleem dat een hoger abstractieniveau geen toegevoegde waarde heeft. Het kan juist een uitleg over de werking van een geautomatiseerd systeem vertroebelen. Door een computerprogramma als een actor te zien er daardoor een wil en bedoelingen aan toe te kennen, kan de werking ervan minder duidelijk worden.

De vraag of een geautomatiseerd systeem als actor dan wel als instrument moet worden gezien, wordt in juridische publicaties niet vaak expliciet aan de orde gesteld. In Nederlandse literatuur is de vraag kort aan de orde geweest in een discussie tussen Hage¹³ en Dietz¹⁴. Kernvraag van het betoog van Hage is of een computer in sociale zin kan handelen, oftewel of de computer als actor kan optreden. Hage bespreekt hiertoe de door hem geïntroduceerde conventietheorie. Deze theorie houdt in dat wat als handeling heeft te gelden, bepaald wordt door sociale conventies. Hage stelt echter dat er nog geen eenduidige sociale conventies zijn aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of een computer kan handelen. De theoretische vraag of computers überhaupt zouden kunnen handelen, wordt door Hage echter bevestigend beantwoord. Dietz daarentegen verwerpt deze mogelijkheid. Alleen mensen kunnen volgens Dietz de rol van actor vervullen. Dietz:

‘Dat vind ik omdat ik het toekennen van bevoegdheid tot (sociaal) handelen en het opleggen van de daarbij behorende verantwoordelijkheid aan artefacten principieel onaanvaardbaar acht. De computer is slechts een middel om de interactie tussen sociale actoren tot stand te brengen, en een uitbreiding of vervanging van de rationele capaciteit van mensen.’¹⁵

Dietz laat de mogelijkheid open dat in de toekomst aan computers wel degelijk de rol van actor kan worden toegeschreven, maar “alleen indien wij mensen er gezamenlijk toe zouden besluiten artefacten tot volwaardige sociale individuen te verklaren.”¹⁶ Het verschil in opvatting tussen Hage en Dietz komt erop neer dat Dietz het niet uitsluit dat machines ooit als actor gekwalificeerd zullen worden, maar dat daar op dit moment nog geen sprake van kan zijn. Voor Hage ligt dat tijdstip dichterbij in de tijd.

Dietz en Hage lijken het handelen van een systeem en de kwalificatie ervan als actor als één en hetzelfde te zien. Naar mijn mening kan daar nog onderscheid in worden gemaakt. Bijvoorbeeld wanneer een koper op een website een bestelling plaatst, dan wordt de bestelling automatisch in ontvangst genomen, bevestigd en verder verwerkt. Dat zijn feitelijke handelingen waar op het moment van verrichten geen natuurlijk persoon aan te pas komt. Het

13 Hage 1997, p. 219-223.

14 Dietz 1998, p. 25-26.

15 Dietz 1998, p. 25.

16 Dietz 1998, p. 25.

feit dat een geautomatiseerd systeem feitelijke handelingen verricht, betekent echter nog niet dat dit systeem een volwaardig sociaal individu is.

Dietz stipt terecht aan dat het om een principiële kwestie gaat. Indien machines als actoren worden behandeld, dan verlaten we het standpunt dat machines worden gemaakt om de mens te dienen. Dit is een interessant onderwerp waarover Fockema Andreae reeds in 1969 het volgende standpunt innam:

‘(...) Uitgangspunt moet zijn dat de computer een machine is, een produkt van menselijk vernuft. De mens schiep zich deze machine om zekere handelingen zelf niet meer te hoeven verrichten, of om handelingen sneller en precieser te doen verrichten. De machine neemt bepaalde werkzaamheden van een mens over, maar is beslist geen substituut voor die mens zelf.’¹⁷

Hoewel ik mij kan vinden in de verwerping van de actorbenadering door Dietz en Fockema Andreae, introduceert Fockema Andreae een argument waarin ik mij niet kan vinden. Hij spreekt namelijk ook over de computer als *substituut* van de mens. Hoe dan ook, naar mijn mening zijn er twee argumenten tegen de actorbenadering, te weten:

- 1 met de actorbenadering wordt dat wat een systeem precies doet, uit het oog verloren;
- 2 de actorbenadering levert vooralsnog geen voordelen op die zo zwaar wegen dat eventuele nadelen van de benadering voor lief moeten worden genomen.

Angst voor substitutie van de mens door de computer lijkt mij voorlopig geen relevante reden om de actorbenadering af te wijzen.

De principiële standpunten van Dietz en Fockema Andreae kunnen worden afgezet tegen de visie van Lodder. Lodder lijkt het geautomatiseerd systeem zonder enige moeite als actor te zien. Hij geeft in een bijdrage met de veelzeggende titel *Man and machine: what's the difference* het volgende voorbeeld.

‘Ik vraag aan mijn collega Voulon of hij *Jurisprudentie Internetrecht* (het boek – MBV) zo voordelig mogelijk voor mij wil aanschaffen. Enkele dagen later heb ik het betreffende boek in mijn bezit. Nu geef ik mijn computerprogramma Noluov de opdracht voor mij *Jurisprudentie Internetrecht* op internet te kopen voor een zo laag mogelijke prijs. Enkele dagen later wordt het boek bij mij bezorgd. In beide voorbeelden geef ik een vergelijkbare opdracht en zie ik na verloop van enige tijd het tastbare resultaat. Wat is er in de tussentijd gebeurd: een boek is gekocht. Is nu mijn programma geen actor? Is mijn collega een instrument?’¹⁸

17 A.D.H. Fockema Andreae, “Weerstand tegen computergebruik, speciaal op juridisch terrein”, *Ars Aequi* (18) 1969, p. 545. Volgens Fockema Andreae leidt het antropomorf voorstellen van computersystemen tot gevoelens van wantrouwen tegen automatisering.

18 A.R. Lodder, “Man and machine: what's the difference”, *JAVI* 2004/1, p. 20.

Lodder verzet zich vervolgens tegen het toepassen van de instrumentbenadering op casus als de bovenstaande.¹⁹ Het lijkt erop dat Lodder van mening is dat een geautomatiseerd systeem als actor dient te worden behandeld zodra het systeem zelfstandig kan handelen. Naar mijn mening kan Lodders vraag, “What’s the difference?”, in de lijn van de standpunten van Dietz en Fockema Andreae als volgt worden beantwoord. Het punt is dat machines per definitie de mens dienen. Geautomatiseerde systemen worden niet gecreëerd om ze ten eigen bate handelingsvrijheid te geven.

3.3 JURIDISCHE GEVOLGEN VAN DE ACTORPREMISSIE

Het is van belang vast te stellen dat beantwoording van de vraag of een object al dan niet als ‘actor’ dient te worden aangemerkt, niet automatisch juridische kwalificaties met zich meebrengt. Het kwalificeren van een object als actor leidt niet dwingend tot de juridische consequentie dat het object bijvoorbeeld als rechtssubject of gevolmachtigde gezien dient te worden. Scholten heeft reeds in 1940 met betrekking tot rechtspersonen en rechtssubjecten de volgende opmerking gemaakt:

“‘Rechtspersoon’, ‘rechtssubject’ zijn *rechtsbegrippen*. Dit schijnt vanzelfsprekend, toch dient het met eenigen nadruk voorop te worden gesteld. Men meent veelal eerst – buiten het recht om – het persoonsbegrip te moeten ontleden en dan pas zich tot het recht te moeten wenden. Dit is niet juist.”²⁰

Naar mijn mening kan gelet op deze opvatting evenzeer met betrekking tot de vraag of een geautomatiseerd systeem als rechtssubject of als gevolmachtigde aangemerkt kan worden, dat het antwoord vanuit het recht dient te worden benaderd. De vaststelling dat een geautomatiseerd systeem een ‘actor’ is, wat dat dan ook betekent, kan daarom niet zonder meer een bepaalde juridische kwalificatie – bijvoorbeeld rechtssubjectiviteit – met zich meebrengen. Ook als iets niet als een ‘actor’ wordt aangemerkt, betekent dat nog niet dat datgene *niet* als rechtssubject aangemerkt zou kunnen worden. Het is bijvoorbeeld verdedigbaar te stellen dat een rechtspersoon²¹ geen actor is. Het zijn immers de natuurlijke personen in de onderneming die handelen. Als wordt aangenomen dat een rechtspersoon wel een actor is, dat is dat enkel het geval omdat de rechtspersoon ‘door’ natuurlijke personen handelt. Toch biedt het praktische voordelen om een organisatorisch verband rechtspersoonlijkheid te verlenen, bijvoorbeeld in de vorm van een BV. De vraag óf iets als rechtssubject gekwali-

19 Idem.

20 Asser/Scholten 1-II 1940, p. 60.

21 Of, althans, de aan de rechtspersoon verbonden organisatie.

ficeerd dient te worden, moet echter vanuit het recht zelf beantwoord worden en niet buiten het recht om.

3.4 HOOFDSTUKCONCLUSIE

Bij het onderzoek naar de vraag wanneer er contractuele gebondenheid optreedt indien gebruik worden gemaakt van een geautomatiseerd systeem, kan het geautomatiseerd systeem als instrument of als actor worden benaderd. De instrumentbenadering houdt in dat het geautomatiseerd systeem als een instrument van een natuurlijk persoon wordt gezien. Er wordt gekeken naar de feitelijke handelingen en intenties die de natuurlijk persoon heeft gehad, en aan de hand daarvan wordt contractuele gebondenheid toegerekend. Bij de actorbenadering wordt het geautomatiseerd systeem als zelfstandig individu gezien. Om tot contractuele gebondenheid te komen, 1) dient het geautomatiseerd systeem dan ook wellicht als rechtssubject gezien te worden, 2) dient het wellicht een eigen wil te hebben, 3) dient het wellicht handelingsbekwaam te zijn en 4) dient het wellicht aansprakelijk gesteld te kunnen worden, afhankelijk van de precieze wijze waarop toerekening plaatsvindt. Volgens mij dient ervan te worden uitgegaan dat de kwalificatie van een geautomatiseerd systeem tot instrument of actor, niet automatisch een juridische kwalificatie met zich mee brengt. Indien wordt uitgegaan van de actorbenadering leidt dit niet meteen tot rechtssubjectiviteit voor het geautomatiseerd systeem.

Naar mijn mening zijn er twee argumenten aan te voeren die tegen toepassing van de actorbenadering pleiten. In de eerste plaats vertroebelt de actorbenadering de werking en het handelen van een geautomatiseerd systeem. Dit is onder meer betoogd aan de hand van de drie *stances* van Dennett: een hoger abstractieniveau kan helpen om het functioneren van een geautomatiseerd systeem te duiden. Wordt echter een te hoog abstractieniveau gekozen, dan wordt de precieze werking van een systeem en de invloed daarop door de gebruiker niet duidelijk weergegeven. In de tweede plaats levert het gebruik van de actorbenadering geen voordelen op die zo zwaar wegen dat de nadelen van de benadering voor lief moeten worden genomen. Op basis van deze waarnemingen en deze argumenten dient er naar mijn mening dan ook te worden geconcludeerd dat de actorbenadering geen navolging verdient.

4 | Rechtsbronnen

In dit hoofdstuk wordt een aantal regelgevende initiatieven geïntroduceerd dat specifiek is gericht op het gebruik van geautomatiseerde systemen bij het aangaan van overeenkomsten. Zij worden hier geïntroduceerd omdat zij in het verdere verloop van het proefschrift regelmatig aan de orde zullen komen. Voorts wordt per regelgevend initiatief aangegeven op welke wijze het initiatief zichzelf van toepassing verklaart op het gebruik van een geautomatiseerd systeem bij het aangaan van overeenkomsten.

De betreffende initiatieven zijn de Aanpassingswet elektronische handel (paragraaf 4.1), de Wet koop op afstand (paragraaf 4.2), en de Wet elektronische handtekeningen (paragraaf 4.3). Bij de behandeling van deze wetten komt aan de orde hoe zij zich richten op geautomatiseerde systemen. Voorts komen de regelingen van de UNCITRAL aan de orde (paragraaf 4.4). Deze hebben namelijk ook invloed gehad op de gedachtevorming van de Nederlandse wetgever. In paragraaf 4.5 worden de conclusies op een rij gezet.

4.1 AANPASSINGSWET ELEKTRONISCHE HANDEL

De Aanpassingswet elektronische handel¹ dient ter implementatie van de Europese Richtlijn elektronische handel.² De Richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door het vrije verkeer van *diensten van de informatiemaatschappij* tussen de lidstaten te waarborgen.³ Onder diensten van de informatiemaatschappij wordt het volgende verstaan:

-
- 1 Wet van 13 mei 2004 tot 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. 2000/31/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, in de interne markt (*PbEG* L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel), *Stb.* 2004, 210. Voor de parlementaire geschiedenis zie *Kamerstukken II* 2001/2002-2003/2004, 28 197 nr. 1-21; *Kamerstukken I* 2003/2004, nr. A-D.
 - 2 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* L 178/1, 17 juli 2000.
 - 3 Artikel 1 lid 1 Richtlijn 2000/31/EG.

‘(...) alle diensten die normaal, tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, op individueel verzoek van de afnemer van de diensten verricht worden.’⁴

De verwijzing naar *elektronische apparatuur voor de verwerking en opslag van gegevens*, kan duiden op het gebruik van computersystemen of een andere vorm van communicatie via mobiele apparatuur. Met behulp van deze apparatuur kan diverse programmatuur worden uitgevoerd, waardoor het dienstenbegrip betrekking kan hebben op vele vormen van geautomatiseerde systemen. Overweging 18 van de Richtlijn licht het begrip diensten van de informatiemaatschappij nader toe.

‘Diensten van de informatiemaatschappij bestrijken een grote verscheidenheid aan economische activiteiten die on line plaatsvinden; die activiteiten kunnen in het bijzonder in de on-lineverkoop van goederen bestaan. Activiteiten zoals de levering van goederen als zodanig of de verstrekking van off-linediensten vallen niet onder de richtlijn. Diensten van de informatiemaatschappij blijven niet beperkt tot diensten waarvoor on line contracten gesloten worden, maar ook, voor zover zij een economische activiteit vormen, betrekking hebben op diensten waarvoor de afnemers niet betalen, zoals diensten die bestaan in het aanbieden van on-line-informatie of commerciële communicatie, of diensten die instrumenten verschaffen voor het opzoeken en ophalen van en het toegang krijgen tot gegevens. (...) Diensten (...) die van punt tot punt worden doorgegeven, zoals video op verzoek of het verlenen van commerciële communicatie via elektronische post, zijn wel diensten van de informatiemaatschappij. Het gebruik van elektronische post of van gelijkwaardige 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, is geen dienst van de informatiemaatschappij. (...)’⁵

Uit deze overweging blijkt dat het soort geautomatiseerd systeem waar het dienstbegrip op doelt bijvoorbeeld een website kan zijn, of een variant daarvan voor mobiele telefoontoestellen. Een website kan immers dienen voor het aanbieden informatie, het verschaffen van instrumenten voor het opzoeken en ophalen van en het toegang krijgen tot gegevens. Voorts kan het gaan om diensten die ‘punt tot punt’ worden doorgegeven, zoals diensten waarbij video op verzoek wordt aangeboden of commerciële communicatie via elektronische post.

De Richtlijn elektronische handel gaat voorts uit van de volgende omschrijvingen van *dienstverlener*, *afnemer* en *consument*.

4 Overweging 17 Richtlijn 2000/31/EG.

5 Overweging 18 Richtlijn 2000/31/EG.

‘Een dienstverlener is een natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert.’⁶

De afnemer van de dienst is iedere natuurlijke of rechtspersoon die, al dan niet voor beroepsdoeleinden, gebruik maakt van een dienst van de informatiemaatschappij, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken.⁷

Een consument is iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels- of beroepsactiviteiten vallen.⁸

De Richtlijn regelt een bonte verzameling van onderwerpen, namelijk de vestiging van de dienstverleners, commerciële communicatie, langs elektronische weg gesloten contracten, de aansprakelijkheid van tussenpersonen, gedragscodes, de buitengerechtelijke geschillenregeling, rechtsgedingen en de samenwerking tussen lidstaten.⁹ Voor het aangaan van overeenkomsten, en dus voor dit proefschrift, zijn echter voornamelijk van belang de bepalingen inzake de algemene informatieplicht (artikel 5), de behandeling van contracten (artikel 9), de ‘bijzondere’ informatieplicht (artikel 10) en de plaatsing van de order (artikel 11).

De Richtlijn elektronische handel is geïmplementeerd door middel van de Aanpassingswet Richtlijn inzake elektronische handel. Het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ is daarbij in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd in artikel 3:15d lid 3 BW. De eerste volzin luidt als volgt.

‘Onder dienst van de informatiemaatschappij wordt verstaan elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn.’

De opmerkingen rondom het gebruik van elektronische apparatuur uit de Richtlijn, is door de Nederlandse wetgever ondergebracht in het begrip ‘langs elektronische weg’. De tweede volzin van artikel 3:15d lid 3 BW luidt dan ook:

‘Een dienst wordt langs elektronische weg verricht indien deze geheel per draad, per radio, of door middel van optische of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking, met inbegrip van digitale compressie, en de opslag van gegevens.’

6 Artikel 2 sub b Richtlijn 2000/31/EG.

7 Artikel 2 sub d Richtlijn 2000/31/EG.

8 Artikel 2 sub e Richtlijn 2000/31/EG.

9 Vgl. artikel 1 lid 2 Richtlijn 2000/31/EG.

De Memorie van Toelichting bij het derde lid spreekt voornamelijk van economische activiteiten die *online* plaatsvinden.¹⁰ Hieruit blijkt het soort geautomatiseerd systeem dat de wetgever in eerste instantie voor ogen heeft, voornamelijk de website is, eventueel aangevuld met het gebruik van e-mail. Doorslaggevend lijkt te zijn dat er sprake is van “een systeem voor opslag en verwerking van gegevens”. Dit blijkt uit het feit dat de Memorie van Toelichting spraaktelefonie en fax- en telexdiensten uitzondert van het dienstenbegrip:

‘(...) omdat deze niet via een systeem voor de opslag en verwerking van gegevens tot stand komt.’¹¹

Het begrip ‘langs elektronische weg’ heeft er voorts toe geleid dat het Burgerlijk Wetboek spreekt van de ‘overeenkomst langs elektronische weg.’¹² Dit betekent dat er één element van de definitie van de dienst van de informatiemaatschappij, namelijk het gebruik van elektronische apparatuur, wordt uitgelicht. Hoewel de wetgever de ‘overeenkomst langs elektronische weg’ niet nader toelicht, kan er naar mijn mening eenvoudigweg onder worden verstaan de overeenkomst die tot stand komt doordat aanbod en aanvaarding met behulp van elektronische apparatuur worden uitgewisseld.

4.2 WET OP AFSTAND GESLOTEN OVEREENKOMSTEN

De Wet op afstand gesloten overeenkomsten, of kortweg de Wet koop op afstand,¹³ dient ter implementatie van de Europese Richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.¹⁴ Zoals de titel van de Richtlijn al doet vermoeden, introduceert de Richtlijn bepalingen ter bescherming van de consument bij het aangaan van overeenkomsten op afstand. Deze bescherming is onder meer vorm gegeven door de wederpartij van de consument een informatieplicht op te leggen (artikel 4 en 5 van de Richtlijn) en door de consument het recht te geven zonder opgave van redenen binnen een bepaalde termijn de overeenkomst op afstand te herroepen (artikel 6 van de Richtlijn). De implementatie van de Richtlijn heeft geleid tot afdeling 9A in titel 1 betreffende koop en ruil van Boek 7 van het

10 *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 197, nr. 3, p. 40.

11 *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 197, nr. 3, p. 13.

12 Zie de artikelen 6:227a lid 1, 6:227b lid 1, 6:234 lid 1 sub c en 6:267 lid 1 BW.

13 Wet van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomst (*PbEG* L 144), *Stb.* 2000, 617.

14 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1997, L 144/19.

Burgerlijk Wetboek. Het kernbegrip van de Richtlijn is de *overeenkomst op afstand*, hieronder verstaat artikel 2 lid 1 van de Richtlijn het volgende:

‘(...) elke overeenkomst tussen een leverancier en een consument inzake goederen of diensten die wordt gesloten in het kader van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf.’

De term *techniek voor communicatie op afstand* duidt op het gebruik van een geautomatiseerd systeem. Artikel 2 lid 4 omschrijft techniek voor communicatie op afstand als:

‘(...) ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van leverancier en consument kan worden gebruikt voor de sluiting van de overeenkomst tussen deze partijen.’

Volgens overweging 9 van de Richtlijn is het vanwege de voortdurende ontwikkeling van de technieken voor communicatie op afstand het niet mogelijk een uitputtende lijst ervan op te stellen. Bijlage I van de Richtlijn geeft wel een indicatieve lijst van technieken voor communicatie op afstand. Onder deze technieken worden volgens de Bijlage begrepen:

- niet geadresseerd drukwerk;
- geadresseerd drukwerk;
- standaardbrief;
- reclame in de pers met bestelbon;
- catalogus;
- telefoon met menselijke tussenkomst;
- telefoon zonder menselijke tussenkomst (oproepautomaat, audiotekst);
- radio;
- beeldtelefoon;
- videotekst (microcomputer, televisiescherm), met toetsenbord of aanraakbeeldscherm;
- elektronische post;
- telefax;
- televisie (telewinkelen, televerkoop).

De term techniek voor communicatie op afstand moet aldus vrij ruim worden opgevat; het gaat niet alleen om het gebruik van een geautomatiseerd systeem, maar ook bijvoorbeeld om communicatie via de post. Bepalend lijkt te zijn dat er sprake is van een communicatie op afstand, dat wil zeggen dat contractpartijen niet gelijktijdig op dezelfde plek aanwezig zijn.

In het Burgerlijk Wetboek is de omschrijving van de overeenkomst op afstand opgenomen in artikel 7:46a sub a. Onder overeenkomst op afstand wordt verstaan:

‘de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand.’

Een techniek voor communicatie op afstand is volgens artikel 7:46a sub d BW:

‘een middel dat zonder gelijktijdige aanwezigheid van partijen kan worden gebruikt voor het sluiten van de overeenkomst op afstand.’

De Memorie van Toelichting voegt niet veel toe aan de omschrijvingen uit de Richtlijn. Ter illustratie wordt bovenstaande opsomming uit Bijlage I van de Richtlijn overgenomen en wordt toegevoegd dat bij elektronische post gedacht kan worden aan elektronische post via internet (ik neem aan: e-mail).¹⁵ Naar mijn mening zijn veel gebruikte geautomatiseerde systemen die als technieken voor communicatie op afstand gelden de televisie, waarbij de consument per telefoon een bestelling kan plaatsen en de website waarmee een online winkel wordt uitgebaut.

Naast de techniek voor communicatie op afstand, wordt soms ook de *verklaring* die met behulp van een techniek voor communicatie op afstand wordt afgelegd, centraal gesteld. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de regeling inzake de informatieplicht bij koop op afstand waarbij wordt voorgeschreven op welke wijze informatie dient te worden verstrekt. Soms dient dit namelijk *schriftelijk* te geschieden of op een andere *duurzame drager*.¹⁶ De achterliggende gedachte hierbij is dat ‘de met behulp van bepaalde elektronische technologieën verspreide informatie vaak vluchtig is in zoverre zij niet op een duurzame drager wordt vastgelegd; dat het derhalve noodzakelijk is dat de consument tijdig schriftelijk de voor de goede uitvoering van de overeenkomst vereiste informatie ontvangt’, aldus overweging 13 van de Richtlijn.

4.3 WET ELEKTRONISCHE HANDTEKENINGEN

Met de inwerkingtreding van de Wet elektronische handtekeningen¹⁷ is de Richtlijn elektronische handtekeningen¹⁸ geïmplementeerd. De kerndoelstelling

15 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 861, nr. 3, p. 14-15.

16 Artikel 5 Richtlijn, artikel 7:46c lid 2 BW.

17 Wet van 8 mei 2003 tot aanpassing van Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten inzake elektronische handtekeningen ter uitvoering van richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (*PbEG L 13*) (Wet elektronische handtekeningen), *Stb.* 2003, 199.

18 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000, L 13/12.

van de Richtlijn is volgens artikel 1 van de Richtlijn 'het gebruik van elektronische handtekeningen te vergemakkelijken en tot de wettelijke erkenning ervan bij te dragen'.¹⁹ De belangrijkste bepaling waarmee deze doelstelling wordt beoogd te worden bereikt, is artikel 5 van de Richtlijn. Volgens artikel 5 lid 1 voldoet een elektronische handtekening onder omstandigheden

'ten aanzien van gegevens in elektronische vorm [...] aan alle wettelijke eisen voor een handtekening, net zoals een handgeschreven handtekening zulks doet voor gegevens op een papieren drager.'

Voorts bepaalt artikel 5 dat de elektronische handtekening onder voorwaarden als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures wordt toegelaten, en dat de elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid mag worden ontzegd, enkel op grond van onder meer het feit dat de handtekening in elektronische vorm is gesteld.²⁰ Het voert te ver om hier uitgebreid op de betekenis van de elektronische handtekening in te gaan.²¹ Uiteindelijk ziet de elektronische handtekening echter op de term *gegevens*. Dit blijkt uit de definitie van de elektronische handtekening:

'elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie.'²²

4.4 DE UNCITRAL MODEL LAW & DE CONVENTIE INZAKE ELEKTRONISCH CONTRACTEREN

De *Working Group on Electronic Commerce* van de *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) heeft in 1996 een modelwet opgesteld met betrekking tot elektronische handel, de *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*.²³ De UNCITRAL heeft daarnaast een internationaal verdrag inzake elektronisch contracteren opgesteld: de *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* (hierna: de *Conventie*). De *Conventie* is in november 2005 aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN. De achterliggende gedachten bij de *Model Law* en bij de *Conventie* zijn echter vaak identiek. Daarom zal hierna zowel de *Model*

¹⁹ Zie ook overweging 16 van de Richtlijn.

²⁰ In deze laatste zinsnede is het non-discriminatiebeginsel van de hierna te behandelen UNCITRAL Model Law te herkennen.

²¹ Zie daarvoor hoofdstuk 11.

²² Artikel 2 lid 1 van de Richtlijn, artikel 3:15a lid 4 BW.

²³ *Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998*, New York: United Nations, (<http://www.uncitral.org>), (16 december 1996).

Law als de Conventie aan de orde komen. Door ook de *Model Law* te behandelen, kan gebruik worden gemaakt van de uitgebreide toelichting op de *Model Law*. De Conventie ontbeert zo'n toelichting.

Het uitgangspunt van de UNCITRAL bij het opstellen van de modelwet was dat het gebruik van moderne communicatiemiddelen bij internationale handelstransacties snel is toegenomen. Met de opkomst van het internet werd verwacht dat dit gebruik van moderne communicatiemiddelen zou toenemen. Voorts ging de UNCITRAL ervan uit dat de uitwisseling van 'juridisch relevante' informatie in de vorm van 'papierloze' berichten gehinderd kan worden door juridische obstakels met betrekking tot het gebruik van zulke berichten. De doelstelling van de modelwet is om nationale wetgevers 'internationaal acceptabele' regels aan te reiken met betrekking tot de vraag hoe deze obstakels verwijderd kunnen worden en hoe een meer veilig juridisch kader gecreëerd kan worden voor elektronische handel.²⁴ De UNCITRAL heeft vooral vereisten van schriftelijkheid, ondertekening en originaliteit op het oog.²⁵ Twee achterliggende beginselen bij de benadering van de UNCITRAL Model Law zijn 1) het beginsel van functionele equivalentie en 2) het non-discriminatie beginsel. Functionele equivalentie houdt in dat wordt nagegaan wat bij '*paper-based*' juridische vereisten de onderliggende doelstellingen of functies zijn, en hoe in een elektronische omgeving deze doelstellingen of functies vervuld kunnen worden.²⁶ Non-discriminatie houdt in dat elektronische berichten en schriftelijke verklaringen gelijk dienen te worden behandeld; een elektronisch bericht mag bijvoorbeeld "geen rechtskracht ontzegd worden, enkel op grond van het feit dat het in elektronische vorm is".²⁷

De UNCITRAL Model Law stelt expliciet het geautomatiseerd systeem aan de orde. Dit blijkt uit een aantal begrippen die in de Model Law centraal staan, te weten het *information system* en de *data message*. Een *information system* is volgens de Model Law:

'(...) a system for generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages.'²⁸

Uit de toelichting blijkt dat met deze omschrijving beoogd wordt het volledige scala aan technische middelen voor het verzenden, ontvangen of bewaren van informatie te beschrijven. Een *information system* kan, afhankelijk van de situatie, bestaan uit een communicatie-netwerk, een e-mail mailbox, of een kopieerapparaat.²⁹ Onder *data message* verstaat de Model Law:

24 UNCITRAL Model Law 1996, nr. 2.

25 UNCITRAL Model Law 1996, nr. 3.

26 UNCITRAL Model Law 1996, nr. 15-18; Boss 2001, p. 291.

27 UNCITRAL Model Law, nr. 46; Boss 2001, p. 291.

28 Artikel 2 sub f UNCITRAL Model Law.

29 UNCITRAL Model Law, nr. 40.

'(...) information generated, sent, received or stored by electronical, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.'³⁰

Overigens wordt EDI ook gedefinieerd:

“Electronic Data Interchange (EDI)” means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information.³¹

Na het opstellen van de *Model Law* heeft de UNCITRAL zich gericht op het opstellen van de Conventie. Aan de Conventie liggen twee doelstellingen ten grondslag. In de eerste plaats wordt ervan uitgegaan dat het verdrag obstakels in bestaande internationale verdragen kan verwijderen. Er wordt dan met name gedacht aan het gebruik van de termen ‘geschrift’, ‘ondertekening’, ‘document’, en vergelijkbare termen. De juridische normen die gebruik maken van dit soort termen kunnen obstakels opwerpen en onzekerheid creëren voor wat betreft internationale transacties die worden verricht met behulp van elektronische middelen. De tweede doelstelling van het verdrag is dat het nieuwe verdrag niet slechts obstakels in andere verdragen dient te verwijderen, maar dat er voornamelijk behoefte is aan een op zichzelf staand internationaal verdrag inzake elektronisch contracteren.³²

De Conventie gaat uit van het *information system*. Hieronder wordt hetzelfde verstaan als in de *Model Law*:

'(...) a system for generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages.'³³

Daarnaast kent het voorstel ook het *automated information system*:

'(...) a computer program or an electronic or other automated means used to initiate an action or respond to data messages or performances in whole or in part, without review or intervention by a person each time an action is initiated or a response is generated by the system.'³⁴

Naast het *information system*, is in de Conventie ook de term *data message* overgenomen uit de *Model Law*, hieronder wordt verstaan:

30 Artikel 2 sub a UNCITRAL Model Law.

31 Artikel 2 sub b UNCITRAL Model Law.

32 UNCITRAL, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on its Thirty-Fourth session, 27 juli 2001, A/56/17, nr. 285-295.

33 Artikel 4 sub f UNCITRAL Conventie.

34 Artikel 4 sub g UNCITRAL Conventie.

'(...) information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.'³⁵

Nieuw is echter dat in de Conventie de term *data message* wordt ondergebracht onder het overkoepelende begrip *communication*. *Communication* is:

'(...) any statement, declaration, demand, notice or request, including an offer and the acceptance of an offer, that the parties are required to make or choose to make in connection with the [negotiation] [formation] or performance of a contract.'³⁶

De *data message* wordt onder *communication* gevat met de definitie van de term *electronic communication*:

'(...) any communication that the parties make by means of data messages.'³⁷

Een voetnoot in ontwerpversie van de Conventie maakt duidelijk dat de definitie van *automated information system* is overgenomen van de Amerikaanse regeling inzake *electronic agency*. De definitie van *automated information system* is namelijk identiek aan die van de *electronic agent*.³⁸ De UNCITRAL heeft de voorkeur gegeven aan de term *automated information system*, in plaats van de term *electronic agent*, om 'de onjuiste suggestie dat een geautomatiseerd systeem vergelijkbaar zou zijn met een (juridische) agent, te voorkomen.'³⁹ Hiermee is duidelijk dat de opstellers van de Conventie oog hebben gehad voor het zelfhandelende karakter van geautomatiseerde systemen.

4.5 HOOFDSTUKCONCLUSIE

Voor zover besproken mogen we in de genoemde regelgeving drie aanknopingspunten onderscheiden ten aanzien van de wijze waarop de regelgeving zich richt op geautomatiseerde systemen. Het eerste aanknopingspunt komt van de UNCITRAL. Het betreft 1) het zelfhandelende karakter van het geautomatiseerd systeem. Dit blijkt uit de definitie die de UNCITRAL geeft van *automated information system*. Het tweede aanknopingspunt komt uit de Richtlijn en de

35 Artikel 4 sub c UNCITRAL Conventie.

36 Artikel 4 sub a UNCITRAL Conventie.

37 Artikel 4 sub b UNCITRAL Conventie.

38 Zie voor een behandeling van het Amerikaanse recht en *electronic agency* hoofdstuk 8.

39 UNCITRAL Working Group IV (Electronic Commerce), Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention. Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.IV/WP.95, 20 september 2001, nr. 71. Zie hoofdstuk 6 en 7 voor een behandeling van de vraag of een geautomatiseerd systeem als een rechtssubject of vertegenwoordiger dient te worden aangemerkt.

Aanpassingswet elektronische handel. Het betreft 2) het centraal stellen van de website en e-mail. Ook bij de overeenkomst op afstand zijn de belangrijkste geautomatiseerde systemen de website en e-mail, daarnaast ook de televisie en de telefoon. Het derde aanknopingspunt is afkomstig uit de Richtlijn overeenkomst op afstand en de Wet koop op afstand. Het betreft 3) dat niet het systeem centraal wordt gesteld, maar de met behulp van het systeem afgelegde verklaring, vervat in een elektronisch bericht. De Richtlijn overeenkomst op afstand spreekt immers van de 'vluchtigheid' van elektronische berichten. Voorts stelt ook de UNCITRAL het elektronische bericht centraal.

5 | De automatische rechtshandeling

In dit hoofdstuk komt aan de orde hoe met behulp van geautomatiseerde systemen de benodigde rechtshandelingen verricht kunnen worden om een overeenkomst tot stand te brengen. Wanneer er een obligatoire overeenkomst tot stand wordt gebracht, doen zich rechtshandelingen voor. De als aanbod en aanvaarding te kwalificeren verklaringen zijn eenzijdige gerichte rechtshandelingen. Aanbod en aanvaarding vormen samen een meerzijdige rechtshandeling: de overeenkomst.¹

Indien geautomatiseerde systemen worden ingezet bij het aangaan van overeenkomsten, worden problemen voorzien met betrekking tot de tot stand te brengen wilsovereenstemming. In de literatuur wordt wel de vraag aan de orde gesteld of een verklaring die met behulp van een geautomatiseerd systeem is afgegeven, is terug te voeren op een wil van diens gebruiker.² De achterliggende gedachte bij deze vraag is dat een geautomatiseerd systeem een bepaalde handelingsvrijheid heeft. Het kan echter zo zijn dat er geen specifieke wil aanwezig is bij de gebruiker voor elke individuele verklaring die met behulp van het systeem wordt afgelegd. Dit probleem kan korthedshalve worden aangeduid als het *wilsverklaringsprobleem*. In dit hoofdstuk zal naar een antwoord worden gezocht op onderzoeksvraag 1 (OV1): past het verrichten van een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem in de vigerende wilsvertrouwensleer? Hierbij komt het wilsverklaringsprobleem uiteraard ook aan de orde.

Om OV1 afdoende te behandelen, dient ook aan de orde te komen hoe om omgegaan dient te worden met de verklaring die wordt afgelegd, maar die niet overeenstemt met de wil van de gebruiker. Een dergelijke discrepantie tussen wil en verklaring kan diverse oorzaken hebben; het kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door een fout van de gebruiker van het geautomatiseerd systeem, door een fout van het geautomatiseerd systeem zelf of door een fout in een tussenliggend geautomatiseerd systeem.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 5.1 komt de rechtshandeling aan de orde. Behandeld worden het wilsverklaringsprobleem en de oplossingen die daarvoor worden aangedragen. Ook komen aan de orde de discrepantie tussen wil en verklaring, de regeling inzake de onjuiste overgedra-

1 Artikel 6:213 lid 1 BW.

2 Van Esch 1999a, p. 45-46; Van der Klaauw-Koops & Franken 1999, p. 130-131; Kuhn 1991, p. 57; Prins & Gijrath 2000, p. 127; Weitzenboeck 2001, p. 6-7.

gen verklaring en de wettelijke verplichting voor dienstverleners van de informatiemaatschappij om foutcorrectiemiddelen aan te bieden. In paragraaf 5.2 wordt ingegaan op de wilsgebreken en het gebruik van geautomatiseerde systemen. Paragraaf 5.3 behandelt de uitwisseling van aanbod en aanvaarding met behulp van geautomatiseerde systemen. In paragraaf 5.4 wordt enige relevante jurisprudentie besproken. In paragraaf 5.5 komt een aantal wettelijke informatieplichten aan de orde. Deze plichten betreffende overeenkomst die wordt gesloten langs elektronische weg en de koop op afstand. In die gevallen wordt vaak gebruik gemaakt van geautomatiseerde systemen. Indien niet aan een informatieplicht wordt voldaan, kan dat de geldigheid van een rechtshandeling aantasten. De aantasting kan gestalte krijgen in de vorm van nietigheid of vernietigbaarheid. Een specifieke vorm van aantasting, het recht op ontbinding bij koop op afstand, wordt behandeld in paragraaf 5.6

5.1 DE RECHTSHANDELING

Bij een beschrijving van het recht inzake de totstandkoming van de overeenkomst, is het van belang te omschrijven wat onder overeenkomst wordt verstaan. *Overeenkomst* wordt in artikel 6:213 lid 1 BW omschreven als een meezijdige rechtshandeling, waarbij één of meer partijen jegens één of meer andere een verbintenis aangaan.³ Een overeenkomst komt tot stand door wilsovereenstemming. Hieronder wordt verstaan dat potentiële contractanten overeenstemmende wilsverklaringen afleggen die zijn gericht op het scheppen van verbintenissen. Middels deze verklaringen, het aanbod en de aanvaarding, maken partijen jegens elkaar hun wil kenbaar.⁴ Aanbod en aanvaarding zijn beide eenzijdige, gerichte rechtshandelingen. Op grond van artikel 3:33 BW vereist een *rechtshandeling een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard*. 'Verklaring' moet ruim worden uitgelegd. Verklaringen, met inbegrip van mededelingen, kunnen ook in één of meer gedragingen besloten liggen, tenzij anders is bepaald.⁵ Een gedraging kan vervolgens weer blijken uit een doen of een nalaten.⁶ De vraag rijst nu of een persoon gebonden is aan een door hem gedane verklaring in het geval die verklaring niet overeen-

3 Daarnaast wordt onder overeenkomst ook wel verstaan de rechtsgevolgen die in het leven worden geroepen door deze meezijdige rechtshandeling, Hijma 1998, p. 8-9. In deze opvatting bestaat een overeenkomst onder meer uit de bundel van verbintenissen die partijen middels de meezijdige rechtshandeling over en weer op zich nemen. Zo wordt in titel 7.4 BW inzake de huurovereenkomst gesproken van 'einde' van de huurovereenkomst en 'voortzetting' van de huurovereenkomst. De overeenkomst in de zin van de meezijdige rechtshandeling bestaat echter slechts zolang zij wordt verricht.

4 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 119; artikel 6:217 lid 1 BW: 'Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan'.

5 Artikel 3:37 lid 1 BW. Het is dan ook overbodig dat artikel 3:35 BW spreekt van een "verklaring of gedraging".

6 TM PG boek 3 1981, p. 181.

stemt met zijn wil. Er kunnen verschillende theorieën worden verdedigd ter beantwoording van deze vraag. De drie bekendste zijn de wilstheorie, de verklaringstheorie en de vertrouwenstheorie.⁷

De *wilstheorie* legt de nadruk op de wil van de verklarende persoon. Volgens deze theorie komt er geen overeenkomst tot stand indien de verklaring afwijkt van de wil van degene die de verklaring aflegt. De *verklaringstheorie* gaat ervan uit dat voor de wederpartij van de verklarende partij de innerlijke wil van die verklarende partij niet waarneembaar is. Voor de wederpartij is alleen de verklaring waarneembaar. Volgens de verklaringstheorie staat het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil er niet aan in de weg om met die verklaring een overeenkomst te laten ontstaan. De *vertrouwenstheorie* kan worden gezien als een genuanceerde verklaringstheorie. Ook de vertrouwenstheorie gaat er namelijk van uit dat voor de wederpartij van de verklarende partij de interne wil van de verklarende partij niet kenbaar is. Volgens de vertrouwenstheorie heeft dit echter niet tot gevolg dat daarmee de verklarende partij altijd aan de verklaring gehouden kan worden. Het dient daarentegen te gaan om een verklaring die bij de wederpartij het vertrouwen mocht wekken dat zij werkelijk gewild is.⁸

In het huidige Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever gekozen voor een *dubbele grondslag*:⁹ primair *de verklaarde wil* is de grondslag voor de rechtshandeling. In de afwijkende situatie dat er een discrepantie is tussen wil en verklaring is *het bij de wederpartij gewekte gerechtvaardigde vertrouwen* de grondslag voor de rechtshandeling.¹⁰ Deze dubbele grondslag is neergelegd in de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Artikel 3:33 BW is hierboven reeds aangehaald en betreft de op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Artikel 3:35 behandelt het mogelijk bij de wederpartij gewekte vertrouwen. Het systeem zoals neergelegd in artikel 3:33 en 3:35 BW wordt de wilsvertrouwensleer genoemd.¹¹

Met het bovenstaande is uiteengezet dat de rechtshandeling een instrument is om aan de hand van de verklaring van een partij, contractuele gebondenheid aan hem *toe te rekenen*. De toerekening geschiedt op basis van de wilsvertrouwensleer.

7 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 121; Valk 1998, nr. 32; zie ook Hijma 1988, p. 15-29.

8 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 122; Valk 1998, nr. 32. Valk betreft het door de verklaring gewekte vertrouwen overigens op de te verrichten prestaties. Hartkamp daarentegen betreft het vertrouwen op de wil van de verklarende partij.

9 TM PG Boek 3 1981, p. 164; PG Boek 6 1981, p. 877.

10 De wetgever stelt met de keuze voor deze twee grondslagen geen stelling te hebben willen betrekken inzake de rechtstheoretische vraag hoe de gebondenheid aan de overeenkomst verklaard moet worden, PG Boek 3 1981, p. 167. Hijma wijst deze splitsing tussen rationes en vereisten als principieel ondenkbaar van de hand, Hijma 1988, p. 18.

11 Valk 1998, p. 33-48.

Hierna komt in paragraaf 5.1.1 aan de orde hoe de handelingen van een geautomatiseerd systeem kunnen worden betrokken op de wil van de gebruiker. In paragraaf 5.1.2 wordt ingegaan op discrepanties tussen wil er verklaring. Paragraaf 5.1.3 behandelt de onjuist overgebrachte verklaring. In paragraaf 5.1.4 worden foutcorrectiemiddelen besproken. Tot slot komen in paragraaf 5.1.5 het gerechtvaardigd vertrouwen en het geautomatiseerd systeem aan de orde.

5.1.1 Wil en geautomatiseerd systeem

Het vervullen van het vereiste van een op rechtsgevolg gerichte wil zou problematisch kunnen worden ingeval een geautomatiseerd systeem wordt ingezet dat een mate van handelingsvrijheid bezit. Ter illustratie kunnen de volgende voorbeelden worden genoemd, met een enigszins toenemende mate van autonomie: 1) de gebruiker richt een EDI-systeem in en sluit een *interchange agreement* met een wederpartij. Vervolgens plaatst het EDI-systeem regelmatig bestellingen bij de wederpartij; 2) de gebruiker meldt zich aan als deelnemer bij een internetveiling-website en biedt via een internetveiling een product te koop aan. Het veilingstelsel handelt ten behoeve van de aanbieder de uitgebrachte biedingen af en stelt vast wie de winnende bieder is; 3) de gebruiker meldt zich aan als deelnemer bij een internetveiling-website en gaat op een product bieden. Het veilingstelsel brengt ten behoeve van de gebruiker biedingen uit. De gebruiker kan hierbij aangeven binnen welk minimum- en maximumbedrag het systeem biedingen dient uit te brengen; 4) de gebruiker is uitbater van een online winkel en verkoopt producten via zijn website. Klanten kunnen via de website een bestelling plaatsen. Het geautomatiseerd systeem 'achter' de website neemt ten behoeve van de gebruiker bestellingen in ontvangst, bevestigt aan de klant de ontvangst van de bestelling, ontvangt de betalingsgegevens en geeft binnen de organisatie van de gebruiker door welk product aan welk adres geleverd dient te worden. Al deze handelingen kunnen plaats vinden zonder directe menselijke tussenkomst; 5) de gebruiker maakt gebruik van een *intelligent agent* om een bepaald product te kopen of te verkopen. Dit kan een relatief eenvoudige *agent* zijn zoals de *agents* van het Kasbah-prototype of een meer geavanceerde *agent* zoals IBMS *Q-learning agent*.¹² De *Kasbah-agent* is relatief eenvoudig omdat hij handelt aan de hand van een vaststaand algoritme. De *Q-learning agent* is meer geavanceerd omdat het in staat is het algoritme waar het zijn handelingen op baseert, aan te passen om zo de te verwachten winst zo groot mogelijk te doen zijn.

Bij alle genoemde voorbeelden is sprake van een geautomatiseerd systeem dat een mate van handelingsvrijheid vertoont, waarbij de handelingsvrijheid

12 Zie hoofdstuk 2.

ziet op de handelingsruimte bij het aangaan van overeenkomsten. Bovenstaande voorbeelden moeten worden onderscheiden van situaties waarin een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt dat géén mate van handelingsvrijheid heeft. Dat doet zich bijvoorbeeld voor indien de gebruiker een e-mailbericht opstelt en verzendt. Het e-mailsysteem is hier slechts transportmiddel. Een e-mailsysteem zou wel handelingsvrijheid kunnen hebben, bijvoorbeeld in de wijze van transport van een bericht, maar dat is geen handelingsvrijheid die ziet op de inhoud van een tot stand te brengen overeenkomst. Er is met andere woorden geen handelingsvrijheid inzake het contracteren. De inzet van een geautomatiseerd systeem dat wél een mate van handelingsvrijheid vertoont, brengt echter met zich mee dat het systeem handelingen verricht en verklaringen aflegt die niet in detail door de gebruiker van het systeem worden bepaald. Het gaat in de genoemde voorbeelden om de volgende verklaringen en gedragingen: een bestelling wordt geplaatst middels een EDI-systeem; een internetveiligingsysteem wijst ten behoeve van een verkopende partij een winnende bidder aan; een internetveiligingssteem brengt ten behoeve van een bidder automatisch biedingen uit, binnen de door de bidder opgegeven parameters in de vorm van een minimum- en maximumbod; het geautomatiseerd systeem van de uitbater van een online winkel stuurt automatisch bericht aan een afnemer dat een bestelling is geaccepteerd; de *Kasbah-agent* en de *Q-learning agent* kunnen diverse verklaringen aan andere *agents* afleggen, ingeval van een *Kasbah-agent* zullen deze verklaringen de door de gebruiker opgegeven parameters moeten voldoen. De *Q-learning agent* heeft nog meer handelingsvrijheid, het kan zelf het algoritme waar zijn handelingen op zijn gebaseerd aanpassen. De mate van voorspelbaarheid is bij de *Q-learning agent* daarom geringer.

Bij alle hierboven genoemde verklaringen, weet de respectievelijke gebruiker van tevoren niet wat de uitkomst zal zijn van het handelen van hun systeem. De gebruiker weet alleen binnen welke bandbreedte de uitkomst zal liggen. De gebruiker geeft aan zijn geautomatiseerd systeem immers de parameters mee die de handelingsvrijheid van het systeem bepalen. Het is vervolgens de vraag of de handelingen die het systeem verricht, waaronder de verklaringen die het systeem aflegt, kunnen worden gezien als wilsuitingen van de gebruiker van het systeem.¹³ Deze kwestie is het zogenaamde *wilsverklaringsprobleem*.

Om de handelingen van het systeem op de wil van diens gebruiker te funderen, zijn in de literatuur twee oplossingen voorgesteld die in de volgende paragrafen aan de orde komen. Het betreft (A) de theorie van de geprogrammeerde wil en (B) de theorie van de algemene wil. Ook wordt de praktische mogelijkheid voor partijen om (C) een raamovereenkomst te sluiten, behan-

13 Van Esch 1999a, p. 45-46; Van der Klaauw-Koops & Franken 1999, p. 130-131; Kuhn 1991, p. 57; Prins & Gijrath 2000, p. 127; Weitzenboeck 2001, p. 6-7.

deld.¹⁴ Voorts wordt hierna gewezen op (D) de benadering van de UNCITRAL om tegemoet te komen aan het wilsverklaringsprobleem. De UNCITRAL stelt een aparte wettelijke bepaling voor, op grond waarvan het gedrag van een geautomatiseerd systeem wordt toegerekend aan de gebruiker. Tot slot wordt nog ingegaan op (E) onvoorziene situaties.

A. De theorie van de geprogrammeerde wil

Bij de theorie van de geprogrammeerde wil wordt ervan uitgegaan dat de gebruiker van een geautomatiseerd systeem besluit wat voor verklaringen dit systeem dient af te leggen. Het kan dan gaan om de verklaringen zoals genoemd in de voorbeelden hierboven: verklaringen van EDI-systemen, verklaringen en gedragingen van internetveiligingsystemen, verklaringen van geautomatiseerde systemen van online winkels en verklaringen van *agents*. De gebruiker legt zijn wilsbesluit vast in de instructies die hij het geautomatiseerd systeem meegeeft. Het systeem legt vervolgens een verklaring af die binnen de parameters ligt die de gebruiker heeft opgegeven. De parameters bestaan uit de instellingen die de gebruiker het systeem meegeeft en geven de bandbreedte aan waarbinnen het systeem dient te handelen. Indien een gebruiker bijvoorbeeld middels een internetveiligingssysteem biedingen wil uitbrengen, heeft het systeem binnen een bepaalde bandbreedte handelingsvrijheid. De bandbreedte bestaat uit de ruimte tussen het minimum en het maximumbedrag dat de gebruiker heeft ingevoerd. De theorie van de geprogrammeerde wil houdt in dat een verklaring afgelegd door een geautomatiseerd systeem, berust op een vooraf ten aanzien van deze verklaring door de gebruiker gevormde wil.¹⁵

De theorie van de geprogrammeerde wil lijkt op het eerste gezicht toepasbaar bij bijna alle geautomatiseerde systemen die een mate van handelingsvrijheid vertonen, zoals het automatische biedsysteem op een internetveiling. De gebruiker voert namelijk overeenkomstig zijn wil de bandbreedte in waarbinnen het systeem verklaringen kan uitbrengen. Het systeem brengt vervolgens binnen die bandbreedte verklaringen uit, daarom is het uiteindelijke resultaat van de handelingen van het systeem in overeenstemming met de wil van de gebruiker.

In de literatuur worden twee gevallen genoemd waarin de theorie van de geprogrammeerde wil niet toereikend zou kunnen zijn om de handelingen van een systeem te funderen op de wil van de gebruiker. In het eerste geval gaat het om het gebruik van geautomatiseerde systemen die een grote mate van complexiteit vertonen. Door de grote mate van complexiteit heeft de gebruiker geen goed zicht op het functioneren van het systeem. Van Esch heeft dit terecht betoogd voor wat betreft het gebruik van EDI-systemen. Volgens hem is het niet uitgesloten dat de EDI-programmatuur een aantal instructies

14 Twee andere oplossingen komen in hoofdstuk 6 aan de orde. Het betreft de kwalificatie van het geautomatiseerd systeem als rechtssubject of vertegenwoordiger.

15 Van Esch 1999a, p. 48-49; Kuhn 1991, p. 63-64.

bevat waarvan de gebruiker geen kennis draagt. De door het systeem op basis van zo'n instructie afgegeven verklaring steunt daarom niet op de wil van de gebruiker.¹⁶ Hierbij zou naar mijn mening ook mee kunnen spelen dat een systeem als een EDI-systeem door vele verschillende natuurlijke personen (in een organisatie) in gebruik wordt genomen en wordt bediend. Bijvoorbeeld ingeval van een supermarkt die gebruik maakt van een EDI-systeem om bestellingen te plaatsen, zal er wellicht niet één natuurlijk persoon zijn die overzicht heeft inzake het doen en laten van het systeem. Ook dan kan de theorie van de geprogrammeerde wil niet worden gebruikt om de individuele verklaringen van een systeem te funderen op de wil van een gebruiker.

Het tweede geval waarin de theorie van de geprogrammeerde wil geen uitkomst zou kunnen bieden, betreft systemen die een grotere mate van onvoorspelbaarheid vertonen. Zo spreekt Van Esch van de situatie dat "kunstmatige intelligentie" wordt toegepast. Hij spreekt van systemen:

'(...) die in staat zijn zonder voorafgaande specifiek daarop gerichte instructies bepaalde handelingen te verrichten.'¹⁷

Allen en Widdison voeren een vergelijkbaar bezwaar aan. Zij spreken niet van "kunstmatige intelligentie" maar van de "autonome computer":

'(...) an autonomous computer is capable of altering its stored program and developing new instructions in response to information it acquires in the course of trading. Since the program changes over time, without any human intervention, it would be very difficult to characterize it as the embodiment or expression of human intention.'¹⁸

De auteurs stellen aldus dat een geautomatiseerd systeem zijn eigen programmering kan aanpassen. In hun betoog gaan zij uit van een casus waarin een verkoper gebruik maakt van een zelfhandelend geautomatiseerd systeem met deze zelfmodificerende eigenschappen:

'A buyer accesses an autonomous computer controlled by a seller – a widget merchant – and asks the price of widgets. The buyer has never had any dealings with the seller or the seller's computer before. Having checked that there are widgets in stock, the computer uses knowledge that it has acquired itself to calculate a price by means of a complex formula that it has evolved for itself. The computer then notifies the buyer of the price at which it is prepared to sell the widgets. The buyer responds by ordering a quantity of widgets from the computer at the price quoted. The computer informs the buyer that it accepts his order and then causes

16 Van Esch 1999a, p. 49.

17 Van Esch 1999a, p. 49.

18 Allen & Widdison 1996, p. 49.

the widgets to be dispatched to the buyer and an appropriate debit to be made from his bank account. The seller never knows that this transaction has occurred.¹⁹

Het zelfmodificerende vermogen van het systeem blijkt hier uit het feit dat het systeem zelf een 'complexe formule' opstelt, aan de hand van 'kennis die het zelf heeft verkregen'. Ook zogenaamde 'lerende' *intelligent agents*, zoals IBM's *Q-learning agent*²⁰ vertonen zelfmodificerende eigenschappen. Het gevolg is dat door de inrichting van het geautomatiseerd systeem de gebruiker minder specifiek kan voorschrijven wat de uiteindelijke resultaten van de handelingen van de *agent* zijn. De *agent* wordt immers zelf in staat gesteld een optimale strategie te ontwikkelen. Er is dan ook niet sprake van een systeem dat *zonder instructies* handelingen verricht, maar een systeem dat *zonder specifieke instructies* handelingen verricht. Naar mijn mening hoeft de grote handelingsvrijheid van een geautomatiseerd systeem er echter niet altijd toe te leiden dat de theorie van de geprogrammeerde wil geen uitkomst kan bieden. Het is immers niet zo dat het systeem verklaringen zal afleggen die de gebruiker niet had kunnen verwachten. Het door de gebruiker in de parameters van het systeem neergelegde wilsbesluit is enkel meer abstract, het biedt ruimte voor een grote hoeveelheid mogelijke verklaringen van het systeem. Deze verklaringen vloeien echter nog steeds voort uit de parameters die de gebruiker het systeem meegeeft. Dat kan wellicht anders zijn indien het functioneren van een geautomatiseerd systeem voor de gebruiker dermate ondoorzichtig is dat de uitkomsten voor hem niet of minder voorzienbaar zijn. Een concreet voorbeeld kan daarvan echter nog niet worden gegeven.

B. De theorie van de algemene wil

Hierboven is aangegeven dat de theorie van de geprogrammeerde wil soms wellicht geen uitkomst kan bieden voor het gebruik van geautomatiseerde die een grote mate van complexiteit vertonen. De complexiteit heeft tot gevolg dat de gebruiker geen goed zicht heeft op het uiteindelijke functioneren van het systeem. De theorie van de algemene wil kan aan dit bezwaar tegemoet komen. De theorie van de algemene wil neemt als uitgangspunt dat een specifieke op elke afzonderlijke verklaring gerichte wil niet aanwezig hoeft te zijn. De voor een rechtshandeling vereiste wil is echter te vinden in de algemene wil die is gericht op de rechtsgevolgen van de verklaringen die worden afgelegd door middel van het geautomatiseerd systeem. De algemene wil is aan de wederpartij kenbaar omdat hij wordt geopenbaard door het in gebruik nemen en houden van het systeem.²¹ De verklaringen die het geautomatiseerd systeem vervolgens aflegt, dienen niet als op zichzelf staande autonome handelingen van het systeem te worden beschouwd, maar steeds

19 Allen & Widdison 1996, p. 29.

20 Zie hoofdstuk 2.

21 Van Esch 1999a, p. 49-50; Van der Klaauw-Koops 2002, p. 133.

als resultaten van de omstandigheden en van de gemaakte keuzen van de gebruiker.²² De algemene wil wordt aldus kenbaar gemaakt door het in gebruik nemen en houden van bijvoorbeeld een internetveiling systeem, van een autonoom handelende online winkel of van een *intelligent agent*.

De algemene wil vindt zijn begrenzing in het functioneren van het geautomatiseerd systeem onder gelijkblijvende omstandigheden en overeenkomstig hetgeen de gebruiker daarvan redelijkerwijs mocht verwachten.²³ Daarom heeft binnen de theorie van de algemene wil de verklarende partij wel de ruimte om aan te tonen dat met betrekking tot een specifieke verklaring een overeenstemmende wil ontbrak.

Ook in de situatie waarin er niet één gebruiker is van een complex geautomatiseerd systeem die overzicht heeft over het handelen van het systeem – de ‘supermarkt-situatie’ – kan de theorie van de algemene wil naar mijn mening uitkomst bieden. Door het in gebruik nemen en houden van een geautomatiseerd systeem zou in deze situaties als het ware een *collectieve wil* aan de wederpartij kenbaar gemaakt kunnen worden. Er is dan wellicht niet één natuurlijk persoon die overzicht heeft, toch kan door de gezamenlijke handelingen van de personen die het systeem in bedrijf houden, van een collectieve wil blijken.

C. De raamovereenkomst

Naast bovenstaande twee wilstheorieën, kan het wilsverklaringsprobleem ook met een praktische oplossing worden benaderd. Partijen die met behulp van geautomatiseerde systemen overeenkomsten willen aangaan, kunnen voorafgaand aan het gebruik van die systemen op ‘conventionele’ wijze een overeenkomst sluiten. In deze overeenkomst wordt de wil kenbaar gemaakt gebonden te willen zijn aan de verklaringen die het geautomatiseerde systeem aflegt. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan het probleem dat voor een individueel bericht dat door een geautomatiseerd systeem wordt (opgesteld en) verzonden, een specifiek op dat bericht gerichte wil kan ontbreken. De typische situatie waarin gebruik wordt gemaakt van zo’n raamovereenkomst is het geval waarin EDI-systemen worden ingezet. De toepassing van EDI vergt van de betrokken partijen voorafgaande investeringen en afspraken, waaronder een *interchange agreement*. Deze *interchange agreement* kan fungeren als raamovereenkomst voor de daaropvolgende overeenkomsten die met behulp van EDI-systemen worden gesloten.²⁴ Een voorbeeld van een bepaling uit een *interchange agreement* die stelt dat aan een EDI-bericht een wil ten grondslag ligt, is het volgende:

22 Van der Klaauw-Koops 2002, p. 134.

23 Van Esch 1999a, p. 52-53, 57.

24 Van Esch 1999a, p. 50-51.

'The parties hereby express their mutual intention that contracts [formed by EDI] be legally binding upon them (...).'²⁵

Een tweede formulering die in de praktijk ook vaak voorkomt, houdt in dat wordt gesteld dat contractspartijen een door middel van EDI tot stand gebrachte overeenkomst niet kunnen betwisten "enkel op grond van het feit dat verklaringen door middel van EDI zijn uitgewisseld".²⁶ Ter illustratie kan worden gewezen op de Europese EDI-modelovereenkomst. Deze modelovereenkomst is opgenomen in een aanbeveling van de Europese Commissie.²⁷ De modelovereenkomst bevat in artikel 3.1 de volgende bepaling met betrekking tot het aangaan van overeenkomsten met behulp van EDI-systemen:

'De partijen wensen door deze Overeenkomst een juridische binding aan te gaan en doen uitdrukkelijk afstand van elk recht de geldigheid van een door middel van EDI en overeenkomstig de voorwaarden van de Overeenkomst tot stand gekomen contract aan te vechten louter op grond van het feit dat het contract door middel van EDI tot stand gekomen is.'

Volgens de aantekeningen bij artikel 3.1 van de Europese EDI-modelovereenkomst is:

'(...) gepoogd de intentie van de partijen tot het aangaan van geldige en bindende contracten via EDI te benadrukken en deze intentie aan te tonen ten opzichte van derden. De strekking van de bepaling als zodanig is dat de partijen de geldigheid van door middel van EDI tot stand gekomen transacties niet zullen bestrijden louter op grond van het feit dat dat middel is gebruikt.'

De achterliggende gedachte bij artikel 3.1 is dus kennelijk dat de *intentie* om via EDI overeenkomsten aan te gaan benadrukt dient te worden. De regel neergelegd in artikel 3.1 werkt deze ratio echter niet uit. De reden daarvoor kan zijn dat de modelovereenkomst niet is toegespitst op een specifiek nationaal rechtstelsel.

De formulering en de achterliggende gedachte van artikel 3.1 zijn naar mijn mening echter niet nodig naar Nederlands recht. Een gebruiker van een EDI-systeem kan in beginsel een door middel van EDI totstandgekomen overeenkomst überhaupt niet aantasten "louter op grond van het feit dat dat middel is gebruikt". De gebruikers van EDI zullen immers over en weer al afspraken hebben gemaakt, apparatuur hebben aangeschaft, telecommunicatielijnen hebben gehuurd enz. Zij zullen met andere woorden over en weer bepaalde verwachtingen hebben gewekt met betrekking tot hun wens om gebruik te maken van EDI.

25 Boss & Ritter 1993, p. 103.

26 Boss & Ritter 1993, p. 103-104.

27 Aanbeveling 94/820/EG, *PbEG* 1994 L 338/98.

Een derde formulering is dat in de *interchange agreement* aanbod en aanvaarding expliciet worden benoemd. Een voorbeeld levert een Canadese (uit Quebec afkomstige) model *interchange agreement*:

'(...) la transmission et la réception de tous les documents afférents à un contrat, (...), constituent une offre de vendre ou d'acheter des produits ou services et une acceptation de cette offre.'²⁸

Een raamovereenkomst kan uiteraard alleen uitkomst bieden indien partijen daadwerkelijk voorafgaand aan het gebruik van geautomatiseerde systemen een raamovereenkomst sluiten. Het zal dan gaan om situaties waarin contractanten een langdurige, bestendige relatie met elkaar hebben, zoals EDI-situaties. Hiermee is ook meteen het beperkte nut van de raamovereenkomst gegeven: in situaties waarin contractspartijen incidenteel met behulp van geautomatiseerde systemen met elkaar contracteren, zal er geen sprak zijn van een raamovereenkomst.²⁹

D. De benadering van de UNCITRAL

De UNCITRAL Conventie inzake elektronisch contracteren poogt tegemoet te komen aan het wilsverklaringsprobleem. De benadering van de Conventie is vervat in artikel 12 betreffende "use of automated message systems for contract formation". Oorspronkelijk is de in artikel 12 gekozen benadering geïnspireerd door de UNCITRAL Model Law. De Model Law bepaalt in artikel 13 lid 2 aanhef en sub b:

'As between the originator and the addressee, a data message is deemed to be that of the originator if it was sent: (...) by an information system programmed by, or on behalf of, the originator to operate automatically.'

Hiermee wordt een databericht dat is verzonden door een geautomatiseerd systeem, geacht afkomstig te zijn van de gebruiker (immers, degene die het systeem programmeert) van het systeem. Tijdens de totstandkoming van de Conventie stelde de UNCITRAL dat op een vergelijkbare wijze als in artikel 13 van de Model Law, de handelingen van een zelfhandelend geautomatiseerd systeem aan de gebruiker van dat systeem dienen te worden toegerekend.³⁰ Een eerste versie van artikel 12 van de Conventie bepaalde dan ook:

'Unless otherwise agreed by the parties, a contract may be formed by the interaction of an automated computer system and a natural person or by the interaction of

28 Boss & Ritter 1993, p. 104.

29 Zie ook Van Esch 1999a, p. 51.

30 UNCITRAL, Working Group IV (Electronic Commerce), *Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention. Note by the secretariat, A/CN.9/WG.IV/WP.95*, 11-15 maart 2002, p. 17-18.

automated computer systems, even if no natural person reviewed each of the individual actions carried out by such systems or the resulting agreement.³¹

Artikel 12 bepaalt aldus dat een overeenkomst “tot stand kan komen” (“may be formed”) ingeval één of meer zelfhandelende geautomatiseerde systemen worden ingezet. De zinsnede “even if no natural person reviewed each of the individual actions carried out by such systems or the resulting agreement” wijst op het zelfhandelende karakter van een geautomatiseerd systeem: het handelt zonder *review* door een natuurlijk persoon.

Bij latere beraadslagingen kwam de UNCITRAL tot de conclusie dat de benaderingen van de bepaling uit de Model Law en die van de tot dan toe gedane voorstellen, niet identiek waren. De achterliggende gedachte bij artikel 13 van de Model Law is een vermoeden te introduceren dat een bericht daadwerkelijk afkomstig is van de verzender.³² Artikel 12 van de Conventie zou daarentegen moeten zien op het ontstaan van verbintenissen op grond van databerichten die worden uitgewisseld door geautomatiseerde systemen. Bij gebrek aan consensus over de noodzaak voor een toerekeningsregel, is gekozen voor een herformulering van artikel 12 als een beginsel van non-discriminatie.³³ De definitieve versie van artikel 12 is daarom als volgt komen te luiden:

‘A contract formed by the interaction of an automated message system and a natural person, or by the interaction of automated message systems, shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that no natural person reviewed or intervened in each of the individual actions carried out by the automated message systems or the resulting contract.’

De nieuwere bepaling stelt niet meer dat een overeenkomst ‘tot stand kan komen’, maar dat een overeenkomst die tot stand is gebracht met behulp van een zelfhandelend geautomatiseerd systeem ‘geen rechtsgeldigheid of afdwingbaarheid ontzegd mag worden’ op de enkele grond dat het systeem – kort gezegd – zelfhandelend is.

Noch de benadering dat er een overeenkomst ‘tot stand kan komen’, noch de ‘non-discriminatoire’ benadering dat een overeenkomst ‘geen rechtsgeldigheid of afdwingbaarheid ontzegd mag worden’, biedt naar Nederlands recht een oplossing. Geen van beide benaderingen gaat immers in op de wijze waarop de toerekening van de handelingen van een geautomatiseerd systeem aan de gebruiker dient te geschieden. Er is wel oog voor het feit dat een

31 *Idem*, p. 31.

32 UNCITRAL, *Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: background information. Note by the Secretariat*, A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.3, 15 september 2003, nr. 9.

33 UNCITRAL, *Report of the Working Group on Electronic Commerce on the work of its forty-second session*, A/CN.9/546, 8 december 2003, nr 125. Zie hoofdstuk VI.4 voor een beschrijving van de achterliggende beginselen van functionele equivalentie en non-discriminatie van de UNCITRAL Model Law en het voorstel voor een verdrag.

zelfhandelend geautomatiseerd systeem werkzaam kan zijn zonder dat een natuurlijk persoon het functioneren van dat systeem op het moment van handelen overziet. De resultaten van de UNCITRAL gaan echter niet in op de vraag of dit handelen blijkt geeft van de wil van de gebruiker, of dat het misschien niet nodig is dat er blijkt wordt gegeven van de wil van de gebruiker en er op een andere wijze toegerekend dient te worden. De UNCITRAL doet hiermee dan ook niet meer dan het probleem herhalen.

E. Onvoorziene situaties

Hierboven zijn onder meer de theorie van de geprogrammeerde wil en van de algemene wil uiteengezet. Naar mijn mening zijn beide theorieën in beginsel geschikt om de handelingen van een geautomatiseerd systeem te funderen op de wil van de gebruiker van dat systeem. Zoals hierboven beschreven kan de eerste theorie naar mijn mening in de meeste gevallen uitkomst bieden, behalve voor complexe systemen. Voor die situatie kan de theorie van de algemene wil worden toegepast. Zoals ook reeds gesteld, vindt de algemene wil zijn begrenzing in het functioneren van het geautomatiseerd systeem onder gelijkblijvende omstandigheden, overeenkomstig hetgeen de gebruiker daarvan redelijkerwijs mocht verwachten. *Daarnaast* kan zich naar mijn mening een zogenaamde *onvoorziene situatie* voordoen. Dit is een situatie waarin het systeem exact functioneert zoals daarvan verwacht mag worden, maar dat er zich feiten voordoen waarop de gebruiker niet heeft geanticipeerd. Hierdoor kan de uiteindelijke uitkomst anders zijn dan wat de gebruiker zich had voorgesteld.³⁴

Een voorbeeld van een onvoorziene situatie wordt geleverd door het gebruik van geautomatiseerde systemen bij de handel in aandelen en de beurskrach van 19 oktober 1987. Over de precieze oorzaken van de krach zijn de meningen verdeeld, maar er wordt onder meer gewezen op de rol van het zogenaamde *program trading*. *Program trading* houdt in dat de aan- en verkoop van aandelen uit handen wordt gegeven aan een geautomatiseerd systeem. De betreffende systemen waren relatief simpel van aard. Als verkoopalgoritme werd onder meer aangehouden dat indien de koers van een aandeel onder een bepaalde prijs valt, het systeem het aandeel automatisch verkoopt. In beginsel kunnen hiermee de handelingen van het systeem terugvallen op de wil van de gebruiker, het is immers een relatief eenvoudig algoritme waarin de gebruiker op eenvoudige wijze zijn wil kan neerleggen. Hij voert immers de waarde in, aan de hand waarvan het systeem vaststelt of het dient te verkopen. Het onvoorziene gevolg ingeval van *program trading* was echter dat de systemen een koersval in de hand zouden kunnen werken: door een dalende koers kwam een prijs tot stand waardoor de geautomatiseerde systemen ertoe overgingen automatisch te verkopen. Door het grotere aanbod op de aandelen-

³⁴ Er kan in dit verband ook worden gewezen op artikel 6:258 BW inzake onvoorziene omstandigheden.

markt kon de prijs verder dalen, waardoor weer andere systemen ertoe overgingen ook te verkopen. Dit zou geleid kunnen hebben tot een kettingreactie die uiteindelijk heeft bijgedragen aan de betreffende koersval.³⁵

Hoewel het geval van *program trading* een specifieke situatie betreft – de koop en verkoop van aandelen – is het niet ondenkbaar dat op andere markten iets vergelijkbaars plaats zou kunnen vinden. Met het in hoofdstuk 2 beschreven *Kasbah*-prototype is immers bijvoorbeeld een marktplaats denkbaar in allerhande artikelen. De consequentie hiervan is dat ook bij eenvoudige systemen, waarbij in beginsel de wil van de gebruiker blijkt uit de instellingen die hij in een systeem heeft neergelegd, er toch handelingen verricht worden door het systeem die niet overeenstemmen met de wil van de gebruiker. De oorzaak hiervan is dat de interactie tussen verschillende geautomatiseerde systemen leidt tot situaties die de gebruiker niet heeft voorzien. De interactie tussen grote aantallen zelfhandelende systemen kan wellicht in de toekomst tot een dynamiek in een bepaalde markt leiden die nu nog niet voorzien kan worden, maar die voor de gebruiker van een geautomatiseerd systeem tot ongewenste uitkomsten kan leiden. Ingeval van bovengenoemd voorbeeld van *program trading* zou een natuurlijk persoon immers niet zo snel zijn aandelen van de hand hebben gedaan.

Tussenconclusie

Naar mijn mening kan de theorie van de geprogrammeerde wil in de meeste situaties een verklaring van een geautomatiseerd systeem funderen op de wil van de gebruiker. Ook ingeval van systemen die een grotere mate van autonomie vertonen zoals zelfmodificerende systemen, is er sprake van een wilsbesluit van de gebruiker van het systeem dat wordt neergelegd in de parameters die de gebruiker het systeem meegeeft. De theorie van de geprogrammeerde wil schiet echter tekort ingeval van complexe systemen. Voor die situatie kan de theorie van de algemene wil uitkomst bieden. Bij beide theorieën blijft voor de gebruiker van een geautomatiseerd systeem een beroep op het uiteenlopen van wil en verklaring mogelijk.

De raamovereenkomst kan alleen een oplossing bieden indien partijen inderdaad in staat zijn van tevoren een raamovereenkomst aan te gaan. De UNCITRAL Conventie biedt geen inhoudelijke oplossing; artikel 12 van het voorstel doet niet meer dan het wilsverklaringsprobleem benoemen.

35 Zie A. Arbel & A.K. Kaff, *Crash: Ten Days in October... Will It Strike Again?*, Longman Financial Services 1989. Of *program trading* inderdaad de belangrijkste oorzaak was van de koersval staat ter discussie, p. 115-117. Vergelijk ook Van Esch 1999a, p. 58.

5.1.2 Discrepanties tussen wil en verklaring

Uit bovenstaande blijkt dat een verklaring die worden afgelegd met behulp van een geautomatiseerd systeem, als wilsverklaring van de gebruiker van dat systeem kan gelden. Uiteraard kan zich echter ook bij het gebruik van een geautomatiseerd systeem een discrepantie tussen wil en verklaring voordoen. Met betrekking tot het afwijken van de wil en de verklaring kan er een onderscheid worden gemaakt tussen de onmiddellijke en de middellijke wil. De onmiddellijke wil is de wil gericht op de materiële handeling van het verklaren. De middellijke wil is gericht op het gevolg van het handelen. De onmiddellijke wil wordt ook aangeduid als de *handelingswil*. De handelingswil ontbreekt bijvoorbeeld bij handelingen die in een droomtoestand worden verricht, bij reflexbewegingen, ingeval van bewusteloosheid, bij fysieke dwang, bij versprekingen en verschrijvingen. Typerend voor het gebruik van zelfhandelende geautomatiseerde systemen, is dat de gebruiker van een systeem niet zelf de uiteindelijke handeling verricht, maar dat zijn systeem dat voor hem doet. Het handelen van de gebruiker blijft beperkt tot het in gebruik nemen en configureren van het geautomatiseerd systeem. De handelingswil van de gebruiker wordt aan de hand van de theorie van de geprogrammeerde wil en de theorie van de algemene wil 'uitgerekt', zodat hij óók betrekking heeft op de handelingen die worden verricht door het systeem.

De middellijke wil kan worden onderverdeeld in de *duidingswil* en de *rechtswil*. De duidingswil is de wil die is gericht op betekenis van de afgelegde verklaring. Er is geen sprake van een duidingswil wanneer bijvoorbeeld een woord in de verkeerde betekenis wordt gebruikt. De rechtswil is de wil die is gericht op het doen ontstaan van rechtsgevolg. Een rechtswil ontbreekt bijvoorbeeld ingeval van een *reservatio mentalis*, oftewel een stilzwijgend voorbehoud. Met betrekking tot de onderlinge relatie van de drie willen is er sprake van een *Dogma von den Stufen des Willens*, oftewel: de handelingswil is *conditio sine qua non* voor de duidingswil en de rechtswil, de duidingswil is *conditio sine qua non* voor de rechtswil.³⁶

Er zijn drie categorieën van discrepanties tussen wil en verklaring die corresponderen met de drie wilsmomenten. Het gaat om situaties waarin 1) één van de partijen de verklaring niet wilde of 2) de verklaring wel wilde, maar niet wilde dat de wederpartij daaraan een bepaalde betekenis toekende of 3) de verklaring wilde en ook wilde dat de verklaring werd opgevat zoals de wederpartij dat heeft gedaan maar toch de rechtsgevolgen niet wilde.³⁷ De eerste categorie betreft de volgende situaties: vis absoluta, geestelijke gestoordheid, het zich verspreken of verschrijven, de per telegram of bode verkeerd overgebrachte verklaring en het tekenen van een akte die niet over-

36 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 140; Losecaat Vermeer 1913, p. 12-17.

37 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 140.

eenstemt met de bedoeling van de ondertekenaar.³⁸ De tweede categorie betreft de situaties waarin de verklaring niet duidelijk genoeg of verkeerd wordt opgevat, er onduidelijkheid bestaat over de vraag wie als wederpartij bij de overeenkomst is opgetreden of de uiting een ander bereikt dan voor wie zij was bestemd.³⁹ In de derde categorie kan het gaan om het innerlijk voorbehoud, de niet-kenbare scherts en de schijnhandeling.⁴⁰

Voorts is van belang het onderscheid tussen *eigenlijke* en *oneigenlijke dwaling*. Indien een verklarende partij zich er niet van bewust is dat diens verklaring niet overeenstemt met zijn wil, wordt er gesproken van een *oneigenlijke dwaling*. Een oneigenlijke dwaling kan verschillende oorzaken hebben: Een verklaring kan onjuist zijn overgebracht, of de verklarende partij heeft zich verschreven.⁴¹ Een derde belangrijke oorzaak van een oneigenlijke dwaling is het zogenaamde *misverstand*, dat wil zeggen dat de verklaring niet duidelijk is of verkeerd wordt opgevat. Ter illustratie van misverstand kan worden gewezen op het standaardarrest Bunde/Erckens.⁴² In deze zaak kocht de gemeente Bunde een stuk grond van Erckens. In de overeenkomst was het beding opgenomen dat de gemeente aan Erckens de "belastingschade" zou vergoeden. Beide partijen verstonden onder dit begrip elk echter iets anders. Het verschil in opvatting vertegenwoordigde daarbij een bedrag van f 50.840,-.

In geval van een *eigenlijke dwaling* komen wil en verklaring wél overeen. Er komt daarom wel wilsovereenstemming tot stand. Eén van de contractspartijen heeft echter een onjuiste voorstelling omtrent een eigenschap of hoedanigheid van een zaak, of van de persoon van de wederpartij, of omtrent enigerlei omstandigheid die bij het aangaan van de overeenkomst voor die partij van belang was. Wil en verklaring stemmen dus weliswaar overeen, de wil is echter gevormd onder een verkeerde voorstelling van zaken.⁴³ De eigenlijke dwaling komt in paragraaf 5.2.4 nader aan de orde.

Indien een geautomatiseerd systeem wordt benut om een verklaring af te leggen, kan zich naar mijn mening relatief snel een oneigenlijke dwaling voordoen. Een gebruiker communiceert met een geautomatiseerd systeem bijvoorbeeld via een toetsenbord en een muis. De gebruiker kan per abuis verkeerde gegevens invoeren. Hij kan bijvoorbeeld op een internetveiling een nul te veel of te weinig plaatsen, hij kan een komma verkeerd plaatsen, hij kan te snel op een website op het knopje "ja" of "bestel" klikken. Het is een elektronisch equivalent van een verspreking of verschrijving: er ontbreekt een handelingswil. Geautomatiseerde systemen maken het mogelijk om snel en

38 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 141-147.

39 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 149-152.

40 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 153-157. De schijnhandeling (simulatie) neemt overigens een aparte positie in.

41 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 121.

42 HR 17 december 1976, NJ 1977/241, (m.nt. G.J. Scholten; Bunde/Erckens).

43 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 218-219. Volgens Chao-Duivis is het onderscheid tussen de eigenlijke en de oneigenlijke dwaling niet houdbaar, Chao-Duivis 1996, p. 141-160.

geautomatiseerd te communiceren. De kans op een oneigenlijke dwaling door bedieningsfouten van de gebruiker wordt daarbij naar mijn mening groter.⁴⁴ Omdat bij het verkeerd configureren van een geautomatiseerd systeem de handelingswil ontbreekt, zijn de handelingen die het systeem vervolgens verricht aan de hand van de abusievelijke parameters ongewild. Bij deze door het systeem verrichte, maar door de gebruiker niet gewilde handelingen, ontbreekt daarom dan ook de handelingswil van de gebruiker.

Een oneigenlijke dwaling kan zich voordoen bij het in gebruik nemen van een geautomatiseerd systeem. De gebruiker van het systeem kan een fout maken (bijvoorbeeld een typefout) bij het configureren van het systeem waardoor het systeem foutieve verklaringen aflegt. Ook kan door technische problemen het systeem verklaringen afleggen die niet overeenstemmen met de wil van de gebruiker.

De oneigenlijke dwaling is onder te brengen in de theorie van de geprogrammeerde wil en in de theorie van de algemene wil. Beide theorieën brengen met zich mee dat de wil van de gebruiker van een systeem, 'doorwerkt' in de handelingen die het systeem verricht. Een gebruiker van een geautomatiseerd systeem kan een typefout maken bij het configureren van het systeem. Een online webwinkel kan bijvoorbeeld automatisch bestellingen in ontvangst nemen en bevestigen aan de hand van een elektronische catalogus. Wanneer de gebruiker van een systeem een typefout maakt bij het invoeren van de catalogus, dan werkt deze fout door in de handelingen die het systeem verricht. De combinatie van de typefout en de handelingen van het systeem (bijvoorbeeld het automatisch bevestigen van een bestelling) leveren zo een oneigenlijke dwaling op.

Om de kans op bedieningsfouten te verkleinen, is door de wetgever voor dienstverleners van de informatiemaatschappij de verplichting geïntroduceerd om foutcorrectiemiddelen aan de afnemer van een dienst ter beschikking te stellen. Naast de mogelijkheid van bedieningsfouten, kan een oneigenlijke dwaling ook ontstaan door een verkeerd overgebracht bericht. Dat kan geschieden door een storing of een verkeerd functioneren van een geautomatiseerd systeem. Het Burgerlijk Wetboek kent hiervoor een aparte regeling inzake de onjuist overgebrachte verklaring. Zowel de regeling inzake de onjuist overgebrachte verklaring als de verplichting tot het bieden van foutcorrectiemiddelen komen in de navolgende paragrafen aan de orde.

Er kan zich naar mijn mening ook een discrepantie tussen wil en verklaring voordoen indien zich een onvoorziene situatie voordoet, zoals hierboven reeds is beschreven bij de behandeling van de theorie van de geprogrammeerde wil. Een zelfhandelend geautomatiseerd systeem kan in een situatie geraken die de gebruiker niet voorzien heeft. Het systeem kan in zo'n geval verklaringen afleggen die niet steunen op de wil van de gebruiker. Ook hier ontbreekt een

44 Vergelijk Ramberg 2002, p. 120.

handelingswil: de gebruiker wilde immers – in díe situatie – de handeling niet.

Indien een met de verklaring overeenstemmende wil ontbreekt, leidt dit tot nietigheid van de rechtshandeling, tenzij de wederpartij zich met succes op artikel 3:35 BW beroept.⁴⁵

5.1.3 De onjuist overgebrachte verklaring

Een oneigenlijke dwaling, dat wil zeggen een onbewuste discrepantie tussen wil en verklaring, kan ontstaan doordat een verklaring onjuist wordt overgebracht. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een geautomatiseerd systeem een verklaring vanwege een storing verminkt overbrengt. Ook zou een verklaring tijdens transport door een geautomatiseerd systeem door een kwaadwillende derde kunnen worden gewijzigd. Het BW bevat in artikel 3:37 lid 4 een specifieke regeling voor de verklaring die verkeerd wordt overgebracht door een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel. In dat geval geldt het ter kennis van de ontvanger gekomene als de verklaring van de afzender, tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald.⁴⁶ Het risico van een onjuiste overbrenging rust in eerste instantie dus op de afzender, indien de geadresseerde de wijze van overbrenging heeft bepaald, rust het risico op hem.

Hartkamp & Sieburg wijzen erop dat de onjuist overgebrachte verklaring moet worden onderscheiden van de discrepantie tussen wil en verklaring die ontstaat op grond van een vergissing van de verklarende partij. Ingeval van een vergissing kan aan de verklarende partij de foutieve verklaring worden toegerekend omdat de fout is te wijten aan zijn eigen schuld. Hieruit kan de gebondenheid verklaard worden; er is sprake van verwijtbaarheid. Ingeval van artikel 3:37 lid 4 BW geldt echter het *risicobeginsel*: degene die zich van een persoon of middel bedient om de verklaring over te brengen, neemt het risico op zich dat zijn verklaring onjuist wordt overgebracht. Wanneer de wederpartij de wijze van overbrenging heeft bepaald, dient hij het risico te dragen.⁴⁷ Volgens Van Dunné zou in plaats van het risicobeginsel zoals hierboven beschreven, de opvatting moeten gelden dat een ieder instaat voor het goed functioneren van het communicatiemiddel waarvan hij zich bedient, mits dit in die situatie als algemeen gangbaar kan worden beschouwd.⁴⁸

45 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 139. Hijma heeft verdedigd dat vernietigbaarheid een passender sanctie zou zijn, Hijma 1988, p. 35-44.

46 Zie hoofdstuk 10 voor een bespreking van de verhouding tussen de artikelen 3:37 lid 4 en 3:37 lid 3 tweede volzin BW. Artikel 3:37 lid 3 tweede volzin BW betreft het niet of niet tijdig bereiken van een verklaring en de gevolgen daarvan voor het moment van werking van de verklaring.

47 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 145.

48 Van Dunné 2001, p. 118.

Voor wat de hoofdregel betreft, liggen de geldende leer en Van Dunné op één lijn: degene die zich van een middel bedient, draagt het risico daarvan. In de uitzonderingssituatie dat de ontvanger het middel van overbrenging heeft bepaald, wijken de visies uiteen: volgens het Burgerlijk Wetboek en Hartkamp & Sieburg draagt de ontvanger dan het risico, volgens Van Dunné dient nog steeds de afzender het risico te dragen. Van Dunné maakt daarbij de nuancering dat de ontvanger weer wél het risico dient te dragen indien hij een middel heeft voorgeschreven dat niet algemeen gangbaar is. Naar mijn mening is de benadering van Van Dunné meer op zijn plaats dan de benadering zoals op dit moment neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. Er is geen overtuigende reden waarom in het geval een algemeen gangbaar communicatiemiddel wordt gebruikt, er dient te worden afgeweken van de hoofdregel dat de gebruiker van een middel het risico daarvan draagt. Dat is alleen anders indien de ontvanger het gebruik van een ongebruikelijk en daardoor wellicht onbetrouwbaar middel heeft voorgeschreven.

Wat betreft de toepassing van artikel 3:37 lid 4 BW in het geval een geautomatiseerd systeem wordt ingezet om een overeenkomst aan te gaan, rijzen drie vragen: wanneer is er sprake van een onjuiste overbrenging, wanneer bepaalt iemand de keuze voor een bepaalde wijze van overbrenging en wat is het risico dat ontstaat door de verkeerde overbrenging.

Ingeval een geautomatiseerd systeem wordt ingezet, zijn er allerlei oorzaken waardoor een verklaring onjuist kan worden overgebracht. Hoogervorst geeft het voorbeeld van een e-mailbericht dat door toedoen van een kwaadwillende derde wordt gewijzigd. In EDI-situaties kan worden gedacht aan een storing tijdens het transport van een EDI-bericht waardoor het bericht wordt verminkt. Van Esch heeft erop gewezen dat artikel 3:37 lid 4 BW ziet op het middel ter overbrenging van een verklaring, voor EDI-situaties betekent dit dat een fout die zich voordoet tijdens het interne transport naar het aansluitpunt van de afzender, voor rekening van de afzender komt. Dat geldt ook indien de geadresseerde de wijze van overbrenging heeft bepaald.⁴⁹

De keuze voor een bepaald middel van overbrenging kan volgens de Parlementaire Geschiedenis door de geadresseerde uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. Indien de geadresseerde een bode zendt om de verklaring over te brengen, is dit een uitdrukkelijke keuze. Een stilzwijgende keuze doet zich volgens de Parlementaire Geschiedenis bijvoorbeeld voor indien de wederpartij per telegram vanuit het buitenland een aanbod doet en dezelfde dag antwoord verzoekt.⁵⁰ Het is maar de vraag of dit tegenwoordig ook als een stilzwijgende keuze voor de telegraaf kan gelden. Er zijn nu immers vele communicatiemiddelen waarmee dezelfde dag een antwoord kan worden gegeven. Dat zou bijvoorbeeld per e-mail of telefonisch kunnen geschieden. Naar mijn mening is daarom tegenwoordig slechts sprake van een keuze voor een middel van

49 Van Esch 1999a, p. 114.

50 TM PG Boek 3 1981, p. 183.

overbrenging indien uit de keuze een voorkeur voor een specifiek middel blijkt. De keuze kan dan blijken uit het feit dat een geadresseerde bijvoorbeeld enkel een e-mail adres of een telefoonnummer heeft opgegeven.

Toepassing van artikel 3:37 lid 4 kan ertoe leiden dat de afzender of de geadresseerde het risico van de gebrekkige overbrenging draagt. Het risico dat voor rekening van de afzender kan komen, is dat de gewijzigde verklaring als zijn verklaring zal gaan gelden. Vervolgens is het de vraag of de geadresseerde, met toepassing van artikel 3:35 BW, ook gerechtvaardigd op deze verklaring mag vertrouwen. Het is echter niet duidelijk wat precies het risico is dat op de geadresseerde zou kunnen rusten, indien hij het middel van overbrenging heeft bepaald. Uit de wettekst blijkt kennelijk dat de verminkte verklaring niet als verklaring van de afzender geldt. Het risico kan zijn dat er geacht wordt geen verklaring af te zijn gelegd door de afzender. De geadresseerde komt dan helemaal niet toe aan de toepassing van artikel 3:35 BW, er wordt geacht geen verklaring te zijn waar hij gerechtvaardigd op zou kunnen vertrouwen.⁵¹ Hoogervorst heeft erop gewezen dat dit echter tot onwenselijke uitkomsten kan leiden. De aanname dat er geen verklaring is afgelegd, kan namelijk tot gevolg hebben dat de *afzender* in plaats van de *geadresseerde* nadeel leidt. Hij geeft een voorbeeld van een casus waarin A en B voornemens zijn een koopovereenkomst te sluiten. A doet B een aanbod en verzoekt B per e-mail te antwoorden. B stuurt vervolgens per e-mail een aanvaarding. Door toedoen van een hacker vermeldt het e-mail-bericht echter "Neem huis niet" in plaats van "Neem huis". Als toepassing van artikel 3:37 lid 4 BW meebrengt dat de aanvaarding van B geacht wordt niet te hebben plaatsgevonden, dan is het voor A nog mogelijk om zijn aanbod te herroepen. Een aanbod kan immers worden herroepen zolang het niet is aanvaard.⁵² De consequentie is dan dat, tegen de bedoelingen van B in, er geen overeenkomst is ontstaan. Per saldo zal B dan het risico van onjuiste overbrenging dragen, terwijl de ratio achter artikel 3:37 lid 4 BW is dat degene die de wijze van overbrenging bepaalt, het risico dient te dragen. Een ander voorbeeld is de opzeggingsverklaring die voor een bepaald tijdstip gedaan dient te worden. Indien door onjuiste overbrenging de verklaring wordt geacht niet te zijn gedaan, draagt de verklaarende partij alsnog het risico, ook al heeft de geadresseerde de wijze van overbrenging bepaald. Dit wijkt inderdaad af van de bedoeling van de wettelijke bepaling. Volgens Hoogervorst zou correcte toepassing van artikel 3:37 lid 4 BW met zich mee dienen te brengen dat in deze situaties de oorspronkelijke verklaring geldt als verklaring van de afzender.⁵³ Naar mijn mening dient in de door Hoogervorst geschetste voorbeelden, in lijn met de visie van Van Dunné, het risico echter wel degelijk voor rekening van de afzender te komen.

51 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 145.

52 Artikel 6:219 lid 2 BW.

53 Hoogervorst 2001.

Dat zou recht doen aan het beginsel dat een ieder instaat voor het functioneren van het communicatiemiddel waarvan hij zich bedient.

5.1.4 Foutcorrectiemiddelen

Om de kans op een oneigenlijke dwaling zo klein mogelijk te maken, heeft de wetgever een verplichting geïntroduceerd die rust op dienstverleners van de informatiemaatschappij en die hen verplicht aan hun wederpartij middelen ter beschikking te stellen waarmee vóór het aangaan van een overeenkomst kan worden nagegaan of er invoerfouten zijn gemaakt of ongewilde handelingen zijn verricht. De verplichting vindt haar oorsprong in de Richtlijn inzake elektronische handel.⁵⁴ Artikel 11 lid 1 van de Richtlijn stelt:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat de dienstverlener, behalve⁵⁵ andersluidend beding tussen partijen die niet als consument handelen, de afnemer passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking stelt waarmee hij invoerfouten kan opsporen en corrigeren, voordat hij zijn order plaatst.’

De dienstverlener dient dus middelen ter beschikking te stellen waarmee de afnemer invoerfouten kan opsporen en corrigeren. Deze middelen dienen passend, doeltreffend en toegankelijk te zijn. Ingeval de afnemer geen consument is, kan van deze verplichting worden afgeweken.

Artikel 11 lid 1 van de Richtlijn is geïmplementeerd in artikel 6:227c lid 1 BW:

‘Degene die een dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3 verleent, stelt de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking waarmee de wederpartij voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen.’

De Memorie van Toelichting stelt dat door ongewilde bedieningshandelingen onzekerheid kan ontstaan en wijst op de relevantie van de bepaling voor websites. De verplichting van artikel 6:227c lid 1 BW dient ertoe de dienstverlener te verplichten een website zo in te richten dat de wederpartij eventuele onbedoelde bedieningshandelingen kan opmerken en herstellen voordat er

54 Richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000 L 178/1.

55 ‘Behalve’ is hier een te letterlijke vertaling. De Engels versie van de Richtlijn spreekt van ‘except when otherwise agreed’, de Duitse versie stelt ‘außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien’, de Franse ‘Sauf si les parties (...) en ont convenu autrement’. ‘Behalve andersluidende beding tussen partijen die niet als consument handelen’ dient daarom naar mijn mening te worden gelezen als ‘tenzij partijen die niet als consument handelen, anders overeenkomen’.

daadwerkelijk een overeenkomst tot stand komt.⁵⁶ In lid 5 van artikel 6:227c BW wordt de sanctie omschreven van het niet-naleven van lid 1:

‘Een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de dienstverlener van zijn in lid 1 genoemde verplichting, is vernietigbaar. Indien de dienstverlener zijn in lid 1 genoemde verplichting niet is nagekomen, wordt vermoed dat een overeenkomst onder invloed daarvan tot stand is gekomen.’

De tweede volzin komt de wederpartij bewijsrechtelijk tegemoet; indien de dienstverlener geen middel ter beschikking stelt ter opsporing en herstel van ongewilde handelingen wordt vermoed dat de overeenkomst onder invloed daarvan tot stand is gekomen.⁵⁷

In de parlementaire geschiedenis is de vraag aan de orde gekomen of artikel 6:227c lid 1 BW meebrengt dat een wederpartij die per abuis op een bestelknop op een webpagina heeft geklikt, deze handeling ook na het plaatsen van de bestelling nog kan herstellen. Volgens de Minister is de achterliggende gedachte bij de regeling dat voorkomen moet worden dat consumenten gebonden raken aan het per ongeluk of anderszins ongewild aanklikken van een button. Dat zou namelijk hun vertrouwen in het elektronisch rechtsverkeer kunnen schaden. De dienstverlener zou aan de regeling kunnen voldoen door vóórdat een overeenkomst definitief tot stand komt, aan de wederpartij een overzicht te verstrekken van aangeklikte buttons en de gelegenheid te geven om eventueel ongewenst aangeklikte buttons ongedaan te maken. De kans op ‘per ongeluk’ een overeenkomst aangaan kan zo worden geminimaliseerd. De Minister stelt terecht dat altijd ‘één klik de laatste zal zijn’ en dat daarmee het beschermingsbereik van de regeling eindigt. Het volledig uitsluiten van ongewild of per ongeluk klikken is daarom niet mogelijk, de opzet van de regeling is echter kans op foutief klikken zo klein mogelijk te maken.⁵⁸

Onder meer uit de parlementaire geschiedenis en de bespreking van de ‘bestelbutton’, blijkt dat de wetgever met deze regeling vooral het plaatsen van bestellingen op een website op het oog heeft gehad. Dit heeft naar mijn mening tot gevolg gehad dat de regeling vooral is gericht op situaties waarin de afnemer een bestelling plaatst, middels een geautomatiseerd systeem dat door de dienstverlener is ingericht. Er zijn futuristische scenario’s denkbaar waarbij deze situatie zich niet zal voordoen. Bijvoorbeeld wanneer een afnemer middels een *intelligent agent* een bestelling plaatst bij de *intelligent agent* van een dienstverlener. De verplichting van artikel 6:227c lid 1 BW kan er uiteraard niet toe leiden dat de dienstverlener zorg dient te dragen voor correctiemiddelen om te voorkomen dat de afnemer zijn eigen *agent* per abuis verkeerd

56 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 197, nr. 3, p. 58.

57 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 197, nr. 3, p. 58.

58 *Kamerstukken I 2003/04*, 28 197, p. 15.

parameters meegeeft. De *agent* van de afnemer ligt namelijk in de risicosfeer van de afnemer zelf.

5.1.5 Gerechtvaardigd vertrouwen en geautomatiseerd systeem

De secundaire grondslag voor gebondenheid aan een rechtshandeling, het bij de wederpartij gewekte gerechtvaardigde vertrouwen, is vervat in artikel 3:35 BW. Verklaart iemand iets anders dan dat hij gewild heeft, dan komt het aan op de vraag of de wederpartij erop mag vertrouwen dat wil en verklaring wel degelijk overeenstemden. Zoals hierboven is uiteengezet, kunnen zich bij het gebruik van een geautomatiseerd systeem diverse situaties voordoen waarin sprake is van een discrepantie tussen wil en verklaring. Er kan sprake zijn van het ontbreken van een handelingswil doordat zich een bedieningsfout heeft voorgedaan. Er is dan bijvoorbeeld een verkeerd bedrag ingevoerd, een verkeerde verklaring ingetypt of een verklaring is onjuist overgebracht. Voorts is hierboven gesteld dat om tegemoet te komen aan het wilsverklaringsprobleem, de vereiste wil met betrekking tot specifieke verklaringen die met behulp van een geautomatiseerd systeem worden afgelegd, kan worden gevonden in de geprogrammeerde wil die in het systeem is vastgelegd, en in de algemene wil die blijkt uit het in gebruik nemen en houden van een geautomatiseerd systeem. Het systeem kan echter verklaringen afleggen die niet overeenstemmen met de wil van de gebruiker, indien zich een situatie voordoet die de gebruiker niet voorzien heeft. Ook in dat geval is er sprake van een discrepantie tussen wil en verklaring.

De tekst van artikel 3:35 BW laat zich (wat betreft de onderhavige onderzoeksvraag) herleiden tot drie vereisten:

- 1 er is een verklaring of gedraging;
- 2 deze verklaring of gedraging is door de wederpartij opgevat als een tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking;
- 3 de opvatting komt overeen met de zin die de wederpartij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze aan de verklaring of gedraging mocht toekennen.

Volgens het eerste vereiste moet er sprake zijn van een verklaring of gedraging, kortom, enig *toedoen*. Nieuwenhuis spreekt hier van het *toedoenbeginsel*: gerechtvaardigd vertrouwen verdient slechts bescherming indien het is opgewekt door toedoen van degene tegen wie men zich op dat vertrouwen beroept.⁵⁹

59 J.H. Nieuwenhuis, 'Toerekening van vertrouwen', WPNR 1988 5885, p. 491: 'Gerechtvaardigd vertrouwen verdient slechts bescherming indien het is opgewekt door toedoen van degene tegen wie men zich op dat vertrouwen beroept'. Zie ook J.M. Barendrecht, 'Vertrouwen koppelen aan de feiten. Oneigenlijke toepassing van de vertrouwensleer bij vertegenwoordiging, uitleg en pre-contractuele aansprakelijkheid', WPNR 1996 6223, p. 354: 'Toedoen

Het toedoen bij het gebruik van geautomatiseerde systemen moge duidelijk zijn. Een geautomatiseerd systeem wordt, hoe autonoom ook, in eerste instantie altijd door een natuurlijk persoon in gebruik genomen.⁶⁰ Er is daarom altijd sprake van een toedoen door een natuurlijk persoon.

Het tweede vereiste betreft een subjectief criterium of de betreffende verklaring of gedraging op een bepaalde wijze is opgevat.⁶¹ Dit betreft een feitelijke vraag. Het gegeven dat een verklaring op een bepaalde wijze is opgevat, kan ook blijken uit het feit dat een geadresseerde zijn geautomatiseerd systeem zodanig heeft ingericht dat de aan dat systeem gerichte verklaringen automatisch worden verwerkt. Stel iemand drukt per abuis op de verkeerde knop bij een snoepautomaat; er is dan een discrepantie tussen wil en verklaring. Door de inrichting van de automaat worden automatisch een betekenis toegekend aan de verklaring (het indrukken van de knoppen) van de wederpartij.⁶²

Uit het derde vereiste blijkt dat de wederpartij *redelijkerwijs* een bepaalde betekenis aan de verklaring mocht toekennen. Met andere woorden, de wederpartij moet *gerechtvaardigd* moeten hebben vertrouwd. Of daar sprake van is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zoals de aard van de rechtshandeling, de bijzondere deskundigheid of ondeskundigheid van partijen en de mogelijkheid van nader onderzoek naar de wil van de verklarende partij. Deze omstandigheden moeten onder meer worden beschouwd in het licht van de bepaling omtrent goede trouw, artikel 3:11 BW.⁶³ Goede trouw ontbreekt niet alleen indien de wederpartij op de hoogte was van de discrepantie tussen wil en verklaring van de verklarende, maar ook indien hij in de gegeven omstandigheden op de hoogte *had behoren* te zijn. Indien er aanleiding voor is, kan dit met zich meebrengen dat op de wederpartij een onderzoeksplicht rust. Artikel 3:11 BW stelt voorts dat de onmogelijkheid van onderzoek niet belet dat degene die goede reden tot twijfel had, wordt aangemerkt als iemand die de feiten behoorde te kennen. De omstandigheid van de bijzondere deskundigheid of ondeskundigheid van partijen, wordt ook aangestipt in de parlementaire geschiedenis:

rechtvaardigt toerekening van gerechtvaardigd vertrouwen en is dus een nodige (maar niet steeds voldoende) voorwaarde voor vertrouwensbescherming'. Zie ook MvA II PG Boek 3 1981, p. 175: 'Het spreekt vanzelf dat dit artikel er niet toe mag strekken, dat iemand gebonden zou kunnen worden geacht aan de schijn als zou hij een verklaring hebben gedaan, terwijl die schijn niet door zijn eigen verklaring of gedraging is opgewekt'.

60 Dat is niet anders indien een geautomatiseerd systeem door een geautomatiseerd systeem in gebruik wordt genomen. Uiteindelijk is er namelijk sprake van een geautomatiseerd systeem dat door een natuurlijk persoon in gebruik is genomen.

61 Hijma, 'Rechtshandelingen', artikel 3:35, aantekening 2 b), in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk 1998, *Burgerlijk Wetboek. Tekst en commentaar*, p. 1121-1155.

62 Vgl. Van Esch 1999a, p. 60.

63 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 134.

‘De rechter zal zich bij toepassing van het onderhavige artikel (...) rekening kunnen houden zowel met eventuele bijzondere deskundigheid van degene die het inroept, als met een bijzonder gebrek aan inzicht van deze, dit laatste met name wanneer de wederpartij met de eigenschappen of omstandigheden waaruit dit gebrek aan inzicht voortvloeide bekend was.’⁶⁴

Naast bovenstaande omstandigheden kan ook het door de partijen te lijden *nadeel* relevant zijn. Degene die meent dat jegens hem een verklaring met een bepaalde strekking wordt afgelegd, dient zich eerder af te vragen of zijn voorstelling overeenstemt met de bedoelingen van de ander naarmate de verklaring meer in zijn eigen voordeel en ten nadele van de ander schijnt te strekken. De onderzoeksplicht die artikel 3:11 BW met zich mee kan brengen, kan voorkómen dat iemand een ander kan houden aan een verklaring waaruit onbedoeld voor hem onevenredig grote voordelen zouden voortvloeien.⁶⁵

Het derde vereiste van artikel 3:35 BW kan worden geïllustreerd aan de hand van de hierna uitgebreider te behandelen uitspraak inzake Pot/Van Schie. De feiten betreffen het volgende. Van Schie biedt de door hem en zijn vrouw bewoonde woning te koop aan op de internetveiling Ricardo. Op 9 september 2001 is de woning op de website van Ricardo ter veiling aangeboden. In de beschrijvende tekst wordt een bedrag van f 645.000,- genoemd. Van Schie laat echter na een door hem gewenste minimumprijs in te voeren. Hierdoor is het mogelijk dat na afloop van de veiling een prijs van f 325.325,- tot stand komt. Het winnende bod is uitgebracht door Pot. De door Van Schie uit handen gegeven handelingen houden in dat het veilingssysteem voor hem de woning publiekelijk ter veiling aanbiedt. De foutief ingevoerde parameters maken het echter mogelijk dat er een lagere prijs tot stand is gekomen dan door van Schie gewenst is. De oorzaak is het ontbreken van een ‘uitgerekte’ handelingswil: kennelijk per abuis heeft Van Schie verzuimd een correcte startprijs of minimumprijs in te voeren. Hierdoor heeft het systeem handelingen verricht die door Van Schie niet gewenst zijn. Het is nu de vraag of Van Schie op grond van de vertrouwensleer gebonden is aan de handelingen van het systeem. Wil van gebondenheid sprake zijn, dan dient Pot gerechtvaardigd te hebben vertrouwd op de handelingen van het systeem. Al meteen rijst dan de vraag of Pot zich er niet van had moeten vergewissen of Van Schie daadwerkelijk zijn woning voor zo’n lage prijs wilde verkopen. De door de internetveiling totstandgekomen prijs is immers extreem laag voor een woning zoals genoemd in de begeleidende beschrijving. Een zeer lage prijs is wellicht niet ongebruikelijk indien zich bijzondere omstandigheden voordoen. Het huis zou bijvoorbeeld bepaalde gebreken kunnen hebben of Van Schie zou snel van de woning af kunnen willen. Zonder zulke nadere omstandigheden is er reden om eraan te twijfelen of Pot wel te goeder trouw handelde. Hierbij speelt ook een rol

64 MvA II PG Boek 3 1981, p. 175.

65 MvA II PG Boek 3 1981, p. 177.

dat de begeleidende beschrijving een prijs noemt van f 645.000,-. Hieruit zou Pot ook kunnen afleiden dat de uiteindelijk tot stand gekomen prijs niet gewild was door Van Schie.

Van Esch heeft zich uitgelaten over de vraag wanneer er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen wanneer er gebruik wordt gemaakt van een EDI-systeem om verklaringen te ontvangen. Hij stelt dat in dat geval er van uit dient te worden gegaan dat de geadresseerde zelf, zonder tussenkomst van zijn EDI-systeem de verklaring zou hebben verwerkt. Als voorbeeld noemt hij de situatie dat iemand door een fout een elektronische order plaatst voor de koop van 100.000 effecten. De gebruiker van het ontvangende EDI-systeem, de effectenbemiddelaar, behoort echter te weten dat de betreffende klant normaliter slechts kleine orders plaatst. Het zelfhandelende EDI-systeem van de effectenbemiddelaar is echter niet zo geprogrammeerd dat het de fout ontdekt. Zou de redenering van Van Esch niet worden gevolgd, dan zou volgens hem een beroep op artikel 3:35 BW voor de gebruiker van het EDI-systeem niet mogelijk zijn.⁶⁶ De fictie die Van Esch hier introduceert, is naar mijn mening overbodig. De vraag of er geldig een overeenkomst tot stand is gekomen, kan namelijk blijken uit een reconstructie *achteraf*. Pas na verloop van tijd zal de wederpartij de ander erop wijzen dat er een verklaring is afgelegd terwijl de verklaring niet gewild is. Bij de reconstructie achteraf zal inderdaad aan de orde komen of de gebruiker van het EDI-systeem op de betreffende verklaring mag vertrouwen. Deze situatie verschilt in feit niet van de situatie dat een onjuiste verklaring per brief wordt overgedragen: de brief beland in de brievenbus van de geadresseerde, deze leest de brief wellicht een week later, nóg later zou de verzender er op kunnen wijzen dat er sprake is van de wilsonbreken. Ook dan wordt achteraf gereconstrueerd of de geadresseerde op de juistheid van de verklaring mag vertrouwen. De vraag naar de mogelijkheid van een succesvol beroep op artikel 3:35 BW moet overigens uiteraard worden onderscheiden van de vraag naar het moment van werking van een verklaring. In het laatstgenoemde voorbeeld heeft de brief werking op het moment dat hij de geadresseerde bereikt, artikel 3:37 lid 3 BW.⁶⁷

Naar mijn mening kan concluderend worden gesteld dat de vertrouwensleer zoals vervat in artikel 3:35 BW zonder problemen worden toegepast in situaties waarin gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde systemen.

5.2 WILSGEBREKEN

Wanneer een rechtshandeling wordt verricht onder invloed van een wilsgebrek dan is deze rechtshandeling vernietigbaar. Er is sprake van een wilsgebrek bij het verrichten van een rechtshandeling als wil en verklaring wél met elkaar

⁶⁶ Van Esch 1999a, p. 61-65.

⁶⁷ Zie hoofdstuk 9.

overeenstemmen maar de wil op gebrekkige wijze is gevormd. Ons Burgerlijk Wetboek kent vier wilsgebreken: bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling. De regelingen van de eerste drie wilsgebreken zijn geplaatst in titel 2 van boek 3 over rechtshandelingen. Dwaling is geregeld in afdeling 2, titel 5 boek 6 betreffende de totstandkoming van overeenkomsten. Bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden zien dan ook op rechtshandelingen in het algemeen. Dwaling daarentegen ziet in eerste instantie op (obligatoire) overeenkomsten. Op grond van de schakelbepaling van artikel 6:216 BW kan de regeling van dwaling echter ook betrekking hebben op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen.

De rol van de wilsgebreken in situaties waarin geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan, is in de Nederlandse juridische literatuur alleen aan de orde gesteld door Van Esch. Hij richt zich voornamelijk op de inzet van EDI-systemen.⁶⁸

5.2.1 Bedreiging

Bedreiging is de handelwijze waarbij iemand zodanige vrees voor mogelijk nadeel wordt ingeboezemd dat hij daardoor wordt bewogen een rechtshandeling te verrichten om zo dit nadeel af te wenden.⁶⁹ Een rechtshandeling is vernietigbaar op grond van bedreiging wanneer degene die de rechtshandeling hiertoe wordt bewogen doordat hij of een derde 'onrechtmatig met enig nadeel in persoon of goed wordt bedreigd'. Deze bedreiging moet zodanig zijn dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed, artikel 3:44 lid 2 BW. De bedreiging kan worden uitgevoerd met een *geoorloofd* of met een *ongeoorloofd middel*.⁷⁰ Het gebruik van een ongeoorloofd middel levert altijd bedreiging op. Het gebruik van een geoorloofd middel is alleen te kwalificeren als bedreiging wanneer dit onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW. Een voorbeeld van een ongeoorloofd middel is het dreigen met geweld. Voorbeelden van geoorloofde middelen zijn het dreigen met executie van een vonnis, het dreigen met strafvervolging of het dreigen met wanprestatie. Of deze geoorloofde middelen rechtmatig zijn, hangt af van de vraag of het *doel* dat er mee wordt nagestreefd rechtmatig is.⁷¹ Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat met een geoorloofd middel een prestatie wordt afgedwongen waartoe men niet gerechtigd is. Degene die een beroep doet op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling op grond van dwaling zal aannemelijk moeten maken

68 Van Esch 1999a, p. 77-87.

69 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 257.

70 Van Dam 1998, p. 212-214.

71 Vgl. Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 207.

dat hij de rechtshandeling normaal gesproken niet of niet onder dezelfde voorwaarden verricht zou hebben.⁷²

Een gebruiker van een geautomatiseerd systeem kan middels bedreiging worden bewogen een bericht op te maken en te verzenden. Voorts zou iemand door bedreiging kunnen worden gedwongen een geautomatiseerd systeem in gebruik te nemen of in gebruik te houden. Van Esch noemt als voorbeeld een ondernemer die onder bedreiging van een misdaadorganisatie een zelfhandelend EDI-systeem in gebruik neemt dat wekelijks een bestelling voor een bepaalde hoeveelheid goederen naar deze organisatie verzendt. Van Esch stelt terecht dat dan de algemene wil van de ondernemer gebrekkig is gevormd en dat de verrichte rechtshandeling vernietigbaar is.⁷³ De regeling van bedreiging is echter niet typerend voor het gebruik van geautomatiseerde systemen. Van Esch geeft wel een voorbeeld van een situatie waarin een EDI-systeem wordt gebruikt, maar de casus zou qua wilsgebrek niet anders zijn indien de bedreigde persoon niet een EDI-systeem zou gebruiken om bestelling te plaatsen maar bijvoorbeeld een telefoon of zelfs de bestelling in persoon zou overbrengen.

5.2.2 Bedrog

Bedrog is de misleidende handelwijze van een partij waarmee wordt beoogd de wederpartij in dwaling te brengen en daardoor tot het aangaan van een overeenkomst te bewegen. De 'dwaling' hoeft in dit verband niet te voldoen aan de vereisten van artikel 6:228 BW.⁷⁴ Het BW omschrijft bedrog als het bewegen van een ander tot het verrichten van een rechtshandeling door:

- een opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling;
- het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen;
- of door een andere kunstgreep.⁷⁵

De regeling van bedrog brengt niet mee dat elke onwaarheid als bedrog moet worden gekwalificeerd. De wet stelt zelf immers al dat aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, geen bedrog opleveren. Er is alleen sprake van bedrog als de gebezigde onwaarheid als maatschappelijk onbehoorlijk moet worden beschouwd en van zó ernstige aard is dat volgens de verkeersopvattingen de wederpartij daarop mocht vertrouwen. Voor een geslaagd beroep op bedrog dient aannemelijk gemaakt te worden dat de wederpartij

72 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 260.

73 Van Esch 1999a, p. 77-78.

74 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 250 e.v.

75 Artikel 3:44 lid 3 BW.

zonder het bedrog de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben aangegaan.⁷⁶

Van Esch noemt als voorbeeld van bedrog in een EDI-situatie het geven van een elektronische opdracht tot vervoer van goederen onder opgave van een valse naam en een vals adres.⁷⁷ Bedrog zou zich ook kunnen voordoen indien bij een online winkel die via een website functioneert, een bestelling wordt geplaatst waarbij opzettelijke onjuiste gegevens worden ingevoerd. Een verkoper kan zo bewogen worden producten te leveren zonder dat de afnemer voornemens is daarvoor te betalen.

Voorts kan bij gebrek aan Nederlandse jurisprudentie ter illustratie worden gewezen op een Duitse uitspraak van het *Amtsgericht* (AG) Kehl⁷⁸ betreffende een geval van *arglistige Täuschung*, dit is de Duitse pendant van bedrog.⁷⁹ *Arglistige Täuschung* is geregeld in § 123 Abs. 1 BGB:

‘Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.’

Op grond van deze bepaling kan degene die een rechtshandeling verricht, deze aantasten indien hij daartoe is bewogen door *Täuschung* (bedrog). *Täuschung* kan geschieden door een doen (geven van misleidende informatie) of een nalaten (het achterhouden van informatie).⁸⁰

De zaak betrof de verkoop van een mobiele telefoon, een Nokia 3310, op een internetveiling. In november 2002 heeft de verkoper de telefoon van een vriend cadeau gekregen. Van 24 januari 2003 tot en met 27 januari 2003 bood de verkoper de telefoon te koop aan op een internetveiling. De bijgevoegde beschrijving luidde als volgt:

‘** N 3310 Display Defekt!?’ Beschreibung Wie Sie auf dem Bild gut erkennen, ist das Display zum Teil ausgelaufen. Das Handy lässt sich einschalten, Display-Beleuchtung geht an und der Tastenton ist zu hören. Da ich aber weitere Defekte nicht ausschließen kann, weil man ja auf dem Display nichts sieht, versteigere ich es als defekt ohne Garantie und unter Ausschluss einer Rücknahme. Mit Ihrem Gebot akzeptieren Sie meine Versteigerungsrichtlinien. Wird mit Akku ohne Ladegerät versteigert. Versandkosten als versichertes Paket der Post 8€ pauschal. Keine Nachnahme. Nur Vorkasse.’

76 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 253.

77 Van Esch 1999a, p. 79.

78 AG Kehl 16.09.2003, 4 C 290/03, JurPC Web-Dok. 267/2003. Deze uitspraak wordt niet behandeld in hoofdstuk 6 omdat daar jurisprudentie wordt behandeld waarin de juridische onderbouwing van de *automatisierte Willenserklärung*, de *elektronische Willenserklärung* en de *Computererklärung* aan de orde is. Wilsgebreken – en dus ook deze uitspraak – komen niet aan de orde.

79 Smits 1995, p. 80-83.

80 Palandt/Heinrichs 2007, § 123, Rn. 1-14.

Via de internetveiling is een prijs tot stand gekomen van € 41,50. De koper heeft het bedrag overgemaakt naar de verkoper en heeft het apparaat ontvangen. Na ontvangst stelde de koper vast dat op onvakkundige wijze aan de printplaat van het mobieltje was gesoldeerd met als gevolg dat het toestel onherstelbaar vernield is en – tegen diens verwachting in – noch gerepareerd, noch te gelde gemaakt kon worden.

Volgens het AG is er sprake van *arglistige Täuschung* en heeft de koper de overeenkomst geldig vernietigd (*angefochten*). Doorslaggevend acht het AG dat de verkoper er niet op heeft gewezen dat hij het mobieltje van een ander heeft verkregen. Volgens het AG is het aantal voormalige eigenaren namelijk van wezenlijk belang voor het maken van de beslissing tot aankoop over te gaan. Het AG laat hier ook meewegen dat de verkoper op grond van de algemene voorwaarden van de uitbater van de website zijn aanbod juist en volledig diende te omschrijven.

Deze casus zou zich uiteraard ook naar Nederlands recht kunnen voordoen. In dat geval zou sprake kunnen zijn van bedrog. Naar mijn mening zou dit echter beter gebaseerd kunnen worden op het achterhouden van de feiten met betrekking tot het solderen, waardoor het mobieltje onherstelbaar is vernield, dan door het achterhouden van informatie inzake de vorige eigenaar. Doorslaggevend is naar mijn mening dat door het bedrog de koper wordt bewogen een waardeloos object te kopen. Dat het toestel meerdere eigenaren heeft gehad zou daarmee kunnen samenhangen, maar is niet de reden dat het apparaat waardeloos is geworden.

5.2.3 Misbruik van omstandigheden

Van misbruik van omstandigheden is sprake wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hij weet of moet begrijpen dat hij hem daarvan zou behoren te weerhouden, artikel 3:44 lid 4 BW. Het wetsartikel noemt de volgende voorbeelden van bijzondere omstandigheden: noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand en onervarenheid. Deze voorbeelden kunnen worden ondergebracht in twee, niet steeds scherp te scheiden categorieën. In de eerste plaats gaat het om omstandigheden waarin iemand op de hulp of medewerking van een ander is aangewezen om uit een benarde positie bevrijd te worden. Het gaat dan om noodtoestand en aanverwante situaties. De tweede categorie betreft gevallen waarin iemand door geestelijke of psychische factoren niet bij machte is zijn zakelijke belangen te overzien of naar behoren te behartigen en door een wederpartij die in een positie van geestelijk overwicht verkeert tot een voor hem nadelige overeenkomst worden bewogen, terwijl hij anders in het geheel niet of in elk geval niet op de bedongen voorwaarden gecontracteerd zou hebben. De tweede

categorie betreft onder meer de abnormale geestestoestand en onervarenheid of afhankelijkheid.⁸¹ Tevens moet er sprake zijn van een causaal verband tussen de omstandigheden waarin het slachtoffer zich bevindt en het sluiten van de overeenkomst⁸² en dient er sprake te zijn van *misbruik*. Van misbruik is sprake indien de wederpartij op de hoogte is van de benarde positie van het slachtoffer en toch de overeenkomst aangaat hoewel zij vanwege de voor haar kenbare nadelige gevolgen voor het slachtoffer daarvan had moeten afzien.⁸³

Van Esch geeft een voorbeeld van een leverancier, wetende van de precaire financiële situatie van zijn afnemer, de afnemer dwingt om door middel van een zelfhandelend EDI-systeem periodiek goederen bij hem te bestellen tegen een exorbitante prijs.⁸⁴ Dit voorbeeld lijkt wat minder gelukkig gekozen. Waarom zou een afnemer die er financieel niet goed voorstaat, tegen een exorbitante prijs goederen afnemen? In principe is er echter een situatie denkbaar waarin een afnemer in financiële nood verkeert. Een toeleverancier met bijvoorbeeld een economische machtpositie zou deze situatie kunnen misbruiken door de afnemer een voor hem uiteindelijk ongunstige overeenkomst aan te gaan, in ruil voor verlichting van diens financiële nood.⁸⁵ Dit zou misbruik van omstandigheden met zich kunnen meebrengen. De afnemer zou vervolgens met behulp van een geautomatiseerd systeem bestellingen kunnen plaatsen bij de leverancier. Net zoals bij bedreiging is het gebruik van een geautomatiseerd systeem echter niet typerend voor dit wilsgebrek. De bestellingen kunnen immers ook mondeling, schriftelijk of anderszins geplaatst worden.

5.2.4 Dwaling

Artikel 6:228 BW bepaalt wanneer een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling, vernietigbaar is. Onder *dwaling* wordt verstaan het ontbreken van een juiste voorstelling van zaken. Daar valt ook onder het niet weten van bepaalde feiten of omstandigheden en het hebben van een onjuiste voorstelling daaromtrent.⁸⁶ Van de 'gewone' dwaling moet worden onderscheiden de *oneigenlijke dwaling*.⁸⁷ Bij oneigenlijke dwaling komt er ten gevolge van een vergissing of een misverstand geen wilsovereenstemming tot stand en is de verklarende partij zich niet bewust van de discrepantie tussen wil en verklaring. Er is dan bijvoorbeeld sprake van een verspreking van een

81 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 261

82 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 266.

83 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 267.

84 Van Esch 1999a, p. 80.

85 Vgl. HR 2 november 1979, NJ 1980, 429 (m.nt. CJHB; *Brandwijk/Brandwijk*); Hof Amsterdam 3 januari 1969, NJ 1970, 89 (*Budie/De Drie Hoefijzers*).

86 Van Dam 1998, p. 185.

87 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 218 e.v.

typefout. Bij ('eigenlijke') dwaling komen wil en verklaring van beide partijen met elkaar overeen, maar gaat (tenminste) één van de partijen uit van een verkeerde voorstelling van zaken omtrent een eigenschap of hoedanigheid van een zaak of van de persoon van de wederpartij, of omtrent enigerlei andere omstandigheid die bij het aangaan van de overeenkomst voor haar van belang was. Als algemene regel geldt dat een dwaling op zich geen invloed heeft op de geldigheid van een overeenkomst.⁸⁸ Er zullen zich naast de dwaling omstandigheden moeten voordoen op grond waarvan de overeenkomst aangetast kan worden. Artikel 6:228 noemt de volgende situaties waarin een overeenkomst vanwege dwaling vernietigbaar is:

- a. de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten;
- b. de wederpartij had de dwalende behoren in te lichten in verband met hetgeen zij wist of behoorde te weten omtrent de dwaling;
- c. de wederpartij is bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende uitgegaan, tenzij de wederpartij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had hoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.

In alle gevallen dient er overigens een causaal verband te bestaan tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst.⁸⁹ Bovendien moet dit causale verband kenbaar zijn voor de wederpartij, dit is het *kenbaarheidvereiste*. Dit betekent niet dat de *dwaling* voor de wederpartij kenbaar moet zijn geweest, maar dat de wederpartij begrepen dient te hebben dat het aanwezig zijn van een bepaalde eigenschap van essentiële betekenis was voor de totstandkoming van de overeenkomst.⁹⁰ Tot slot dient er nog te worden gewezen op lid 2 van artikel 6:228 BW. Volgens dit lid kan een vernietiging niet worden gegrond op een uitsluitend toekomstige omstandigheid. Met andere woorden: de dwaling moet betrekking hebben op feiten die zich voordoen op het moment dat de overeenkomst wordt aangegaan. De Hoge Raad heeft in het arrest Booy/Wisman⁹¹ uitgemaakt dat toekomstverwachtingen die gebaseerd zijn op reeds bestaande eigenschappen, geen toekomstige omstandigheden zijn. Deze zaak betreft de koop van een kraan door Wisman van Booy. Voorafgaand aan de koop deelt Wisman mee dat hij een zelfrijdende kraan met kentekenbewijs nodig heeft. Booy antwoordt hierop dat voor de aangeboden kraan zeker een kentekenbewijs verstrekt zal worden omdat dat in andere gevallen reeds gebeurd is. Na de koop wordt het kentekenbewijs echter

88 TM PG Boek 6 1981, p. 900.

89 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 222.

90 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 227.

91 HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman).

geweigerd: de kraan is namelijk te zwaar. Volgens de Hoge Raad is hier sprake van een dwaling omtrent omstandigheden die aanwezig waren ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en niet van een dwaling in de toekomstverwachting. Daarnaast kan volgens artikel 6:228 lid 2 BW ook geen beroep worden gedaan op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. De dwalende had bijvoorbeeld in een specifiek geval wellicht de dwaling kunnen voorkomen door middel van een zelfstandig onderzoek.⁹²

Bij de preliminaire vraag of er überhaupt een verkeerde voorstelling van zaken aanwezig is, doet zich volgens Van Esch de vraag voor, indien degene die zich op dwaling beroept gebruik maakt van een zelfhandelend EDI-systeem, of het gaat om de voorstelling van zaken die hij zich met behulp van zijn EDI-systeem heeft gemaakt, of om de voorstelling van zaken die hij gehad zou hebben indien hij geen gebruik gemaakt zou hebben van een zelfhandelend EDI-systeem. Van Esch neemt als voorbeeld een computerzaak die middels een zelfhandelend EDI-systeem een bestelling plaatst voor 1000 PC's. De productinformatie stelt dat de betreffende PC's zijn geassembleerd in Oost Europa, maar het EDI-systeem is zodanig ingericht dat het daarmee geen rekening kan houden. De gebruiker van het EDI-systeem zou echter nooit de bestelling hebben geplaatst indien hij op de hoogte was van het feit dat het Oost-Europese PC's betreft. Volgens Van Esch dient in dit geval te worden gekeken naar de voorstelling van zaken die de gebruiker gehad zou hebben indien hij zelf geconfronteerd wordt met de feiten die worden gepresenteerd aan zijn EDI-systeem. Anders zou volgens Van Esch de consequentie zijn dat een beroep op dwaling niet mogelijk is omdat er geen sprake zou zijn van een verkeerde voorstelling van zaken.⁹³

Het onderscheid dat Van Esch maakt, komt mij kunstmatig voor. Doorslaggevend is of een contractspartij de overeenkomst is aangegaan onder een verkeerde voorstelling van zaken (dwaling). De dwaling kan te wijten zijn aan diverse omstandigheden. Het heeft in dat licht naar mijn mening geen zin om de fictie te introduceren dat de gebruiker van een geautomatiseerd systeem niet via zijn systeem handelt, maar dat zelf doet. Ook indien niet wordt gedaan alsof het systeem niet betrokken was bij het plaatsen van een bestelling, kan de gebruiker in dwaling verkeren.

De vervolgvraag, of er sprake is van een dwaling die is te wijten aan een inlichting van de wederpartij, een dwaling die is te wijten aan het zwijgen van de wederpartij terwijl de wederpartij de dwalende had behoren in te lichten of een wederzijdse dwaling, hoeft naar mijn mening geen bijzondere problemen op te leveren indien één of meerder geautomatiseerde systemen

92 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 242.

93 Van Esch 1999a, p. 82-83. Van Esch voert dit onderscheid door bij de behandeling van de drie dwalingscategorieën van artikel 6:228 lid 1 sub a, b en c.

worden ingezet om een overeenkomst aan te gaan. Alle drie de situaties kunnen zich voordoen indien wordt gecommuniceerd middels geautomatiseerde systemen. Hierboven is inzake bedrog een Duitse uitspraak aangehaald betreffende een casus waarin het achterhouden van informatie op een internetveiling leidde tot de aanwezigheid van bedrog (*arglistige Täuschung*). Op een vergelijkbare manier kan het verstrekken van onjuiste informatie of het achterhouden van informatie ingeval van een internetveiling leiden tot dwaling. Met betrekking tot EDI-systemen merkt Van Esch terecht op dat de wederpartij die onjuiste informatie verschaft middels een EDI-bericht, een beroep op dwaling niet snel zal kunnen pareren met de stelling dat hij niet wist, noch behoorde te weten dat de onjuiste informatie een eigenschap betreft die voor de dwalende van essentiële betekenis is. De reden daarvoor is dat middels EDI op een gestandaardiseerde manier informatie wordt uitgewisseld. EDI-berichten bevatten daarom meestal slechts essentiële informatie. Het is immers niet zinvol om EDI-systemen overbodige informatie uit te laten wisselen.⁹⁴

5.2.5 Paragraafconclusie: wilsgebreken en geautomatiseerde systemen

Bij de wilsgebreken bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden doen zich geen bijzondere problemen voor indien geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan. De voorbeelden die Van Esch noemt, betreffen namelijk gevallen die niet typerend zijn voor het gebruik van geautomatiseerde systemen. Iemand bedreigen om met behulp van een geautomatiseerd systeem een bepaalde verklaring af te leggen, verschilt hier niet principieel van de situatie waarin iemand wordt bedreigd om mondeling een verklaring af te leggen. Hetzelfde kan worden gezegd over bedrog en misbruik van omstandigheden. Ingeval van dwaling is het niet nodig, zoals Van Esch bepleit, een onderscheid te maken tussen de voorstelling van zaken die een gebruiker van een zelfhandelend systeem zich met behulp van zijn systeem heeft gemaakt, of om de voorstelling van zaken die hij gehad zou hebben indien hij geen gebruik gemaakt zou hebben van een zelfhandelend systeem.

5.3 DE WIJZE VAN TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMST

5.3.1 Aanbod en aanvaarding

Wil er sprake zijn van een overeenkomst in de zin van een meerzijdige, verbintenisscheppende rechtshandeling, dan dienen er twee eenzijdige rechtshandelingen te worden verricht: een aanbod en een aanvaarding. Aanbod en aanvaar-

94 Van Esch 1999a, p. 84-85.

ding moeten overeenstemmen: de wet spreekt van “een aanbod en de aanvaarding *daarvan*”.⁹⁵ Het afleggen van deze overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het scheppen van verbintenissen, doen de overeenkomst ontstaan. Een discrepantie tussen wil en verklaring daargelaten, komt de overeenkomst dan ook tot stand door *wilsovereenstemming*.⁹⁶

De artikelen in afdeling 6.5.2 BW regelen de totstandkoming van de overeenkomst. Deze artikelen zijn een aanvulling op de algemene regels in boek 3 BW over rechtshandeling.⁹⁷ De hoofdregel is dat aanbod en aanvaarding, indien zij overeenstemmen, ‘versmelten’ tot de overeenkomst, in de betekenis van meerzijdige rechtshandeling.⁹⁸ Het model van aanbod en aanvaarding is een vereenvoudigde weergave van de werkelijkheid maar functioneert goed in de meeste gevallen.⁹⁹

Het BW geeft geen definities van de termen aanbod en aanvaarding. Voor de betekenis van deze begrippen kan echter worden gewezen op de omschrijvingen uit het Weens Koopverdrag (CISG).¹⁰⁰ De bepalingen van de CISG komen namelijk grotendeels overeen met die van de Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken (LUF).¹⁰¹ Het LUF is inmiddels niet meer van kracht maar is wel van invloed geweest op de totstandkoming van afdeling 6.5.2 BW. Volgens de wetgever was het namelijk niet wenselijk tussen het LUF en afdeling 6.5.2 BW willekeurige verschillen te laten bestaan.¹⁰² Artikel 14 CISG geeft de volgende definitie van een aanbod:

‘Een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst, gericht tot één of meer bepaalde personen vormt een aanbod, indien het voldoende bepaald is en daaruit blijkt van de wil van de aanbieder om in geval van aanvaarding gebonden te zijn. Een voorstel is voldoende bepaald, indien daarin de zaken worden aangeduid en de hoeveelheid en de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend worden vastgesteld of bepaalbaar zijn.’

95 Artikel 6:217 lid 1 BW.

96 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 119.

97 MvA II PG Boek 6 1981, p. 877.

98 Asser/Hijma 5-I 2001, nr. 162.

99 Valk 1998, p. 59.

100 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen 10 april 1980, *Trb.* 1986, 61.

101 *Stb.* 1971, 781.

102 MvA II PG Boek 6 1981, p. 880.

Hartkamp & Sieburg en de CISG noemen twee vereisten waar een aanbod aan moet voldoen: een aanbod dient gericht te zijn tot een wederpartij en dient voldoende bepaald te zijn.¹⁰³

Dat een aanbod *gericht moet zijn tot een wederpartij* ligt voor de hand. Een aanbod is immers een eenzijdige gerichte rechtshandeling. In beginsel is voor het intreden van het gewenste rechtsgevolg van een gerichte rechtshandeling vereist dat de betreffende verklaring de wederpartij heeft bereikt, zoals neergelegd in artikel 3:37 lid 3 BW.¹⁰⁴ Wanneer het aanbod niet gericht is tot één of meer bepaalde personen spreekt men van een openbaar aanbod. Een aanbod kan worden gericht tot een groep van personen of het publiek in het algemeen via bijvoorbeeld advertenties en reclameborden.¹⁰⁵

Het vereiste dat het aanbod *voldoende bepaald* dient te zijn is in het BW terug te vinden in artikel 6:227 BW: de verbintenissen die partijen op zich nemen, moeten bepaalbaar zijn. Het CISG, dat betrekking heeft op koopovereenkomsten, bepaalt daartoe dat de aangeboden zaken moeten worden aangeduid en de hoeveelheid en de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend worden vastgesteld of bepaalbaar zijn. Met betrekking tot de bepaalbaarheid van de prijs stelt artikel 7:4 BW dat indien er geen prijs is vastgesteld, de koper een redelijke prijs verschuldigd is. Bij de bepaling van die prijs wordt rekening gehouden met de door de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen.

Van het aanbod moet worden onderscheiden de (meer of minder publiek gerichte) uitnodiging om een aanbod te doen of om in onderhandeling te treden. De Hoge Raad heeft zich in het arrest Hofland/Hennis¹⁰⁶ uitgelaten over de betekenis van een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs wordt aangeboden. Het betrof de volgende feiten. Hofland heeft makelaarskantoor Nienaber opdracht gegeven een woning te verkopen. De woning is vermeld in de Centrale Woninggids. In de gids stond de volgende beschrijving:

‘Bussum, Elizabethgaarde, f215.000,-, hoekhuis met garage, schuur, gas c.v., woon-eetkamer, keuken, kelder waarin hobbyruimte, provisiekelder; boven: 3 kamers, badkamer, apart toilet, zolder met kamer.’

In het arrest is de vraag aan de orde gekomen of deze vermelding, als advertentie in de woninggids, als een bindend aanbod gezien kan worden. Volgens de Hoge Raad moet vooropgesteld worden:

103 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 163-164. Het vereiste van art. 14 CISG dat de wil van de aanbieder om in geval van aanvaarding gebonden te zijn, tot uiting moet komen, laat ik hier buiten beschouwing. Deze eigenschap blijkt immers reeds uit het feit dat een aanbod als een rechtshandeling gekwalificeerd kan worden.

104 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 99.

105 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 169.

106 HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 m.nt. CJHB (Hofland/Hennis).

‘[...] dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.’

De Hoge Raad zou hier de mening toegedaan kunnen zijn dat er sprake is van onvoldoende bepaalbaarheid om spreken van een aanbod. De persoon van de koper is immers onbepaald.

Met het uitbrengen van een aanvaarding wordt het aanbod geaccepteerd. Artikel 18 lid 1 CISG definieert ‘aanvaarding’ als volgt:

‘Een verklaring afgelegd door, of een andere gedraging van de wederpartij, waaruit blijkt van instemming met een aanbod, is een aanvaarding. Stilzwijgen of niet reageren geldt op zichzelf niet als aanvaarding.’

De aanvaarding dient aan te sluiten bij het aanbod. Het CISG spreekt van “instemming met”, het BW van “aanvaarding *daarvan*”, artikel 6:217 lid 1 BW. Wanneer de aanvaarding niet aansluit bij het aanbod, dan kan de aanvaarding gelden als een nieuw aanbod en als verwerping van het oorspronkelijke aanbod, artikel 6:225 lid 1 BW.

Uit de aard van de aanvaarding vloeit voort dat zij *gericht is* tot de wederpartij. Het Ontwerp-Meijers bevatte een bepaling volgens welke de verklaring, houdende de aanvaarding van een aanbod, dient te worden gericht tot de aanbieder, tenzij uit overeenkomst of gewoonte of het aanbod zelf iets anders voortvloeit.¹⁰⁷ Dit artikel is geschrapt omdat hier geen uitdrukkelijke wettelijke bepaling voor nodig is.¹⁰⁸

Aanbod en aanvaarding hoeven niet per se in twee duidelijk identificeerbare verklaringen te zijn vervat. De Hoge Raad heeft zich hierover uitgelaten.¹⁰⁹ Het Hof was in deze zaak tot een bepaalde bewijswaardering gekomen omdat de verklaringen van de betrokken getuigen niet refereerden aan “uitdrukkelijke of concrete bewoordingen van partijen waarmee deze hun overeenstemmende wil jegens elkaar hebben verklaard.” In cassatie stelde de Hoge Raad dat:

‘[h]et antwoord op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, afhankelijk [is] van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden. Aanbod en aanvaarding hoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden; zij kunnen in

107 OM PG Boek 6 1981, p. 889.

108 MvA II PG Boek 6 1981, p. 890.

109 HR 21 december 2001, NJ 2002/60.

elke vorm geschieden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen (zie art. 3:35 in verband met art. 3:33 en art. 3:37 lid 1 BW).¹¹⁰

Aanbod en aanvaarding kunnen derhalve aan de hand van de wilsvertrouwensleer (artikel 3:33 en 3:35 BW) worden ‘gedestilleerd’ uit het geheel van de verklaringen die partijen jegens elkaar afleggen en de gedragingen die partijen jegens elkaar vertonen; er hoeft niet één aanwijsbare verklaring te zijn die alle kenmerken van een aanbod, dan wel een aanvaarding vertoont.

5.3.2 De uitwisseling van aanbod en aanvaarding middels geautomatiseerde systemen

In beginsel kunnen verklaringen houdende een aanbod of een aanvaarding probleemloos met behulp van geautomatiseerde systemen worden afgelegd. Verklaringen kunnen immers in iedere vorm geschieden en kunnen in één of meer gedragingen besloten liggen, tenzij er expliciet een vormvereiste wordt gestel.¹¹¹ Voorts kunnen met behulp van een geautomatiseerd systeem afgelegde verklaringen gelden als rechtshandeling van de gebruiker van dat systeem.¹¹²

De *gerichtheid* van het aanbod en de aanvaarding houden in dat zij werking hebben zodra zij de geadresseerde hebben *bereikt*. De betekenis van *bereiken* in artikel 3:37 lid 3 BW komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 9.

Meijers maakt in zijn toelichting bij het Nieuw Burgerlijk Wetboek een paar interessante opmerkingen over de vraag of de aanbieder kan bepalen hoe een aanvaarding dient te geschieden.¹¹³ Volgens Meijers kan een aanbieder bijvoorbeeld voorschrijven dat de aanvaarding alleen bij schriftelijke verklaring zal kunnen worden gedaan. De aanbieder is echter niet volledig vrij te bepalen hoe de aanvaarding geschiedt. De aanbieder kan bijvoorbeeld niet eenzijdig bepalen dat het gedurende een bepaalde tijd niet reageren op een aanbod zal gelden als een aanvaarding. Dit brengt met zich mee dat degene die een aanbod doet kan voorschrijven dat aanvaarding dient te geschieden middels een geautomatiseerd systeem. Hij kan bijvoorbeeld stellen dat aanvaarding dient te geschieden per e-mail.

110 R.o. 3.7.

111 Artikel 3:37 lid 1 BW. In hoofdstuk 8 wordt ingegaan op vormvereisten.

112 Zie paragraaf 5.1.

113 TM PG Boek 6 1981, p. 889-890.

5.3.3 Het doen van een aanbod op een website

Een voor de praktijk relevante onderwerp is de vraag wanneer een op een website gedaan voorstel als een aanbod gekwalificeerd kan worden. Hierboven is gewezen op het onderscheid tussen een aanbod en het uitnodigen tot het doen van een aanbod. Hijma wijst in het kader van het doen van een openbaar aanbod op twee categorieën van verklaringen: a) het uitstellen in een winkel-etalage of het plaatsen in een automaat, dat een voortdurend aanbod aan een ieder die dit of een dergelijk artikel wil kopen zal opleveren; en b) bekendmakingen aan het publiek in het algemeen (advertenties, circulaire, reclame en dergelijke), waarbij de aanbieder meer reserves in acht pleegt te nemen. Naar Nederlands recht wordt in grote lijnen van de stelregel uitgegaan dat de gevallen onder a) als aanbod gezien worden en de gevallen onder b) als een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Bijzondere omstandigheden van het geval kunnen echter een ander resultaat opleveren.¹¹⁴

De ratio van de tweedeling zou kunnen zijn dat in de situaties onder b) geen sprake is van voldoende bepaalbaarheid. Zo stelde de Hoge Raad in de hierboven genoemde zaak Hofland/Hennis dat in geval van een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, niet alleen de prijs en eventuele verdere voorwaarden, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn. Naar mijn mening dienen in dit licht ook de oproepen geplaatst op een 'elektronisch prikbord' zoals marktplaats.nl¹¹⁵ in categorie b) te worden ingedeeld. Het betreft daar immers voornamelijk advertenties waarin individueel bepaalde zaken te koop worden aangeboden waarbij het de bedoeling van de aanbieder is dat er nader onderhandeld wordt over de precieze voorwaarden van verkoop. De advertenties op marktplaats.nl kunnen daarom worden gekwalificeerd als uitnodigingen tot het doen van een aanbod.

Het aanbieden van producten op een website kan echter wel als aanbod worden aangemerkt indien er sprake is van een online winkel. Stel een boekhandel biedt online boeken te koop aan. Op de website kan een bestelling worden geplaatst waarna het boek wordt verzonden. Naar mijn mening is dit vergelijkbaar met het inrichten van een etalage of het plaatsen van een automaat. Het gaat immers in beginsel niet om individueel bepaalde zaken (een boekhandel kan vele exemplaren van een boek in voorraad hebben). Bovendien geldt het te koop aanbieden van een boek via de online winkel als een openbaar aanbod aan een ieder, de uitbater van de winkel zal in beginsel niet geïnteresseerd zijn in de persoon van de gegadigde.

114 Asser/Hijma 5-I 2001, nr. 165; zie voorts Blei Weissmann (Verbintenissenrecht III), art. 217, lid 1, aant. 180 ('openbare aanbieding' van goederen en diensten, prijscouranten, prospectussen, circulaire, catalogi), aant. 185 (etaleren geprijsde waren), aant. 186 (plaatsing automaten), aant. 189 (advertenties en dergelijke houdende voorstel tot (ver)koop).

115 Marktplaats.nl wordt beschreven in hoofdstuk 2.

Voorts is het in de praktijk gebruikelijk geworden dat in algemene voorwaarden wordt bepaald hoe een overeenkomst tot stand komt. Het gaat dan overigens niet over het theoretische probleem over de vraag hoe een individuele verklaring van een geautomatiseerd systeem is terug te voeren op de wil van de gebruiker. Het betreft verkopers die on-line, via websites, producten aanbieden. In algemene voorwaarden bepalen zij dan bijvoorbeeld dat er pas een overeenkomst tot stand komt nadat zij een bestelling hebben geaccepteerd.¹¹⁶ De verkoper probeert hiermee uiteraard een slag om de arm te houden. Dat kan vanuit het perspectief van de verkoper nodig zijn om bij een eventueel geschil een extra argument te hebben om te voorkomen dat hij gebonden raakt aan bijvoorbeeld een foutieve prijsvermelding op de website of om te voorkomen dat hij verplicht wordt om goederen te leveren die hij niet meer in voorraad heeft.

Er zijn echter twee redenen om in sommige gevallen te twijfelen aan de juridische levensvatbaarheid van een dergelijk beding.

De eerste reden houdt in dat een dergelijk beding in algemene voorwaarden is opgenomen. Het is de vraag of het wenselijk is om de totstandkoming van een overeenkomst te verbergen in de 'kleine lettertjes'.

De tweede reden is dat het niet ter vrije bepaling aan contractspartijen is gelaten of een aanbod geldig is verricht. Artikel 6:218 BW stelt immers dat een aanbod geldig, nietig of vernietigbaar is overeenkomstig de regels voor meezijdige rechtshandelingen. Artikel 6:217 lid 2 bepaalt in hoeverre kan worden afgeweken van een aantal bepalingen van afdeling 6.5.2. Artikel 6:218 wordt daarbij echter niet genoemd en kan daarom als dwingend recht worden gekwalificeerd. Dit wordt ondersteund door de wetsgeschiedenis:

'Aandacht verdient nog dat het in lid 2 (van artikel 6:217 BW – MBV) niet ook het nieuwe artikel 1a (artikel 6:218 – MBV) is vermeld. Het daar bepaalde behoort niet door het aanbod, een andere rechtshandeling of een gewoonte opzij te kunnen worden gezet.'¹¹⁷

Met andere woorden: het is niet aan contractspartijen onderling om te bepalen of een verklaring of gedraging als aanbod of aanvaarding gekwalificeerd kan worden. Zo zal er sprake zijn van een aanbod als voldaan is aan de vereisten van bepaalbaarheid en gerichtheid. Wil de uitbater van de webwinkel voorkomen dat hij een bindend aanbod doet, zal hij dat dan ook expliciet in zijn verklaring duidelijk moeten maken middels een voorbehoud.

116 Zie bijvoorbeeld artikel 2.2 van de algemene voorwaarden van webwinkel Bol.com: "Een overeenkomst komt slechts tot stand na acceptatie van uw bestelling door bol.com." Dat deze bepaling zeer gebruikelijk is blijkt ook uit het feit dat een vergelijkbare bepaling vaak voorkomt in de modelvoorwaarden van het volgende modellenboekje: C. Drion, K. Stuurman & W. Wefers Bettink, *Internet en e-commerce* (Boom modellen en commentaar), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

117 MvA II PG Boek 6, p. 880.

5.3.4 Aanbod en aanvaarding op een internetveiling

De elektronische veilingen die plaatsvinden via de website van Ricardo zijn veilingen bij opbod: er wordt een product ter veiling aangeboden, vervolgens kunnen de bidders tegen elkaar opbieden. Ook bij een reguliere, niet-elektronische veiling bij opbod rijst de vraag welke gedraging als aanbod en welke als aanvaarding heeft te gelden. Er is geen uitsluitel over de vraag of het aanbieden van een product ter veiling bij opbod moet worden gekwalificeerd als een aanbod, of als een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Als argument om het aanbieden ter veiling te kwalificeren als een uitnodiging tot het doen van een aanbod, wordt aangevoerd dat bij het aanbieden ter veiling geen sprake is van een exacte prijs. Er zou daarom geen sprake zijn van een voldoende bepaalbaarheid van een eventueel aanbod. Als tegenargument wordt aangevoerd dat wel degelijk voldaan is aan het bepaalbaarheidsvereiste omdat de prijsbepaling niet afhankelijk is van de willekeur van de verkoper. Vaak zullen veilingvoorwaarden echter de regel bevatten dat het hoogste, winnende, bod eerst moet worden gegund door de verkopende partij, voordat er een overeenkomst tot stand komt. De afwezigheid van zo'n beding kan worden uitgelegd als een intentie om aan de hoogste bidder gebonden willen zijn.¹¹⁸ Naar mijn mening dient, behoudens een gunningsvoorbehoud, het aanbieden ter veiling als een bindend aanbod te worden gezien. Er komt dan een overeenkomst tot stand doordat het winnende bod als aanvaarding van dat aanbod gezien dient te worden. Het feit dat de prijs nog niet bepaald is, doet daar niet aan af. De reden hiervoor is dat koper en verkoper bewust hebben gekozen voor het systeem van een veiling bij opbod om de prijs te bepalen, dat is de functie van het houden van een veiling bij opbod. Door het aanbieden van een product ter veiling als een uitnodiging tot het doen van een aanbod te kwalificeren, zou het houden van een veiling bij opbod naar mijn mening een zinloze exercitie zijn. Degene die een product ter veiling aanbiedt, zou immers alsnog het winnende bod kunnen weigeren.

5.3.5 Paragraafconclusie

Aanbod en aanvaarding kunnen met behulp van geautomatiseerde systemen worden verricht, zij kunnen immers in beginsel in iedere vorm geschieden en in één of meer gedragingen besloten liggen. Of een op een website geplaatste verklaring als een aanbod gekwalificeerd dient te worden, hangt er voornamelijk van af of de verklaring voldoende bepaald is. Een advertentie op een elektronische prikbord (marktplaats.nl) zal in de regel als een uitnodiging tot het doen van een aanbod gekwalificeerd dienen te worden. Het aanbieden van een product op een website in het kader van een online winkel, geldt in

¹¹⁸ Blei Weissmann (Verbintenissenrecht III), art. 217, lid 1, aant. 194.

de regel als een bindend aanbod. De algemene voorwaarden van een online winkel zullen waarschijnlijk niet kunnen voorschrijven wat als aanbod dan wel als aanvaarding heeft te gelden. Daarvoor zullen de algemene voorwaarden namelijk niet tijdig worden overeengekomen. Voorts staat het niet ter vrije bepaling van contractspartijen of een aanbod geldig is verricht.

5.4 JURISPRUDENTIE

5.4.1 Inleiding

De Nederlandse rechter heeft zich slechts enkele malen uitgelaten over het gebruik van geautomatiseerde systemen bij het aangaan van een overeenkomst. Het betreft de zaken Pot/Van Schie en Stichting Postwanorder/Otto.

5.4.2 Pot/Van Schie

Het gaat in deze zaak¹¹⁹ gaat het om het niet volledig instellen van de parameters van een geautomatiseerd systeem. De heer Van Schie biedt de door hem en zijn vrouw bewoonde woning te koop aan op de internetveiling Ricardo. Op 9 september 2001 is de woning op de website van Ricardo ter veiling aangeboden. Ter beschrijving van de woning wordt de volgende tekst geplaatst:

‘Huis te koop in Noordwijkerhout, voor, achter en zij tuin, balkon aan de huiskamer, met grote inpandige garage, zeer grote zolderslaapkamer met dakkapellen, drie slaapkamers en luxe badkamer. Vlak bij strand en zee, 10 minuten fietsen. F645000 Meer info? Info@seijensermakelaardij.nl’

Zowel Pot als Van Schie maken bij de internetveiling gebruik van een geautomatiseerd systeem. Van Schie biedt door middel van de internetveilingpagina's het huis aan. Een geautomatiseerd systeem dat achter de webpagina's 'hangt', neemt ten behoeve van Van Schie biedingen in ontvangst. Pot maakt gebruik van een geautomatiseerd systeem dat ten behoeve van hem automatisch biedingen uitbrengt, binnen de door hem opgegeven parameters. Na afloop van de veiling blijkt dat het hoogste, en dus winnende, bod is uitgebracht door de heer Pot, ter hoogte van f 325.325,-. Van Schie heeft echter niet de bedoeling gehad de woning voor zo'n lage prijs te verkopen. In de correspondentie die volgt na afloop van de veiling verklaart Van Schie dan ook jegens Pot:

119 Rb. 's-Gravenhage 19 december 2001, AD74978, zie ook *Computerrecht* 2002/2, p. 96-100 m.nt. M.B. Voulon.

‘(...) Graag was ik tot een overeenkomst gekomen omtrend de verkoop van de kavel, ware het niet dat het bedrag niet overeenkomt met mijn aangegeven bedrag. (...)’

In een volgende brief aan Pot wordt gesteld dat:

‘(...) voor zover ooit in rechte mocht worden vastgesteld dat sprake is van een geldige overeenkomst inzake de verkoop van de echtelijke woning (...), roept mevrouw Van Schie de nietigheid van deze verkoop in nu zij geen toestemming voor de verkoop heeft gegeven.’

Het probleem in deze zaak is dat Van Schie het geautomatiseerde veilingssysteem onjuiste instellingen heeft meegegeven. Hij heeft kennelijk nagelaten een zodanige startprijs of een minimumprijs in te stellen dat er geen prijs tot stand kon komen die niet overeenstemde met zijn wil. Hierdoor is door het geautomatiseerde bieden dat heeft plaatsgevonden een prijs van f 325.325,- tot stand gekomen. In de beschrijving van de te verkopen woning noemt hij echter wel een prijs, namelijk f 645.000,-. Van Schie had dat bedrag als startprijs in kunnen stellen. De deelnemers aan de veiling hadden dan op zijn minst dat bedrag moeten overtreffen om mee te kunnen bieden.

In het kort geding vordert Pot levering van de woning. Of er überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen, wordt door de rechter in het midden gelaten.¹²⁰ Deze zaak is echter een interessante illustratie voor de vraag of de handelingen van een geautomatiseerd systeem, in casu een internetveilingssysteem, kunnen gelden als wilsverklaringen van de gebruiker van dat systeem, terwijl het systeem een handelingsvrijheid is gegund dat is gebaseerd op onjuiste instellingen.

Het geautomatiseerd handelen waar het om gaat in deze zaak, is het publieke ter verkoop aanbieden van het huis en het uiteindelijke aanwijzen van het winnende bod. Dat is geschiedt binnen de parameters die Van Schie heeft opgegeven, echter, de parameters berusten op ongewilde instellingen van Van Schie.

Op grond van de theorie van de geprogrammeerde wil gelden in beginsel de handelingen die het veilingssysteem ten behoeve van Van Schie verricht, als verklaringen van Van Schie. Het systeem handelt immers binnen de para-

120 Het geschil wordt beslist met toepassing van de artikelen 1:88 en 89 BW. Op grond van artikel 1:88 lid 1 sub a BW heeft een echtgenoot toestemming van de andere echtgenoot voor rechtshandelingen strekkende tot vervreemding van een door de echtgenoten tezamen bewoonde woning. Een rechtshandeling die in strijd met artikel 1:88 BW wordt verricht, kan op grond van artikel 1:89 BW door de niet-handelende echtgenoot worden vernietigd. Volgens de rechter heeft Pot niet aannemelijk gemaakt dat de echtgenote toestemming heeft gegeven. Hiermee slaagt volgens de rechter het beroep van de echtgenote op de vernietigbaarheid van een eventuele overeenkomst, r.o. 3.1-3.3.

meters die Van Schie heeft opgegeven. Bij Van Schie ontbreekt echter de wil om verklaringen af te leggen waarmee een prijs van f 325.325,- tot stand komt.

Met betrekking tot de theorie van de algemene wil kan het volgende gezegd worden. Van Schie heeft een algemene wil de woning tegen een bepaalde prijs te verkopen. Met het in gebruik nemen en houden van het veilingssysteem wordt deze wil kenbaar gemaakt aan anderen. De theorie van de algemene wil lijkt echter geen ruimte te bieden voor een beroep op een discrepantie tussen wil en verklaring die is ontstaan door een invoerfout, zoals Van Schie in de onderhavige casus is overkomen. Het systeem handelt immers 'onder gelijkblijvende omstandigheden en overeenkomstig de gebruiker redelijkerwijs mag verwachten'. Naar mijn mening is binnen de theorie van de algemene wil echter wel een beroep op oneigenlijke dwaling mogelijk indien wordt nagelaten het systeem de correcte parameters mee te geven.

Er zou ook een rol weggelegd kunnen zijn voor de theorie van de raam-overeenkomst. Alvorens deelgenomen kan worden aan een internetveiling, in casu: Ricardo, dient men eerst akkoord te gaan met de algemene voorwaarden van Ricardo. Artikel 6.4 van de betreffende algemene voorwaarden betreft de handelingen die door het veilingssysteem worden verricht ten behoeve van de verkopende partij. Volgens artikel 6.4 is het door de aanbieder geplaatste "Overzicht" (dat wil zeggen de beschrijving van het product):

'bindend en kan [het] niet meer worden ingetrokken op het moment dat het eerste bod in de desbetreffende Veiling is uitgebracht.'

Artikel 6.3 betreft de handelingen die door het veilingssysteem worden verricht ten behoeve van de potentiële koper. Volgens artikel 6.3 zijn de uitgebrachte biedingen bindend,

'dit betekent dat het uitbrengen van een bod (...) niet kan worden ingetrokken en dat u daardoor rechtsgeldig bent gebonden. Als uw bod succesvol is, komt automatisch een overeenkomst tot stand tussen u en de Verkoper op het moment dat de Veiling sluit.'

De algemene voorwaarden bevatten dus bedingen die lijken te gelden tussen Pot en Van Schie. Zij zouden als onderdeel van een tussen Pot en Van Schie geldende raamovereenkomst gezien kunnen worden. De algemene voorwaarden gelden echter in eerste instantie alleen tussen Ricardo en diens gebruikers. Het is de vraag of zij ook gelden tussen de kopers en verkopers die gebruik maken van de site van Ricardo. Bedingen uit de algemene voorwaarden zouden kunnen gelden tussen de gebruikers onderling en dus tussen Pot en Van Schie, indien die bedingen kunnen worden aangemerkt als derdenbeding. Op grond van artikel 6:253 BW lid 1 kan een beding als derdenbeding gelden, indien – onder meer – de derde dit beding aanvaardt. Een aanvaarding ge-

schiedt door een verklaring, gericht tot een van beide andere betrokkenen.¹²¹ Er wordt geen vorm voorgeschreven waar die verklaring aan moet voldoen. De verklaring kan dus in iedere vorm geschieden en kan in één of meer gedragingen besloten liggen.¹²² De gebruikers van een veilingsite zouden jegens elkaar de relevante derdenbedingen kunnen aanvaarden doordat deze zijn opgenomen in de overeenkomst met de houder van de veilingsite, te weten Ricardo. Voorts zou aanvaarding van de betreffende bedingen als derdenbedingen kunnen blijken uit het instellen van een vordering tot nakoming daarvan.¹²³ Met toepassing van artikel 6:253 BW inzake het derdenbeding zou zo ook de theorie van de raamovereenkomst toegepast kunnen worden. Opvallend is echter dat de algemene voorwaarden van Ricardo niet voorzien in situaties als de onderhavige, waarin zich een oneigenlijke dwaling voordoet. Als de algemene voorwaarden strikt zouden worden toegepast, is het denkbaar dat dit tot gevolg zou hebben dat er een overeenkomst ontstaat zonder dat er sprake is van wilsovereenstemming. Immers, stel dat zowel de potentiële verkoper als de potentiële koper per abuis hun geautomatiseerde systeem foutief instellen. Er zou dan een prijs tot stand kunnen komen die geen van beide partijen wenselijk acht. Strikte toepassing van artikel 6.3 en 6.4 van de algemene voorwaarden van Ricardo zou ertoe leiden dat een overeenkomst met deze prijs is ontstaan. Hiermee zouden de algemene voorwaarden hun doel voorbij schieten. Naar mijn mening dient ook de theorie van de raamovereenkomst daarom ruimte te bieden voor een beroep op een discrepantie tussen wil en verklaring.

Concluderend kan worden gesteld dat het aangaan van overeenkomsten met behulp van een internetveiling aan de hand van de theorie van de geprogrammeerde wil, de theorie van de algemene wil, of een raamovereenkomst, tegemoet kan worden gekomen aan het wilsverklaringsprobleem.

5.4.3 Stichting Postwanorder/Otto¹²⁴

Deze zaak betreft het ter verkoop aanbieden van een zaak middels een webwinkel, waarbij er sprake is van een foutieve vermelding van de bij de zaak behorende koopprijs.

Feiten

Otto is een postorderbedrijf in consumentenartikelen en heeft een website waarop consumenten bestellingen kunnen plaatsen. Een consument die via

121 Artikel 6:253 lid 3 BW.

122 Artikel 3:37 lid 1 BW.

123 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 570.

124 Rb. Breda 31 januari 2007, 169126/KG ZA 06-615, L/JN AZ7368; Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, C0700350, L/JN BC2420.

de website een bestelling plaatst, krijgt vrijwel onmiddellijk op zijn computerscherm een bevestiging te zien. Korte tijd later ontvangt de consument per e-mail een bevestiging met een vermelding van de gegevens van de bestelling, waaronder de prijs. Op de website werd vanaf vrijdag 20 oktober 2006 een televisietoestel te koop aangeboden. Het ging om een Philips *HD ready* breedbeeld LCD televisie met een beelddiameter van 80 centimeter. De televisie werd op de website aangeboden tegen een prijs van € 99,90, een extreem lage prijs. Op maandag 23 oktober wijzigde Otto de prijs in € 99,-. Op donderdag 26 oktober, omstreeks 23:20 uur, heeft Otto het aanbod van de website verwijderd.

Tot en met 23 oktober zijn er 17 bestellingen geplaatst voor de televisie. Degenen die deze bestellingen hebben geplaatst, zijn op 24 oktober door Otto gebeld met de mededeling dat er sprake is van een vergissing ten aanzien van de prijs. Vanaf 24 oktober is bij een breed publiek bekend geworden dat Otto voor een erg lage prijs een televisie te koop aanbood. Dit geschiedde middels berichtgeving via verschillende media (waaronder radio) en internetfora. Uiteindelijk hebben ongeveer 11.490 consumenten ongeveer 14.000 televisies besteld voor een prijs van € 99,90, dan wel € 99,-. Otto heeft bij brief van 27 oktober 2006 de bestellers medegedeeld dat de bestellingen zijn geannuleerd en dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen. Een aantal bestellers heeft tegen deze stellingname van Otto bezwaar gemaakt. Aan diegenen heeft Otto een nadere brief gestuurd waarin is verklaard dat de gestelde prijs op een vergissing berust. De inkoopwaarde van de televisie zou vele malen hoger liggen dan de geadverteerde prijs. Bovendien werden op de Otto-website televisies met vergelijkbare specificaties aangeboden voor prijzen die vele malen hoger liggen dan de geadverteerde prijs. Er werd ook niet vermeld dat het om een actie of stunt ging. Volgens Otto was het duidelijk dat hij nooit de bedoeling had om het product voor de vermelde prijs aan te bieden en mochten klanten er in redelijkheid niet op vertrouwen dat het product daadwerkelijk voor die prijs kon worden gekocht. Er zou dan ook geen overeenkomst tot stand zijn gekomen.¹²⁵ De prijswijziging van € 99,90 naar € 99,- valt volgens Otto te verklaren uit het feit dat er om technische redenen in het weekend van 20 oktober 2006 een 'hardware-update' plaatsvond, ten gevolge waarvan enkele dagen geen aanpassingen van de site mogelijk waren. Pogingen daartoe hebben volgens Otto om niet-opgehelderde technische redenen gefaald, waarbij ongelukkigerwijs wel een aanpassing van de prijs van € 99,90 naar € 99,- heeft plaatsgevonden.¹²⁶

De handelswijze van Otto is aangevochten door de Stichting Postwanorder. De Stichting heeft tot doel de behartiging van consumentenbelangen, meer concreet de belangen van consumenten die onder meer via internet overeenkomsten sluiten, waaronder de belangenbehartiging van hen die in de periode van 20 oktober 2006 tot en met 13.10 uur in de middag van 26 oktober 2006

125 Zie uitspraak Hof, r.o. 4.2.

126 Zie uitspraak Hof, r.o. 4.5.

via de Otto-website een bestelling hebben geplaatst ten aanzien van de betreffende televisie tegen een prijs van € 99,- of € 99,90. De Stichting beperkt zich daarbij tot de belangenbehartiging van degenen die niet meer dan twee televisies hebben besteld.

De Stichting heeft in kort geding nakoming geëist van de koopovereenkomsten die de consumenten ten behoeve waarvan zij optreedt, met Otto hebben gesloten.

Evaluatie

Anders dan in de zaak Pot/van Schie gaat de rechter in deze zaak uitgebreid in op de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen.

Allereerst nemen zowel de Rechtbank als het Hof aan dat er sprake is van een oneigenlijke dwaling van de zijde van Otto. Hierbij speelt een rol dat aan het bewijs van een innerlijke toestand niet al te zware eisen worden gesteld. Een verschil is overigens wel dat de Rechtbank aanneemt dat er sprake is van een verschrijving, en dat het Hof van mening is dat Otto voldoende heeft aangetoond dat door een fout in het computersysteem de prijs van een wandsteun abusievelijk als koopprijs bij de TV werd vermeld.¹²⁷ In het eerste is er – conform de theorie van de geprogrammeerde wil en de theorie van de algemene wil – sprake van ‘doorwerking’ van de oorspronkelijke verschrijving: de door het systeem afgelegde verklaringen, inclusief de twee geautomatiseerd verzonden bevestigingen zijn te kwalificeren als oneigenlijke dwalingen. De automatische bevestigingen lijden logischerwijs aan hetzelfde euvel als het als daaraan voorafgaande aanbod. De Rechtbank behandelt dit punt in het kader van de vraag of de betreffende consumenten gerechtvaardigd hebben mogen vertrouwen dat er wel sprake was van een juist aanbod. De Rechtbank besprekt ten aanzien van de vraag of de consument gerechtvaardigd mocht vertrouwen een aantal omstandigheden. Eén van de omstandigheden waarmee volgens de Rechtbank rekening mee moet worden gehouden, is de mate van deskundigheid van de betrokken partijen. Te dien aanzien neemt de Rechtbank ‘de gemiddeld geïnformeerde internetkoper van een lcd televisietoestel bij een postorderonderneming’ als maatstaf. Die internetkoper mag als besef worden toegedicht dat de handelingen die middels de webwinkel werden verricht, waaronder de automatische bevestigingen van een bestelling (de bevestiging via de website en de bevestiging via e-mail), een geautomatiseerd proces van de kant van Otto betreffen. Voor de gemiddeld geïnformeerde internetkoper moet daarmee duidelijk moet zijn dat de geautomatiseerd verstrekte bevestigingen ‘niet door tussenkomst van een, door een hernieuwd bepaalde wil gestuurde mensenhand tot stand komen.’¹²⁸ Ten aanzien van deze twee geautomatiseerde bevestigingen, is het Hof een andere mening toegedaan dan de Rechtbank. Volgens het Hof zijn de geautomatiseerd verzonden bevestigingen

127 Respectievelijk r.o. 4.7 en 4.9.

128 R.o. 4.13.

überhaupt niet relevant. Het vertrouwen van de consument dient volgens het Hof gebaseerd zijn op omstandigheden die aanwezig zijn ten tijde van de aanvaarding (in de zin van artikel 6:217 BW). De bevestiging is pas daarna ontvangen.¹²⁹

Het Hof gaat ook uit van een gemiddelde consument: ter beantwoording van de vraag of er bij de betreffende consumenten sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, dient er te worden uitgegaan van:

‘een gemiddelde consument, dat wil zeggen een gemiddeld geïnformeerde consument. Van een consument, die van plan is een lcd televisie te kopen, mag namelijk worden verwacht dat deze zich tevoren globaal heeft georiënteerd op de prijzen van lcd televisies. Wanneer deze consument vervolgens op de website van Otto te koop ziet aangeboden:

- a) een HD ready breedbeeld lcd televisie
- b) van het A-merk Philips
- c) met een beelddiameter van 80 cm
- d) voor een prijs van €99,90 dan wel €99,00,
- e) met in rode hoofdletters de vermelding ‘NIEUW’,
- f) terwijl niet blijkt dat het om een stuntaanbieding, een prijsknaller of een anderszins ‘bijzonder’ aanbod gaat, dan moet deze consument begrijpen dat sprake is van een vergissing. Een gemiddeld geïnformeerd consument weet immers, althans behoort te weten, dat de prijzen van vergelijkbare lcd televisies variëren van circa €700,00 tot ongeveer €1.300,00.¹³⁰

Naast bovenstaande illustratie van de theorie van de geprogrammeerde wil en de theorie van de algemene wil, is van belang dat zowel Rechtbank als Hof uitgaan van een geobjectiveerde ‘gemiddelde consument’.

5.5 INFORMATIEPLICHTEN

Het Burgerlijk Wetboek bevat geen algemene regeling van informatieverplichtingen. Barendrecht en Van den Akker hebben in een onderzoek naar de informatieplichten van dienstverleners vastgesteld dat er sprake is van een versnipperde rechtsontwikkeling waarbij vooral per dienstverlener wordt gekeken welke informatieplichten op deze rusten. Volgens de auteurs kan er wel een algemeen kader te kunnen worden gevonden op grond waarvan dienstverleners een algemene informatieplicht hebben over de eigenschappen en risico's van de doorhen te leveren prestaties. Onder omstandigheden kunnen zij een waarschuwingsplicht hebben op grond waarvan zij hun afnemers moeten behoeden voor risico's die buiten hun prestaties gelegen zijn. Volgens de auteurs is het leerstuk van dwaling de historische bron van de informatie-

129 R.o. 4.19.

130 R.o. 4.16.

plicht. Deze historische bron spoort volgens hen ongelukkigerwijs biet aan tot het maken van een onderscheid tussen de informatieplicht van de professionele leverancier en de informatieplicht van de al dan niet professionele afnemer.¹³¹

Ten aanzien van het gebruik van geautomatiseerde systemen is er sprake van een serie wettelijke informatieplichten van betrekkelijk recente datum. Voor de overeenkomst die wordt gesloten langs elektronische weg en voor de overeenkomst op afstand schrijft het Burgerlijk Wetboek informatieplichten voor. Het gaat om de volgende vier informatieplichten inzake de overeenkomst op afstand: de algemene informatieplicht, de prijsinformatieplicht, de wettelijke precontractuele informatieplicht en de informatieplicht inzake de contractvoorwaarden. Bij de overeenkomst op afstand dient de wederpartij ook bepaalde informatie verstrekt te worden. De wettelijke informatieplichten worden hierna behandeld.

5.5.1 Informatieplichten bij de overeenkomst langs elektronische weg

A. Algemene informatieplicht

Op grond van artikel 3:15d lid 1 BW dient de dienstverlener van de informatiemaatschappij bepaalde gegevens *gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk* te maken voor de afnemer van de dienst.¹³² De bepaling is een implementatie van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Volgens artikel 5 lid 1 van de richtlijn inzake elektronische handel dient de dienstverlener bepaalde informatie gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk

131 J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners. Van dwaling tot zelfstandig leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten, notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

132 Het gaat om de volgende gegevens:

- zijn identiteit en adres van vestiging;
- gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische postadres;
- voor zover hij in een handelsregister of een vergelijkbaar openbaar register is ingeschreven: het register waar hij is ingeschreven en zijn inschrijvingsnummer, of een vergelijkbaar middel ter identificatie in dat register;
- voor zover een activiteit aan een vergunningstelsel is onderworpen: de gegevens over de bevoegde toezichthoudende autoriteit;
- voor zover hij een gereguleerd beroep uitoefent:
 - de beroepsvereniging of -organisatie waarbij hij is ingeschreven,
 - de beroepstitel en de lidstaat van de Europese Unie of andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte waar die is toegekend,
 - een verwijzing naar de beroepsregels die in Nederland van toepassing zijn en de wijze van toegang daartoe;
- voor zover hij een aan de BTW onderworpen activiteit uitoefent: het btw-identificatienummer zoals bedoeld in artikel 2a, eerste lid, onder g, van de Wet op de Omzetbelasting 1968.

te maken voor de afnemer van de dienst en voor de bevoegde autoriteiten.¹³³ Volgens de toelichting op het oorspronkelijke voorstel voor de richtlijn is informatie op een website makkelijk toegankelijk wanneer een icoon of logo op iedere pagina met een hyperlink naar een pagina leidt die de vereiste informatie bevat.¹³⁴ Ter beantwoording van de vraag wanneer informatie via een website “permanent toegankelijk” is, zijn er volgens Lodder drie interpretaties mogelijk. Ten eerste zou er onder verstaan kunnen worden dat de informatie niet mag wijzigen tijdens een bezoek aan de website. Ten tweede kan het betekenen dat de afnemer in staat moet worden gesteld om de informatie op te slaan. In de derde plaats kan het betekenen dat de informatie niet op een tijdelijke wijze mag worden aangeboden, bijvoorbeeld met behulp van een pop-up venster.¹³⁵

Om een zoveel mogelijk richtlijnconforme implementatie te garanderen, heet de wetgever de wijze waarop de informatie wordt verstrekt, niet nader in de wet omschreven.¹³⁶ De Memorie van Toelichting bij artikel 3:15d lid 1 BW stelt dat de doelstelling van deze eis van gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegankelijkheid inhoudt dat de gegevens door iedere gebruiker van de dienst van de informatiemaatschappij kunnen worden bereikt en geraadpleegd.¹³⁷ De Memorie van Toelichting legt de woorden “gemakkelijk en rechtstreeks” als volgt uit:

‘Gegevens zijn gemakkelijk en rechtstreeks toegankelijk als de dienst van de informatiemaatschappij deze en hun vindplaats op een voor gebruikers duidelijke en

133 Het gaat om de volgende informatie:

- de naam van de dienstverlener;
- het geografische adres waar de dienstverlener gevestigd is;
- nadere gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de dienstverlener mogelijk maken, met inbegrip van diens elektronische postadres;
- wanneer een dienstverlener in een handelsregister of een vergelijkbaar openbaar register is ingeschreven, het handelsregister waar hij is ingeschreven en zijn inschrijvingsnummer, of een vergelijkbaar middel ter identificatie in dat register
- wanneer een activiteit aan een vergunningsstelsel is onderworpen, de gegevens over de bevoegde toezichthoudende autoriteit;
- wat gereguleerde beroepen betreft:
 - de beroepsvereniging of -organisatie waarbij de dienstverlener is ingeschreven,
 - de beroepstitel en de lidstaat waar die is toegekend,
 - een verwijzing naar de beroepsregels die in de lidstaat van vestiging van toepassing zijn en de wijze van toegang ertoe;
- wanneer de dienstverlener een aan de BTW onderworpen activiteit uitoefent, het identificatienummer zoals bedoeld in artikel 22, lid 1, van Zesde Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting —Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag.

134 COM (1998) 586 def., p. 25.

135 Lodder 2001, p. 77.

136 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 21.

137 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 37.

herkenbare wijze presenteert. De dienstverlener mag geen obstakels plaatsen die rechtstreekse toegang verhinderen of de informatieverstrekking minder transparant maken. Ook de afnemer die nog geen of weinig ervaring heeft met het gebruik van diensten van de informatiemaatschappij moet de gegevens kunnen achterhalen. Aan de eis van het artikel wordt bijvoorbeeld niet voldaan indien de toegang tot gegevens langs opeenvolgende doorverwijzingen wordt geleid, de vereiste gegevens onoverzichtelijk worden gepresenteerd of een tegenprestatie wordt gevraagd voor het toegankelijk maken van de gegevens. De gegevens die krachtens artikel 15d verstrekt moeten worden dienen toegankelijk te zijn op het moment dat iemand van de dienst gebruik maakt. Een bezoeker maakt in beginsel gebruik van een door middel van een website verstrekte dienst op het moment dat hij deze aandoet. In dat geval dienen de vereiste gegevens derhalve toegankelijk te zijn voor alle bezoekers van een website.¹³⁸

De wetgever heeft aldus met de introductie van de informatieplicht van artikel 3:15d BW specifiek het gebruik van websites op het oog gehad.¹³⁹ De woorden “obstakels”, “toegang” en “vindplaats” moeten kennelijk dan ook zo worden opgevat dat zij zien op de wijze waarop een website dient te worden ingericht. De betreffende gegevens mogen derhalve niet op een moeilijk te vinden locatie op een website worden ‘verborgen’. Zij moeten duidelijk vindbaar zijn, ook voor de “afnemer die nog geen of weinig ervaring heeft met het gebruik van diensten van de informatiemaatschappij”. Naar mijn mening kan daarom worden gedacht aan een duidelijk gepositioneerde hyperlink met de tekst “informatie” die, eenmaal aangeklikt, toegang verschaft naar de betreffende gegevens. De hyperlink zou dan op elke pagina van de website aanwezig moeten zijn.

Over de vraag wanneer gegevens *permanent toegankelijk* zijn merkt de memorie van toelichting het volgende op:

‘Aan het vereiste van permanente toegang wordt voldaan als de gegevens voortdurend op een voor afnemers toegankelijke plaats worden aangeboden en zo nodig bijgewerkt, bijvoorbeeld op een website met algemene toegang. Eenmalige informatieverstrekking is in dit verband niet voldoende, bijvoorbeeld omdat dan veelal niet vastgesteld zal kunnen worden aan wie de informatie al dan niet is verstrekt. Voorts komt het uiteraard de transparantie voor gebruikers ten goede als de afnemer de informatie steeds kan raadplegen.’¹⁴⁰

De informatieplicht is gericht op een relatief anonieme wijze van communiceren, te weten het aanbieden van informatie op een website. Het afnemen van een dienst van de informatiemaatschappij kan immers anoniem geschieden.¹⁴¹ Daarom stelt de Memorie van Toelichting dat voor permanente toegang niet

138 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 37-38.

139 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 37.

140 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 37.

141 Zie voor de betekenis van het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ hoofdstuk 4.

voldoende is dat de informatie éénmalig wordt verstrekt omdat dan veelal niet vastgesteld zal kunnen worden aan wie de informatie al dan niet is verstrekt.

Volgens de Memorie van Toelichting heeft Nederland er bij de totstandkoming van de Richtlijn inzake elektronische handel op aangedrongen dat deze waar mogelijk technologieneutraal werd geformuleerd. De ratio hierachter is dat voorkomen diende te worden de richtlijn al op korte termijn achterhaald zou blijken te zijn. De stand van de techniek ten tijde van het opstellen van de richtlijn vormde daarvoor echter het referentiekader. Hier is de gerichtheid van de richtlijn op websites uit te verklaren.¹⁴² De Memorie van Toelichting signaleert een aantal nieuwe ontwikkelingen. Zij gaat daarbij in op de toename van mobiele communicatie. De nadruk wordt er daarbij gelegd dat mobiele toestellen over vrij kleine schermpjes beschikken.¹⁴³ Het gaat dan om een techniek die vergelijkbaar is met een website, maar dan wordt deze site vertoond op een mobiel apparaat. De Memorie van Toelichting stelt:

‘Het voldoen aan de informatieverplichtingen vraagt bij de huidige stand van de techniek voor mobiele communicatie om andere oplossingen dan voor communicatie vanaf een vaste aansluiting. De schermgrootte van een mobiel (telefoon)toestel en de mogelijke internettoepassingen die via mobiele technieken kunnen worden gerealiseerd verschillen aanzienlijk van die van een personal computer. Hoewel het laatste woord hier uiteraard aan de rechter is, is het gelet op de daaraan inherente beperkingen derhalve aannemelijk dat wanneer een dienst via WAP en een mobiel telefoontoestel wordt aangeboden, aan de informatieverplichtingen kan worden voldaan door een voldoende duidelijke vermelding van een internetadres en telefoonnummer waar de vereiste gegevens gemakkelijk toegankelijk zijn. Of dat steeds zo zal blijven, valt op dit moment moeilijk te voorzien. Denkbaar is dat nieuwe technologische of andere ontwikkelingen ertoe leiden dat ook in die gevallen aan de informatieverplichtingen gemakkelijk op meer rechtstreekse wijze kan worden voldaan.’¹⁴⁴

Op het moment van het opstellen van de Memorie van Toelichting is de wetgever er aldus vanuit gegaan dat bij mobiele telefoontoestellen (voorlopig) zou kunnen worden volstaan met een vermelding van een internetadres of een telefoonnummer met behulp waarvan de betreffende informatie kan worden verkregen. Naar de huidige stand van de techniek kan in sommige gevallen de betreffende informatie reeds via een mobiel toestel worden aangeboden. Moderne mobiele toestellen beschikken immers over grotere schermen en kunnen meer karakters op het scherm tonen.

De handhaving van de informatieverplichting van artikel 3:15d lid 1 BW dient in beginsel langs de normale privaatrechtelijke weg plaats te vinden.

142 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 7.

143 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 8.

144 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 38.

Bij deze algemene informatieplicht zal de afnemer echter niet gemakkelijk eventueel geleden nadeel als gevolg van het niet voldoen aan de informatieplicht, kunnen aantonen. Hierom heeft de wetgever gekozen voor een specifieke vorm van aanvullende handhaving welke is vervat in artikel 3:15f lid 3 BW. Een door de Ministers van Justitie en Economische Zaken aan te wijzen rechtspersoon wordt in staat gesteld op de voet van artikel 3:305a BW inzake de collectieve actie, een rechtsvordering tot naleving van de informatieverplichting in te stellen.¹⁴⁵ Voorts wordt het niet voldoen aan artikel 3:15d lid 1 en ook lid 2 BW aangemerkt als een overtreding door de Wet op de economische delicten.¹⁴⁶

B. Prijsinformatieplicht

Artikel 3:15d lid 2 BW legt de dienstverlener een informatieplicht op met betrekking tot de prijsvermelding. De bepaling is een implementatie van lid 2 van artikel 5 van de Richtlijn inzake elektronische handel, welke bepaalt dat:

‘in aanvulling op de overige informatievoorschriften van het Gemeenschapsrecht (..), indien de diensten van de informatiemaatschappij naar prijzen verwijzen, deze duidelijk en ondubbelzinnig worden aangegeven en meer in het bijzonder vermelden of belasting en leveringskosten inbegrepen zijn.’

Artikel 3:15d lid 2 BW stelt dat de dienstverlener de aanduidingen van prijzen in een dienst van de informatiemaatschappij *duidelijk en ondubbelzinnig* dient aan te geven, met de uitdrukkelijke vermelding of, en zo mogelijk welke, belasting en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn. In de praktijk zal deze bepaling niet voor veel onduidelijkheid zorgen. Er valt wel op te merken dat de dienstverlener in grensoverschrijdende situaties niet altijd zich zal hebben op de precieze belastingen die op de plaats van afneming verschuldigd zijn. In dat geval kan de dienstverlener volstaan met de vermelding dat er lokale verschuldigde belastingen of kosten niet in de opgegeven prijs zijn verwerkt. Van de afnemer mag dan worden verwacht dat hij zich zelf over de precieze aanvullende kosten informeert.¹⁴⁷

De handhaving van de prijsinformatieplicht geschiedt op dezelfde wijze als de handhaving van de algemene informatieplicht.

C. Wettelijke pre-contractuele informatieplicht

Op grond van artikel 6:227b lid 1 BW dient voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, dient de dienstverlener van de informatiemaatschappij tenminste op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie te verstrekken over:

145 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 9.

146 Artikel 1 onder 4 juncto artikel 2 lid 4 WED.

147 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 40.

- a. de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn;
- b. het al dan niet archiveren van de overeenkomst nadat deze tot stand zal zijn gekomen, alsmede, indien de overeenkomst wordt gearchiveerd, op welke wijze deze voor de wederpartij te raadplegen zal zijn;
- c. de wijze waarop de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken, alsmede de wijze waarop hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt;
- d. de talen waarin de overeenkomst wordt gesloten;
- e. de gedragscodes waaraan de dienstverlener zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de wederpartij langs elektronische weg te raadplegen zijn.

De bepaling is een implementatie van artikel 10 lid 1 en 2 van de Richtlijn inzake elektronische handel. De ratio achter deze wettelijke precontractuele informatieplicht is dat het de consument meer duidelijkheid dient te verschaffen waardoor het vertrouwen in de elektronische handel wordt vergroot. Verder dient de bepaling ertoe te voorkomen dat onbedoeld een overeenkomst of een overeenkomst met een onbedoelde inhoud tot stand komt.¹⁴⁸ De bepaling is dan ook gericht op het verkeer tussen partijen die handelen in de uitoefening een beroep of bedrijf en consumenten (business to consumer). Op grond van artikel 6:227b lid 6 BW kunnen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf dan ook afwijken van de precontractuele informatieplicht.

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de informatieplichten onder a, c en d en die onder b en e. Volgens de Memorie van Toelichting zien de informatieplichten onder a, c en d op informatie die doorgaans essentieel is op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. Het verschaffen van de betreffende informatie dient te voorkomen dat de wederpartij onbedoeld of onbewust een overeenkomst sluit, of meent een overeenkomst gesloten te hebben terwijl daar nog aanvullende handelingen voor vereist zijn. De bepaling dient ook te voorkomen dat er een overeenkomst ontstaat met een onbedoelde inhoud. Omdat de informatieplichten onder a, c en d informatie betreft die relevant is voor de wils- en oordeelsvorming van de wederpartij, bepaalt artikel 6:227b lid 4 dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven van deze informatieplichten, vernietigbaar is, aldus de Memorie van Toelichting. De gedachte hierbij is dat indien er een overeenkomst is ontstaan onder invloed van het niet verstrekt zijn van de betreffende informatie, de wederpartij in staat dient te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan als er geen overeenkomst tot stand was gebracht.¹⁴⁹ Naar mijn mening valt hieruit af te leiden dat enkel de wederpartij zich op

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 55.*

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 55-56.*

de vernietigbaarheid van de overeenkomst kan beroepen, ook al blijkt dit niet uit de tekst van de wet. Met betrekking tot de informatieplichten onder a en c introduceert artikel 6:227b lid 4 BW een wettelijk vermoeden: indien één van deze informatieplichten niet is nagekomen, wordt vermoed dat de overeenkomst onder invloed daarvan tot stand is gekomen. De wederpartij wordt hiermee bewijsrechtelijk in een sterkere positie gebracht. Volgens de Memorie van Toelichting is dit gerechtvaardigd omdat de betreffende informatie naar haar aard rechtstreeks van invloed is op de vraag of een overeenkomst tot stand komt en zo ja, of de overeenkomst de door de wederpartij bedoelde inhoud heeft.¹⁵⁰

De tweede categorie betreft de informatieplichten onder b en e. Volgens de Memorie van Toelichting is de informatieplicht onder b, inzake het al dan niet archiveren, van belang omdat de wederpartij niet altijd een uitdraai zal maken van de overeenkomst. Bovendien zal in de fysieke wereld een wederpartij in het algemeen een aankoopnota ontvangen.¹⁵¹ Als sanctie op het mogelijk niet nakomen van deze twee informatieplichten, kan op grond van artikel 6:227b lid 5 BW de wederpartij de overeenkomst ontbinden zolang de betreffende informatie niet is verstrekt.

De bepaling stelt dat de informatie tenminste op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze verstrekt dient te worden. De betekenis van deze wijze van verstrekken worden in de Memorie van Toelichting niet nader toegelicht. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is door de VVD-fractie wel de vraag gesteld of uit het woord 'verstrekken' mag worden afgeleid dat ingeval van een website niet kan worden volstaan met een hyperlink naar een pagina op de website waar de gegevens zijn opgenomen. De Minister heeft hierop als volgt antwoord gegeven:

'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 komt. Waar het dus om gaat is dat de dienstverlener de afnemer in staat stelt kennis te nemen van de 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.'¹⁵²

Naar mijn mening kan gezien de ratio van de informatieverplichting de informatie onder a en c niet worden aangeboden op een pagina die via een hyperlink te bezoeken is. In het algemeen zal immers wanneer een wederpartij een

150 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 56.

151 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, nr. 3, p. 56.

152 *Kamerstukken I 2003-2004*, 28 197, C, p. 11.

bestelling¹⁵³ plaatst, hij een aantal velden dienen in te vullen. Deze velden kunnen zich op één pagina bevinden maar meestal is het meer gebruikelijk dat een aantal pagina's wordt doorlopen. Op de eerste pagina kunnen bijvoorbeeld de details van het te bestellen product worden ingevoerd, op de tweede pagina adresgegevens van de wederpartij, op de derde pagina kan informatie rondom de betaling worden ingevoerd waarna op de vierde en laatste pagina een overzicht wordt gegeven van de ingevoerde informatie. Op de laatste pagina kan de wederpartij controleren of hij de informatie correct heeft ingevoerd en kan hij definitief een order plaatsen.¹⁵⁴ Naar mijn mening dient de informatie onder a en c, gelijktijdig met het invullen van de betreffende pagina's aangeboden te worden. Dit is nu al gebruikelijk op websites door de verschillende stadia te benoemen in de trant van: 'Stap 2 van 3. Voer uw adresgegevens in'. De wederpartij weet dan op het moment dat hij op de tweede invoerpagina zijn adresgegevens invoert, hoeveel handelingen hij nog moet verrichten om de bestelling af te ronden. Zou de betreffende informatie onder a en c wél op een aparte pagina worden aangeboden, dan zou de wederpartij afwisselend de pagina waarop de informatie onder a en c vermeld staat, en de pagina's waarop de bestelling geplaatst kan worden, dienen te raadplegen, wat een uitermate ondoorzichtige wijze van bestellen met zich mee zou brengen. Er zou in die situatie niet gesproken kunnen worden van het duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig verstrekken van informatie.

Zolang de dienstverlener de informatie onder b en e niet heeft verstrekt, kan de wederpartij op grond van artikel 6:227b lid 5 BW de overeenkomst ontbinden

De wettelijke precontractuele informatieplicht geldt niet ingeval de overeenkomst uitsluitend door middel van individuele communicatie tot stand is gekomen, zoals elektronische post, aldus artikel 6:227b lid 3 BW.

D. Informatieplicht inzake contractvoorwaarden

Op grond van artikel 6:227b lid 2 BW dient de dienstverlener van de informatie-maatschappij voor of bij het sluiten van een overeenkomst de voorwaarden van de overeenkomst, niet zijnde algemene voorwaarden, op zodanige wijze aan de wederpartij ter beschikking te stellen, dat deze door hem kunnen worden opgeslagen zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. De bepaling is een implementatie van artikel 10 lid 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel. De bepaling in de Richtlijn betreft echter de terbeschikkingstelling van zowel de contractvoorwaarden als de algemene voorwaarden. De terbeschikkingstellingsplicht inzake de algemene voorwaarden heeft de wetgever ondergebracht bij de informatieplicht betreffende de algemene voorwaarden. Hieruit valt te verklaren waarom artikel 6:227b

153 Nog los van de vraag of dit als een aanbod, aanvaarding, of een uitnodiging tot het doen van een aanbod valt te kwalificeren.

154 Zie ook het hierna te behandelen artikel 6:227c lid 1 BW inzake foutcorrectiemiddelen.

lid 2 BW niet de algemene voorwaarden betreft. In beide gevallen, zowel bij de contractsvoorwaarden als de algemene voorwaarden, gaat het echter om een terbeschikkingstelling op zodanige wijze dat de wederpartij de voorwaarden kan opslaan ten behoeve van latere kennisname. Voor een toelichting op de wijze waarop elektronisch ter beschikking gesteld dient te worden, verwijst de Memorie van Toelichting naar de bepalingen omtrent algemene voorwaarden.¹⁵⁵ Naar mijn mening ligt die verwijzing niet voor de hand. In hoofdstuk 10 komt de terbeschikkingstellingsplicht inzake algemene voorwaarden aan de orde. In dat hoofdstuk wordt duidelijk dat de wetgever met de terbeschikkingstellingsplicht voor algemene voorwaarden een situatie nastreeft die gelijkwaardig is aan het geval waarin in de fysieke wereld de algemene voorwaarden feitelijk ter hand worden gesteld. Het gaat in feite om een elektronische equivalent van de terhandstellingsplicht. Artikel 6:227b lid 2 betreft echter de contractsvoorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden. Een vergelijking met de 'fysieke wereld' die voor de hand ligt bij de terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden, gaat daarom bij algemene contractsvoorwaarden niet op. Overeenkomsten kunnen immers in beginsel vormvrij tot stand komen. Ondanks de vergelijking enigszins mank loopt, kan uit de parlementaire geschiedenis betreffende de terbeschikkingstellingsplicht van algemene voorwaarden worden afgeleid, dat aan de informatieplicht inzake de contractsvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden, kan worden voldaan door de contractsvoorwaarden zodanig aan te bieden dat de wederpartij ze kan opslaan en voor hem toegankelijk zijn voor latere kennisneming. Hiertoe kan op een website worden volstaan middels een hyperlink.¹⁵⁶

Indien de dienstverlener niet aan deze informatieplicht voldoet, kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden, aldus artikel 6:227b lid 5 BW.

5.5.2 Informatieplicht bij overeenkomst op afstand

Bij koop op afstand gelden twee informatieplichten, een pre-contractuele informatieplicht en een post-contractuele informatieplicht.¹⁵⁷ Op grond van artikel 7:46c lid 1 BW dient de verkoper ten eerste voorafgaand aan het sluiten van de koop op afstand bepaalde informatie te verschaffen. Ten tweede dient op grond van het tweede lid van dezelfde bepaling de verkoper tijdig bij de nakoming, uiterlijk bij de aflevering, bepaalde informatie te bevestigen. Het wetsartikel is een implementatie van artikel 4 en 5 van de Europese Richtlijn

155 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 57.

156 *Kamerstukken I* 2003-04, 28 197, C, p. 18. Het standpunt dat ook aan de terbeschikkingstellingsplicht inzake algemene voorwaarden middels een hyperlink voldaan kan worden, is voor nadere discussie vatbaar, zie hoofdstuk 10.

157 De informatieplichten worden van overeenkomstige toepassing verklaard voor de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten, artikel 7:46i lid 1 BW. De leden 2, 3 en 4 van het wetsartikel bevatten weer uitzonderingen op lid 1.

betreffende de bescherming van de consument inzake op afstand gesloten overeenkomsten.

A. Pre-contractuele informatieplicht bij de overeenkomst op afstand

Volgens artikel 7:46c lid 1 BW dient de verkoper of dienstverlener aan de consument tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten, de volgende gegevens verstrekken:

- a. de identiteit en, indien de koop op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, het adres van de verkoper;
- b. de belangrijkste kenmerken van de zaak;
- c. de prijs, met inbegrip van alle belastingen, van de zaak;
- d. voor zover van toepassing: de kosten van aflevering;
- e. de wijze van betaling, aflevering of uitvoering van de koop op afstand;
- f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e;
- g. indien de kosten van het gebruik van de techniek voor communicatie op afstand worden berekend op een andere grondslag dan het basistarief: de hoogte van het geldende tarief;
- h. de termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs;
- i. voor zover van toepassing, in geval van een koop op afstand die strekt tot voortdurende of periodieke aflevering van zaken: de minimale duur van de overeenkomst.

De informatie dient te worden *verstrek*t met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze. Voorts dient van de informatie het *commerciële karakter ondubbelzinnig te blij*ken met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen.

De zinsnede met *alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen* stamt uit artikel 4 lid 2 van de Richtlijn inzake de overeenkomst op afstand en lijkt te suggereren dat de leverancier met gebruikmaking van *meerdere* ("alle") middelen dezelfde informatie moet verstrekken. Het is onwaarschijnlijk dat de opstellers van de richtlijn hebben beoogd dat op grond van deze bepaling de leverancier met meer dan één middel de informatie dient te verstrekken. Naar mijn mening dient deze bepaling zo te worden gelezen dat de leverancier slechts gebruik hoeft te maken van *één* van de middelen die passend zijn bij de gebruikte techniek voor communicatie op afstand. Dit valt ook af te leiden uit het feit dat de 'zusterrichtlijn' van de Richtlijn inzake de overeenkomst op afstand, te weten de Richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten,¹⁵⁸ een vergelijkbare bepaling anders heeft geformuleerd. Artikel 3 lid 2 van die Richtlijn spreekt namelijk van het mee-

158 Richtlijn 2002/65/EG, PbEG 2002 L 271/16.

delen op een wijze die passend is bij de gebruikte techniek voor communicatie op afstand. Er wordt aldus niet gesproken van *alle* wijzen.

Ook het woorden *aangepaste middelen* zoals dat wordt gebruikt in artikel 7:46c, dient volgens mij iets anders te worden gelezen, namelijk als *gepaste middelen*. Dit zou in overeenstemming zijn met de Richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten en zou voorts taalkundig gezien logischer zijn. Het gaat immers om middelen die geschikt zijn voor communicatie op afstand.

Er is waarschijnlijk sprake van een *aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand gepast middel* wanneer de informatie op dezelfde manier wordt verstrekt als de gebruikte techniek voor communicatie op afstand. In het geval dat een website de gebruikte techniek is, dan kan de informatie (het ligt voor de hand) ook via de website worden verstrekt.

Duidelijk en begrijpelijk

Ook het vereiste dat de informatie *duidelijk en begrijpelijk* medegedeeld dient te worden, stamt uit de Richtlijn en wel uit artikel 4 lid 2. “Duidelijk en begrijpelijk” brengt voor wat een website betreft naar mijn mening met zich mee dat de informatie niet in een klein lettertype ergens in de website verborgen kan worden of dat de informatie tegenstrijdig of misleidend mag zijn.¹⁵⁹

Commerciële karakter

De eis dat het commerciële karakter van de gegevens ondubbelzinnig moet blijken. Hoe zou de identiteit van de verkoper, de belangrijkste kenmerken van de zaak of de wijze van betaling echter een commercieel karakter kunnen hebben? Het moge naar mijn mening duidelijk zijn dat het commerciële karakter van de gegevens op zich niet hoeft te blijken, het gaat er meer om dat de commerciële achterliggende bedoelingen van de verkoper ondubbelzinnig blijken. In deze zin stelt de Memorie van Toelichting dat een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst bijvoorbeeld niet als een marktonderzoek mag worden voorgesteld.¹⁶⁰

B. Post-contractuele informatieplicht bij de overeenkomst op afstand

Volgens artikel 7:46c lid 2 BW dient tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en uiterlijk bij aflevering aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke *duurzame gegevensdrager* informatie te verstrekken. Het gaat om de volgende gegevens:

- a. de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1;
- b. de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e lid 2;

¹⁵⁹ Zie ook Hörnle, Sutter & Walden 2001, p. 15.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 17.

- c. het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen;
- d. voor zover van toepassing: gegevens omtrent de garantie en omtrent in het kader van de koop op afstand aangeboden diensten;
- e. indien de koop op afstand een duur heeft van meer dan een jaar dan wel een onbepaalde duur: de vereisten voor opzegging van de overeenkomst.

Duurzame drager

De informatie dient schriftelijk verstrekt te worden, of op andere aan de koper ter beschikking staande en voor hem toegankelijke *duurzame gegevensdrager*. Volgens de Memorie van Toelichting zou een schriftelijkheidsvereiste te beknellend zijn. Omdat niet-schriftelijke wijze van informatieverstrekking echter vaak vluchtig is, wordt het alternatief van de *duurzame drager* geïntroduceerd.¹⁶¹ Het begrip duurzame drager is afkomstig uit de Richtlijnen betreffende de overeenkomst op afstand en de verkoop op afstand van financiële diensten. Volgens overweging 13 van de Richtlijn inzake de overeenkomst op afstand is de met behulp van bepaalde elektronische technologieën verspreide informatie vaak vluchtig in zoverre zij niet op een duurzame drager wordt vastgelegd. Het is derhalve noodzakelijk dat de consument tijdig schriftelijk de voor de goede uitvoering van de overeenkomst vereiste informatie ontvangt, aldus overweging 13. Deze gedachte is uitgewerkt in artikel 5 van dezelfde Richtlijn. Op grond van dit artikel ontvangt de consument tijdig, uiterlijk bij levering, "schriftelijk of op een te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke drager"¹⁶² een bevestiging van bepaalde informatie. Deze bevestiging hoeft niet plaats te vinden wanneer de informatie reeds vóór het sluiten van de overeenkomst schriftelijk of op een andere ter beschikking van de consument staande en voor hem toegankelijke duurzame drager werd verstrekt. Artikel 5 van de Richtlijn inzake de verkoop op afstand van financiële diensten stelt dat ruim voordat de consument gebonden is aan een overeenkomst op afstand of aan een aanbod, de aanbieder de consument in kennis dient te stellen van alle contractvoorwaarden en van enige aanvullende informatie. De contractvoorwaarden en de aanvullende informatie dienen verstrekt te worden op papier, of "via een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager." Volgens artikel 2 sub f van de Richtlijn inzake de verkoop op afstand van financiële diensten moet onder "duurzame drager" het volgende worden verstaan:

'ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor

161 *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 19-20.

162 Het bijvoeglijk naamwoord 'duurzame' is in de Nederlandse versie van de richtlijn op deze plaats vreemd genoeg niet opgenomen. De Duitse, Franse en Engelse versie spreken hier echter van respectievelijk 'dauerhaften Datenträger', 'support durable' en 'durable medium'.

toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt.'

Overweging 20 voegt hier aan toe:

'Onder duurzame dragers worden met name verstaan computerdiskettes, cd-rom's, DVD's en de harde schijf van de computer van de consument waarop de elektronische post wordt opgeslagen, maar niet internet-websites, tenzij die voldoen aan de in de definitie van duurzame drager opgenomen criteria.'

De regeling van de duurzame drager is volgens mij omslachtig geformuleerd omdat het op een indirecte wijze te werk gaat. De regeling is er op gericht *dat de consument persoonlijk aan hem gerichte informatie kan op slaan en later, gedurende een geschikte periode, weer in ongewijzigde vorm kan reproduceren*. Dat is naar mijn mening het doorslaggevende criterium. De precieze technische details van de wijze van opslag zijn niet bepalend, als maar aan bovenstaand criterium is voldaan. De ontwerpers van de richtlijn zelf lijken ook al moeite te hebben met het begrip duurzame drager. Dat blijkt uit bovengenoemde overweging 20 van de richtlijn inzake de verkoop op afstand van financiële diensten. Deze overweging spreekt in eerste instantie van fysieke dragers (diskettes, cd-roms, DVDs, harde schijven) maar gaat daarna in op een soort drager van een andere categorie, namelijk de internet-website. De vraag of een website een duurzame drager is, hoeft naar mijn mening niet aan de orde te komen. Het gaat er enkel om of de consument persoonlijk aan hem gerichte informatie kan op slaan en later, gedurende een geschikte periode, is staat is de informatie ongewijzigde vorm weer te reproduceren. Een daartoe ingerichte website kan deze functionaliteit bieden. Volgens Dickie kan een e-mailbericht als een duurzame drager worden aangemerkt omdat het kan worden opgeslagen en kan worden uitgeprint.¹⁶³ Een e-mailbericht dat persoonlijk aan de consument gerichte informatie bevat, kan door de consument worden opgeslagen en kan later door de consument in ongewijzigde vorm gereproduceerd worden. Hiermee voldoet de informatie die wordt verstrekt in een e-mailbericht aan de 'duurzame drager'-regeling van de beide richtlijnen. Strikt naar de letter van de regeling zou er echter nog getwist kunnen worden over de vraag of het e-mailbericht of de fysieke drager van dit bericht als duurzame drager dient te worden aangemerkt.

De Nederlandse wetgever heeft met de implementatie van de Richtlijn inzake de overeenkomst op afstand ook begrip 'duurzame drager' overgenomen. Naar mijn mening moet ook hier niet te veel betekenis worden gehecht aan de term 'duurzame drager' maar het achterliggende criterium worden gebruikt: de consument dient persoonlijk aan hem gerichte informatie op te

163 Dickie 1999, p. 96.

kunnen slaan en later, gedurende een geschikte periode, weer in ongewijzigde vorm te kunnen reproduceren. Met behulp van elektronische post, oftewel: e-mail, kan aan dit criterium worden voldaan.¹⁶⁴

Het niet voldoen aan de post-contractuele informatieplicht heeft gevolgen voor de termijn waarbinnen de koper zich op het hierna te behandelen ontbindingsrecht kan beroepen.

5.5.3 Paragraafconclusie inzake informatieplichten

Uit bovenstaande beschrijving van de informatieplichten blijkt dat kan worden gedifferentieerd naar het *moment* en de *wijze* waarop informatie dient te worden verstrekt.

Het moment van verstrekking is gerelateerd aan het moment van totstandkoming van een overeenkomst. De informatie van de algemene informatieplicht van artikel 3:15d lid 1 BW dient permanent toegankelijk te zijn; het moet bijvoorbeeld voortdurend op een webpagina worden aangeboden, los van de vraag of er een overeenkomst tot stand komt. De prijsinformatie van de prijsinformatieplicht van artikel 3:15d lid 2 BW dient te worden verstrekt op het moment dat de prijs wordt medegedeeld. De informatie van de precontractuele informatieplicht van artikel 6:227b lid 1 BW dient te worden verstrekt vóóordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt. Het verstrekken van de contractsvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden, artikel 6:227b lid 2 BW, dient te geschieden voor of bij het sluiten van de overeenkomst.

Voor wat de wijze van verstrekking betreft, kunnen drie wijzen van verstrekking worden onderscheiden.

De eerste wijze houdt in dat de wederpartij de informatie 'voor zijn neus', bijvoorbeeld op een website, gepresenteerd dient te krijgen. Dit is het geval bij prijsinformatieplicht van artikel 3:15d lid 2 BW en de precontractuele informatieplicht van artikel 6:227b lid 1 BW.

De tweede wijze houdt in dat de wederpartij via een hyperlink kan kennismaken van de informatie, dit is het geval bij de algemene informatieplicht van artikel 3:15d lid 1 BW en de informatieplicht inzake de contractsvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden van artikel 6:227b lid 2 BW. Deze wijzen van informatieverstrekking overlappen echter in zekere zin. Informatie kan verstrekt worden via een hyperlink, om te voldoen aan de derde wijze van verstrekking.

De derde wijze van verstrekking houdt in dat de wederpartij de informatie moet kunnen opslaan om later te kunnen weergeven. Dat is het geval bij de informatieplicht inzake de contractsvoorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden van artikel 6:227b lid 2 BW en de post-contractuele informatieplicht

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 5, p. 20.

bij de overeenkomst op afstand (het begrip duurzame drager dient te worden gelezen als de eis dat de informatie kan opslaan en later in ongewijzigde vorm kan reproduceren). De vraag wanneer informatie zodanig wordt aangeboden dat de wederpartij de informatie kan opslaan om later weer te geven, komt ook aan de orde bij de bespreking elektronische terbeschikkingstelling in hoofdstuk 10. In dat hoofdstuk wordt opgemerkt dat met betrekking tot webpagina's, in principe *alles* wat met behulp van een webpagina wordt vertoond, *per definitie* door de bezoeker van een webpagina kan worden opgeslagen. Om een webpagina te bekijken, worden de onderdelen van de pagina, of dat nu tekst of grafische elementen betreft, immers gekopieerd naar de computer van de bezoeker van de pagina. Voor een ervaren computergebruiker is het een koud kunstje om de onderdelen van een webpagina te onderscheiden en op zo'n manier op te slaan dat hij ze later nogmaals kan weergeven. Niet elke wederpartij beschikt echter over dit inzicht en deze vaardigheden. Naar mijn mening kan dit ook niet van de gemiddelde wederpartij worden verwacht. Het komt er met andere woorden op aan welke handelingen van de wederpartij geveerd mogen worden om de betreffende informatie op te slaan om later weer te geven. Omdat niet van tevoren vaststaat welke kennis en vaardigheden van de wederpartij verwacht kunnen worden, dient aan de wederpartij duidelijk gemaakt te worden op welke wijze de informatie kan worden opgeslagen. Dit kan bijvoorbeeld geschieden door de wederpartij te instrueren hoe een html-pagina op te slaan, of door de informatie in Microsoft Word-formaat of PDF-formaat aan te bieden.

Overigens valt op dat er in de wetgeving, noch in de literatuur een coherente visie is waar te nemen op de juridische eisen die kunnen worden gesteld aan de wijze waarop informatie dient te worden overgedragen. Hierboven zijn drie wijzen van verstrekking beschreven. De worden op geen enkele wijze gerelateerd aan andere voorschriften ten aanzien van de wijze waarop informatie dient te worden overgedragen. Ik mis met name een vergelijking met de manier waarop wordt omgegaan met vormvereisten. In hoofdstuk 11 wordt hierop nader ingegaan.

5.6 RECHT OP ONTBINDING BIJ KOOP OP AFSTAND

5.6.1 Het recht op ontbinding bij koop op afstand

Op grond van artikel 7:46d heeft de koper bij koop op afstand het recht om zonder opgave van redenen de overeenkomst te ontbinden. De koper heeft hiermee het recht om zich te bedenken. Mocht hij van gedachten veranderen, dan kan hij met het recht op ontbinding alsnog onder de koop uit komen. Op grond van de wettelijke bepaling gelden er drie termijnen waarbinnen de koper zich op het ontbindingsrecht kan beroepen.

De eerste termijn is een termijn van zeven dagen die van start gaat vanaf de dag van ontvangst van de zaak door de koper. Indien de verkoper niet aan de post-contractuele informatieplicht heeft voldaan, geldt er een termijn van drie maanden vanaf de dag van ontvangst van de zaak. Dit is de tweede termijn. Indien binnen de tweede termijn alsnog aan de post-contractuele informatieplicht wordt voldaan, dan gaat vanaf dat moment een termijn van zeven werkdagen lopen.¹⁶⁵ Dit is de derde termijn.

Indien de koper zich op het ontbindingsrecht beroept, is hij op grond van artikel 7:46d lid 2 BW geen vergoeding verschuldigd aan de verkoper. Bijvoorbeeld de kosten die de verkoper maakt door te voldoen aan de informatieverplichtingen, zal hij daarom niet kunnen verhalen op de koper. De ratio hiervan is dat de uitoefening van het ontbindingsrecht niet mag worden belemmerd.¹⁶⁶ De enige kosten die de koper ingeval van ontbinding wél voor zijn rekening dient te nemen, zijn de kosten verbonden aan de terugzending van de zaak. Lid 2 spreekt van 'rechtstreekse' kosten, daarmee worden bedoeld portokosten of kosten van vervoer anders dan per post. Kosten die niet 'rechtstreeks' zijn, zijn bijvoorbeeld kosten die de verkoper moet maken om teruggezonden producten in ontvangst te nemen.¹⁶⁷

De rechtsgevolgen van de ontbinding houden in dat partijen worden bevrijd van de door de ontbinding getroffen verbintenissen en het ontstaan van verbintenissen tot ongedaanmaking van de reeds ontvangen prestaties, artikel 6:271 BW.¹⁶⁸ De op de koper rustende verbintenis tot ongedaanmaking, houdt in dat de betreffende zaak dient te worden teruggezonden. De op de verkoper rustende verbintenis tot ongedaanmaking houdt in dat de eventueel betaalde bedragen terug dienen te worden betaald. De terugbetaling dient zo spoedig mogelijk te geschieden, in elk geval binnen dertig dagen na de ontbinding, aldus lid 3 van artikel 7:46d BW.

Op grond van lid 4 van artikel 7:46d BW is het ontbindingsrecht niet van toepassing ingeval van de koop op afstand:

- a. van zaken waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de verkoper geen invloed heeft;
- b. van zaken die:
 - 1 zijn tot stand gebracht overeenkomstig specificaties van de koper;
 - 2 duidelijk persoonlijk van aard zijn;
 - 3 door hun aard niet kunnen worden teruggezonden;
 - 4 snel kunnen bederven of verouderen;

165 Zie ook *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 21.

166 *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 22-23.

167 *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 23.

168 De Memorie van Toelichting spreekt van 'analoge' toepassing van artikel 6:271 BW, *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 23. Naar mijn mening is er echter geen reden om artikel 6:271 BW niet rechtstreeks toe te passen. Er hoeft daarom geen sprake te zijn van analoge toepassing.

- g. van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur, indien de koper hun verzegeling heeft verbroken;
- h. van kranten en tijdschriften.

De ratio achter de uitzondering onder a houdt in dat het niet de bedoeling is dat de ontbinding leidt tot een vermogensverschuiving als gevolg van schommelingen op de financiële markt die van invloed zijn op de prijs van de koopwaar en waar de verkoper geen invloed op heeft. De uitzonderingen onder b nummer 1, 2 en 4 en onder d, rusten op de gedachte dat de betreffende koopwaar voor de verkoper niet meer van waarde zal zijn. De achterliggende gedachte bij de uitzondering onder c is dat deze koopwaar vrijwel onmiddellijk kan worden gereproduceerd.¹⁶⁹

5.6.2 Bedenktijden en de bindende kracht van de overeenkomst

Met het recht op ontbinding heeft de consument bij koop op afstand een *bedenktijd* van zeven werkdagen.¹⁷⁰ De mogelijkheid van de consument om zonder opgave van redenen onder een overeenkomst op afstand uit te komen, is een inbreuk op het beginsel van het *pacta sunt servanda*. Dit grondbeginsel van de bindende kracht van de overeenkomst is neergelegd in artikel 6:248 lid 1 BW: "Een overeenkomst heeft (...) de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen (...)".¹⁷¹

Volgens Mok kan ingeval van een bedenktijd zoals bij koop op afstand de inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel worden beperkt door ervan uit te gaan dat, er sprake is van *uitgestelde wilsovereenstemming*. De voor de totstandkoming van een overeenkomst vereiste wilsovereenstemming komt volgens hem pas tot stand bij afloop van de bedenktijd. Dan pas zou de verbindende kracht van de overeenkomst ontstaan.¹⁷² Volgens Nieuwenhuis komt ingeval van een koop op afstand de koopovereenkomst tot stand in twee fasen. In eerste instantie is slechts de verkoper gebonden. Na verloop van de

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 861, nr. 3, p. 23.

¹⁷⁰ Naast deze bedenktijd kan ook worden gewezen op wat in navolging van Hijma "valse bedenktijden" kunnen worden genoemd. Deze valse bedenktijden bestaan uit de sanctionering van het niet voldoen aan bepaalde hierboven behandelde informatieplichten: het niet voldoen aan de wettelijke precontractuele informatieplicht bij de overeenkomst die langs elektronische weg wordt gesloten, wordt gesanctioneerd door de wederpartij in staat te stellen de overeenkomst te vernietigen of te ontbinden. Hoewel de achterliggende gedachte bij deze sanctionering niet inhoudt de wederpartij een bedenktijd te verlenen, kan het in de praktijk wel daarop neerkomen. De wederpartij hoeft immers als enige reden op te geven dat bepaalde informatie niet is verstrekt. Omdat echter een reden dient te worden gegeven voor de vernietiging of ontbinding, is van een echte bedenktijd geen sprake, zie Hijma 2004, p. 16-18.

¹⁷¹ Hijma 1998, nr. 13, 15.

¹⁷² Mok 1997, p. 15.

bedenktermijn raakt de koper pas gebonden aan de overeenkomst. Voor een bedenktijd is volgens Nieuwenhuis zeker plaats, maar deze ligt volgens hem “heel bepaald vóór de drempel van de poort met het opschrift: PACTA SUNT SERVANDA”.¹⁷³ Volgens Hijma gaat de opvatting dat pas later een overeenkomst tot stand komt, voorbij aan het feit dat er reeds wilsovereenstemming is. Hij vervolgt echter door te stellen dat het moeilijker is te verklaren waarom de initiële wilsovereenstemming geen overeenkomst oplevert, dan te verklaren waarom één van de partijen zich later zonder opgaaf van reden aan de overeenkomst kan onttrekken. De mogelijkheid van een eenzijdige terugtreedbevoegdheid is volgens Hijma echter ook weer niet zó vreemd. Hij wijst hierbij op vernietigbaarheid van de rechtshandeling op grond van een geestelijke stoornis¹⁷⁴, wilsgebreken¹⁷⁵, paulianeuze handelingen¹⁷⁶, op de ontbindingsgronden inzake onvoorziene omstandigheden¹⁷⁷ en verzuim¹⁷⁸, en op de diverse opzeggingsgronden bij benoemde overeenkomsten. Het enige verschil is dat ingeval van een bedenktijd de wederpartij zonder opgave van redenen kan terugtreden; de terugtreedmogelijkheid kent geen drempel. Al met al wordt het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst slechts een stap verder gerelativeerd dan voorheen gebruikelijk. Als hiervoor goede redenen bestaan, is dat principieel en systematisch echter geen onoverkomelijk obstakel.¹⁷⁹ Hoewel Valk het niet uitwerkt, wijst hij op de gelijkenis met de potestatieve voorwaarde.¹⁸⁰ Een potestatieve voorwaarde is een opschortende voorwaarde waarmee een contractant bedingt alleen uitvoering te geven aan een verbintenis indien hij dat later nog steeds wil.¹⁸¹ Door zoiets te bedingen is de initiële rechtshandeling nietig. Er is immers geen wil zich rechtens te binden. Ingeval van de bedenktijd bij koop op afstand gaat de vergelijking met de potestatieve voorwaarde naar mijn mening echter niet op. De bedenktijd bij koop op afstand wordt immers door bepaalde voorwaarden beperkt. De koper dient immers actief de ontbinding in werking te stellen, enkel een verandering van wil is niet voldoende. Bovendien geldt er een termijn waarbinnen de ontbinding mogelijk is. Tot slot dient de koper de kosten van terugzending voor zijn rekening te nemen.

173 Nieuwenhuis 2001, p. 333.

174 Artikel 3:34 BW.

175 Artikel 3:44, 6:228 BW.

176 Artikel 3:45 BW.

177 Artikel 6:258 BW.

178 Artikel 6:265 BW.

179 Hijma 2004, p. 28. Ook Valk mengt zich in de discussie, maar hij neemt echter geen stelling inzake de wenselijkheid van een ‘uitgestelde wilsovereenstemming’. Hij maakt een onderscheid tussen een formele en een materiële benadering met betrekking tot de contractsvrijheid en het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst. Materieel maakt hij geen bezwaar tegen een bedenktijd. Voor wat betreft de vraag hoe dit formeel zou moeten uitpakken, kiest Valk geen partij, Valk 2004, p. 129-135.

180 Valk 2004, p. 131-132.

181 Asser/Hartkamp 4-I 2000, nr. 167.

De bedenktijd bij koop op afstand is inderdaad een inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel, maar in navolging van Hijma ben ik van mening dat enkel een relativering van dit beginsel het nog niet nodig maakt om toevlucht te nemen tot een fictie als de uitgestelde wilsovereenstemming. Ook bij koop op afstand wordt er immers geldig een aanbod aanvaardt. Naar mijn mening wordt er te formeel geredeneerd indien enkel het bestaan van een bedenktijd, het ontstaan van een overeenkomst in de weg staat wegens strijd met een beginsel van contractenrecht. Het streng handhaven van een principe, enkel om de handhaving zelf lijkt mij een onwenselijke benadering.

5.7 HOOFDSTUKCONCLUSIE

Onderzoeksvraag 1 (OV1: past het verrichten van een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem in de vigerende wilsvertrouwensleer), kan bevestigend worden beantwoord. Aan het wilsverklaringsprobleem wordt tegemoetgekomen door de theorie van de geprogrammeerde wil. Aan de hand van deze theorie kan in de meeste situaties een verklaring van een geautomatiseerd systeem funderen op de wil van de gebruiker. Ook ingeval van systemen die een grotere handelingsvrijheid hebben zoals zelfmodificerende systemen, is er sprake van een wilsbesluit van de gebruiker van het systeem dat wordt neergelegd in de parameters die de gebruiker het systeem meegeeft. De theorie van de geprogrammeerde wil schiet echter tekort ingeval van complexe systemen. Voor die situatie kan de theorie van de algemene wil uitkomst bieden. Bij beide theorieën blijft voor de gebruiker van een geautomatiseerd systeem een beroep op het uiteenlopen van wil en verklaring mogelijk.

Bij de wilsgebreken doen zich geen bijzondere problemen voor indien geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan. Aanbod en aanvaarding kunnen met behulp van geautomatiseerde systemen worden verricht. Of een op een website geplaatste verklaring als een aanbod gekwalificeerd dient te worden, hangt er voornamelijk van af of de verklaring voldoende bepaald is. De algemene voorwaarden van een online winkel kunnen niet voorschrijven wat als aanbod dan wel als aanvaarding heeft te gelden.

De geschiktheid van de bestaande wilsvertrouwensleer doet mij vermoeden dat de kwalificatie van het geautomatiseerd systeem als rechtssubject en/of vertegenwoordiger, niet noodzakelijk is om contractuele gebondenheid te kunnen verklaren. Deze kwalificaties komen hierna aan de orde.

Bij de wettelijke informatieplichten kan worden gedifferentieerd naar het *moment* en de *wijze* waarop informatie dient te worden verstrekt. Het moment van verstrekking is gerelateerd aan het moment van totstandkoming van een overeenkomst. Voor wat betreft de wijze van verstrekking kunnen drie wijzen van verstrekking worden onderscheiden: 1: De wederpartij dient de informatie 'voor zijn neus', bijvoorbeeld op een website, gepresenteerd dient te krijgen;

2: De wederpartij kan via een hyperlink kennisnemen van de informatie; 3: De wederpartij moet de informatie kunnen opslaan om later te kunnen weer-geven. Tot slot mis ik bij de wetgever en in de literatuur een coherente visie op de eisen die worden gesteld aan de wijze waarop informatie dient te worden overgedragen. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 11.

In het kader van onderzoeksvraag 1 is naar Nederlands de vraag aan de orde gekomen of de handelingen van een geautomatiseerd systeem, gezien kunnen worden als wilsuitingen (en als rechtshandelingen) van de gebruiker van dat systeem (het wilsverklaringsprobleem). In de Duitse juridische literatuur werd het wilsverklaringsprobleem al vroeg onderkend. Typierend is dat reeds in 1957 werd gesproken van een ‘tweede industriële revolutie’ in de vorm van de voortschrijdende automatisering. Het zelfhandelende geautomatiseerd systeem werd toen al in de Duitse juridische literatuur gesignaleerd:

‘Ein weiterer sich heute schon abzeichnender Schritt der Entwicklung wird darin bestehen, daß der Automat mit Informationen ‘gefüttert’ wird, daraus für sich selbst Befehle erarbeitet und diese auswertet, indem er sich selbst überwacht und korrigiert.’¹

Naar aanleiding van de deze ontwikkeling, werd in dezelfde publicatie reeds de vraag opgeworpen of dit consequenties heeft voor het begrip *Willenserklärung*, dat wil zeggen de wilsuiting die rechtsgevolg kan hebben:

‘Das eigenliche Problem liegt wohl darin, ob durch die Verwendung der skizzierten übermenschlichen Fähigkeiten die Willensbildung nicht vielleicht auch die Qualität der Willenserklärung geändert wird.’²

In de huidige Duitse literatuur wordt al geruime tijd een onderscheid gemaakt in soorten wilsverklaringen, aan de hand van de rol van het geautomatiseerd systeem bij het afleggen van een *Willenserklärung*. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de *elektronischen Willenserklärung*, de *automatisierten Willenserklärung* en de *Computererklärung*. In de Nederlandse juridische literatuur dit soort zijn leerstukken nog geen gemeengoed. Er kan voornamelijk worden gewezen op Van Esch die in zijn proefschrift in 1999 de aandacht vestigde op onder meer die theorie van de geprogrammeerde wil, de theorie van de algemene wil en de theorie van de raamovereenkomst.³ Voorts wordt in

1 W. Susat & G. Stolzenburg, ‘Gedanken zur Automation’, *MDR* 1957/3, p. 146-147.

2 Idem. Süßenberger wijst er terecht op dat Susat & Stolzenburg er slechts vanuit gaan dat een ‘Automat’ wordt gebruikt bij de wilsvorming en nog niet bij het overdragen van de uiteindelijke verklaring, Süßenberger 2000, p. 49-51.

3 Van Esch 1999a. Zie ook hoofdstuk 5.

Duitsland geregeld geprocedeerd naar aanleiding van *Willenserklärungen* die met behulp van een geautomatiseerd systeem worden afgelegd. Er is daarom meer jurisprudentie om op terug te grijpen. Aangezien het Nederlands recht dit soort ontwikkelingen moet ontberen, kan het raadzaam zijn het Duitse recht te behandelen. In dit hoofdstuk staat dan ook de vraag centraal hoe naar Duits recht het wilsverklaringsprobleem wordt benaderd. Hiertoe zal allereerst in paragraaf 6.1 in hoofdlijnen het Duitse recht omtrent de totstandkoming van overeenkomsten worden beschreven. Vervolgens zullen in paragraaf 6.2 de *elektronischen Willenserklärung*, de *automatisierten Willenserklärung* en de *Computererklärung* aan de orde komen. In paragraaf 6.3 wordt uiteengezet in welke gevallen sprake kan zijn van een discrepantie tussen wil en verklaring ingeval zich één van deze drie verklaringen voordoet. In paragraaf 6.4 is de jurisprudentie waarin de Duitse rechter zich heeft uitgelaten over *Willenserklärungen* die worden afgelegd met behulp van een geautomatiseerd systeem, geïnventariseerd. In paragraaf 6.5 volgt de conclusie.

6.1 HOOFDLIJNEN VAN TOTSTANDKOMING

6.1.1 Vertrag, Willenserklärung en Rechtsgeschäft

Een overeenkomst (*Vertrag*) wordt naar Duits recht omschreven als de verklaarde wilsovereenstemming van twee of meer personen die is gericht op het teweegbrengen van bepaalde rechtsgevolgen.⁴ Een overeenkomst komt naar Duits recht tot stand door aanbod (*Antrag*) en de aanvaarding (*Annahme*) van het aanbod, § 145 BGB.⁵ Het aanbod en de aanvaarding zijn beiden te kwalificeren als een *Willenserklärung*.⁶ Om de betekenis van dit begrip duidelijk te maken, dient eerst op het begrip *Rechtsgeschäft* gewezen te worden. Het Duitse begrip *Rechtsgeschäft* is vergelijkbaar met de Nederlandse rechtshandeling. *Rechtsgeschäft* wordt gedefinieerd als één of meerdere *Willenserklärungen* gericht op het teweegbrengen van een rechtsgevolg dat ontstaat omdat het gewild is.⁷ In eerste instantie hanteerden de opstellers van het BGB de termen *Rechtsgeschäft* en *Willenserklärung* als synoniemen.⁸ Tegenwoordig wordt met beide begrippen echter niet meer hetzelfde aangeduid. De *Willenserklärung* is een noodzakelijk onderdeel van het *Rechtsgeschäft*. De *Willenserklärung* wordt gedefinieerd als de uiting van een op het teweegbrengen van een rechtsgevolg

4 Palandt/Bassenge e.a. 2007, Einf. v. § 145, Rn. 1; Von Staudinger/Dilcher 1980, Vorb. § 145, Rn. 4.

5 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 146, Rn. 3.

6 Palandt/Bassenge e.a. 2007, Einf. v. § 145, Rn. 1; Von Staudinger/Dilcher 1980, § 145, Rn. 1, § 146, Rn. 3.

7 Palandt/Bassenge e.a. 2007, Überbl. v. § 104, Rn. 2; Von Staudinger/Dilcher 1980, Einl. zu § 104-185, Rn. 4.

8 Motive zum BGB, Band I, 126.

gerichte wil, er wordt gesproken van de *Rechtsfolgewille*.⁹ Een *Willenserklärung* zou op zichzelf een *Rechtsgeschäft* kunnen vormen. Naast de *Willenserklärung* kan een *Rechtsgeschäft* echter aanvullende bestanddelen bevatten. Ingeval van een *Vertrag* – een species van het genus *Rechtsgeschäft* – dient het *Rechtsgeschäft* bijvoorbeeld uit meerdere *Willenserklärungen* bestaan.

Een *Rechtsgeschäft* kan eenzijdig of meezijdig zijn. Ingeval van een eenzijdig *Rechtsgeschäft* zijn de rechtsgevolgen daarvan enkel afhankelijk van één of meer *Willenserklärungen* van één van de betrokken partijen afkomstig is. Bij een meezijdig *Rechtsgeschäft* dienen meerdere, van de aan de zijde van verschillende partijen staande rechtssubjecten afkomstige *Willenserklärungen* samen te vallen. Het *Vertrag* is typisch een meezijdig *Rechtsgeschäft*.¹⁰

Met betrekking tot de *Willenserklärung* wordt er een onderscheid gemaakt in de objectieve en de subjectieve elementen daarvan. Het objectieve deel van de *Willenserklärung* bestaat uit de waarneembare verklaringshandeling. Voor wat betreft de middelen waarmee deze verklaringshandeling verricht kan worden, geldt dat er geen menselijke gedraging is die niet als verklaringshandeling aangemerkt zou kunnen worden.¹¹ Het subjectieve deel betreft de wil (*Rechtsfolgewille*) van degene die de verklaring aflegt. Er kan hier gedifferentieerd worden naar de *Handlungswille*, *Erklärungsbewußtsein* en de *Geschäftswille*.

6.1.2 *Handlungswille*, *Erklärungsbewußtsein* en *Geschäftswille*

Zoals naar Nederlands recht wordt onderscheiden in een handelingswil, duidingswil en rechtswil, zo gaat het Duitse recht uit van respectievelijk de *Händlungswille*, het *Erklärungsbewußtsein* en de *Geschäftswille*. Gezien de Duitse herkomst van de Nederlandse begrippen wekt dit geen verbazing.¹² De *Handlungswille* is de wil om de handeling waarmee de verklaring wordt geuit, te verrichten. De *Handlungswille* ontbreekt bijvoorbeeld ingeval de verklaring berust op een reflexbeweging of wordt verricht onder fysieke dwang. Het *Erklärungsbewußtsein* is de wil die erop gericht is dat de geuite verklaring als een *Willenserklärung* gewild is en niet slechts als een feitelijke mededeling. Het schoolvoorbeeld van een geval waarin *Erklärungsbewußtsein* ontbreekt, betreft de casus waarin iemand die aanwezig is bij een veiling zijn hand opsteekt om iemand te begroeten, dus zonder de bedoeling te hebben een bod uit te brengen.¹³ De *Geschäftswille* is de wil die erop is gericht om met de verkla-

9 Palandt/Bassenge e.a. 2007, Einf. v. § 116, Rn. 1.

10 Von Staudinger/Dilcher 1980, Einl. zu §§ 104-185, Rn. 34-35.

11 Von Staudinger/Dilcher 1980, Vorbem. zu §§ 116-144, Rn. 11.

12 Losecaat Vermeer 1913, p. 12-17.

13 Palandt/Bassenge e.a. 2007, Einf. v. § 116, Rn. 17; Von Staudinger/Dilcher 1980, Vorbem. zu §§ 116-185, Rn. 26.

ringshandeling de in de verklaring bedoelde rechtsgevolgen in het leven te roepen.¹⁴

Net zoals naar Nederlands recht kan naar Duits recht een indeling worden gemaakt van discrepanties tussen wil en verklaring al naar gelang een *Handlungswille*, *Erklärungsbewußtsein* of *Geschäftswille* ontbreekt. Bij het ontbreken van een *Handlungswille*, bijvoorbeeld in geval van vis absoluta, reflexbewegingen of handelen onder hypnose, kan er geen sprake zijn van een *Willenserklärung*. In het geval het *Erklärungsbewußtsein* ontbreekt, komt het volgens Heinrichs aan op een vertrouwenstoets: de vrijheid in de keuze van de verklaaringshandeling, brengt voor de verklarende partij een verantwoordelijkheid met zich mee op grond waarvoor het *Erklärungsrisiko* voor zijn rekening dient te komen. Een gedraging die voor degene tot wie de gedraging is gericht de betekenis heeft van een uiting van een bepaald *Erklärungsbewußtsein*, kan aan de verklarende partij worden toegerekend, ook als hij geen *Erklärungsbewußtsein* heeft gehad.¹⁵

6.1.3 Schadevergoedingsplicht na vernietiging of nietigheid

De wederpartij zou benadeeld kunnen worden ingeval van discrepanties tussen wil en verklaring van de verklarende partij. Daarom wordt naar Nederlands recht de wederpartij beschermd door de vertrouwensleer zoals neergelegd in artikel 3:35 BW. De bescherming is met andere woorden gestalte gegeven door middel van de contractuele gebondenheid van de verklarende partij. Naar Duits recht zal de betreffende verklaring sneller nietig zijn en zal een verklarende partij sneller zijn verklaring kunnen vernietigen, bijvoorbeeld op grond van *Irrtum*. De bescherming van de wederpartij vindt naar Duits recht niet plaats door middel van contractuele gebondenheid maar door middel van een schadevergoedingsplicht van de verklarende partij jegens de wederpartij en mogelijk jegens derden. Deze schadevergoedingsplicht is neergelegd in § 122 BGB. § 122 BGB betreft die *Willenserklärungen* die op grond van § 118 BGB (de schertsverklaring) nietig zijn of op grond van de §§ 119 (*Irrtum*) of 120 (onjuiste overbrenging) zijn vernietigd. De schadevergoedingsplicht betreft de schade die is geleden doordat op de juistheid van de betreffende verklaring is afgegaan maar mag niet boven het positieve contractsbelang uitgaan, het betreft 'slechts' het negatieve contractsbelang.¹⁶

14 Von Staudinger/Dilcher 1980, Vorbem. zu §§ 116-185, Rn. 16-22; Larenz/Wolf 1997, p. 474-475.

15 Palandt/Bassenge e.a. 2007, Einf. v. § 116, Rn. 17.

16 Larenz/Wolf 1997, p. 693-694.

6.1.4 Uitleg

In tegenstelling tot het BW bevat het BGB bepalingen betreffende uitleg. Het BGB bevat twee uitlegbepalingen, § 133 BGB en § 157 BGB. § 133 BGB luidt:

‘Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften.’

§ 157 BGB luidt:

‘Verträge sind so auszulegen, wie Trau und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.’

De reikwijdte van deze bepalingen is ruimer dan de wettekst doet vermoeden. § 133 BGB lijkt slechts te zien op de uitleg van de enkele wilsverklaring, § 157 BGB slechts op de uitleg van overeenkomsten. De eerste bepaling ziet echter ook op de uitleg van overeenkomsten, de tweede ziet ook op de uitleg van enkele wilsverklaringen. Beide bepalingen dienen naast elkaar beschouwd te worden en bieden gezamenlijk een aantal hoofdregels voor uitleg.¹⁷ Uitleg kan betrekking hebben op een wettelijke bepaling, op een wilsverklaring of op een eenvoudige mededeling.¹⁸ Daarnaast kan uitleg verschillende doelen dienen. Het kan in de eerste plaats ertoe dienen de werkelijke wil van een verklarende partij te achterhalen (*Willenserforschung*). Daarnaast kan uitleg in de tweede plaats worden toegepast om de objectieve betekenis van een verklaring te achterhalen. Dat betreft de vraag hoe de ontvanger van een verklaring die verklaring mag opvatten. Beide doelstellingen hangen echter samen. Vanuit het standpunt van de ontvanger van de verklaring (*Sicht des Erklärungsempfängers*) is de uitleg gericht op het achterhalen van de wil van de verklarende partij. Deze wil dient echter wel kenbaar te zijn voor de ontvanger en heeft slechts werking zoals hij ter kennis is gekomen van de ontvanger. Uitleg heeft voorts betrekking op het achterhalen van de duidingswil en de rechtswil. De handelingswil dient echter daadwerkelijk aanwezig te zijn en kan niet door het *Sicht des Erklärungsempfängers* vervangen worden.¹⁹ Aan de hand van uitleg kunnen drie soorten willen onderscheiden worden. In de eerste plaats kan de *werkelijke wil (reale Wille)* achterhaald worden. Is de werkelijke wil niet eenduidig kenbaar dan kan de *vermoedelijke wil (mutmaßlichen Wille)* achterhaald worden. De vermoedelijke wil is bijvoorbeeld de wil die redelijkerwijs gevormd had kunnen worden. Tot slot kan ook gezocht worden naar de *hypothetische wil*. Dit is de wil die de verklarende partij gehad zou hebben indien bepaalde

17 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 133 Rn. 1.

18 Larenz/Wolf 1997, p. 532-533.

19 Larenz/Wolf 1997, p. 533.

omstandigheden aan hem bekend zouden zijn geweest.²⁰ Of in een bepaald geval de subjectieve wil dan wel de objectieve wil dient te worden achterhaald, hangt af van de vraag of de zelfbeschikking (*Selbstbestimmung*) van de verklarende partij dan wel het bij de ontvanger gewekte vertrouwen voorrang verdient.²¹

Op het eerste gezicht lijkt naar Duits recht de wil als grondslag voor gebondenheid een grotere rol te spelen dan naar Nederlands recht het geval is. Hierboven is echter duidelijk geworden dat het vertrouwen van de wederpartij ook grond kan zijn voor de gebondenheid van de verklarende partij. Dit kan geschieden omdat het *Erklärungsrisiko* voor rekening van de verklarende partij komt, of op grond van het *Sicht des Erklärungsempfängers*. Hoewel op het eerste gezicht de subjectieve wil van de verklarende partij doorslaggevend lijkt te zijn, kent het Duitse recht aldus wel degelijk een objectiverende toets. In de woorden van Wolf:

‘Das Bedürfnis nach Vertrauensschutz schränkt deshalb die reine Willensherrschaft ein.’²²

6.1.5 Discrepanties tussen wil en verklaring & *Irrtum*

Het BGB bevat specifieke bepalingen met betrekking tot verschillende categorieën van discrepanties tussen wil en verklaring. Deze regelingen zullen hier in hoofdlijnen worden besproken. In paragraaf 6.3 komen specifiek de discrepanties tussen wil en verklaring en het gebruik van geautomatiseerde systemen aan de orde.

De paragrafen 116, 117 en 118 van het BGB betreffen de situatie waarin een *Geschäftswille* ontbreekt. Op grond van § 116 BGB is een *Willenserklärung* niet reeds nietig omdat de verklarende partij een innerlijk, geheimhouden, voorbehoud heeft gemaakt. De *Willenserklärung* is daarentegen weer wel nietig wanneer de wederpartij op de hoogte is van het voorbehoud. § 117 BGB verklaart de schijnhandeling nietig. Op grond van § 118 BGB is een niet serieus gemeende *Willenserklärung* nietig. Het kan dan niet alleen gaan om de scherts maar ook bijvoorbeeld om grootspraak of overdreven reclame-uitingen.²³ § 119 BGB regelt *Irrtum*. *Irrtum* wordt in het dagelijks taalgebruik omschreven als het geval waarin iemand uitgaat van een voorstelling van zaken die niet overeenstemt met de werkelijkheid en zich niet bewust is van de onjuistheid van die voorstelling van zaken.²⁴ Uit de hiernavolgende vormen van *Irrtum*

20 Larenz/Wolf 1997, p. 534.

21 Larenz/Wolf 1997, p. 534.

22 Larenz/Wolf 1997, p. 535.

23 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 118, Rn. 2.

24 Von Staudinger/Dilcher 1980, §119, Rn. 1; Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119 Rn 7.

blijkt dat de juridische omschrijvingen ruimer dan dit kunnen zijn. Zowel de eigenlijke als de oneigenlijke dwaling worden geregeld door § 119 BGB. Het artikel luidt als volgt:

- ‘(1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder einer Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.
- (2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.’

Aan de hand van bovenstaande bepaling worden de volgende vormen van *Irrtum* onderscheiden, de *Erklärungsirrtum* en de *Eigenschaftsirrtum*.

§ 119 (1) BGB regelt de *Erklärungsirrtum*. De *Erklärungsirrtum* wordt onderverdeeld in de *Irrtum* met betrekking tot het verrichten van de verklaringshandeling (*Irrtum in der Erklärungshandlung*) en de *Irrtum* met betrekking tot de inhoud van de verklaring (*Inhaltsirrtum*). Van een *Irrtum in der Erklärungshandlung* is sprake wanneer de een partij een verklaring aflegt, zonder een verklaring met die inhoud te willen.²⁵ Hiervan is bijvoorbeeld sprake ingeval van een verspreking, verschrijving of vergissing.²⁶ Een *Irrtum in der Erklärungshandlung* doet zich ook voor indien iemand een akte ondertekent die verwisseld is met de akte die die persoon had willen ondertekenen.²⁷ Van de *Irrtum in der Erklärungshandlung* moet worden onderscheiden de *falsa demonstratio*. Hiermee wordt bedoeld op het gebruik van een verkeerde aanduiding die door de wederpartij ‘correct’ wordt opgevat. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien contractspartijen van huur spreken wanneer pacht wordt bedoeld. Omdat de werkelijke wil van de verklarende partij doorslaggevend is, leidt de *falsa demonstratio* niet tot vernietigbaarheid.²⁸ De *Inhaltsirrtum* houdt in dat de verklaring wel gewild is, maar dat de verklarende partij zich vergist in de betekenis of reikwijdte van zijn verklaring.²⁹ Afhankelijk van het voorwerp van de *Irrtum* worden verschillende *Inhaltsirrtumer* onderscheiden. Er kan onder meer sprake zijn van een *Irrtum* met betrekking tot de juridische kwalificatie van het verrichte *Rechtsgeschäft*. Daar is bijvoorbeeld sprake van indien de verklarende partij als borg wil optreden (*Bürgschaftsvertrag*) maar per abuis medeschuldenaar wordt (*Schuldbeitritt*).³⁰ Voorts kan de verklarende partij in *Irrtum* zijn over de persoon van de wederpartij, bijvoorbeeld de

25 Het tweede geval zoals genoemd in § 119 (1) BGB.

26 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119, Rn. 10.

27 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 119, Rn. 11.

28 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 119, Rn. 13.

29 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119, Rn. 11.

30 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119, Rn. 12; Von Staudinger/Dilcher 1980, § 119, Rn. 19.

verkeerde persoon met dezelfde naam wordt aangeschreven,³¹ of over het voorwerp van het *Rechtsgeschäft*, er wordt bijvoorbeeld gecontracteerd over 'het paard dat in de stal staat', wat een ander paard blijkt te zijn dan de verklarende partij voor ogen stond.³² Een *Rechtsfolgenirrtum* doet zich voor indien niet de met het *Rechtsgeschäft* nagestreefde, maar daarvan wezenlijk afwijkende rechtsgevolgen zich voordoen.³³

De *Eigenschaftsirrtum* betreft de eigenlijke dwaling. Hij wordt geregeld door § 119 (2) BGB. Wil en verklaring komen in dit geval wel met elkaar overeen. De verklarende partij verkeert niet in *Irrtum* over de verklaringshandeling of over de inhoud van de verklaring, maar over doorslaggevende eigenschappen met betrekking tot het voorwerp van het *Rechtsgeschäft*.³⁴ Het kan blijkens de wettekst gaan om eigenschappen van de persoon van de wederpartij of van een derde, of om eigenschappen van de *Sache*.

Van bovenstaande vormen van *Irrtum* moet worden onderscheiden de *Motivirrtum*. Dit is de *Irrtum* in een beweegreden van de verklarende partij. Indien het om een *Motivirrtum* gaat die niet tot uiting is gebracht in de *Willenserklärung* is hij juridisch irrelevant, hij kan dan niet tot *anfechtbarkeit* leiden. Voorbeelden van *Motivirrtümer* zijn de *Irrtum* over de waarde van een zaak, het erkennen van een verplichting in de abusievelijke aanname dat deze reeds bestaat en de vergissing over de schuld bij een verkeersongeval bij het erkennen van volledige aansprakelijkheid.³⁵ Een klassiek voorbeeld van een *Motivirrtum* betreft de situatie waarin iemand een huwelijkscadeau koopt, terwijl hij nog niet op de hoogte is van het feit dat de relatie tussen de betreffende huwelijkskandidaten beëindigd is en het huwelijk daarom geen doorgang zal hebben.³⁶

Een succesvol beroep op *Irrtum* stelt de verklarende partij in staat de door hem afgelegde *Willenserklärung* te vernietigen (*anfechtung*). De *Willenserklärung* wordt dan van aanvang aan voor nietig gehouden.³⁷ De *anfechtung* dient onverwijld te geschieden (*ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich)*) te geschieden.³⁸ Een succesvolle *anfechtung* kan er soms toe leiden dat degene de nietigheid inroept de daardoor ontstane schade van de wederpartij vergoed dient te worden.³⁹

§ 120 BGB regelt de verkeerd overgebrachte verklaring. Een verklaring die door een persoon of inrichting verkeerd is vergebracht kan op dezelfde voorwaarden als een in *Irrtum* afgegeven verklaring worden vernietigd. Dit betekent

31 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119, Rn. 13.

32 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 119, Rn. 20.

33 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 119, Rn. 35.

34 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119, Rn. 23.

35 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 119, Rn. 29.

36 Smits & Wijers 1995, p. 74.

37 § 142 (1) BGB.

38 § 121 (1) BGB.

39 § 122 BGB.

dat de verkeerd overgebrachte verklaring als *Irrtum in der Erklärungshandlung* wordt gekwalificeerd.⁴⁰

6.2 DRIE SOORTEN WILLENSERKLÄRUNGEN

In de Duitse literatuur wordt een indeling gemaakt van soorten wilsverklaringen aan de hand van de invloed die een geautomatiseerd systeem heeft gehad in het opstellen en/of verzenden van een verklaring.⁴¹ De volgende drie soorten verklaringen worden onderscheiden. De *elektronische Willenserklärung* wordt door de verklarende partij zelf, 'met de hand' opgesteld en met een geautomatiseerd systeem overgedragen. Voorbeeld van *elektronische Willenserklärungen* zijn het handmatig opstellen en vervolgens verzenden van een e-mailbericht, het invullen en verzenden van een bestelformulier op een website en het handmatig opstellen en verzenden van EDI-berichten.⁴² De *automatisierte Willenserklärung* wordt met behulp van een geautomatiseerd systeem opgesteld. Het standaardvoorbeeld van de geautomatiseerde wilsverklaring is de verzekeringspolis die na invoer van bepaalde gegevens wordt gegenereerd. Een verschil met de *elektronische Willenserklärung* is dat de *automatisierte Willenserklärung* niet per definitie door middel van een geautomatiseerd systeem wordt overgedragen.⁴³ De *elektronische Willenserklärung* en de *automatisierte Willenserklärung* worden als normale *Willenserklärungen* gezien. In het eerste geval is namelijk sprake van een 'normale' verklaring, waarvan het kenmerkende is dat zij elektronisch worden overgedragen. Dit levert echter geen noodzaak op de verklaring op een andere wijze te kwalificeren dan als een normale *Willenserklärung*.⁴⁴ In het tweede geval is ook sprake van een normale *Willenserklärung*. Bijvoorbeeld een verzekeringspolis die na invoer van bepaalde data wordt afgedrukt en wordt verstuurd, wordt als zodanig gekwalificeerd. Mehrings geeft hiervoor als onderbouwing dat het resultaat van de geautomatiseerde verwerking wordt geuit door het bewust en gewild in het verkeer brengen. Hierdoor maakt de gebruiker van het systeem zich de verklaring eigen.⁴⁵ De *Computererklärung*, tot slot, wordt met behulp van een geautomatiseerd systeem zowel opgesteld als verstuurd. Het is als het ware een combinatie van de *elektronische Willenserklärung* en de *automatisierte Willenserklärung*. Het betreft de verklaring die door een geautomatiseerd systeem op grond van een vooraf ingevoerde programmering automatisch en zonder concreet mense-

40 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 120, Rn. 1.

41 Baum 2001, p. 24-65; Clemens 1985, p. 1998-2005; Cornelius 2002, p. 354-355; Huen 1994, p. 595-596; Köhler 1982, p. 132-134; Kuhn 1991, p. 54-83; Mehrings 1998, p. 30-31; Mehrings 2000, p. 14-24.

42 Baum 2001, p. 29-32; Mehrings 2000, p. 15.

43 Baum 2001, p. 33; Mehrings 2000, p. 16.

44 Heun 1994, p. 595; Mehrings 2000, p. 17.

45 Mehrings 2000, p. 17.

lijk toedoen wordt opgesteld en aansluitend elektronisch wordt overgedragen.⁴⁶

De *Computererklärung* wordt gezien als *Willenserklärung* van de gebruiker van het betreffende geautomatiseerde systeem. Over de juridische onderbouwing van de *Computererklärung* zijn de meningen verdeeld. De onderbouwing is echter van belang voor de vraag hoe omgegaan dient te worden met een discrepantie tussen wil en verklaring en met wilsgebreken. Typerend voor de *Computererklärung* is dat op het moment dat zij wordt opgesteld, er geen sprake is van een handeling door een natuurlijk persoon. Ook de uiting van de verklaring, dat wil zeggen het overdragen van de verklaring, geschiedt geautomatiseerd. Het zich eigen maken door middel van de uiting ontbreekt daarom bij de *Computererklärung*, dit in tegenstelling tot de *automatisierten Willenserklärung*. Clemens leidt hieruit af dat in het geval beide partijen gebruik maken van een geautomatiseerd systeem, er geen overeenkomst kan ontstaan omdat niet zeker is welke concrete verklaring een geautomatiseerd systeem kan afleggen.⁴⁷ Clemens:

‘Sicher ist, daß ein voll automatisiertes Dialogverfahren zwischen dem BTX (Bildschirmtext – MBV) -Anbieter etwa und dem Anbieterkunden mit rechtlich bindender vertraglicher Wirkung bei High-Tec-Anlagen nicht möglich ist.’⁴⁸

De heersende leer in de Duitse literatuur is dat een *Computererklärung* wel degelijk als *Willenserklärung* gekwalificeerd kan worden. Deze heersende opvatting wordt door middel van drie verschillende gronden onderbouwd.⁴⁹ In de eerste plaats wordt een vergelijking gemaakt met verkoopautomaten. In zo’n apparaat worden als het ware kant-en-klare *Willenserklärungen* opgeslagen, te weten aanbiedingen *ad incertas personas*. Een zodanige, aan een ieder gericht aanbod, kan worden aanvaard door een munt in de gleuf van het apparaat te werpen. Een verschil met geautomatiseerde systemen met een hogere mate van autonomie dan het verkoopautomaat, is dat bij systemen met een hogere mate van autonomie de gebruiker niet een kant-en-klare *Willenserklärung* ‘op voorraad’ klaar legt. Hij geeft daarentegen slechts de voorwaarden aan waarbinnen het systeem dient te functioneren.⁵⁰ Een tweede grond bestaat uit een vergelijking met een *Blanketterklärung*. Een blanket is een blanco, reeds ondertekend stuk. Een *Blanketterklärung* wordt gedaan door de verklarende partij en wordt aan de hand van bepaalde aanwijzingen door een ondergeschikte gecompleteerd. Een zodanig totstandgekomen *Willenserklärung* wordt aan de verklarende partij toegerekend, ook al is hij niet van tevoren bekend

46 Mehrings 2000, p. 14-16.

47 Clemens 1985, p. 2001-2002.

48 Clemens 1985, p. 2002.

49 Zie voor twee besprekingen van de discussie in de literatuur Mehrings 2000, p. 19-21 en Kuhn 1991, p. 59-69.

50 Mehrings 2000, p. 20; Köhler 1982, p. 132.

met de inhoud van de verklaring. Juridisch is het volgens Köhler niet relevant of de inhoud van de verklaring met behulp van een natuurlijk persoon of met behulp van een technisch inrichting wordt geconcretiseerd. Doorslaggevend is volgens Köhler dat a) de verantwoordelijkheid bij de gebruiker van de technische inrichting⁵¹ berust en b) dat hij zich de uitkomsten van de dataverwerking als eigen verklaring wil laten toerekenen.⁵² De derde grond bestaat uit analoge toepassing van de bepalingen uit het BGB betreffende vertegenwoordiging en volmacht.⁵³ Volgens Kuhn is analoge toepassing van vertegenwoordigingsrecht echter niet op zijn plaats. Hij stelt dat toepassing van het vertegenwoordigingsrecht eist dat er sprake is van een eigen wil en eindverantwoordelijkheid van de vertegenwoordiger. Een geautomatiseerd systeem ontbeert volgens hem kennis van zijn omgeving (*fehlende 'Wissenspräsenz'*) en kan ook geen eigen wil vormen. Een geautomatiseerd systeem is daarom in onvoldoende mate op één lijn te stellen met een vertegenwoordiger waardoor analoge toepassing van vertegenwoordigingsregels niet gerechtvaardigd is.⁵⁴

Volgens Kuhn en Mehrings overtuigen bovenstaande drie gronden niet.⁵⁵ Zij zien echter de volgende redenen om een *Computererklärung* als een *Willenserklärung* van de gebruiker van het geautomatiseerd systeem te kwalificeren.

Kuhn bespreekt achtereenvolgens het objectieve en het subjectieve bestanddeel van de *Willenserklärung*. Het objectieve bestanddeel bestaat uit de uiterlijke waarneembare verklaringshandeling. De verklaringshandeling leidt ertoe dat de *Willenserklärung* voor de wederpartij kenbaar worden gemaakt. Ingeval een EDI-systeem wordt ingezet om verklaringen af te leggen, beperkt het menselijk handelen zich echter tot ingebruikname van het systeem, waaronder het invoeren van de parameters waaraan het systeem dient te voldoen. De uiteindelijke verklaring wordt echter afgelegd door het EDI-systeem. Op dat moment is er geen sprake van concreet menselijk handelen. Er is een *Erklärung ohne Handlung*. Daarnaast speelt volgens Kuhn bij EDI-systemen het probleem dat de voorbereidingshandelingen door verschillende personen verricht kunnen worden. Omdat de voorbereidingshandelingen echter gericht zijn op en oorzakelijk zijn voor het geautomatiseerd afleggen van verklaringen, is de samenwerking tussen de gebruiker van het systeem en zijn hulppersonen voldoende om als menselijke handelingsbijdrage te erkennen. Hiermee voldoet een geautomatiseerde verklaringshandeling aan het objectieve bestanddeel van de *Willenserklärung*. Vervolgens behandelt Kuhn het subjectieve bestanddeel van de *Willenserklärung*. Wil het subjectieve bestanddeel van de *Willenserklärung* aanwezig zijn, dan dient er op zijn minst sprake te zijn van een *Handlungswille*.

51 Köhler spreekt van *Anlage*, Köhler 1982, p. 134.

52 Köhler 1982, p. 133-134.

53 Mehrings 2000, p. 21.

54 Kuhn 1991, p. 65-66. Zie voorts met betrekking tot de kwalificatie van het geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger hoofdstuk 6.

55 Kuhn 1991, p. 69; Mehrings 2000, p. 21.

Wanneer een EDI-systeem een verklaring aflegt, ontbreekt volgens Kuhn echter een concrete wil die correspondeert met die verklaring. Een contractuele gebondenheid van de gebruiker van het EDI-systeem kan echter gerechtvaardigd zijn omdat hij met het geautomatiseerd opstellen en versturen van verklaringen blijkt geeft van zijn algemene rechtswil om aan de in het kader van zijn bedrijfsvoering geproduceerde *Computererklärungen* gebonden te zijn. De gebruiker wil ook zonder kennis van de *Computererklärung* de juridische gelding daarvan, indien de verklaring overeenstemt met daarvoor *Irrtums*-vrij ingevoerde parameters. Hiermee is ook de algemene *Erklärungswille* van de gebruiker gegeven. Omdat het mogelijk is dat de gebruiker geen kennis heeft van een concrete *Computererklärung*, kan het zijn dat hij met betrekking tot die specifieke verklaring geen concrete *Erklärungswille* heeft. Hij is zich er echter zeer wel van bewust dat de inzet van EDI-systemen vanuit het *Sicht des Erklärungsempfängers rechtsgeschäftliche* betekenis toekomt.⁵⁶

Volgens Mehrings is het niet nodig dat op het moment dat een geautomatiseerd systeem een verklaring aflegt, er een concrete wil van de gebruiker aanwezig is. Het is volgens hem voldoende indien de verklaringshandeling uiteindelijk is terug te voeren op de wil van een natuurlijk persoon. Bij de *Computererklärung* is daar sprake van omdat een geautomatiseerd systeem geen zelfstandige beslissingen neemt. Het handelen van het geautomatiseerd systeem bestaat slechts uit het mechanisch uitvoeren van de programmatuur aan de hand van de ingevoerde parameters. Voor een specifieke verklaring is er daarom misschien geen *Geschäftswille* aanwezig maar zij is in elk geval terug te voeren op een algemene wil van de gebruiker van het systeem. Deze herleidbaarheid naar een menselijke wil is volgens Mehrings de eerste voorwaarde om een *Computererklärung* als *Willenserklärung* te kunnen kwalificeren. De tweede voorwaarde houdt in dat de gebruiker van een geautomatiseerd systeem zich de uiteindelijke resultaten wil laten toerekenen.⁵⁷ Deze voorwaarde is volgens Mehrings meestal vrij eenvoudig vervuld omdat de inzet van geautomatiseerde systemen in de vorm van geautomatiseerde bestellings- of boekingsystemen het contracteren dient te versnellen, wat een onmiddellijke toerekening met zich meebrengt. Mehrings baseert zich ter onderbouwing hiervan op het volgende. De wens van de gebruiker om zich de verklaringen van het geautomatiseerd systeem te laten toerekenen blijkt uit het gegeven dat de gebruiker zich op zijn minst van tevoren stilzwijgend de *Computererklärung* eigen maakt. Dit blijkt uit de algemene wil van de gebruiker. Volgens Mehrings wordt dit niet anders indien er een geautomatiseerd systeem wordt ingezet dat gebruik maakt van kunstmatige intelligentie. In dat geval kunnen er verklaringen worden afgelegd die de gebruiker niet voorzien heeft omdat het systeem zijn beslissingsregels gaandeweg aanpast. Ook in dat geval beslist echter de gebruiker over de mate van zelfstandigheid van het systeem. Hier

56 Kuhn 1991, p. 69-71.

57 Mehrings is kennelijk geïnspireerd door Köhler 1982, p. 133-134.

komt bij dat niet de innerlijke wil van de gebruiker, maar de *Sicht des Erklärungsempfängers* relevant/doorslaggevend is. De wederpartij heeft echter geen reden eraan te twifelen dat de gebruiker zich de *Computererklärung* wil laten toerekenen, ook wanneer de gebruiker noch van de inhoud, noch van de geadresseerde van de verklaring kennis behoeft te hebben.⁵⁸

De redenering van Mehrings komt erop neer dat de gebruiker van een geautomatiseerd systeem ervoor heeft gekozen om dat systeem te gebruiken om *Computererklärungen* in het verkeer te brengen, en dat een geautomatiseerd systeem slechts uitvoert wat de natuurlijk persoon het systeem opdraagt. Bij systemen die gebruik maken van kunstmatige intelligentie is dat niet anders:

‘Auch in einem solchen Fall verbleiben aber die Planung und die Herkunft der technischen Vorgänge beim Anlagenbetreiber, der über das Maß der ‘intellektuellen Selbständigkeit’ der DV(Datenverarbeitungs – MBV)-Anlage entscheidet.’⁵⁹

Deze reden kan naar mijn mening ook naar Nederlands recht een grond opleveren om verklaring afgelegd door een geautomatiseerd systeem met een mate van autonomie toe te rekenen aan diens gebruiker waarmee er sprake is van een rechtshandeling. De gebruiker beslist immers *noodzakelijkerwijs* over de mate van handelingsvrijheid van het betreffende geautomatiseerd systeem.

6.3 DISCREPANTIES TUSSEN WIL EN VERKLARING & GEAUTOMATISEERD SYSTEEM

Er zijn verschillende oorzaken voor het ontstaan van een discrepantie tussen wil en verklaring bij het gebruik van geautomatiseerde systemen: 1) de gebruiker kan een invoerfout maken. Hij typt bijvoorbeeld per ongeluk een verkeerd getal in; 2) Het geautomatiseerd systeem gaat uit van onjuiste gegevens, er wordt bijvoorbeeld uitgegaan van een verouderde prijslijst; 3) Door een systeemfout (hardware- of softwarematig) komt een ongewild resultaat tot stand, er wordt bijvoorbeeld een verkeerde verzekeringspremie berekend; 4) Een fout bij het transport van een verklaring leidt tot een wijziging daarvan.⁶⁰

Ingeval van een invoerfout kan er sprake zijn van een *Erklärungsirrtum*. Degene die een verklaring opstelt, maakt bijvoorbeeld een typefout. Er wordt een verkeerd aantal producten besteld of een verkeerde prijs genoemd. De verklaring komt vervolgens niet overeen met de wil van de gebruiker. Dit is met name het geval indien het geautomatiseerd systeem wordt gebruikt als een ‘typemachine’, dat wil zeggen dat de gebruiker zelf de verklaring formuleert. Deze situatie is immers niet anders dan het geval van een handgeschreven verklaring of het geval waarin een verklaring met een typemachine

58 Mehrings 2000, p. 21-24.

59 Mehrings 2000, p. 23.

60 Köhler 1982, p. 134-136; Mehrings 2000, p. 35.

wordt opgesteld. De verklarende partij kan daarom een beroep doen op de vernietigbaarheid van de *Willenserklärung* op grond van een *Erklärungsirrtum*. In de praktijk zal een *Erklärungsirrtum* echter moeilijk te bewijzen zijn.⁶¹

Het geval waarin het geautomatiseerd systeem uitgaat van verkeerde gegevens lijkt op de situatie van de invoerfout. Bij het gebruik van verkeerde gegevens wordt echter *voorafgaand* aan het verrichten van de verklaringshandeling een fout gemaakt. In het algemeen is het zo dat een vergissing die zich voordoet bij de vorming van de wil als *Motivirrtum* wordt aangemerkt. Zoals hierboven uiteengezet kan een *Motivirrtum* niet tot vernietigbaarheid leiden. Ingeval van een *Computererklärung* leidt dit ertoe dat een verklaring die berust op verkeerde gegevens *niet* vernietigbaar is. De consequentie hiervan is dat er in beginsel geen vernietigbaarheid op de voet van § 119 BGB ontstaat.⁶²

Ingeval van een systeemfout kan een *Computererklärung* worden opgesteld die niet de wil van de gebruiker weergeeft. Een aanbod kan bijvoorbeeld worden aanvaard waarbij een spoedige aflevering wordt toegezegd, terwijl het te leveren product niet aanwezig is of terwijl de klant op een zwarte lijst staat vanwege een slechte kredietreputatie waardoor er aan hem niet meer geleverd dient te worden.⁶³

Tijdens het transport van een verklaring kan zich een fout of storing voordoen waardoor de verklaring gewijzigd wordt overgebracht. In dit geval kan de verklarende partij zich beroepen op de hierboven genoemde § 120 BGB.⁶⁴

6.4 DUITSE JURISPRUDENTIE

In Duitsland heeft de rechter zich een aantal malen uitgelaten over de vraag of een met behulp van een geautomatiseerd systeem afgelegde verklaring kan gelden als een *Willenserklärung* van de gebruiker. De jurisprudentie is in te delen in drie categorieën. In de eerste plaats is mij één uitspraak bekend van vóór de opkomst van het internet. Het betreft het gebruik van een geautomatiseerd systeem door een reisbureau. In de tweede plaats is er een aantal uitspraken inzake internetveilingen. Het *Bundesgerichtshof* heeft zich maar liefst tweemaal uitgelaten over deze materie. De derde categorie heeft tot de meeste jurisprudentie geleid en betreft de totstandkoming van overeenkomsten via webwinkels. De drie categorieën komen hierna één voor één aan de orde.

61 Mehrings 2000, p. 36.

62 Mehrings 2000, p. 36-38.

63 Mehrings 2000, p. 38-39.

64 Mehrings 2000, p. 41.

6.4.1 Het reisbureau met het geautomatiseerde systeem

Deze uitspraak⁶⁵ stamt uit 1989 en betreft het volgende. Eiser boekte in november 1988 bij gedaagde een vakantiehuisje in Frankrijk. Op 21 november 1988 ontving eiser van gedaagde een schriftelijke bevestiging waarin een huurprijs van 777,- DM werd vermeld. Deze schriftelijke bevestiging is door de computer van gedaagde opgesteld en uitgeprint. Een week later zond de gedaagde een nieuwe bevestiging aan eiser waarin – zonder opgave van redenen – een prijs van 1.554,- DM vermeld werd. Volgens gedaagde is met de bevestiging van 21 november 1988 sprake van een *Erklärungsirrtum* en is die verklaring vernietigd door middel van de tweede bevestiging.

Het *Amtsgericht* (AG) stelt echter dat er sprake is van een *Motivirrtum* die niet kan worden aangevochten. Volgens het AG berust de foutieve prijs van 777,- DM namelijk op het gebruik van verkeerde gegevens en niet op een verkeerde bediening van een computer of op foutieve invoer van de boekingsgegevens. Er is aldus een overeenkomst tot stand gekomen conform de voorwaarden opgenomen in de bevestiging van 21 november 1988.

Naar mijn mening is met de schriftelijke verklaring van 21 november 1988 sprake van een *automatisierte Willenserklärung*: de verklaring wordt gegenereerd door een geautomatiseerd systeem, maar wordt vervolgens op andere wijze overgedragen. In navolging van Mehrings kan wordt verdedigd dat door het bewust en gewild in het verkeer brengen van de verklaring, de gebruiker van het geautomatiseerd systeem zich de verklaring eigen maakt.⁶⁶ De *automatisierten Willenserklärung* kan daarom de gebruiker als normale *Willenserklärung* worden toegerekend. In beginsel is daarom een beroep op vernietigbaarheid op grond van *Irrtum* daarom mogelijk. In dit specifieke geval gaat dat beroep echter kennelijk niet op omdat de invoerfout zich voordeed *voorafgaand* aan het verrichten van de verklaringshandeling. De fout komt daarom voor rekening van de gebruiker van het geautomatiseerd systeem.⁶⁷

6.4.2 Jurisprudentie inzake internetveilingen

Het *Bundesgerichtshof* (BGH) heeft zich tweemaal uitgelaten over de totstandkoming van een overeenkomst op een internetveiling. De twee uitspraken worden hierna besproken. Aan de hand van de eerst te behandelen uitspraak, de eBay-uitspraak, kan worden vastgesteld welke handelingen als aanbod en welke als aanvaarding gekwalificeerd kunnen worden. Aan de hand van de tweede te behandelen uitspraak, de Ricardo-uitspraak, gaat het BGH in op de vraag of een gebruiker van een internetveiling gebonden is aan het automatisch

65 AG Frankfurt 13 juni 1989, CR 1990/7, p. 469-470.

66 Mehrings 2000, p. 17. Zie ook paragraaf 6.3.

67 Zie ook de noot van Redeker bij de uitspraak.

handelen van het geautomatiseerde veilingssysteem indien deze gebruiker per abuis in het systeem verkeerde instellingen invoert. Tot slot wordt gewezen op een aantal uitspraken inzake de zogenaamde ‘nu kopen’-optie bij internetveilingen.

A. BGH 03.11.2004, VIII ZR 375/03, JurpC Web-Dok. 281/2004 (eBay)

In de eBay-zaak⁶⁸ gaat het om de volgende feiten. Eiser handelt bedrijfsmatig in gouden en zilveren sieraden. Op 7 september 2002 heeft hij het volgende ter veiling aangeboden op de veilingssite van eBay International AG (eBay), met een looptijd van één week:

‘15,00 ct. Diamanten-Armband ab 1,- €’

Op 14 september 2002 heeft gedaagde met € 252,51 het hoogste bod uitgebracht. Na afloop van de veiling weigert gedaagde echter de armband in ontvangst te nemen en weigert hij ook te betalen.

Het geschil spitst zich toe op de vraag of gedaagde zich kan beroepen op het herroepingsrecht. Ingeval van een koop op afstand heeft de consument in de regel een herroepingsrecht. De consument kan binnen een bepaalde termijn zonder opgaaf van redenen de koop ongedaan maken. Dit herroepingsrecht is geïntroduceerd middels de Europese Richtlijn inzake op afstand gesloten overeenkomsten.⁶⁹ De Richtlijn is echter in beginsel niet van toepassing op overeenkomsten die bij veiling of bij verkoop bij opbod worden gesloten.⁷⁰ Deze uitzondering is naar Duitse recht geïmplementeerd in § 312d Abs. 4) onder 5:

‘Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen die in der Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden.’

§ 156 BGB stelt dat in geval van een *Versteigerung* de overeenkomst eerst door gunning (*Zuschlag*) tot stand komt. Het doen van een bod op een veiling is een aanbod, de gunning door de veilinghouder is de aanvaarding.⁷¹ Volgens het BGH is in geval van een internetveiling zoals die geschiedt middels de website van eBay niet aan te merken als een veiling in de zin van § 156 BGB. Er is namelijk geen sprake van een gunning door eBay. De overeenkomst komt

68 BGH 03.11.2004, VIII ZR 375/03, JurpC Web-Dok. 281/2004.

69 Richtlijn 97/7/EG, *PbEG* 1997 L 144/19.

70 Artikel 3 lid 1 spreekt van “overeenkomsten die worden gesloten bij een verkoop bij opbod”. De Duitse, Engelse en Franse versies van de Richtlijn spreken echter respectievelijk van “Verträge, die bei einer Versteigerung geschlossen werden”, “contracts concluded at an auction” en “contrats conclus lors un vente aux enchères”. De Duitse, Nederlandse en Franse versie spreken derhalve van verkoop bij opbod, de Engelse van een veiling, wat naar mijn mening ook verkoop bij afslag omvat.

71 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 156, Rn. 1.

volgens het BGH tot stand door de *Willenserklärungen* van partijen, te weten het aanbod van eiser, dat bestaat uit het ter veiling aanbieden van de armband, dat met het uitbrengen van het winnende bod door gedaagde is aanvaard.⁷² Nu een internetveiling niet als een veiling in de zin van § 156 BGB kan worden gekwalificeerd, zijn voor overeenkomsten die zijn gesloten via internetveilingen het herroepingsrecht niet uitgezonderd.⁷³

In het kader van dit proefschrift is de vraag of naar Duitse recht het herroepingsrecht bij internetveilingen is uitgezonderd, niet aan de orde. Wel is relevant de kwalificatie die het BGH maakt van de handeling die bij een internetveiling worden verricht: het aanbieden ter veiling is een aanbod in de zin van §145 BGB, het uitbrengen van het winnende bod is een aanvaarding van dat aanbod.

Een vervolgvraag is of een gebruiker van een internetveiling gebonden is aan de handelingen van dat systeem indien hij per abuis verkeerd parameters aangeeft waardoor het systeem verklaringen gaat afleggen die niet de wil van de gebruiker van het systeem weergeven. Deze vraag komt in de hierna te behandelen uitspraak aan de orde.

B. BGH 07.11.2001, VIII ZR 13/01, CR 3/2002 (Ricardo)

Deze uitspraak kan worden aangeduid als de Ricardo-zaak.⁷⁴ De zaak betreft de volgende feiten.⁷⁵ De heer F biedt via de internet-veiling van Ricardo.de AG een auto bij opbod te koop aan. Als beschrijving van de auto voert F het volgende in:

‘Passat Variant TDI 110 PS Neuwagen Trendline, satinsilber metallic, innen schwarz, Edelholzausstattung, Klima-automatic, Technik- und Winterpaket, Radiovorbereitung, Nebelscheinwerfer etc. ohne Zulassung, 0 KM.’

F stelt een startprijs van 10,- DM in, maar geeft geen minimumprijs op. De veiling begint op 22 juli 1999 om 21:33 uur en eindigt op 27 juli 1999 om 21:33 uur. Acht seconden vóór het einde van de veiling doet de heer K als 963ste en laatste bieder een bod ter hoogte van 26.350,- DM. Op 27 juli 1999 om 21:54 uur ontvangt K een e-mail van Ricardo met het volgende bericht:

‘(...) herzlichen Glückwunsch, Ihr letztes Gebot war unschlagbar! Bei ricardo.private haben Sie für 26.350,00 DM den Zuschlag⁷⁶ bei der auktion von xxx-Automobile

72 R.o. III.2.a.

73 R.o. III.2.b.

74 BGH 07.11.2001, VIII ZR 13/01, CR 3/2002.

75 De feiten zijn overgenomen uit de uitspraken die in eerste (LG Münster 21 januari 2000, JZ 2000, 730) en derde (BGH 7 november 2001, VIII ZR 13/01) instantie zijn gedaan.

76 Hoewel in dit e-mailbericht van gunning (*Zuschlag*) wordt gesproken, blijkt onder meer uit de hierna te behandelen algemene voorwaarden van Ricardo, dat dit niet als een verwijzing naar § 156 BGB dient te worden opgevat.

mit dem Titel VW Passat Variant TDI 110 PS-Neuwagen (Auktions-Nr. 174124) erhalten.
Bitte setzen Sie sich mit xxx-Automobile in Verbindung, um versand und Bezahlung schnell und einfach zu regeln (...).'

Aldus komt er een koopprijs van 26.350,- DM tot stand. De betreffende dagwaardelijst meldt met betrekking tot dit type auto een waarde van 57.000,- DM. In de correspondentie volgende op de veiling stelt F dan ook dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen. Hij is echter wel bereid de auto voor een prijs van "circa 39.000,- DM" te verkopen. In een procedure eist K de levering van de auto tegen betaling van 26.350,- DM. F stelt een mogelijk totstandgekomen overeenkomst te vernietigen op grond van *Irrtum*. De kernvraag van de procedure is of er een overeenkomst tot stand is gekomen en, zo ja, met welke voorwaarden.

Er is een belangrijke rol weggelegd voor de algemene voorwaarden van Ricardo. Deelname aan een Internetveiling bij Ricardo is pas mogelijk nadat akkoord is gegaan met deze algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden bevatten enkele bepalingen die betrekking hebben op de totstandkoming van overeenkomsten naar aanleiding van een Internetveiling. Bij het bespreken van de inhoud van de algemene voorwaarden is het echter van belang de betrokken partijen duidelijk te onderscheiden. Degene die iets ter veiling aanbiedt is de *aanbieder*. Degene die tijdens een veiling een bod uitbrengt, kan de *bieder* worden genoemd. In de algemene voorwaarden wordt nu het volgende bepaald. Het bod dat de bieder uitbrengt, wordt gezien als een aanbod in de zin van § 145 BGB.⁷⁷ De overeenkomst komt tot stand door aanvaarding van het aanbod van de bieder. De bieder ziet echter af van een aanvaardingsverklaring. De algemene voorwaarden verwijzen hierbij naar § 151 BGB dat bepaalt dat een overeenkomst ook tot stand kan komen zonder dat de aanvaarding jegens de aanbieder wordt verklaard indien (onder meer) de aanbieder daar vanaf ziet. Volgens de algemene voorwaarden aanvaardt de aanbieder *reeds op voorhand* het hoogste, geldig uitgebrachte bod. Het moment waarop de aanbieder zich op voorhand akkoord verklaart, is het moment waarop de webpagina waarop de Internetveiling 'plaatsvindt', beschikbaar wordt. De algemene voorwaarden hanteren hiervoor de term "Freischaltung der Angebotsseite".⁷⁸ Voorts bestempelen de algemene voorwaarden Ricardo als gevolmachtigde ten behoeve van de aanbieder bij het in ontvangst nemen van de gedane biedingen (*Empfangsvertreter*).⁷⁹

Nadat uitspraak is gedaan in eerste instantie door het *Landesgericht* (LG) Münster⁸⁰ en in tweede instantie door het *Oberlandesgericht* (OLG) Hamm,⁸¹

77 § 4 (1) en § 5 (1) van de algemene voorwaarden.

78 § 5 (4) van de algemene voorwaarden.

79 § 4 (7) van de algemene voorwaarden.

80 LG Münster 21 januari 2000, JZ 2000, 730.

81 OLG Hamm, 14 december 2000, JZ 2001, 14.

belanden partijen bij het Bundesgerichtshof (BGH). Hoewel de uitspraak van het BGH uiteraard het hoogste gezag heeft, is het interessant op een overweging van het LG te wijzen. Volgens het LG kan in beginsel een *Willenserklärung* online “per muisklik” geldig worden afgegeven.⁸² Wat de onderhavige casus betreft, is er volgens het LG echter geen overeenkomst:

‘Ein Antrag auf Vertragsschluß muß nämlich bestimmt oder bestimmbar und vom Willen getragen sein, eine endgültige Erklärung in der Rechtssphäre abzugeben, wobei die Endgültigkeit als rechtlicher Bindungswille anzusehen ist. (...) Durch das Internet übermittelte Aufforderungen zu Bestellungen sind im Zweifel nur als *invitatio ad offerendum* anzusehen.’⁸³

Volgens het LG kan het aanbieden van de auto op een internetveiling dus hoogstens worden gezien als het uitnodigen tot het doen van een aanbod (*invitatio ad offerendum*). Het LG suggereert hiermee moeite te hebben met de zelfhandelende eigenschappen van een internetveiling. Het LG neemt immers als uitgangspunt dat online ‘normaal’ een *Willenserklärung* kan worden afgelegd, maar ingeval van een internetveiling ontbreekt kennelijk de rechtswil waardoor er geen sprake is van een bindend aanbod.

Volgens het BGH is er wel degelijk een koopovereenkomst tot stand gekomen. Het BGH stelt dat buiten twijfel staat dat het door K uitgebrachte hoogste bod, gezien dient te worden als een wilsverklaring die is gericht op het sluiten van een koopovereenkomst met F. Het BGH neemt de opvatting van het OLG over dat op het moment dat F de webpagina met de internetveiling beschikbaar stelde (“*Freischaltung der Angebotsseite*”), F reeds op dat moment het hoogst geldig uitgebracht bod accepteert. Volgens het BGH kan overigens in het midden blijven welke van der verklaringen als aanbod dan wel als aanvaarding gekwalificeerd kan worden.⁸⁴ Voorts heeft F een op de verkoop van de aangeboden auto gerichte wilsverklaring afgelegd en niet slechts een uitnodiging tot het doen van een aanbod gedaan.⁸⁵ Hiertoe stelt het BGH in de eerste plaats dat het OLG terecht heeft bepaald dat de wilsverklaring van F voldoende bepaald (“*hinreichend bestimmt*”) was, ook al was de verklaring niet gericht aan een specifieke persoon. Er is sprake van voldoende bepaalbaarheid omdat vaststaat met welke veilingdeelnemer F de koop wou sluiten, namelijk met degene die binnen de veilinglooptijd het hoogste bod uitbracht.⁸⁶ Een tweede argument van het BGH betreft de rol van de algemene voorwaarden van Ricardo bij de uitleg van de verklaring van F. Anders dan het OLG acht het BGH het niet nodig om de algemene voorwaarden van Ricardo toe te passen om de verklaringen van de veilingdeelnemers te duiden. Het BGH ziet alleen

82 R.o. 2.

83 R.o. 2.

84 R.o. II.3.a).

85 R.o. II.3.b).

86 R.o. II.3.b).bb).

ruimte voor de algemene voorwaarden als grondslag voor uitleg van de verschillende verklaringen indien die verklaringen niet uit zichzelf begrijpelijk zijn. Onduidelijkheden kunnen vervolgens worden opgelost aan de hand van de door de erkenning van de algemene voorwaarden gewekte wederzijdse verwachtingen. In de onderhavige zaak gaf F echter bij het beschikbaarstellen van de webpagina met de internetveiling een afzonderlijke verklaring af met de tekst “Reeds op dit moment verklaar ik het hoogste geldig afgegeven bod te aanvaarden”. Hieruit blijkt volgens het BGH overduidelijk de *Bindungswille* van F zonder dat voor de betekenis van deze verklaring op de – overigens gelijklopende – bepaling in de algemene voorwaarden hoeft te worden teruggegrepen.⁸⁷ Overigens is het volgens het BGH niet van belang of F zich bij het afgeven van zijn wilsverklaring en bij de “Freischaltung der Angebotsseite” bewust was van het bindende karakter van zijn verklaring. Ook als er geen sprake zou zijn van een *Bindungswille* van F., zou dit nog niet zonder meer contractuele gebondenheid in de weg staan. Het BGH stelt:

‘Trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende – wie der Beklagte – bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden dürfte.’⁸⁸

Het BGH formuleert hier een zorgplicht: F had kunnen weten en had kunnen vermijden dat zijn uiting als een wilsverklaring opgevat zou worden. Nu hij heeft nagelaten de nodige stappen te nemen om te voorkomen dat zijn uiting als wilsverklaring werd opgevat, leidt het gebrek aan een rechtswil niet tot het niet-bestaan van de wilsverklaring.

Nu vaststaat dat er een geldige wilsverklaring is geuit, is het de vraag of deze kan worden vernietigd met een beroep op *Irrtum*. Het BGH beantwoordt deze vraag ontkennend. In de revisie voor het BGH stelt F dat er sprake is van een *Erklärungsirrtum*. F zou namelijk per ongeluk een verkeerde startprijs hebben ingegeven. Volgens de feitelijke vaststellingen van het OLG is daar volgens het BGH echter geen sprake van. De pas in revisie gestelde *Inhaltsirrtum* betreft nieuwe feiten die niet voor beoordeling door het BGH in aanmerking komen.⁸⁹

C. *AG Moers 11.02.2004, 532 C 109/03, JurPC Web-Dok. 201/2004 (Sofortkauf I)*
 Internetveilingen kennen vaak een ‘nu kopen’-optie. Dat wil zeggen dat de aanbieder een bepaald bedrag kan noemen dat als ‘nu kopen’-prijs geldt. Een potentiële koper kan ervoor kiezen meteen akkoord te gaan met deze prijs.

87 R.o. II.3.b).cc).

88 R.o. II.3.b).dd).

89 R.o. II.4.b)

De veiling wordt dan voortijdig beëindigd. Niet de hoogste bidder wordt dan koper, maar degene die akkoord gaat met de 'nu kopen'-prijs.

In de onderhavige zaak bood gedaagde een aanhangwagen ter veiling aan op eBay. Onder de optie *Sofort Kaufen* voerde gedaagde een prijs in van € 1,-. Eiser bezocht de internetveiling van eBay en klikte op het vakje *Sofort Kaufen*. Eiser en gedaagde hebben vervolgens telefonisch en schriftelijk contact waarbij gedaagde kenbaar maakt te weigeren een eventuele overeenkomst na te komen. Hij stelt dat er sprake is van een *Erklärungsirrtum* op grond waarvan hij de overeenkomst heeft vernietigd.

Volgens het *Amtsgericht* (AG) is er een overeenkomst tot stand gekomen. Het AG beroept zich hierbij op de algemene voorwaarden van eBay. Volgens § 11 van de algemene voorwaarden doet de aanbieder met het instelling van de *Sofort Kaufen*-mogelijkheid, een bindend aanbod. Dit aanbod wordt volgens de algemene voorwaarden aanvaard door het aanklikken van het vakje *Sofort Kaufen*. Aan deze kwalificaties van aanbod en aanvaarding wordt niet afgedaan doordat de algemene voorwaarden slechts gelden tussen eBay en eiser en tussen eBay en gedaagde. Onder verwijzing naar de hierboven behandelde uitspraak van het BGH in de Ricardo-zaak, stelt het AG dat de algemene voorwaarden hebben te gelden als *Auslegungsgrundlage*:

'Erklärungen von Internet-Auktionshaus-Nutzern dürfen nämlich unter Rückgriff auf die durch Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auktionshauses begründeten wechselweitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der online-Auktion ausgelegt werden.'

Het AG stelt aldus dat met het akkoord gaan met de algemene voorwaarden over en weer verwachtingen worden gewekt op grond waarvan verklaringen van deelnemers aan de internetveiling uitgelegd kunnen worden. Eiser mocht er daarom vanuit gaan dat de 'nu kopen'-optie een bindend aanbod was en dat zijn aanvaarding tot een overeenkomst zou leiden.

Het verweer van gedaagde dat hij per abuis een prijs van € 1,- bij de optie 'nu kopen' heeft ingevuld, in plaats van als startprijs van de veiling, acht het AG niet bewezen. Een beroep op de vernietigbaarheid van de overeenkomst slaagt daarom niet.

D. AG Syke 27.09.2004, 24 C 988/04, JurPC Web-Dok. 13/2005 (Sofortkauf II)
Gedaagde in deze zaak biedt via het internetveilingssysteem van eBay een aantal computergerelateerde producten te koop aan, te weten een Canon i865 printer, een aantal printercartridges en een USB-kabel. Gedaagde stelt als *Sofort-Kaufen*-prijs een bedrag van € 1,- in. Eiser maakt gebruik van de *Sofort-Kaufen*-optie. Gedaagde is echter niet van plan de betreffende goederen voor € 1,-

van de hand te doen. Hij stelt dat de prijs van € 1,- niet overeenstemt met zijn wil.⁹⁰

Het AG legt de uitingen van gedaagde objectiverend uit, kennelijk vanuit het *Sicht des Erklärungsempfängers*, en beslist dat gedaagde gebonden is aan de prijs van € 1,-. Als grondslag voert het AG het volgende aan. Bij *eBay* gaat het om een markt waar besluitvaardigheid en snelheid een belangrijke rol spelen. Dat geldt vooral indien het een koopje betreft als bij de *Sofort Kauf*, waarbij voor de koper het gevaar aanwezig is te laat te reageren en de koop mis te lopen. Het AG besteedt ook aandacht aan de inrichting op de website van *eBay* van de *Sofort Kaufen*-mogelijkheid. Deze inrichting is zodanig dat potentiële kopers in eerste instantie slechts een zeer beknopte, éénregelige beschrijving te zien krijgen van het aangeboden product. Reeds dan is er de mogelijkheid gebruik te maken van de *Sofort Kaufen*-optie. Voor de snelle beslisser kan hiermee een beslissend voordeel worden behaald ten opzichte van de minder snelle beslisser die eerst doorklikt naar een gedetailleerde beschrijving van de koopwaar, waar een andere, 'juiste' koopprijs wordt genoemd. Welke andere betekenis de *Sofort Kaufen*-prijs zou hebben dan die van een bindende koopprijs, is het AG hiermee niet duidelijk.

Het beroep van gedaagde op *Irrtum* faalt volgens het AG omdat het niet tijdig is ingeroepen. Gedaagde heeft weliswaar een bericht aan eiser gestuurd, het bericht bevatte echter de volgende zinsnede.

'Sie haben natürlich die Möglichkeit, vom Kauf zurückzutreten, wenn Sie nicht mit dem Preis einverstanden sind.'

Hieruit blijkt volgens het AG dat gedaagde ervan uitging dat de overeenkomst pas door toedoen van de eiser ongedaan gemaakt zou kunnen worden. Gedaagde heeft daar echter geen gebruik van gemaakt.

E. AG Lahnstein 15.12.2004, 2 C 471/04, JurPC Web-Dok. 34/2005 (Sofortkauf III)
Gedaagde biedt op 23 mei 2004 een Yamaha RS 125 motorfiets te koop aan op de internetveilingssite *eBay*. Als *Sofort Kaufen*-prijs worden een prijs van € 1,- ingevoerd. Hetzelfde bedrag wordt ingevoerd als startprijs van de te houden veiling. Als begeleidende tekst voert gedaagde in:

'Biete hier eine Yamaha SR 125 zur Versteigerung an.'

Vier minuten na de start van de veiling, aanvaardt eiser de *Sofort Kaufen*-prijs van € 1,-. Kort daarna hebben partijen telefonisch contact, twee dagen later hebben zij contact via e-mail. In een e-mailbericht van 25 mei 2004 wijst

90 Zie voor de feiten T.O. Keber, ' "eBay" – Schnäpchen und Luftschlösser im Cyberspace – Die Entscheidung des AG Lahnstein im Kontext', *JurPC Web-Dok. 37/2005*. Gedaagde beroept zich naast *Irrtum* ook op § 155 BGB betreffende de *Versteckter Einigungsmangel*.

gedaagde eiser erop dat hij zich heeft vergist en dat niemand een motor ter waarde van € 1.000,- voor € 1,- verkoopt, te meer indien daar transactiekosten van € 11,- mee gemoeid zijn. In een later schrijven van 4 juni 2004 laat gedaagde weten dat de nietigheid van de koopovereenkomst is ingeroepen op grond van *Irrtum*. Voorts laat gedaagde later weten dat hij niet van plan was een *Sofort Kaufen*-prijs in te voeren, hij wou slechts een reguliere veiling houden met als minimumbod een prijs van € 1,-. Volgens de eiser is er echter sprake van een geldige koopovereenkomst.

Het AG honoreert het beroep van gedaagde op *Irrtum*. Dat het om een vergissing van de kant van gedaagde gaat, blijkt volgens het AG uit het feit dat gedaagde het bedrag van € 1,- ook als startprijs voor de veiling heeft ingevoerd, uit het feit dat de motor € 1.000,- waard is en uit het feit dat reeds de transactiekosten € 11,- bedragen. Uit deze omstandigheden leidt het AG af dat gedaagde van plan was middels een veiling de motor voor een hogere prijs aan te bieden en niet voor een *Sofort Kaufen*-prijs van € 1,-.

6.4.3 Totstandkoming van overeenkomsten via websites

Op het internet opereren vele 'webwinkels', dat wil zeggen verkopers die hun producten aanbieden op een website.⁹¹ De website functioneert dan als een elektronische catalogus, maar dan met de toegevoegde functie dat via de site, middels een elektronisch formulier, ook meteen een bestelling geplaatst kan worden. Nadat het geautomatiseerd systeem van de verkoper een bestelling heeft ontvangen, zal het in de regel een bevestiging verzenden. Regelmatig bevat de elektronische catalogus echter fouten. Het gaat dan bijvoorbeeld om producten waarbij per abuis de verkeerde prijs wordt vermeld. In de juridische geschillen die naar aanleiding van zo'n fout kunnen ontstaan, speelt meestal de vraag of de verkoper gebonden is aan de geautomatiseerd verzonden bevestiging van de bestelling. De jurisprudentie waarin dit soort geschillen aan de orde komen, wordt in deze paragraaf besproken.

A. *AG Butzbach 14.06.2002, 51 C 25/02 (71), JurPC Web-Dok. 348/2002*

Eiser bestelde op 20 januari 2001 om 7:53 uur tien televisietoestellen à € 270,47 (oftewel 529,- DM). De bestelling was geplaatst via de website van gedaagde. De betreffende koopprijs stond vermeld op de website van gedaagde, onder meer in de beschrijving van het product. Om 8.43 uur dezelfde dag ontving eiser van gedaagde een e-mailbericht met de volgende tekst:

'Vielen Dank für Ihre E-Mail. Wir werden Ihren Auftrag umgehend bearbeiten.'⁹²

⁹¹ Zie hoofdstuk 2.

⁹² Abs. 3.

Op 21 januari 2001 om 15.31 uur deelde gedaagde middels een e-mailbericht aan eiser het volgende mee:

‘Vielen Dank für ihre Bestellung. Leider können wir ihre Bestellung preislich nicht bestätigen. Bei diesem Preis handelte es sich um einem temporären Fehler auf unserer Internetseite. Der richtige Preis für dieses Modell beträgt 5.295,- DM. Wir bitten um ihr Verständnis und würden uns freuen, wieder von Ihnen zu hören.’⁹³

De eiser stelt in deze zaak dat er een koopovereenkomst tot stand is gekomen en vordert levering van de televisietoestellen tegen een bedrag van € 2.704,43.

Het AG wijst de vordering af. Doorslaggevend is hierbij dat volgens het AG de gedaagde niet door de automatisch verzonden verklaring contractueel wordt gebonden. Het AG redeneert als volgt. De vermelding van de betreffende televisie op de website van gedaagde is te zien als een uitnodiging tot het doen van een aanbod.⁹⁴ Het plaatsen van een bestelling is te kwalificeren als het doen van een aanbod.⁹⁵ Het AG stelt vervolgens dat het automatisch verzonden bericht niet als een aanvaarding van de kant van gedaagde gezien kan worden. Een aanvaarding is namelijk een verklaring waarin zonder voorbehoud het aanbod wordt aanvaard. De automatisch verzonden verklaring is volgens het AG echter slechts een uiting waarmee wordt gesteld dat de gedaagde wil nagaan of hij akkoord wil gaan met de in het aanbod genoemde voorwaarden.⁹⁶ De eiser had met name rekening moeten houden met het feit dat gedaagde wou nagaan of hij voldoende producten in voorraad had om aan alle eventueel te sluiten overeenkomsten te voldoen.⁹⁷ Nu het automatische bericht niet als aanvaarding gezien kan worden, kan in het midden blijven of gedaagde zich met succes op *Erklärungsirrtum* had kunnen beroepen.⁹⁸

B. OLG Frankfurt 20.11.2002, 9 U 94/02, JurPC Web-Dok. 91/2003

In deze zaak is gedaagde verkoper van computers en biedt hij zijn waren te koop aan via een website. Op 24 april 2001 heeft eiser twee bestellingen geplaatst bij gedaagde. De eerste betreffende een Apple Powermac G4 computer tegen een prijs van 93,55 DM, de tweede betreffende een computermonitor en nog een Apple Powermac G4 tegen een gezamenlijke prijs van 106,84 DM. De producten werden tegen deze prijzen onder de rubriek “Preisbrecherangebote” aangeboden. Op de website werden echter verkeerde prijzen aangegeven. De werkelijke waarde van de betreffende producten lag vele malen hoger. Voor de computermonitor was dat namelijk 1.809,48 DM, de eigenlijke prijzen

93 Abs. 5.

94 Abs. 14-15.

95 Abs. 16-17.

96 Abs. 18.

97 Abs. 19.

98 Abs. 22.

van de twee computers waren 6.550,86 DM en 7.214,66 DM. De oorzaak van de foutieve weergave van de prijzen op de website was een wijziging in de software van de betrokken internetprovider. Hierdoor werden bij de dataoverdracht eventuele komma's twee plaatsen verschoven. Hierdoor vermeldde de website prijzen die 1% bedroegen van de bedoelde prijs. Beide door eiser geplaatste bestellingen werden door gedaagde automatisch beantwoord. De automatische antwoorden bevatten de volgende tekst.

'Vielen Dank für Ihren Auftrag, den wir so schnell als möglich ausführen werden.'

De volgende dag deelde gedaagde aan eiser mede dat de betreffende prijzen onjuist waren. Gedaagde weigert tegen de foutieve prijzen de producten te leveren.

Volgens het OLG zijn er geen koopovereenkomsten tot stand gekomen. Het OLG kwalificeert de uitingen van gedaagde op de website als een uitnodiging tot het doen van een aanbod en niet als een aanbod, net zoals, volgens het OLG, een gedrukte catalogus niet als een aanbod aangemerkt kan worden. De bestellingen van eiser ziet het OLG vervolgens als aanbodsverklaringen, de automatische verklaringen van gedaagde waarin de bestellingen worden bevestigd, ziet het OLG (onder verwijzing naar de *objektiven Empfängerhorizont*) als aanvaardingsverklaringen. Vanwege de inhoud van deze verklaringen gelden zij als meer dan slechts een ontvangstbevestiging. Indien een verkoper slechts de ontvangst van een bericht wil bevestigen maar de aanvaarding van een aanbod nog open wil houden, dan dient hij dit eenduidig duidelijk te maken.

De twee automatische verklaringen zijn volgens het OLG echter op grond van de volgende redenering vernietigd met een beroep op § 120 BGB inzake de *anfechtbarkeit* wegens een onjuiste overdracht van een *Willenserklärung*. De automatische verklaringen zijn weliswaar door een computer automatisch opgesteld en verzonden maar omdat een computer slechts bevelen uitvoert die van tevoren zijn vastgelegd, heeft elke automatisch opgestelde en verzonden verklaring haar oorsprong in een menselijke handeling en een menselijke wil. Deze *Computererklärungen* zijn daarom de gebruiker als *Willenserklärungen* toe te rekenen:

'Da aber der Rechner nur Befehle ausführt, die zuvor mittels Programmierung von Menschenhand festgelegt worden sind, hat jede automatisch erstellte Computererklärung ihren Ursprung in einer menschlichen Handlung, die von dem Erklärenden veranlasst wurde und die auf seine Willen zurückgeht. Auch Computererklärungen sind deshalb als Willenserklärungen dem jeweiligen Betreiber zuzurechnen.'

Deze overweging moet naar mijn mening waarschijnlijk zo worden opgevat dat elke *Computererklärung in beginsel* terug te voeren is op de wil van de gebruiker. Het OLG vervolgt namelijk dat vaststaat dat de betreffende *Computer-*

erklärungen niet overeenstemden met de wil van gedaagde. Er is sprake van een *Übermittlungsirrtum* in de zin van § 120 BGB. Oorzaak van de *Irrtum* is een aan gedaagde niet bekende wijziging van de software door de internetprovider die ervoor zorgde dat de prijzen op de website van gedaagde onjuist werden weergegeven. Het OLG ziet geen obstakel in het feit dat de incorrecte prijzen slechts indirect werden opgenomen in de betreffende automatische verklaringen. De verkeerde data werd immers opgenomen in de tekst op de website (de uitnodiging tot het doen van een aanbod), vervolgens in het aanbod van de eiser en tot slot in de automatische verklaringen (de aanvaarding) van gedaagde.

C. *AG Westerburg 14.03.2003, 21 C 26/03, JurPC Web-Dok. 184/2003*

Gedaagde in deze zaak drijft een winkel voor foto- en videoartikelen. Zijn website vermeldt de door hem verhandelde producten en prijzen. Op 7 maart 2002 werden op de website drie verschillende modellen digitale camera's van het merk Fuji genoemd, elk met een verkoopprijs van € 1,-. De camera's waren nog niet op de markt, maar konden vanaf 13 maart 2002 geleverd worden. Dezelfde dag, 7 maart 2002, bestelde eiser via het bestelformulier op de website bij vooruitbetaling drie van deze digitale camera's. Later die dag bestelde hij nog een camera, de zogenaamde Fuji FinePix 602. Betaling van deze camera zou onder rembours geschieden. Het geautomatiseerd systeem van gedaagde stuurde automatisch een bevestiging van de bestelling middels het volgende e-mailbericht:

'Guten Tag, vielen Dank für ihre Bestellung! Am Ende dieser Mail finden Sie eine Auflistung Ihrer Bestellung, die wir so schnell wie möglich für Sie bearbeiten werden (...).'

Vervolgens gaf het e-mailbericht een overzicht van de bestelling. Opgevoerd werden de drie bij vooruitbetaling bestelde camera's, de prijs per stuk (€ 1,-), de gezamenlijke prijs (€ 3,-), de verzendkosten (€ 7,-) en het ,met toepassing van korting, totaalbedrag van € 9,94. Bij de tweede bestelling wordt ook een automatisch e-mailbericht gegenereerd en verzonden. Dit bericht vermeldde het bestellingoverzicht de prijs per stuk (€ 1,-), de verzendkosten (€ 7,-), rembourskosten (€ 2,50) en een totaalbedrag van € 10,50.

Later op de dag van bestelling ontving eiser nog een e-mailbericht van gedaagde het de tekst:

'(...) Bei der Überarbeitung der Seiten hat sich durch einen EDV Fehler dieser etwas unrealistischer Preis eingeschlichen. Zur Zeit können wir weder diese Produkte noch zu diesem Preis liefern. Fehler passieren leider manchmal. Sorry. Vielleicht finden Sie ja eine alternative in unserem Angebot (...).'

Daaronder werden opnieuw de drie bij vooruitbetaling bestelde camera's opgevoerd, wederom met een prijs per stuk van € 1,-, verzendkosten van € 7,-

en een totaalbedrag van € 9,94. Gedaagde stelt met een beroep op *Irrtum* de koopovereenkomsten met betrekking tot de camera's te hebben vernietigd. Volgens het AG is de vermelding van een camera op de website van gedaagde een uitnodiging tot het doen van een aanbod. De bestelling van eiser kwalificeert het AG als aanbod. De automatisch gegenereerde en verzonden e-mailberichten zijn volgens het AG aan te merken als aanvaardingen. Het AG:

'Auch elektronische Erklärungen sind Willenserklärungen. Die vom automatischen Shop System erstellte Willenserklärung ist der Beklagte auch zurechenbar. Der Betreiber einer EDV-Anlage schafft auf Empfängerseite ein berechtigtes Vertrauen darauf, an die von seiner EDV-Anlage erstellten und übermittelten Erklärungen gebunden zu sein.'

Volgens het AG wekt het gebruik van het woord "Bestellung" in de automatische gegenereerde en verzonden berichten het gerechtvaardigd vertrouwen dat de totstandkoming van een overeenkomst wordt bevestigd. Er wordt niet enkel de ontvangst van een e-mail bevestigd. De gedaagde heeft het voorts in de hand het geautomatiseerd systeem zodanig in te richten dat zulk vertrouwen niet wordt gewekt. Volgens het AG heeft gedaagde zich echter met het op 7 maart 2002 laatst verzonden bericht met succes op *Irrtum* beroepen. Dit bericht maakt echter slechts melding van de drie bij vooruitbetaling bestelde camera's. De koopovereenkomst met betrekking tot de camera die onder rembours geleverd zou worden, blijft volgens het AG daarom onaangetast.

D. LG Köln 16.04.2003, 9 S 289/02, JurPC Web-Dok. 138/2003

Op 16 april 2003 heeft het Landesgericht te Keulen in hoger beroep een uitspraak gedaan inzake een automatisch verzonden bericht.⁹⁹ In deze zaak zijn de feiten als volgt. Eiseres heeft bij gedaagde een bestelling geplaatst voor een projectietoestel. Gedaagde bood dit toestel aan op het internet¹⁰⁰ tegen een prijs van € 3.001,55. Naar aanleiding van de bestelling wordt er op 18 januari 2002 om 16:34 uur automatisch een bericht naar eiseres verzonden, door middel van een zogenaamde 'auto-reply' functie. In het automatisch verzonden bericht wordt gesproken van een "baldige Ausführung" van de bestelling. Om 17:00 uur diezelfde dag stuurt gedaagde aan eiseres een corrigerend bericht. De gedaagde stelt dat per abuis een verkeerde prijs is vermeld, de prijs van € 3.001,55 zou ongeveer de helft van de gemiddelde verkoopwaarde zijn. De vraag is of er een overeenkomst tot stand is gebracht.

Volgens het LG is er een overeenkomst ontstaan door de automatisch aan eiseres verzonden verklaring. De automatisch verzonden verklaring is de gedaagde als eigen wilsverklaring toe te rekenen, ook al is deze verklaring

99 LG Köln 16.04.2003, 9 S 289/02, JurPc Web-Dok. 138/2003.

100 In de uitspraak wordt gesproken van 'over het internet aangeboden' waren. Waarschijnlijk wordt bedoeld het op een website aanbieden van producten.

geautomatiseerd verzonden op basis van instellingen die voorafgaand zijn verricht. Het LG stelt dat de computer die werd ingezet slechts bevelen uitvoert, die van tevoren door mensenhanden worden vastgelegd. Daarom heeft de verklaring haar oorsprong in een door gedaagde teweeggebrachte en op zijn wil terug te voeren handeling:

‘Diese Erklärung ist, obgleich automatisiert aufgrund vorheriger Programmierung (also mittels ‘Auto-Reply’) abgegeben, der Beklagten als eigene Willenserklärung zuzurechnen, weil der Programmierung von Menschenhand festgelegt wurden, und die Erklärung deshalb ihren Ursprung in einer von der Beklagten veranlassten und auf ihren Willen zurückgehenden Handlung hat.’¹⁰¹

Het LG neemt hier de overweging over uit de in de hierboven behandelde uitspraak van het OLG Frankfurt. Het LG vervolgt:

‘Die Erklärung ist deshalb so zu behandeln, als sei sie ohne Einsatz der Auto-Reply-Programmierung zustande gekommen.’¹⁰²

Vanuit het *Sicht des Erklärungsempfängers* staat het volgens het LG buiten twijfel dat met de automatisch verzonden verklaring het aanbod van eiseres is aanvaard. Volgens het LG kan gezien de verwijzing naar de spoedige uitvoering van de bestelling, de verklaring alleen worden opgevat als een aanvaarding. Indien de leverancier enkel de ontvangst van het bericht had willen bevestigen en een mogelijke aanvaarding nog in het midden willen laten, dan dient hij dat duidelijk te stellen. Wanneer iemand verklaart een bestelling te gaan ‘uitvoeren’, is dat iets anders dan het ‘bewerken’ van een bestelling.

Een vervolgvraag is of de gedaagde met de corrigerende verklaring van 17:00 uur de wilsverklaring met een beroep op *Irrtum* heeft vernietigd. Deze vraag wordt door het LG ontkennend beantwoord. Op het moment waarop de verklaring van 16:34 uur automatisch wordt verzonden doet zich immers geen *Irrtum* voor. De vergissing van gedaagde zat hem immers in de verkeerde prijsopgave, niet in het daaropvolgende bericht waarmee wordt aangekondigd dat “de opdracht spoedig zal worden uitgevoerd”. Bovendien is er reeds op het moment van verzending van de automatische verklaring geen sprake van *Irrtum* omdat de verklaring op grond van een voorafgaande programmering is opgesteld en er op het moment van verzending geen sprake was van een wilsvorming van de zijde van gedaagde. Om te achterhalen wat de gedaagde met de automatisch verzonden verklaring wilde verklaren dient derhalve de situatie op het tijdstip van programmeren in acht te worden genomen. De programmering zoals ingevoerd door gedaagde, omvat onder meer dat een automatisch te verzenden bericht de prijsopgave op de website van gedaagde

101 R.o. II.1. Abs. 3.

102 R.o. II.1. Abs. 3.

overneemt. Dat de prijsopgave op de website onjuist was, kan leiden tot de (irrelevante) *Motivirrtum* dat de prijsopgave op de website wel degelijk correct was. Het LG maakt een vergelijking met de situatie waarin een verkoper een prijslijst raadpleegt en de daar vermelde onjuiste prijs ten grondslag legt aan een daaropvolgende wilsverklaring alsof het om de juiste prijs zou gaan. Het gaat daarom in dit geval niet om *Irrtum* die kan worden aangevochten op grond van §§ 119 e.v. BGB.

E. LG Gießen 04.06.2003, 1 S 413/02, JurPC Web-Dok. 278/2003

In deze zaak plaatste eiser bij gedaagde via e-mail een bestelling voor drie switches, type "D-Link DES-1024", à € 79,-. Gedaagde bood deze producten aan op zijn website. Naar aanleiding van de bestelling werd automatisch een bericht verzonden aan eiser. In het bericht wordt gesteld dat het "keine Auftragsbestätigung" is, en wordt het volgende verklaard.

'Wir wünschen Ihnen viel Freude mit der Sie in Kürze erreichenden Bestellung.'

Uiteindelijk levert gedaagde aan eiser een ander product dan wat eiser besteld heeft.

Volgens het LG Gießen kan het automatisch verzonden bericht vanuit het *Sicht des Erklärungsempfangers* niet als aanvaarding van een aanbod worden gezien. Dit fundeert het LG op de tekst van het bericht: er wordt geen bevestiging van de opdracht gegeven, voorts wordt er slechts veel plezier gewenst met de bestelde zaken. Ook speelt een rol dat het bericht in korte tijd na het plaatsen van de bestelling is verzonden. De gedaagde is daardoor bijvoorbeeld niet in staat geweest om te controleren of zijn voorraad toereikend is, of om na te gaan of hij akkoord wil gaan met de voorwaarden van de bestelling.

Het LG plaatst de casus vervolgens in het kader van de postorderbranche. Volgens het LG is bij postorderhandel de levering van het bestelde product aan te merken als aanvaardingsverklaring. Er is dan sprake van een openbaarmaking van een aanvaardingswil door het verrichten van de nakomingshandeling. Indien, zoals in dit geval, producten worden toegezonden die niet besteld zijn, komen aanbod en aanvaarding niet met elkaar overeen waardoor er geen overeenkomst met de door het aanbod genoemde voorwaarden tot stand is gekomen.

F. BGH 26.01.2005, VIII ZR 79/04, JurPC Web-Dok. 26/2005

Eiseres in deze zaak verkoopt computers en toebehoren met behulp van een website. In januari 2003 stelt een medewerker van eiseres de verkoopprijs van een notebook-computer vast ter hoogte van € 2.650,-. Deze prijs is vervolgens ingevoerd in het geautomatiseerd systeem van eiseres. Vervolgens is deze verkoopprijs automatisch in de elektronische catalogus van de website opgenomen. Het resultaat van deze gang van zaken is echter dat de catalogus niet een prijs van € 2650,- bevat, maar van € 245,-. In februari 2003 wordt het

eiseres duidelijk dat er meerdere gevallen zijn waarin van een fout in de dataoverdracht sprake is.

Gedaagde bestelt op 1 februari 2003 een notebook van het betreffende type, tegen de op de site genoemde prijs van € 245,-. De bestelling wordt automatisch middels een e-mailbericht bevestigd. Een volgend automatisch verzonden e-mailbericht stelt het volgende.

‘Sehr geehrter Kunde,
Ihr Auftrag wird jetzt unter der Kundennummer (...) von unserer Versandabteilung bearbeitet (...) Wir bedanken uns für den Auftrag (...)’

De notebook wordt met een factuur op 5 februari 2003 aan gedaagde geleverd, tegen een prijs van € 245,- plus de verzendkosten van € 12,50. Bij schrijven van 11 februari 2003 verklaart eiseres de koopovereenkomst te willen aantasten (*anfechtung*). De grond daarvoor is volgens eiseres dat vanwege een systeemfout voor de notebook per abuis een prijs van € 245,- werd genoemd. De gedaagde weigert echter de notebook te retourneren. Het geschil spitst zich toe op de vraag of eiseres met een beroep op *Irrtum* de koopovereenkomst kan aantasten (*anfechten*).

Volgens het BGH kan eiseres zich met succes op *Irrtum* beroepen. De redenering van het BGH is als volgt. In navolging van het *Berufungsgericht*¹⁰³ kwalificeert het BGH de bestelling van gedaagde als een aanbod. Met het geautomatiseerd verzonden e-mailbericht waarmee de bestelling is bevestigd, is het aanbod aanvaard, waardoor in beginsel een koopovereenkomst is ontstaan. Bij de vermelding van de verkeerde prijs op de website is volgens het BGH echter sprake van een *Erklärungsirrtum*.¹⁰⁴ De *Erklärungsirrtum* die zich heeft voorgedaan, ‘werkt’ volgens het BGH ‘door’ in het geautomatiseerde e-mailbericht. De prijs van € 246,- berust immers niet op de wil van eiseres, haar bedoeling was dat de door haar opgegeven prijs als juridisch bindende verkoopprijs in catalogus zou worden opgenomen. Haar wil was er vervolgens op gericht een aanbod te aanvaarden dat uitging van de prijs die zij zelf had ingevoerd, te weten de prijs van € 2.650,-. Hiermee is er sprake van ‘doorwerking’ van de *Erklärungsirrtum*. Het BGH verwerpt de stelling van gedaagde dat de *Irrtum* in casu als een *Motivirrtum* gekwalificeerd dient te worden.

103 Dit is de lagere rechter tegen wiens uitspraak revision bij het BGH is ingesteld.

104 Dit blijkt volgens het BGH mede uit § 120 BGB, op grond waarvan een verkeerd overgebrachte verklaring als verricht onder een *Erklärungsirrtum* kan worden aangevochten, Abs. 18.

6.4.4 Evaluatie van de jurisprudentie

In de bovenstaande jurisprudentie geven alleen het OLG Frankfurt en het LG Köln een algemene regel om een automatisch afgelegde verklaring toe te rekenen aan de gebruiker van het betreffende systeem. Volgens de rechter geldt zo'n verklaring als *Willenserklärung* van de gebruiker omdat de programmering van het geautomatiseerd systeem door mensenhand geschiedt. Aangezien het systeem slechts bevelen opvolgt, heeft het handelen van het systeem haar oorsprong in een door de gebruiker verrichte en in beginsel op zijn wil teruggaande handeling. Hierin is de theorie van de geprogrammeerde wil te herkennen. 'Programmeren' wordt terecht ruim opgevat. Het gaat er niet om dat de gebruiker zelf de betreffende software heeft geprogrammeerd, het gaat erom dat de gebruiker de parameters heeft ingevoerd waarbinnen het systeem handelt. Als nuancering binnen deze algemene toerekeningsregel kan worden gewezen op de overweging van het BGH in de Ricardo-zaak. Indien geautomatiseerd een verklaring wordt afgelegd waarbij een rechtswil van de gebruiker ontbreekt, gaat het er niet om of de aanbieder zich bewust is van het bindende karakter van zijn aanbod. Het gaat er daarentegen om of de aanbieder stappen had kunnen ondernemen om te voorkomen dat zijn uiting als een *Willenserklärung* werd opgevat.

Vervolgens komt het ook aan op de formulering van de automatisch afgelegde verklaring. Een verklaring waarin wordt gesteld dat een bestelling 'bewerkt' zal worden, heeft een andere betekenis dan de formulering dat een opdracht 'zo spoedig mogelijk uitgevoerd zal worden'. In het eerste geval dient degene die bestelling plaatst, er bijvoorbeeld rekening mee te houden of de voorraad van de verkoper wel strekt.

Voorts kan uit de Ricardo-uitspraak en uit de uitspraak van het AG Moers een verzwakte versie van de theorie van de raamovereenkomst worden bespeurd.¹⁰⁵ De deelnemers aan een internetveiling sluiten voorafgaand aan de veiling weliswaar geen overeenkomst, toch dienen de algemene voorwaarden waar zij jegens het veilinghuis mee akkoord gaan, *jegens elkaar* als *Auslegungsgrundlage* voor de middels een internetveiling afgelegde *Willenserklärungen*.

Het onderscheid tussen fouten in de voorbereidingshandelingen en fouten naar aanleiding van een oneigenlijke dwaling (*Erklärungsirrtum*) komt mij als te dogmatisch voor. Uit de literatuur¹⁰⁶ en de jurisprudentie¹⁰⁷ volgt dat een *Willenserklärung* die ongewilde informatie bevat vanwege fouten in de voorbereidingshandeling, niet vernietigbaar is. Er zou namelijk geen sprake zijn van een *Erklärungsirrtum*, maar van een *Motivirrtum*. Dit is volgens mij

¹⁰⁵ Zie hoofdstuk 3.

¹⁰⁶ Köhler 1982, p. 134-136; Mehrings 2000, p. 36-38.

¹⁰⁷ AG Frankfurt 13 juni 1989, CR 1990/7, p. 469-470; LG Köln 16.04.2003, 9S 289/02, JurPC Web-Dok. 138/2003.

niet vol te houden. Doel van het gebruik van een geautomatiseerd systeem is immers dat het systeem de verklaringshandeling verricht. Het onderscheid tussen voorbereidingshandelingen en invoerfouten valt daarom naar mijn mening niet te maken. Het betreft allebei handelingen waarbij het systeem wordt geïnstrueerd. Vervolgens legt het systeem conform de instructies een verklaring af. In één van de behandelde uitspraken is de rechter dit ook van mening.¹⁰⁸ In deze zaak was bij de voorbereidingshandelingen sprake van een *Übermittlungsirrtum*, toch concludeerde het OLG Frankfurt niet naar aanleiding daarvan dat er sprake was van een *Motivirrtum*, de uiteindelijke *Computererklärung* was gewoon vernietigbaar.

Het wekt enigszins verbazing dat het BGH in de Ricardo-zaak voorbij gaat aan de in de literatuur ontwikkelde *Computererklärung*. De constructie van het BGH dat F reeds op het moment van het beschikbaar stellen van de webpagina, het bod van K accepteert, is naar mijn mening feitelijk onmogelijk. Chronologisch gaat het beschikbaar stellen van de pagina vóóraf aan het uitbrengen van het winnende bod van K. Het zou dan ook juister zijn als het BGH had overwogen dat F met de 'Freischaltung' zich verbindt het winnende bod te zullen accepteren.

6.5 HOOFDSTUKCONCLUSIE

In dit hoofdstuk kwam de vraag aan de orde hoe naar Duits recht de handelingen van een geautomatiseerd systeem kunnen worden toegerekend aan de gebruiker van dat systeem. Deze inventarisatie is uitgevoerd ter beantwoording van onderzoeksvraag 1 (OV1). OV1 ziet op de vraag of het verrichten van een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem past in de vigerende wilsvertrouwensleer. 'Rechtshandeling' en 'wilsvertrouwensleer' hebben voor de Nederlandse jurist uiteraard een Nederlandsrechtelijke betekenis. Het Duitse recht is echter dermate vergelijkbaar dat er lessen uit getrokken kunnen worden.

Al bij een eerste blik op het Duitse recht valt op dat, anders dan in de Nederlandse literatuur, in de Duitse literatuur een onderscheid wordt gemaakt tussen de *elektronische Willenserklärung*, de *automatisierten Willenserklärung* en de *Computererklärung*. Dit onderscheid is gebaseerd op de mate van invloed dat een geautomatiseerd systeem heeft. De *Computererklärung* wordt volgens de heersende mening in de Duitse literatuur als *Willenserklärung* aangemerkt. In de onderbouwing hiervan zijn drie van de in het vorige hoofdstuk behandelde theorieën te herkennen, te weten de theorie van de geprogrammeerde wil, de theorie van de algemene wil en de theorie van de raamovereenkomst. Kuhn is met zijn opmerkingen over de 'algemene *Erklärungswille*' voorstander van

108 OLG Frankfurt 20.11.2002, 9U 94/02, JurPC Web-Dok. 91/2003.

de theorie van de algemene wil. Mehrings lijkt zowel de theorie van de geprogrammeerde wil als de theorie van de algemene wil voor te staan om de *Computererklärung* als *Willenserklärung* van de gebruiker te kwalificeren. Hij stelt immers twee voorwaarden wil die kwalificatie gemaakt kunnen worden. De eerste voorwaarde is dat het handelen van het geautomatiseerd systeem is terug te voeren op de wil van diens gebruiker. Deze wil blijkt uit de parameters die de gebruiker het systeem meegeeft. Dit duidt op toepassing van de theorie van de geprogrammeerde wil. Mehrings spreekt weliswaar op verwarrende wijze van een 'algemene wil', maar hij lijkt hiermee aan te duiden dat de gebruiker geen specifieke, op elke mogelijke handeling gerichte wil heeft. De tweede voorwaarde houdt in dat de gebruiker zich de uitkomsten van zijn systeem wil laten toerekenen. Dit zou kunnen blijken uit het in gebruik nemen en houden van het systeem. Hiermee wordt naar mijn mening de theorie van de algemene wil toegepast.

Het kost de Duitse rechter weinig moeite om de *Computererklärung* als normale *Willenserklärung* te zien en zo de handelingen van het systeem toe te rekenen aan diens gebruiker. Als hoofdregel kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat het handelen van een geautomatiseerd systeem haar oorsprong heeft in een door de gebruiker verrichte en in beginsel op zijn wil teruggaande handeling. Hierin is zowel de theorie van de geprogrammeerde wil als de theorie van de algemene wil te herkennen. Bij deze hoofdregel kan de opmerking van Mehrings worden herhaald dat een en ander niet anders wordt indien een geautomatiseerd systeem handelt op grond van kunstmatige intelligentie. Een geautomatiseerd systeem wordt immers per definitie door een natuurlijk persoon in gebruik genomen. Legt het systeem toch een verklaring af die niet overeenstemt met de wil van diens gebruiker, dan komt het volgens het BGH aan op de vraag of de gebruiker stappen had kunnen ondernemen om te voorkomen dat zijn uiting als een (bindende) *Willenserklärung* werd opgevat. Naar mijn mening kan een kanttekening wordt geplaatst bij het strikte onderscheid tussen een fout bij voorbereidingshandelingen en een invoerfout zoals het LG Köln dat maakt. Volgens het LG leidt de eerste tot *Motivirrtum* die niet *anfechtbar* is, de tweede geldt als *Erklärungsirrtum* die wel kan leiden tot *anfechtbarkeit*. Het LG lijkt hiermee te eisen dat een oneigenlijke dwaling (bijvoorbeeld een verschrijving) zich altijd moet voordoen op het moment dat de verklaring wordt gedaan. Dat is een wel erg strenge interpretatie van de wet. Voorts lijkt de rechter ook een afgezwakte versie van de theorie van de raamovereenkomst toe te passen. De algemene voorwaarden die contractanten niet jegens elkaar, maar jegens de houder van een internetveiling van toepassing verklaring, kunnen gelden als *Auslegungsgrundlage* voor de tussen contractanten uitgewisselde verklaringen.

In hoofdstuk 5 is bij de behandeling van de theorie van de geprogrammeerde wil, erop gewezen dat geautomatiseerde systemen handelingen kunnen verrichten op basis van 'abstracte' instructies van de gebruiker. 'Abstract' wil zeggen dat de gebruiker niet specifiek in detail voorschrijft wat voor verklaring het systeem moet afleggen. De abstracte instructie maken een scala aan specifieke handelingen van het systeem mogelijk. Het geautomatiseerd systeem heeft dus een mate van handelingsvrijheid. Uiteraard speelt dan weer de vraag of deze handelingen aan de gebruiker dienen te worden toegerekend. Wanneer wordt uitgegaan van systemen met deze mate van handelingsvrijheid, zijn auteurs geneigd om uit te gaan van de actorpremissie.¹ In het verlengde van de actorpremissie wordt soms voorgesteld om het geautomatiseerd systeem als een rechtspersoon en/of als een vertegenwoordiger te kwalificeren.

In dit hoofdstuk worden deze twee oplossingsrichtingen behandeld. Hiertoe komen onderzoeksvraag 2, "Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een rechtssubject?", en onderzoeksvraag 3, "Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een vertegenwoordiger?" aan de orde. Zij worden in respectievelijk paragraaf 7.1 en 7.2 besproken.

7.1 RECHTSSUBJECTIVITEIT VOOR GEAUTOMATISEERDE SYSTEMEN

Slechts enkele auteurs hebben zich gebogen over de vraag of een geautomatiseerd systeem als rechtssubject gekwalificeerd zou moeten worden.² De vraag wanneer iets als een rechtssubject gekwalificeerd zou moeten worden, is ook aan de orde geweest bij het ontstaan van de rechtspersoon.³ De volgende theorieën zijn aangedragen om het bestaan en de aard van de rechtspersoon te verklaren. Op grond van een eerste theorie kan de rechtspersoon worden gezien als een fictie. Het recht zou naar willekeur aan anderen dan de mens rechtssubjectiviteit kunnen toekennen. Hier is tegenin gebracht dat het creëren van een fictie niet nodig is. De aard van de rechtspersoon zou daarentegen

1 De betreffende auteurs worden in dit hoofdstuk uitgebreid behandeld. Zie hoofdstuk 3 ten aanzien van de actorpremissie.

2 Allen & Widdison 1996, p. 35-43; Haentjes 2002, p. 3-4; Lerouge 1999, p. 409-411; Solum 1992; Wein 1992; Weitzenboeck 2001, p. 8-10; Wettig & Zehendner 2003.

3 Asser/Maeijer 2-II 1997, nr. 1-26.

kunnen worden gezocht in het feit dat er vermogens in het spel zijn die aan een bepaald doel zijn gebonden. Een tweede theorie stelt dat de rechtspersoon net zo zeer als een bestaand persoon wordt gezien als de mens. De erkenning als rechtssubject is daarmee een erkenning van de realiteit. Hier kan tegen worden ingebracht dat alleen mensen als personen kunnen worden aangemerkt. De rechtspersoon zou bijvoorbeeld kunnen worden beschreven vanuit het begrip eigendom. De rechtspersoon zou dan een soort collectieve eigendom zijn. De betrokkenen bij de rechtspersoon zouden dan "individueel niets, gezamenlijk alles" in eigendom hebben.⁴ Er is echter een verschil met geautomatiseerde systemen. Bij rechtspersonen gaat het steeds om het geheel van een organisatorisch verband van natuurlijke personen. Een rechtspersoon kan ook niet zelf handelen, hij handelt alleen door natuurlijke personen. Een geautomatiseerd systeem is "slechts" een onderdeel van dat organisatorisch verband. Bovendien kan een geautomatiseerd systeem wel zelf feitelijke handelingen verrichten. De theorieën die zijn ontwikkeld rondom de rechtspersoon, lijken daarom niet meteen toepasbaar te zijn voor de vraag of een geautomatiseerd systeem als rechtssubject aangemerkt dient te worden. Er kan wel tot op zekere hoogte een vergelijking worden gemaakt aan de hand van de stelling dat de erkenning van een organisatorisch verband als rechtssubject, een erkenning van de realiteit zou zijn. De auteurs die uitgaan van de actorpremissie (zie hoofdstuk 3) zouden de toekenning van rechtssubjectiviteit aan een geautomatiseerd systeem kunnen zien als "erkenning van de realiteit". Hieronder wordt in paragraaf 7.1.2 nader ingegaan op deze stelling aan de hand van de auteurs Allen en Widdison.

Er worden in de literatuur drie gronden onderscheiden op grond waarvan een geautomatiseerd systeem als rechtssubject aangemerkt zou kunnen worden: morele gerechtigdheid, sociale realiteit en juridische opportuniteit.⁵ Deze drie gronden komen hierna aan de orde.

7.1.1 Morele gerechtigdheid

Deze grondslag komt er op neer dat er morele redenen zijn om rechtssubjectiviteit toe te kennen aan een geautomatiseerd systeem. Een entiteit die bepaalde eigenschappen gemeen heeft met natuurlijke personen zou daarom recht hebben op erkenning als rechtssubject. Allen en Widdison noemen als voorbeeld dat walvissen een "recht op leven" hebben omdat zij intelligent zouden zijn en zich bewust zouden zijn van hun eigen lijden. Een vergelijkbare redenering kan worden toegepast op geautomatiseerde systemen: een geautomatiseerd systeem dat zelfbewustzijn bereikt, zou moreel gezien ertoe gerechtigd zijn

4 Asser/Maeijer 2-II 1997, nr. 1.

5 Deze gronden zijn als zodanig geïnventariseerd in Allen & Widdison 1996, p. 35-43.

om als juridisch persoon gekwalificeerd te worden.⁶ Vervolgens is dan aan de orde of een geautomatiseerd systeem in staat is zelfbewustzijn te ontwikkelen. Een aanverwante vraag, of een geautomatiseerd systeem daadwerkelijk intelligent kan zijn, zou ook aan de orde kunnen komen.⁷ Voor het onderhavige onderzoek voeren deze vragen echter te ver. Bovengenoemde vragen gaan immers verder dan de vraag hoe de handelingen van een geautomatiseerd systeem kunnen worden toegerekend aan diens gebruiker. Bovendien wordt niet verwacht dat geautomatiseerd systemen op korte termijn zelfbewustzijn of intelligentie gaan ontwikkelen.⁸ Overigens wordt met deze grondslag uitgegaan van de vooronderstelling dat zodra een dier of zaak “bepaalde eigenschappen” gemeen heeft met natuurlijke personen, deze dieren en zaken als rechtssubject erkend zouden moeten worden. Als snel rijst dan de vraag om welke eigenschappen het dan zou moeten gaan. Daar komt nog bij dat Allen en Widdison niet duidelijk zijn in de gevolgen van een erkenning van een dier of zaak als rechtssubject. Hebben alle rechtssubjecten een “recht op leven”? Betekent dit dat een rechtspersoon niet zou mogen worden ontbonden of ‘leeft’ een rechtspersoon niet? Kortom: deze benadering roept meer vragen op dan dat zij beantwoordt.

7.1.2 Sociale realiteit

Bij deze grondslag wordt aangeknoopt bij die theorieën over de rechtspersoon die rechtspersoonlijkheid funderen op de grond dat er sprake is van een reële persoon.⁹ Bovendien kan deze grondslag rechtstreeks volgen uit de actorpremissie.¹⁰ De actorpremissie houdt immers in dat het geautomatiseerd systeem als een persoon wordt gezien. Een juridische consequentie die soms aan de actorpremissie wordt verbonden, is het geautomatiseerd systeem als rechtssubject te kwalificeren.¹¹ Zo voeren Allen en Widdison aan dat een bepaalde entiteit als rechtssubject gezien moet worden wanneer die entiteit in het maatschappelijk verkeer als een persoon wordt gezien. Zij spreken in dit verband van een *extra-legal context*.

6 Allen en Widdison (Allen & Widdison 1996, p. 35-36) en Lerouge (Lerouge 1999, p. 409) schrijven deze opvatting onterecht toe aan Solum (Solum 1992).

7 Zie hiervoor Solum 1992, A.M. Turing, ‘Computing machinery and intelligence’, *Mind* 1950, p. 433-460; J.R. Searle, *Minds, brains and science*, London: BBC 1984 en D.C. Dennett, *Consciousness explained*, Boston: Little, Brown and Co. 1991.

8 Allen & Widdison 1996, p. 35-36; Kerr 1999, p. 216. Zie ook de bespreking van geautomatiseerde systemen in hoofdstuk 2.

9 Het toekennen van een ‘persoonlijkheid’ wordt daarom – in deze visie – niet gezien als een fictie.

10 Zie hoofdstuk 3.

11 Zie overigens hoofdstuk 3: naar mijn mening is rechtssubjectiviteit geen noodzakelijk gevolg van het kwalificeren van een object als persoon.

'In general, most types of legal persons are seen by other legal persons as actors in some extra-legal context. For example once a group of natural persons achieves a certain level of organization, we tend to regard it as a social unit and communicate with it as such. Moreover, the constituent members may regard the organization as a separate entity, and the organization may acquire a level of independence such that we can state that the organization has an image of itself distinct from its membership.'

De redenering van Allen en Widdison houdt in dat wanneer de betreffende entiteit handelingen verricht waar een juridische betekenis aan moet worden toegekend, dat dan vervolgens het recht "onder zware druk komt te staan" om de entiteit als rechtssubject te erkennen en zo "met juridische personificatie de sociale personificatie te voltooien".¹² Met betrekking tot geautomatiseerde systemen gaat het volgens hen dan om de vraag of een geautomatiseerd systeem de sociale capaciteit heeft om *autonoom te handelen*. Een snoepautomaat voldoet hier bijvoorbeeld niet aan. Is er sprake van autonoom handelen, dan is volgens Allen en Widdison echter nog geen sprake van voldoende druk op het recht om geautomatiseerde systemen als rechtssubject te kwalificeren. Daar zou wellicht wel sprake van kunnen zijn wanneer een geautomatiseerd systeem gedrag vertoont dat wordt geassocieerd met het komen tot overeenstemming ("making an agreement"). Het gaat dan niet om de interne werking van een geautomatiseerd systeem maar enkel om de uiterlijke schijn. Het komt er volgens de auteurs op neer of het gedrag dat het geautomatiseerd systeem vertoont, een 'globale benadering' is van het gedrag dat een persoon die begrijpt dat zijn handelingen kunnen leiden tot het ontstaan van een overeenkomst.

'Hence, our real concern should be whether the behavior manifested by the computer is roughly approximate to the behavior manifested by a person who understands that his or her actions may lead to the creation of a contract.'¹³

Allen en Widdison maken vervolgens een vergelijking met een kind: wanneer een kind op een verstandige wijze onderhandelt, kan daaruit worden afgeleid dat het begrijpt dat zijn uitingen kunnen leiden tot een overeenkomst. Dat is ook het geval wanneer we op andere wijze kunnen vaststellen dat het kind een bepaald aanbod goed genoeg vindt om te aanvaarden. Als een geautomatiseerd systeem onderhandelingsgedrag vertoont dat kan worden vergeleken met een natuurlijk persoon, dan heeft dat systeem de sociale capaciteit om overeenkomsten aan te gaan. Dan wordt volgens de auteurs het recht onder druk gezet om het geautomatiseerd systeem als rechtssubject te erkennen.

12 Allen & Widdison 1996, p. 40.

13 Allen & Widdison 1996, p. 40.

Naar mijn mening dient het recht zoveel mogelijk aan te sluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid. Het is echter de vraag of in de voorzienbare toekomst geautomatiseerde systemen gedrag zullen vertonen dat in het maatschappelijk verkeer voor ‘menselijk’ wordt aangezien. Er kan bijvoorbeeld worden gewezen op de in hoofdstuk 2 behandelde online-veilingssystemen die nu reeds veelvuldig worden gebruikt. Het geautomatiseerd bieden van die systemen is echter niet vergelijkbaar met het handelen van een natuurlijk persoon. Het geautomatiseerd systeem neemt namelijk maar een deel van de te verrichten handelingen voor zijn rekening, het brengt alleen geautomatiseerd biedingen uit. Voorts zullen gebruikers van online-veilingen dat de handelingen van een biedsysteem niet ervaren als handelingen van een natuurlijk persoon. Een online-veilingssysteem heeft immers een beperkte handelingsvrijheid die aan strikte parameters is gebonden. Gebruikers van online-veilingen zullen het handelen van een geautomatiseerd veilingssysteem daarom altijd als zodanig herkennen. Geautomatiseerd bieden is bijvoorbeeld herkenbaar doordat de biedprijs in kleine stapjes snel stijgt. Dan bieden twee (of meer) geautomatiseerde systemen tegen elkaar op. De prijsstijging zal stoppen op het moment dat één van de betrokken geautomatiseerde systemen niet verder ‘mag’ bieden, het systeem heeft dan de maximale prijs van zijn gebruiker bereikt.

Het betoog van Allen en Widdison is aan te merken als een reïteratie van de denkwijze om uit te gaan van de actorbenadering en daar automatisch een juridisch gevolg wordt verbonden: zodra het geautomatiseerd systeem menselijk gedrag gaat vertonen, wordt het recht onder zware druk gesteld om het systeem als rechtssubject te kwalificeren. Naar mijn mening brengt een kwalificatie van het systeem als een actor echter niet automatisch een juridische kwalificatie met zich mee.¹⁴

7.1.3 Juridische opportuniteit

De derde grondslag houdt in dat rechtssubjectiviteit wordt verleend omdat dat juridisch gezien opportuun is. Bijvoorbeeld de rechtssubjectiviteit van rechtspersonen brengt praktische voordelen met zich mee. Bij de besloten vennootschap bestaan deze voordelen bijvoorbeeld uit de relatief eenvoudigere overdraagbaarheid van een onderneming en het verminderde risico persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden. Allen en Widdison suggereren dat het juridisch opportuun is een geautomatiseerd systeem als partij bij een overeenkomst (en dus als rechtssubject) aan te merken.¹⁵ Het voordeel dat dit op zou kunnen leveren, is dat het een manier is om het handelen van een geautomatiseerd systeem toe te rekenen aan de gebruiker van dat systeem.

¹⁴ Zie voor een uitgebreide behandeling van deze discussie hoofdstuk 3.

¹⁵ Allen & Widdison 1996, p. 41-43.

Naar Nederlands recht heeft Winter met een beroep op juridische opportuniteit een voorstel gedaan om een geautomatiseerd systeem als rechtssubject te kwalificeren.¹⁶ Winter introduceert daartoe de *digitale persoon*.¹⁷ De digitale persoon is in zijn visie de juridische constructie die een computersysteem rechtssubjectiviteit verleent. Winter neemt als uitgangspunt aan dat de mens centraal staat in het recht. De rechtspersoon vormt een inbreuk op dat uitgangspunt. Het handelen van de rechtspersoon is echter altijd te herleiden tot een natuurlijk persoon. Daarom is er volgens Winter sprake van slechts een beperkte inbreuk. Hij stelt vervolgens dat voor wat betreft de digitale persoon op een vergelijkbare manier van een beperkte inbreuk sprake kan zijn door voor te schrijven dat hij moet worden beheerst door natuurlijke personen. Het handelen van een computersysteem moet “steeds tot een mens herleidbaar zijn en (onder omstandigheden) aan een mens toerekenbaar zijn”.¹⁸

De meerwaarde die het bestaan van een digitale persoon zou kunnen opleveren, illustreert Winter aan de hand van een reisbureau dat zijn werkzaamheden verregaand heeft geautomatiseerd. Via de website van het reisbureau kan een klant een reis boeken. De computer van het reisbureau plaatst via e-mail en andere communicatiesystemen een reservering die door de vervoerder en de accommodatieaanbieder langs dezelfde weg wordt bevestigd. Tot slot kan het reisbureau elektronisch een vliegticket uitgeven. De meerwaarde van een digitale persoon is volgens Winter gelegen in de vereenvoudiging die dat met zich mee zou brengen.

‘Indien geen enkel menselijk handelen is vereist voor het aangaan van al die juridische verhoudingen, waarom zouden al die verhoudingen juridisch dan nog via een natuurlijk persoon of een door deze beheerste rechtspersoon moeten lopen? Zou het niet efficiënt zijn het computersysteem dat het digitale reisbureau voert als digitale persoon zelf in deze juridische verhoudingen te laten treden?’¹⁹

Het is hier de vraag waar Winter precies op doelt met de opmerking dat “al die verhoudingen via een natuurlijk persoon lopen”. Een natuurlijk persoon zal in de regel niet persoonlijk de overeenkomst aangaan, hij zal dit eerder namens de rechtspersoon doen. Het geautomatiseerd systeem zal wel worden geïnstrueerd door een natuurlijk persoon, maar dat lijkt Winter niet te bestrijden. De meerwaarde die de digitale persoon dan wellicht nog mee zich mee zou kunnen brengen, zou eruit kunnen bestaan dat de “overbodige” rechtper-

16 Winter 2001.

17 Winter 2001, p. 122-136.

18 Winter 2001, p. 126-127. Winter presenteert de menselijke beheersing niet als logische noodzakelijkheid, maar als mogelijk juridisch vereiste voor de aanwezigheid van rechtssubjectiviteit.

19 Winter 2001, p. 129.

soon uit het plaatje wordt verwijderd en er meteen met de digitale persoon wordt gecontracteerd.

‘Als de rechtspersoon nog uitsluitend door middel van een computersysteem handelt, en juist niet meer door de mens, zou het een enorme vereenvoudiging zijn als wij aan het computersysteem zelf persoonlijkheid zouden toekennen. Wij kunnen het dan zonder de rechtspersoon stellen, de constructie van rechtspersoonlijkheid voegt in die gevallen niets toe.’²⁰

Met Winter kan worden beaamd dat het wenselijk is dat feitelijke verhoudingen en juridische verhoudingen zoveel mogelijk gelijk dienen te lopen. Indien alle transacties enkel en alleen door een geautomatiseerd systeem worden afgehandeld, dan zou het inderdaad voor de hand liggen om het geautomatiseerd systeem ook juridisch centraal te stellen. Ik denk echter dat het onjuist is om te stellen dat er sprake is van een functioneren van een reisbureau waarbij “geen enkel menselijk handelen” vereist is om juridische verhoudingen aan te gaan, of van een rechtspersoon die “uitsluitend door middel van een computersysteem handelt”. Winters “elektronische reisbureau” zal immers uiteraard allereerst door natuurlijke personen worden opgezet. Vervolgens zal ook bijvoorbeeld het functioneren van het systeem door natuurlijke personen worden gecontroleerd. Om te bepalen of er een overeenkomst tot stand is gekomen, zal er dan ook gebruik kunnen worden gemaakt van de wilsvertrouwensleer om de handelingen van het computersysteem toe te rekenen aan de digitale persoon. Bij de invulling van de wilsvertrouwensleer zullen de intenties en verwachtingen van de betrokken natuurlijke personen dan ook een doorslaggevende rol spelen. Het is daarom maar de vraag of het functioneren van het geautomatiseerd systeem los gezien kan worden van de natuurlijke personen, of het organisatorisch verband van natuurlijke personen, die het geautomatiseerd systeem uitbaten en controleren.

Winter tracht zich vervolgens een voorstelling te maken hoe de digitale persoon in wettelijke vorm gestalte zou kunnen krijgen. Hij gaat daarbij onder meer in op de definitie van de digitale persoon, de totstandkoming van de digitale persoon (totstandkoming zou kunnen geschieden door inschrijving in het daartoe bestemde on-line, openbare register), de vermogensrechtelijke gelijkstelling met de natuurlijke persoon en de rechtspersoon, de relatie met de beheerder van de digitale persoon (dit zou kunnen worden geregeld middels een wettelijk verplichte *beheersovereenkomst* die de beheerder en de digitale persoon met elkaar aangaan), de aansprakelijkheid van de beheerder en, tot slot, deregistratie en faillissement.²¹

De benadering van Winter is pragmatischer te noemen dan die van Allen en Widdison. Waar Allen en Widdison blijven steken in algemene opmerkin-

20 Winter 2001, p. 130.

21 Winter 2001, p. 131-135.

gen, probeert Winter een concrete voorstelling te schetsen van de rechtssubjectiviteit van een geautomatiseerd systeem.

Volgens Matthias dient het geautomatiseerd systeem te worden gezien als een drager van juridische verantwoordelijkheid (en daarmee kennelijk als een rechtssubject).²² De argumenten van Matthias kunnen zowel onder de categorie 'sociale realiteit' als de categorie 'juridische opportuniteit' worden geschaard. Matthias' visie is terug te voeren op zijn standpunt dat er volgens hem sprake is van een *Verantwortungslücke*, d.w.z. een *verantwoordingsleemte*. Volgens Matthias heeft de maker/programmeur/gebruiker van een geautomatiseerd systeem in de loop der tijd steeds minder invloed op het handelen van het systeem. De kleiner wordende invloed van de mens op de machine heeft volgens Matthias tot gevolg dat de mens niet verantwoordelijk gehouden kan worden voor de handelingen van de machine. Dat is de *Verantwortungslücke*. Deze leemte is verantwoording kan worden opgevuld door de machine zelf drager van rechten en plichten te maken.

De kleiner wordende invloed van de mens op de machine, doet zich volgens Matthias ten aanzien van het volgende voor.

- Ingeval van een expertsysteem kan een programmeur niet altijd het programmaverloop handmatig sturen (*Verlust der Ablaufkontrolle*).
- Ingeval van neurale netwerken is er geen sprake meer van een symbolische weergave van het intern functioneren van een systeem (*Verlust der symbolischen Repräsentation*).
- Zelflerende systemen *moeten* fouten maken om überhaupt te kunnen leren. Fouten zijn hiermee onvermijdelijk geworden (*Verlust der Unfehlbarkeit*).
- Indien geautomatiseerde systemen zichzelf programmeren, heeft de maker van het systeem geen invloed meer op het geproduceerde programma (*Verlust der überprüfaren Lösung*).
- Een autonome *agent* is niet alleen onberekenbaar, de *agent* handelt buiten de waarneming van de maker (*Verlust der räumlichen Kontrolle*).²³

De argumenten van Matthias overtuigen mij niet. Het is waar dat geautomatiseerde systemen meer en meer zelfhandelende eigenschappen gaan vertonen. Ik zou daar echter niet de gevolgtrekking aan willen verbinden dat er sprake is van een *Verantwortungslücke*. Zoals ik in hoofdstuk 3 heb betoogd ten aanzien van de actorpremissie, worden geautomatiseerde systemen naar mijn mening niet gecreëerd om ze ten eigen bate handelingsvrijheid te geven. Een machine zal altijd worden gebruikt om een mens (al dan niet in groepsverband) beter in staat te stellen zijn doelen te bereiken. Er zal daarom altijd een mens zijn die als eindverantwoordelijke kan worden aangewezen. Onvoorspelbaar of zelfs onvoorzienbaar gedrag kan dan ook aan diegene worden toegerekend.

²² Matthias 2007.

²³ Matthias 2007, p. 35-39.

7.2 HET GEAUTOMATISEERD SYSTEEM ALS VERTEGENWOORDIGER

Hierboven is de vraag aan de orde gekomen of een geautomatiseerd systeem rechtssubjectiviteit verleent dient te worden als methode om de handelingen van het systeem toe te rekenen aan de gebruiker van het systeem. Een onderwerp dat nu aan behandeling toe is, is de vraag of op geautomatiseerde systemen het recht inzake vertegenwoordiging toegepast dient te worden als methode van toerekening. Bij de behandeling van de vraag of een geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger aangemerkt kan worden, wordt gesproken van de *vertegenwoordigingstheorie*. De vertegenwoordigingstheorie houdt in dat de handelingen van een geautomatiseerd systeem worden vergeleken met de handelingen van een vertegenwoordiger.²⁴ Het Burgerlijk Wetboek kent geen algemene regeling van vertegenwoordiging, laat staan een algemene definitie. Bij vertegenwoordiging is er in elk geval sprake van een vertegenwoordiger die één of meer rechtshandelingen verricht, waarbij deze rechtshandelingen gelden als rechtshandelingen van de vertegenwoordigde.²⁵ Bij de toerekening van de rechtshandeling van de vertegenwoordiger aan de vertegenwoordigde spelen in beginsel de volgende twee elementen een rol. Ten eerste heeft de vertegenwoordiger een bevoegdheid tot vertegenwoordiging. Ten tweede doet de vertegenwoordiger zich bij het verrichten van de rechtshandeling voor als vertegenwoordiger.²⁶ De twee elementen worden het bevoegdheids- en het kenbaarheids criterium genoemd.²⁷ Er kunnen drie hoofdvormen van vertegenwoordiging worden onderscheiden: 1. de wettelijke vertegenwoordiging van onbekwamen; 2. vertegenwoordiging krachtens volmacht; en 3. vertegenwoordiging van rechtspersonen krachtens wet en statuten. Naast deze drie hoofdvormen is er nog een aantal bijzondere vormen van vertegenwoordiging.²⁸ Zoals hierna zal blijken gaat het in de literatuur inzake de vertegenwoordigingstheorie meestal om vertegenwoordiging krachtens volmacht. Volmacht is geregeld in titel 3 van boek 3 en wordt omschreven als de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.²⁹ In beginsel wordt de volmachtgever gebonden door een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling.³⁰ Daarnaast kan de pseudo-volmachtgever worden gebonden door de schijn van volmachtverlening.³¹

24 Van Esch 1999a, p. 47-48; Prins & Gijrath 2000, p. 127-128.

25 Asser/Van der Grinten 2-I 1990, nr. 1.

26 Asser/Van der Grinten 2-I 1990, nr. 5.

27 Meijer 1999, p. 24.

28 Asser/Van der Grinten 2-I 1990, nr. 18.

29 Artikel 3:60 lid 1 BW.

30 Artikel 3:66 lid 1 BW.

31 Artikel 3:61 lid 2 BW, zie ook Asser/Van der Grinten 2-I 1990, nr. 37-44.

Gezien de hier genoemde verschillende vormen van vertegenwoordiging is het voor het vervolg van deze paragraaf van belang de verschillende partijen te onderscheiden. De vertegenwoordigde persoon wordt aangeduid als principaal. Degene wiens handelen als dat van de principaal geldt, is de vertegenwoordiger, of specifiek ingeval van volmacht, de gevolmachtigde. Degene jegens wie door de vertegenwoordiger een rechtshandeling wordt verricht die aan de principaal kan worden toegerekend, wordt aangeduid als de derde.

De vertegenwoordigingstheorie wordt omschreven als “het vergelijken” van de handelingen van een geautomatiseerd systeem met de handelingen van een vertegenwoordiger.³² Aan de vergelijking met een vertegenwoordiger kunnen twee verschillende consequenties worden verbonden. In de eerste plaats kan een regeling van vertegenwoordiging rechtstreeks worden toegepast waarbij het geautomatiseerde systeem als vertegenwoordiger wordt gezien. In de tweede plaats kan een regeling van vertegenwoordiging analoog worden toegepast. In de literatuur is echter niet altijd duidelijk op welke vorm van toepassing van het vertegenwoordigingsrecht wordt gedoeld. Beide modaliteiten komen hierna aan de orde.

De twee verschillende consequenties vloeien onder meer voort uit de vraag of de kwalificatie van het geautomatiseerd systeem als rechtssubject als noodzakelijke voorwaarde wordt gezien om het vertegenwoordigingsrecht rechtstreeks toe te passen. Ingeval van rechtstreekse toepassing wordt het geautomatiseerd systeem immers als vertegenwoordiger gezien. Als wordt aangenomen dat de vertegenwoordiger rechtssubjectiviteit behoort te vertonen, dan is rechtstreekse toepassing uiteraard alleen mogelijk indien het geautomatiseerd systeem als rechtssubject worden gekwalificeerd. Wordt aangenomen dat een geautomatiseerd systeem geen rechtssubject is terwijl rechtssubjectiviteit wel als noodzakelijk gezien om te spreken van een vertegenwoordiger, dan rest slechts de mogelijkheid van analoge toepassing van het vertegenwoordigingsrecht.

7.2.1 Rechtstreekse toepassing van het vertegenwoordigingsrecht

In de Nederlandse juridische literatuur wordt op het eerste gezicht korte metten gemaakt met het idee een geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger aan te merken. Volgens Van Esch is het niet juist om een zelfhandelend EDI-systeem te vergelijken met een vertegenwoordiger omdat het Nederlands recht ervan uitgaat dat de vertegenwoordiger een natuurlijk persoon is of een rechtspersoon die door middel van een natuurlijk persoon handelt. Van Esch leidt dit af uit de regeling van volmacht. Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een *ander*.³³ Volgens Van Esch laat deze omschrij-

32 Van Esch 1999a, p. 47; Prins & Gijrath 2000, p. 127.

33 Artikel 3:60 lid 1 BW.

ving niet de ruimte om een volmacht te verstrekken aan een informatiesysteem zoals een EDI-systeem. Doorslaggevend hierbij is dat Van Esch het EDI-systeem ziet als instrument dat geen eigen handelingswil heeft. Hierdoor acht Van Esch het in strijd met de fundamenteën van vertegenwoordiging om een EDI-systeem als vertegenwoordiger te kwalificeren.³⁴ Bij de stelling dat een EDI-systeem geen wil heeft maakt hij wel de terloopse opmerking dat de kwestie:

‘wellicht in een ander perspectief [dient] te worden geplaatst, indien systemen met kunstmatige intelligentie worden ingezet, die zodanig zijn ingericht dat zij ook verklaringen kunnen afleggen onder omstandigheden die niet specifiek in de instructies van de computerprogrammatuur zijn neergelegd.’³⁵

Wat dat andere perspectief dient te zijn is voorlopig echter nog niet duidelijk. Ook is nog niet duidelijk wat moet worden verstaan onder “systemen met kunstmatige intelligentie” en hoe deze systemen in de praktijk zouden kunnen functioneren.³⁶

7.2.2 Analoge toepassing van het vertegenwoordigingsrecht

Naar Nederlands recht heeft voornamelijk Van Esch de vertegenwoordigings-theorie behandeld.³⁷ Zoals we hierboven hebben gezien, wenst Van Esch het geautomatiseerd systeem niet als vertegenwoordiger te kwalificeren. Van Esch ziet wel ruimte voor analogische toepassing van sommige bepalingen van titel 3.3 BW inzake volmacht.³⁸ Specifiek noemt hij artikel 3:66 lid 2 BW dat hij analoog toepast ter invulling van artikel 3:35 BW.³⁹ Van Esch staat hier een casus voor ogen waarbij de ontvanger gebruik maakt van een zogenaamd zelfhandelend EDI-systeem. Het gaat om de situatie dat iemand door een fout een order plaatst voor de koop van 100.000 effecten. Het ontvangende systeem is niet ingericht om de fout te ontdekken. De gebruiker van het ontvangende systeem, de effectenbemiddelaar, behoorde echter te weten dat de betreffende klant normaliter slechts kleine orders plaatst. Een beroep op artikel 3:35 BW zou dan ook niet op gaan. Artikel 3:66 lid 2 BW moet worden beschouwd in samenhang met lid 1 van hetzelfde artikel. Lid 1 stelt dat een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichtte rechtshandeling, in haar gevolgen de volmachtgever treft. De

34 Van Esch 1999a, p. 47-48. Zie ook Prins & Gijrath 2000, p. 127-128.

35 Van Esch 1999a, p. 47-48.

36 Zie ook de beschrijving van geautomatiseerde systemen in hoofdstuk 2.

37 Van Esch 1999a, p. 47-48.

38 Van Esch stelt dat hij analogische toepassing van regels van vertegenwoordiging afwijst (Van Esch 1999a, p. 62) maar stelt elders dat sommige bepalingen van titel 3.3 ‘wellicht aanknopingspunten bieden voor analogische toepassing’ (Van Esch 1999a, p. 48).

39 Van Esch 1999a, p. 61-65.

handeling is dus van de gevolmachtigde maar de rechtsgevolgen komen ten laste of ten voordele van de volmachtgever.⁴⁰ Voor zover voor de beoordeling van de geldigheid van de rechtshandeling de wil of de bekendheid met bepaalde feiten van belang is, komen op grond van artikel 3:66 lid 2 zowel de persoon van de gevolmachtigde als die van de volmachtgever in aanmerking. Daarbij is vooral van belang het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en in de bepaling van haar inhoud.⁴¹ De analogische redenering van Van Esch is nu als volgt. In titel 3.3 wordt het in ontvangst nemen van een verklaring ook als een rechtshandeling gezien.⁴² In het geval een verklaring wordt ontvangen door een gevolmachtigde, kan de vraag rijzen of er sprake is van het ontbreken van de wil of van de aanwezigheid van een wilsgebrek. Voor de beoordeling van die vraag, komen zowel de volmachtgever als de gevolmachtigde in aanmerking, afhankelijk van het aandeel dat ieder heeft gehad in de bepaling van de strekking van de verklaring. Wanneer de gevolmachtigde geen aandeel heeft gehad in de bepaling van de strekking van de verklaring, komt dus slechts de volmachtgever in aanmerking. Dit dient volgens van Esch *a fortiori* te gelden indien een EDI-systeem wordt gebruikt om een verklaring in ontvangst te nemen, aangezien een EDI-systeem ook geen eigen aandeel heeft in de beoordeling van de strekking van de ontvangen verklaring.⁴³ De gebruiker van het EDI-systeem wordt op deze manier vergeleken met de volmachtgever.

Naar mijn mening is deze analogische toepassing van artikel 3:66 lid 2 BW onnodig. Ook zonder analogische toepassing zal immers de gebruiker van het zelfhandelende EDI-systeem een beroep kunnen doen op het feit dat de door het systeem afgelegde verklaring afweek van zijn wil. Nu de gebruiker van het ontvangende systeem geen beroep op artikel 3:35 BW toekomt, zal er geen sprake zijn van een rechtshandeling, zodat de gebruiker van het verzendende systeem niet gebonden is aan de verklaring.

7.2.3 De vertegenwoordigingstheorie in buitenlandse literatuur

Uit bovenstaande opmerkingen blijkt dat de discussie inzake de vertegenwoordigingstheorie in de Nederlandse literatuur niet in brede kring wordt gevoerd, enkel Van Esch stelt de theorie diepgaand aan de orde. Het kan daarom raadzaam zijn ook buitenlandse literatuur te raadplegen. Naast de andere continentaal-Europese regelingen van vertegenwoordiging komt in de literatuur het *common law*-equivalent van vertegenwoordiging aan de orde, te weten

40 TM PG Boek 3 1981, p. 274.

41 Asser/ Van der Grinten 2-I 1990, nr. 80.

42 Artikel 3:60 lid 2 BW.

43 Van Esch 1999a, p. 62-63.

agency.⁴⁴ Een korte beschrijving van *agency* is daarom noodzakelijk. Een gangbare definitie van *agency* wordt gegeven door Reynolds.

‘Agency is the fiduciary relationship which exists between two persons, one of whom expressly or impliedly consents that the other should act on his behalf so as to affect his relations with third parties and the other of whom similarly consents so to act or so acts.

(...)

In respect of the acts which the principal expressly or impliedly consents that the agent shall do so on the principal’s behalf, the agent is said to have authority to act; and this authority constitutes a power to affect the principal’s legal relations with third parties.⁴⁵

Drie centrale begrippen in *agency* zijn blijkens bovenstaande definitie *fiduciary relationship*, *consent* en *authority*.⁴⁶ De *fiduciary relationship* tussen de principaal en de *agent* is volgens Reynolds de grondslag van de rechtsfiguur van *agency*.⁴⁷ De *agency*-relatie ontstaat door middel van het *consent* van de principaal. Dat kan unilateraal geschieden maar kan ook geschieden middels een overeenkomst.⁴⁸ *Authority* is van belang bij de toerekening van de handelingen van de *agent* aan de principaal. Heeft de *agent authority* dan heeft hij ‘a power by doing an act to affect the principal’s legal relations as if he had done the act himself’. Het verschil tussen *power* en *authority* is dat *power* een neutraal begrip is en ziet op het resultaat, ongeacht de herkomst ervan.⁴⁹ *Authority* daarentegen heeft verschillende verschijningsvormen afhankelijk van de wijze waarop de *authority* ontstaat.

‘Where the agent’s authority results from a manifestation of consent that he should represent or act for the principal expressly or impliedly made by the principal to the agent himself, the authority is called actual authority, express or implied. But the agent may also have authority resulting from such a manifestation made by the principal to the third party; such authority is called apparent authority.’⁵⁰

Aldus kunnen er verschillende vormen van *authority* worden onderscheiden. *Actual authority* ontstaat uit *consent* dat jegens de *agent* is geuit. *Apparent authority* ontstaat uit *consent* dat jegens de derde is geuit.

44 Zweigert en Kötz wijzen erop dat *agency* ruimer moet worden opgevat dan de continentaal-Europese vertegenwoordiging. Ingeval van *agency* kan de *agent* namelijk ook de principaal binden op grond van een *tort*, Zweigert & Kötz 1992, p. 460-461.

45 Bowstead/Reynolds 1985, p. 1.

46 Zie ook Meijer 1999, p. 72-74.

47 Bowstead/Reynolds 1985, p. 2.

48 Bowstead/Reynolds 1985, p. 2-4.

49 Bowstead/Reynolds 1985, p. 5.

50 Bowstead/Reynolds 1985, p. 1.

Voorts dient nog aandacht te worden besteed aan het onderscheid tussen de *disclosed principal* en de *undisclosed principal*. Er is sprake van een *disclosed principal* wanneer de derde op de hoogte is van het bestaan van een principaal wanneer de *agent* de overeenkomst sluit. Ingeval van een *undisclosed principal* is de derde niet op de hoogte van het bestaan van een principaal.⁵¹ De *disclosed principal* kan door de *agent* worden gebonden jegens de derde indien de *agent* binnen zijn *actual authority* handelt.⁵² De *agent* valt er dan tussenuit en er ontstaat een contractuele relatie tussen de principaal en de derde. De verklaring hiervoor is dat er van wordt uitgegaan dat de principaal zelf de overeenkomst is aangegaan. Ingeval van een *undisclosed principal* heeft de derde de bedoeling te contracteren met de *agent* zelf.⁵³ De hoofdregel van het leerstuk van de *undisclosed principal* is echter dat de derde, wanneer hij op de hoogte raakt van het bestaan van de principaal, deze kan aanspreken op grond van de overeenkomst. De principaal die zich als zodanig bekend maakt, kan omgekeerd de derde aanspreken.⁵⁴

Tot slot dient er in het kader van de beschrijving van *agency* te worden gewezen op *ratification*. *Ratification* is vergelijkbaar met de bekrachtiging zoals die voorkomt in de Nederlandse regeling van volmacht.⁵⁵ *Ratification* heeft betrekking op de situatie dat een handeling is verricht in naam van of ten behoeve van een ander door een persoon die de *authority* daartoe ontbeert. De persoon in wiens naam of ten behoeve van wie de handeling is verricht, kan de handeling bekrachtigen. Het gevolg is dat de handeling dan verricht is alsof er wel voldoende *authority* was.⁵⁶

Hierna zal bij de bespreking van de vertegenwoordigingstheorie *agency* af en toe aan de orde komen. Om misverstanden te voorkomen, dient er te worden gewezen op de verschillen tussen *agency* en volmacht. Volgens Meijer zijn er twee fundamentele verschillen. Het eerste verschil is dat naar Nederlands recht een onderscheid wordt gemaakt tussen de volmacht en de onderliggende overeenkomst, zoals bijvoorbeeld de lastgevingsovereenkomst. Het Engels recht kent dit onderscheid niet. Het tweede verschil betreft volgens Meijer de wijze waarop de rechtsfiguur "vertegenwoordiging" wordt benaderd. Naar Nederlands recht heeft vertegenwoordiging betrekking op het rechtsgevolg dat het vertegenwoordigend handelen doet intreden. De "spil waar vertegenwoordiging om draait is toerekening". Ingeval van *agency* echter wordt de nadruk gelegd op de *authority* die aan de *agent* wordt verleend om de rechtsbetrekkingen van de principaal te wijzigen.⁵⁷

51 Bowstead/Reynolds 1985, p. 22.

52 Bowstead/Reynolds 1985, p. 281.

53 Bowstead/Reynolds 1985, p. 24.

54 Van Schilfgaarde 1969, p. 159.

55 Artikel 3:69 BW.

56 Bowstead/Reynolds 1985, p. 51.

57 Meijer 1999, p. 100-105.

Ook in buitenlandse rechtsstelsels kan worden gesproken van een principaal, een vertegenwoordiger en een derde. Bij *agency* zal ik echter de vertegenwoordiger aanduiden als *agent* om aan te geven dat het om *common law agency* gaat en niet om de Nederlandse vertegenwoordiging. Enigszins verwarrend is dat sommige geautomatiseerde systemen als *electronic agent* of *intelligent agent* worden aangemerkt. Deze twee begrippen moeten uiteraard niet worden verward met de juridische *agent*.

7.2.4 Rechtstreekse toepassing van het vertegenwoordigingsrecht in buitenlandse literatuur

Volgens Fischer dient een computer als een *agent* gezien te worden wanneer die computer op dezelfde manier wordt gebruikt als een principaal een vertegenwoordiger gebruikt. Met de gedachte dat een computer daadwerkelijk op dezelfde wijze 'gebruikt' kan worden als een natuurlijk persoon, gaat Fischer in feite uit van de actorpremissie:⁵⁸ de computer is kennelijk een volwaardig individu en als zodanig vergelijkbaar met een natuurlijk persoon. Fischer spreekt dan ook van *No Human Input contracts*; het geautomatiseerd systeem bezit een mate van zelfhandelendheid.⁵⁹ Aan de andere kant stelt Fischer dat, in tegenstelling tot een natuurlijk persoon, een computer niet afwijkt van de aan hem opgedragen instructies. Hierdoor zou een computer beter in staat zijn om de rol van *agent* te vervullen dan een natuurlijk persoon.⁶⁰ Fischer maakt wel de aantekening dat slechts "a small portion of agency law" van belang is voor toepassing op computers. Hij maakt hierbij een onderscheid in *agency law* dat van toepassing is op *agents* als *agents* en *agency law* dat van toepassing is op *agents* als natuurlijke personen. Als voorbeeld van een situatie die *agents* als natuurlijk persoon betreft, noemt Fischer de *breach of duty* door de *agent*. Een natuurlijk persoon die als *agent* fungeert zou vele "non-agent features" hebben.⁶¹ Volgens Fischer zouden alleen die onderdelen van *agency* van toepassing verklaard moeten worden op computers die daadwerkelijk betrekking hebben op de *agent* als *agent*. Wellicht doet Fischer met het onderscheid 'agent/non-agent' op het onderscheid tussen de interne en de externe aspecten van een vertegenwoordigingsrelatie. Hij ziet bijvoorbeeld het volgende als 'non-agent'.

'Human agents may misunderstand the directions given them by their principals. Human agents may be improperly influenced by persons other than their principals, and may choose of their own free will to disregard the instructions of their prin-

58 Zie hoofdstuk 3.

59 Fischer 1997, p. 557.

60 Fischer 1997, p. 558-559. Zie voorts Smed 1998.

61 Fischer 1997, p. 558.

principals. These non-agent features of human agents are the reasons why law dealing with duties of agents to their principals is necessary.⁶²

Het is onduidelijk waarom Fischer bepaalde interne aspecten van *agency* als "non-agent" kwalificeert. Dit is met name onduidelijk omdat de *fiduciary relationship* tussen de principaal en de *agent* fundamenteel is voor *agency*.⁶³ De redenering van Fischer komt er op neer dat een computer beter geschikt is als *agent* dan een natuurlijk persoon, omdat een computer niet afwijkt van de hem gegeven instructies. De "non-agent"-onderdelen van *agency* kunnen volgens hem vanwege diezelfde reden buiten beschouwing blijven. De vraag rijst dan echter wat de toegevoegde waarde is van de kwalificatie van een geautomatiseerd systeem als *agent*. Die onderdelen van het *agencyrecht* die Fischer aanduidt als "non-agent"-onderdelen, dienen er juist toe bepaalde problemen op te lossen. Een probleem is bijvoorbeeld een *breach of duty* door de *agent*. De oplossing die het *agencyrecht* biedt is de mogelijke aansprakelijkheid van de *agent* jegens de principaal. Ingeval van een geautomatiseerd systeem kunnen zich ook bepaalde problemen voordoen. Het systeem zou incorrect berichten kunnen overdragen of onverhoopt toch buiten de opgegeven parameters kunnen functioneren, door welke oorzaak dan ook. De toepassing van het *agencyrecht* op geautomatiseerde systemen biedt, zoals Fischer voorstelt, echter geen voordelen of oplossingen voor dit soort situaties. Het betoog van Fischer overtuigt daarom niet.

7.2.5 Analoge toepassing van het vertegenwoordigingsrecht in buitenlandse literatuur

Kerr stelt alleen een rechtssubject als vertegenwoordiger kan worden aangemerkt.⁶⁴ Geautomatiseerde systemen dienen daarom deze kwalificatie te ontberen. Toch zijn er volgens Kerr redenen om bepaalde onderdelen van het vertegenwoordigingsrecht naar analogie toe te passen op geautomatiseerde systemen. Hij suggereert dat dit handig kan zijn omdat volgens hem de contractuele gebondenheid van gebruikers van *electronic agents* in sommige situaties niet te snel aangenomen dient te worden.⁶⁵ Kerr voert twee redenen aan op grond waarvan analoge toepassing van delen van het *agencyrecht*, in zijn woorden, "niet vergezocht" is.⁶⁶ De eerste reden is dat het niet nodig is dat een vertegenwoordiger handelingsbekwaam is. Naar Nederlands recht is dit met betrekking tot volmacht neergelegd in artikel 3:61 lid 1 BW: de

62 Fischer 1997, p. 558.

63 Bowstead/Reynolds 1985, p. 2.

64 Kerr 1999, p. 240.

65 Kerr 1999, p. 239.

66 Kerr 1999, p. 240.

omstandigheid dat iemand onbekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen voor zichzelf, maakt hem niet onbekwaam tot het optreden als gevolmachtigde. De tweede reden houdt in dat de intentie van de *agent* irrelevant is. Kerr doelt hier op de intentie om een overeenkomst aan te gaan en daarbij de principaal te binden.⁶⁷ Volgens Kerr is de *agent* het instrument waardoor de wil van de principaal kenbaar wordt gemaakt. Ter onderbouwing van deze stelling beroept Kerr zich op de volgende quote van Reynolds.

'The basic justification for the agent's power as so far explained seems to be the idea of a unilateral manifestation by the principal of willingness to have his legal position changed by the agent. (...) There is certainly no conceptual reason which requires a contract between principal to achieve this creation of power, and it is indeed clear that no contract is necessary, for a person without juristic capacity may be an agent. Further, if only the relations between the principal and the third party are in issue, it may not be necessary for the agent to have agreed to, or perhaps even to have knowledge of, the conferring of authority at all, if it can be established that the principal had conferred it; though such a situation would be an unusual one.'⁶⁸

De opmerkingen van Reynolds hebben echter betrekking op het ontstaan van de *authority*. Dat geschiedt namelijk middels een *unilateral manifestatio*. De *agent* hoeft niet in te stemmen met de verlening van de *authority*. Kerr betreft de opmerkingen van Reynolds op de vraag of de wil van de *agent* relevant is wanneer de *agent* ten behoeve van de principaal overeenkomsten aangaat. Het beroep op Reynolds is daarom misplaatst. Het tweede argument gaat naar Nederlands recht niet op. Zowel de wil van de volmachtgever als die van de gevolmachtigde zijn immers relevant, al naar gelang het aandeel dat ieder van hun heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en in de bepaling van haar inhoud.⁶⁹ Kerr meent echter dat de handelingsbekwaamheid en de wil van de vertegenwoordiger irrelevant zijn.

Kerr noemt een aantal de onderdelen van het *agency*recht die volgens hem relevant zijn voor geautomatiseerde systemen. Volgens Kerr zijn daarbij alleen die onderdelen van belang die de externe aspecten van *agency* betreffen. Dat wil zeggen dat alleen de relatie tussen het geautomatiseerd systeem en de wederpartij van belang zijn. De interne relatie, de relatie tussen de gebruiker en het geautomatiseerd systeem, speelt volgens hem geen rol omdat het geautomatiseerd systeem geen drager van rechten en plichten kan zijn.

67 Kerr 1999, p. 241, Kerr stelt daar namelijk: 'Where the principal has expressly authorized a transaction, her agent is, legally speaking, the instrument through which the principal's contractual intent is expressed. Consequently, the agent's capacity and intent are superfluous to the transaction, so long as the agent is able to manifest the principal's assent to the contract.'

68 Bowstead/Reynolds, p. 3-4.

69 Artikel 3:66 lid 2 BW.

Het eerste onderdeel dat van belang is, is *authority*. Volgens Kerr kan zowel het begrip *actual authority* als het begrip *apparent authority* analoog worden toegepast. Met betrekking tot *actual authority* zou de gebruiker van een elektronische apparaat aan het apparaat de *power* kunnen toewijzen om de juridische relaties van de gebruiker te wijzigen. Van *apparent authority* zou sprake kunnen zijn wanneer de gebruiker jegens de buitenwereld laat blijken alsof een elektronisch apparaat met *authority* van de gebruiker handelt. Volgens Kerr kan het *authority*-begrip worden gebruikt om de aansprakelijkheid van de gebruiker te beperken.

'(...) authority can be used in conjunction with an attribution rule to set parameters that will help determine when a person is liable for transactions generated by her electronic devices and when she is not. Essentially, a person will not be liable for the transaction generated by her electronic device where the operations of that device have exceeded her consent. Likewise, she will not be liable in situation where the operations of the device did not result in representations that allowed it to appear to the outside world as though the device was operating on her behalf.'⁷⁰

Hierboven is opgemerkt dat *consent* bepalend is voor het ontstaan van *actual authority*. In de redenering van Kerr brengt analoge toepassing van *authority* mee, dat een gebruiker van een geautomatiseerd systeem niet gebonden is aan handelingen van dat systeem die niet steunen op voldoende *consent* van de gebruiker. Het equivalent naar Nederlands recht van deze redenering zou zijn dat een geautomatiseerd systeem dat handelt buiten de aan het systeem verleende volmacht, met die handeling zijn gebruiker niet kan binden. "Likewise", in de redenering van Kerr, is een gebruiker niet gebonden indien er geen sprake is van schijn van volmachtverlening.

Het voorstel van Kerr *authority* analoog toe te passen, indien "vertaald" naar Nederlands recht, overtuigt niet. In hoofdstuk 5 is verdedigd dat met behulp van een geautomatiseerd systeem een rechtshandeling kan worden verricht. Kerr noemt echter geen voordelen of oplossingen die zijn voorstel biedt, naast, naar Nederlands recht, toepassing van de wilsvertrouwensleer. Aan de hand van de wilsvertrouwensleer kan een handeling van een geautomatiseerd systeem direct worden betrokken op de wil van de gebruiker van het systeem. Kerr lijkt juist dat te willen, het gaat hem immers om het *consent* van de gebruiker. Toepassing van beginselen van vertegenwoordiging lijken op dit punt geen meerwaarde te bieden.

Het tweede onderdeel dat Kerr relevant acht betreft de *ratification*. Volgens Kerr zou in het geval een elektronisch apparaat zonder voldoende *authority* handelt, de gebruiker die handelingen kunnen bekrachtigen door middel van *ratification*. Volgens Kerr is de ratio achter het leerstuk van *ratification* te be-

70 Kerr 1999, p. 243-244.

werkstelligen dat de daadwerkelijke wil van de principaal en de derde gereëaliseerd wordt.⁷¹ Onder *ratification* wordt verstaan:

'The affirmation by a person of a prior act which did not bind him but which was done or professedly done on his account whereby the act, as to some or all persons, is given effect as if originally authorized by him.'⁷²

Een equivalent naar Nederlands recht van *ratification* is de bekrachtiging zoals geregeld in artikel 3:69 lid 1 BW:

'Wanneer iemand zonder daartoe bevoegd te zijn als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, kan laatstgenoemde de rechtshandeling bekrachtigen en haar daardoor hetzelfde gevolg verschaffen, als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was verricht.'⁷³

Naar mijn mening zou het leerstuk van bekrachtiging inderdaad kunnen worden toegepast indien een geautomatiseerd systeem buiten zijn volmacht (of, naar Amerikaans recht: *authority*) handelt. Het analoog toepassen van het leerstuk van bekrachtiging zou aldus een oplossing kunnen bieden voor een probleem dat wordt geïntroduceerd door analoge toepassing van het leerstuk van volmacht. Het probleem van een geautomatiseerd systeem dat buiten zijn volmacht handelt, zal zich echter niet voordoen, indien contractuele gebondenheid van de gebruiker wordt bepaald aan de hand van de wilsvertrouwensleer, en niet aan de hand van analoge toepassing van het recht inzake volmacht.

Het derde onderdeel betreft het leerstuk van de *undisclosed principal* in combinatie met dat van de *ratification*. Kerr stelt dat wanneer een *agent* buiten zijn *authority* handelt ten behoeve van een *undisclosed principal*, de principaal de betreffende handeling niet middels *ratification* kan bekrachtigen. Met betrekking tot elektronische handel zou dit volgens Kerr ertoe leiden dat gebruikers van geautomatiseerde systemen duidelijker kenbaar maken dat de wederpartij met een geautomatiseerd systeem te maken heeft:

'In other words, the "principal" will come to recognize it as good business to disclose the fact that she is transacting through an electronic "agent" so that she will no be precluded from enforcing agreements made by the "agent".'⁷⁴

Naar mijn mening geldt ook hier dat de wilsvertrouwensleer meer geschikt is om het door Kerr waargenomen probleem te benaderen. Indien een door een geautomatiseerd systeem afgegeven verklaring niet wordt gezien als een wilsverklaring van de gebruiker van dat systeem, dan zal de gebruiker dat

71 Kerr 1999, p. 245-246.

72 Bowstead/Reynolds 1985, p. 51.

73 Zie ook Asser/ Van der Grinten 1990 2-I, nr. 83-91.

74 Kerr 1999, p. 246-247.

beter kenbaar dienen te maken.⁷⁵ Door volmachtconstructies van toepassing te verklaren wordt het juridische kader rond het gebruik van geautomatiseerd systemen nodeloos ingewikkeld. Dit zal een bewustwording met betrekking tot wat wel of geen “good business” is, niet bevorderen.

De Miglio e.a. gaan onder meer aan de hand van Italiaans recht na of een regeling van vertegenwoordiging van toepassing kan zijn ingeval een *electronic agent* wordt ingezet.⁷⁶ Volgens de auteurs volstaat de huidige regelgeving niet om *electronic agents* afdoende te regelen:

‘It is obvious that the existing legal regulations, as they are at present, are not sufficient for properly regulating the relations created not only between the agent and the party that uses it in the e-commerce world but, above all, between the agent and the third party who enters into the contract with it.’⁷⁷

Deze vaststelling beargumenteren de auteurs met de opmerking dat een gevolmachtigde (“*rappresentante*”) over een wil dient te beschikken om de principaal te kunnen binden. Het is volgens de auteurs vervolgens de vraag of een *electronic agent* over een wil kan beschikken. Voorts zien zij ook problemen met betrekking tot de vraag of een *electronic agent* te goeder of te kwader trouw kan handelen en of de *electronic agent* al dan niet kennis kan hebben van bepaalde feiten.⁷⁸ De redenering van De Miglio e.a. houdt, recapitulerend, in dat de regeling van volmacht niet zonder meer toepasbaar is op *electronic agents* en dat daarom huidige regelgeving niet volstaat.

De auteurs dragen echter wel twee oplossingen aan. In de eerste plaats zien zij een rol voor de analoge toepassing van de Italiaanse regeling omtrent de schijn van volmachtverlening.⁷⁹ Schijn van volmachtverlening betreft de situatie waarin iemand handelt als gevolmachtigde terwijl een toereikende volmacht ontbreekt. Naar Nederlandse recht is voor deze situatie een oplossing vervat in artikel 3:61 lid 2 BW:

‘Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.’⁸⁰

Volgens De Miglio e.a. kan naar Italiaans recht – voor de onderhavige discussie in grote lijnen voldoende vergelijkbaar met Nederlands recht – de principaal

75 Overigens nog los van de vraag wat voor casuspositie Kerr precies voor ogen heeft.

76 De Miglio e.a. 2002.

77 De Miglio e.a. 2002, p. 27.

78 De Miglio e.a. 2002, p. 26-27.

79 De Miglio e.a. 2002, p. 27.

80 Zie ook Asser/Van der Grinten 1990 2-I, nr. 37-44.

gebonden raken indien hij aanleiding heeft gegeven tot de schijn van volmachtverlening en de wederpartij op die schijn heeft opgevat en heeft mogen opvatten als overeenstemmend met de werkelijkheid.⁸¹ Deze rechtsregel wordt vervolgens toegepast op de situatie waarin een natuurlijk persoon gebruik maakt van een *electronic agent*:

'Therefore, the human person that uses an electronic agent is, nevertheless, called upon to answer for any harm that this has caused in contracting with third parties if he has, through his own behaviour, led his counterpart to reasonably believe that authority has been given.'⁸²

Het betoog van De Miglio e.a. kan ik niet volgen: het "probleem" is volgens de auteurs dat de Italiaanse regeling van volmacht ontoereikend is omdat een geautomatiseerd systeem niet over een wil beschikt. De "oplossing" die vervolgens wordt aangedragen, is de toepassing van een rechtsregel betreffende de schijn van volmachtverlening. Dit is echter geen oplossing voor het zogenaamde probleem. Ik vermoed dat de auteurs stilzwijgend van een ander probleem zijn uitgegaan, namelijk dat de gebruiker onterecht aan contractuele gebondenheid zou kunnen ontkomen en dat dit kan worden gecorrigeerd door het aannemen van gebondenheid op grond van schijn van volmachtverlening. Zij zijn daarmee een vergelijkbare mening toegedaan als Kerr, maar waar Kerr onderdelen van *agency* recht wil toepassen om de contractuele gebondenheid van de gebruiker van een geautomatiseerd systeem te beperken, willen De Miglio e.a. juist vertegenwoordigingsrecht toepassen om te voorkomen dat de gebruiker onterecht aan gebondenheid kan ontkomen. De Miglio e.a. stellen dat de eerste oplossing alleen zin heeft in situaties waarin de geautomatiseerd systeem handelt in naam van diens gebruiker. Daarom stellen zij een tweede, aanvullende, oplossing voor. Deze oplossing houdt in dat:

'(...) the actions of the electronic agent can be legally attributed to the principal through the agent using the digital signature of the human person it acts for.'⁸³

In eerste instantie valt op dat er twee personen worden genoemd: de principaal en degene voor wie de *agent* handelt. Ik neem aan dat De Miglio e.a. hiermee één en dezelfde persoon bedoelen, namelijk de gebruiker van de *agent*.⁸⁴ De

81 Naar Nederlands recht gaat het om vergelijkbare vereisten: er moet sprake zijn van een toedoen van de pseudo-principaal en van de dubbele eis van 'opvatten en mogen opvatten', Bloembergen 1998, nr. 101; Asser/Van der Grinten 1990 2-I, nr. 37.

82 De Miglio e.a. 2002, p. 27.

83 De Miglio e.a. 2002, p. 27.

84 Dit leid ik af uit een vervolgzin: 'The use of the principal's digital signature is, therefore, deemed to be a way of using the name of the principal and, as a result, allows liability to be attributed to the human person for the actions of the agent', De Miglio e.a. 2002, p. 27. Door te handelen in naam van de principaal wordt kennelijk de natuurlijk persoon gebonden. Principaal en natuurlijk persoon zijn dan waarschijnlijk één en dezelfde persoon.

tweede oplossing komt er dus op neer dat de *agent* gebruik maakt van de digitale handtekening van diens gebruiker. Dit zou als handelen in naam van de principaal gezien kunnen worden waardoor de gebruiker kan worden gebonden door het gedrag van de *agent*.

De mening van De Miglio e.a. kan ik niet delen. Dit komt niet alleen door het warrige betoog van de auteurs – “oplossing” en “probleem” sluiten niet op elkaar aan – maar ook aan het feit dat zij geen beter alternatief presenteren voor de wilsvertrouwensleer. Schijn van volmachtverlening heeft immers, naar Nederlands recht, verwantschap met de vertrouwensleer zoals neergelegd in artikel 3:35 BW.⁸⁵ Waarom niet artikel 3:35 BW toepassen in dit soort situaties? Dan kan immers meteen worden vastgesteld of de wederpartij de verklaring van het geautomatiseerd systeem mocht opvatten als rechtshandeling van de gebruiker van het systeem

Kuhn behandelt naar aanleiding van de handelingsvrijheid van EDI-systemen naar Duits recht de vertegenwoordigingstheorie met betrekking tot deze systemen. Volgens Kuhn kan een EDI-systeem niet worden gezien als een vertegenwoordiger omdat een EDI-systeem geen rechtssubject is. Voor de analoge toepassing van het vertegenwoordigingsrecht ziet Kuhn alleen ruimte indien het EDI-systeem op één lijn is te stellen met een natuurlijk persoon.⁸⁶ Het EDI-systeem is volgens Kuhn echter een “bloßes Erklärungswerkzeug”.⁸⁷

Bellia voert diverse argumenten aan waarom het problematisch is een *electronic agent* als een *common law agent* te zien. Zo zou een *electronic agent* niet kunnen instemmen (“consent”) om als vertegenwoordiger op te treden. Bovendien zou de kwalificatie als vertegenwoordiger overbodig zijn; het levert geen meerwaarde op.⁸⁸ Ook de vraag of er sprake zou kunnen zijn van het Amerikaanse equivalent van schijn van volmachtverlening (“apparent authority”) beantwoordt Bellia negatief. Er zou namelijk slechts sprake kunnen zijn van een schijn van volmachtverlening indien daadwerkelijke volmachtverlening mogelijk is.⁸⁹

Bellia stelt echter een nieuwe rechtsfiguur voor de *electronic agent* voor, die is afgeleid van vertegenwoordiging. Op grond van deze nieuwe rechtsfiguur zou de principaal jegens een wederpartij aansprakelijk zijn voor het handelen van de vertegenwoordiger maar de vertegenwoordiger zou niet aansprakelijk kunnen zijn jegens de principaal voor het niet of niet juist uitvoeren van zijn verplichtingen. Bellia realiseert zich dat deze nieuwe rechtsfiguur niets te maken met *agency*. *Agency* bestaat volgens Bellia uit interne elementen,

85 Asser/Van der Grinten 1990 2-I, nr. 37.

86 Kuhn 1991, p. 65. Dit standpunt is overgenomen door Baum 2001, p. 51 en Cornelius 2002, p. 354-355.

87 Kuhn 1991, p. 66.

88 Bellia: “It makes no sense to think of a bot as exercising a duty of care and skill, avoiding improper conduct, giving information, keeping and rendering accounts, and so forth”, Bellia 2001, p. 1601.

89 Bellia 2001, p. 1059-1064.

betreffende de relatie principaal-vertegenwoordiger, en externe elementen, betreffende de relatie principaal-wederpartij. Slechts de aanwezigheid van externe elementen volstaat niet om een relatie als *agency* aan te merken. Bellia betoogt dat twee theoretische grondslagen van het vertegenwoordigingsrecht zich niet laten rijmen met een nieuwe rechtsfiguur zoals hierboven omschreven. De eerste grondslag houdt in dat het vertegenwoordigingsrecht vertrouwensrelaties tussen personen ondersteunt. Deze relaties betreffen het vertrouwen dat de een, de principaal, heeft in het oordeel van een ander, de vertegenwoordiger. Indien de vertegenwoordiger dat vertrouwen schendt, heeft de principaal verhaal op de vertegenwoordiger. Op software kan echter niets verhaald worden. De tweede grondslag houdt in dat het vertegenwoordigingsrecht economisch gezien efficiënt is. Een vertegenwoordiger is namelijk een nutsmaximaliseerder. Hij zou er ook voor kunnen kiezen om zijn eigen belang in plaats van dat van de principaal na te streven. Door het vertegenwoordigingsrecht wordt de vertegenwoordiger ertoe aangespoord om de belangen van de principaal zo goed mogelijk te behartigen. Doet de vertegenwoordiger dat niet, dan kan dat resulteren in aansprakelijkheid jegens de principaal. Een *electronic agent* is echter geen nutsmaximaliseerder. In theorie kan de *electronic agent* wellicht gedrag vertonen dat tegengesteld is aan de belangen van diens gebruiker. Het is volgens Bellia echter niet zeker dat het toepassen van de externe aspecten van het vertegenwoordigingsrecht leiden tot een meer efficiënt resultaat. Bellia concludeert dat een nieuwe vorm van vertegenwoordiging die ook *electronic agents* omvat en die er slechts op neerkomt dat de gebruiker aansprakelijk is voor de handelingen van de *agent*, geen oplossing biedt. De vraag *waarom* een gebruiker door de handelingen van de *agent* wordt gebonden, wordt immers niet beantwoord, aldus Bellia.⁹⁰

De analyse van Bellia legt naar mijn mening de vinger op de zere plek: waarom dienen er onderdelen van vertegenwoordigingsrecht analoog te worden toegepast wanneer dit geen voordelen biedt boven de “normale” regels van totstandkoming van overeenkomsten?

7.3 HOOFDSTUKCONCLUSIE

In dit hoofdstuk zijn onderzoeksvraag 2, “Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een rechtssubject?”, en onderzoeksvraag 3, “Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een vertegenwoordiger?” behandeld.

Ten aanzien van onderzoeksvraag 2 is aan de hand van drie gronden nagegaan of een geautomatiseerd systeem als een rechtssubject dient te worden aangemerkt. Deze drie gronden betreffen morele gerechtigheid, sociale

90 Bellia 2001, p. 1062-1065.

realiteit en juridische opportuniteit. Morele gerechtigdheid en sociale realiteit leveren naar mijn mening op dit moment geen grondslag op om een geautomatiseerd systeem als rechtssubject te kwalificeren. Met betrekking tot de juridische opportuniteit kan worden gewezen op de theoretische mogelijkheid die door Winter is geopperd om het geautomatiseerd systeem als digitale persoon te zien, en het daarmee rechtssubjectiviteit toe te kennen. Winter schetst een scenario waarin het een vereenvoudiging zou zijn om rechtshandelingen toe te rekenen aan een digitale persoon, en niet aan een rechtspersoon. De constructie van de rechtspersoon zou in dat scenario niets toevoegen, daarom kan er beter rechtstreeks een de digitale persoon worden toegerekend. Ik kan mij vinden in de benadering van Winter omdat naar mijn mening rechtsregels zoveel als mogelijk dienen aan te sluiten bij het maatschappelijk verkeer. Bij het toerekenen van rechtshandelingen blijft de natuurlijk persoon echter een doorslaggevende rol spelen. Een geautomatiseerd systeem zal namelijk door natuurlijke personen zijn ingericht, inwerking gesteld en beheerd. Bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer ter toerekening van de handelingen van het geautomatiseerd systeem als rechtshandelingen aan de digitale persoon, zijn de intenties en verwachtingen van de betrokken natuurlijke personen daarom bepalend.

Ten aanzien van onderzoeksvraag 3 is nagegaan of de rechtsregels inzake volmacht rechtstreeks of naar analogie dienen te worden toegepast op een geautomatiseerd systeem. Voor rechtstreeks toepassing van de volmactsregels op een geautomatiseerd systeem, dient het geautomatiseerd systeem eerst als een rechtssubject te worden gekwalificeerd. Nu dat naar mijn mening niet het geval is, behoort rechtstreekse toepassing van de volmactsregels niet tot de mogelijkheden. Verschillende auteurs hebben gepleit voor analoge toepassing van regels van vertegenwoordigingsrecht. In dit hoofdstuk is echter bij al die voorstellen geconcludeerd dat zij geen problemen wegnemen, maar eerder de toerekening van de door het systeem verrichte handelingen ingewikkelder maken.

In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde hoe naar Amerikaans recht een overeenkomst tot stand komt indien daar een geautomatiseerd systeem bij wordt ingezet. Strikt genomen kan echter niet van 'Amerikaans contractenrecht' worden gesproken. De VS zijn immers een federale staat waarbij elke staat in beginsel een eigen stelsel van contractenrecht heeft.¹ Er zijn echter twee gevallen op grond waarvan toch van een 'Amerikaans contractenrecht' gesproken kan worden. Dit zijn de *Restatements of Contracts* en de *Uniform Commercial Code* (UCC). De *Restatements* zijn het resultaat van werkzaamheden van het *American Law Institute* (ALI). Eén van de doelstellingen van het ALI is "the clarification and simplification of the law". Hiertoe heeft het ALI meerdere *Restatements* opgesteld, waaronder de *Restatements on Contracts*. In de *Restatements* worden delen van het uit jurisprudentie bestaande *common law* gecomprimeerd tot formuleringen die doen denken aan wetsartikelen, zogenaamde *sections*. Uiteindelijk zijn de *Restatements* meer dan enkel een herformulering van jurisprudentie. De *Restatements* hebben namelijk een belangrijke '*persuasive authority*'.² De UCC is een gezamenlijk product van de *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* en het ALI. De UCC is een modelwet die door bijna alle Amerikaanse Staten tot wet is verheven. Eén van de doelen van de UCC is een uniforme regeling te bieden voor bepaalde handelsrechtelijke rechtsgebieden.³ *Article 2* van de UCC betreft de *sale of goods* en is een belangrijke bron van contractenrecht.⁴

Het kernprobleem is ook in dit hoofdstuk het *wilsverklaringsprobleem*: dit probleem betreft de vraag of het handelen van een geautomatiseerd systeem is terug te voeren op de wil van diens gebruiker.⁵ Het wilsverklaringsprobleem is naar Amerikaans recht aan de orde gesteld door Nimmer en Krauthaus.

'Increasingly, however, electronic contracting occurs without any prior negotiated deal. When no background contract exists and we are dealing with a fully auto-

1 De verhouding tussen federaal recht en Statelijk recht berust op het tiende Amendement van de *U.S. Constitution*. Op grond daarvan berusten bevoegdheden in eerste instantie bij de Staten en is de federale overheid alleen bevoegd indien dat nadrukkelijk uit de *Constitution* blijkt.

2 Farnsworth 1983, p. 78-80; Farnsworth 1999, § 1.8.

3 Vergelijk § 1-102 UCC.

4 Farnsworth 1999, § 1.9.

5 Zie paragraaf 3.2.

mated system, the only human decisions involved precede creation of the system and involve a decision to make it available for access; the humans authorize the system, rather than the particular contract. Should we still search for human assent to specific transactions in a fully automated system or should we more directly engage and resolve a policy issue of how law should structure risk in the automated environment?⁶

De auteurs geven overigens al aan dat zij ter oplossing van het wilsverklaringsprobleem een benadering prefereren waarbij het vereiste van wilsovereenstemming wordt losgelaten:

‘Ultimately, no contracting paradigm that searches for indicia of actual agreement in the particular transaction in the form of a human choice to accept the contract terms can succeed here.’⁷

Om het wilsverklaringsprobleem naar Amerikaans recht te benaderen, zal eerst in paragraaf 8.1 de rol van de wil van partijen bij het totstandkomen van overeenkomsten uiteen worden gezet. Vervolgens zal in paragraaf 8.2 aan de orde komen de benadering die in een aantal modelwetten is toegepast. In paragraaf 8.3 wordt een hoofdstukconclusie gegeven.

8.1 WILSOVEREENSTEMMING EN TOTSTANDKOMING

Om de totstandkoming van overeenkomsten naar Amerikaans recht inzichtelijk te maken voor de Nederlandse lezer, kan worden aangeknoopt bij de Nederlandse terminologie. Naar Nederlands recht ontstaat contractuele gebondenheid door het verrichten van een eenzijdige, gerichte rechtshandeling, namelijk een aanbod dan wel een aanvaarding. Door de uitwisseling van de elkaar ‘overlappende’ verklaringen houdende een aanbod en de aanvaarding daarvan ontstaat wilsovereenstemming. Naar Amerikaans recht wordt wel gesproken van *mutual assent* of *consensus ad idem*. De wil van de aanbieder, dan wel de aanvaarder, speelt naar Nederlands recht als volgt een rol bij de vraag of contractuele gebondenheid ontstaat. In de eerste plaats kan de verklaring afwijken van de wil van de verklarende partij. Er zijn dan twee mogelijke uitkomsten. Indien de geadresseerde van de verklaring een geslaagd beroep kan doen op de vertrouwensleer zoals vervat in artikel 3:35 BW komt de overeenkomst toch tot stand. Komt de geadresseerde geen succesvol beroep op artikel 3:35 BW toe, dan ontstaat er geen overeenkomst. Naar Amerikaans recht kan een verklaring die niet overeenstemt met de wil van de verklarende partij toch werking hebben vanwege de *objective theory of assent*. Ten tweede kan er naar

6 Nimmer & Krauthouse 1995, p. 948.

7 Nimmer & Krauthouse 1995, p. 948.

Nederlands recht sprake zijn van een wilsgebrek dat de totstandkoming verhindert. De theorie luidt dat wil en verklaring dan wel overeenstemmen, maar dat de wil gebrekkig is gevormd. Als Amerikaanse equivalenten van de wilsgebreken kunnen worden genoemd *misunderstanding*, *mistake*, *misrepresentation*, *duress* en *undue influence*.

Hierna wordt uiteengezet wat naar Amerikaans recht wordt verstaan onder *contract* (paragraaf 8.1.1), en hoe wordt omgegaan met wilsgebreken en discrepanties tussen wil en verklaring (paragraaf 8.1.2).

8.1.1 Contract

Allereerst dient te worden vastgesteld wat naar Amerikaans recht onder overeenkomst wordt verstaan. De Restatements verstaan onder *contract* het volgende.

'A promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.'⁸

Een centraal begrip is blijken deze definitie de term *promise*. Een *promise* wordt vervolgens gedefinieerd als:

'(...) a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment had been made.'⁹

In eerste instantie lijkt het alsof het Amerikaanse contractenrecht slechts uitgaat van éézijdige binding door middel van een *promise*. Net zoals bij de eenzijdige rechtshandeling is er wel een wilselement waar te nemen. Er moet immers sprake zijn van een *manifestation of intention*. Het element van wilsovereenstemming blijkt echter uit het volgende. Op grond van § 17 (1) geldt als hoofdregel dat

'(...) the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.'¹⁰

Er moet dus sprake zijn van een *bargain* waarin een uiting van wederzijdse instemming (*manifestation of mutual assent*) is neergelegd.¹¹ Een *bargain* wordt gedefinieerd als:

8 § 1 Restatement (Second) of Contracts.

9 § 2 (1) Restatement (Second) of Contracts.

10 § 17 (1) Restatement (Second) of Contracts.

11 Het vereiste van *consideration* zal hier niet aan de orde komen.

'(...) an agreement to exchange promises or to exchange a promise for a performance or to exchange performances.'¹²

Een *bargain* is aldus een *agreement* om *promises* en/of prestaties (*performances*) uit te wisselen. Onder een *agreement* dient het volgende te worden verstaan.

'(...) a manifestation of mutual assent on the part of two or more persons.'¹³

Wil er sprake zijn van een *manifestation of mutual assent to an exchange* dan dient elke contractspartij een *promise* te doen of een prestatie te beginnen of te voltooien.¹⁴ Een *promise* kan zijn vervat in woorden, mondeling of schriftelijk, maar kan ook worden afgeleid uit gedrag (*conduct*).¹⁵ De Restatements stellen daarnaast dat de *manifestation of assent* in het algemeen kan geschieden door geschreven of gesproken woorden of door ander handelen of nalaten.¹⁶ Uiteraard is de intern gebleven wil van een contractspartij niet voldoende, de wil moet wel geuit worden, er moet sprake zijn van een *manifestation*.¹⁷

Op grond van bovenstaande analyse mag worden geconcludeerd dat naar Amerikaans recht de wil van contractanten – net zoals naar Nederlands recht – een belangrijke rol speelt.¹⁸ Dit blijkt uit de vereisten van *manifestation of intention* bij *promise* en de *manifestation of mutual assent* bij de *bargain* en de *agreement*. Volgens de Restatements wordt de "manifestation of mutual assent" gewoonlijk gevormd door aanbod en aanvaarding.¹⁹ Net zoals naar Nederlands recht dient de aanvaarding betrekking te hebben op het aanbod.²⁰

'It is essential to a bargain that each party manifest assent with reference to the manifestation of the other.'²¹

8.1.2 Wilsgebreken en discrepanties tussen wil en verklaring

De rol van de wil van een contractant wordt pas echt duidelijk bij wilsgebreken en indien een verklaring wordt afgelegd die afwijkt van diens wil. In het

12 § 3 Restatement (Second) of Contracts.

13 § 3 Restatement (Second) of Contracts.

14 § 18 Restatement (Second) of Contracts.

15 § 4 Restatement (Second) of Contracts.

16 § 19 (1) Restatement (Second) of Contracts.

17 Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de 'manifestation of intention' bij de 'promise' aanteekening b bij § 2 Restatement (Second) of Contracts.

18 Zie voor de herkomst van de eis van wilsovereenstemming in het Anglo-Amerikaanse recht Zwalve 2000, p. 493-494.

19 § 22 (1) Restatement (Second) of Contracts.

20 Artikel 6:217 lid 1 BW stelt hiertoe dat een overeenkomst totstandkomt door een aanbod en de aanvaarding *daarvan*.

21 § 23 Restatement (Second) of Contracts.

algemeen wordt naar Amerikaans recht in zulke gevallen de *objective theory of assent* toegepast. Dat wil zeggen dat de externe of objectieve verschijning van de bedoelingen van partijen zoals die blijken uit hun handelingen doorslaggevend zijn.²² In dit verband kan ook worden gewezen op de *parol evidence rule*. Deze regel houdt in dat wanneer contractspartijen tot een schriftelijke overeenkomst komen, dat dan bewijs omtrent voorafgaande mondelinge verklaringen niet toelaatbaar is in een procedure.²³

Vergelijkbaar met de Nederlandse dwaling zijn de Amerikaanse *mistake*, *misunderstanding* en *misrepresentation*. Volgens Zwalve is de verhouding tussen *mistake* en *misrepresentation* vergelijkbaar met die tussen oneigenlijke en eigenlijke dwaling. *Mistake* ziet echter niet op de situatie waarin contractanten verschillende betekenissen toekennen aan elkaars taalgebruik. Deze situatie wordt namelijk gekwalificeerd als *misunderstanding*.²⁴ *Misunderstanding* wordt geïllustreerd aan de hand van de klassieke casus omtrent de *Peerless*.²⁵ Deze zaak betrof de verkoop van een lading katoen die zich aan boord van het schip de *Peerless* bevond. Het schip zou uit Bombay vertrekken en in Liverpool aankomen. Er bleken echter twee schepen onder de naam *Peerless* uit Bombay te zijn vertrokken en koper en verkoper hadden elk een ander schip op het oog. Wanneer zoals in dit geval beide partijen een andere betekenis toekennen aan een dubbelzinnige uitdrukking, is het de vraag of er een overeenkomst tot stand is gebracht. De Restatements stellen dit probleem aan de orde in § 20. Op grond van § 20 kan er geen sprake zijn van een *manifestation of mutual assent* wanneer contractanten een wezenlijk andere betekenis aan hun uitingen verbinden. Daartoe dienen overigens ofwel beide contractanten te weten of reden hebben om te weten wat de eigenlijke betekenis is die de ander aan diens uiting verbindt, ofwel dienen geen van beide contractanten te weten of reden hebben om te weten wat de eigenlijke betekenis is die de ander aan diens uiting verbindt. Het gaat, kort gezegd, om die situaties waarin beiden of geen van beide partijen een verwijt kan worden gemaakt.²⁶ Daarnaast ziet § 20 op de situatie waarin de ene partij eerder een verwijt kan worden gemaakt dan de andere partij. Volgens § 20 (2) hebben bepaalde gevallen de uitingen van partijen werking in overeenstemming met de betekenis die één van de partijen daaraan verbindt. Het gaat dan onder meer om de situatie dat die partij geen weet heeft van een andere betekenis die de andere partij aan de

22 Farnsworth 1999, § 3.6; Zweigert & Kötz 1992, p. 435-439.

23 Farnsworth 1999, § 7.2. De *parol evidence rule* is ook neergelegd in § 2-202 UCC. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, 'De betekenis van de *parol evidence rule* in het Amerikaanse recht', *Contracteren* 2002/1, p. 4-12.

24 Farnsworth 1999, § 9.2.

25 Farnsworth 1999, § 7.9; Zwalve 2000, 540-541; Zweigert & Kötz 1992, p. 438-439. Zwalve behandelt de casus van de *Peerless* in het kader van *mistake*, Farnsworth echter in het kader van *misunderstanding*.

26 Aantekening d bij § 20 Restatement (Second) of Contracts.

uiting kan verbinden én andere partij wél weet heeft welke betekenis de eerste partij aan de uiting verbindt.

Wanneer een contractspartij uitgaat van een verkeerde voorstelling van zaken, kan er sprake zijn van *misrepresentation* of *mistake*.²⁷ Ingeval van *misrepresentation* is het ontstaan van de verkeerde voorstelling van zaken te wijten aan een uiting van één van beide partijen. Ingeval van *mistake* ontstaat de verkeerde voorstelling van zaken niet door een uiting van de wederpartij. De Restatements definiëren *mistake* als "a belief that is not in accord with the facts".²⁸ *Misrepresentation* wordt omschreven als "an assertion that is not in accord with the facts".²⁹ *Mistake* kan ertoe leiden dat een overeenkomst *voidable* is. De Restatements maken daartoe een onderscheid tussen de situatie waarin één van beide partijen uitgaat van een verkeerde voorstelling van zaken (*unilateral mistake*)³⁰ en die waarin beide partijen uitgaan van een verkeerde voorstelling van zaken (*mutual mistake*).³¹ Wil de overeenkomst *voidable* zijn, dan dient ingeval van *mutual mistake* voldaan te zijn aan drie voorwaarden: (1) de *mistake* heeft betrekking op een belangrijke³² aannahme op grond waarvan de overeenkomst is aangegaan; (2) de *mistake* heeft een wezenlijke invloed op de overeengekomen uitwisseling van prestaties; (3) het risico dient niet aan de benadeelde partij toegerekend te worden.³³ Ter illustratie van een geval van *mistake* kan worden gewezen op de zaak *Sherwood vs. Walker*.³⁴ In deze zaak sloten partijen een koopovereenkomst inzake een koe. Volgens de verkoper gingen koper en verkoper ervan uit dat de koe onvruchtbaar zou zijn. De koopprijs werd daarom vastgesteld op wat normaliter een tiende van de normale prijs zou zijn. Toen de verkoper ontdekte dat de koe drachtig was, weigerde hij de koe te leveren. Volgens het *Supreme Court of Michigan* is de verkoper gerechtigd zich op *mistake* te beroepen indien de overeenkomst was aangegaan met dien verstande dat beide partijen ervan uitgingen dat de koe onvruchtbaar was, terwijl de koe wel degelijk vruchtbaar was. Ingeval van een *unilateral mistake* dient er ook sprake te zijn van een belangrijke aannahme op grond waarvan de overeenkomst is aangegaan en dient het risico niet aan de benadeelde partij toegerekend te worden. Bovendien dient de invloed van de *mistake* zodanig te zijn dat het afdwingen van de overeenkomst onredelijk zou zijn, of dient de wederpartij reden te hebben op de hoogte te zijn van de *mistake* of dient de *mistake* aan een fout van hem te wijten te zijn.³⁵

27 Farnsworth 1999, § 4.4.9-4.15, 9.2-9.4.

28 § 151 Restatement (Second) of Contracts.

29 § 159 Restatement (Second) of Contracts.

30 § 153 Restatement (Second) of Contracts.

31 § 152 Restatement (Second) of Contracts.

32 "Belangrijk" is hier gemakshalve gebruikt ter vertaling van "basic".

33 Farnsworth 1999 § 9.3; § 152 en 154 Restatement (Second) of Contracts.

34 Farnsworth 1999, § 9.3.

35 § 153 Restatement (Second) of Contracts.

De term *representation* betreft bepaalde verklaringen die de ene contractant jegens de ander aflegt vóórdat de overeenkomst wordt aangegaan. De verklaringen die op het moment van totstandkoming deel gaan uitmaken van de overeenkomst, worden niet als *representation* aangemerkt. Is een *representation* onwaar geweest, dan is er sprake van *misrepresentation*.³⁶ Een overeenkomst die wordt aangegaan onder invloed van *misrepresentation* kan *voidable* zijn. Er dient dan voldaan te zijn aan de volgende vier voorwaarden:³⁷ (1) er is een bewering die niet strookt met de feiten; (2) de bewering is *fraudulent* of *material*³⁸; (3) de wederpartij vertrouwt op de bewering bij het uiten van zijn instemming (*manifesting assent*); en (4) dit vertrouwen is gerechtvaardigd.³⁹

8.2 ELECTRONIC AGENCY

Een relatief nieuw verschijnsel in het Amerikaanse contractenrecht is dat van de *electronic agency*. *Electronic agency* is geïntroduceerd via “uniforme modelwetgeving”, dat wil zeggen dat er eerst op nationaal niveau modelwetten zijn geformuleerd die bepalingen omtrent *electronic agency* bevatten, en dat vervolgens statelijke equivalenten van deze wetten van kracht zijn geworden. Hierna zullen de relevante modelwetten worden geïntroduceerd (paragraaf 8.2.1), zal het begrip *electronic agent* worden toegelicht (paragraaf 8.2.2) en zullen de bepalingen uit die modelwetten die de totstandkoming van overeenkomsten met behulp van *electronic agents* worden behandeld (paragraaf 8.2.3).

8.2.1 UCITA, UETA en UNCITRAL

Electronic agency is ontstaan in de Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA). De UCITA is, eenvoudig gezegd, een regeling over overeenkomsten met betrekking tot gebruiksrechten op informatieproducten. De UCITA is begonnen als een voorstel voor een regeling over licenties die aan de UCC toegevoegd zou kunnen worden, dit zou dan “Article 2B” van de UCC worden. Hiervoor bestond onvoldoende draagvlak. Vervolgens werd er verder gewerkt aan de regeling onder de naam UCITA.⁴⁰ Het is overigens wel de bedoeling

³⁶ Zwalve 2000, p. 529.

³⁷ Het gaat bij deze vier voorwaarden slechts om *misrepresentation as to the inducement*.

³⁸ *Fraudulent* houdt in dat de bewering bewust onjuist is en bedoeld is om te misleiden. Een bewering is *material* indien zij een redelijke wederpartij ertoe zou bewegen de overeenkomst aan te gaan, Farnsworth 1999, § 4.12.

³⁹ Farnsworth 1999, § 4.9-4.14.

⁴⁰ Zie de totstandkomingsgeschiedenis op <http://www.ucitaonline.com/>. Zie met betrekking tot de UCITA ook: C.E. Drion, ‘Amerikaans recht een inspiratiebron voor Nederlandse regelgeving op het gebied van electronic commerce?’, *WPNR* 2001 6443, p. 382-390. Hierna wordt uitgegaan van de versie van 15 oktober 2002.

een regeling van elektronische vertegenwoordiging aan Article 2 (Sales) van de UCC toe te voegen.⁴¹ Vanwege de geringe steun voor de UCITA is de modelwet tot nu toe maar in twee staten tot wetgeving verheven, namelijk Virginia en Maryland.⁴² Toch is er reden de regeling van *electronic agency* te behandelen. De bepalingen omtrent *electronic agency* hebben namelijk als voorbeeld gediend voor de opstellers van de *Uniform Electronic Transaction Act* (UETA). De UETA is ook een uniforme modelwet, maar deze is inmiddels in bijna alle staten in wetgeving vertaald. Daarnaast is het idee van *electronic agency* uit de UCITA van invloed geweest op het voorstel van de UNCITRAL voor een conventie inzake het elektronisch aangaan van overeenkomsten.⁴³

Electronic agency is overigens niet gepresenteerd als oplossing voor het wilsverklaringsprobleem. Dit probleem wordt in de toelichtende tekst bij de UCITA namelijk niet als zodanig genoemd en de regeling van *electronic agency* wordt niet als oplossing daarvoor gepresenteerd. In de toelichting op de UETA wordt overigens wel enigszins geanticipeerd op het wilsverklaringsprobleem zoals dat door Allen en Widdison⁴⁴ aan de orde is gesteld:

‘While this Act proceeds on the paradigm that an electronic agent is capable of performing only within the technical strictures of its preset programming, it is conceivable that, within the useful life of this Act, electronic agents may be created with the ability to act autonomously, and not just automatically. That is, through developments in artificial intelligence, a computer may be able to “learn through experience, modify the instructions in their own programs, and even devise new instructions.” Allen and Widdison, “Can Computers Make Contracts?” 9 Harv. J.L.&Tech 25 (Winter, 1996). If such developments occur, courts may construe the definition of electronic agent accordingly, in order to recognize such new capabilities.’⁴⁵

8.2.2 *Electronic agent*

Onder *electronic agent* verstaat de UCITA het volgende.

‘a computer program, or electronic or other automated means used indepently to initiate an action, or respond to electronic messages or performances, on the per-

41 Zie The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Drafts of Uniform and Model Acts, Official Site, http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm.

42 Overigens zijn sommige staten overgegaan tot tot ‘*UCITA bomb shelter legislation*’ om de werking van de UCITA tegen te gaan.

43 UNCITRAL, ‘Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention’, A/CN.9/WG.IV/WP.108, 18 december 2003.

44 Allen & Widdison 1996; zie ook hoofdstuk 3.

45 UETA with prefatory note and comments, juli 1999, section 2, nr. 5.

son's behalf without review or action by an individual at the time of the action or response to the message or performance.⁴⁶

De zinsnede "on the person's behalf" ontbreekt in de definitie die de UETA hanteert.⁴⁷ Het handelen "on someone's behalf" is ook één van de kenmerken van *agency*.⁴⁸ Het Nederlandse equivalent daarvan is te vinden in wettelijke regeling van volmacht: artikel 3:60 lid 1 en 3:66 lid 1 BW spreken van rechtshandelingen, verricht *in naam van* de volmachtgever. De toelichting op de UCITA stelt expliciet dat de relatie tussen de gebruiker en de agent niet gelijkwaardig is aan common law *agency* aangezien de agent geen natuurlijk persoon is.⁴⁹ Met "the person" wordt de gebruiker van de *agent* bedoeld. Uit de toelichting op de UCITA blijkt dat het gaat om diegene die de *agent* selecteert, programmeert, of anderszins opzettelijk gebruikt.⁵⁰ Uit de definitie die de UCITA hanteert blijkt dat de *electronic agent* onafhankelijk van de gebruiker handelt: er is een zekere mate van autonomie. De toelichting stelt dan ook dat het enkele gebruik van telefoon of e-mail niet betekent dat er gebruik wordt gemaakt van een *electronic agent*.⁵¹

8.2.3 Contracteren met *electronic agents*

De UCITA regelt het aangaan van overeenkomsten met behulp van *electronic agents* als volgt. In de eerste plaats stelt section 202(a) UCITA het volgende.

'A contract may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both parties or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract.'

Volgens de toelichting dient deze bepaling te worden gezien in het verlengde van onder meer § 19 van de Restatement on Contracts. Hierboven in paragraaf 3.2 is § 19 al kort genoemd. De bepaling stelt dat een *manifestation of assent* kan geschieden door geschreven of gesproken woorden of door ander handelen of nalaten. De toelichting op section 202(a) stelt dat de bepaling niet een contractuele verplichting oplegt wanneer deze niet is bedoeld.⁵² Section 202(a)

46 Section 102(a)(27) UCITA.

47 Section 2(6) UETA: "'electronic agent" means a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole or in part, without review or action by an individual'.

48 Restatement, Second, Agency §1(1): "Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act *on his behalf* and subject to his control, and consent by the other so to act."

49 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 112 nr. 23.

50 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 112 nr. 23.

51 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 112 nr. 23.

52 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 202 nr. 2.

lijkt daarom niet meer te doen dan te bepalen dat gebruikers hun wil op allerlei manieren kunnen uiten, waaronder door middel van het gebruik van *electronic agents*.

Vervolgens bepaalt section 206 sub a UCITA dat een overeenkomst tot stand kan komen door de interactie van *electronic agents*, dan wel (section 206 sub b) de interactie van een natuurlijk persoon met een *electronic agent*. Voor de eerste situatie bepaalt het artikel verder dat een overeenkomst tot stand komt indien een *electronic agent* een aanbod van een andere *electronic agent* aanvaardt, maar dat de rechter ontheffing kan verlenen, onder meer in geval van *fraud* en *electronic mistake*. Volgens de toelichting is er geen sprake van *assent* (instemming) van partijen indien het handelen van een *agent* is beïnvloed door *fraud*, *mistake* of vergelijkbare leerstukken. Hiermee dient contractuele gebondenheid op grond van misbruik of naar aanleiding van onverwachte uitkomsten uit het handelen van de *agents* voorkomen te worden.⁵³ Naar mijn mening kan hieruit ook worden afgeleid dat leerstukken als *mistake* en *misrepresentation* onverkort van toepassing blijven. Zij worden met andere woorden niet aan de kant gezet door de UCITA.

De tweede situatie (de interactie van een natuurlijk persoon met een *electronic agent*) is als volgt geregeld in section 206 sub b.

‘A contract is formed if the individual takes an action or makes a statement that the individual can refuse to take or say and that the individual has reason to know will:

- (1) cause the electronic agent to perform, provide benefits, or allow the use or access that is the subject of the contract, or send instructions to do so; or
- (2) indicate acceptance, regardless of other expressions or actions by the individual to which the individual has reason to know the electronic agent cannot react.’

Op grond van bovenstaande tekst is een natuurlijk persoon gebonden in het geval dat: (1) de *agent* geprogrammeerd is overeenkomsten aan te gaan; en (2) de natuurlijk persoon zich jegens de *agent* een bepaald gedrag toont, en dient te begrijpen dat de *agent* naar aanleiding van dat gedrag handelt alsof de overeenkomst is gesloten. De toelichting op de UCITA geeft het volgende voorbeeld. Een natuurlijk persoon belt met een telefonisch informatiesysteem. Het informatiesysteem stelt: “Als u ons uw nummer wilt laten bellen, druk dan een 1. Er zal \$ 1.00 in rekening gebracht worden. Wilt u zelf het nummer bellen, druk dan een 2.” De natuurlijk persoon zegt vervolgens niet de extra dollar te willen betalen, maar wel bereid te zijn \$ 0.50 te betalen. Na deze voorwaarden gesteld te hebben, drukt de natuurlijk persoon op 1. Het ‘tegenaanbod’ van de natuurlijk persoon heeft op grond van bovenstaande bepaling geen werking omdat de natuurlijk persoon reden heeft om te weten dat het

53 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 206 nr. 3.

informatiesysteem er niet op kan reageren.⁵⁴ De UETA bevat een vergelijkbare bepaling.⁵⁵ De toelichting bij de UETA geeft het voorbeeld van de *anonymous click-through transaction*. Indien een natuurlijk persoon wordt geconfronteerd met een webpagina met voorwaarden en een knop "I agree", dan zal de natuurlijk persoon op grond van deze bepaling gebonden zijn aan de voorwaarden indien hij gebruik maakt van die knop.⁵⁶

Section 107 sub d UCITA rekent de handelingen van de *agent* toe aan een persoon:

'A person that uses an electronic agent that it has selected for making an authentication, performance, or agreement, including manifestation of assent, is bound by the operations of the electronic agent, even if no individual was aware of or reviewed the agent's operations or the results of the operations.'

Volgens de toelichting op de UCITA betekent de term *selects* niet dat de persoon de *agent* uit een reeks *agents* geselecteerd moet hebben, maar dat het om een bewuste beslissing moet gaan de *agent* te gebruiken. Hier wordt aan toegevoegd dat de *electronic agent* binnen de bedoelde doelstelling ("its intended purpose") moet handelen, net zoals een gevolmachtigde binnen zijn bevoegdheid moet handelen.⁵⁷ Over de betekenis van deze beperking worden echter niet veel woorden vuil gemaakt maar deze opmerking impliceert dat een gebruiker niet gebonden is aan de handelingen van de *agent* wanneer de agent buiten de doelstelling handelt. Eén van de handelingen waar de gebruiker van een *agent* door gebonden kan worden is de zogenaamde "manifestation of assent."⁵⁸ Section 112(b) UCITA legt uit wanneer daar sprake van is:

'an electronic agent manifests assent to a record or term if, after having an opportunity to review it, the electronic agent:
authenticates⁵⁹ the record or term; or
engages in operations that in the circumstances indicate acceptance of the record or term.'

54 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 206 nr. 4. Een geval als dit wordt ook geregeld door section 206(c) UCITA: 'The terms of the contract formed under subsection (b) (...) do not include a term provided by the individual if the individual had reason to know that the electronic agent could not react to the term'. De toelichting maakt echter geen melding van deze aanvullende bepaling.

55 Section 14(2) UETA.

56 UETA with prefatory note and comments, juli 1999, section 14, nr. 2.

57 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 107 nr. 5.

58 Zie voor de werking van "manifesting assent" ook section 208 en 209 UCITA.

59 Section 102(a)(6) UCITA: "authenticate means: (A) to sign; or (B) with the intent to sign a record, otherwise to execute or adopt an electronic symbol, sound, message, or process referring to, attached to, included in, or logically associated or linked with, that record." "Authentication" dient men te vergelijken met het zetten van een handtekening.

Tot slot bevat de UCITA een regeling voor foutcorrectie.⁶⁰ Het gaat dan om de situatie dat een natuurlijk persoon met een *electronic agent* contracteert, waarbij de natuurlijk persoon per ongeluk foutieve gegevens invoert. Op grond van de foutenregelingen is de natuurlijk persoon niet gebonden, indien:

- 1 de *electronic agent* geen mogelijkheid bood de fout te herstellen;
- 2 de natuurlijk persoon meteen de wederpartij op de hoogte stelt van de fout;
- 3 de natuurlijk persoon de mogelijk reeds geleverde prestatie ongedaan maakt;
- 4 de natuurlijk persoon geen voordeel heeft genoten van de mogelijk reeds geleverde prestatie.

Volgens de toelichting dient deze bepaling gezien te worden als een aanvulling op *common law concepts of mistake*.⁶¹ Ook hieruit valt af te leiden dat het leerstuk van *mistake* onverkort van toepassing blijft.

8.3 HOOFDSTUKCONCLUSIE

Het leerstuk van *electronic agency* klinkt voor de continentale Europese jurist als een grensverleggend leerstuk. Hij verwacht een dogmatische visie op de vraag of een geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger kan optreden. Deze verwachting miskent waarschijnlijk de voor hem andere aard van het Amerikaanse recht. Met bijvoorbeeld de *electronic agency*-bepalingen van de UCITA is niet gekozen voor een fundamentele benadering van het geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger, of wellicht als een soort pseudo-vertegenwoordiger. Naar mijn mening dient *electronic agency* te worden gezien als een praktische *ad hoc* aanvulling op het bestaande contractenrecht. Dit blijkt uit het feit dat algemene leerstukken als *mistake* en *misrepresentation* onverkort van toepassing blijven. De UCITA lijkt eerder te dienen om in specifieke gevallen zekerheid te bieden. Het gaat dan om geautomatiseerde systemen met een vrij lage mate van autonomie, zoals een telefonisch informatiesysteem en de *click-through*-webpagina.

60 Section 213 UCITA.

61 UCITA with prefatory note and comments, 15 oktober 2002, section 213 nr. 1.

9 | Het moment van totstandkoming

Een overeenkomst komt tot stand door de aanvaarding van een aanbod.¹ Het *moment* waarop de overeenkomst tot stand komt, is afhankelijk van de vraag wanneer de verklaring houdende de aanvaarding juridische werking heeft. De vraag naar het moment van totstandkoming speelt uiteraard alleen een rol als er een methode van communicatie gebruikt wordt waarbij er sprake is van een tijdsverloop tussen het moment van uiten van de verklaring en het moment van verneming. Het gaat niet om de situatie dat contractspartijen in aanwezigheid van elkaar mondeling verklaringen afleggen. Ingeval geautomatiseerde systemen worden gebruikt, kan er sprake zijn van tijdsverloop tussen het moment van uiting en het moment van verneming: de verzender kan met behulp van het ene geautomatiseerde systeem in een elektronisch bericht een verklaring neerleggen. Dit elektronisch bericht kan via een computernetwerk worden getransporteerd. Met behulp van een ander geautomatiseerd systeem kan de geadresseerde vervolgens kennis nemen van het elektronisch bericht.

In dit hoofdstuk wordt onderzoeksvraag 4 geadresseerd: op welk moment ontstaat een overeenkomst indien daarbij één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken? Deze onderzoeksvraag is als volgt nader te omschrijven: op welk moment heeft een verklaring werking, indien een geautomatiseerd systeem worden gebruikt om een verklaring te verzenden of te ontvangen.

Er zijn verschillende tijdstippen die als geschikt voorkomen om een verklaring juridische werking toe te kennen. Deze tijdstippen worden door de volgende theorieën beschreven.

- De uitingstheorie: hier geldt het moment waarop de ontvanger van een aanbod zijn aanvaarding opstelt.
- De verzendtheorie: deze theorie gaat uit van het moment van verzending.
- De ontvangsttheorie: deze theorie gaat ervan uit dat de aanbieder geen kennis hoeft te hebben genomen van de aanvaarding maar wel de aanvaarding dient te hebben ontvangen.
- De vernemingstheorie: hier geldt het moment waarop de aanbieder de aanvaarding verneemt.²

1 Artikel 6:217 lid 1 BW.

2 Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 152.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst zal in paragraaf 9.1 uiteen worden gezet welke van de bovenstaande theorieën in het Burgerlijk Wetboek is neergelegd. In paragraaf 9.2 zal vervolgens worden nagegaan op welk moment een overeenkomst tot stand komt indien daarbij geautomatiseerde systemen worden ingezet. In paragraaf 9.3 zal aandacht worden besteed aan een nieuw verschijnsel in het Nederlandse burgerlijk recht, namelijk de ontvangstbevestiging. In paragraaf 9.4 wordt antwoord gegeven op onderzoeksvraag 4 en worden concluderende opmerkingen gemaakt.

9.1 HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING IN HET NEDERLANDSE RECHT

Het Burgerlijk Wetboek bevat een algemene regeling die bepaalt op welk moment een verklaring juridische werking toekomt. Aan de hand van deze regeling kan ook worden vastgesteld wanneer een overeenkomst tot stand komt. Een overeenkomst komt immers tot stand door de aanvaarding van een aanbod, artikel 6:217 lid 1 BW. Aanbod en aanvaarding zijn beide rechtshandelingen. Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een *verklaring* heeft geopenbaard, artikel 3:33 BW. Verklaringen, met inbegrip van mededelingen, kunnen voorts in iedere vorm geschieden en kunnen in één of meer gedragingen besloten liggen, artikel 3:37 lid 1 BW. Een overeenkomst komt dus tot stand wanneer de verklaring houdende de aanvaarding van een aanbod werking toekomt. *Wanneer* dat het geval is, wordt onder meer geregeld door artikel 3:37 lid 3 BW: een tot een persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben *bereikt*.

Hierna komt ook de vraag aan de orde komen of partijen bij overeenkomst van artikel 3:37 lid 3 BW kunnen afwijken. Hiertoe kan worden aangenomen dat contractanten vooraf kunnen overeenkomen wanneer een daaropvolgende overeenkomst tot stand zal komen. Het verbintenissenrecht bevat immers in beginsel regelend recht. Er is sprake van dwingend verbintenissenrecht indien dat uit de wet voortvloeit. Bovendien kan niet worden afgeweken van regels waarbij de positie van een derde is betrokken.³ Volgens Van Esch mag worden aangenomen dat contractueel mag worden afgeweken van artikel 3:37 lid 3 BW, nu noch uit de tekst van de wet, noch uit de wetsgeschiedenis het tegendeel blijkt.⁴

Het moment van totstandkoming wordt hierna als volgt behandeld. In paragraaf 9.1.1 wordt de hoofdregel behandeld. Daarna in paragraaf 9.1.2 ga ik in op het niet of niet tijdig ontvangen, terwijl er toch een juridische werking op volgt. In paragraaf 9.1.3 behandel ik de correctieven van Snijders, en in paragraaf 9.1.4 geef ik een tussenconclusie.

3 Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 247.

4 Van Esch 1999, p. 102-103.

9.1.1 De hoofdregel

Volgens de eerste volzin van artikel 3:37 lid 3 BW moet een tot een persoon gerichte verklaring die persoon hebben bereikt om haar werking te hebben. De vraag is vervolgens wanneer er sprake is van *bereiken*. Volgens Hartkamp is er sprake van bereiken *wanneer de geadresseerde van de verklaring kennis neemt of daarvan, naar de verzender redelijkerwijs mocht aannemen, kennis had kunnen nemen*. Hij bestempelt dit criterium als een keuze voor de vernemingstheorie, gecorrigeerd met de ontvangsttheorie. Dit criterium wordt voorts aangehangen door Bolweg⁵ en Hijma.⁶ Het standaardvoorbeeld dat dient ter illustratie van deze *ontvangst-vernemingstheorie*, betreft de situatie waarin een brief na de gebruikelijke kantooruren in de brievenbus van de geadresseerde bus wordt gedeponeerd. De verzender mag in deze situatie niet verwachten dat de brief vóór de volgende ochtend gelezen wordt. Ter onderbouwing van bovenstaande uitleg van artikel 3:37 lid 3 BW doet Hartkamp een beroep op de Toelichting Meijers. De relevante opmerkingen van Meijers zullen hierna aan de orde komen maar daaruit zal echter blijken dat zij op verschillende manieren kunnen worden uitgelegd.

Volgens Hartkamp & Sieburg heeft Snijders aannemelijk gemaakt dat in het Burgerlijk Wetboek is gekozen voor de ontvangsttheorie.⁷ De visie van Snijders komt later in dit hoofdstuk aan de orde. Hartkamp & Sieburg stellen echter ook dat een gecorrigeerde ontvangst-vernemingstheorie vrijwel algemeen wordt aanvaard door de Nederlandse doctrine en jurisprudentie.⁸ Zij beroepen zich in dit verband op literatuur gepubliceerd in de periode lopende van 1879 tot 1948 waarin inderdaad een voorkeur voor de ontvangst-vernemingstheorie is waar te nemen.⁹ De twee arresten die Hartkamp & Sieburg noemen, zijn

5 M.F.H.J. Bolweg, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1979, p. 196.

6 Asser/Hijma 5-I 1994, nr. 166.

7 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 182.

8 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 183.

9 Zo stelt Diephuis dat een overeenkomst pas tot stand komt wanneer degene die een aanbod doet kennis krijgt van de aanvaarding, G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt. Tiende deel*, Groningen: J.B. Wolters 1886, p. 362-365. Hiermee is Diephuis naar mijn mening meer een aanhanger van de vernemingstheorie. Opzoomer is voorstander van de ontvangsttheorie, 'Wat de aanbieder met het ontvangen bericht heeft gedaan, moet buiten aanmerking blijven', C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard. Zesde deel. Art. 1349-1416*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879, p. 12-26. Volgens De Savornin Lohman dient een aanvaarding 'ontvangen' te zijn wil zij werking hebben. Afgifte van een brief bij aan de woning van de geadresseerde bewijst volgens hem echter nog niet dat de brief daadwerkelijk is ontvangen 'maar in de meeste gevallen is dit toch aan te nemen', W.H. de Savornin Lohman, *Land. Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Vierde deel. Boek III, titel 1-4*, Haarlem: De erven F. Bohn 1907, p. 189-194. Suijling is voorstander van de gecorrigeerde vernemingstheorie: volgens hem is doorslaggevend het moment van verneming maar dient er een correctie te gelden op grond waarvan een geadresseerde onder omstandigheden verplicht kan zijn kennis te nemen van een verklaring. Dit brengt volgens Suijling met zich met dat onder voorwaarden

enigszins belegen. Zij stammen uit 1893 en 1933. Het eerste arrest betreft een geschil omtrent de vraag waar een per telegram gesloten koopovereenkomst is ontstaan. In het arrest komt de vraag aan de orde wanneer een overeenkomst tot stand komt. De Hoge Raad gaat ter beantwoording van deze vraag ondubbelzinnig uit van de vernemingstheorie. Er dient volgens de Hoge Raad namelijk daadwerkelijk sprake te zijn van “wetenschap” van het bestaan van overeenstemmende wilsverklaringen wil er een overeenkomst tot stand komen.¹⁰ Het tweede arrest betreft het intrekken van een verklaring.¹¹ Het gaat om de volgende feiten. Van Maren plaatst een bestelling bij Bosch. Bosch ontvangt deze brief op 8 november 1930. Op diezelfde dag, 8 november, om 15:10 uur, stuurt Van Maren een telegram waarin hij stelt zijn bestelling in te trekken. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof kennelijk aangenomen dat vóór ontvangst van de brief heeft plaatsgevonden, de bestelling per telegram is ingetrokken. Bosch heeft zich op het standpunt gesteld dat reeds op het moment van verzending van de brief de overeenkomst is ontstaan. De Hoge Raad verwerpt deze stelling:

‘dat (...) voor het tot stand komen eener overeenkomst vereischt is de toestemming van degenen die zich verbinden;
dat dit medebrengt, dat niet voldoende is, dat bij partijen de overeenstemmende wil bestaat om zich tegenover elkander te verbinden en evenmin dat zij dien wil mondeling of schriftelijk hebben geuit, maar dat noodig is dat de uiting van dien wil de tegenpartij heeft bereikt.’

De Hoge Raad spreekt aldus van “bereiken”, wat volgens annotator Meijers als een keuze voor de ontvangsttheorie moet worden gezien. Volgens Meijers kan er “theoretisch” nog een onderscheid worden gemaakt tussen het moment van bezorgen van een verklaring en het moment van verneming maar is dit onderscheid “praktisch” uiterst gering. Kennelijk ziet Meijers dan ook niet veel verschil – alleen een “theoretisch” verschil – tussen de ontvangst- en de

ontvangst met verneming gelijkgesteld kan worden, J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht. I. Algemene beginselen*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1948, nr. 220-224. Van Brakel is ‘in het algemeen’ voorstander van de vernemingstheorie, maar stelt dat met de keuze voor één van de vier totstandkomingsmomenten er niet voor een ‘onwrikbare regel’ is gekozen. Hij wil de mogelijkheid open houden om in bepaalde situaties een andere theorie aan te hangen, S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht. Eerste deel*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1948, § 301.

10 HR 26 oktober 1893, W 6416: ‘O. (...) dat voor het tot stand komen eener overeenkomst zoowel tusschen tegenwoordige als tusschen afwezige partijen, niet voldoende is het gelijktijdige naast elkander bestaan van twee overeenstemmende wilsverklaringen, maar dat bovendien bij beide partijen de wetenschap van die overeenstemming moet aanwezig zijn; dat mitsdien evenzeer als hij aan wien een voorstel (lees: aanbod – MBV) wordt gedaan, daarvan kennis moet dragen om zich te kunnen verbinden, degenen die het voorstel heeft gedaan, moet weten of het is aangenomen en hij dientengevolge verbonden is, zoodat eerst op het oogenblik waarop hij daarmede in kennis is gesteld, de overeenkomst tot stand komt’.

11 HR 21 december 1933, NJ 1934, p. 368 (m.nt. Meijers).

vernemingstheorie. Uit deze opvatting van Meijers valt ook te verklaren waarom hij in het tweede arrest een bevestiging ziet van het eerste arrest waarin, volgens hem uitdrukkelijk de ontvangsttheorie is aanvaard. Jurisprudentie van meer recente datum zal hierna aan de orde komen.

Snijders heeft kritiek geuit op de uitleg van artikel 3:37 lid 3 BW dat daaronder de ontvangst-vernemingstheorie begrepen moeten worden.¹² Volgens Snijders bestaat in de literatuur geen eensgezindheid over de vraag of de wetgever voor de ontvangsttheorie dan wel voor de vernemingstheorie heeft gekozen. Hij noemt hierbij Valk als voorstander van een wetsuitleg waarmee voor de ontvangsttheorie is gekozen,¹³ zulks mijn inziens ten onrechte, want Valk spreekt weliswaar van de “ontvangsttheorie” maar gaat echter uit van hetzelfde criterium als Hartkamp. Hij geeft namelijk ook het voorbeeld van de brief die na de gebruikelijke kantooruren in een brievenbus wordt gedeponeerd. Ook Valk is van oordeel dat de verklaring op de dag van deponeren nog geen werking heeft. Valk spreekt dus weliswaar van de “ontvangsttheorie” maar heeft, net zoals Hartkamp, in feite het oog op de ontvangst-vernemingstheorie.¹⁴ Snijders stelt nu dat in artikel 3:37 lid 3 de ontvangsttheorie is verrat. Volgens Snijders blijkt namelijk uit de Toelichting Meijers dat de wetgever een keuze voor de ontvangsttheorie voor ogen stond. Het verschil tussen de ontvangsttheorie en de ontvangst-vernemingstheorie zoals omschreven door Hartkamp is dat het bij de ontvangsttheorie irrelevant is of de verzender mag aannemen of de geadresseerde op een bepaald tijdstip kennis zal nemen van de verklaring. Ingeval van de brief die na de gebruikelijke kantooruren wordt afgeleverd, heeft de verklaring volgens de ontvangsttheorie al werking op het moment van deponeren. Snijders heeft ter onderbouwing van zijn stelling gewezen op passages in de Toelichting Meijers:¹⁵

‘Het tweede lid (in de uiteindelijke tekst het derde lid – MBV) heeft betrekking op de tot een andere persoon gerichte verklaring. (...) Voorop wordt gesteld, dat een zodanige verklaring de wederpartij bereikt moet hebben om rechtsgevolg te hebben. Niet echter wordt als eis gesteld, dat de wederpartij de verklaring heeft vernomen. Wanneer de verklaring hem heeft bereikt, zijn omstandigheden, die veroorzaken dat de hij de ontvangen verklaring niet onmiddellijk heeft vernomen, steeds persoonlijke omstandigheden, die hij voor zijn rekening moet nemen.’¹⁶

Een volgende passage luidt:

‘Voor het overige bedenke men dat een verklaring de wederpartij slechts dan heeft bereikt, wanneer deze haar vernomen heeft of een normaal individu haar onder

12 Snijders 2001.

13 Snijders 2001, p. 434.

14 Valk 1998, p. 31.

15 Snijders 2001, p. 434.

16 TM PG Boek 3 1981, p. 182.

de gegeven omstandigheden had kunnen vernemen. Wanneer een verklaring zo zacht gefluisterd wordt of zo onduidelijk door de telefoon overkomt, dat de wederpartij haar noch verstaat, noch een normaal mens haar had kunnen verstaan, heeft de verklaring de wederpartij niet bereikt. Ook dat, wat hij die de verklaring aflegt, van de wederpartij weet, kan van invloed zijn voor de beantwoording der vraag of een verklaring laatstgenoemde heeft bereikt. Weet de verklarende persoon b.v. dat de wederpartij doof is, dan zal hij harder dan normaal moeten spreken wil er van een bereiken van de verklaring sprake zijn.¹⁷

De Toelichting Meijers stelt de eerste passage inderdaad dat niet vereist is dat de geadresseerde de verklaring moet hebben vernomen. Deze opmerking laat echter nog steeds ruimte voor het criterium dat een verklaring pas werking heeft indien de verzender mag aannemen dat de geadresseerde de verklaring had kunnen vernemen. Een eenduidige keuze voor de ontvangsttheorie valt er daarom niet uit op te maken. Volgens Snijders gaat de tweede passage ervan uit dat de ontvangst van een verklaring in sommige gevallen slechts mogelijk is door de verneming ervan. Met de zinsnede "voor het overige" zou de Toelichting Meijers namelijk aangeven slechts te doelen op het mondeling overdragen van verklaringen, waarbij de verklaring onmiddellijk wordt vernomen.¹⁸ Omdat de Toelichting Meijers alleen die specifieke situatie op het oog zou hebben, concludeert Snijders (kennelijk op grond van de eerste passage) dat het de ontvangsttheorie als uitgangspunt heeft genomen. Het is echter denkbaar dat de opmerkingen in de Toelichting Meijers in algemene zin zijn bedoeld en niet alleen betrekking hebben op de verstaanbaarheid maar ook situaties op het oog hebben die bijvoorbeeld schriftelijk overgedragen verklaringen betreffen. De tweede passage zou dan gezien kunnen worden als een nuancering op de daarvóór bepleitte ontvangsttheorie met de vernemings-theorie. De opmerking betreffende de kennis die de verzender heeft van de geadresseerde zou als zodanig kunnen worden opgevat.¹⁹ De kennis die de verzender heeft van de geadresseerde is immers relevant voor de vraag wanneer de verzender mag verwachten dat de geadresseerde kennis neemt van de verklaring.

Snijders wijst voorts op de Toelichting Meijers bij het ontwerp van artikel 6:224 BW. Deze bepaling betreft het geval dat een aanvaarding van een aanbod de aanbieder niet of niet tijdig bereikt door een omstandigheid op grond waarvan zij krachtens artikel 3:37 lid 3 tweede zin toch werking heeft. De overeenkomst wordt dan geacht tot stand te zijn gekomen op het moment waarop de verklaring zou zijn ontvangen indien de storende omstandigheid zich niet had voorgedaan. Bij zijn bespreking verwijst Meijers eerst naar de hoofdregel van artikel 3:37 lid 3 eerste zin: om werking te hebben moet een

17 TM PG Boek 3 1981, p. 182.

18 Snijders 2001, p. 435.

19 Valk lijkt de opmerking van Meijers als een zodanige nuancering te hebben opgevat, Valk 1998, p. 31.

aanvaarding, die bestaat uit een tot een andere persoon gerichte verklaring, die aanbieder hebben bereikt. Vervolgens stelt hij:

‘Voor de redenen, waarom het ontwerp de zogenaamde ontvangsttheorie heeft gekozen, moge naar de toelichting op de genoemde bepaling worden verwezen.’²⁰

Ook hieruit leidt Snijders af dat met artikel 3:37 lid 3 BW een keuze is gemaakt voor de ontvangsttheorie. Naar mijn mening is het echter niet voldoende dat Meijers het woord “ontvangsttheorie” gebruikt. Hierboven hebben we immers reeds gezien dat ook Valk spreekt van de ontvangsttheorie maar toch uitgaat van de ontvangst-vernemingstheorie.

Naast de wetsgeschiedenis beroept Snijders zich ook op jurisprudentie om zijn stelling te onderbouwen dat in artikel 3:37 lid 3 de ontvangsttheorie is neergelegd. Hij noemt de zaken Pennings/Stichting SPBRZ,²¹ Staat/K.,²² G./De Nederlandse Antillen²³ en Tilburg/Schouten.²⁴

Pennings/Stichting SPBRZ

De beschikking inzake Pennings/Stichting SPBRZ betreft de vraag of het moment waarop een verzoekschrift in de postbus van een griffie wordt gedeponeerd, als moment van indiening van dat verzoekschrift kan worden aangemerkt. De Hoge Raad stelt in rechtsoverweging 3.5 dat het gaat om:

‘(...) het moment waarop de postzending in de desbetreffende postbus is gekomen dan wel ten postkantore waar deze wordt aangehouden, op een daarmee gelijk te stellen wijze wordt bewaard. (...)’²⁵

Staat/K.

In Staat/K. komt de indiening van verzoekschriften per fax aan de orde. De Hoge Raad stelt:

‘Naar hedendaagse opvattingen kan een verzoekschrift ook ter griffie worden ingediend door middel van verzending per fax (...). Het middel stelt nu de vraag aan de orde of voor zodanige indiening van een verzoekschrift moet worden vastgehouden aan de algemene regel dat het indienen van processtukken slechts gedurende de openingstijden van de griffie kan plaatsvinden (...). Deze regel heeft het voordeel dat zolang de griffie is geopend door of namens de griffier dag en

20 TM PG Boek 6 1981, p. 890.

21 HR 10 juni 1994, NJ 1995, 284 (m.nt. Snijders; *Pennings/Stichting SPBRZ*).

22 HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55 (m.nt. Snijders; *Staat/K.*).

23 HR 20 maart 1998, NJ 1998, 548 (*G./Antillen*).

24 HR 8 september 1995, NJ 1996, 567 (m.nt. Snijders; *Tilburg/Schouten*).

25 In zijn noot onder 5 spreekt Snijders overigens van “een fraaie toepassing van de genuanceerde ontvangsttheorie van art. 3:37 lid 3 BW (ook wel aangeduid als de ‘gecorrigeerde ontvangst-vernemingstheorie’(...).” Wellicht was Snijders op dat moment nog niet de mening toegedaan dat in artikel 3:37 lid 3 BW de ontvangsttheorie is neergelegd.

uur van indienen kunnen worden vastgelegd, maar het bezwaar dat hij tot rechts-onzekerheid leidt omdat de sluitingstijden van de griffies niet uniform zijn, en bovendien enige, niet altijd te verwaarlozen termijnverkorting met zich meebrengt. (...) Nu ervan mag worden uitgegaan dat op de griffies aanwezige faxapparaten in de regel voldoen aan de voorwaarde dat zij in staat zijn om dag en uur van ontvangst van binnengekomen faxen zelfstandig en precies te registreren, wordt voor deze wijze van indienen van verzoekschriften ter griffie het beste voldaan aan de eisen van rechtszekerheid en het niet verkorten van aan rechtszoekenden ter beschikking staande termijnen, indien wordt aanvaard dat de griffies van de gerechten het ontvangen van faxen na sluitingstijd mogelijk moeten maken, alsmede dat een per fax verzonden verzoekschrift dat blijkens evenbedoelde zelfstandige registratie bij het gerecht is begonnen binnen te komen vóór 24.00 uur op de laatste dag van een termijn, geldt als binnen deze termijn ter griffie ingediend. Ingeval de desbetreffende griffie nog niet is uitgerust met een faxapparaat dat aan voormelde voorwaarde voldoet, moet bij wege van tijdelijke regel worden aangenomen dat een per fax verzonden verzoekschrift dat wordt aangetroffen bij het openen van de griffie op de dag volgende op de laatste dag van de termijn, wordt aange-merkt en behandeld als vóór 24.00 uur van de laatste dag van de termijn te zijn binnengekomen.²⁶

G./De Nederlandse Antillen

Het arrest G./Antillen betrof de vraag of een cassatieverzoekschrift, vervat in een faxbericht, tijdig op de griffie van de Hoge Raad was aangekomen. De laatste dag van de cassatietermijn viel op woensdag 29 januari 1997. Het cassatieverzoekschrift is echter pas op 30 januari 1997 bij de Hoge Raad ingekomen. Nadat het Openbaar Ministerie op 21 november 1997 had geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring, heeft de advocaat van G. (eiser tot cassatie) in een brief onder meer het volgende gesteld: "in overleg met de griffie van de Hoge Raad is het cassatieverzoekschrift op 29 januari 1997 per fax om 17.26 verzonden". Bij de brief is overgelegd een "confirmation report" van 29 januari 1997, 17:29 uur, met onder meer de vermeldingen 'to 070 3469969' 'pgs 05' en 'status OK'. Het genoemde faxnummer is het nummer van de op de civiele griffie van de Hoge Raad aanwezige faxapparatuur. De binnenkomst van de fax is niet door de faxapparatuur van de Hoge Raad geregistreerd. Volgens de Hoge Raad kan dit niet tot de conclusie leiden dat de fax niet is binnengekomen, aangezien het apparaat op 29 januari 1997 nog niet op een zodanige registratie was afgesteld. De Hoge Raad vervolgt:

'Op grond van voormelde brief van de advocaat van G. en het daarbij gevoegde 'confirmation report' neemt de Hoge Raad aan dat de fax de griffie van de Hoge Raad langs elektronische weg op 29 januari 1997 tussen 17.26 en 17.29 uur heeft bereikt, doch vervolgens – door een niet opgehelderde oorzaak – hetzij niet is afgedrukt, hetzij na te zijn afgedrukt in het ongerede is geraakt. Nu in elk van deze

26 R.o. 3.4.1-3.4.2.

beide gevallen sprake is van een omstandigheid die niet voor rekening van G. behoort te komen, is de Hoge Raad van oordeel dat het verzoekschrift geacht moet worden op de laatste dag van de termijn vóór 24.00 uur te zijn binnengekomen en derhalve binnen de cassatietermijn ter griffie te zijn ingediend (HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55).'

Abas stelt dat de Hoge Raad in dit arrest voor de verzendingstheorie heeft gekozen:

'Voor de fax geldt niet meer dat 'een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon (moet) hebben bereikt' (...). met de uitzondering als omschreven in de tweede volzin van art. 3:37 lid 3. Immers, door middel van het bevestigingsrapport staat vast dat de verzending heeft plaatsgevonden op een dag en wel om zoveel uur en zoveel minuten. Wat er daarna gebeurt is steeds een omstandigheid die 'niet voor rekening' van de verzender behoort te komen.'²⁷

Naar mijn mening gaat de conclusie van Abas niet op. De Hoge Raad acht het aannemelijk dat de fax de griffie langs elektronische weg heeft bereikt. De omstandigheid dat de fax niet is afgedrukt of in het ongereede is geraakt, behoort niet voor rekening van G. te komen. Dat laatste zou kunnen worden gezien als een toepassing van de tweede volzin van art. 3:37 lid 3 BW.²⁸

De vierde door Snijders genoemde zaak, Tilburg/Schouten, zal in de volgende paragraaf aan de orde komen in het kader van de nuancering op de hoofdregel van artikel 3:37 lid 3 BW.

9.1.2 Niet of niet tijdig ontvangen, toch juridische werking

Op de hoofdregel dat een verklaring de geadresseerde bereikt moet hebben wil zij werking hebben, wordt een nuancering aangebracht door de tweede volzin van artikel 3:37 lid 3 BW. Op grond van deze bepaling heeft een verklaring die de geadresseerde niet of niet tijdig heeft bereikt, toch werking indien het niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van:

- a. een eigen handeling van die persoon; of
- b. van handelingen van personen waarvoor hij verantwoordelijk is; of
- c. indien het niet bereiken het gevolg is van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.

Er is sprake van een omstandigheid die rechtvaardigt dat de geadresseerde het nadeel draagt wanneer hij een min of meer gevaarlijke wijze van overbren-

27 Abas 1998, p. 518.

28 Zie ook de reacties op Abas, WPNR 1998 6331, p. 655-657 en WPNR 1998 6339, p. 795.

ging heeft bepaald.²⁹ Het risico van het niet of niet tijdig aankomen komt met het bovenstaande in beginsel voor rekening van de verzender. De verklaring heeft immers alleen werking indien één van onder a, b of c genoemde situaties zich voordoet.

Met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten verwijst het BW in artikel 6:224 naar deze nuancering. Artikel 6:224 BW ziet op de situatie dat een aanvaarding de aanbieder niet of niet tijdig bereikt. Indien het niet of niet tijdig bereiken te wijten is aan een omstandigheid op grond waarvan de aanvaarding krachtens bovenstaande nuancering toch werking heeft, wordt de overeenkomst geacht tot stand te zijn gekomen op het tijdstip waarop zonder de storende omstandigheid de aanvaarding zou zijn ontvangen.³⁰ Het resultaat van deze bepalingen is dat het risico van de verzending bij de geadresseerde komt te liggen. Meijers geeft als voorbeeld het geval dat een onjuist adres wordt opgegeven of dat er geen melding wordt gemaakt van een verhuizing.³¹

De situatie onder c) (zie hierboven) is aan de orde geweest in het arrest Tilburg/Schouten.³² Dit arrest betreft de vraag of de omstandigheid dat de geadresseerde de wijze van overbrenging heeft gekozen een grond oplevert op basis waarvan een verklaring die de geadresseerde niet of niet tijdig bereikt, toch haar werking kan hebben

De zaak betreft – vereenvoudigd weergegeven – de volgende feiten. De gemeente Tilburg wil de huur van een bedrijfspand opzeggen. In de huurovereenkomst wordt bepaald dat opzegging diende te geschieden per aangetekend schrijven met bericht van ontvangst of per deurwaardersexploit. De huurovereenkomst diende vóór 1 januari 1992 te worden opgezegd, anders zou zij stilzwijgend worden verlengd. De Gemeente koos voor opzegging per aangetekende brief met bericht van ontvangst. Na 1 januari ontving de Gemeente de brief echter terug met de vermelding “niet afgehaald” als reden voor onbestelbaarheid. Schouten stelt dat de brief hem niet bereikt heeft. Daarnaast stelt Schouten ook geen bericht te hebben ontvangen dat de brief voor hem op het postkantoor klaarlag. Het punt van geschil is of de Gemeente de huurovereenkomst voor 1 januari 1992 heeft opgezegd. Kernvraag daarbij is voor wiens risico de wijze van overbrenging komt. De Hoge Raad is van mening

29 TM PG Boek 3 1981, p. 182-183.

30 Hiermee komt artikel 6:224 BW tegemoet aan een lacune in artikel 3:37 lid 3 BW. Artikel 3:37 lid 3 bepaalt immers dat een verklaring die niet of niet tijdig de geadresseerde bereikt *toch* werking kan hebben. De bepaling laat echter in het midden op *welk moment* deze verklaring werking heeft. Zoals omschreven stelt artikel 6:224 wel vast wanneer de aanvaarding die niet of niet tijdig de geadresseerde bereikt, werking heeft. Valk stelt dan ook terecht dat het voor de hand ligt om voor andere (ik neem aan: gerichte) rechtshandelingen hetzelfde aan te nemen, Valk 1998, p. 32.

31 TM PG Boek 6 1981, p. 890.

32 HR 8 september 1995, NJ 1996, 567 (m.nt. Snijders; Tilburg/Schouten).

dat er geen sprake is van een voor rekening van Schouten komende omstandigheid.

‘Van geen van beide in de overeenkomst bepaalde wijzen van opzegging – een aangetekende brief met bericht van ontvangst of een deurwaardersexploit – kan worden gezegd dat deze zo ongebruikelijk of riskant is dat het eventuele falen daarvan voor rekening behoort te komen van de partij die het opnemen van de desbetreffende bepaling in de overeenkomst heeft verlangd of voorgesteld.’³³

Het zijn kennelijk ongebruikelijke en riskante wijzen van overbrenging van een verklaring die voor rekening kunnen komen van degene die die wijze van overbrenging heeft bedongen. Zo wijst annotator Sniijders erop dat een bedongen overbrengingsmethode zo ongebruikelijk kan zijn dat de stipulator op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) niet op toepassing mag staan. Sniijders noemt hierbij als voorbeeld het beding dat in bovenstaande zaak Schouten bedongen zou hebben dat de huuropzegging per olifant bezorgd moet worden.

In Tilburg/Schouten stelt de Hoge Raad ook regels inzake de bewijslastverdeling rond geschillen over het al dan niet hebben ontvangen van verklaringen. De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat:

‘(...) de Gemeente, nu zij zich beriep op het rechtsgevolg van de door haar tot Schouten gerichte verklaring (...), ingevolge art. 177 Rv diende te bewijzen dat deze verklaring Schouten had bereikt, of dat – zo dit niet zou komen vast te staan – het niet bereiken van Schouten het gevolg was van een voor rekening van Schouten komende omstandigheid als in art. 3:37 lid 3 vermeld.’

Zich specifiek uitlatend over aangetekende brieven vervolgt de Hoge Raad:

‘Met betrekking tot aangetekende brieven geldt meer in het bijzonder dat de afzender daarvan, wanneer de geadresseerde stelt dat de brief hem niet heeft bereikt, dient te bewijzen dat hij de brief aangetekend en naar het juiste adres heeft verzonden, en bovendien aannemelijk dient te maken dat de brief aan de geadresseerde is aangeboden op de wijze die daartoe ter plaatse van bestemming is voorgeschreven (vgl. HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229).’

Bovenstaande overwegingen kunnen als vaste jurisprudentie van de Hoge Raad worden beschouwd. De Hoge Raad verwijst namelijk in de tweede overweging naar het arrest Hoogovens/Mouchkelly³⁴ waar een vergelijkbare opmerking is gemaakt over de bewijslast omtrent aangetekende brieven. In

33 R.o. 3.3.3.

34 HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229 (m.nt. PAS ; *Hoogovens/Mouchkelly*).

Van Rhee/ING Bank³⁵ bedient de Hoge Raad zich van dezelfde bewoordingen als in Tilburg/Schouten.

Anders dan Sniijders meen ik dat uit de in de bovenstaande alinea's behandelde jurisprudentie niet valt af te leiden dat de Hoge Raad voor de toepassing van artikel 3:37 lid 3 BW voor de ontvangsttheorie heeft gekozen. Het belangrijkste argument dat tegen de opvatting van Sniijders kan worden ingebracht houdt in dat drie van de vier zaken die hij noemt het gaat om het moment van werking van procesrechtelijke rechtshandelingen. Mocht de Hoge Raad in deze zaken inderdaad voor een ontvangsttheorie hebben gekozen, dan is het nog maar de vraag of deze keuze ook geldt voor de aanvaarding van een aanbod.³⁶ Bij procesrechtelijke rechtshandelingen spelen immers andere ratio's dan bij de aanvaarding van een aanbod om een overeenkomst te sluiten. De Hoge Raad spreekt in Staat/K. van het belang van "de eisen van rechtszekerheid en het niet verkorten van aan rechtszoekenden ter beschikking staande termijnen". Een verzoekschrift daarom volgens de Hoge Raad tijdig ingediend indien het vóór 24:00 uur op de laatste dag van de termijn is begonnen binnen te komen.³⁷ Vanuit de rechtszekerheid is dit standpunt goed te verdedigen. Zou hier immers in de ontvangst-vernemingstheorie worden aangenomen dan zou als moment van indiening gelden het moment waarop de geadresseerde kennis neemt van de verklaring of daarvan, naar de verzender redelijkerwijs mag aannemen kennis had kunnen nemen. Degene die een verzoekschrift indient zou dan niet weten waar hij aan toe is. Hij zou zich bijvoorbeeld eerst op de hoogte dienen te stellen van de openingstijden van de griffie. De regel dat een verzoekschrift tot 24:00 uur kan worden ingediend biedt daarentegen duidelijkheid. De ratio achter deze uitleg van de Hoge Raad moge overigens duidelijk zijn; het gaat de Hoge Raad kennelijk om het bewaken van de termijn waarbinnen een verzoekschrift ingediend kan worden. Deze ratio is niet aanwezig bij de algemene regeling inzake het moment van werking van verklaringen.

Uit de vierde zaak die Sniijders noemt, Tilburg/Schouten, kan evenmin worden opgemaakt dat de Hoge Raad uitgaat van de ontvangsttheorie. Sniijders leidt uit de opmerkingen van de Hoge Raad met betrekking tot de bewijslastverdeling af dat hij "geen boodschap lijkt te hebben aan enige correctie van de ontvangsttheorie ten gunste van de vernemingstheorie".³⁸ De Hoge Raad

35 HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 897 (*Van Rhee/ING Bank*).

36 Ook al vinden sommige auteurs het geen probleem om de opvattingen van de Hoge Raad een breder toepassingsgebied toe te kennen. Zo stelt Abas met betrekking tot de zaak G./Antillen dat het 'een voorzichtig stapje verder gaat [...] om deze regel te aanvaarden voor bijvoorbeeld de opzegging van een huurovereenkomst', Abas 1998, p. 517. Broekema-Engelen en Broekema lijkt het met betrekking tot dezelfde zaak 'niet gewaagd om te veronderstellen dat de overwegingen (van de Hoge Raad – MBV) ook van toepassing zijn op de werking van een verklaring in het algemeen', Broekema-Engelen & Broekema 1999, p. 221.

37 HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55 (m.nt. Sniijders; *Staat/K.*).

38 Sniijders 2001, p. 438.

stelt immers dat de Gemeente diende te bewijzen dat de brief aan de geadresseerde is aangeboden op de ter plaatse van bestemming voorgeschreven wijze.³⁹ Zou de Hoge Raad wél een correctie ten gunste van de vernemings-theorie voorstaan, dan zou volgens Snijders de Gemeente óók de bewijslast dienen te dragen van feiten die duiden op een (kunnen) vernemen van de verklaring. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om het lezen van de brief. Naar mijn mening kan uit bovenstaande bewijslastverdeling nog niet worden afgeleid dat de Hoge Raad de ontvangsttheorie voorstaat. Indien vast komt te staan dat een brief correct is aangeboden, dan ontstaat daarmee immers de mogelijkheid dat de geadresseerde kennis neemt van de verklaring. De bewijslastverdeling zoals opgelegd in Tilburg/Schouten kan daarom ook worden uitgelegd in de lijn van de ontvangst-vernemingstheorie.

9.1.3 Correctieven van Snijders

Overigens moet worden opgemerkt dat ook al stelt Snijders dat in artikel 3:37 lid 3 de ontvangsttheorie is neergelegd, dat hij zich daarbij geen voorstander betoont van ongeclausuleerde toepassing van deze theorie. Hij stelt namelijk een tweetal correctieven voor op de ontvangsttheorie ten gunste van de vernemingstheorie, te weten een *redelijkheidscorrectief* en een *correctie op grond van misbruik van recht*.⁴⁰ Het redelijkheidscorrectief betreft de situatie dat de verzender heeft bewezen dat de verklaring op correcte wijze aan de geadresseerde is aangeboden. De geadresseerde echter heeft geen kennis kunnen nemen van de verklaring vanwege andere dan hem persoonlijk betreffende omstandigheden. De correctie houdt in dat de verklaring in zo'n geval geen werking heeft. De geadresseerde dient dan wel een redelijk belang te hebben, wil hij zich kunnen beroepen op het niet gelezen kunnen hebben van de verklaring, bijvoorbeeld in het geval dat een partij een bepaalde termijn stelt waarbinnen hij een aanvaarding accepteert. Volgens Snijders zou het onredelijk kunnen zijn om hier strikt de ontvangsttheorie toe te passen. Een brief die na kantooruren wordt bezorgd, zou dan namelijk – volgens Snijders kennelijk onterecht – wel werking hebben. De correctie op grond van misbruik van recht betreft de situatie waarin een geadresseerde door een persoonlijke handicap of andere persoonlijke omstandigheden geen kennis heeft kunnen nemen van de verklaring, en er sprake is van misbruik van die omstandigheden door de verzender, een en ander met stelplicht en bewijslast ten laste van de geadresseerde. Als voorbeeld noemt Snijders degene die willens en wetens een verklaring per gewone post verzendt aan een alleenstaande blinde. In die gevallen zou de verklaring de geadresseerde niet hebben “bereikt”. Snijders suggereert dat

39 R.o. 3.3.2.

40 Snijders 2001, p. 438-440.

ook Meijers zich met de volgende, al eerder aangehaalde, zinsnede voor zo'n correctie heeft uitgesproken:

'Ook dat, wat hij, die de verklaring aflegt, van de wederpartij weet, kan van invloed zijn voor de beantwoording der vraag of een verklaring laatstgenoemde heeft bereikt.'⁴¹

Hiervoor is er echter reeds op gewezen dat Snijders van mening is dat onder meer bovenstaande zinsnede slechts betrekking heeft op mondeling overgedragen verklaringen. Snijders is daarom nogal selectief in het gebruik van de opmerkingen van Meijers.

9.1.4 Paragraafconclusie

Concluderend kan worden gesteld dat uit de wettekst van artikel 3:37 lid 3 BW niet blijkt of daarin de ontvangsttheorie of de ontvangst-vernemingstheorie is neergelegd. De wetsgeschiedenis en de recentere jurisprudentie staan beide lezingen toe. In de literatuur is door de meerderheid der schrijvers de ontvangst-vernemingstheorie aanvaard. Daarbij wordt soms echter verwezen naar de cryptische opmerkingen van Meijers die, nogmaals, beide lezingen toestaat.

9.2 HET AUTOMATISCHE MOMENT VAN TOTSTANDKOMING

In de bovenstaande paragraaf is de regeling van het moment van totstandkoming van een overeenkomst uiteengezet: de wilsovereenstemming komt tot stand op het moment waarop de geadresseerde kennis neemt van de verklaring of, naar de verzender redelijkerwijs mag aannemen, kennis had kunnen nemen van de verklaring. Snijders stelt daarentegen dat het moment van ontvangst bepalend is maar eist wel dat daar een redelijkheidscorrectief en een correctief op grond van misbruik van recht bij hebben te gelden. Het is nu de vraag hoe deze regels zijn toe te passen indien geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan. Hiertoe worden hierna in paragraaf 9.2.1 de mailboxontvangsttheorie en de computerontvangsttheorie behandeld. In paragraaf 9.2.2 bespreek ik de correctieven van Van Esch. In paragraaf 9.2.3 behandel ik de oplossing die wordt aangedragen door de UNCITRAL aan de orde. In paragraaf 9.2.4 ga ik in op de vraag of er een 'ontvangstverplichting' dient te gelden voor de geadresseerde. De situatie dat een bericht automatisch wordt ontvangen zonder aan een mens te worden doorgeleid, komt in paragraaf 9.2.5 aan de orde.

41 TM PG Boek 3 1981, p. 182.

9.2.1 De mailboxontvangsttheorie en de computerontvangsttheorie

In de literatuur spelen twee theorieën een rol bij de vraag naar het moment van werking van elektronische berichten, te weten de *mailboxontvangsttheorie* en de *computerontvangsttheorie*. Om deze theorieën te bespreken, dient eerst uiteen te worden gezet wat de rol is van de "mailbox" bij het berichtenverkeer tussen geautomatiseerde systemen. De mailbox komt aan de orde bij e-mail en EDI.⁴² E-mail en EDI zijn niet op één lijn te stellen maar toch zijn er gemeenschappelijke kenmerken die een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. Een e-mailbericht kan namelijk worden gedefinieerd als een elektronisch bericht bestaande uit een aantal *headers* en een vrij tekstveld. EDI kan worden gedefinieerd als de elektronische uitwisseling van gestructureerde en genormeerde berichten tussen informatiesystemen. Een EDI-bericht is zo'n gestructureerd en genormerd bericht. Een overeenkomst tussen e-mail en EDI is dat bij beide sprake kan zijn van een mailbox, dat wil zeggen dat bij ontvangst het elektronisch bericht wordt opgeslagen in een elektronische postbus totdat de geadresseerde de postbus "leegt". Het legen houdt in dat de geadresseerde het bericht transporteert naar een geautomatiseerd systeem, bijvoorbeeld een pc of een mobiel apparaat en eerst na dit transport kennis kan nemen van het bericht. Met betrekking tot EDI- en e-mailberichten worden in de literatuur het moment van deponeren en het moment van legen onderscheiden als momenten die geschikt voorkomen om zo'n bericht juridische werking te laten hebben. Deze momenten worden benoemd als respectievelijk de *mailboxontvangsttheorie* en de *computerontvangsttheorie*.⁴³

Door de mailbox centraal te stellen wordt naar mijn mening de discussie onterecht beperkt tot bepaalde soorten van geautomatiseerde systemen, namelijk die systemen waarbij sprake is van een mailbox die dient te worden geleegd door de geadresseerde. Het legen impliceert dat de inhoud van de mailbox wordt overgebracht naar een geautomatiseerd systeem (bijvoorbeeld een pc) waar de geadresseerde gebruik van maakt en dat de inhoud van de mailbox wordt gewist. Deze opvatting doet echter geen recht aan het feit dat in de praktijk de geadresseerde bijvoorbeeld soms 'vanuit' de mailbox werkt, dat wil zeggen dat een ontvangen e-mailbericht op een centrale server wordt opgeslagen en dat een bericht alleen wordt getransporteerd indien de geadresseerde het wil raadplegen. Na raadpleging wordt het bericht echter niet op het lokale systeem van de geadresseerde opgeslagen: de geadresseerde zal het bericht bij latere raadplegingen telkens van de centrale bewaarplaats ophalen. Om de juridische discussie niet onnodig te beperken tot bepaalde vormen van geautomatiseerde systemen is een meer techniekonafhankelijke uitleg van de mailboxontvangsttheorie en de computerontvangsttheorie gewenst. Onder de mailboxontvangsttheorie kan daarom beter worden verstaan

42 Van Esch 1999, Broekema-Engelen & Broekema 1999, Sniijders 2001.

43 Van Esch 1999, p. 99; Prins & Gijrath 2000, p. 138-139; Sniijders 2001, p. 458.

dat bepalend is *het moment waarop de geadresseerde toegang heeft tot de verklaring*. Vanaf het moment van deponeren in de mailbox heeft de geadresseerde immers toegang tot de verklaring. Er is echter geen reden om alleen die situaties in ogenschouw te nemen waarin sprake is van een mailbox in de technische betekenis van het woord. Onder de computerontvangsttheorie kan beter worden verstaan dat bepalend is het moment waarop de geadresseerde gebruik maakt van de toegang die hij heeft tot de verklaring. Dit moment zal zich bijvoorbeeld voordoen zodra de geadresseerde een ontvangen e-mailbericht op zijn computerscherm (of op het scherm van een mobiel apparaat) leesbaar presenteert. Uit deze ruimere uitleg van de mailboxontvangsttheorie en de computerontvangsttheorie, wordt de precieze betekenis van deze theorieën duidelijk. In de eerste plaats valt de mailboxontvangsttheorie samen met de ontvangsttheorie. De geadresseerde hoeft immers geen kennis te hebben genomen van de verklaring maar is wel in staat dat te doen. In de tweede plaats gaat de computerontvangsttheorie uit van een tijdstip dat plaatsvindt tussen het moment van ontvangst en het moment van verneming. De geadresseerde maakt immers gebruik van de toegang die hij heeft tot de verklaring. Daarmee is echter nog niet gezegd dat hij ook daadwerkelijk kennis neemt van de verklaring.

De mailboxontvangsttheorie geniet in de literatuur unaniem de voorkeur. Van Esch, en waarschijnlijk in navolging van Van Esch, Prins & Gijrath, kiezen met een beroep op de rechtszekerheid voor de mailbox-ontvangsttheorie.⁴⁴ Bij de computerontvangsttheorie zal volgens Van Esch namelijk per geval op basis van de omstandigheden dienen te worden vastgesteld op welk moment de geadresseerde geacht mocht worden de mailbox te hebben geleegd. Broekema-Engelen en Broekema hangen de mailboxontvangsttheorie aan op grond van een redenering naar analogie die zij toepassen op het arrest G./ Antillen. Volgens de auteurs valt uit het arrest af te leiden dat een verklaring in het algemeen haar werking heeft op het moment dat zij de postbus bereikt. Zij stellen voorts een elektronische mailbox gelijk aan een gewone stoffelijke postbus en concluderen dat een elektronisch bericht de geadresseerde heeft bereikt zodra het bericht in de mailbox van de geadresseerde aankomt.⁴⁵ Ook Van der Wiel ziet een gelijkenis tussen een gewone stoffelijke postbus en een elektronische mailbox en leidt hier kennelijk uit af dat een bericht werking heeft zodra het de mailbox is binnengekomen.⁴⁶ Sniijders is ook een voorstander van de mailboxontvangsttheorie. Hij behandelt een mailbox ook als een stoffelijke postbus en voert bovendien aan dat de mailboxontvangsttheorie recht doet aan het feit dat de afzender alles heeft gedaan om de geadresseerde te bereiken.⁴⁷

44 Prins & Gijrath 2000, p. 139; Van Esch 1999, p. 99-100.

45 Broekema-Engelen & Broekema 1999, p. 221-222.

46 Van der Wiel 1998, p. 657.

47 Sniijders 2001, p. 458.

Opvallend is dat alle genoemde auteurs de heersende leer van de ontvangst-vernemingstheorie links laten liggen. Met een keuze voor de mailboxontvangsttheorie wordt namelijk in feite een keuze gemaakt voor de ontvangsttheorie.

9.2.2 Correctieven van Van Esch

Ook al wordt de mailboxontvangsttheorie als de beste oplossing gezien, toch wordt er nog een aantal correcties op voorgesteld. Van Esch ziet ruimte voor drie uitzonderingen op de toepassing van de mailboxontvangsttheorie.⁴⁸

Ten eerste noemt Van Esch het geval dat de afzender ervan op de hoogte is dat de geadresseerde op bepaalde tijden de mailbox leegt. In EDI-situaties kan de afzender hiervan op de hoogte geraken indien dit tijdstip in een handleiding is vermeld of partijen deze tijdstippen zijn overeengekomen. Volgens Van Esch zou dit mee kunnen brengen dat partijen overeen zijn gekomen dat EDI-berichten hun werking hebben op deze tijdstippen. Snijders verwerpt deze uitzondering omdat niet valt in te zien dat een rechtshandeling op de enkele grond dat de geadresseerde niet vaak zijn mailbox leegt eerst op het moment van legen tot stand zou kunnen komen.⁴⁹ Het gaat er Van Esch echter kennelijk niet om dat de mailbox *niet vaak* wordt geleegd, maar dat de verzender op de hoogte is van de precieze tijdstippen *waarop* de mailbox wordt geleegd.

Ten tweede zou volgens Van Esch moeten worden aangenomen dat een ontvangen bericht dat op zodanige wijze is versleuteld dat de geadresseerde het niet kan ontsleutelen, de geadresseerde niet heeft bereikt. Van Esch gaat hierbij uit van de situatie dat de verzender de verkeerde sleutel heeft gebruikt. Met Snijders kan echter worden aangenomen dat ook aan deze uitzondering geen behoefte is omdat het onderhavige bericht reeds niet kan gelden als rechtshandeling omdat er geen sprake is van een *geopenbaarde* wil.⁵⁰

De derde uitzondering betreft de situatie dat de afzender weet dat de geadresseerde in de onmogelijkheid verkeert om het bericht uit de mailbox te halen. Met betrekking tot EDI gebruikt Van Esch het voorbeeld dat de afzender vooraf een bericht heeft gekregen van de geadresseerde dat diens EDI-systeem in verband met onderhoudswerkzaamheden tijdelijk buiten werking is. Volgens Van Esch zullen de redelijkheid en billijkheid veelal meebrengen dat op de afzender de verplichting rust om te trachten op een andere manier de verklaring over te brengen door gebruik te maken van een ander communicatiemiddel. Snijders stelt terecht dat er geen behoefte is aan een uitzondering op het geldende recht voor deze situatie; het bericht is namelijk überhaupt niet ontvangen.

48 Van Esch 1999, p. 100-103.

49 Snijders 2001, p. 458.

50 Snijders 2001, p. 458.

Aan de hand van de bovenstaande drie situaties komt Van Esch tot de volgende aanscherping van de mailboxontvangsttheorie: een bericht heeft de geadresseerde bereikt op het tijdstip van het deponeren in de mailbox, tenzij (a) de afzender wist of behoorde te weten dat de geadresseerde op dat tijdstip geen kennis zou nemen of zou kunnen nemen van de inhoud van het bericht of (b) de geadresseerde door een handelen of nalaten van de afzender de verklaring in het bericht niet heeft kunnen vernemen. Indien de afzender wist of behoorde te weten dat de geadresseerde op een later tijdstip de verklaring zou vernemen, geldt in beginsel als tijdstip van bereiken het tijdstip waarop de afzender redelijkerwijs mocht verwachten dat de geadresseerde van de verklaring kennis zou nemen.

9.2.3 De UNCITRAL Model Law

Bij de behandeling van het moment van totstandkoming van een overeenkomst, kan inspiratie worden opgedaan bij de UNCITRAL Model Law. De UNCITRAL Model Law bevat geen algemene bepaling die vaststelt wanneer een overeenkomst tot stand komt. Artikel 11 van de Model Law stelt wel dat aanbod en aanvaarding door middel van databerichten tot uitdrukking kunnen worden gebracht. De Model Law dient er echter niet toe voor te schrijven hoe overeenkomsten tot stand komen. De doelstelling van de Model Law is 'slechts' te bereiken dat elektronische communicatie dezelfde mate van zekerheid biedt als 'paper-based' communicatie.⁵¹ De Model Law bepaalt wel het moment van verzending en het moment van ontvangst van een databericht. De Model Law wil zo invulling geven aan de verzendtheorie en de ontvangsttheorie. Het is echter niet de bedoeling om nationale regels te vervangen maar om deze aan te vullen.⁵² Aangezien artikel 3:37 lid 3 BW van "bereiken" spreekt en dit wordt uitgelegd als een keuze voor de ontvangsttheorie dan wel de ontvangstvernemingstheorie, kan het raadzaam zijn na te gaan hoe de Model Law *ontvangst* nader definieert. Dit kan immers aanknopingspunten bieden voor het Nederlandse begrip *ontvangst*. De Model Law maakt voor wat betreft het moment van ontvangst van een databericht in lid 2 van artikel 15 een onderscheid tussen de situatie waarin de geadresseerde een informatiesysteem heeft bestemd voor de ontvangst van databerichten en de situatie waarin dat niet het geval is.

51 UNCITRAL Model Law, paragraaf 78.

52 UNCITRAL Model Law, paragraaf 101. Deze paragraaf betreft slechts het moment van verzending maar de opmerking betreffende de invloed van de Model Law op nationale rechtssystemen is gezien haar faciliterende karakter ook van toepassing op de regeling inzake het moment van ontvangst.

- '(a) if the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages, receipt occurs:
- (i) at the time when the data message enters the designated information system;
 - or
 - (ii) if the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, at the time the data message is retrieved by the addressee;
- (b) if the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data message enters an information system of the addressee.'

Naar aanleiding van deze regeling rijst de vraag wanneer een geadresseerde een informatiesysteem bestemd heeft om databerichten te ontvangen. Volgens de toelichting op de Model Law gaat het om een systeem dat specifiek bestemd is door een partij, bijvoorbeeld in het geval dat een aanbod expliciet het adres vermeldt waaraan een eventuele aanvaarding dient te worden gezonden. Het vermelden van bijvoorbeeld een e-mail adres in een briefhoofd is echter onvoldoende expliciet.⁵³ Hier valt uit af te leiden dat het specifiek noemen van een e-mail adres kennelijk voldoet als het expliciet bestemmen van een informatiesysteem.

In het geval er geen bestemd informatiesysteem is, is het aan de verzender om te bepalen aan welk informatiesysteem hij zijn databerichten verstuurt. Een ondergrens kan daar wel bij getrokken worden: een databericht dient geen werking te hebben wanneer de verzender databerichten stuurt naar informatiesystemen waarvan hij weet dat de geadresseerde deze systemen niet gebruikt voor communicatie met de verzender. Er kan dan gedacht worden aan privé e-mailadressen of e-mailadressen van een andere afdeling van het bedrijf van geadresseerde dan de afdeling waar de verzender mee van doen heeft.

Tot slot legt de toelichting op de Model Law nader uit wanneer een databericht een informatiesysteem binnenkomt ("*entry into an information system*"). Een databericht komt een informatiesysteem binnen wanneer het beschikbaar wordt voor verwerking door het informatiesysteem.⁵⁴

9.2.4 'Ontvangstverplichting' van de geadresseerde

Hierboven is gebleken dat in de literatuur voor het moment van werking van e-mail- en EDI- berichten, de ontvangsttheorie unaniem de voorkeur lijkt te verdienen. Volgens Snijders roept de keuze voor de ontvangsttheorie voor de geadresseerde een risico in het leven. Een bericht heeft volgens de ontvangsttheorie immers werking op het moment dat het toegankelijk is voor de geadresseerde. Of de geadresseerde vervolgens al dan niet daadwerkelijk

53 UNCITRAL Model Law, paragraaf 102.

54 UNCITRAL Model Law, paragraaf 103.

kennis neemt van het bericht komt voor zijn eigen risico. Sniijders drukt dit als volgt uit.

‘Telefoon behoeft men niet te beantwoorden, antwoordapparaat en voice mail zijn niet verplicht, de fax kan men afsluiten, maar heeft men eenmaal een e-mailadres dan is daarmee naar de status quo ook de verplichting tot ontvangst in de e-mailbox een feit en daarmee in mijn opvatting ook het “bereikt” hebben in de zin van art. 3:37 lid 3 BW.’⁵⁵

Sniijders geeft vervolgens het voorbeeld van de auteur die een e-mailadres heeft om af en toe kopij te verzenden naar zijn uitgever. Deze persoon zal niet de bedoeling hebben om berichten te ontvangen via dit e-mailadres. Toch zal in de visie van Sniijders een aan hem gericht bericht werking hebben zodra het bericht de mailbox behorende bij het e-mailadres binnenkomt. Sniijders stelt als oplossing voor het voor de geadresseerde technisch mogelijk te maken om naar keuze zijn mailbox ontoegankelijk te maken. Vooralsnog dient volgens Sniijders “enig ongemak” bij e-mail aanvaard te worden. Mocht er volgens Sniijders nog “aversie” overblijven dan doet dit volgens hem denken aan “de reactie van de boeren, die in de negentiende eeuw de komst van de trein wilden tegenhouden omdat zij bang waren dat de koeien anders minder melk zouden geven”.⁵⁶ Sniijders is kennelijk van mening dat het voordeel van een nieuw communicatiemiddel als e-mail ruimschoots opweegt tegen het nadeel in de vorm van het risico dat de geadresseerde loopt bij strikte toepassing van de ontvangsttheorie.

Naar mijn mening gaat het echter te ver om geadresseerden een ‘ontvangstverplichting’ op te leggen. Het is immers niet ongebruikelijk dat een persoon in het maatschappelijk verkeer een aantal verschillende e-mailadressen gebruikt. Zo is het mogelijk dat iemand een gratis e-mailadres aanvraagt om specifiek met één bepaalde wederpartij te communiceren. Mocht het contact met die wederpartij echter worden beëindigd, dan kan het zo zijn dat de gebruiker van het e-mailadres dit adres aanhoudt, maar er vervolgens geen gebruik meer van zal maken. Het is naar mijn mening dan ook onredelijk om in zo’n geval werking toe te kennen aan een bericht dat de mailbox van zo’n ongebruikt e-mailadres binnenkomt. Dit nadeel kan niet zomaar terzijde worden geschoven door te stellen dat dat nou eenmaal het risico is dat aan een nieuw communicatiemiddel verbonden is.

Aan het risico dat de geadresseerde draagt, kan op twee manieren tegemoet worden gekomen. Indien de ontvangsttheorie wordt aangehangen, kan wederom een correctie worden aangevoerd. Deze correctie zou dan bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de verzender geacht mag worden alleen berichten te versturen aan e-mailadressen waarvan hij mag verwachten dat de geadresseer-

55 Sniijders 2001, p. 458.

56 Sniijders 2001, p. 459.

de ze nog actief gebruikt. Er zou bijvoorbeeld kunnen worden aangeknoopt bij de aanpak van de UNCITRAL Model Law en geëist kunnen worden dat de verzender alleen berichten verstuurt aan e-mailadressen die de geadresseerde daartoe heeft bestemd.⁵⁷ De tweede manier is dat de ontvangsttheorie voor wat e-mail betreft wordt verworpen en wordt gekozen voor de ontvangst-vernemingstheorie. Dan zal de verwachting die de verzender mag hebben van het moment waarop de geadresseerde kennis zal nemen van de verklaring al direct relevant zijn. Bij de ontvangst-vernemingstheorie heeft een verklaring immers werking wanneer de geadresseerde kennis neemt van de verklaring of daarvan, naar de verzender redelijkerwijs mocht aannemen, kennis had kunnen nemen.

9.2.5 Geautomatiseerd bereiken

Tot dusver is er bij de vraag naar het moment van totstandkoming van een overeenkomst een belangrijke rol weggelegd voor de persoon van de geadresseerde. Bij de ontvangst-vernemingstheorie is immers van belang *de verwachting die de verzender mag hebben van het moment waarop de geadresseerde redelijkerwijs kennis kan nemen van de verklaring*. Ook in de visie van de aanhangers van de ontvangsttheorie speelt deze verwachting van belang. Zij is echter van secundaire aard. De verwachting die de verzender mag hebben komen immers pas aan de orde bij eventuele correctieven.⁵⁸ Er kan zich echter de situatie voordoen waarin er geen sprake is van een geadresseerde in de vorm van een natuurlijk persoon. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in het geval van EDI: een EDI-bericht kan automatisch wordt verwerkt. Een ontvangen bericht zal in deze situatie niet aan een natuurlijk persoon worden voorgelegd. Er zal bijvoorbeeld pas een natuurlijk persoon aan te pas komen bij het uitvoeren van de overeenkomsten, zoals het afleveren of opsturen van bestelde goederen. Daarnaast zal de uitbater van het ontvangende systeem geregeld controleren hoeveel berichten binnenkomen en welke hoeveelheden aan goederen worden besteld. Nu er in beginsel geen natuurlijk persoon te pas komt aan de verwerking van berichten, kan de verzender zich geen verwachting vormen van het tijdstip waarop een natuurlijk persoon kennis zal nemen van een bericht. Een ander voorbeeld is de situatie waarin producten en/of diensten elektronisch en geautomatiseerd kunnen worden geleverd. Zo is het mogelijk om met behulp van een website tegen betaling bijvoorbeeld geluidsbestanden (muziek) aan te bieden. Via de website kunnen geautomatiseerd aanvragen worden geaccepteerd en de geluidsbestanden worden verstrekt. De natuurlijk persoon – in dit geval de uitbater van de website – is ook hier naar de achtergrond verdwenen.

57 Zie artikel 15 lid 2 UNCITRAL Model Law, zie ook paragraaf 9.2.3.

58 Zoals voorgesteld door Snijders en Van Esch, zie de paragrafen 9.2.3 en 9.2.2.

Het is aldus de vraag wanneer een aanvaarding werking heeft indien er geen natuurlijk persoon betrokken is bij de ontvangst ervan. Aangezien de geadresseerde in bovenstaande situaties de ontvangst en verwerking van een aanvaarding uit handen heeft gegeven aan een geautomatiseerd systeem, dient de vraag echter niet te zijn of hij de aanvaarding hem heeft bereikt, maar of de automatiseerde ontvangst en verwerking hem kan worden toegerekend. Het geautomatiseerd bereiken kan in verband worden gezien als het "spiegelbeeld" van het geautomatiseerd afleggen van een verklaring.⁵⁹ Net zoals bij de geautomatiseerde rechtshandeling kan de geautomatiseerde ontvangst de geadresseerde daarom worden toegerekend op grond van de theorie van de geprogrammeerde wil en de theorie van de algemene wil.⁶⁰ De geautomatiseerde ontvangst en verwerking geschieden immers op basis van de instellingen die de geadresseerde in diens geautomatiseerd systeem heeft ingevoerd. Voorts geeft de geadresseerde door een dergelijk systeem in gebruik te nemen zijn wil te kennen aanvaarding geautomatiseerd te accepteren.

Er kan hier een analogie worden gemaakt met een bepaling uit titel 3.3 BW betreffende de volmacht. Op grond van artikel 3:60 lid 2 BW wordt in die titel onder rechtshandeling ook het in ontvangst nemen van een verklaring begrepen. Uit de wetsgeschiedenis valt op te maken dat onduidelijk is of het in ontvangst nemen van een verklaring als rechtshandeling kan gelden. Het doel van de bepaling is echter niet vast te stellen dat de ontvangst van een verklaring nooit een rechtshandeling kan zijn, deze vraag wordt in het midden gelaten, maar om zeker te stellen dat de bepalingen omtrent volmacht mede van toepassing zijn ingeval een persoon wordt aangewezen enkel om een verklaring in ontvangst te nemen.⁶¹ Mede op grond van deze analogie is het in ontvangst nemen van een verklaring op een vergelijkbare wijze toe te rekenen aan de gebruiker van het betreffende geautomatiseerde systeem zoals ook de verklaring die is afgelegd met behulp van een geautomatiseerd systeem is toe te rekenen aan de gebruiker van dat systeem.

Van bovenstaande categorie van situaties moet worden onderscheiden het geval waarin partijen het moment van totstandkoming overeenkomen.⁶² Zo kan degene die bijvoorbeeld op een website een aanbod doet een termijn stellen waarbinnen het aanbod aanvaard dient te worden, bijvoorbeeld ingeval van een kortingsactie. Heeft zo'n kortingsactie een looptijd tot en met een bepaalde dag, dan is het niet ongebruikelijk dat tot 24:00 uur op die dag aanvaarding gedaan kunnen worden. In de praktijk zal de aanbieder dan echter alle aanbiedingen honoreren die tijdig, dat wil zeggen: vóór 24:00 uur, zijn mailbox hebben bereikt. Deze aanbieder kan zodoende de verwachting wekken dat ook in het vervolg aanvaarding tijdig zijn uitgebracht indien zij zijn mailbox

59 Kuhn 1991, p. 104.

60 Zie hoofdstuk 3.

61 PG Boek 3 1981, p. 261-262. Zie ook Asser/Van der Grinten 2-I 1990, nr. 20.

62 Artikel 3:37 lid 3 BW is namelijk in beginsel regelend recht, zie paragraaf 9.1.

bereikt hebben. Daarnaast zou hij dit uiteraard expliciet in de voorwaarden van de kortingsactie kunnen opnemen. Zou hier de computerontvangsttheorie worden aangehangen, dan zou dit tot het onwenselijke resultaat leiden dat bijvoorbeeld alleen aanvaardingen gedaan tijdens kantooruren werking hebben. Dit is onwenselijk omdat daarmee één van de voordelen van het gebruik van geautomatiseerde systemen (in dit geval: een website), te weten het dag en nacht kunnen bestellen van producten, teniet worden gedaan. Mocht de aanbieder inderdaad alleen bijvoorbeeld tijdens kantooruren aanvaardingen willen accepteren, dan zal hij dat ofwel kenbaar moeten maken, ofwel het geautomatiseerd systeem zodanig moeten inrichten dat alleen tijdens die uren aanvaardingen gedaan kunnen worden.

9.3 ONTVANGSTBEVESTIGING

In principe kan bij overeenkomst worden afgeweken van hetgeen is bepaald in artikel 3:37 lid 3 BW. De afzender en de geadresseerde kunnen vooraf overeenkomen dat een verklaring pas werking heeft als er binnen een bepaalde tijd de ontvangst van de verklaring is bevestigd. Partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat indien de verzender niet binnen een bepaalde termijn een ontvangstbevestiging ontvangt en hij de geadresseerde daarvan in kennis heeft gesteld, partijen het oorspronkelijke bericht als ontvangen kunnen beschouwen vanaf het moment dat de termijn verstreken is.⁶³ In EDI-situaties, waarin gebruik wordt gemaakt van ontvangstbevestigingen, dient de ontvangstbevestiging er echter *niet* toe om de werking van het oorspronkelijke bericht afhankelijk te maken van de ontvangstbevestiging. De ontvangstbevestiging is daarentegen één van de stappen in een procedure om na te gaan of er bij de verzending van een bericht iets is fout gegaan. Bovendien zou, indien de werking van een bericht daadwerkelijke afhankelijk zou zijn van een ontvangstbevestiging, de geadresseerde kunnen voorkomen dat een bericht werking heeft door de ontvangstbevestiging achter te houden, wat daarom een onwenselijke situatie zou zijn.⁶⁴

9.3.1 Richtlijn inzake elektronische handel

De Richtlijn inzake elektronische handel geeft in artikel 11 lid 1 een regeling van de ontvangstbevestiging en van het moment van ontvangst van de plaatsing van een order. Voor een goed begrip van deze bepaling dient eerst de

63 Vgl. artikel 5.4 Aanbeveling 94/820/EG betreffende de juridische aspecten van de elektronische uitwisseling van gegevens, *PbEG* 1994 L 338/98 en artikel 14 lid 3 UNCITRAL Model Law.

64 Van Esch 1999, p. 108, Snijders 2001, p. 459-460.

ontstaansgeschiedenis van deze bepaling aan de orde te komen. Het oorspronkelijke voorstel⁶⁵ voor de Richtlijn inzake elektronische handel bevatte een bepaling die voorschreef wanneer een overeenkomst tot stand komt. De ratio achter deze bepaling was dat “gezien de grote rechtsonzekerheid [in] dergelijke situaties” het van belang was duidelijk vast te stellen vanaf welk moment een overeenkomst geldt.⁶⁶ De bepaling zou moeten gelden in de situatie dat een afnemer van een dienst van de informatiemaatschappij ingaat op een aanbod van de dienstverlener en de afnemer van de dienst wordt verzocht met behulp van technische middelen, bijvoorbeeld door op een icoon te klikken, zijn instemming met het aanbod van de dienstverlener kenbaar te maken. In het artikelgewijs commentaar van het richtlijnvoorstel wordt gesteld dat het gaat om de specifieke situatie dat de afnemer van de dienst slechts kan kiezen om een offerte te accepteren dan wel te verwerpen.⁶⁷ Volgens artikel 11 lid 1 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel zijn in deze situatie de volgende drie ‘beginselen’ van toepassing:

- ‘a) het contract wordt gesloten wanneer de afnemer van de dienst:
 - van de dienstverlener langs elektronische weg het bewijs van ontvangst van de akkoordverklaring van de afnemer van de dienst heeft ontvangen, en
 - de ontvangst van het bewijs van ontvangst heeft bevestigd;
- b) het ontvangstbewijs wordt geacht te zijn ontvangen en de bevestiging wordt geacht te zijn gedaan, wanneer deze voor de partijen tot wie zij zijn gericht, toegankelijk zijn;
- c) het ontvangstbewijs van de dienstverlener en de bevestiging van de afnemer moeten zo spoedig mogelijk worden verzonden.’

Volgens bovenstaande tekst dient de dienstverlener de aanvaarding door de afnemer te bevestigen. Het moment van totstandkoming van de overeenkomst valt vervolgens op het tijdstip dat de afnemer deze bevestiging op zijn beurt heeft bevestigd. Beide bevestigingen hebben werking op het moment dat zij toegankelijk zijn voor de geadresseerde, aldus sub b. Met deze regeling van het richtlijnvoorstel wordt wel gesproken van een *vier-stappenmodel* voor de totstandkoming van een overeenkomst.⁶⁸ Stap 1 is het aanbod van de dienstverlener, stap 2 is de aanvaarding door de afnemer, stap 3 is de bevestiging door de dienstverlener aan de afnemer van ontvangst van de aanvaarding, stap 4 is de bevestiging door de afnemer aan de dienstverlener van de ontvangst van de bevestiging van de aanvaarding. In het latere, gewijzigde richtlijnvoorstel⁶⁹ gaat artikel 11 lid 1 uit van een *drie-stappenmodel*. Het moment van totstandkoming wordt bepaald op de hierboven genoemde derde

65 COM (1998) 586 def., *PbEG* 1999 C 30/4.

66 COM (1998) 586 def., *PbEG* 1999 C 30/4, p. 29

67 COM (1998) 586 def., *PbEG* 1999 C 30/4, p. 29.

68 Sander 2000, p. 61-63.

69 COM(1999) 427 def.

stap, namelijk het moment dat de afnemer van de dienst van de dienstverlener het bewijs van ontvangst van de akkoordverklaring van de afnemer van de dienst heeft ontvangen. In de uiteindelijke richtlijn stelt artikel 11 lid 1 slechts nog dat de volgende twee 'beginselen' "in acht worden genomen":

- '- de dienstverlener bevestigt zo spoedig mogelijk langs elektronische weg de ontvangst van de order van de afnemer;
- de order en het ontvangstbewijs⁷⁰ worden geacht te zijn ontvangen, wanneer deze toegankelijk zijn voor de partijen tot wie zij zijn gericht.'

Op grond van deze uiteindelijke formulering dient de dienstverlener de order dus wel te bevestigen, maar deze bevestiging is niet langer bepalend voor het tijdstip van de totstandkoming, zoals het oorspronkelijke voorstel bepaalde. De bevestigingsplicht dient nu slechts "in acht te worden genomen". Overweging 34 van de richtlijn bepaalt overigens dat het bericht van ontvangst van een dienstverlener kan bestaan in de *online* levering van de betaalde dienst.⁷¹ Waarschijnlijk dient het tweede beginsel er mede toe om te bepalen wanneer de dienstverlener de ontvangstbevestiging dient te versturen. Dit dient immers zo spoedig mogelijk na ontvangst van de order te geschieden en er is sprake van ontvangst wanneer order toegankelijk is voor de dienstverlener. Wat de order en de ontvangstbevestiging betreft wordt hiermee gekozen voor de ontvangsttheorie.⁷² De lidstaten zijn vrij om te bepalen hoe de bevestigingsplicht gesanctioneerd dient te worden.

9.3.2 Aanpassingswet elektronische handel

Zoals hierboven is opgemerkt is de ratio achter het oorspronkelijke vier-stapenmodel het tegengaan van de "grote rechtsonzekerheid in dergelijke situaties". De ratio achter het huidige lid 1 van artikel 11 van de Richtlijn kan waarschijnlijk ook worden gevonden in het tegengaan van rechtsonzekerheid. Het is de vraag wat de juridische betekenis zou moeten zijn van de bevestigingsplicht bij de totstandkoming van overeenkomsten. Naar Nederlands recht geldt als uitgangspunt dat een overeenkomst totstandkomt door een aanbod en de aanvaarding daarvan.⁷³ Wanneer een "bevestiging" in de zin van artikel 11 lid 1 als een aanvaarding gekwalificeerd kan worden, dan komt daarmee

70 De term "ontvangstbewijs" is hier overigens niet op zijn plaats. Waarschijnlijk wordt bedoeld: "ontvangstbevestiging". De Engelse, Frans en Duitse versie van de richtlijn spreken dan ook van respectievelijk "acknowledgement of receipt", "l'accusé de réception" en "Empfangsbestätigung".

71 Overweging 34 van richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, *PbEG* 2000 L 178/1.

72 Ofwel de mailboxontvangsttheorie, wat immers een synoniem voor de ontvangsttheorie is, zie paragraaf 9.2.1.

73 Artikel 6:217 BW.

de overeenkomst tot stand. Kan daarentegen de order van de afnemer als een aanvaarding worden gezien, dan heeft de bevestiging voor de totstandkoming van de overeenkomst geen betekenis. De conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat artikel 11 lid 1 alleen het moment van totstandkoming bepaalt indien de bevestiging als aanvaarding is aan te merken. Dan wordt de verklaring houdende de aanvaarding immers geacht te zijn ontvangen wanneer deze toegankelijk is voor de partij tot wie zij gericht is. Hoe dit alles de rechtszekerheid bevordert, is mij niet duidelijk. Er zou aangevoerd kunnen worden dat de ontvangstbevestiging een bewijsrechtelijke status heeft⁷⁴ maar naar mijn mening biedt de ontvangstbevestiging hiermee in beginsel geen toegevoegde waarde boven de bewijsrechtelijke status van de verklaringen houdende het aanbod en de aanvaarding.

De Aanpassingswet elektronische handel⁷⁵ heeft artikel 11 lid 1 van de Richtlijn geïmplementeerd in artikel 6:227c lid 2 en 3 BW. Artikel 6:227c lid 2 BW betreft de situatie waarin de dienstverlener via elektronische weg een aanbod of een uitnodiging om in onderhandeling te treden uitbrengt. Wanneer een wederpartij langs elektronische weg een verklaring uitbrengt die de dienstverlener mag opvatten als hetzij een aanvaarding naar aanleiding van zijn aanbod, hetzij een aanbod naar aanleiding van zijn uitnodiging tot onderhandeling, dan dient de dienstverlener zo spoedig mogelijk langs elektronische weg de ontvangst van deze verklaring te bevestigen. De ratio achter deze bevestigingsverplichting is de gedachte dat er duidelijkheid moet bestaan voor partijen omtrent de vraag of door hen in het kader van de totstandkoming van een overeenkomst langs elektronische weg uitgebrachte verklaringen de wederpartij hebben bereikt.⁷⁶ Volgens de Memorie van Toelichting dient deze bepaling er niet toe het moment van totstandkoming van een overeenkomst te bepalen, dit dient te worden bepaald aan de hand van de algemene regels ter zake.⁷⁷ De bevestigingsverplichting moet dan ook worden gezien als een opzichzelfstaande verplichting. Deze verplichting kent een sanctie: zolang de ontvangst van een aanvaarding niet is bevestigd, kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden, aldus de tekst van artikel 6:227c lid 2 BW. Deze sanctie geldt uiteraard wanneer de verklaring van de wederpartij een aanvaarding bevat. Ingeval de verklaring een aanbod inhoudt, is er nog geen overeenkomst die ontbonden zou kunnen worden. De wettekst stelt dat in dat geval een niet tijdige bevestiging geldt als verwerping van het aanbod.

Artikel 6:227c lid 3 BW bepaalt wanneer de hierboven genoemde verklaringen zijn ontvangen: de verklaring van de wederpartij en de ontvangstbevestiging van de dienstverlener worden geacht te zijn ontvangen wanneer deze *toegankelijk zijn voor de partijen tot wie zij gericht zijn*. De Memorie van Toelich-

74 Zie de terloopse opmerking in Hultmark Ramberg 2001, p. 440.

75 Zie hoofdstuk 4.

76 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, p. 58.

77 *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 197, p. 58.

ting stelt dat hiermee wordt gekozen voor de mailboxontvangsttheorie: een e-mailbericht zal namelijk als ontvangen moeten worden beschouwd zodra het in de mailbox van de ontvanger is beland. Het e-mailbericht zal daarvoor niet daadwerkelijk geopend hoeven te zijn. Deze keuze voor de (mailbox)ontvangsttheorie komt voor wat betreft het moment van werking van een order of een ontvangstbevestiging overeen met mijn uitleg van artikel 11 lid 1 van de richtlijn in de bovenstaande paragraaf.

Naar mijn mening kan artikel 6:227c lid 2 j° lid 3 BW wel degelijk het moment van totstandkoming van een overeenkomst bepalen, ongeacht de opmerking in de Memorie van Toelichting dat dit nu juist niet geregeld zou worden. De ontvangstregel van lid 3 ziet blijkens lid 2 namelijk ook op aanvaarding die de wederpartij aan de dienstverlener uitbrengt. Met toepassing van artikel 6:227c lid 3 BW komt de overeenkomst in de onderhavige situatie dan ook tot stand op het moment dat de aanvaarding toegankelijk is voor de dienstverlener. De conclusie dient te zijn dat, voor wat betreft diensten van de informatiemaatschappij, het BW met deze nieuwe regeling een expliciete keuze voor de mailboxontvangsttheorie zal gaan bevatten en zodoende in dit verband verder gaat dan artikel 11 lid 1 van de Richtlijn elektronische handel. Artikel 11 lid 1 van de Richtlijn bepaalt immers niet het moment van totstandkoming van een overeenkomst. Artikel 6:227c lid 3 BW kan hiermee worden gezien als een species van artikel 3:37 lid 3 BW. Er wordt immers een bijzondere regel gegeven voor het moment van werking van de "order" en de ontvangstbevestiging.

Van Hekesen wijst er op dat art. 6:227c lid 2 BW ook in een ander opzicht ruimer is geformuleerd dan art. 11 lid 1 van de richtlijn.⁷⁸ Art. 11 lid 1 ziet namelijk op het bevestigen van een geplaatste *order*. Dit ziet waarschijnlijk op het langs elektronische weg bestellen van goederen of diensten. Art. 6:227c lid 2 gaat echter uit van de algemene termen aanbod en aanvaarding. Van Hekesen stelt dat hiermee de praktische toepassing van de nieuwe regeling moeilijk is voor te stellen. Hij noemt als voorbeeld de aanvaarding van algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de toegang tot en het gebruik van een website, de zogenaamde *terms of use* van een website. Om er voor te zorgen dat de bezoeker van een website gebonden raakt aan deze terms of use zal de dienstverlener de aanvaarding daarvan moeten bevestigen. Van Hekesen vraagt zich af of dit het einde betekent van anoniem surfen; de dienstverlener zal immers over het elektronische adres van de bezoeker moeten beschikken waaraan hij de bevestiging kan richten. Hieruit blijkt dat Van Hekesen er van uit gaat dat de ontvangstbevestiging bijvoorbeeld via e-mail verstuurd dient te worden.

In een commentaar op de richtlijn gaat Lodder er daarentegen van uit dat een ontvangstbevestiging kan geschieden met een pop-upvenstertje.⁷⁹ Het

78 Van Hekesen 2002, p. 260-261.

79 Lodder 2002, p. 85

is de vraag hoe de ontvangstbevestiging dient te geschieden. Het wetsvoorstel eist dat de bevestiging “langs elektronische weg” plaats vindt. Een verklaring langs elektronische weg verzonden indien deze geheel per draad, per radio, of door middel van optische of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking, met inbegrip van digitale compressie, en de opslag van gegevens, zie art. 3:15d lid 3 derde volzin BW van het wetsvoorstel. Deze ruime omschrijving eist geenszins dat de ontvangstbevestiging via e-mail of een vergelijkbaar middel verstuurd dient te worden. Een bevestiging van de aanvaarding van de gebruiksvoorwaarden van een website kan dus geschieden via de website zelf. Het is daarom niet nodig, zoals Van Hekesen stelt, dat de bevestiging per se aan een e-mailadres gericht hoeft te zijn.

Een andere situatie waarin de praktische toepassing van de nieuwe regeling problematisch is, betreft die gevallen waarin een dienst geleverd kan worden vóórdat de bevestiging de wederpartij heeft bereikt. Van Hekesen noemt een voorbeeld van een dienst die snel “geconsumeerd” kan worden: het “elektronisch krassen van een kraslot”. Stel dat de wederpartij de website van de dienstverlener bezoekt die zodanig is opgezet dat de wederpartij eerst akkoord gaat met algemene voorwaarden en zijn creditcardnummer opgeeft. Hierna kan de prestatie worden geleverd en voltooid (het krassen van het lot). De prestatie is dan al voltooid voordat de bevestiging de wederpartij heeft bereikt. “Snelle, on-line diensten” als deze behoeven echter geen probleem op te leveren. In navolging van overweging 34 van de richtlijn kan worden gesteld dat de on-line levering van de dienst geldt als ontvangstbevestiging.

9.4 HOOFDSTUKCONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzoekvraag 4 aan de orde gesteld: op welk moment ontstaat een overeenkomst indien één of meerdere geautomatiseerde systemen daarbij zijn betrokken? Bepalend is hierbij wanneer er sprake is van “bereiken” in de zin van artikel 3:37 lid 3 BW. In de juridische literatuur is een verschuiving waar te nemen. Bij de uitleg van artikel 3:37 lid 3 BW hangen in eerste instantie de meeste auteurs de ontvangst-vernemingstheorie aan. Bij de vraag hoe het wetsartikel op geautomatiseerde systemen dient te worden toegepast, wordt in de literatuur unaniem voor de (mailbox)ontvangsttheorie gepleit. Er wordt hierdoor in eerste instantie in mindere mate rekening gehouden met de relevantie van het moment waarop de verzender *mag verwachten* dat de geadresseerde kennis neemt van de verklaring. Hiermee verschuift de heersende leer in de literatuur voor de toepassing op geautomatiseerde systemen van de ontvangst-vernemingstheorie naar de ontvangsttheorie. Voor de nadelen die de ontvangsttheorie met zich meebrengt, worden echter allerlei ‘correctieven’ bedacht. In die correctieven is weer wel aandacht voor de verwachtingen die de verzender zich mag vormen omtrent het moment van kennisname door

de geadresseerde. Een ander nadeel dat de ontvangsttheorie met zich meebrengt is de 'ontvangstverplichting' van de geadresseerde. Er is gebleken dat Snijders zelfs van mening is dat dit nadeel voorlopig maar voor lief moet worden genomen.

Naar mijn mening is de ontvangst-vernemingstheorie onterecht verlaten. Door ook de ontvangst-vernemingstheorie te hanteren in het geval geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan, vervalt immers de noodzaak voor allerlei correctieven. Bovendien wordt voorkomen dat op de geadresseerde een ontvangstverplichting zal gaan rusten.

Met artikel 6:227c lid 3 BW is een wettelijke keuze gemaakt voor de mailboxontvangsttheorie. Volgens de Memorie van Toelichting dient deze bepaling er slechts toe om vast te stellen of de ontvangstbevestiging tijdig is uitgebracht, en bepaalt het *niet* het moment van totstandkoming van een overeenkomst. Een toevoeging van die strekking aan het wetsartikel zou onduidelijkheid over de reikwijdte ervan ten goede komen.

In het handelsverkeer wordt vaak gebruik gemaakt van gestandaardiseerde contractsvoorwaarden, zogenaamde algemene voorwaarden. Diegene die de door hem opgestelde algemene voorwaarden onderdeel wil laten uitmaken van een overeenkomst wordt aangeduid als *gebruiker*, de andere partij als *wederpartij*. Door zulke voorwaarden te gebruiken is het niet meer nodig om bij elke afzonderlijke overeenkomst opnieuw alle details te bespreken. In dit hoofdstuk staat onderzoeksvraag 5 centraal: Hoe kunnen algemene voorwaarden deel uitmaken van een overeenkomst indien bij de totstandkoming daarvan één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken?

Aan het gebruik van algemene voorwaarden zijn zowel voordelen als nadelen verbonden. De voordelen en nadelen en de benadering van de wetgever in het licht van deze voordelen en nadelen worden besproken in paragraaf 10.1. In paragraaf 10.2 komt aan de orde welke vragen er spelen met betrekking tot het gebruik van algemene voorwaarden en geautomatiseerde systemen. De hoofddefinities en de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 BW betreffende algemene voorwaarden worden in paragraaf 10.3 besproken. Vervolgens komen respectievelijk in paragraaf 10.4 en 10.5 de twee onderdelen van opnametoetsing van afdeling 6.5.3. BW aan de orde, te weten de vraag wanneer gebondenheid aan algemene voorwaarden optreedt, en de vraag wanneer de gebruiker voldaan heeft aan zijn informatieplicht. In paragraaf 10.6 wordt tot slot de hoofdstukconclusie getrokken.

10.1 VOORDELEN EN NADELEN VAN HET GEBRUIK VAN ALGEMENE VOORWAARDEN

Aan het gebruik van algemene voorwaarden kunnen maatschappelijk gezien zowel voor- als nadelen kleven. Hondius wijst erop dat voordat op deze voor- en nadelen kan worden ingegaan, er eerst twee preliminaire opmerkingen dienen te worden gemaakt. Ten eerste moet worden opgemerkt dat wanneer over voordelen wordt gesproken, van belang is *ten opzichte van welke situatie* het gebruik van algemene voorwaarden een voordeel oplevert. Er zijn volgens Hondius twee theoretische mogelijkheden voor het gebruik van algemene voorwaarden. De eerste mogelijkheid is dat bedingen die in algemene voorwaarden zouden kunnen worden opgenomen bij elke te sluiten overeenkomst individueel worden bedongen. De tweede mogelijkheid is dat aanvullend recht

(bijvoorbeeld wettelijke regelingen) de inhoud van de overeenkomst bepaalt.¹ Een tweede preliminaire opmerking is dat niet in algemene zin over *de* voor- of nadelen van het gebruik van algemene voorwaarden wordt gesproken; er dient te worden onderscheiden in drie soorten algemene voorwaarden: contractsmodellen ('nulzijdige' algemene voorwaarden), eenzijdig vastgestelde algemene voorwaarden, en tweezijdig vastgestelde algemene voorwaarden.² Contractsmodellen zijn algemene voorwaarden die niet door de gebruiker of de wederpartij zijn opgesteld maar door een derde die geen partij is bij de tot stand te brengen overeenkomst. Eenzijdig vastgestelde algemene voorwaarden – eenzijdige algemene voorwaarden – worden door de gebruiker opgesteld of door een organisatie die representatief is voor de gebruikers, bijvoorbeeld een brancheorganisatie. Tweezijdig vastgestelde algemene voorwaarden – tweezijdige algemene voorwaarden – zijn algemene voorwaarden die zijn vastgesteld of goedgekeurd door zowel gebruiker als wederpartij of door een partij of organisatie die representatief is te achten voor gebruiker en wederpartij.³

Alle drie soorten algemene voorwaarden brengen aan aantal gemeenschappelijke voordelen met zich mee. Hondius heeft de volgende voordelen geïnventariseerd: een besparing van tijd en kosten door bekorting van de onderhandelingsfase; een verkleining van de kans op vergissingen, op niet inachtneming van vormvereisten en op het niet voorzien in bepaalde eventualiteiten; doordat een uitgebreide onderhandelingsfase (een mogelijke bron van conflicten) wordt vermeden, is er een afname van de kans dat de transactie afstuit; in een onderneming kan de interne administratie worden vereenvoudigd indien wordt uitgegaan van gestandaardiseerde overeenkomsten; een onderneming heeft een grotere mogelijkheid tot planning en kostencalculatie; er zijn voordelen bij driepartijen verhoudingen; algemene voorwaarden zijn snel aan te passen en daardoor actueler dan wetgeving; verhoging van de rechtszekerheid.⁴

Voorname-lijk de eenzijdige algemene voorwaarden worden gezien als problematisch: aan de ene kant levert dit type algemene voorwaarden de gebruiker voordelen op, maar zij kunnen aan de andere kant extra bezwarend zijn voor de wederpartij.⁵ Het gaat om de volgende voordelen voor de gebruiker: de totstandkoming is (nog) eenvoudiger dan bij tweezijdige algemene voorwaarden; de gebruiker kan eenzijdig de inhoud van de algemene voorwaarden bepalen; en de gebruiker kan de inhoud van de algemene voorwaarden voor de wederpartij versluieren.⁶ De vereenvoudigde totstandkoming is in theorie voor zowel de gebruiker als de wederpartij voordelig. De eenzijdige vaststelling van algemene voorwaarden en de versluiering van bedingen

1 Hondius 1978, p. 268.

2 Hondius 1978, p. 267.

3 Hondius 1978, p. 256-258.

4 Hondius 1978, p. 276-278, p. 293-294.

5 Jongeneel 1991, p. 11-12. Zie voor wat betreft nul- en tweezijdige algemene voorwaarden Hondius 1978, p. 276 resp. p. 292-293.

6 Hondius 1978, p. 293-296.

in algemene voorwaarden kunnen echter voor de wederpartij nadelig uitpakken. Vanwege de eenzijdige vaststelling zullen algemene voorwaarden eerder ten gunste van de gebruiker worden geformuleerd. Als de gebruiker zich in een sociaal-economisch sterke positie bevindt, dan zal de wederpartij niet in staat zijn te voorkomen dat voor hem ongunstige bedingen toch onderdeel van de overeenkomst gaan uitmaken. De versluiering van algemene voorwaarden vindt niet alleen plaats doordat de gebruiker de bedingen onduidelijk formuleert maar ook doordat de wederpartij de algemene voorwaarden meestal niet leest.⁷

Hieronder worden drie elementen betreffende het gebruik van algemene voorwaarden besproken, te weten in paragraaf 10.1.1 enige oplossingen om eventuele nadelen tegen te gaan, in paragraaf 10.1.2 de benadering van de wetgever, en in paragraaf 10.1.3 het onderscheid tussen opnametoetsing en inhoudstoetsing.

10.1.1 Oplossingen

Om de nadelen van het gebruik van algemene voorwaarden tegen te gaan, is een aantal oplossingen mogelijk: bijvoorbeeld het versterken van rechterlijke toetsing; het bevorderen van de concurrentie; het vermeerderen van het dwingend recht; toetsing door consumenten en branche-organisaties; het opstellen van algemene voorwaarden door vakcommissies; het invoeren van een toetsing vooraf door een overheidsinstantie; het instellen van een consumentenombudsman.⁸ Het moge duidelijk zijn dat deze oplossingen zijn te relateren aan de hierboven genoemde mogelijkheden voor het gebruik van algemene voorwaarden. De oplossingen zorgen namelijk onder meer voor aanvullend recht of komen tegemoet aan de omstandigheid dat over bedingen uit algemene voorwaarden niet individueel worden onderhandeld.

10.1.2 De benadering van de wetgever

De wetgever heeft in afdeling 6.5.3. van het Burgerlijk Wetboek een regeling opgenomen die betrekking heeft op algemene voorwaarden. De wetgever wenst met de regeling onder meer de nadelen voor de wederpartij die aan het gebruik van algemene voorwaarden verbonden kunnen zijn, tegen te gaan.⁹

‘De ratio van de regeling is (...) de eenzijdige inhoud van (door een professionele gebruiker voor veelvuldig gebruik opgestelde) algemene voorwaarden, in verband

7 Zie voor een inventarisatie van voor- en nadelen ook Jongeneel 1991, p. 11-12

8 Jongeneel 1991, p. 12-14.

9 PG Inv. Boek 6 MvT 1990, p. 1450-1453.

met het gemak waarmee zij de wederpartij die op de inhoud geen invloed heeft, ja zelfs meestentijds onbekend is, worden opgedrongen.¹⁰

De wetgever beoogt met afdeling 6.5.3 Burgerlijk Wetboek de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden te versterken; rechtszekerheid te bieden ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden wat de (on)geoorloofdheid van hun inhoud betreft; en te verplichten of te stimuleren tot overleg tussen belanghebbenden over de inhoud van algemene voorwaarden.¹¹

10.1.3 Opnametoetsing en inhoudstoetsing

Voor de normering van het gebruik van algemene voorwaarden door de Nederlandse wetgever kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten normering. In de eerste plaats is er sprake van een *opnametoetsing*. Hiermee doel ik op de toetsing van de wijze waarop de algemene voorwaarden onderdeel zijn gaan uitmaken van een overeenkomst. De wederpartij raakt immers gebonden aan voorwaarden waar hij de inhoud niet van kent. Een steeds weer terugkerende vraag die op dit punt rijst, is hoe expliciet de algemene voorwaarden bij de uitwisseling van aanbod en aanvaarding tussen gebruiker en wederpartij aan de orde dienen te komen, willen de algemene voorwaarden deel gaan uitmaken van de overeenkomst. Vanuit het oogpunt van de bescherming van de wederpartij dient de wederpartij door de gebruiker expliciet op de algemene voorwaarden gewezen te worden. Gezien de voordelen die het gebruik van algemene voorwaarden met zich meebrengen kan daarentegen gepleit worden voor een wijze van presentatie van de algemene voorwaarden die zo impliciet mogelijk is. De gedachte is daarbij dat partijen zo weinig mogelijk woorden vuil behoeven te maken aan de opname van de algemene voorwaarden. In de tweede plaats is er een *inhoudstoetsing*. Dat wil zeggen dat indien een bepaling uit algemene voorwaarden onredelijk is, deze bepaling geen gelding toekomt.

Er is in de wettelijke regeling op twee momenten sprake van opnametoetsing. In de eerste plaats is dat wanneer de *gebondenheid* aan algemene voorwaarden moet worden vastgesteld.¹² Een tweede moment van opnametoetsing vindt plaats bij de *informatieplicht*, op grond waarvan er voor de wederpartij een *redelijke mogelijkheid tot kennisname* dient te zijn.¹³ Bij de afweging tussen de voor- en nadelen van het gebruik van algemene voorwaarden, is de wetge-

10 PG Inv. Boek 6 MvT 1990, p. 1443.

11 PG Inv. Boek 6 MvT 1990, p. 1455.

12 Artikelen 3:33 juncto 35 BW, artikel 6:217 BW en artikel 6:232 BW.

13 Artikel 6:233 sub b BW.

ver van het uitgangspunt uitgegaan dat de nadruk dient te liggen op inhoudstoetsing.

‘Dit stelsel¹⁴ is gebaseerd op de gedachte dat het accent van een regeling ter bestrijding van misbruik van onereuze algemene voorwaarden behoort te vallen op een toetsing van de inhoud daarvan, en niet op het stellen van strenge eisen voor de inlassing van die voorwaarden in de overeenkomst.’¹⁵

10.2 Algemene voorwaarden en geautomatiseerde systemen

Typerend voor het gebruik van geautomatiseerde systemen en algemene voorwaarden is dat geautomatiseerde systemen worden gebruikt in de opnamefase. Zij worden met andere woorden gebruikt om de algemene voorwaarden op zodanige wijze te presenteren dat zij onderdeel gaan uitmaken van een overeenkomst. Dit heeft tot gevolg dat een juridische beschouwing inzake geautomatiseerde systemen en algemene voorwaarden gericht dient te zijn op de opnametoetsing en niet op de inhoudstoetsing. Hierna zal dan ook aan de orde komen hoe gebondenheid aan algemene voorwaarden ontstaat en hoe aan de informatieplicht voldaan kan worden. Inhoudstoetsing komt niet aan de orde.

Er kan op twee manieren een geautomatiseerd systeem worden ingezet om algemene voorwaarden deel te laten uitmaken van een overeenkomst. De eerste manier kan worden aangeduid als *verwijzen in vrije tekst*, de tweede als *verwijzen in gestructureerde tekst*.¹⁶ Verwijzen in vrije tekst houdt in dat aan wederpartij op een beeldscherm een verklaring wordt getoond waarin de gebruiker kenbaar maakt de algemene voorwaarden onderdeel te willen laten uitmaken van een overeenkomst. Met name kan worden gewezen op het presenteren van algemene voorwaarden op een website. Het gaat ook hier om de kwestie, hierboven al genoemd, van hoe *expliciet* de algemene voorwaarden aan de orde dienen te komen. In de literatuur wordt gediscussieerd over twee mogelijke manieren van presenteren.¹⁷ De eerste mogelijkheid is dat op de webpagina een hyperlink wordt opgenomen. Tijdens het plaatsen van

14 De context waarin deze opmerking wordt gemaakt betreft de verhouding tussen gebondenheid en de informatieplicht. Inhoudelijk ziet de opmerking uiteraard echter op de verhouding tussen opnametoetsing en inhoudstoetsing.

15 PG Inv. Boek 6 MvT Inv. 1990, p. 1581.

16 Bos 1999, p. 120-121.

17 Van Esch & Bramer 2000, p. 284-287; Van Esch 2001, p. 377-378; Van Esch 2002, p. 436-437; Van Esch 2004, p. 114-115; Van Hekesen 2002, p. 261-262; Hijma 2003, nr. 39a; Linneman 2000; Noorda 2000, p. 103-105; Seelt & Jongen 2001, p. 2-5; Stuurman 2002, p. 147-150; Prins & Gijrath 2000, p. 121-125. De discussie in de literatuur heeft echter voor een groot deel aan relevantie ingeboet vanwege de nieuwe wettelijke bepaling inzake de elektronische terbeschikkingstelling in artikel 6:234 lid 1 sub c BW.

een bestelling zou op de webpagina bijvoorbeeld de volgende verwijzende tekst kunnen worden opgenomen:

‘Op deze overeenkomst zijn onze *algemene voorwaarden* van toepassing.’¹⁸

Door op de woorden “algemene voorwaarden” te klikken kan de wederpartij vervolgens de algemene voorwaarden integraal inzien en eventueel opslaan. De tweede mogelijkheid houdt in dat de wederpartij bij het bekijken van een webpagina integraal langs de algemene voorwaarden wordt geleid en zich met het klikken op een knop akkoord dient te verklaren met de algemene voorwaarden. De eerste mogelijkheid wordt in het vervolg van dit hoofdstuk korthedshalve aangeduid als de *hyperlink-optie*, de tweede als de *integraal-optie*. De eerste optie is minder expliciet, de tweede optie is grote mate expliciet. Hoewel in de literatuur de discussie zich toespitst op de wijze waarop algemene voorwaarden op een webpagina gepresenteerd dienen te worden, betreft de kwestie in feite alle situaties waarin de gebruiker via een beeldscherm aan de wederpartij een verklaring kenbaar maakt. Bijvoorbeeld bij communicatie via e-mail speelt dezelfde vraag: dienen de algemene voorwaarden integraal aan de wederpartij gepresenteerd te worden (integraal-optie), of volstaat het noemen van een hyperlink (hyperlink-optie)? Bij e-mail kan nog een derde mogelijkheid worden genoemd die qua mate van explicieteit tussen beide opties in ligt: de algemene voorwaarden kunnen als attachment bij een e-mailbericht worden gevoegd.

Verwijzen in gestructureerde tekst, houdt in dat een verwijzing naar de algemene voorwaarden is opgenomen in een gestructureerd bericht dat door een geautomatiseerd systeem wordt geïnterpreteerd. Binnen de datastructuur van een elektronisch bericht wordt een veld aangewezen dat ertoe dient verwijzingen te bevatten naar elektronische voorwaarden. De verwijzing bestaat uit een bepaald identificatienummer voor een bepaalde voorwaarde. Een geautomatiseerd systeem kan een bericht automatisch verwerken en aan de hand van tabellen of parameters beoordelen of de waarde van de verwijzing geaccepteerd kan worden of eventueel bepaalde gevolgen meebrengt voor de verdere verwerking.¹⁹ In theorie zou een geautomatiseerd systeem ten behoeve van een natuurlijk persoon zo akkoord kunnen gaan met een algemene voorwaarde, zonder dat de natuurlijk persoon daar op dat moment bij betrokken is. Voor een praktisch voorbeeld van de tweede wijze van verwijzen, kan worden gewezen op het ETERMS-project van de Internationale Kamer van Koophandel (IKK).²⁰ Het doel van dit project is om de publicatie en de verwijzing naar juridische voorwaarden mogelijk te maken. In het kader van het project wordt gewerkt aan een databank voor de registratie en publicatie van

18 Zie voor een bespreking van enkele modelclausules Linneman 2000.

19 Bos 1999, p. 121.

20 Bos 1999; Van Esch 1999a, p. 199-200; Mitrakas 1997, p. 249-264.

voorwaarden, de *ETERMS Repository*. In dit voorwaardendepot kunnen voorwaarden worden gedeponereerd. De voorwaarden worden in een uniform formaat opgeslagen. In elektronische verklaringen kan vervolgens naar een specifieke voorwaarde worden verwezen met behulp van een uniek registratienummer. Aan de hand van het registratienummer kan een voorwaarde via internet wordt opgevraagd. Het is de bedoeling dat de IKK de geregistreerde voorwaarden zal archiveren en dat de voorwaarden toegankelijk blijven voor een onbeperkte periode. Overigens worden verwijzingen in gestructureerde tekst in de praktijk nog niet toegepast. Het ETERMS-project is het enige aan mij bekende voorbeeld en dat is slechts een prototype. In dit hoofdstuk zal daarom de nadruk liggen op de verwijzing in vrije tekst.

10.3 DEFINITIES EN TOEPASSELIJKHEID VAN DE WETTELIJKE REGELING

Onder algemene voorwaarden verstaat het Burgerlijk Wetboek “één of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen”.²¹ Het gaat dus om *bedingen*, oftewel: contractuele voorwaarden.²² Het vereiste dat de bedingen moeten “zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen” wordt het *bestemmingscriterium* genoemd.²³ Uitgesloten van de definitie van algemene voorwaarden zijn de *kernbedingen*, dat zijn “bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.²⁴ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het begrip kernbeding zo beperkt mogelijk moet worden opgevat. Als vuistregel geldt hierbij dat kernbedingen veelal samenvallen met de essentialia van de overeenkomst.²⁵ Het gaat om een beding van een zo wezenlijke betekenis dat de overeenkomst zonder dat beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder het beding geen sprake zou zijn van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst.²⁶ Deze opmerkingen uit de wetsgeschiedenis heeft de Hoge Raad zich eigen gemaakt in het arrest Assoud/Nationale Sporttotalisator.²⁷ Voorts heeft de Hoge Raad bepaald dat naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld of een beding zo wezenlijk is dat zonder dat beding de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn. Partijen kunnen dan ook niet zelf contractueel een beding tot kernbeding bestempelen, het dwingen-

21 Artikel 6:231 sub a BW

22 Wessels & Jongeneel 1997, nr. 101.

23 Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 346. Zie nader over het bestemmingscriterium Wessels & Jongeneel 1997, nr. 105-110; Loos 2001, nr. 4-7; Hijma 2003 nr. 13.

24 Artikel 6:231 sub a BW.

25 MvT PG Inv. Boek 6 1990, p. 1521.

26 MvA II PG Inv. Boek 6 1990, p. 1527.

27 HR 19 september 1997, NJ 1998/6, r.o.3.4.2.

de karakter van de wettelijke regeling verzet zich namelijk tegen bedingen die ertoe strekken de door de wet geboden bescherming te verijdelen.²⁸

Tot de inwerkingtreding van de Aanpassingswet stelde artikel 6:231 sub a BW dat onder algemene voorwaarden één of meer *schriftelijke* bedingen moest worden verstaan. Met de Aanpassingswet is de schriftelijkheidseis komen te vervallen. De Memorie van Toelichting stelt dat met het schrappen van de schriftelijkheidseis afdeling 6.5.3 BW tevens van toepassing is op langs elektronische weg gesloten overeenkomsten. Mede hierdoor wordt uitvoering gegeven aan artikel 10 lid 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel.²⁹ Hiermee staat buiten kijf dat elektronische voorwaarden ook als algemene voorwaarden kunnen gelden.

De 'gebruiker' van de algemene voorwaarden is degene die de algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt.³⁰ De gebruiker moet worden onderscheiden van de wederpartij (van de gebruiker). De parlementaire geschiedenis legt "gebruiken" vervolgens uit als "inschakelen in de overeenkomst", "op de overeenkomst van toepassing verklaren" of "de algemene voorwaarden bezigen".³¹ Loos geeft een definitie van "gebruiker" die meer onderscheidend vermogen heeft. Volgens hem wordt het begrip in de regel omschreven als degene van wie het initiatief uitgaat tot het opnemen van de algemene voorwaarden in de overeenkomst.³²

Afdeling 6.5.3 BW hanteert de term "wederpartij" voor degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard.³³ Hijma wijst er op dat de omschrijving van de wederpartij aansluit bij het model van aanbod en aanvaarding van artikel 6:217 lid 1 BW: de gebruiker is de aanbieder van algemene voorwaarden, de wederpartij aanvaardt de hem aangeboden algemene voorwaarden.³⁴ Er kunnen drie categorieën van wederpartijen worden onderscheiden: "consumenten", dat wil zeggen natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf; "grote wederpartijen", dat zijn partijen als bedoeld in artikel 6:235 lid 1 BW en "kleine wederpartijen", dat zijn niet-consumenten die niet als grote wederpartijen zijn aan te merken.³⁵

28 HR 21 februari 2003, AF1563, C01/337HR, r.o. 3.4.2.

29 *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, 3, p. 59.

30 Artikel 6:231 sub b BW.

31 MvA II PG Inv. Boek 6 1990, p. 1526.

32 Loos 2001, nr. 13.

33 Artikel 6:231 sub c BW.

34 Hijma 2003, nr. 17.

35 Wessels en Jongeneel 1997, nr. 130.

10.3.1 Beperking toepassingsgebied afdeling 6.5.3

Er zijn twee gevallen waarin afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing is. Ten eerste bepaalt artikel 6:245 BW dat afdeling 6.5.3 niet van toepassing is op arbeidsovereenkomsten of op collectieve arbeidsovereenkomsten. Voor de tweede situatie dient hier artikel 6:247 BW behandeld te worden. Volgens lid 1 van dit artikel is afdeling 6.5.3 van toepassing op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die beide in Nederland gevestigd zijn, ongeacht het recht dat deze overeenkomst beheerst. De bedoeling van deze bepaling is zeker te stellen dat afdeling 6.5.3 van toepassing is op overeenkomsten die door het recht van een ander land worden beheerst maar ook met Nederland verbonden zijn.³⁶ Volgens artikel 6:247 lid 2 BW is afdeling 6.5.3 *niet* van toepassing op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf en die niet beiden in Nederland zijn gevestigd. De ratio achter deze bepaling is dat moet worden voorkomen dat de internationale handel wordt belemmerd. Van buitenlandse ondernemers mag niet worden gevergd dat zij hun algemene voorwaarden afstemmen op de Nederlandse wettelijke regeling. Bovendien dienen Nederlandse ondernemers in hun transacties met buitenlandse afnemers niet door afdeling 6.5.3 gebonden te worden.³⁷

10.4 GEBONDENHEID

Algemene voorwaarden gaan onderdeel uitmaken van een overeenkomst via de normale weg van de totstandkoming van rechtshandelingen.³⁸ Het gaat dus om toepassing van de artikelen 6:217 juncto 3:33 en 35 BW. Het voorstel van de gebruiker om algemene voorwaarden onderdeel te laten uitmaken van een overeenkomst kan geschieden door de wens daartoe kenbaar te maken aan de wederpartij. Dit aanbod kan in iedere vorm geschieden en kan in één of meer gedragingen besloten liggen, artikel 3:37 lid 1 BW. Het kan gaan om een mondelinge of schriftelijke toepasselijkheidsverklaring ('op alle door ons gesloten overeenkomsten zijn onze algemene voorwaarden van toepassing'), schriftelijke terhandstelling van de algemene voorwaarden, verwijzing naar gedeponeerde algemene voorwaarden of het met behulp van een in het oog springend bord in een winkel de voorwaarden van toepassing verklaren.³⁹

36 MvT PG Inv. Boek 6 1990, p. 1807.

37 MvT PG Inv. Boek 6 1990, p. 1807; zie ook HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (Peterman n./Frans Maas).

38 MvT PG Inv. Boek 6 1990, p. 1573.

39 Hijma 2003, nr. 19.

Hierboven is er ook reeds gewezen dat de gelding van algemene voorwaarden moet zijn aanvaard, wil er sprake zijn van een wederpartij.⁴⁰ Of er sprake is van een aanvaarding, dient ook te worden beoordeeld aan de hand van de wilsvertrouwensleer zoals die is neergelegd in de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Artikel 6:232 BW brengt hier echter een nuancering op aan: een wederpartij is ook dan gebonden aan de algemene voorwaarden als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud daarvan niet kende. Het ontbreken van de benodigde wil omdat de wederpartij geen kennis had van de inhoud van de algemene voorwaarden, kan aan de gebruiker op grond van artikel 6:232 BW niet worden tegengeworpen. De aanvaarding wordt dus betrokken op het complex van algemene voorwaarden en niet op elk beding afzonderlijk.⁴¹ Vanwege de nuancering van artikel 6:232 BW is de wederpartij sneller gebonden aan algemene voorwaarden dan normaliter het geval zou zijn. De ratio achter bovenstaand regime van snelle gebondenheid is dat dit de rechtszekerheid omtrent de gebondenheid dient te vergroten.⁴² De aanvaarding kan geschieden doordat de algemene voorwaarden, of een verwijzing naar gedeponeerde algemene voorwaarden, zijn opgenomen in een offerte en de wederpartij geen bezwaar maakt tegen deze toepasselijkheidsverklaring.⁴³ De aanvaarding geschiedt dan stilzwijgend.

Ten aanzien van het gebruik van geautomatiseerde systemen wordt uit de bovenstaande regels voor gebondenheid duidelijk, dat de wederpartij niet geconfronteerd hoeft te worden met de integrale tekst van de algemene voorwaarden. In theorie is, ingeval van een webpagina of een e-mailbericht, in de gebondenheidsfase zelfs een hyperlink niet noodzakelijk. Voldoende is de verklaring van de gebruiker de algemene voorwaarden van toepassing te verklaren. De aanvaarding door de wederpartij kan vervolgens geschieden door het plaatsen van een bestelling. Op grond van artikel 6:232 BW kan de wederpartij geen beroep doen op het feit dat het hem aan de benodigde wil heeft ontbroken omdat hij geen kennis heeft kunnen nemen van de algemene voorwaarden. In de *praktijk* echter zullen het aanbod van de gebruiker en de hierna te behandelen op de gebruiker rustende informatieplicht, samenvallen. Op grond van de informatieplicht zou het voor de gebruiker wel noodzakelijk kunnen zijn om de wederpartij integraal de algemene voorwaarden te verschaffen of een hyperlink daarnaar te presenteren.

Een vraag die rijst is wat de betekenis is van een doorverwijzing in algemene voorwaarden naar weer andere voorwaarden. Volgens Wessels en Jongeneel zou ingeval de wederpartij een consument is, zo'n doorverwijzing niet gehonoreerd moeten worden. Zij maken daarop een uitzondering wanneer

40 Zie artikel 6:231 sub c BW.

41 Hijma 2003, nr. 20.

42 Hijma 2003, nr. 20; Loos 2001, nr. 34.

43 Asser/Hartkamp 4-II 2001, nr. 353.

de consument op de doorverwijzing opmerkzaam is gemaakt.⁴⁴ In dat geval kan naar mijn mening echter worden gesproken van een expliciete verwijzing naar de voorwaarden waarnaar in eerste instantie werd doorverwezen. Volgens Loos is er niets op tegen om ook gebondenheid aan te nemen aan de voorwaarden waarnaar wordt doorverwezen. Met een beroep op artikel 6:232 BW stelt hij dat een aanvaarding ook ziet op de voorwaarden waarnaar wordt doorverwezen.⁴⁵ Volgens Hijma ziet de aanvaarding op het complex van algemene voorwaarden dat bij de uitwisseling van aanbod en aanvaarding aan de orde is gesteld – *dit* complex van algemene voorwaarden. Een doorverwijzingsclausule blijft daarmee zonder effect.⁴⁶

Ook naar mijn mening dient een doorverwijzingsclausule zonder effect te blijven. Ik ben het met Hijma eens dat de aanvaarding ziet op een bepaald complex van algemene voorwaarden. Ook een *andere* verzameling algemene voorwaarden waarvan de gebruiker stelt dat ze door middel van een doorverwijzingsclausule onderdeel zijn gaan uitmaken van een overeenkomst, dienen immers aanvaard te worden door de wederpartij. Aanvaarding kan naar mijn mening alleen geschieden indien de wederpartij erop wordt gewezen dat een bepaald complex algemene voorwaarden van toepassing wordt verklaard. Naar mijn mening kan de wederpartij gebonden geraken ingeval van een verwijzing in gestructureerde tekst, bijvoorbeeld indien een verwijzing naar een “ETERM” wordt opgenomen in een gestructureerd bericht dat zonder verdere menselijke tussenkomst worden verwerkt. De wederpartij behoeft immers niet op de hoogte te zijn van de inhoud van de voorwaarden. Het aanvaarden van algemene voorwaarden door de gebruiker van het geautomatiseerd systeem is een rechtshandeling. In hoofdstuk 5 is vastgesteld dat een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem kan worden verricht. Ook de aanvaarding van een ETERM kan met behulp van een geautomatiseerd systeem geschieden. De parameters op grond waarvan een geautomatiseerd systeem akkoord gaat met een ETERM worden immers vastgesteld door de gebruiker van het systeem. Hiermee kan op grond van de theorie van de geprogrammeerde wil de acceptatie van een ETERM worden gezien als een wilsuiting van de gebruiker van het systeem. Een geldige aanvaarding kan ook worden aangenomen op grond van de theorie van de algemene wil. Een wederpartij maakt immers aan de gebruiker van de algemene voorwaarden kenbaar diens algemene voorwaarden op deze wijze te aanvaarden door het in gebruik nemen en in gebruik houden van het geautomatiseerd systeem.

44 Wessels & Jongeneel 1997, nr. 142.

45 Loos 2001, nr. 40.

46 Hijma 2003, nr. 20.

10.5 INFORMATIEPLICHT

Afdeling 6.5.3. BW legt de gebruiker een informatieplicht op. Op grond van artikel 6:233 sub b dient de gebruiker de wederpartij een *redelijke mogelijkheid te bieden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden*. Doet de gebruiker dat niet dan kan de wederpartij (een beding uit) de algemene voorwaarden vernietigen.⁴⁷ De ratio achter de informatieplicht is tweeledig. In de eerste plaats is er sprake van een *besluitvormingsfunctie*: de wederpartij moet voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst kunnen weten waar zij aan toe is. Er wordt gesproken van *informed consent*. In de tweede plaats dient de wederpartij over een exemplaar van de algemene voorwaarden te beschikken om naderhand haar rechtspositie te kunnen bepalen. Er wordt gesproken van de *dossierfunctie*.⁴⁸

Artikel 6:234 lid 1 BW bepaalt dat er een redelijke mogelijkheid tot kennisname is geboden indien de gebruiker:

- a. hetzij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld;
- b. hetzij, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij bekend heeft gemaakt dat de algemene voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij de Kamer van Koophandel of de griffie van een gerecht zijn gedeponeerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden.⁴⁹

Er dient dus sprake te zijn van *terhandstelling*. Hieronder wordt verstaan het feitelijk overhandigen of het toezenden per post of koerier.⁵⁰ Indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, volstaat het indien de gebruiker de algemene voorwaarden ter inzage legt, deponereert of op verzoek toezendt. In het arrest Geurtzen/Kampstaal⁵¹ heeft de Hoge Raad beslist dat dit systeem van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 lid 1 BW als limitatief stelsel heeft te gelden. Volgens de Hoge Raad maakt dit stelsel:

‘het voor de gebruiker slechts binnen enge grenzen mogelijk [...] zich tegenover zijn wederpartij (niet zijnde een onderneming als bedoeld in art. 6:235 BW) ter afwering van een door deze gedaan beroep op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden, erop te beroepen dat hij aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden van die algemene voorwaarden kennis te nemen.’⁵²

47 Artikel 6:233 aanhef en sub b BW

48 Hijma 2003, nr. 35; Loos 2001, nr. 61.

49 De elektronische terbeschikkingstelling zoals geregeld in sub c komt hierna aan de orde.

50 Hijma 2003, nr. 37.

51 HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal). Zie ook HR 6 april 2001, RvdW 2001, 74 (VNP Parkeersystemen/Havrij); HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 (m.nt. HJS).

52 R.o. 3.4.

Artikel 6:234 lid 1 BW wordt dus limitatief uitgelegd: er is alleen een “redelijke mogelijkheid” geweest indien er ter hand is gesteld, of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk was, aan de wederpartij bekend is gemaakt dat de voorwaarden ter inzage liggen, zijn gedeponereerd of op verzoek worden toegezonden. Deze limitatieve uitleg baseert de Hoge Raad op de tekst van de wet en op de parlementaire geschiedenis. AG Hartkamp heeft in zijn conclusie bij het arrest uiteengezet dat het de wens van de wetgever is geweest een strikt stelsel tot stand te brengen.⁵³ Om het limitatieve stelsel toch enigszins te verzachten overwoog de Hoge Raad vervolgens als volgt:

‘Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1 BW brengt evenwel mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn.’⁵⁴

In het geval dat er geen redelijke mogelijkheid tot kennisname is geweest kan de wederpartij zich aldus weer *niet* beroepen op de vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden wanneer deze wederpartij met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Annotator Hijma spreekt van de *bekendheidsformule*.⁵⁵ De Hoge Raad noemt twee voorbeelden van situaties waarin de wederpartij met een beding bekend is of geacht kan worden daarmee bekend te zijn. Het eerste voorbeeld betreft het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld. Het tweede voorbeeld betreft het geval dat eenvoudige exoneratieclausule, die deel uitmaakt van algemene voorwaarden, in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd.

Naast bekendheidsformule introduceert de Hoge Raad nog een volgende toets:

‘Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’⁵⁶

53 Conclusie AG, onder 7b. Zie ook PG Boek 6 Inv. 1990, p. 1583-1590, 1594, 1615-1616.

54 R.o. 3.4.

55 Noot Hijma, nr. 3.

56 R.o. 3.4.

De Hoge Raad licht deze toets niet nader toe. Volgens annotator Hijma kan worden gedacht aan gevallen waarin de wederpartij zelf bepaalde gedragingen heeft verricht waarmee een beroep op vernietigbaarheid niet te rijmen valt.⁵⁷

Hierna wordt in paragraaf 10.5.1 de huidige informatieplicht ter discussie gesteld. In paragraaf 10.5.2 wordt de wettelijke regeling inzake de elektronische terbeschikkingstelling behandeld. In paragraaf 10.5.3 wordt ingegaan op de beperkingen van de vernietigingsbevoegdheid naar aanleiding van de vernietigingsgronden van artikel 6:233 BW.

10.5.1 De informatieplicht ter discussie

De huidig geldende informatieplicht zoals hierboven uiteengezet, is aan kritiek onderhevig. Zij wordt gezien als te bezwarend voor de gebruiker van algemene voorwaarden. Hartlief en Tjittes spreken daarom van een informatieplicht *ad absurdum*. Zij geven er de voorkeur aan om algemene voorwaarden snel van toepassing te achten en de nadruk te leggen op inhoudelijke toetsing. De informatieplicht zou kunnen worden verzacht door snel te concluderen dat terhandstellen niet mogelijk is.⁵⁸ Webb en Meijer beamen de kwalificatie van een informatieplicht *ad absurdum*. Volgens hen is de door de Hoge Raad voorgestane opvatting niet hanteerbaar in de praktijk. De auteurs stellen voor het volgens hen te strenge regime te verzachten door de bekendheidsformule ruim te interpreteren. Zij voeren twee voorbeelden aan van omstandigheden op grond waarvan bekendheid kan worden verondersteld. In de eerste plaats is dat wanneer gebruiker en wederpartij in dezelfde branche werkzaam zijn waar dezelfde branchevoorwaarden worden gebruikt. In de tweede plaats is er sprake van bekendheid indien partijen al jaren met elkaar zaken doen en daarbij de algemene voorwaarden aan de orde stellen door middel van een enkele verwijzing op de offerte. Volgens de auteurs is de door hen voorgestelde, beter hanteerbare informatieplicht gerechtvaardigd vanuit de achterliggende gedachte bij afdeling 6.5.3 BW. Die houdt onder meer in dat de nadruk wordt gelegd bescherming van de wederpartij door inhoudelijke toetsing en niet door zware eisen te stellen aan de toepasselijkheid.⁵⁹

Volgens Loos is de huidige wettelijke regeling niet geschikt om de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen te verwezenlijken. Er zal volgens hem geen sprake zijn van *informed consent* omdat algemene voorwaarden maar zelden voor contractsluiting worden gelezen. Naar mijn mening legt Loos de besluitvormingsfunctie te streng uit. Het gaat er immers niet om dat de wederpartij ze daadwerkelijk leest, maar dat hij daar de *gelegenheid* toe krijgt. Volgens Loos komt voorts de dossierfunctie onvoldoende tot zijn recht omdat aan de

57 Noot Hijma, nr. 6.

58 Hartlief & Tjittes 2001, p. 1461-1462.

59 Webb & Meijer 2002, p. 77.

informatieplicht voor of bij het sluiten voldaan moet zijn. Het komt volgens Loos vaak voor dat een wederpartij, en zeker indien dit een consument is, de algemene voorwaarden heeft ontvangen, maar deze is kwijtgeraakt.⁶⁰

Volgens Jongeneel en Cohen Tervaert dient de informatieplicht in de huidige vorm te vervallen of hooguit te worden beperkt tot consumenten. Bovendien dient de gebruiker (in ieder geval tegenover niet-consumenten) te kunnen volstaan met een verwijzing naar ter inzage liggende of gedeponeerde voorwaarden die op verzoek worden toegezonden. Als argument voeren Jongeneel en Cohen Tervaert aan dat de informatieplicht een te zware last voor de gebruiker oplevert zonder dat daar een even groot voordeel voor de wederpartij tegenover staat. Bovendien leeft de informatieplicht niet in het rechtsbewustzijn en is het een bron van complicaties in procedures.⁶¹

In een reactie op Jongeneel en Cohen Tervaert pleit De Moor juist voor handhaving van de informatieplicht in de huidige vorm. Volgens De Moor kan het terhandstellen er toe leiden dat de wederpartij alsnog afziet van de overeenkomst of zal willen onderhandelen over bepaalde bedingen. Bovendien doet de strenge uitleg van de informatieplicht recht aan de beschermingsfunctie de eraan en grondslag ligt.⁶² Ook Wissink pleit voor handhaving van de terhandstellingsplicht. Volgens hem zou afschaffing het versluieren van algemene voorwaarden door gebruikers belonen, en zouden de complicaties voor de rechtspraktijk verschuiven naar de inhoudstoetsing.⁶³ De verschuiving naar inhoudstoetsing stemt overigens overeen met de opzet van de wetgever. Hierboven is er immers reeds op gewezen dat volgens de wetgever de nadruk juist dient te liggen op toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden, en niet op het stellen van strenge eisen aan de inlassing van die voorwaarden in de overeenkomst.

Evaluatie

Ook mij komt de huidige informatieplicht te stringent voor. De wetgever beoogt met de regeling verschillende doelstellingen die niet tegelijkertijd verwezenlijkt kunnen worden. Aan de ene kant blijkt uit de wetsgeschiedenis dat er sprake moet zijn van een snelle, geldige, opname in de overeenkomst waarbij de nadruk dient te liggen op inhoudstoetsing en niet op opnametoetsing. Aan de andere kant is de strenge opnametoetsing in de vorm van het strenge stelsel inzake de informatieplicht ook de 'wil van de wetgever'. De bedoeling van de wetgever lijkt hiermee niet geschikt om te beoordelen of de informatieplicht al dan niet in de huidige vorm gehandhaafd dient te worden. Een strenge informatieplicht zal naar mijn mening echter het uitbaten

60 Loos 2004, p. 32.

61 Jongeneel & Cohen Tervaert 2002, p. 2189-2190.

62 De Moor 2003, p. 327-328.

63 Wissink 2004, p. 146-152.

van de voordelen⁶⁴ van het gebruik van algemene voorwaarden, belemmeren. Bovendien zullen, praktisch gezien, algemene voorwaarden bijna nooit door de wederpartij worden gelezen voorafgaand aan het aangaan van een overeenkomst. Het komt mij daarom onredelijk voor de gebruiker te verplichten om aan elke wederpartij een stapeltje voorwaarden te overhandigen waar verder niets mee gebeurt. Naar mijn mening kan als oplossing worden voorgesteld de informatieplicht te beperken, zoals Jongeneel en Cohen Tervaert voorstaan, of de bekendheidsformule ruim uit te leggen, zoals Webb en Meijer bepleiten.

10.5.2 Elektronische terbeschikkingstelling

De wetgever heeft in artikel 6:234 lid 1 sub c vastgelegd wanneer er sprake is van een redelijke mogelijkheid tot kennisname, indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt. Kortheidshalve kan worden gesproken van “elektronische terhandstelling”. De bepaling is een implementatie van artikel 10 lid 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel. De Richtlijn elektronische handel legt de dienstverlener een informatieplicht op met betrekking tot de presentatie van algemene voorwaarden. Artikel 10 lid 3 van de Richtlijn stelt:

‘De voorwaarden van het contract en de algemene voorwaarden van het contract moeten de afnemer op een zodanige wijze ter beschikking worden gesteld dat hij deze kan opslaan en weergeven.’⁶⁵

Hierboven is uiteengezet dat op grond van artikel 6:234 lid 1 BW dat er een redelijke mogelijkheid tot kennisname is geboden indien, kort gezegd:

- hetzij de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld (sub a);
- hetzij zij zijn gedeponereerd, alsmede zij op verzoek worden toegezonden (sub b).

Volgens de wetgever is hiermee artikel 6:234 BW “duidelijk toegesneden” op mondelinge en schriftelijke totstandkoming van overeenkomsten.⁶⁶ Sub c is toegevoegd voor gevallen waarin de overeenkomst langs elektronisch weg tot stand komt.⁶⁷ Volgens de bepaling is er ook sprake van een redelijke mogelijkheid tot kennisname indien de gebruiker:

- hetzij, indien de overeenkomst langs elektronisch weg tot stand komt, de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op

⁶⁴ Zie paragraaf 10.1.

⁶⁵ Artikel 10 lid 3 van de Richtlijn is naast artikel 6:234 lid 1 sub c, betreffende de algemene voorwaarden ook geïmplementeerd in artikel 6:227b lid 2 BW, betreffende de voorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 59.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 59

een zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisname of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronisch weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.

Deze bepaling komt er kort gezegd op neer dat de wederpartij een redelijke mogelijkheid is geboden, indien de algemene voorwaarden hem voor of bij het sluiten van de overeenkomst op zodanige wijze ter beschikking zijn gesteld dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.

De elektronische terbeschikkingstelling in het stelsel van de informatieplicht

Het is de vraag hoe lid 1 sub c van artikel 6:234 BW zich verhoudt tot sub a en b van dat artikel. Hijma wijst er terecht op dat de wet suggereert dat de elektronische terbeschikkingstelling met sub c *naast* de terhandstelling van sub a wordt geplaatst. Er is immers sprake van een formulering in de trant van: 'hetzij a, hetzij b, hetzij c'. Met de uitleg die de Hoge Raad in Geurtzen/Kampstaal (zie hierboven) aan het wetsartikel heeft gegeven in het achterhoofd, lijkt dit te suggereren dat er 'hetzij ter hand moet worden gesteld, hetzij moet worden gedeponereerd dan wel op verzoek wordt toegezonden, hetzij elektronisch ter beschikking moeten worden gesteld'. De elektronische terbeschikkingstelling zou echter, zoals Hijma stelt, bij gebreke aan sub c ook via een interpretatie van sub a kunnen geschieden.⁶⁸ De elektronische terbeschikkingstelling zou dan een wijze van terhandstelling zijn.

Naar mijn mening heeft de wetgever binnen de informatieplicht een waterscheiding geïntroduceert tussen overeenkomsten die langs elektronische weg totstandkomen en overeenkomsten die niet langs elektronische weg totstandkomen.⁶⁹ Het door de wetgever gesuggereerde onderscheid zou consequenties kunnen hebben voor de situatie waarin contractanten zowel *online* als *offline* met elkaar communiceren. In die situatie is in principe sub a van toepassing, er is immers geen sprake van een overeenkomst langs elektronische weg.⁷⁰ Naar mijn mening dient in dat geval de elektronische terbeschikkingstelling (sub c) gezien te worden als een vorm van terhandstelling (sub a).

68 Hijma 2003, nr. 39a.

69 Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 59.

70 Die dient immers geheel elektronisch tot stand te zijn gekomen, artikel 3:15d lid 3 BW; zie ook hoofdstuk 2.

Wetsvoorstel: herformulering van artikel 6:234 BW

De wetgever is voornemens om artikel 6:234 BW te herformuleren om zo de verhouding tussen de in artikel 6:234 lid 1 sub a, b en c vervatte regels te verhelderen.⁷¹ Hiertoe worden de bepalingen die nu zijn opgenomen onder lid 1 sub a en b samengevoegd tot één nieuw lid 1. De bepaling die nu is opgenomen onder lid 1 sub c zal als een zelfstandig tweede lid gelden.

De wetgever heft de hierboven genoemde waterscheiding op. Op grond van een nieuw derde lid van artikel 6:234 BW kunnen de algemene voorwaarden ook elektronisch ter beschikking worden gesteld als de overeenkomst zelf niet langs elektronische weg tot stand komt. De wederpartij moet dan wel uitdrukkelijk instemmen met de elektronische terbeschikkingstelling, aldus het nieuwe lid 3.

Wijze van elektronische terhandstelling via website

Artikel 6:234 lid 1 sub c omschrijft niet de precieze wijze waarop de algemene voorwaarden dienen te worden aangeboden. Volgens de Memorie van Toelichting ontstaat met de elektronische terbeschikkingstelling een situatie die "gelijkwaardig is aan het geval waarin in de fysieke wereld de algemene voorwaarden feitelijk ter hand worden gesteld." Er zou namelijk worden voldaan aan twee functies: de wederpartij krijgt een leesbaar schriftelijk stuk in handen waarin de algemene voorwaarden zijn neergelegd; en dat hij kan bewaren opdat hij het ook later nog kan inzien.⁷² Door te stellen dat de wederpartij een stuk 'in handen krijgt', wordt gesuggereerd dat de wederpartij daadwerkelijk een elektronisch document in de handen gedrukt krijgt. Bijvoorbeeld ingeval van een overeenkomst die via een website wordt gesloten, zou dit 'in handen drukken' inhouden dat de wederpartij een venster gepresenteerd krijgt met de vraag waar op de harde schijf van zijn computer hij de betreffende algemene voorwaarden wil opslaan. Het 'in handen drukken' zou dan, buiten het aanwijzen van de locatie van opslag, geen nadere handelingen van de wederpartij vereisen. De elektronische terbeschikkingstelling kan naar mijn mening echter niet op een zodanige manier worden uitgelegd. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer van de elektronische terbeschikkingstelling, werd de vraag gesteld of ingeval van het gebruik van algemene voorwaarden via een website, kan worden volstaan met het opnemen van een hyperlink, of dat de wederpartij uitdrukkelijk langs de algemene voorwaarden moet worden geleid en zich uitdrukkelijk met toepasselijkheid daarvan akkoord moet verklaren.⁷³ Met andere woorden: staat de bepaling de integraal-optie of de hyperlink-optie voor? De Minister heeft hierop het volgende antwoord gegeven:

71 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 358, nr. 1-18; *Kamerstukken I* 2008/09, 31 3528, at/m

72 *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 59.

73 *Kamerstukken I* 2003-04, 28 197, C, p. 18.

'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 zodanige wijze dat de algemene voorwaarden door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.'⁷⁴

Uit dit antwoord blijkt dat een hyperlink volstaat, mits de wederpartij de algemene voorwaarden kan opslaan en later kennis van ze kan nemen.⁷⁵ Als de hyperlink-optie volstaat, volstaat *a fortiori* de integraal-optie. Ook daarbij zal echter gelden dat de wederpartij in staat moet zijn de algemene voorwaarden op te slaan om er later kennis van te nemen. Uit het antwoord blijkt voorts dat de elektronische terbeschikkingstelling *niet* kan worden gezien als een 'in handen drukken', er mag immers van de wederpartij worden gevergd dat hij zelf de handelingen verricht om de algemene voorwaarden op te slaan. Een en ander komt naar mijn mening vervolgens neer op de vraag *welke handelingen van de wederpartij gevergd mogen worden*, wil de gebruiker elektronisch ter beschikking gesteld hebben.

Met betrekking tot webpagina's kan worden opgemerkt dat *alles* wat met behulp van een webpagina wordt vertoond, *per definitie* door de bezoeker van een webpagina kan worden opgeslagen. Om een webpagina te bekijken, worden de onderdelen van de pagina, of dat nu tekst of grafische elementen betreft, immers gekopieerd naar de computer van de bezoeker van de pagina. Voor een ervaren computergebruiker is het een koud kunstje om de onderdelen van een webpagina te onderscheiden en op zo'n manier op te slaan dat hij ze later nogmaals kan weergeven. Niet elke wederpartij beschikt echter over dit inzicht en deze vaardigheden. Naar mijn mening kan dit ook niet van de gemiddelde wederpartij worden verwacht. Daarom dient de gebruiker de wederpartij duidelijk te maken op welke wijze de algemene voorwaarden kunnen worden opgeslagen. Dit kan bijvoorbeeld geschieden door de wederpartij te instrueren hoe een html-pagina op te slaan, of door de algemene voorwaarden in Microsoft Word-formaat of PDF-formaat aan te bieden.

De gemiddelde wederpartij

De opmerkingen die hierboven worden gemaakt over de gemiddelde wederpartij, zijn ook van toepassing op de in hoofdstuk 5 behandelde informatieplicht inzake de verstrekking van contractvoorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden. Deze verplichting is opgenomen in artikel 6:227b lid 2 BW. Deze bepaling bevat ook de norm dat de informatie op een zodanige wijze ter beschikking moet worden gesteld, dat de informatie voor de wederpartij

⁷⁴ *Kamerstukken I* 2003-04, 28 197, C, p. 18.

⁷⁵ Bij letterlijke lezing geeft de Minister natuurlijk geen antwoord omdat in het laatste zinsdeel van het antwoord als voorbehoud wordt herhaald dat "de algemene voorwaarden door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming".

toegankelijk is ten behoeve van latere kennisneming. Dat de artikelen 6:234 lid 1 sub c en 6:227b dezelfde norm bevatten, ligt voor de hand omdat beide bepalingen zijn terug te voeren op artikel 10 lid 3 van de Richtlijn elektronische handel.⁷⁶ Naar mijn mening is de norm ook te lezen in het vereiste van de duurzame drager dat wordt gesteld door de regeling inzake koop op afstand.

Geen archiveringsplicht gebruiker

Met de beschrijving van de twee functies, (1) het in handen krijgen van een schriftelijk stuk en (2) het kunnen bewaren om later te kunnen inzien, koppelt de Memorie van Toelichting de mogelijkheid van opslag van de algemene voorwaarden aan de mogelijkheid van latere kennisname: de wederpartij kan de algemene voorwaarden bewaren waardoor hij ze later ook nog kan inzien. De Memorie van Toelichting gaat er hiermee vanuit gaan dat er pas sprake is van toegankelijkheid ten behoeve van latere kennisname indien en doordat de wederpartij de algemene voorwaarden heeft opgeslagen. Deze koppeling blijkt echter niet uit de tekst van de bepaling. De bepaling stelt immers slechts dat de wederpartij de algemene voorwaarden moet kunnen opslaan en dat de algemene voorwaarden toegankelijk dienen te zijn voor latere kennisname. In theorie zou de tekst van de bepaling daarom mee kunnen brengen dat de gebruiker de algemene voorwaarden aan de wederpartij toegankelijk moet maken voor latere kennisneming. Dat zou niet alleen via opslag door de wederpartij kunnen geschieden, maar ook via archivering door de gebruiker. Dit zou een archiveringsplicht voor de gebruiker met zich mee brengen. Uit bovenstaande opmerkingen uit de Memorie van Toelichting kan echter worden opgemaakt dat artikel 6:234 lid 1 sub c BW niet als zodanig kan worden opgevat. Naar mijn mening is deze uitkomst goed verdedigbaar. Zou de gebruiker wél een archiveringsplicht hebben, dan zou hij per wederpartij een digitaal archief moeten aanhouden waarin de voor die overeenkomst geldende algemene voorwaarden worden opgeslagen. Dat zou een onevenredig zware last voor de gebruiker met zich meebrengen. Het zou voorts ook vragen oproepen omtrent de duur waarvoor dit archief zou moeten worden aangehouden.

Elektronische terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet mogelijk

Met artikel 6:234 lid 1 sub b BW wordt een uitzondering gemaakt op sub a: indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, kan worden volstaan met ter inzage legging, depot of toezending op verzoek. Volgens de Memorie van Toelichting zal in het elektronisch rechtsverkeer minder snel sprake zijn van een situatie waarin redelijkerwijs niet van de gebruiker kan worden gevergd dat hij de algemene voorwaarden elektronisch ter beschikking stelt, zoals omschreven in de bepaling sub c.

⁷⁶ Zie hoofdstuk 4.

‘De moderne technologie leent zich immers bij uitstek voor het in zeer kort tijdsbestek en tegen geringe kosten verzenden en verwerken van de grote hoeveelheden gegeven waarom het in de praktijk bij algemene voorwaarden doorgaans zal gaan.’⁷⁷

Toch kan het volgens de Memorie van Toelichting niet worden uitgesloten dat zich in het elektronisch rechtsverkeer situaties kunnen voordoen waarin het redelijkerwijs niet mogelijk is de algemene voorwaarden ter beschikking te stellen zoals beschreven in sub c. Er wordt als uitgangspunt voor regelgeving genomen dat nieuwe technologieën “in beginsel rechtens hetzelfde” dienen te worden behandeld als het traditionele rechtsverkeer en dat daarom een bepaling als de onderhavige niet een onbedoeld remmende werking behoort te hebben op de ontwikkeling van nieuwe technologieën. Als voorbeeld wordt genoemd internet via een mobiele telefoon. Bij e-commerce via het mobiele telefoonnet is volgens de Memorie van Toelichting het verwerken van omvangrijke algemene voorwaarden lastiger te verwezenlijken dan in het geval van een vaste computeraansluiting.⁷⁸ Daarbij wordt er wellicht ook gedoeld op het probleem dat mobiele telefoons een relatief klein scherm hebben waar slechts kleine hoeveelheden tekst op kunnen verschijnen.

Indien terbeschikkingstelling in de zin van artikel 6:234 lid 1 sub c BW redelijkerwijs niet mogelijk is, stelt de bepaling dat er ook sprake is van een redelijke mogelijkheid tot kennisname indien de gebruiker aan de wederpartij heeft bekend gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede indien zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.

Verwijzing in gestructureerde tekst

Het is de vraag of met een verwijzing in een gestructureerde tekst voldaan kan worden aan de informatieplicht. Ook hier speelt uiteraard weer de vraag welke handelingen van de wederpartij gevegd mogen worden. Bij een verwijzing in gestructureerde tekst, zoals ingeval van de *ETERMS Repository*, wordt er echter meer gevegd van de wederpartij dan bij een verwijzing in vrije tekst. Ingeval van bijvoorbeeld een *ETERM* zal de wederpartij immers zelf de relevante voorwaarden in de *Repository* moeten opzoeken. In principe zou echter het verwijzen in gestructureerde tekst ertoe moet leiden dat de betreffende voorwaarde geldig onderdeel gaat uitmaken van de overeenkomst. Het is immers de opzet van zowel de gebruiker als de wederpartij om op deze manier te contracteren. Het zou dan niet juist zijn om een verwijzing in gestructureerde tekst juridische werking te ontzeggen met een beroep op de informatieplicht. Om toch het gebruik van het *ETERMS Repository* mogelijk te maken, zou naar mijn mening geconcludeerd kunnen worden dat terbeschikkingstelling redelij-

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 60.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 60.

kerwijs niet mogelijk is. Dan volstaat immers wat de gebruiker bekend maakt waar van de algemene voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, te weten in de betreffende *Repository*. Daarnaast zou de correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid zoals geïntroduceerd door de Hoge Raad in Geurtzen/Kampstaal, op zijn plaats kunnen zijn indien een wederpartij gebruik maakt van een geautomatiseerd systeem om verwijzingen in gestructureerde tekst te accepteren, en zich vervolgens erop beroept dat niet elektronisch ter beschikking gesteld zou zijn. De wederpartij heeft dan immers gedragingen verricht (het inrichten van het geautomatiseerd systeem) waarmee een beroep op vernietigbaarheid niet te rijmen valt.⁷⁹

Elektronische terbeschikkingstelling en de kritiek op de informatieplicht

Hierboven is de kritiek op de informatieplicht besproken. Naar mijn mening strekken de bezwaren die tegen de informatieplicht zijn geuit, zich niet uit tot de elektronische terbeschikkingstelling. De bezwaren tegen de informatieplicht rusten namelijk voornamelijk op de overweging dat het te belastend is voor de gebruiker om aan elke wederpartij een papieren versie van zijn algemene voorwaarden te overhandigen. De elektronische terbeschikkingstelling levert echter niet zo'n zware last op voor de gebruiker. Hij kan immers zijn geautomatiseerd systeem, bijvoorbeeld een website, zodanig inrichten dat de algemene voorwaarden op de juiste wijze ter beschikking worden gesteld. Hij hoeft niet zelf, handmatig, hiervoor zorg te dragen.

10.5.3 Beperking vernietigingsbevoegdheid

Niet iedereen kan een beroep doen op de vernietigingsgronden van artikel 6:233 BW. Artikel 6:235 BW staat de volgende partijen een beroep op artikel 6:233 BW niet toe.⁸⁰

- "Grote wederpartijen": dit betreft:
 - a. rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:360 BW die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt of wiens gegevens zijn opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening van de groep waartoe die rechtspersoon behoort, of;
 - b. rechtspersonen waarbij op het moment van het sluiten van de overeenkomst meer dan 50 personen werkzaam zijn.
- Een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden gebruikt in haar algemene voorwaarden kan geen beroep doen op de bedoelde vernietigingsgronden.⁸¹

79 Vgl. HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal), noot Hijma, nr. 6.

80 Zie ook Loos 2001, nr. 44-57.

81 Artikel 6:235 lid 3 BW.

De gedachte achter de uitzondering van ‘grote wederpartijen’ is dat zij minder bescherming behoeven omdat zij over voldoende deskundigheid beschikken en een zodanige marktpositie innemen dat zij zich voldoende kunnen verzetten tegen ongewenste bedingen.⁸² Loos ziet toch ruimte voor bescherming van deze wederpartijen via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en noemt de uitzondering dan ook “tamelijk zinloos”.⁸³

Artikel 6:235 lid 2 BW beoogt nu juist een *uitbreiding* van het toepassingsgebied van de vernietigingsgronden te bewerkstelligen. Volgens dit lid kan de vernietigingsgrond met betrekking tot de inhoudelijke toetsing ook worden ingeroepen door een partij voor wie de algemene voorwaarden zijn gebruikt door een gevolmachtigde, mits de wederpartij meermalen overeenkomsten sluit waarop dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn.

10.6 HOOFDSTUKCONCLUSIE

De vraag hoe algemene voorwaarden deel kunnen uitmaken van een overeenkomst indien bij de totstandkoming daarvan één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken (onderzoeksvraag 5), kan aan de hand van de bestaande wettelijke regels afdoende worden beantwoord. De wetgever heeft het gebruik van geautomatiseerde systemen deels geregeld met een nieuwe wettelijke bepaling inzake de elektronische terbeschikkingstelling. De elektronische terbeschikkingstelling is onderdeel van de informatieplicht die rust op de gebruiker van de algemene voorwaarden. Er is terechte kritiek op deze informatieplicht, maar de kritiek treft de elektronische terbeschikkingstelling niet.

Bij het invullen van de informatieplicht moet er worden uitgegaan van *de gemiddelde computergebruiker*. Bij het nagaan wanneer er elektronisch terbeschikking is gesteld, moet namelijk worden bepaald welke handelingen van de wederpartij gevegd mogen worden. Er mogen naar mijn mening geen handelingen worden gevegd die voornamelijk door technisch onderlegde computergebruikers kunnen worden verricht. Er moet naar mijn mening ook worden uitgegaan van deze gemiddelde computergebruiker bij de informatieplicht inzake de contractvoorwaarden (artikel 6:227b lid 2 BW) en het vereiste van de duurzame drager (artikel 7:46c lid 2 BW).

De informatieplicht zou het verwijzen in gestructureerde tekst onmogelijk kunnen maken. Omdat dat onwenselijk is, mag worden geconcludeerd dat in zo’n geval een elektronische terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, of dat een beroep op vernietigbaarheid, de op grond dat niet elektronisch ter beschikking gesteld zou zijn, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

82 PG Inv. Boek 6 1990, p. 1631-1632.

83 Loos 2001, nr. 50.

In dit hoofdstuk komt onderzoeksvraag (OV) 6 aan de orde: kan er op geautomatiseerde wijze een handtekening worden geplaatst? Er rijzen meteen vervolgvragen: wat is een handtekening?, wat behelst het automatisch plaatsen van een handtekening?, en: kan een handtekening überhaupt op elektronische wijze worden geplaatst?

Voor een goed begrip van deze vragen en van de juridische rol van de handtekening, is het van belang niet alleen de handtekening, maar ook schriftelijkheid te behandelen. *Schriftelijkheid* en *ondertekening*, soms in combinatie, gelden soms als vormvereiste. Bijvoorbeeld een concurrentiebeding bij de arbeidsovereenkomst moet schriftelijk worden overeengekomen.¹ Er is voorts een belangrijke rol weggelegd voor de *akte*. Akten zijn ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen.² De wet stelt soms een vormvereiste, inhoudende dat een verklaring in de vorm van een akte dient te worden opgemaakt. Een voorbeeld is de huurkoopovereenkomst die moet worden aangegaan bij authentieke of onderhandse akte.³

De wetgever heeft twee wettelijke bepalingen geïntroduceerd (artikelen 3:15a BW en 6:227a BW) op grond waarvan op elektronische wijze aan de vormvereisten van ondertekening en schriftelijkheid kan worden voldaan. Daarnaast is er op het moment van schrijven een wetsvoorstel aanhangig dat een bijzondere regeling bevat voor de elektronische (onderhandse) akte.⁴

Gezien de bovenstaande preliminaire opmerkingen, wordt OV6 als volgt beantwoord. In paragraaf 11.1 wordt ingegaan op de rol van vormvereisten bij de totstandkoming van overeenkomsten. Daarbij wordt een eerste indicatie gegeven ten aanzien van de vraag of op elektronische wijze aan de eisen van schriftelijkheid en ondertekening kan worden voldaan. In paragraaf 11.2 wordt ingegaan op de zogenaamde functionele equivalentie benadering. Dit is een benadering aan de hand waarvan kan worden onderbouwd op welke wijze aan een vormvereiste kan worden voldaan indien er gebruik wordt gemaakt van verklaringen die op elektronische wijze worden uitgewisseld. Deze benadering wordt ook toegepast door de Nederlandse wetgever. In paragraaf 11.3

1 Artikel 7:653 lid 1 BW.

2 Artikel 156 lid 1 Rv.

3 Artikel 7A:1576h BW.

4 *Kamerstukken II* 2007/08-2008/09, 31 358, nr. 1 t/m 18, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 358, nr. A t/m D.

komen de beginselen van behoorlijk IT-gebruik aan de orde. Deze beginselen kunnen worden gebruikt om een coherente visie te ontwikkelen op de juridische eisen die worden gesteld op het betrouwbaar uitwisselen van elektronische verklaringen. In 11.4 en 11.5 komen respectievelijk artikel 6:227a BW inzake 'elektronische schriftelijkheid' en artikel 3:15a inzake de elektronische handtekening aan de orde. In paragraaf 11.6 wordt ingegaan op het wetsvoorstel inzake de elektronische akte dat op het moment van schrijven aanhangig is. Omdat de Duitse wetgever met de herziening van het verbintenissenrecht de Duitse vormvereisten grondig heeft herzien in het licht van het gebruik van moderne communicatiemiddelen, wordt in paragraaf 11.7 een blik geworpen op de vormvereisten naar Duits recht. In paragraaf 11.8 vindt synthese plaats. Op dat moment is er voldoende voorwerk verricht om vervolgens in paragraaf 11.9 de automatische ondertekening aan de orde te stellen. In paragraaf 11.10 worden de conclusies op een rij gezet.

11.1 VORMVEREISTEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

In het Nederlandse verbintenissenrecht geldt als uitgangspunt het consensualisme: overeenkomsten komen tot stand door de wilsovereenstemming van partijen alléén.⁵ Consensualisme kan worden afgezet tegen formalisme. Formalisme gaat ervan uit dat een overeenkomst slechts tot stand komt indien contractanten een bepaalde vorm in acht nemen.⁶ Het uitgangspunt van het consensualisme is voor wat de rechtshandeling betreft opgenomen in artikel 3:37 lid 1 BW: verklaringen, met inbegrip van mededelingen kunnen in iedere vorm geschieden en kunnen in één of meer gedragingen besloten liggen, tenzij anders is bepaald. Uit de zinsnede "tenzij anders is bepaald" volgt dat de wet in sommige gevallen toch een vormvereiste kan stellen. Een vormvereiste brengt met zich mee dat de wet eist dat de wilsovereenstemming in een bepaalde vorm wordt gegoten of gepaard gaat met een zekere formaliteit.⁷ Op grond van artikel 3:39 BW zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht nietig, tenzij uit de wet anders voortvloeit. In beginsel wordt het niet naleven van een vormvoorschrift dus gesanctioneerd met nietigheid, tenzij anders uit de wet "voortvloeit". Het gebruik van het werkwoord "voortvloeiën" betekent dat een afwijking van de nietigheidssanctie impliciet uit de wet kan blijken. De gepaste sanctie blijkt in een voorkomend geval uit de strekking van het vormvoorschrift. Vormvoorschriften kunnen strekken tot het bevorderen van de rechtszekerheid, het beschermen van één of meerdere partij tegen overijling en overwicht.⁸ Is bijvoorbeeld een vormver-

5 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 272.

6 Van Dam 1998, nr. 139.

7 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 78.

8 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 276.

eiste gesteld om de ene partij tegen de andere te beschermen, dan is het vormvereiste opgesteld in het belang van die eerste partij. In dat geval kan een meer geschikte sanctie zijn de *vernietigbaarheid* van de rechtshandeling. De te beschermen partij heeft dan de keuze of hij zich op de vernietigbaarheid beroept.⁹

11.1.1 Constitutieve vormvereisten, bewijsvereisten en overige vormvereisten

Vormvereisten hoeven niet alleen als constitutief vereiste bij de totstandkoming van de overeenkomst te gelden. Een vormvereiste dat als *bestaansvoorwaarde* geldt voor een overeenkomst moet worden onderscheiden van vereisten waardoor wel een vorm wordt voorschreven maar waar het ontbreken ervan de geldigheid van de overeenkomst niet aantast.¹⁰ Naast vormvereisten als bewijsvereisten kunnen er vormvereisten gelden voor verklaringen die los staan van de totstandkomingsfase. Voorbeelden hiervan zijn de ingebrekestelling die bij schriftelijke aanmaning dient te geschieden,¹¹ de agentuurovereenkomst, waarbij ieder der partijen verplicht is aan de wederpartij op verzoek een ondertekend geschrift te verschaffen dat de dan geldende inhoud van de agentuurovereenkomst weergeeft¹² en de arbeidsovereenkomst, waarbij een vergelijkbare verplichting geldt voor de werkgever.¹³ Voorts dienen waardepapieren, zoals het cognossement¹⁴ en de cheque,¹⁵ soms ondertekend te worden. De vestiging van een bezitloos pandrecht geschiedt bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte.¹⁶ Hypotheek wordt gevestigd door een notariële akte.¹⁷ Tot slot worden ook in het ondernemingsrecht vormvereisten gesteld.¹⁸ Daarbij wordt soms aan het verrichten van een rechtshandeling, en dus ook in voorkomende gevallen aan het totstandbrengen van een overeenkomst, een vormvereiste gesteld.¹⁹

9 PG Boek 3 1981, p. 189.

10 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 78.

11 Artikel 6:82 lid 1 BW.

12 Artikel 7:428 lid 3 BW.

13 Artikel 7:654 lid 2 BW.

14 Artikel 8:412 lid 1 BW.

15 Artikel 178 sub 6 WvK.

16 Artikel 6:237 lid 1 BW.

17 Artikel 3:260 lid 1 BW.

18 Zie de inventarisatie in Winter 2001, p. 62-71.

19 Artikel 2:94 (204) lid 1 sub c BW; artikel 2:137 (247) lid 1 BW.

11.1.2 De ratio achter vormvereisten

De ratio die ten grondslag ligt aan vormvereisten is dat vormvereisten de rechtszekerheid bevorderen en één of meerdere partijen dienen te beschermen tegen overijling en overwicht.²⁰ De bescherming tegen overijling houdt in dat één van de contracterende partijen tegen zichzelf wordt beschermd. Bijvoorbeeld het vereiste van een akte bij de huurkoopovereenkomst kan een bezinningsmoment met zich mee brengen, waardoor de koper ervan wordt weerhouden om al te lichtzinnig een juridische verplichting aan te gaan. Bescherming tegen overwicht brengt met zich mee dat een zwakkere partij wordt beschermd tegen zijn wederpartij. Een kleine partij of consument kan zo worden beschermd tegen een wederpartij die meer marktkennis of juridische kennis heeft. Om weer het voorbeeld van de huurkoop te gebruiken: het vereiste van een akte betekent dat het voor de koper duidelijk(er) wordt gemaakt wat voor afspraken er zijn gemaakt. Het moge ook duidelijk zijn dat de bescherming van de zwakkere partij een hoofdrol speelt bij de vele vormvereisten bij de arbeidsovereenkomst. Tot slot kunnen vormvereisten de rechtszekerheid bevorderen door bewijs te leveren van de strekking van verrichtte rechtshandelingen en het moment waarop deze rechtshandelingen zijn verricht.

11.1.3 Constitutieve vormvereisten in het Burgerlijk Wetboek

In de volgende gevallen stelt de wet een vormvereiste bij het totstandkomen van een overeenkomst. De *koop van een tot bewoning bestemde roerende zaak of een bestanddeel daarvan* dient schriftelijk of bij akte te worden aangegaan indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.²¹ De *koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken* dient schriftelijk te worden aangegaan.²² Bij de *agentuurovereenkomst* kan slechts schriftelijk worden afgeweken van de bepaling dat de handelsagent krachtens een delcrederebeding slechts aansprakelijk is voor de gegoedheid van de derde.²³ Bovendien kunnen partijen slechts schriftelijk afwijken van sommige bepalingen omtrent de bewijsstukken die dienen ter bepaling van de aan de handelsagent verschuldigde provisie.²⁴ Bij het aangaan van een *arbeidsovereenkomst* dienen sommige bedingen schriftelijk te worden overeengekomen. Het gaat om het beding waarmee een ander dan de werknemer

20 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 79.

21 Artikel 7:2 lid 1 BW spreekt van schriftelijkheid, lid 2 van een akte. Het gaat daarbij om een onderhandse akte, aangezien de tussenkost van een notaris niet vereist is, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 3-4.

22 Artikel 7:48b lid 1 BW.

23 Artikel 7:429 lid 2 BW.

24 Artikel 7:433 lid 1 en 3 BW.

wordt aangewezen om bepaalde bewijsstukken overlegd te krijgen,²⁵ het beding waarmee het tijdvak waarin de werkgever het loon dient te voldoen verlengd wordt,²⁶ het beding waarmee een door de werkgever te betalen voorschot op het loon op een lager bedrag wordt gesteld,²⁷ het beding waarmee ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van de regel dat werknemer toch het recht op loon behoudt ook al heeft hij de overeengekomen arbeid niet verricht,²⁸ diverse bedingen met betrekking tot de vakantie van de werknemer,²⁹ het boetebeding,³⁰ het proeftijdbeding,³¹ het concurrentiebeding,³² het beding waarmee ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van de wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van de werknemer,³³ bepaalde bedingen betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst³⁴ en, tot slot, het beding ter verhoging van de zogenaamde gefixeerde schadevergoeding.³⁵ Bij de *overeenkomst van handelsvertegenwoordiging* wordt een aantal wettelijke bepalingen uit titel 7.7 BW, betreffende de overeenkomst van opdracht, van overeenkomstige toepassing verklaard. Van twee van deze bepalingen kan slechts schriftelijk ten nadele van de handelsvertegenwoordiger worden afgeweken.³⁶ Bij de *uitzendovereenkomst* kan een beëindiging van rechtswege schriftelijk worden bedongen. De reden voor beëindiging dient dan wel te zijn dat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan een derde op verzoek van die derde aan een einde komt.³⁷ Bij de *particuliere borgtocht* kan van een bepaalde wettelijke bepaling slechts worden afgeweken door middel van een door de opdrachtgever ondertekend geschrift.³⁸ Bij de *koop en verkoop op afbetaling* kan een schadevergoedings- of boetebeding alleen bij schriftelijk aangegane overeenkomsten worden gemaakt.³⁹ Bovendien dienen bepaalde zekerheidsstellingen schriftelijk overeengekomen te worden.⁴⁰ De *huurkoopovereenkomst* moet worden aangegaan bij authentieke of onderhandse akte.⁴¹ Ingeval van een *rentebeding* dient soms de "hoegrootheid" van de bedongen rente in geschrift worden bepaald.⁴²

25 Artikel 7:619 lid 2 BW.

26 Artikel 7:623 lid 2 BW.

27 Artikel 7:624 lid 3 BW.

28 Artikel 7:628 lid 5 BW.

29 Artikel 7:635 lid 5 BW, 7:637 lid 1 en 2 BW en 7:638 lid 7 BW.

30 Artikel 7:650 lid 2 en 6 BW.

31 Artikel 7:652 lid 2 BW.

32 Artikel 7:653 lid 1 BW.

33 Artikel 7:661 lid 2 BW.

34 Artikel 7:667 lid 2 sub a en b BW, 7:667 lid 3 BW, 7:672 lid 1 (zie ook lid 5 en 6) BW.

35 Artikel 7:680 lid 4 BW.

36 Artikel 7:688 lid 4 BW.

37 Artikel 7:691 lid 2 BW.

38 Artikel 7:864 lid 2 BW.

39 Artikel 7A:1576b lid 1 BW.

40 Artikel 7A:1576f lid 2 BW.

41 Artikel 7A:1576i BW.

42 Artikel 7A:1804 BW.

Ook buiten het Burgerlijk Wetboek wordt in een enkel geval een vormvereiste gesteld aan de totstandkoming van een overeenkomst. Op grond van de Wet op het Consumentenkrediet dient een overeenkomst die een krediettransactie vormt of tot een zodanige transactie behoort en waarbij een kredietnemer partij is, te worden aangegaan bij een door of namens alle partijen ondertekende onderhandse of notariële akte.⁴³ Ingeval van krediettransacties met een krediet som van niet meer dan € 1.000,- is zo'n akte overigens niet nodig, er kan dan worden volstaan met een schriftelijke bevestiging.⁴⁴

Gezien bovenstaande opsomming wordt bij constitutieve vormvoorschriften meestal *schriftelijkheid* geëist, een enkele maal in combinatie met een *ondertekening*. Incidenteel wordt er een akte geëist. *Akten* zijn ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen, artikel 156 lid 1 Rv. Een *authentieke akte* is in de vereiste vorm bevoegdelyk opgemaakt door een ambtenaar die bij of krachtens de wet is opgedragen door middel van het opmaken van de akte te doen blijken van door hem gedane waarnemingen of verrichtingen. In sommige gevallen kan het opmaken van een authentieke akte ook zijn opgedragen aan anderen dan ambtenaren, artikel 156 lid 2 Rv. *Onderhandse akten* zijn alle akten die niet authentieke akten zijn, artikel 156 lid 3 Rv. Het vereiste van een akte laat zich onderverdelen: een akte vereist een *geschrift*, een *ondertekening* en een *bewijsbestemming*.

Het belang van de akte zit hem in de bewijskracht. Een authentieke akte levert dwingend bewijs op, artikel 157 lid 1 Rv. Op grond van artikel 157 lid 2 Rv kunnen zowel authentieke als onderhandse akten tussen partijen dwingend bewijs opleveren. Met betrekking tot de betwisting van de echtheid van een akte stelt artikel 159 Rv het volgende. Een geschrift dat er uitziet als een authentieke akte wordt voor een authentieke akte gehouden tenzij bewijs van het tegendeel wordt geleverd. Ingeval een partij waartegen een onderhandse akte dwingend bewijs oplevert, de ondertekening van die akte stellig ontkend, levert de akte geen bewijs op zolang niet bewezen is van wie de ondertekening afkomstig is. Ingeval de akte wordt ingeroepen tegen een ander dan die de akte ondertekend zou hebben, dan kan worden volstaan met de verklaring dat de echtheid van de ondertekening niet wordt erkend.

Het is uiteraard aan de wetgever om te bepalen wanneer het ene dan wel het andere vormvereiste wordt voorgeschreven. Ter illustratie kan worden gewezen op het vereiste van een akte bij de koop van een woning door een consument, artikel 7:2 BW. Centraal bij deze bepaling staat de bescherming van de consument. Hiertoe is het vereiste van de akte gesteld en is ook een bedenktijd geïntroduceerd.⁴⁵ Tijdens de parlementaire behandeling speelde

43 Artikel 30 lid 1 WCK.

44 Artikel 32 lid 1 WCK.

45 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 3-4. De bedenktijd houdt in dat de koper gedurende drie dagen na terhandstelling van de akte het recht heeft de koop te ontbinden, artikel 7:2 lid 2 BW.

de vraag of de tussenkomst van een deskundige – de notaris – wenselijk was bij de totstandkoming van de overeenkomst.⁴⁶ Dienovereenkomstig zou dan de authentieke akte als vormvereiste worden gesteld, en niet de onderhandse akte. Uiteindelijk werd de eis van de onderhandse akte in combinatie met de bedenktijd voldoende geacht om de consument-koper te beschermen en om voldoende rechtszekerheid te verschaffen.⁴⁷

11.1.4 Vormvereisten en elektronische verklaringen

Nu de rol van vormvereisten bij de totstandkoming van overeenkomsten aan de orde is geweest, kan nader worden ingegaan de termen *schriftelijkheid* en *ondertekening*, en of er sprake kan zijn van schriftelijkheid of ondertekening indien er gebruik wordt gemaakt van elektronische verklaringen. Hierbij is het zelfhandelende karakter van geautomatiseerde systemen nog niet aan de orde.

A. *Schriftelijkheid*

De meest gangbare omschrijving van geschrift is iedere drager van verstaanbare leestekens die een gedachteninhoud vertolken.⁴⁸ Onder verstaanbaar moet worden begrepen dat de leestekens verstaanbaar zijn voor degene voor wie ze bestemd zijn. Voorbeelden van geschriften zijn brieven, bankafschriften, kassabonnetjes, telegrammen, faxen en computeruitdraaien. In theorie is het niet relevant uit welk materiaal de drager bestaat maar het moge duidelijk zijn dat hier in de praktijk papier voor wordt gebruikt. Indien gebruik wordt gemaakt van een geautomatiseerd systeem, dan zullen verklaringen echter niet met papier worden uitgewisseld maar met elektronische berichten. Daarnaast brengt het gebruik van geautomatiseerde systemen met zich mee dat elektronische berichten worden opgeslagen op specifieke gegevensdragers zoals harde schijven, floppy's of cd-roms. Het is de vraag of deze elektronische berichten en/of gegevensdragers ook zijn aan te merken als geschriften. Volgens Hidma kan men 'van mening verschillen' over de vraag of ingeval van elektronische gegevensdragers van een geschrift sprake kan zijn.⁴⁹

Van Esch geeft in zijn proefschrift een overzicht van de literatuur ten aanzien van de vraag of elektronische documenten als geschriften kunnen worden aangemerkt. Van Esch maakt een onderscheid tussen twee benaderingen. Volgens het *legistische standpunt* is in die gevallen waarin de wet een

46 *Kamerstukken II* 1992/93 – 2001/02, 23 095, nr. 1-16, *Kamerstukken I* 2001/02 – 2003-04, 23 095, nr. 178-178b, 38-38b, A. Zie ook onder meer E.A.A. Luijten, 'De koopakte van onroerende zaken in notariële vorm; een na te streven rechtsgoed', *WPNR* 6081 1993, p. 129-134.

47 *Kamerstukken II* 1995-96, 23 095, nr. 5, p. 2.

48 Huydecoper & Van Esch 1997, p. 76; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 47.

49 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 47.

geschrift eist voor de geldigheid van een bepaalde rechtshandeling het gebruik van elektronische berichten uitgesloten. Alleen een wetswijziging kan hier verandering brengen. In het geval een geschrift wordt vereist voor andere doeleinden, bijvoorbeeld bewijsdoeleinden, zou een elektronisch bericht wel als voldoende aan een schriftelijkheidsvereiste beschouwd kunnen worden. Volgens het *meer gematigde standpunt* kunnen elektronische berichten in meer gevallen voldoen aan schriftelijkheidsvereisten. Er dienen dan wel maatregelen te worden genomen waardoor een elektronisch bericht dezelfde waarborgen biedt als een geschrift.⁵⁰

Als voorstander van het legistische standpunt kan De Vries worden genoemd. Volgens haar is in geval van constitutieve vormvereisten geen ruimte voor een extensieve interpretatie van het schriftelijkheidsvereiste. De reden daarvoor is volgens De Vries dat een extensieve interpretatie zou kunnen leiden tot een aantasting van de rechtszekerheid die met het schriftelijkheidsvereiste wordt beoogd.⁵¹

In het gematigde kamp bevinden zich Huydecoper & Van Esch, Van Esch en De Boer. Volgens Huydecoper en Van Esch kunnen magnetische en/of optische gegevensdragers met daarop aangebrachte leestekens die een gedachteninhoud vertolken als geschrift gezien worden. Hieraan staat niet in de weg dat hulpmiddelen nodig zijn om kennis te nemen van de inhoud van deze gegevensdragers. De auteurs stellen wel als eis dat de lettertekens voor hun voortbestaan niet afhankelijk dienen zijn van die hulpmiddelen. Als voorbeeld van een situatie waarin deze afhankelijkheid wel bestaat, noemen zij lettertekens op een beeldscherm die na een tijdelijke stroomuitval niet meer leesbaar zijn.⁵²

Het betoog van De Boer handelt niet over de totstandkoming van overeenkomsten maar ziet op artikel 6 (oud) WvK.⁵³ Op grond van artikel 6 gold voor bedrijven een boekhoudplicht en een bewaarplicht. Met betrekking tot de bewaarplicht stelt artikel 6 dat ieder die een bedrijf uitoefent gehouden is "de boeken en bescheiden" waarin hij op grond van de boekhoudplicht "aanteekening heeft gehouden, alsmede de balansen, de ontvangen brieven en telegrammen en afschriften van de uitgaande brieven en telegrammen tien jaren lang te bewaren". Volgens De Boer spreekt het vanzelf dat onder de termen "aanteekening", "boeken", "bescheiden", "brieven" en "afschriften van de uitgaande brieven" ook elektronische berichten begrepen zijn. Hij verzet zich dan ook tegen de interpretatie van het artikel op grond waarvan het overzetten van op papier neergelegde gegevens op andere informatiedragers, gevolgd door vernietiging van het papier, niet is toegestaan. Volgens De Boer zouden bedrijven op elektronische wijze aan de bewaarplicht kunnen voldoen

50 Van Esch 1999a, p. 184-185.

51 De Vries 1993, p. 181.

52 Huydecoper & Van Esch 1997, p. 77.

53 De Boer 1992, p. 670-672.

(mits er maatregelen worden genomen die de betrouwbaarheid van de gegevens garanderen). De klacht dat de ‘papieren’ bewaarplicht een te grote belasting meebrengt verwerpt De Boer door te stellen dat het bedrijfsleven ‘te braaf’ is. Bedrijven zouden kennelijk maar moeten proberen om op elektronische wijze aan de bewaarplicht te voldoen en uiteindelijk er proefondervindelijk achterkomen of zij daarmee aan de bewaarplicht voldaan hebben.

Naar mijn mening zou het standpunt dat een vormvereiste, en dus ook een schriftelijkheidsvereiste, geen belemmering mag zijn, doorslaggevend dienen te zijn. Ik zou mij daarom graag aan de gematigde zijde scharen. De Vries wijst naar mijn mening echter terecht op het belang van rechtszekerheid. Contractspartijen zullen zekerheid willen hebben over de vraag of zij geldig aan een vormvereiste hebben voldaan. De stelling van De Boer dat, in het door hem beschreven geval, het bedrijfsleven ‘te braaf’ zou zijn, doet geen recht aan een legitieme behoefte aan rechtszekerheid. Van rechtssubjecten kan naar mijn mening niet worden verwacht dat zij op experimentele wijze dienen te ervaren of op een bepaalde elektronische wijze aan een vormvereiste voldaan kan worden. De vraag *hoe* op elektronische wijze aan een vormvereiste voldaan kan worden, wordt meestal behandeld aan de hand van de zogenaamde functionele equivalentie-benadering. Deze benadering zal hierna aan de orde.

B. Ondertekening

Ondertekenen betekent het zetten van een handtekening. De wet geeft daar geen nadere omschrijving van. Hidma wijst op bijna antieke jurisprudentie van de Hoge Raad waarin het begrip handtekening aan de orde is gekomen.⁵⁴ In deze jurisprudentie zijn de volgende punten naar voren gekomen.

- Naar algemeen spraakgebruik is als ondertekening alleen aan te merken het plaatsen van de naam die de ondertekenaar voert of draagt, met of zonder bijvoeging van de voornaam onder een geschrift.⁵⁵
- Het zetten van een kruisje kan niet als ondertekening gelden.⁵⁶
- Als ondertekening in de zin van de wet is alleen aan te merken het plaatsen van de naam die de ondertekenaar voert of draagt, met of zonder bijvoeging van de voornaam, onder een geschrift, “gelijk het spraakgebruik medebrengt”. Onvoldoende is slechts het stellen van enkele letters van de naam.⁵⁷
- In een strafzaak heeft de Hoge Raad beslist dat een afdruk van een handtekeningstempel ook kan gelden als een handtekening, mits die afdruk is gesteld is door hem die daartoe bevoegd is.⁵⁸

54 Pito/Hidma & Rutgers 2004, nr. 48.

55 HR 17 december 1885, *Weekblad van het Recht* 1886, 5251.

56 HR 21 januari 1898, *Weekblad van het Recht* 1898, 7078.

57 HR 1 augustus 1910, *Weekblad van het Recht* 1910, 9025.

58 HR 2 februari 1920, *NJ* 1920, 235.

- Een ondertekening van een onderhands geschrift kan ook geschieden met behulp van carbonpapier, mits de ondertekenaar ook door dit hulpmiddel een ondertekening heeft willen plaatsen.⁵⁹

Onder de term handtekening wordt aldus in het algemeen begrepen de naam van de ondertekenaar in leestekens, al of niet met zijn voornaam of letters, gesteld in het handschrift van de ondertekenaar, waarbij individualisering mogelijk is.⁶⁰ Er kan gebruik worden gemaakt van hulpmiddelen (handtekeningstempel, carbonpapier), mits de ondertekenaar de ondertekening heeft willen plaatsen.

Technische alternatieven voor de handtekening

De vraag is nu hoe op elektronische wijze aan het vereiste van ondertekening voldaan kan worden. Er dienen zich de volgende technische toepassingen aan die eventueel voor gelijkstelling met de handgeschreven handtekening in aanmerking komen. Bij *biometrische methoden* worden unieke kenmerken van het menselijk lichaam gebruikt. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vingerafdruk, irisscan of DNA-test. Met behulp van de betreffende unieke kenmerken kan de identiteit van een persoon worden vastgesteld. De *gescande handtekening* is een ingescande versie van de handgeschreven handtekening. Het is in feite een elektronische kopie van een handgeschreven handtekening. Als elektronisch equivalent van de handtekening wordt ook gewezen op de *pin-code*.⁶¹ Een pin-code wordt gebruikt gezamenlijk met een kaart. Bijvoorbeeld bij het gebruik van een pin-automaat wordt de combinatie van de pin-code en de kaart (de bankpas) gebruikt om toegang tot het systeem voor te behouden aan de rekeninghouder.⁶²

Cryptografische technieken dienen er in eerste instantie toe informatie geheim te houden voor derden door middel van geheimschrift.⁶³ Het voert te ver om in het kader van dit proefschrift uitgebreid in te gaan op dit onderwerp. Ik schets hierna kort de hoofdlijnen. Cryptografie is gebaseerd op wiskundige algoritmen met behulp waarvan een elektronisch bericht op twee manier kan worden getransformeerd. Het gaat dan op *encryptie* en *decryptie*. Door middel van encryptie wordt een bericht (de *plaintext*) omgezet naar data die voor een mens niet direct leesbaar is (de *ciphertext*). Met decryptie wordt de ciphertext weer omgezet naar het oorspronkelijke bericht. Bij encryptie wordt de plaintext en een stukje 'onafhankelijke data', de encryptie-sleutel, gebruikt. De decryptie moet men over de decryptiesleutel beschikken om de ciphertext om te zetten naar de plaintext. Zogenaamde *symmetrische cryptografie* maakt gebruik van

59 HR 25 juni 1943, NJ 1943, 518.

60 Huls 1998, p. 8; Huydecoper & Van Esch 1997, p. 116; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 48.

61 Syx 1986; Vandenberghe 1988. PIN staat voor *Personal Identification Number*.

62 Syx 1986, p. 157-159.

63 Huydecoper & Van Esch 1997, p. 127-132.

één en dezelfde sleutel voor encryptie en decryptie. Symmetrische cryptografie kan voorzien in de bovengenoemde voorwaarde van confidentialiteit. De partijen die er gebruik van maken dienen er dan wel zeker van te zijn dat de sleutel niet in handen is van een derde. Met symmetrische cryptografie kan ook worden voorzien in de voorwaarde van authenticiteit. Indien immers alleen de betrokken partijen over de sleutel beschikken kunnen het bericht ontsleutelen dan wel versleutelen. Cryptografische technieken kunnen bovendien *integrity check-mechanismen* bevatten. Hiermee kan na transport worden nagegaan of het bericht tijdens transport is gewijzigd. Zo'n mechanisme kan dus voorzien in de voorwaarde van integriteit. Bij *asymmetrische* of *public-key cryptografie* wordt gebruik gemaakt van twee sleutels, een publieke en een privé sleutel. De publieke sleutel wordt bekend gemaakt aan een ieder met wie de houder van de privé sleutel berichten wil uitwisselen. Een ieder die beschikt over de publieke sleutel kan berichten versleutelen en versturen naar de houder van de privé sleutel. Een met de publieke sleutel versleuteld bericht kan alleen met de privé sleutel worden ontsleuteld. Public-key cryptografie kan zo de confidentialiteit waarborgen. Daarnaast bieden sommige toepassingen van public-key cryptografie de mogelijkheid te voorzien in het vereiste van authenticiteit. De verzender van een bericht kan namelijk het bericht versleutelen met zijn privé sleutel. De ontvanger kan het bericht vervolgens ontsleutelen met de publieke sleutel van de verzender. Hiermee wordt geen confidentialiteit gewaarborgd omdat de publieke sleutel immers openbaar is gemaakt. In de authenticiteit wordt echter wel voorzien, alleen de houder van de privé sleutel kan immers het bericht versleutelen dat vervolgens enkel met de publieke sleutel kan worden ontsleuteld.⁶⁴ Cryptografie biedt voorts de mogelijkheid van wat vaak wordt aangeduid als de *digitale handtekening*. De digitale handtekening is een computerbestandje dat wordt meegezonden met een plain text-bericht. De inhoud van het computerbestandje wordt berekend aan de hand van een cryptografisch algoritme in combinatie de privé sleutel van de verzender en de inhoud van het bericht. De ontvanger kan nu aan de hand van de publieke sleutel van de verzender en het meegezonden databestandje, de digitale handtekening, controleren of het bericht is gewijzigd. Aldus kan de integriteit worden vastgesteld. Bovendien kan de authenticiteit worden gewaarborgd indien voldoende vaststaat dat inderdaad enkel de verzender beschikt over de privé sleutel.⁶⁵

Cryptografie kan er echter ook specifiek toe dienen een betrouwbaar elektronisch berichtenverkeer te waarborgen. Daartoe dient voldaan te zijn aan vier voorwaarden. In de eerste plaats betreft het *authenticiteit*, dat wil zeggen dat de herkomst van een bericht kan worden vastgesteld. In de tweede plaats moet er sprake zijn van *integriteit*, wat inhoudt dat de inhoud van een

64 Zie voor een inleidende beschrijving van cryptografische technieken en toepassingen Ford & Baum 2001, p. 93-140.

65 Ford & Baum 2001, p. 101-113; Dumortier & Van den Eynde 2001, p. 186.

bericht tijdens transport onveranderd dient te blijven. Ten derde dient er sprake te zijn van *confidentialiteit*; derde moeten geen inhoud kunnen nemen van de inhoud van het bericht. Ten vierde moet er sprake zijn van *niet-weerlegbaarheid*. Hiermee wordt bedoeld dat een verzender of geadresseerde niet onterecht kan ontkennen een bericht niet verzonden respectievelijk ontvangen te hebben. Cryptografische toepassingen dienen ertoe specifiek deze voorwaarden te waarborgen.⁶⁶

Wat opvalt is dat er een grote reeks aan verschillende toepassingen, of 'elektronische handtekeningen', bestaat waarover de vraag rijst of daarmee aan een vormvereiste van ondertekening voldaan kan worden.

11.2 DE FUNCTIONELE EQUIVALENTIEBENADERING

Een veel gebruikte methode om met elektronische berichten in relatie tot vormvereisten om te gaan is de functionele equivalentie-benadering. Deze methode wordt gebruikt om na te gaan of met behulp van een elektronisch bericht aan een vormvereiste voldaan kan worden én om nieuwe wettelijke bepalingen op te stellen. De functionele equivalentie-benadering is toonaangevend geworden dankzij de toepassing ervan door de UNCITRAL bij het opstellen van de Model Law on Electronic Commerce. Voor een omschrijving van deze benadering kan dan ook in eerste instantie bij de Model Law te rade worden gegaan.

Het uitgangspunt van de Model Law is dat juridische vereisten die het gebruik van 'paper-based' documentatie voorschrijven het voornaamste obstakel vormen voor het tot ontwikkeling komen van moderne communicatiemiddelen. Eén van de doelstellingen van de Model Law is om nationale wetgevers in staat te stellen om hun wetgeving aan te passen zonder dat zij hun 'paper-based' vormvereisten en de juridische begrippen die daaraan ten grondslag liggen structureel hoeven te herzien.⁶⁷ Boss karakteriseert de benadering van de Model Law daarom als minimalistisch.⁶⁸ In de Model Law staat de functionele equivalentiebenadering centraal. De toelichting op de Model Law beschrijft deze benadering als volgt:

'(...) a new approach (...) which is based on an analysis of the purposes and functions of the traditional paper-based requirement with a view to determining how those purposes or functions could be fulfilled through electronic-commerce techniques.'⁶⁹

66 Ford & Baum 2001, p. 94-180, 333-383.

67 UNCITRAL Model Law, paragraaf 15.

68 Boss 2001, p. 288.

69 UNCITRAL Model Law, paragraaf 16.

Op het eerste gezicht lijkt de functionele equivalentiebenadering op een methode waarbij wordt nagegaan of op een elektronische manier recht kan worden gedaan aan de doelstellingen en functies – met andere woorden: de ratio's – die ten grondslag liggen aan vormvereisten. Er wordt immers gesproken van “purposes and functions (...) of the traditional paper-based requirement”. De ratio's achter vormvereisten zijn eerder in dit hoofdstuk al even kort genoemd. Het gaat om bescherming tegen overijling, bescherming tegen overwicht en rechtszekerheid. Deze eerste indruk dringt zich ook op aan de hand van sommige auteurs. Zo spreekt Boss van de “underlying objectives or functions” van vormvoorschriften⁷⁰, Gregory van de “essential policy functions”⁷¹. De toelichting bij de Model Law vervolgt echter met een opsomming van functies van een papieren document: ervoor zorgen dat document leesbaar is voor een ieder; ervoor zorgen dat een document ongewijzigd blijft; het mogelijk maken dat een document gereproduceerd kan worden zodat elke partij over een kopie van dezelfde gegevens kan beschikken; het mogelijk maken dat authenticiteit van gegevens vastgesteld kan worden door middel van een handtekening.⁷² Deze functies hebben betrekking op de eigenschappen van papieren documenten, niet op de ratio's die ten grondslag liggen aan vormvoorschriften. Bij nadere beschouwing gaat het dus kennelijk niet alleen om de ratio's maar ook om andere doelstellingen en functies rondom vormvereisten. In dit verband kan worden gewezen op het onderzoek van Huydecoper en Van Esch. Zij onderscheiden met betrekking tot geschriften en handgeschreven handtekeningen tussen eigenschappen, functies, redenen voor de wetgever om een geschrift dan wel handtekening te eisen, en, tot slot, redenen voor partijen om een geschrift dan wel een handtekening te gebruiken.⁷³

Volgens Huydecoper en Van Esch bezit *papier* de volgende eigenschappen waardoor het zo geschikt is voor het vastleggen van verklaringen: papier is volgens hen duurzaam, goedkoop, fraudebestendig, direct waarneembaar, transporteerbaar, flexibel en eenvoudig in het gebruik en, tot slot, origineel. Het geschrift heeft de volgende functies: de bescherming van de zwakkere partij tegen zichzelf en tegen de wederpartij, het bekend maken van afspraken aan derden, het voorkomen van fraude, het dienen als bewijsmiddel en het vaststellen van het tijdstip waarop rechtsgevolgen intreden. De redenen waarom de wetgever soms een geschrift eist, zijn volgens Huydecoper en Van Esch het beschermen van partijen tegen overijling, tegen sterkere wederpartijen en tegen fraude. Bovendien dienen schriftelijkheidseisen ter bevordering van de rechtszekerheid. Partijen maken gebruik van geschriften om te voldoen aan een vormvereiste, om een executoriale titel te scheppen, om een origineel in handen te hebben (in verband met de dwingende bewijskracht van de oor-

70 Boss 2001, p. 291.

71 Gregory 2001, p. 454.

72 UNCITRAL Model Law, paragraaf 16.

73 Huydecoper & Van Esch 1997.

spronkelijke akte), om in geval van simulatie jegens derden een bepaalde schijn op te wekken, uit gewoonte, om de bewijspositie te versterken en, tot slot, om een eenvoudige overdracht van rechten en plichten te bewerkstelligen.⁷⁴

Volgens Huydecoper en Van Esch vertoont de *handgeschreven handtekening* de volgende eigenschappen. Een handtekening is volgens hen eenvoudig in het gebruik, net zo duurzaam als het geschrift waarop zij gesteld is, direct waarneembaar en persoonsgebonden. De functies van de handtekening zijn identificatie, authenticatie, wilsuiting, autorisatie, *non repudiation of origin*, *non repudiation of receipt*, het te kennen geven kennis te hebben genomen van de inhoud, integriteit en compleetheid, originaliteit, bescherming tegen overijling. De wetgever heeft de volgende redenen gehad om een handtekening te eisen: het zorgen voor adequaat bewijs, originaliteit en bescherming tegen overijling. Partijen gebruiken een handtekening om te voldoen aan een vormvereiste en om een originele onderhandse akte tot stand te brengen.⁷⁵

Hieruit valt af te leiden dat de functionele equivalentiebenadering meer omvat dan slechts het redeneren vanuit de ratio van een vormvereiste. Het gaat kennelijk om de meer omvattende vraag *naar wat de functie is van het geschrift en de handgeschreven handtekening in het maatschappelijk verkeer en hoe op elektronische wijze die functie vervuld kan worden*. Deze meer omvattende vraag is ruimer dan beschrijving die de UNCITRAL Model Law geeft voor de functionele equivalentie-benadering. Blijkens de UNCITRAL-omschrijving zou het immers gaan om de functies van *vormvereisten*. Uiteindelijk behandelen onder meer Huydecoper en Van Esch echter ook de functies en eigenschappen van *papier* en van de *handtekening* op zich.

Om na te gaan wat binnen de functionele equivalentie-benadering de verhouding is tussen de ratio van een vormvereist en de functie van een geschrift of een ondertekening, kan worden gewezen op de functionele equivalentie-analyse die Van Esch in zijn proefschrift heeft uitgevoerd. Van Esch is van mening dat onder omstandigheden een elektronische registratie van een EDI-bericht aan een schriftelijkheidsvereiste kan voldoen. Daartoe zal moeten worden vastgesteld (a) wat het doel is dat de wetgever voor ogen stond bij het voorschrijven van het vormvereisten en (b) wat de functies zijn van het geschrift die de verwezenlijking van dit doel waarborgen. Indien de elektronische registratie alle omstandigheden in aanmerking genomen dezelfde functies vervult als het geschrift en daarmee het doel van de wetgever kan worden verwezenlijkt, is volgens Van Esch een gelijkstelling op zijn plaats. Hij noemt als doelstelling van de wetgeving het waarborgen van de rechtszekerheid in het belang van de contractspartijen of in het belang van derden. De functies van het geschrift waarmee de rechtszekerheid bevorderd kan worden zijn volgens hem het voorkomen van fraude en het mogelijk maken van raadpleging waardoor er een aanvaardbare mate van zekerheid verschaft kan worden

74 Huydecoper & Van Esch 1997, p. 79-89.

75 Huydecoper & Van Esch 1997, p. 118-126.

over (a) het bestaan van een bepaalde (rechts)handeling, (b) de inhoud van de betreffende (rechts)handeling en (c) het tijdstip waarop die (rechts)handeling verricht is. Daarnaast heeft het geschrift bovendien de functie van bewijsmiddel waarmee voormelde feiten bewezen kunnen worden.⁷⁶

Terug naar de UNCITRAL Model Law. Volgens de UNCITRAL kunnen elektronische berichten met betrekking tot de in de Model Law geïnventariseerde functies dezelfde mate van zekerheid als papier vertonen. Elektronische berichten kunnen in de meeste gevallen een hogere mate van betrouwbaarheid en snelheid bieden, in het bijzonder met betrekking tot de identificatie van de bron en de inhoud van de gegevens.⁷⁷ Er mag geen onderscheid worden gemaakt ten aanzien van het elektronische bericht op grond van het feit dat het bericht elektronisch is en niet in op papier is vastgelegd. Dit wordt het *non-discriminatiebeginsel* genoemd. Uit dit beginsel volgt ook dat aan elektronische berichten geen zwaardere eisen gesteld mogen worden dan aan niet-elektronische berichten.⁷⁸

Het is niet de bedoeling van de Model Law om met de functionele equivalentie-benadering elektronische varianten van vormvereisten te formuleren. In plaats daarvan worden de functies van 'papieren vormvereisten' onderscheiden, met als doel criteria te verschaffen die, op het moment dat aan hen is voldaan, aan elektronische berichten "dezelfde mate van juridische erkenning" geven als papieren documenten die dezelfde functie vervullen.⁷⁹ Het resultaat van deze methode is een regel die is gekoppeld aan een reeds bestaand vormvereiste. Voorbeelden worden uiteraard geleverd door de Model Law zelf. De functionele equivalentie-theorie heeft in de UNCITRAL Model Law geleid tot onder meer de artikelen 6 en 7. Deze artikelen hebben betrekking op de termen geschrift ("writing") en handtekening ("signature").⁸⁰ De formulering van deze artikelen is vergelijkbaar; er wordt gesteld dat indien het recht ("the law") een vereiste van schriftelijkheid, ondertekening of originaliteit stelt, aan dat vereiste is voldaan indien aan een aantal vervangende vereisten wordt voldaan. Deze vervangende vereisten beogen te waarborgen dat de elektronische informatie dezelfde functie(s) vertoont als een papieren geschrift of fysieke handtekening.⁸¹

76 Van Esch 1999a, p. 187.

77 UNCITRAL Model Law, paragraaf 16.

78 UNCITRAL Model Law, paragraaf 15-18; Boss 2001, p. 291.

79 UNCITRAL Model Law, paragraaf 18.

80 UNCITRAL Model Law, paragraaf 18.

81 De tekst van de artikelen is overigens zonder nadere discussie letterlijk overgenomen in het voorstel voor de verdrag inzake elektronisch contracteren van de UNCITRAL, zie artikel 9 van het voorstel, opgenomen in: UNCITRAL Working Group IV (Electronic Commerce), Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention. Note by the secretariat, A/CN.9/WG.IV/WP.110, New York 18 mei 2004.

11.2.1 Artikel 6 UNCITRAL Model Law – Geschrift

Artikel 6 lid 1 stelt met betrekking tot schriftelijkheid:

‘Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.’

Volgens de toelichting op artikel 6 is schriftelijkheid het laagste niveau in de hiërarchie van vormvereisten. Hoger op de hiërarchie staat bijvoorbeeld het ondertekende geschrift.⁸² Een geschrift heeft weliswaar veel verschillende functies⁸³, maar vanwege het niveau van het geschrift in de ‘hiërarchie’ is het volgens de UNCITRAL niet nodig om in artikel 6 alle mogelijke functies van het geschrift te verwerken. Daarom is in artikel 6 alleen de meest basale functie van het geschrift vervat, namelijk dat “informatie wordt gereproduceerd en wordt gelezen”.⁸⁴ Vrij vertaald bepaalt artikel 6 dat een databericht aan een schriftelijkheidseis voldoet indien de informatie daarin toegankelijk is zodat het bruikbaar is voor latere raadpleging.

De term “toegankelijk” brengt volgens de toelichting mee dat de informatie leesbaar en begrijpelijk is en dat er eventueel software beschikbaar dient te zijn om de informatie leesbaar te maken. “Bruikbaar” betekent dat niet alleen mensen, maar ook computers de informatie kunnen gebruiken. Voor de termen “latere raadpleging” is gekozen omdat termen als “duurzaamheid” en “niet voor wijziging vatbaar” te streng en ongenuanceerd werden bevonden. Aan de andere kant vonden de opstellers van de Model Law termen als “leesbaar” of “begrijpelijk” te subjectief.⁸⁵

11.2.2 Artikel 7 UNCITRAL Model Law – Handtekening

Met betrekking tot de handtekening stelt artikel 7 lid 1:

‘Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if:
a method is used to identify that person and to indicate that person’s approval of the information contained in the data message; and
that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.’

82 UNCITRAL Model Law, paragraaf 49.

83 UNCITRAL Model Law, paragraaf 48.

84 UNCITRAL Model Law, paragraaf 49 en 50.

85 UNCITRAL Model Law, paragraaf 50.

Hier worden aldus twee vervangende vereisten voor het vereiste van een handgeschreven handtekening geformuleerd: (a) er moet een methode gebruikt worden om de persoon (degene die elektronisch tekent) te identificeren en die aantoont dat de persoon de betreffende informatie goedkeurt; en (b) de gebruikte methode moet zo betrouwbaar zijn als toepasselijk is voor het doel waarvoor de informatie is gegenereerd of gecommuniceerd, gezien alle omstandigheden, inclusief elke relevante overeenkomst.

11.2.3 De Nederlandse wetgever en de functionele equivalentiebenadering

De Nederlandse wetgever bedient zich eveneens van de functionele equivalentiebenadering. Dat blijkt uit de Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg⁸⁶ (Nota WES) en uit het hierna te behandelen artikel 6:227a BW. Het Nederlandse kabinet stelt in de Nota WES dat de bestaande wettelijke regeling van het contractenrecht zonder veel problemen kan worden toegepast in een elektronische omgeving.⁸⁷ Er wordt wel op gewezen dat wettelijke vormvereisten een belemmering zullen opleveren voor het elektronisch rechtsverkeer. Ondanks de vaststelling dat de bestaande wettelijke regeling van het contractenrecht zonder veel problemen kan worden toegepast in een elektronische omgeving, geeft het kabinet aan dat zijn ambitie verder reikt dan slechts het wegnemen van belemmeringen. Het elektronisch rechtsverkeer zou gestimuleerd kunnen worden door middel van algemene bepalingen in het algemeen deel van het Burgerlijk Wetboek. Er wordt gesproken van bepalingen die vergelijkbaar zouden moeten zijn met onder meer de bepalingen over de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid. Wat deze bepalingen zouden moeten inhouden wordt echter niet nader toegelicht. Het is daarom niet duidelijk op wat voor bepalingen wordt gedoeld. Vervolgens wijst de Nota WES in dit verband op de UNCITRAL Model Law en de functionele equivalentietheorie.⁸⁸ Naar mijn mening ligt een beroep op de Model Law en de functionele equivalentietheorie hier niet voor de hand. Het uitgangspunt van de UNCITRAL Model Law is immers nu juist dat nationale rechtsstelsels belemmeringen bevatten voor het uitwisselen van elektronische berichten, en daarmee voor de elektronische handel. Een verdergaande ambitie is bij de UNCITRAL Model Law niet waar te nemen. Voor het wegnemen van belemmeringen in de vorm van vormvereisten lijkt het aldus opportuun om aan te knopen bij de Model Law. Bij het formuleren van algemene bepalingen die vergelijkbaar zouden moeten zijn met de bepalingen over de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid, heeft de Model Law echter niets te bieden. Waarom op dit punt bij de Model Law zou moeten worden aangeknoopt is daarom niet duidelijk.

86 *Kamerstukken II 1997-1998*, 24 036, nr. 84.

87 *Kamerstukken II 1997-1998*, 24 036, nr. 84, p. 59-65.

88 *Kamerstukken II 1997-1998*, 24 036, nr. 84, p. 63.

11.2.4 De Commissie Huls

De functionele equivalentie benadering heeft onder meer navolging gevonden in het rapport Huls.⁸⁹ De opdracht aan de commissie Huls hield in na te gaan of vormvereisten die gelden voor rechtshandelingen een belemmering vormen voor het verrichten van rechtshandelingen langs elektronische weg. Er diende daarbij ook bezien te worden of de toen geldende vormvereisten nog nodig waren en, zo dat het geval mocht zijn, of er gelijkwaardige elektronische alternatieven zijn voor de bestaande vormvereisten. De commissie Huls diende hierbij onder meer te kijken naar de arbeidsovereenkomst en de notariële transportakte. De commissie past hierbij, met verwijzing naar de UNCITRAL Model Law, de functionele equivalentie benadering toe. Deze benadering wordt in het rapport omschreven als een methode “waarbij ten aanzien van elke belemmering voor het gebruik van de elektronische variant (zoals een schriftelijkheidsvereiste) moet worden geanalyseerd wat doel en functie zijn van het desbetreffende vereiste”. Op basis van deze analyse worden criteria geformuleerd die in een elektronische situatie tot dezelfde mate van zekerheid moeten leiden als in een ‘papieromgeving’.⁹⁰

Voor wat de arbeidsovereenkomst betreft heeft de commissie Huls zich gebogen over een paar gevallen waarvoor een schriftelijkheidseis geldt, namelijk het boetebeding,⁹¹ het concurrentiebeding,⁹² het loonoverzicht,⁹³ het getuigschrift⁹⁴ en het schriftelijk overleggen van een exemplaar van de arbeidsovereenkomst^{95,96}. Naast het feit dat deze verklaringen schriftelijk dienen te worden opgesteld, worden ook voorwaarden gesteld aan de *inhoud* ervan. Zo moeten bijvoorbeeld bij het boetebeding onder meer de voorschriften op overtreding waarvan de boete is gesteld en de bestemming van de boete worden vastgelegd.⁹⁷ Volgens de commissie Huls zijn in bovenstaande gevallen de volgende achterliggende redenen van belang: het bieden van rechtszekerheid, de bescherming van een zwakkere partij tegen een wederpartij, de bescherming van een zwakkere partij tegen zichzelf, publiciteit/derdenwerking (met betrekking tot het getuigschrift) en het vaststellen van het exacte tijdstip waarop rechtsgevolgen intreden (met betrekking tot het overleggen van een exemplaar van de arbeidsovereenkomst). Vervolgens zijn er voorwaarden geformuleerd waar elektronische alternatieven voor de bestaande vormvoorschriften aan moeten voldoen. Onder elektronische alternatieven worden

89 *Kamerstukken II* 1997-1998, 24 036, nr. 84, p. 62; Huls 1998.

90 Huls 1998, p. 13-14.

91 Artikel 7:650 BW.

92 Artikel 7:653 BW.

93 Artikel 7:626 BW.

94 Artikel 7:656 BW.

95 Artikel 7:654 lid 2 BW.

96 Huls 1998, p. 15-19.

97 Artikel 7:650 lid 1 en 3 BW.

onder meer verstaan het gebruik van gegevensdragers als faxberichten, diskettes, zipdisks, harde schijven, cd-roms en chipcards, al dan niet in combinatie met sommige vormen van elektronische handtekeningen.⁹⁸ Met betrekking tot een elektronische alternatief voor het vormvereiste bij het boetebeding en het concurrentiebeding worden er bijvoorbeeld drie voorwaarden geformuleerd.⁹⁹ Zo'n elektronisch alternatief zou volgens de commissie Huls in de eerste plaats "ten minste gelijkwaardig moeten zijn qua strekking en inhoud". Deze eerste voorwaarde wordt niet nader uiteengezet. De betekenis ervan is daarom nogal onduidelijk. Een elektronisch alternatief voor een schriftelijk boetebeding is bijvoorbeeld dat het boetebeding op een harde schijf wordt vastgelegd. Is de harde schijf dan 'gelijkwaardig qua strekking en inhoud' aan het papier waarop normaliter het boetebeding wordt gesteld? Het rapport Huls geeft niet aan hoe deze vraag zinvol beantwoord kan worden. Ten tweede moet het de werknemer mogelijk worden gemaakt zich te realiseren waartoe hij zich verplicht indien hij akkoord gaat met de elektronische versie van het beding. Daartoe moet er voorzien zijn in een bedenktijd. Ten derde moet het beding zodanig worden opgeslagen dat de tekst achteraf of tijdens verzending niet kan worden gewijzigd. Met betrekking tot een elektronisch alternatief voor het schriftelijkheidsvereiste voor de verplichting tot het overleggen van een schriftelijk exemplaar van de arbeidsovereenkomst worden de volgende voorwaarden genoemd.¹⁰⁰ In de eerste plaats dient de werknemer de keuze gelaten te worden of hij het exemplaar schriftelijk of op elektronische wijze ontvangt. Dit is naar mijn mening geen voorwaarde waar een elektronisch alternatief aan zou moeten voldoen maar een preliminaire vraag die dient te worden gesteld voordat het exemplaar wordt overlegd. De tweede voorwaarde is dat de overeenkomst zodanig moet worden opgeslagen dat het na het moment van sluiting niet meer gewijzigd kan worden. Ten derde moet de handtekening van de werkgever betrouwbaar zijn en als zodanig te identificeren en te controleren zijn. De commissie Huls stelt ook nog dat in het belang van de werknemer het stuk altijd geraadpleegd moet kunnen worden.

Uit bovenstaande voorbeelden wordt de werkwijze van de commissie Huls duidelijk: voor specifieke vormvereisten worden de achterliggende ratio's geanalyseerd, vervolgens wordt per vormvereiste met behulp van praktische voorwaarden gesteld hoe deze ratio's het beste gewaarborgd kunnen worden in een elektronische omgeving.

Volgens Van Esch is het rapport Huls belangrijk omdat het gebruik maakt van de functionele equivalentiebenadering, die volgens hem "de weg lijkt te zijn voor het oplossen van het probleem van wettelijke vormvereisten in een elektronische omgeving".¹⁰¹ Met Van Esch¹⁰² ben ik echter van mening dat

98 Huls 1998, p. 9-10.

99 Huls 1998, p. 15-17.

100 Huls 1998, p. 18.

101 Van Esch 1998, p. 305.

bij de conclusies en aanbevelingen van het rapport Huls kanttekeningen gezet kunnen worden. Voor wat betreft de conclusies en aanbevelingen maakt het rapport drie onderscheidingen “die zinvol lijken voor de benadering door de wetgever van het recht op de elektronische snelweg”.¹⁰³ Het eerste onderscheid betreft die tussen de bewijs- en de communicatiefunctie van het gebruikte middel. Afhankelijk van de functie van een gegevensdrager worden er verschillende eisen aan gesteld. In het geval een gegevensdrager een bewijsfunctie heeft, zal vooral de rechter voldoende vertrouwen moeten hebben in de betrouwbaarheid ervan. Wanneer een gegevensdrager een communicatiefunctie heeft, zijn het de betrokken partijen die voldoende vertrouwen moeten hebben in de betrouwbaarheid van een gegevensdrager. Van Esch stelt dat de strekking van dit onderscheid hem ontgaat. Hij vraagt zich af of voor de verschillende functies verschillende wetgevingsnormen zouden moeten gelden.¹⁰⁴ In de tweede plaats wordt er een onderscheid gemaakt tussen open en gesloten communicatienetwerken. Een gesloten netwerk kent een beperkt aantal deelnemers waarbij deze deelnemers een vaste relatie met elkaar onderhouden. Een open netwerk is voor iedereen toegankelijk. Volgens de commissie Huls kunnen in geval van een gesloten netwerk de betrokken deelnemers een overeenkomst sluiten met betrekking tot de wijze waarop elektronische berichten worden uitgewisseld en, voor zover daar wettelijk ruimte voor is, welke rechtsgevolgen uit de berichten voortvloeien. De acceptatie van elektronische documenten zal volgens de commissie daarom in een gesloten netwerk sneller plaatsvinden. Van Esch zet ook vraagtekens bij dit onderscheid omdat wettelijke vormvereisten niet contractueel aan de kant gezet kunnen worden.¹⁰⁵ Het derde onderscheid is die tussen consumenten en ondernemers. Dit onderscheid dient volgens de commissie binnen de communicatiefunctie te worden gemaakt. Er wordt gesteld dat het van belang is dat de bescherming van consumenten worden gewaarborgd. Naar aanleiding van dit onderscheid wordt voorgesteld om consumenten te voorzien van een bedenktijd, zodat zij zich realiseren waarmee ze akkoord gaan.¹⁰⁶ De erkenning van consumenten als beschermingswaardige partijen is in beginsel inderdaad relevant in het kader van een analyse van vormvereisten. Vormvereisten kunnen er immers toe dienen een zwakkere partij te beschermen. De conclusie van de commissie Huls om een bedenktijd te introduceren ligt op dit punt naar mijn mening echter niet voor de hand. Een bedenktijd staat immers los van eventuele vormvereisten die gesteld kunnen worden. Daarnaast laat de commissie in

102 Van Esch 1998.

103 Huls 1998, p. 31-33.

104 Van Esch 1998, p. 305.

105 Van Esch 1998, p. 305.

106 Inmiddels is een bedenktijd al gerealiseerd in de vorm van een recht op ontbinding in afdeling 7.1.9A BW betreffende overeenkomsten op afstand.

het midden wat de gevolgen zijn van dit onderscheid voor de juridische normen die hebben te gelden voor ondernemers.

Een volgende aanbeveling van de commissie bestaat uit een betoog betreffende de voordelen van zelfregulering. Van Esch stelt mijn inziens terecht dat het niet duidelijk is wat de relevantie is van dit betoog voor het onderhavige onderwerp.¹⁰⁷

Naast zelfregulering blijft volgens de commissie regulering door de wetgever onmisbaar. De commissie pleit op dit punt voor zogenaamde experimenteerwetgeving.¹⁰⁸ Omdat aan dit pleidooi geen gevolg is gegeven, laat ik het verder buiten beschouwing.¹⁰⁹ De commissie Huls presenteert wel een interessant toetsingskader aan de hand waarvan experimentele wetgeving opgesteld zou kunnen worden. Het toetsingskader bestaat uit een aantal "onderling samenhangende eisen waaraan (de omgeving van) het elektronisch alternatief moet voldoen". Het gaat om de volgende eisen: integriteit, controleerbaarheid/transparantie, vrijwilligheid, vertrouwelijkheid, beschikbaarheid, bescherming tegen overijling, duurzaamheid en authenticiteit.¹¹⁰ Het toetsingskader is echter niet meer terug te vinden in de latere wetgevingsvoornemens van de wetgever, met name niet bij de introductie van de artikelen 3:15a en 6:227a BW betreffende respectievelijk de elektronische handtekening en het elektronisch voldoen aan schriftelijkheidsvereisten.

11.3 Beginselen van behoorlijk ICT-gebruik

Naar mijn mening is er bij de juridische beoordeling van elektronische communicatie een ongeschreven juridische norm van toepassing. Deze norm houdt in dat elektronische communicatie voldoende betrouwbaar dient te zijn.¹¹¹ Deze norm is ook van belang bij het 'vertalen' van vormvereisten naar de elektronische situatie. De ongeschreven norm wordt ingevuld aan de hand van de *beginselen van behoorlijk IT-gebruik*.¹¹² Uit de formulering blijkt reeds de bestuursrechtelijke herkomst. In het privaatrecht kan wellicht beter worden gesproken van de beginselen van betrouwbare elektronische communicatie, al beperkt dat waarschijnlijk onterecht het toepassingsgebied van de beginselen

107 Van Esch 1998, p. 305.

108 Huls 1998, p. 34.

109 Zie ook Van Esch 1998, p. 305.

110 Huls 1998, p. 35-38.

111 In het bestuursrecht dient elektronisch verkeer op een "voldoende betrouwbare en vertrouwelijke" wijze te geschieden, zie art. 2:13 e.v. Awb.

112 H. Franken, 'Beschikken en automatiseren', in: H. Franken (red), *Beschikken en automatiseren. Preadviezen voor de vereniging van administratief recht*. VAR-reeks 110, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

tot communicatie. Hoe het ook zij, deze set van beginselen heeft geen vaste samenstelling.¹¹³ Het kan onder meer gaan om de volgende beginselen.

- Identificatie/authenticatie. Kan de identiteit van een persoon met een veeldoende mate van betrouwbaarheid worden vastgesteld?
- Authenticiteit. Dit betreft de oorsprong van een elektronisch bericht. Zijn de gegevens werkelijk van de afzender afkomstig?
- Integriteit. Dit is de zekerheid dat gegevens volledig zijn en niet onbevoegdelyk zijn gewijzigd.
- Onweerlegbaarheid. Het voorkomen dat er onterecht wordt ontkend dat een bericht is verzonden of ontvangen.
- Transparantie. Dit betreft de mogelijkheid dat wijzigingen van de gegevens achteraf kunnen worden opgespoord en inzichtelijk kunnen worden gemaakt.¹¹⁴

Het moge duidelijk zijn dat dit vergelijkbare beginselen zijn als de vereisten van het toetsingskader van de commissie Huls. Bovendien hebben deze beginselen niet alleen een juridische herkomst. Vanuit technisch oogpunt worden deze beginselen als vereisten toegepast om in een bepaalde situatie technische maatregelen te nemen om risico's te mitigeren. Met name de hierboven genoemde technische alternatieven voor de handgeschreven handtekening die in de praktijk worden gebruikt, zijn in praktijksituaties afgestemd op de met deze beginselen corresponderende risico's.¹¹⁵ Later in dit hoofdstuk kom ik terug op deze beginselen.

11.4 ARTIKEL 6:227A BW INZAKE 'ELEKTRONISCHE SCHRIFTELIJKHEID'

De wetgever heeft met artikel 6:227a BW een wettelijke mogelijkheid gerealiseerd om op elektronische wijze aan een schriftelijkheidsvereiste te voldoen. Artikel 6:227a dient ter implementatie van artikel 9 van de richtlijn inzake elektronische handel.¹¹⁶ Dit artikel 9 zal eerst kort worden besproken, waarna een behandeling van artikel 6:227a BW volgt.

Artikel 9 van de richtlijn inzake elektronische handel¹¹⁷ is van belang voor de rol van vormvereisten in verband met het gebruik van geautomatiseerde systemen. Lid 1 van het artikel stelt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat hun rechtsstelsels het sluiten van contracten langs elektronische weg mogelijk maken. Het artikel stelt vervolgens dat de lidstaten zich er met name

113 Vgl. De Memorie van Toelichting bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 14 e.v.

114 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 14 e.v. Ford & Baum 2001.

115 Ford & Baum 2001.

116 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 51.

117 Richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000 L 178/1, zie hoofdstuk 4.

van dienen te vergewissen dat de regels met betrekking tot de totstandkoming van contracten geen belemmering vormen voor het 'gebruik van langs elektronische weg gesloten contracten, noch ertoe leiden dat dergelijke contracten, omdat zij langs elektronische weg tot stand zijn gekomen, zonder rechtsgevolg blijven en niet rechtsgeldig zijn.' Lid 2 van artikel 9 noemt een aantal categorieën van overeenkomsten waarin de lidstaten deze regel niet hoeven toe te passen. Het gaat om a) contracten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten; b) contracten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van een rechtbank, autoriteit of beroepsgroep die een publieke taak uitoefent; c) contracten voor persoonlijke en zakelijke zekerheden welke gesteld worden door personen die handelen voor doeleinden buiten hun handels- of beroepsactiviteit; d) contracten die onder het familierecht of het erfrecht vallen. Volgens overweging 34 van de richtlijn dient "onderzoek van aan te passen wetgeving [...] systematisch te geschieden en moet [het] betrekking hebben op alle etappes en handelingen die voor de totstandkoming van het contract nodig zijn, inbegrepen de archivering van het contract." De richtlijn laat overigens voor lidstaten de mogelijkheid onverlet om voor overeenkomsten algemene of specifieke vereisten te laten gelden waaraan langs elektronische weg kan worden voldaan, met name eisen voor wat betreft beveiligde elektronische handtekeningen.¹¹⁸

De wetgever heeft met artikel 6:227a BW gekozen voor één overkoepelende bepaling in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling dient er uitsluitend toe ervoor te zorgen dat op elektronische wijze voldaan kan worden aan constitutieve schriftelijkheidsvereisten die gelden bij de totstandkoming van overeenkomsten.¹¹⁹ Artikel 6:227a BW stelt dat indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt, dat aan deze eis tevens is voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg is totstandgekomen en

- a. raadpleegbaar is door partijen;
- b. de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is;
- c. het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld; en
- d. de identiteit van de partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.

Uit de bovenstaande paragrafen blijkt dat de wetgever bij het opstellen van artikel 6:227a BW een belangrijke rol zag weggelegd voor de functionele equivalentiebenadering, maar – vreemd genoeg – wordt deze niet expliciet genoemd.

118 Overweging 35 van de richtlijn.

119 De Memorie van Toelichting merkt vervolgens op dat ten aanzien van overeenkomsten waarvoor geen wettelijke vormvereisten gelden "partijen vrij zijn om een afwijkende regeling te treffen". *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 52.*

De Memorie van Toelichting stelt namelijk dat vormvereisten bepaalde *waarborgen* met zich meebrengen en zodoende de rechtszekerheid bevorderen. De Memorie van Toelichting noemt vier waarborgen die het op schrift stellen van een overeenkomst met zich meebrengt: het beschermen van de betrokken partijen en het bieden van uitsluitel over wie de partijen zijn, over de inhoud van de overeenkomst en over het tijdstip van totstandkoming. De vier vereisten van artikel 6:227a BW beogen zeker te stellen dat een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst een vergelijkbare mate van zekerheid biedt als een op schrift gestelde overeenkomst.¹²⁰ De invloed van de functionele equivalentiebenadering is overduidelijk, ook al wordt er gesproken van “waarborgen” in plaats van “functies”.¹²¹ Nu blijkt dat de functionele equivalentiebenadering is toegepast, valt het te betreuren dat de wetgever voorbij is gegaan aan de in de literatuur geïnventariseerde functies van vormvereisten.¹²² De herkomst van de genoemde waarborgen is daardoor onduidelijk. Zij vertonen echter wel gelijkenis met de ratio’s die ten grondslag liggen aan vormvereisten in het algemeen, te weten het bevorderen van rechtszekerheid en het beschermen tegen overijling en overwicht. De eerste waarborg, ‘bescherming van de betrokken partijen’ – hoewel niet nader uitgelegd – zou overeen kunnen stemmen met de ratio van bescherming tegen overijling en overwicht. De drie waarborgen betreffende de identiteit van partijen, de inhoud van de overeenkomst en het moment van totstandkoming kunnen overeenstemmen met de rechtszekerheidsratio. Deze ratio houdt immers in dat vormvereisten de rechtszekerheid bevorderen omdat er bewijs wordt geleverd van de strekking van verrichtte rechtshandelingen en van het moment waarop deze rechtshandelingen zijn verricht.¹²³ Om te bewerkstelligen dat een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst een vergelijkbare mate van zekerheid biedt bevatten de vereisten b, c en d van artikel 6:227a BW *relatieve maatstaven*, namelijk de termen “in voldoende mate” en “met voldoende zekerheid”. Deze relatieve maatstaven moeten volgens de Memorie van Toelichting zodanig worden uitgelegd dat “aansluiting zal moeten worden gezocht bij het ‘papieren’ rechtsverkeer”. Is aan de maatstaven voldaan dan wordt de elektronisch tot stand gekomen overeenkomst gelijkgesteld met de schriftelijk tot stand gekomen overeenkomst. Met betrekking tot de authenticiteit, het moment van totstandkoming en de identiteit van partijen is dan “niet meer” nodig dan dat er een “gelijke mate van zekerheid” bestaat. “Met het woord ‘voldoende’ kan hier de grens op de juiste plaats worden getrokken”, aldus de Memorie van Toelichting.¹²⁴

120 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 52.

121 Zie ook Van Esch 2002, p. 431.

122 Zie uiteraard met name Huls 1998 en Huydecoper & Van Esch 1997.

123 Zie Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 79.

124 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 52-53.

De tekst van artikel 6:227a BW suggereert dat de vier vereisten cumulatief bedoeld zijn. Blijkens de Memorie van Toelichting is dit echter niet het geval. Het kan bijvoorbeeld voldoende zijn dat slechts aan twee van de vier vereisten is voldaan en dat toch de elektronische overeenkomst gelijkgesteld moet worden met de papieren overeenkomst. Doorslaggevend is dat 'alle functies die de wetgever met het stellen van de eis van schriftelijkheid beoogde te waarborgen', zijn vervuld.¹²⁵

De vervangende vereisten van artikel 6:227a BW worden in de Memorie van Toelichting als volgt uitgelegd. Raadpleegbaarheid van de overeenkomst door partijen betekent dat de overeenkomst op 'zodanige wijze [dient] te worden vastgelegd, dat de partijen in staat zijn om de inhoud daarvan ter latere kennisneming te ontsluiten en te bewaren'. Indien een partij gebruik wil maken van een bepaalde techniek kan dit vereiste meebrengen dat die partij dan gehouden is om de wederpartij over de juiste middelen te doen beschikken.¹²⁶ Een vraag die de lezer van de wettekst al meteen te binnen schiet is voor hoe lang de overeenkomst raadpleegbaar moet zijn. Ook kan de vraag gesteld worden of wellicht de ene – sterkere – partij de overeenkomst voor de andere – zwakkere – partij dient te bewaren. Dat zou bijvoorbeeld te verdedigen zijn in de relatie tussen een werkgever en een werknemer. De Memorie van Toelichting geeft geen antwoord op deze vragen.

De strekking van het tweede vereiste is dat de overeenkomst in opgeslagen staat ongewijzigd dient te blijven: er moet in voldoende mate vertrouwd kunnen op de juistheid van de inhoud van de elektronische overeenkomst. Wanneer daar sprake van is, is vanwege het relatieve criterium "in voldoende mate" mede afhankelijk van de "omstandigheden van het geval, zoals de stand van de techniek, de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van partijen".¹²⁷ Dat klinkt heel redelijk maar geeft geen nadere aanknopingspunten. Ik vraag me af welke concrete situaties de wetgever hier voor ogen heeft. Voorts zou volgens de Memorie van Toelichting de authenticiteit ook gewaarborgd kunnen worden door een elektronische handtekening te gebruiken waarmee wijzigingen van de gegevens omgespoord kunnen worden.¹²⁸

Ook voor de vraag of het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, verklaart de Memorie van Toelichting dat dit mede afhankelijk is van "alle omstandigheden van het geval, zoals de stand van de techniek, de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van partijen."¹²⁹ Ter nadere toelichting wordt aangevoerd dat indien met behulp van e-mail een overeenkomst wordt beoogd tot stand te doen komen, dat dan aan het vereiste is voldaan indien vastgesteld kan

125 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 53.

126 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 53.

127 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 53-54.

128 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 53-54.

129 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 54.

worden op welk tijdstip de aanbieder de aanvaarding ontvangen heeft, “omdat” daarmee in het normale geval het moment van totstandkoming vaststaat. Naarmate de belangen bij de overeenkomst groter zijn, mag eerder worden verwacht dat partijen deugdelijke maatregelen nemen om te waarborgen dat het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst kan worden vastgesteld. Volgens Gijrath en Kolthek is het derde vereiste onnodig en dient het te vervallen. Als argument voeren zij daartoe aan dat dit vereiste niet voortvloeit uit bestaande schriftelijkheidsvereisten. Bovendien zou dit vereiste in strijd met artikel 9 lid 1 van de richtlijn inzake elektronische handel extra eisen stellen die in een niet-elektronische omgeving niet gelden.¹³⁰ Gijrath en Kolthek suggereren hiermee dat in artikel 9 lid 1 het non-discriminatiebeginsel is opgenomen.

Met betrekking het vereiste dat de identiteit van contractspartijen met voldoende zekerheid moet kunnen worden vastgesteld, stelt de Memorie van Toelichting dat hier bijvoorbeeld aan voldaan kan worden met behulp van een elektronische handtekening.¹³¹ Er wordt helaas niet ingegaan op de vraag welke mate van betrouwbaarheid deze elektronische handtekening moet vertonen.

Algemene benadering een goede keus?

De keuze van de wetgever voor één algemene bepaling voor alle gevallen waarin een constitutief vormvereiste wordt gesteld, wordt door sommige auteurs als onwenselijk beoordeeld. Als argument daarvoor wordt aangevoerd dat de ratio voor het in de wet opnemen van schriftelijkheidsvereisten niet voor alle gevallen hetzelfde is.¹³² Zo zal bijvoorbeeld volgens van Hekesen die ratio in het ene geval de rechtszekerheid betreffen en in een ander geval de bescherming van één van de partijen. De algemene benadering van artikel 6:227a BW zou geen recht doen aan deze verschillen in ratio. Naar mijn mening is dit bezwaar om twee redenen ongegrond. Het probleem is juist – zoals Van der Klaauw-Koops terecht stelt – dat artikel 6:227a geen keuze maakt voor één of meerdere ratio's. De wetgever schuift het probleem in feit door naar de rechter.¹³³ Een gevolg hiervan is dat er pas zekerheid is over de vraag of op een bepaalde elektronische wijze via artikel 6:227a BW aan een vormvereiste voldaan kan worden, indien de rechter daarover uitsluitel heeft geboden. Contractspartijen zullen naar mijn mening geneigd zijn het zekere voor het onzekere te nemen en aan de 'papieren' schriftelijkheidseisen voldoen. Zij zullen het contracteren langs elektronische weg vanwege de nog steeds bestaande rechtsonzekerheid links laten liggen.

130 Gijrath & Kolthek 2002, p. 357.

131 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 54.

132 Zie Van Hekesen 2002, p. 259; Gijrath & Kolthek 2002, p. 359.

133 Van der Klaauw-Koops 2002, p. 138.

Duurzame drager

Gijrath en Kolthek pleiten ervoor om bij de eerste twee vereisten van artikel 6:227a BW aansluiting te zoeken bij het begrip duurzame drager van artikel 7:46c lid 2 BW. De overeenkomst zou dan op een duurzame drager verstrekt moeten worden. Om te voldoen aan het tweede vereiste – betreffende de authenticiteit van de overeenkomst – zou er naast een duurzame drager ook van een elektronische handtekening gebruik gemaakt moeten worden.¹³⁴

Beperking tot totstandkoming en ontbinding

Het Burgerlijk Wetboek bevat op diverse plaatsen schriftelijkheidsvereisten. Zoals hierboven uiteengezet is de toepasselijkheid artikel 6:227a BW echter in eerste instantie beperkt tot constitutieve schriftelijkheidsvereisten. Daarnaast bepaalt artikel 6:267 lid 1 BW dat een overeenkomst die langs elektronische weg is totstandgekomen tevens door een langs elektronische weg uitgebrachte verklaring kan worden ontbonden. Artikel 6:227a lid 1 BW wordt hierbij van overeenkomstige toepassing verklaard. Het is echter de vraag waarom de ambitie van de wetgever niet verder reikt dan de constitutieve vormvereisten en de ontbinding van overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand zijn gebracht. Een ingebrekestelling dient nu nog steeds schriftelijk te geschieden.

Beperkingen van het toepassingsgebied artikel 6:227a BW

Op grond van artikel 6:227a lid 2 BW is een aantal overeenkomsten van het toepassingsgebied van lid 1 uitgezonderd. Het gaat om: 1) overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten; 2) overeenkomsten waarbij persoonlijke of zakelijke zekerheden worden verstrekt door personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf; voor zover de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich daartegen verzet. Tot slot verklaart lid 3 van artikel 6:227a BW dat lid 1 niet van toepassing is op overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent en op overeenkomsten die onder het familierecht of het erfrecht vallen. Deze beperkingen vervat in lid 2 en 3 van artikel 6:227a BW zijn bijna woordelijk overgenomen van artikel 9 lid 2 van de richtlijn inzake elektronische handel. Het belangrijkste verschil met artikel 9 lid 2 van de richtlijn is dat voor de twee categorieën genoemd in lid 2 van artikel 227a de zinsnede is toegevoegd 'voor zover de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich daartegen verzet'. Deze zinsnede is toegevoegd omdat het volgens de wetgever niet in alle gevallen onwenselijk is dat een overeenkomst langs elektronische weg totstandkomt.¹³⁵

134 Gijrath & Kolthek 2002, p. 356-357.

135 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 55.

11.5 ARTIKEL 3:15A BW INZAKE DE ELEKTRONISCHE HANDTEKENING

De wetgever heeft een regeling van de elektronische handtekening geïntroduceerd. Deze regeling is een implementatie van de Europese Richtlijn betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen¹³⁶ ('richtlijn inzake elektronische handtekeningen'). Hieronder zal eerst de Richtlijn worden besproken, waarna de Nederlandse implementatie aan de orde komt.

Het doel van de Richtlijn is onder meer bij te dragen aan de "wettelijke erkenning" van het gebruik van elektronische handtekeningen, aldus artikel 1 van de Richtlijn. De richtlijn is in beginsel niet gericht op constitutieve vormvereisten. Dit valt af te leiden uit artikel 1 van de richtlijn:

'Deze richtlijn heeft geen betrekking op aspecten die verband houden met de totstandkoming of geldigheid van contracten of andere wettelijke verbintenissen waarvoor het nationale of het Gemeenschapsrecht vormvereisten voorschrijven en laat de regels en beperkingen onverlet die het nationale of Gemeenschapsrecht voorschrijven voor het gebruik van documenten.'

De inhoud van de richtlijn bevat een soort boomstructuur van definities. De kernbepaling – en de 'wortel' van deze boomstructuur – van de richtlijn is artikel 5, getiteld 'rechtsgevolgen van elektronische handtekening'. Op grond van deze kernbepaling voldoen elektronische handtekeningen ten aanzien van gegevens in elektronische vorm 'aan alle wettelijke eisen voor een handtekening, net zoals een handgeschreven handtekening dat doet voor gegevens op een papieren drager'. Bovendien dienen elektronische handtekeningen als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures te worden toegelaten. In beide gevallen dient het dan echter wel te gaan om een *geavanceerde elektronische handtekening die is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en door een veilig middel is aangemaakt*. Vervolgens ontspruit er een groot aantal vereisten waaraan voldaan moet zijn, wil er sprake zijn van een zodanige elektronische handtekening. Deze waslijst van vereisten blijkt uit het geheel van de diverse definities en de bijlagen van de richtlijn. Op grond van artikel 2 lid 1 van de richtlijn wordt onder elektronische handtekening verstaan "elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie". Authenticatie houdt in dat bewezen kan worden dat de ondertekenaar daadwerkelijk is wie hij zegt te zijn. Authenticatie is dus bewijs van geclaimde identiteit.¹³⁷ Volgens artikel 2 lid 2 van de richtlijn is een geavanceerde elektronische handtekening een elektronische handtekening die aan de volgende eisen voldoet: a) zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden; b) zij maakt

136 Richtlijn 1999/93/EG, *PbEG* 2000 L 13/12, zie hoofdstuk 4.

137 Lodder, Dumortier & Bol 2004, p. 27. Het gaat hier niet om juridisch bewijs maar om een technisch/organisatorisch bewijs van identiteit, vgl Pitlo/Hidma/Rutgers 2004, nr. 4.

het mogelijk de ondertekenaar te identificeren; c) zij komt tot stand met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; en d) zij is op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens opgespoord kan worden. Ook al zijn deze vereisten technologie-neutraal geformuleerd, in de praktijk voldoet alleen public-key cryptografie aan deze vereisten.¹³⁸ De Richtlijn is dan ook specifiek op deze vorm van elektronische handtekening gericht. Een certificaat is “een elektronische bevestiging die gegevens voor het verifiëren van een handtekening aan een bepaalde persoon verbindt en de identiteit van die persoon bevestigt”, aldus artikel 2 lid 9 van de richtlijn. Volgens artikel 2 lid 10 van de richtlijn is een gekwalificeerd certificaat “een certificaat dat voldoet aan de eisen van bijlage en is afgegeven door een certificatie-dienstverlener die voldoet aan de eisen van bijlage II”. Een veilig middel, tot slot, is volgens artikel 2 lid 6 van de richtlijn “een middel voor het aanmaken van handtekeningen dat voldoet aan de eisen van bijlage III”. De bijlagen I, II en III van de richtlijn bevatten vervolgens wederom elk een opsomming van vereisten. Met bovenstaande opsomming van definities is de boomstructuur uiteengezet: artikel 5 kent “rechtsgevolgen” toe aan geavanceerde elektronische handtekeningen die zijn gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en door een veilig middel zijn aangemaakt. Voordat er sprake is van een zodanige elektronische handtekening moet er echter aan bovengenoemde waslijst van vereisten voldaan zijn. De enige reden om aan de waslijst van vereisten te voldoen, is immers om een elektronische handtekening die “rechtsgevolgen” te laten hebben die artikel 5 lid 1 noemt.

Naast de rechtsgevolgen die artikel 5 lid 1 toekent, bevat de richtlijn nog een vorm van juridische erkenning van elektronische handtekeningen. Volgens artikel 5 lid 2 dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid wordt ontzegd en dat zij niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures kan worden geweigerd louter op grond van het feit dat: 1) de handtekening in elektronische vorm is gesteld; of 2) niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat; of 3) niet is gebaseerd op een door een geaccrediteerd certificatie-dienstverlener afgegeven certificaat; of 4) niet met een veilig middel is aangemaakt.

De definitie van de elektronische handtekening is overigens nogal ruim. Dumortier en Van der Eynde wijzen er op dat zij alle technieken omvat aan de hand waarvan in een elektronische omgeving de identiteit van betrokkenen kan worden geverifieerd.¹³⁹ Een wachtwoord of een pincode is volgens deze omschrijving ook een elektronische handtekening. Zelfs een naam onder een e-mailbericht is als elektronische handtekening aan te merken.¹⁴⁰ Bij de geavanceerde elektronische handtekening en de geavanceerde elektronische handteke-

138 Dumortier 2002, p. 42.

139 Dumortier & Van den Eynde 2001, p. 185.

140 Dumortier 2002, p. 42.

ning die is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en die door een veilig middel is aangemaakt, is dat uiteraard niet het geval.

De Nederlandse wetgever heeft de richtlijn inzake elektronische handtekeningen geïmplementeerd met de Wet elektronische handtekeningen.¹⁴¹ De kernbepaling, de ‘wortel’ van de Nederlandse implementatie, is artikel 3:15a lid 1 BW. Dit artikel bevat een gelijkstellingsbepaling:

‘een elektronische handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval.’

Onderdeel van de gelijkstellingsbepaling is dus wat ik korthedshalve de betrouwbaarheidstoets noem. Op grond van lid 2 van artikel 3:15a BW wordt een methode voor authenticatie vermoed voldoende betrouwbaar te zijn indien voldaan is aan de vereisten die zich via de boomstructuur ontspruiten. Op twee aspecten van de gelijkstellingsbepaling is het een en ander af te dingen. In de eerste plaats betreft dit de wijze van gelijkstelling: een elektronische handtekening heeft “dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening”. Er is geen algemene regeling van ‘de handgeschreven handtekening’, dus het is de vraag op welke rechtsgevolgen wordt gedoeld. Ter beantwoording van een vraag met die strekking van de Eerste Kamer-commissie voor justitie stelde de Minister dat het gaat om een gelijkstelling

‘die uit de aard der zaak alleen daar consequenties heeft waar het al of niet gezet zijn van een handtekening tot verschillende rechtsgevolgen leidt. Indien een handtekening vereist is om een bepaald rechtsgevolg te bewerkstelligen (bijvoorbeeld het sluiten van een koopovereenkomst, het sluiten van een huurovereenkomst of de ondertekening van een bepaalde wilsverklaring) kan hieraan zowel door een handgeschreven als een elektronische handtekening worden voldaan.’¹⁴²

Van Es heeft er reeds op gewezen dat de genoemde voorbeelden van koop en huur niet overeenstemmen met het beginsel van consensualisme:¹⁴³ overeenkomsten komen in beginsel tot stand door wilsovereenstemming alléén.¹⁴⁴ Daarom is überhaupt geen handtekening vereist, elektronisch of anderszins. Slechts in specifieke gevallen worden bij de totstandkoming van overeenkomsten vormvereisten gesteld.¹⁴⁵ Als er al een handtekening wordt geëist, dan vloeit dat voort uit het feit dat er een *akte* wordt geëist. Aan het vereiste van ondertekening van de akte zou op grond van artikel 3:15a lid 1 BW voldaan

141 Wet van 8 mei 2003 (Wet elektronische handtekeningen), *Stb.* 2003, 199.

142 *Kamerstukken I* 2002/03, 27 743, nr. 35, p. 10.

143 Van Es 2002, p. 857.

144 Artikel 3:37 lid 1 BW; Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 272.

145 Zie paragraaf 11.1.3.

kunnen worden met een elektronische handtekening. Aan de eis dat een akte een geschrift is, zou voldaan kunnen worden met artikel 6:227a lid 1 BW.¹⁴⁶ Op grond van artikel 6:227a lid 1 BW kan namelijk op elektronische wijze voldaan worden aan eisen van schriftelijkheid. Het artikel formuleert daartoe vervangende eisen. Artikel 6:227a lid 1 BW bepaalt – kort gezegd – dat indien aan de vervangende eisen voldaan is, dat daarmee aan het vereiste van schriftelijkheid voldaan is. Wederom ter beantwoording van vragen van de Eerste Kamer-commissie voor justitie stelt de Minister dat

‘binnen de grenzen van de artikelen 3:15a en 6:227a BW inderdaad voldaan zal kunnen worden aan de voor een akte gestelde eisen van ondertekening en schriftelijkheid (...).’¹⁴⁷

In de tweede plaats is er kritiek uit te oefenen op het betrouwbaarheids criterium: een methode voor authenticatie wordt vermoed voldoende betrouwbaar te zijn indien aan de vereisten van de waslijst is voldaan. Óf een methode voldoende betrouwbaar is, dient te worden beoordeeld naar het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en naar alle overige omstandigheden van het geval. Dit betrouwbaarheids criterium, in combinatie met de ruime definitie van de elektronische handtekening, leidt ertoe dat er een grote mate van rechtsonzekerheid zal blijven bestaan. Dit ondanks de doelstelling van de Wet om juist rechtszekerheid te bieden.¹⁴⁸

Definitie van de elektronische handtekening

De definitie van de elektronische handtekening is uit de richtlijn overgenomen in artikel 3:15a lid 4 BW:

‘Onder elektronische handtekening wordt een handtekening verstaan die bestaat uit elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie.’

Onder “logisch geassocieerd” verstaat de wetgever dat de elektronische gegevens en de andere elektronische gegevens zodanige elektronische toegangskennmerken bevatten, dat de computer die deze kenmerken vergelijkt, vaststelt dat zij bij elkaar horen.¹⁴⁹

Het Burgerlijk Wetboek bevat geen definitie van de geavanceerde elektronische handtekening of de gekwalificeerde elektronische handtekening. De

146 Dit artikel is onderdeel van het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel, *Kamerstukken II* 2001/02 -2002/03, 28 197 (wetsvoorstel aanpassingswet Richtlijn inzake elektronische handel).

147 *Kamerstukken I* 2002/03, 27 743, nr. 35, p. 10.

148 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 743, nr. 3, p. 1.

149 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 743. Nr. 3, p. 16.

eigenschappen die deze beide handtekeningen vertonen zijn daarentegen terug te vinden in een bepaling die de rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen bepaalt. De kernbepaling op dit punt is artikel 3:15a lid 1, dat stelt:

‘Een elektronische handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval.’

Onderdelen van de uit de richtlijn afkomstige definitie van de geavanceerde elektronische handtekeningen en vereisten voor de gekwalificeerde elektronische handtekening zijn vervolgens terug te vinden in een wettelijk vermoeden. Artikel 15a lid 2 BW stelt daartoe dat een gebruikte methode voor authenticatie vermoed wordt voldoende betrouwbaar te zijn, indien de elektronische handtekeningen aan de volgende eisen voldoet:

- a. zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden;
- b. zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren;
- c. zij komt tot stand met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; en
- d. zij is op zodanige wijze aan het elektronisch bestand waarop zij betrekking heeft verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord;
- e. zij is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel gg Telecommunicatiewet.’

11.6 WETSVORSTEL ELEKTRONISCHE AKTE

Hierboven is al de vraag opgeworpen of er met behulp van de artikelen 6:227a BW en 3:15a BW op elektronische wijze een onderhandse elektronische akte kan worden geproduceerd. Er is al op gewezen dat in de parlementaire geschiedenis dit “binnen de grenzen van” die wetsartikelen mogelijk zou zijn. Het is dan uiteraard de vraag wat de strekking is van de zinsnede “binnen de grenzen van”.

Hoe dit ook zij, op het moment van schrijven is er een wetsvoorstel aanhangig dat een meer expliciete basis wenst te bieden voor de elektronische akte.¹⁵⁰ Het wetsvoorstel beoogt een nieuw artikel 156a Rv te introduceren. Volgens dit wetsartikel kan een onderhandse akte “op andere wijze dan bij geschrift” worden opgemaakt, indien:

- de akte op zodanige wijze wordt opgemaakt dat het degene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert, in staat stelt om de inhoud van de akte op te slaan;

150 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 358, nr. 1-18, *Kamerstukken I 2009/10*, 31 358, nr. A-D.

- op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen;
- en die een ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt.

Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel is de bovenstaande omschrijving ontleend aan het begrip “duurzame drager” zoals gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht.¹⁵¹ In hoofdstuk 5 hebben we gezien dat de duurzame drager oorspronkelijk afkomstig is uit de Richtlijn inzake de overeenkomst op afstand. Voorts komt het begrip voor in de Richtlijn inzake de verkoop op afstand van financiële diensten.¹⁵²

Ik vind het met name opvallend dat de wetgever ervoor kiest om de eisen van schriftelijkheid en ondertekening afzonderlijk te vertalen naar de elektronische situatie. Het wetsvoorstel introduceert geen algemene norm voor een elektronische akte, maar introduceert een mogelijkheid om op elektronische wijze aan het vereiste van schriftelijkheid te voldoen. Voor het vereiste van ondertekening moet gebruik worden gemaakt van artikel 3:15a BW. Dit is in lijn met de functionele equivalentiebenadering.

11.7 VORMVEREISTEN NAAR DUIJS RECHT

De Duitse wetgever heeft gekozen voor een meer integrale behandeling van de vormvereisten in het BGB. Zoals naar Nederlands contractenrecht wordt gesproken van het beginsel van consensualisme, gaat het Duitse recht uit van de *Grundsatz der Formfreiheit*. Dat houdt in dat *Rechtsgeschäfte* in beginsel vormvrij verricht kunnen worden. Als uitzondering op dit uitgangspunt worden in sommige gevallen vormvereisten gesteld.¹⁵³ Anders dan het Burgerlijk Wetboek formuleert het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vóóraf in het *Allgemeiner Teil* de verschillende vormen. De Duitse wetgever heeft hierbij rekening gehouden met het gebruik van geautomatiseerde systemen. Hiertoe kent het BGB de *elektronische Form* en de *Textform*.¹⁵⁴ Uit de hierna volgende inventarisatie blijkt dat het BGB uitgaat van vier vormen die als constitutief vormvereiste kunnen worden gesteld. Het gaat om *schriftliche Form*, *elektronische Form*,

151 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 358, nr. 3, p. 4-5.

152 Richtlijn 2002/65/EG.

153 Von Staudinger/Dilcher 1980, p. 125; Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 125 Rn. 1; Larenz/Wolf 1997, § 27.

154 ‘Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften and der modernen Rechtsgeschäftsverkehr’, *BGBI.* I, p. 1542 (in werking getreden per 1 augustus 2001). Zie ook J.M. Smits, ‘De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking’, *NTBR* 2002/8, p. 378.

Textform, en *Notarielle Beurkundung*.¹⁵⁵ In deze paragraaf zal achtereenvolgens aan de orde komen hoe het niet voldoen aan een vormvereiste gesanctioneerd wordt, wat de ratio's achter vormvereisten inhouden, wat verstaan moet worden onder de constitutieve vormvereisten die het BGB kent en de gevallen waarin het BGB een constitutief vormvereiste stelt. Tot slot worden enige vergelijkende conclusies met het Nederlandse recht getrokken.

11.7.1 Gevolgen van vormverzuim

Mocht er in een voorkomend geval een vormvereiste worden gesteld, dan regelt § 125 BGB de gevolgen van het niet voldoen aan een vormvereiste. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen vormvereisten die worden gesteld door de wet en vormvereisten die worden gesteld door *Rechtsgeschäft*. Indien niet wordt voldaan aan een wettelijk vormvereiste dan is het *Rechtsgeschäft* nietig. Op de nietigheid kan een ieder zich beroepen.¹⁵⁶ In geval van het *Gesellschaftsvertrag* en het *Arbeitsvertrag* heeft de nietigheid slechts werking *ex nunc*.¹⁵⁷ Indien zich een uitzondering op de nietigheidssanctie voordoet, dan blijkt dit uit de bepaling die het betreffende vormvereiste stelt.¹⁵⁸ Zo stelt § 550 BGB dat de huur van woonruimte voor een bepaalde duur, langer dan een jaar schriftelijk dient te worden gesloten, anders geldt de overeenkomst als een voor onbepaalde tijd.¹⁵⁹ Ook kan een vormgebrek gezuiverd worden indien de overeenkomst reeds is nagekomen (*Heilung*). Het BGB geeft expliciet aan wanneer de mogelijkheid van zuivering zich voordoet.¹⁶⁰ Voorts kan een uitzondering op de nietigheidssanctie zich voordoen op grond van *Treu und Glauben*. Het uitgangspunt is in eerste instantie weliswaar dat wettelijke vormvoorschriften op grond van de rechtszekerheid niet slechts uit billijkheidsoverwegingen ter zijde kunnen worden gesteld.¹⁶¹ In uitzonderingsgevallen wordt het echter onverenigbaar geacht met *Treu und Glauben* indien een *Rechtsgeschäft* vanwege een vormgebrek zou falen. Het in de rechtspraak daartoe ontwikkelde criterium houdt in dat "daß Ergeben für die betroffene Partei nicht bloß hart, sonder slechthin untragbar muß sein".¹⁶² De Duitse sanctionering van het niet voldoen aan wettelijke vormvereisten biedt al met al meer rechtszekerheid dan het Nederlandse criterium van 'nietigheid, tenzij anders uit de wet voortvloeit'. De tenzij-formule brengt immers mee dat vaak per geval beoordeeld dient te worden wat de toepasselijke sanctie is, nietigheid

155 Respectievelijk §§ 126, 126a, 126b en 128 BGB.

156 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 125 Rn. 28.

157 Palandt/Bassenge e.a. 2002, § 125 Rn. 10.

158 Von Staudinger/Dilcher 1980, § 125 Rn. 30.

159 Twee andere uitzonderingen zijn vervat in §§ 585 a en 1154.

160 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 125 Rn. 11.

161 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 125 Rn. 16.

162 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 125 Rn. 16. Zie voorts voor nadere criteria Rn. 16-27.

dan wel vernietigbaarheid, en door wie de sanctie kan worden ingeroepen.¹⁶³ Bij de Duitse aanpak wordt door het BGB expliciet voorgeschreven wat een eventuele sanctie dient te zijn.

Het niet voldoen aan een vormvereiste dat bij *Rechtsgeschäft* wordt gesteld, “hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge”, aldus § 125 tweede volzin BGB. Deze bepaling ziet alleen op constitutieve vormvereisten.¹⁶⁴ De woorden “im Zweifel” brengen mee dat wanneer partijen niet anders zijn overeengekomen, een vormgebrek nietigheid tot gevolg heeft.¹⁶⁵

11.7.2 De ratio achter vormvereisten

In de Nederlandse literatuur worden de ratio's achter vormvereisten omschreven als het bevorderen van de rechtszekerheid en het beschermen tegen overijling en overwicht.¹⁶⁶ In de Duitse literatuur wordt uitgegaan van dezelfde ratio's. Zij worden echter nader uitgewerkt in zogenaamde *Formzwecke*. De volgende *Formzwecke* worden door Heinrichs en Wolf onderscheiden. De *Warnfunktion* houdt in dat de verklarende partij wordt beschermd tegen ondoordachte of overhaaste uitingen. De *Klarstellungs-* en *Beweisfunktion* houdt in dat door een verklaring in een bepaalde vorm te vervatten, duidelijk wordt gemaakt en wordt bewezen dat en met welke inhoud het *Rechtsgeschäft* tot stand is gekomen. De *Beratungsfunktion* houdt in dat de *Notarielle Beurkundigung* naast bovenstaande functies ook ertoe dient het deskundig informeren van de betrokken partijen zeker te stellen.¹⁶⁷

11.7.3 De vormen van het BGB

Onder de vier vormen die aan het begin van dit hoofdstuk zijn genoemd, wordt het volgende begrepen. Wil er voldaan zijn aan het vereiste van *Schriftform*, dan dient er sprake te zijn van een *Urkunde* en een ondertekening (*Unterschrift*).¹⁶⁸ Het vereiste van een *Urkunde* betekent dat het betreffende *Rechtsgeschäft* in een geschrift vevat moet zijn. Het geschrift kan door contractanten of door een derde met de hand, machine of met een pc geschreven, afgedrukt of verveelvoudigd worden. Het is niet van belang uit welk materiaal de

163 Zie hoofdstuk 5.

164 Larenz/Wolf 1997, § 27, Rn. 56-57; Von Staudinger/Dilcher 1980, § 125 Rn. 33; Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 125, Rn. 12.

165 Larenz/Wolf 1997, § 27, Rn. 59.

166 Zie hoofdstuk 4.

167 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 125 Rn. 1-2c; Larenz/Wolf 1997, § 27 Rn. 5-12.

168 § 126 Abs. 1 BGB: “Is durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.”

Urkunde bestaat, als het maar in staat is duurzaam lettertekens vast te houden.¹⁶⁹ De *ondertekening* dient door de verklarende partij eigenhandig verricht te worden. Dit brengt mee dat een ondertekening in beginsel niet mag geschieden door middel van een stempel, facsimile of een ander mechanisch hulpmiddel.¹⁷⁰ Uit het feit dat de *elektronische Form* in de plaats kan treden van de *Schriftform*,¹⁷¹ wordt afgeleid dat een elektronische handtekening niet voldoet aan het vereiste van ondertekening.¹⁷¹ Bij het sluiten van een overeenkomst dient dezelfde *Urkunde* door beide partijen ondertekend te worden.¹⁷²

Indien in een specifiek geval *Schriftform* wordt voorgeschreven, dan kan zij door de *elektronische Form* vervangen worden, indien uit de wet niet anders blijkt, aldus § 126 Abs. 3 BGB.¹⁷³ Deze bepaling dient ter implementatie van artikel 9 van de Europese Richtlijn inzake elektronische handel.¹⁷⁴ De vervanging door de *elektronische Form* kan slechts dan geschieden indien contractspartijen uitdrukkelijk of naar aanleiding van zakelijk gebruik de toepassing van de *elektronische Form* goedkeuren.¹⁷⁵ De *elektronische Form* wordt omschreven in § 126a BGB.¹⁷⁶ Het belangrijkste kenmerk van de *elektronische Form* is dat het elektronische document voorzien moet worden van een gekwalificeerde elektronische handtekening in de zin van het *Signaturgesetz*.¹⁷⁷ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze bepaling berust op een redenering aan de hand van de functionele equivalentiebenadering. Aangezien de *elektronische Form* in beginsel de *Schriftform* kan vervangen, dient de *elektronische Form* de functies van de *Schriftform* in de regel te waarborgen. Vanwege de feitelijke verschillen tussen de twee vormen kan van een volledige gelijkstelling qua functies volgens de wetsgeschiedenis geen sprake zijn. Sommige functies worden beter door de *elektronische Form* gewaarborgd, andere door de *Schriftform*. De gekwalificeerde elektronische handtekening is volgens de Duitse wetgever in beginsel in staat om de functionele equivalentie te waarborgen.¹⁷⁸ Zoals bij de *Schrift-*

169 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 126 Rn. 2.

170 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 126 Rn. 7.

171 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 126 Rn. 7.

172 § 126 Abs.2 BGB: "Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet."

173 § 126 Abs. 3 BGB: "Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

174 BT-Drs 14/4987, p. 14. Zie hoofdstuk 4 voor een algemene inleiding van deze richtlijn.

175 BT-Drs 14/4987, p. 15.

176 § 126a Abs. 1 BGB: "Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen."

177 Palandt/Bassenge e.a. 2007, § 126a Rn. 3-5.

178 BT-Drs 14/4987, p. 15-16. Besproken worden de *Abschlussfunktion*, de *Perpetuierungsfunktion*, de *Identitätsfunktion*, de *Echtheitsfunktion*, de *Verifikationsfunktion*, de *Beweisfunktion* en de *Warnfunktion*.

form dezelfde *Urkunde* door beide partijen ondertekend dient te worden, dient bij de *elektronische Form* een gelijkkluidend document elektronisch ondertekend te worden.¹⁷⁹

Onder *Textform* wordt verstaan een verklaring die in een *Urkunde* is neergelegd of op een andere, voor duurzame weergave van in lettertekens geëigende wijze is afgegeven, de verklarende persoon genoemd wordt en het afsluiten van de verklaring door middel van het stellen van een naam of anderszins kenbaar wordt gemaakt.¹⁸⁰ Kenmerkend voor de *Textform* is het fixeren van een verklaring in leesbare lettertekens. Bijvoorbeeld een e-mailbericht voldoet aan het vereiste van *Textform*.¹⁸¹ De *Textform* dient tot verlichting van het rechtsverkeer omdat wordt afgezien van het eisen van een *Urkunde* – en daarmee van papier – en wordt afgezien van het eisen van een ondertekening. De *Textform* is daarom het ‘lichtste’ vormvoorschrift dat het BGB kent. Net zoals bij de *elektronische Form* beantwoordt de Duitse wetgever ook de vraag wanneer de *Textform* het meest geëigende vormvereiste is, aan de hand van de functies van vormvoorschriften. Volgens hem is de *Textform* niet geschikt voor die situaties waarin de *Warnfunktion* en de *Beweisfunktion* een belangrijke rol toekomt. In die gevallen kan de strengere *Schriftform* worden voorgeschreven. Van belang daarbij is wat de meerwaarde is van de aanwezigheid van een ondertekening. Indien een vormvoorschrift wordt gesteld om één van de betrokken partijen te informeren, heeft een ondertekening geen meerwaarde. De *Textform* kan in zulke situaties dan ook volstaan. De Duitse wetgever concludeert dat hoe meer een vormvoorschrift een *Informationsfunktion* of *Dokumentationsfunktion* heeft in verhouding tot de *Beweisfunktion* en hoe meer de *Warnfunktion* voor de verklarende partij een ondergeschikte rol speelt, des te meer komt de *Textform* voor als een geschikt vormvereiste.¹⁸²

Indien *Notariellen Beurkundung* als constitutief vormvereiste is voorgeschreven, volstaat het indien eerst het aanbod en vervolgens de aanvaarding van het aanbod door een *Notar* schriftelijk wordt vastgelegd.¹⁸³

11.7.4 Constitutieve vormvereisten in het BGB

Het BGB kent de volgende constitutieve vormvereisten. Voor de *overeenkomst waarbij één der partijen zich verplicht tot overdracht of verkrijging van onroerend goed (Vertrag über Grundstück)* is *notariellen Beurkundung* benodigd. Indien de vorm niet in acht wordt genomen, is de overeenkomst alsnog geldig wan-

179 § 126a Abs. 2 BGB.

180 § 126b BGB.

181 Palandt/Bassenge e.a. 2002, § 126b Rn. 3.

182 BT-Drs 14/4987, p. 18-19.

183 § 128 BGB.

neer overdracht en inschrijving in het *Grundbuch* plaatsvinden.¹⁸⁴ De overeenkomst waarbij één der partijen zich verplicht zijn vermogen of een deel daarvan over te dragen of een vruchtgebruik daarop te vestiging dient bij notariellen *Beurkundigung* gesloten te worden.¹⁸⁵ Ook de overeenkomst waarbij toekomstige wettelijke erven over het wettelijk erfdeel of het *Pflichtteil* van één van hen contracteren, dient te geschieden bij notariellen *Beurkundigung*.¹⁸⁶ Ingeval van *colportage* (*Haustürgeschäft*) beschikt de consument niet over het herroepingsrecht en het recht tot teruggave, indien zijn wilsverklaring bij notariellen *Beurkundigung* is vastgelegd.¹⁸⁷ De koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken (*Teilzeit-Wohnrechtverträgen*) dient schriftelijk te worden aangegaan, voor zover niet elders een strengere vorm is voorgeschreven. De *elektronische Form* is uitgesloten.¹⁸⁸ Een *consumentenkredietovereenkomst* (*Verbraucherdarlehensvertrag*) en de *koop op afbetaling* (*Teilzahlungsgeschäft*) dient schriftelijk te worden gesloten, voor zover er geen strengere vereisten gelden. Het sluiten van deze overeenkomst in de *elektronische Form* is uitgesloten.¹⁸⁹ Het *Ratenlieferungsvertrag* dient schriftelijk te worden gesloten. Deze schriftelijkheidseis komt te vervallen indien de consument de mogelijkheid wordt verschaft om de contractvoorwaarden, inclusief eventuele algemene voorwaarden, op te roepen en op zodanige wijze op te slaan dat zij later reproduceerbaar (*wiedergabefähig*) zijn. De ondernemer dient de consument de contractinhoud in *Textform* mede te delen.¹⁹⁰ *Schenking* (*Schenkung*) dient middels notariellen *Beurkundigung* overeengekomen te worden. Nakoming leidt er echter toe dat een eventueel vormverzuim wordt gezuiverd.¹⁹¹ De *verhuur van woonruimte* (*Miet von Wohnraums*) voor een langere duur dan een jaar dient schriftelijk te geschieden, anders geldt de overeenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁹² Sommige bepalingen omtrent de verhoging van de huurprijs inzake woonruimte (de zogenaamde *Staffelmiete* en de *Indexmiete*) dient schriftelijk overeen te worden gekomen.¹⁹³ De *verhuur van woonruimte voor bepaalde tijd* dient schriftelijk gesloten te worden, anders geldt de overeenkomst als voor onbepaalde tijd afgesloten.¹⁹⁴ Wordt een *pachtovereenkomst* (*Landpachtvertrag*) met een duur langer dan twee jaar niet schriftelijk gesloten, dan geldt de overeenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁹⁵ De beëindiging van een *arbeidsovereenkomst* (*Arbeitsverhältnis*) door

184 § 311b Abs. 1 BGB.

185 § 311b Abs. 2 BGB.

186 § 311b Abs. 4 BGB.

187 § 312 Abs. 3 BGB.

188 § 484 Abs. 1 BGB.

189 §§ 492 Abs.1 en 494 Abs. BGB; §§ 501 en 502 Abs. 3 BGB juncto § 492 Abs. 1 BGB.

190 § 505 Abs. 2 BGB.

191 § 518 BGB.

192 § 550 BGB.

193 §§ 557a Abs. 1 en 557b Abs. 1

194 § 575 Abs. 1 BGB.

195 § 585a BGB.

instemming of beëindigingsovereenkomst dient middels *Schriftform* te geschieden. De *elektronische Form* is uitgesloten.¹⁹⁶ De *overeenkomst waarbij wordt bemiddeld inzake consumentenkredietovereenkomsten (Darlehensvermittlungsvertrag)* dient schriftelijk gesloten te worden. Bovendien dient de *Darlehensvermittler* de contractsvoorwaarden in *Textform* aan de consument te verstrekken. Wordt niet aan de vormvereisten voldaan dan is de overeenkomst nietig.¹⁹⁷ Voor de geldigheid van een overeenkomst waarbij de verschuldigdheid van een *lijfrente* is afgesproken, is, voor zover geen andere vorm is voorgeschreven, schriftelijke mededeling van hetgeen is afgesproken vereist. Mededeling in de *elektronische Form* is uitgesloten voor zover hetgeen is afgesproken de toekenning van familierechtelijk levensonderhoud betreft.¹⁹⁸ De *borgtocht (Bürgschaft)* kan alleen geldig totstandkomen indien de borg zijn wilsuiking schriftelijk mededeelt. De *elektronische Form* is uitgesloten. Voor zover de borg de hoofdverplichting nakomt, wordt het vormverzuim gezuiverd.¹⁹⁹ Ingeval van de *schuldbekentenis* (zowel het *Schuldversprechen* als de *Schuldanerkenntnis*) is, voor zover niet een andere vorm is voorgeschreven, schriftelijke mededeling van hetgeen is overeengekomen, vereist. De *elektronische Form* is uitgesloten.²⁰⁰

11.8 SYNTHESE

Met de mogelijkheden om op elektronische wijze aan ‘papieren’ vormvereisten te voldoen, is er een onoverzichtelijk beeld ontstaan. Om naar Nederlands recht toch tot een coherente visie op het onderwerp te komen, dient naar mijn mening rekening te worden gehouden met de volgende drie aandachtspunten.

Het eerste aandachtspunt is dat de toepassing van de functionele equivalentie-benadering ertoe heeft geleid papier en de handgeschreven handtekening over hun graf heen regeren. Ook in de elektronische situatie is het kennelijk nodig om een onderscheid te maken tussen schriftelijkheid en ondertekening, en voor beiden een afzonderlijk elektronisch alternatief te verzinnen. Dit blijkt uit de artikelen 3:15a en 6:227a BW, en uit het wetsvoorstel inzake elektronische akte, waarbij ook in de elektronische situatie een onderscheid wordt gemaakt tussen schriftelijkheid en ondertekening.

De gerichtheid op ‘papieren’ vormvereisten is niet verwonderlijk. Eén van de uitgangspunten van de functionele equivalentie-benadering is immers dat dat ‘*paper-based*’ vormvereisten een belemmering vormen voor het gebruik van moderne communicatiemiddelen. De functionele equivalentie-benadering is er dan ook op gericht op deze belemmeringen weg te nemen.

196 § 623 BGB.

197 § 655b BGB.

198 § 761 BGB.

199 § 766 BGB.

200 §§ 780 en 781 BGB.

Het te star vasthouden aan het onderscheid tussen schriftelijkheid en ondertekening, heeft er onder mee toe geleid dat naar Nederlands recht er eerst een zoektocht door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek moet worden ondernomen om na te gaan of er op elektronische wijze een akte kan worden geproduceerd. Degene die een elektronische akte wenst te produceren dient vervolgens na te gaan hoe hij de 'elektronische schriftelijkheid' wenst te realiseren, én hoe hij de elektronische handtekening wenst te realiseren. De functies van deze twee elementen kunnen daarbij overlappen. Zo dient op grond van het nieuwe artikel 156a Rv een ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk zijn. In de termen van de beginselen van behoorlijk IT-gebruik wordt dan gesproken van *integriteit*. Het realiseren van integriteit is ook één van de belangrijkste toepassingen van de elektronische handtekening.²⁰¹ De wetgever lijkt zich deze overlap tussen (elektronische) schriftelijkheid en (elektronische) ondertekening niet te realiseren. De Duitse wetgever is er wel in geslaagd om tot eenduidige normen te komen waarmee in één keer zowel in de functies van schriftelijkheid als, in een voorkomend geval, in de functies van ondertekening wordt voorzien. De Duitse vormen (*Schriftform*, *elektronische Form*, en *Textform*) kunnen als voorbeeld dienen.

Het tweede aandachtspunt houdt in dat een elektronische handtekening niet zo vergelijkbaar is met de handgeschreven handtekening als de benaming doet vermoeden. Een belangrijk verschil tussen de elektronische handtekening en de handgeschreven handtekening, is dat een elektronische handtekening vaak uniek is. Dat wil zeggen dat een elektronische handtekening kan bestaan uit een lang getal dat onlosmakelijk is verbonden aan een specifieke verklaring. Voor een volgende verklaring wordt dan een nieuwe elektronische handtekening gegenereerd. Dat soms aan dit unieke karakter van de elektronische handtekening voorbij wordt gegaan, blijkt bijvoorbeeld uit het Handelsregisterbesluit, waarin onder een 'handtekening', mede een elektronische handtekening (als bedoeld in artikel 3:15a lid 4 BW) wordt verstaan.²⁰² Dat betekent dat in plaats van een handgeschreven handtekening, een elektronische handtekening kan worden opgenomen in het handelsregister. Dit is natuurlijk zinloos wanneer een handtekening per verklaring uniek is.²⁰³ Een tweede verschil tussen de elektronische handtekening en de handgeschreven handtekening is gelegen in het feit dat de handgeschreven handtekening in sterkere mate is verbonden met de ondertekenaar. Een elektronische handtekening dient immers altijd te worden gezet met behulp van technische hulpmiddelen,

201 Ford & Baum 2001.

202 Artikel 1 lid 2 sub a Handelsregisterbesluit.

203 Het miskennen van het unieke karakter van een elektronische handtekening, wordt ook gedaan door Wiersma, die op grond van deze misvatting de "nabootsbaarheid" van de elektronische handtekening als een zwakte ervan ziet, H.W. Wiersma, 'De betekenis van de (EU) elektronische handtekening voor het procesrecht', *JBP* 2006/4, p. 433-434.

bijvoorbeeld chipcards, *tokens*, of PIN-codes. Deze hulpmiddelen kunnen eenvoudiger onbevoegd worden gebruikt dan dat er onbevoegd een handgeschreven handtekening wordt geplaatst.

Aangezien de elektronische handtekening minder vergelijkbaar is met de handgeschreven handtekening dan vaak wordt aangenomen, ligt een juridische gelijkstelling van de elektronische handtekening met de handgeschreven handtekening niet voor de hand.

Het derde aandachtspunt is dat een focus op ‘papieren’ vormvereisten voorbij gaat aan het feit dat het Burgerlijk Wetboek inmiddels al een behoorlijk aantal voorschriften kent die gaan over de wijze waarop een verklaring dient te worden overgedragen. Deze voorschriften zijn deels in hoofdstuk 5 aan de orde gekomen. Deze voorschriften, en de voorschriften inzake de elektronische varianten van ‘papieren’ vormvereisten,²⁰⁴ zijn opgenomen in volgende tabel.

<i>Norm</i>	<i>Nederlandse grondslag</i>	<i>Europese grondslag</i>
Een methode voor authenticatie dient voldoende betrouwbaar te zijn, wil een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen hebben als de handgeschreven handtekening.	Art. 3:15a BW.	Art. 5 lid 1 richtlijn 1999/93/EG.
Gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk maken van gegevens.	Art. 3:15d lid 1 BW.	Art. 5 lid 1 richtlijn 2000/31/EG.
Prijsinformatie dient duidelijk en ondubbelzinnig te worden aangegeven.	Art. 3:15d lid 2 BW.	Art. 5 lid 2 richtlijn 2000/31/EG.
Een overeenkomst dient: <ul style="list-style-type: none"> · raadpleegbaar te zijn door partijen; · de authenticiteit ervan dient in voldoende mate te zijn gewaarborgd; · het moment van totstandkoming ervan dient met voldoende zekerheid te kunnen worden vastgesteld; en · de identiteit van de partijen dient met voldoende zekerheid te kunnen worden vastgesteld. 	Art. 6:227a BW.	Art. 9 richtlijn 2000/31/EG.
Informatie dient op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze verstrekt te worden.	Art. 6:227b lid 1 BW.	
Voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, dienen op zodanige wijze ter beschikking te worden gesteld, dat deze door de wederpartij kunnen worden opgeslagen zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisname.	Art. 6:227b lid 2 BW.	Art. 10 lid 3 richtlijn 2000/31/EG.

204 Te weten: 3:15a BW, 6:227a BW en 156a Rv.

<i>Norm</i>	<i>Nederlandse grondslag</i>	<i>Europese grondslag</i>
Informatie dient te worden verstrekt met alle op de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze.	Art. 7:46c lid 1 BW.	Art. 4 lid 2 richtlijn 97/7/EG.
Informatie dient duidelijk en begrijpelijk te worden verstrekt, schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke <i>duurzame gegevensdrager</i> . Een <i>duurzame drager</i> is een hulpmiddel dat een persoon in staat stelt om aan hem persoonlijk gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt. Een onderhandse akte kan anders dan bij geschrift worden opgemaakt op zodanige wijze dat het degene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert, in staat stelt om de inhoud van de akte op te slaan op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt (<i>duurzame drager</i>).	Art. 7:46c lid 2 BW, art. 1:1 Wft, art. 156a Rv (nieuw).	Art. 5 lid 1 richtlijn 97/7/EG. Art. 2 sub f richtlijn 2002/65/EG.

Om tot een coherente, meer omvattende visie te komen, dient naar mijn mening aansluiting te worden gezocht bij de eerder genoemde beginselen van behoorlijk IT-gebruik. Met behulp van deze beginselen kan namelijk worden bepaald aan welke eisen moet zijn voldaan om een elektronische verklaring op een voldoende betrouwbare wijze over te dragen. Het gebruik van de beginselen van behoorlijk IT-gebruik is meer omvattend dan de functionele equivalentie benadering, omdat die benadering is gericht op bestaande vormvereisten, en niet, in meer algemene zin, op de wijze waarop een elektronische verklaring dient te worden overdragen, en welke voorzieningen daarbij moeten worden getroffen. Anders dan bij de functionele equivalentie-benadering, kan er met de toepassing van de beginselen van behoorlijk IT-gebruik rekening worden gehouden met de hierboven genoemde voorschriften inzake de wijze waarop informatie dient te worden overgedragen.

Overigens dient naar mijn mening bijzondere aandacht te worden besteed aan één van de functies van vormvereisten, te weten de introductie van een bezinningsmoment als bescherming tegen overijling. Dit is een functie van vormvereisten waarop niet een beginsel van behoorlijk IT-gebruik kan worden betrokken. Er kan worden betoogd dat de diverse informatieplichten (zoals aangestipt in bovenstaand schema) beschermen tegen overijling. Er wordt immers allerlei informatie verstrekt, waardoor er wellicht niet op basis van te weinig informatie een overeenkomst worden aangegaan. Dit levert naar mijn mening echter niet altijd een bezinningsmoment op. Door voor te schrijven dat een bepaalde verklaring op papier dient te worden vastgelegd en met de hand moet worden ondertekend, wordt zo'n bezinningsmoment wel geïntroduceerd. Het is een opzettelijk geplaatste barrière op grond waarvan men wordt gedwongen willens en wetens een verklaring te doen. Door handelingen elektronisch en aanvullende wellicht ook automatisch te (laten) verrichten, worden deze barrières per definitie weggenomen.

11.9 DE AUTOMATISCHE ONDERTEKENING

Nu er enigszins een beeld is geschetst van de betekenis van een elektronische ondertekening, kan worden ingegaan op de automatische ondertekening (OV6). In navolging van de omschrijving van automatisch handelen (zie hoofdstuk 2), kan de automatische ondertekening worden omschreven als een ondertekening die geschiedt zonder directe menselijke tussenkomst, en waartoe een natuurlijk persoon randvoorwaarden heeft vastgesteld. Ter beantwoording van deze vraag wordt hierna eerst ingegaan op de vraag of het huidige positieve recht de automatische ondertekening toestaan. Daarna wordt ingegaan op de betrekkelijke waarde ervan. Tot slot ga ik in op de juridische betekenis van de automatische ondertekening.

11.9.1 De automatische ondertekening naar huidig positief recht

De mogelijkheid dat automatische ondertekening een elektronische handtekening in de zin van de wet oplevert, lijkt niet zonder meer uitgesloten. De wet verstaat namelijk onder een "ondertekenaar" degene die een middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen gebruikt.²⁰⁵ De Richtlijn inzake elektronische handtekeningen omschrijft de "ondertekenaar" als een persoon die de beschikking heeft over een middel voor het aanmaken van handtekeningen en handelt hetzij uit eigen naam hetzij uit naam van de dienst of de natuurlijke of rechtspersoon die hij vertegenwoordigt.²⁰⁶

²⁰⁵ Artikel 3:15a lid 5 BW.

²⁰⁶ Artikel 2 lid 3 Richtlijn 1999/93/EG.

Er kan wel een belemmering worden gezien in één van de kenmerken van de geavanceerde elektronische handtekening. Deze komt immers tot stand met “middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden”.²⁰⁷ Dit kan zodanig worden uitgelegd dat een automatische ondertekening geen geavanceerde elektronische handtekening kan opleveren, omdat de natuurlijk persoon in dat geval een geautomatiseerd systeem een mate van controle geeft over het middel waarmee de handtekening wordt geplaatst. De natuurlijk persoon zou dan wellicht geen “uitsluitende controle” meer hebben over dat middel. De zinsnede betreffende de uitsluitende controles zou echter ook zo kunnen worden uitgelegd dat het een natuurlijk persoon wel wordt toegestaan een ondertekening door een geautomatiseerd systeem te laten verrichten, maar dat hij de betreffende “controle” niet uit handen mag geven aan een ander natuurlijk persoon. Deze lezing zou het geautomatiseerd plaatsen van een geavanceerde elektronische handtekening toestaan. Naar mijn mening is de geautomatiseerde ondertekening naar huidid positief recht dan ook niet zonder meer uitgesloten.

11.9.2 Betrekkelijke waarde van de automatische ondertekening

Hierboven is al kort gewezen op de functie van de ondertekening bestaande uit de bescherming tegen overijling. Door ondertekening verplicht te stellen, wordt er een bezinningsmoment geïntroduceerd. De verklarende partij is gedwongen om na te gaan of hij daadwerkelijk een bepaalde verklaring wenst af te leggen. Er kan ook worden gesproken van de wilsuitingsfunctie. Deze benaming heeft meer betrekking op de partij tot wie de verklaring is gericht. Deze mag erop vertrouwen dat een ondertekende verklaring willens en wetens is afgegeven. De verklaring mag daarom worden gezien als een onbetwistbare wilsuiting van de verklarende partij. Omdat de verklarende partij gebruik heeft kunnen maken van het bezinningsmoment, kunnen eventuele verwijtbare fouten in de verklaring hem sneller worden toegerekend dan wanneer er geen sprake zou zijn van een bezinningsmoment.

Vanuit deze twee functies van de ondertekening, bescherming tegen overijling en de wilsuitingsfunctie, is een automatische ondertekening ongewenst. Door een geautomatiseerd systeem automatisch handtekeningen te laten plaatsen, is er immers geen, of in mindere mate, sprake van een bezinningsmoment. Er zou kunnen worden betoogd dat er sprake is van een bezinningsmoment bij het vaststellen van de randvoorwaarden waarbinnen het systeem automatische handtekeningen plaatst. Er is dan echter geen sprake van een bezinningsmoment per afzonderlijke verklaring.

Een vergelijkbare redenering geldt voor de wilsuitingsfunctie. Indien een ondertekening automatisch wordt uitgevoerd, mag de partij aan wie de onder-

207 Artikel 2 lid 2 sub c Richtlijn 1999/93/EG, artikel 3:15a lid 2 sub c BW.

tekende verklaring is gericht, er niet zonder meer van uitgaan dat de verklarende partij met elke individuele verklaring afzonderlijk heeft ingestemd.

Gezien het bovenstaande heeft de automatische ondertekening een betrekkelijke waarde in vergelijking met de handgeschreven ondertekening.

11.9.3 Juridische betekenis van de automatische ondertekening

Vanwege de betrekkelijke waarde van de automatische ondertekening, is het de vraag wat de juridische waarde zou kunnen zijn van de automatische ondertekening. Hierboven hebben we gezien dat één van de belangrijkste toepassingen van de ondertekening bestaat uit het produceren van een onderhandse akte. Een onderhandse akte heeft zogenaamde *materiële bewijskracht*: de akte levert dwingend bewijs op van de waarheid van een verklaring.²⁰⁸ Stel nu dat een onderhandse akte kan worden geproduceerd met behulp van een automatisch geplaatste elektronische ondertekening die is verbonden aan een elektronische verklaring. Bij elke automatisch ondertekende en automatisch afgegeven verklaring, zou er dan sprake zijn van een onderhandse akte. Bij deze automatisch geproduceerde aktes, kunnen alle discrepanties tussen wil er verklaring die in de hoofdstukken 5 en 6 aan de orde zijn geweest, zich voordoen. Het bezinningsmoment, en de mogelijkheid de verklaring te controleren alvorens over te gaan tot ondertekening, ontbreekt. Dit kan daarom voor een ondertekenaar zeer onwenselijke situaties met zich meebrengen. Er is immers een kans dat de ondertekenaar aktes zal (doen) produceren die een dwingende bewijskracht opleveren van verklaringen die hij niet heeft gewild. Een rechter zal naar verwachting in een voorkomend geval de ondertekenaar dan ook in staat stellen om de juistheid van de inhoud van deze aktes te betwisten en deze betwisting in een voorkomend geval aannemelijk achten. Hiermee zal de bewijskracht van een dergelijke automatisch ondertekende akte niet sterker zijn dan die van een verklaring die automatisch door een geautomatiseerd is afgegeven en die niet is ondertekend. De erkenning van de automatische ondertekening als juridische ondertekening biedt naar mijn mening dan ook geen meerwaarde.

11.10 HOOFDSTUKCONCLUSIE

Om de automatische ondertekening te kunnen behandelen, bleek het noodzakelijk eerst vrij uitgebreid in te gaan op de vormvereisten van schriftelijkheid en ondertekening in het algemeen, en hoe op elektronische wijze aan deze vormvereisten kan worden voldaan. In de literatuur en in wetgeving over het

208 Artikel 157 lid 2 Rv; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 53-55.

onderwerp, is een belangrijke rol weggelegd voor de functionele equivalentie-benadering. Dit is de benadering waarbij wordt achterhaald wat de functie is van het geschrift en de handgeschreven handtekening in het maatschappelijk verkeer, en hoe op elektronische wijze die functie vervuld kan worden. De toepassing van de functionele equivalentie-benadering heeft ertoe geleid dat in het denken er veel aandacht is voor de vraag hoe op elektronische wijze kan worden voldaan aan eisen van schriftelijkheid en ondertekening. Dit heeft belet dat er één coherente visie is ontwikkeld op de vraag over de wijze waarop een elektronische verklaring dient te worden overdragen, en welke voorzieningen daarbij moeten worden getroffen. Een coherente visie dient daarbij niet alleen te zien op elektronische equivalenten van 'papieren' vormvereisten, maar bijvoorbeeld ook op de wijze waarop verklaringen dienen te worden overgebracht in het kader van de informatieverplichtingen bij elektronische handel en de overeenkomst op afstand. Een coherente visie kan naar mijn mening wel worden ontwikkeld door aansluiting te zoeken bij de beginselen van behoorlijk IT-gebruik. Ik maak daarbij de kantekening dat de beginselen van behoorlijk IT-gebruik geen antwoord lijken te hebben op de vraag hoe er in een elektronische situatie een bezinningsmoment als bescherming tegen overijling kan worden geïntroduceerd.

Naar mijn mening is er bij een automatisch geplaatste elektronische handtekening geen sprake van een bezinningsmoment. Een automatische handtekening heeft daarom een betrekkelijke waarde. Bovendien levert de juridische erkenning van de automatische ondertekening van bijvoorbeeld een onderhandse akte, geen meerwaarde op. Het is dan ook onwenselijk om de automatische ondertekening te erkennen als een juridische handtekening, en daarmee dezelfde rechtsgevolgen toe te kennen aan een automatisch geplaatste elektronische handtekening, als een handgeschreven handtekening of een niet-automatische geplaatste elektronische handtekening (die voorts voldoet aan het regime van artikel 3:15a BW).

In dit proefschrift is aan de hand van de volgende probleemstelling onderzoek verricht.

PS: Op welke wijze en onder welke voorwaarden ontstaat contractuele gebondenheid, indien een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt om ten behoeve van een natuurlijk persoon of rechtspersoon een overeenkomst aan te gaan?

Ten beantwoording van de probleemstelling is uitgegaan van de volgende onderzoeksvragen (OV's).

- OV1: Past het verrichten van een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem in de vigerende wilsvertrouwensleer?
- OV2: Kan een geautomatiseerd systeem worden gezien als een rechtspersoon, en zo ja onder welke voorwaarden?
- OV3: Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een vertegenwoordiger?
- OV4: Op welk moment ontstaat een overeenkomst indien één of meerdere geautomatiseerd systemen daarbij zijn betrokken?
- OV5: Hoe kunnen algemene voorwaarden deel uitmaken van een overeenkomst indien bij de totstandkoming daarvan één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken?
- OV6: Kan op geautomatiseerde wijze een handtekening worden geplaatst?

Een belangrijk onderscheid waar in dit proefschrift van wordt uitgegaan, is het onderscheid tussen de *instrumentbenadering* en de *actorbenadering*. Dit is uiteengezet in hoofdstuk 3. De instrumentbenadering houdt in dat het geautomatiseerd systeem als een instrument van een natuurlijk persoon wordt gezien. Er wordt gekeken naar de feitelijke handelingen en intenties die de natuurlijk persoon heeft gehad, en aan de hand daarvan wordt contractuele gebondenheid toegerekend. De actorbenadering houdt in dat het geautomatiseerd systeem als een deelnemer aan het maatschappelijk verkeer wordt gezien. Er zijn naar mijn mening twee bezwaren aan te voeren tegen het hanteren van de actorbenadering. In de eerste plaats vertroebelt de actorbenadering de werking en het handelen van een geautomatiseerd systeem. In de tweede plaats levert het gebruik van de actorbenadering geen voordelen op die zo zwaar wegen dat de nadelen van de benadering voor lief moeten worden genomen.

Een kwalificatie van een geautomatiseerd systeem tot instrument of actor, brengt overigens niet automatisch een juridische kwalificatie met zich mee. Indien bijvoorbeeld wordt uitgegaan van de actorbenadering, leidt dit niet automatisch tot de conclusie dat aan het geautomatiseerd systeem rechts-subjectiviteit dient te worden verleend.

12.1 OV1: PAST HET VERRICHTEN VAN EEN RECHTSHANDELING MET BEHULP VAN EEN GEAUTOMATISEERD SYSTEEM IN DE VIGERENDE WILSVERTROUWENSLEER?

De beantwoording van OV1 is uitgewerkt in hoofdstuk 5. OV1 is in dit proefschrift bevestigend beantwoord. Hierbij is onder meer het *wilsverklaringsprobleem* aan de orde gesteld. Onder het wilsverklaringsprobleem wordt verstaan de vraag in of een verklaring die een geautomatiseerd systeem ten behoeve van een natuurlijk persoon formuleert en/of aflegt, kan gelden als een wilsuiting van die natuurlijk persoon. Aan het wilsverklaringsprobleem wordt tegemoetgekomen door de de theorie van de geprogrammeerde wil. Deze theorie houdt in dat de de gebruiker zijn wilsbesluit neerlegt in de instructies die hij een geautomatiseerd systeem meegeeft. Het systeem legt vervolgens een verklaring af die binnen de parameters ligt die de gebruiker heeft opgegeven. De parameters bestaan uit de instellingen die de gebruiker het systeem meegeeft en geven de bandbreedte aan waarbinnen het systeem dient te handelen. Omdat met de verklaring van het systeem uitvoering wordt gegeven aan het in de instructies neergelegde wilsbesluit, heeft de verklaring als een wilsverklaring van de gebruiker te gelden.

Aan de hand van de theorie van de geprogrammeerde wil kan in de meeste situaties een verklaring van een geautomatiseerd systeem worden gefundeerd op de wil van de gebruiker. Ook ingeval van systemen die een grotere mate van handelingsvrijheid vertonen zoals zelfmodificerende systemen, is er sprake van een wilsbesluit van de gebruiker van het systeem dat wordt neergelegd in de parameters die de gebruiker het systeem meegeeft. De theorie van de geprogrammeerde wil schiet echter tekort ingeval van het gebruik van een complex geautomatiseerd systeem. Door de complexiteit kan het voorkomen dat de gebruiker geen overzicht heeft over alle instructies op grond waarvan het systeem handelt. Dat zal naar mijn mening zich voornamelijk voordoen bij het gebruik van een complex geautomatiseerd systeem in een organisatie. Er zullen dan verschillende natuurlijke personen betrokken zijn bij het instrueren van het geautomatiseerd systeem, wat het wellicht moeilijker maakt de handelingen van het systeem terug te voeren op een concreet wilsbesluit. In die situatie kan de theorie van de algemene wil uitkomst bieden. Volgens de theorie van de algemene wil is de voor een rechtshandeling vereiste wil te vinden in de algemene wil die is gericht op de rechtsgevolgen van de verklaringen die worden afgelegd door middel van het geautomatiseerd systeem.

De algemene wil is aan de wederpartij kenbaar omdat hij wordt geopenbaard door het in gebruik nemen en houden van het systeem. De verklaringen die het geautomatiseerd systeem vervolgens aflegt, dienen niet als op zichzelf staande autonome handelingen van het systeem te worden beschouwd, maar steeds als resultaten van de omstandigheden en van de gemaakte keuzen van de gebruiker. Ten aanzien van de natuurlijke personen die in organisatieverband het systeem instrueren, kan worden gesproken van een collectieve wil. Deze blijkt uit de gezamenlijk verrichtte handelingen waarmee het systeem in gebruik wordt genomen en gehouden.

Zowel bij de theorie van de geprogrammeerde wil als bij de theorie van de algemene wil voor de gebruiker van een geautomatiseerd systeem een beroep op het uiteenlopen van wil en verklaring mogelijk.

Bij de wilsgebreken doen zich geen bijzondere problemen voor indien geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan. Omdat bij het gebruik van complexe geautomatiseerde systemen in een organisatie het lastiger wordt om aan te tonen dat een handeling van het systeem al dan niet is terug te voeren op een wilsbesluit, verdient het voor een organisatie (bijvoorbeeld een onderneming) aanbeveling om de inrichting en het gebruik van het systeem betrouwbaar te documenteren. Met name dient er dan (gezien de wilsvertrouwensleer) aandacht te worden besteed aan de handelingen die men het systeem beoogt te laten verrichten.

12.2 OV2: KAN EEN GEAUTOMATISEERD SYSTEEM WORDEN GEZIEN ALS EEN RECHTSSUBJECT?

Deze onderzoeksvraag is in de hoofdstukken 3 en 7 aan de orde gekomen. Er wordt doorgaans aan de hand van drie gronden nagegaan of een geautomatiseerd systeem als een rechtssubject dient te worden gekwalificeerd: (1) morele gerechtigdheid, (2) sociale realiteit en (3) juridische opportuniteit. Morele gerechtigdheid en sociale realiteit leveren naar mijn mening op dit moment geen grondslag op om een geautomatiseerd systeem als rechtssubject te kwalificeren. Juridische opportuniteit zou wel een grond op kunnen leveren om een geautomatiseerd systeem rechtssubjectiviteit toe te kennen. Dit nieuwe rechtssubject zou een nieuwe rechtspersoon kunnen behelzen, wellicht een variant op de BV. Voor de vraag of het met behulp van het geautomatiseerde systeem een overeenkomst tot stand is gekomen, is deze nieuwe rechtspersoon echter niet direct relevant. Het zal dan immers nog steeds aankomen op de handelingen van de natuurlijke personen die het systeem in hebben ingericht, in werking gesteld en beheerd. De intenties en verwachtingen van de betrokken natuurlijke personen zullen daarom nog steeds bepalend zijn. De introductie van rechtssubjectiviteit voor een geautomatiseerd systeem is dan ook niet juridisch opportuun. Onderzoeksvraag 2 dient hierom naar mijn mening ontkennend te worden beantwoord.

12.3 OV3: DIEN T EEN GEAUTOMATISEERD SYSTEEM TE WORDEN GEZIEN ALS EEN VERTEGENWOORDIGER?

De beantwoording van onderzoeksvraag 3 is uitgewerkt in de hoofdstukken 3 en 7. In de (Nederlandse en buitenlandse) juridische literatuur wordt sporadisch gepleit voor directe dan wel analoge toepassing van de regels van het vertegenwoordigingsrecht. Rechtstreekse toepassing van het vertegenwoordigingsrecht vereist dat het geautomatiseerd systeem eerst als een rechtssubject dient te worden gekwalificeerd. Nu dat naar mijn mening niet het geval is, behoort rechtstreekse toepassing van de volmactsregels niet tot de mogelijkheden. Analoge toepassing van regels van het vertegenwoordigingsrecht is naar mijn mening niet verstandig omdat dit geen problemen wegneemt en bovendien de toerekening van handelingen van een geautomatiseerd systeem ingewikkelder maakt.

Een rechtsvergelijkend beroep op de Amerikaanse wetgevingsinitiatieven inzake *elektronic agency* overtuigt niet. Deze regelingen kunnen niet worden gezien als een nieuwe vorm van vertegenwoordiging, maar als specifieke regels ten aanzien van geautomatiseerde systemen die over een kleine mate van handelingsvrijheid beschikken, zoals telefonische informatiesystemen en *click-through*-webpagina's.

Hiermee moet ook onderzoeksvraag 3 ontkennd worden beantwoord.

12.4 OV4: OP WELK MOMENT ONTSTAAT EEN OVEREENKOMST INDIEN ÉÉN OF MEERDERE GEAUTOMATISEERD SYSTEMEN DAARBIJ ZIJN BETROKKEN?

Onderzoeksvraag 4 is in hoofdstuk 9 aan de orde gekomen. Een overeenkomst komt tot stand op het moment dat de aanvaarding de andere partij heeft 'bereikt'. De vraag wanneer er sprake is van een 'bereiken', werd in de juridische literatuur doorgaans uitgelegd met de ontvangst-vernemingsstheorie: een verklaring heeft de geadresseerde bereikt wanneer de geadresseerde van de verklaring kennis neemt of daarvan, naar de verzender redelijkerwijs mocht aannemen, kennis had kunnen nemen. Bij de vraag wanneer er sprake is van 'bereiken' in het geval er een geautomatiseerd systeem in het spel is, wordt in de literatuur unaniem voor de (mailbox)ontvangststheorie gepleit. Dat wil zeggen dat het moment waarop de geadresseerde toegang heeft tot de verklaring, bepalend is voor het moment van werking. Er wordt hierdoor in eerste instantie in mindere mate rekening gehouden met de relevantie van het moment waarop de verzender *mag verwachten* dat de geadresseerde kennis neemt van de verklaring. Hiermee verschuift de heersende leer in de literatuur wat de toepassing op geautomatiseerde systemen betreft van de ontvangst-vernemingsstheorie naar de ontvangststheorie. Voor de nadelen die de ontvangststheorie met zich meebrengt, worden vervolgens allerlei 'correctieven' bedacht.

In die correctieven is weer wel aandacht voor de verwachtingen die de verzender zich mag vormen omtrent het moment van kennisname door de geadresseerde. Een ander nadeel dat de ontvangsttheorie met zich meebrengt is de 'ontvangstverplichting' van de geadresseerde.

Naar mijn mening kan in het geval geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan het beste worden uitgegaan van de ontvangst-vernemingstheorie. Door uit te gaan van de ontvangst-vernemingstheorie, is er geen noodzaak voor allerlei correctieven. Bovendien wordt voorkomen dat op de geadresseerde een ontvangstverplichting zal gaan rusten.

Met artikel 6:227c lid 3 BW is een wettelijke keuze gemaakt voor de mailboxontvangsttheorie. De wetgever had echter slechts de intentie om met deze bepaling vast te stellen of de ontvangstbevestiging tijdig is uitgebracht, en niet om in algemene zin het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst te regelen. Een toevoeging van die strekking aan het wetsartikel zou onduidelijkheid over de reikwijdte van de bepaling ten goede komen.

12.5 OV5: HOE KUNNEN ALGEMENE VOORWAARDEN DEEL UITMAKEN VAN EEN OVEREENKOMST INDIEN BIJ DE TOTSTANDKOMING DAARVAN ÉÉN OF MEERDERE GEAUTOMATISEERDE SYSTEMEN ZIJN BETROKKEN?

De vraag hoe algemene voorwaarden deel kunnen uitmaken van een overeenkomst indien bij de totstandkoming daarvan één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken, is besproken in hoofdstuk 10. Deze vraag kan aan de hand van de bestaande wettelijke regels afdoende worden beantwoord. De 'normale' regels inzake de gebondenheid aan algemene voorwaarden en die inzake de informatieplicht dienen te worden doorlopen. De opname van algemene voorwaarden in de overeenkomst, verloopt via twee stappen: in de eerste plaats moet er sprake zijn van gebondenheid, in de tweede plaats moet er voldaan zijn aan de informatieplicht.

De wetgever heeft het gebruik van geautomatiseerde systemen deels geregeld als onderdeel van de informatieplicht met een nieuwe wettelijke bepaling inzake de elektronische terbeschikkingstelling. Er kan terecht kritiek worden uitgeoefend op de informatieplicht. De informatieplicht legt namelijk een onevenredig zware plicht op de gebruiker om de wederpartij van een exemplaar van de algemene voorwaarden te voorzien. Deze kritiek treft de elektronische terbeschikkingstelling niet, omdat het eenvoudig is om langs elektronische weg informatie te verschaffen.

De informatieplicht zou het verwijzen in gestructureerde tekst onmogelijk kunnen maken. Omdat dat onwenselijk zou zijn, dient geconcludeerd te worden dat in zo'n geval een elektronische terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, of dat een beroep op vernietigbaarheid omdat niet elektronisch ter beschikking gesteld zou zijn, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Bij het invullen van de informatieplicht moet er worden uitgegaan van *de gemiddelde computergebruiker*. Bij het nagaan wanneer er elektronisch ter beschikking is gesteld, moet namelijk worden bepaald welke handelingen van de wederpartij geveerd mogen worden. Er mogen naar mijn mening geen handelingen worden geveerd die voornamelijk door technisch onderlegde computergebruikers kunnen worden verricht. De gemiddelde computergebruiker is ook relevant bij de informatieplicht inzake de verstrekking van contractvoorwaarden (artikel 6:227b lid 2 BW) en het vereiste van de duurzame drager (artikel 7:46c lid 2 BW). Ook heeft de rechter in de uitspraken inzake de Stichting Postwanorder versus Otto de gemiddelde consument centraal gesteld bij de beantwoording van de vraag of er sprake was van een gerechtvaardigd vertrouwen in de zin van artikel 3:35 BW.

12.6 OV6: KAN OP GEAUTOMATISEERDE WIJZE EEN HANDTEKENING WORDEN GEPLAATST?

Om de automatische ondertekening aan de orde te kunnen stellen, moet men het juridisch kader inzake vormvereisten voor ogen te hebben. Vormvereisten betreffen eisen van schriftelijkheid en ondertekening. Ten aanzien van de vraag hoe op elektronische wijze aan vormvereisten kan worden voldaan, is in de literatuur en in wetgeving een belangrijke rol weggelegd voor de functionele equivalentie-benadering. Bij deze benadering wordt achterhaald wat de functie is van het geschrift en de handgeschreven handtekening in het maatschappelijk verkeer, en hoe op elektronische wijze die functie vervuld kan worden. De toepassing van de functionele equivalentie-benadering heeft ertoe geleid dat in het denken er veel aandacht is voor de vraag hoe op elektronische wijze kan worden voldaan aan eisen van schriftelijkheid en ondertekening. Dit heeft belet dat er één coherente visie is ontwikkeld op de vraag over de wijze waarop een elektronische verklaring dient te worden overdragen, en welke voorzieningen daarbij moeten worden getroffen. Een coherente visie dient daarbij niet alleen te zien op elektronische equivalenten van 'papieren' vormvereisten, maar bijvoorbeeld ook op de wijze waarop verklaringen dienen te worden overgebracht in het kader van de informatieverplichtingen bij elektronische handel en de overeenkomst op afstand. Een coherente visie kan naar mijn mening wel worden ontwikkeld door aansluiting te zoeken bij de beginselen van behoorlijk IT-gebruik. Ik maak daarbij de kantekening dat de beginselen van behoorlijk IT-gebruik geen antwoord lijken te hebben op de vraag hoe er in een elektronische situatie een bezinningsmoment als bescherming tegen overijling kan worden geïntroduceerd.

Naar mijn mening is er bij een automatisch geplaatste elektronische handtekening geen sprake van een bezinningsmoment. Een automatische handtekening heeft daarom een betrekkelijke waarde. Bovendien levert de juridische erkenning van de automatische ondertekening van bijvoorbeeld een onderhand-

se akte, geen meerwaarde op. Het is dan ook onwenselijk om de automatische ondertekening te erkennen als een juridische handtekening, en daarmee dezelfde rechtsgevolgen toe te kennen aan een automatisch geplaatste elektronische handtekening, als een handgeschreven handtekening of een niet-automatische geplaatste elektronische handtekening (die voorts voldoet aan het regime van artikel 3:15a BW).

12.7 PS: OP WELKE WIJZE EN ONDER WELKE VOORWAARDEN ONTSTAAT CONTRACTUELE GEBONDENHEID, INDIEN EEN GEAUTOMATISEERD SYSTEEM WORDT GEBRUIKT OM TEN BEHOEVE VAN EEN NATUURLIJK PERSOON OF RECHTSPERSOON EEN OVEREENKOMST AAN TE GAAN?

Zoals bij de beantwoording van onderzoeksvraag 1 is vermeld, zie ik geen grote belemmeringen om aan de hand van de vigerende wilsvertrouwensleer vast te stellen wanneer er een overeenkomst tot stand wordt gebracht met behulp van één of meer geautomatiseerde systemen. De handelingen van geautomatiseerde systemen kunnen, indien zij steunen op wilsbesluiten van de gebruikers, worden aangemerkt als verklaringen houdende een aanbod en een aanvaarding, en kunnen op deze wijze leiden tot een overeenkomst.

Het gebruik van geautomatiseerde systemen heeft ertoe geleid dat wilsuitingen vaker moeten worden geobjectiveerd. De wederpartij van een partij die een geautomatiseerd systeem gebruikt, zal soms moeten nagaan of die partij een bepaalde uitkomst van het systeem tegen zich wil laten gelden. Deze objectiverende benadering blijkt uit de Stichting Postwanorder-zaak en uit de aandacht die in de Duitse jurisprudentie is voor de *objektiven Empfängerhorizont*. De trend tot objectieve uitleg is ook gesignaleerd bij de informatieplicht inzake algemene voorwaarden en de informatieplicht de contractsvoorwaarden te verstrekken en de informatieplicht inzake de duurzame drager.

Samenvatting

INLEIDING

Dit proefschrift gaat over het automatisch tot stand komen van overeenkomsten. Overeenkomsten kunnen automatisch tot stand komen wanneer daartoe gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde systemen. Het kan dan gaan om systemen als snoepautomaten, e-mail, webwinkels, elektronische marktplaatsen of online veilingen. Een eigenschap die deze systemen gemeen hebben, is dat zij in meer of mindere mate automatisch functioneren. Het automatisch functioneren van geautomatiseerde systemen, noem ik in dit proefschrift het *handelen* van het systeem. Daaronder wordt onder meer verstaan het automatisch afleggen of in ontvangst nemen van een verklaring (hoofdstuk 1 en 2).

Het proefschrift betreft de vraag of en hoe het handelen van een geautomatiseerd systeem kan worden toegerekend, waarbij de toerekening behelst dat er een overeenkomst ontstaat. Er staan drie methoden van toerekening centraal. De eerste methode houdt in dat met de wilsvertrouwensleer een handeling van het systeem wordt toegerekend aan de gebruiker van dat systeem. De tweede methode houdt in dat aan het geautomatiseerd systeem rechtssubjectiviteit wordt toegekend en dat handelingen aan het systeem zelf worden toegerekend met contractuele gebondenheid van het systeem als gevolg. De derde methode houdt in dat het geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger wordt gezien, wiens handelingen aan het systeem zelf of aan een vertegenwoordigde kunnen worden toegerekend (hoofdstuk 1).

GEAUTOMATISEERDE SYSTEMEN

Onder geautomatiseerde systemen kunnen vele verschillende systemen worden verstaan. Zij hebben gemeen dat hun functioneren is terug te voeren op het gebruik van een *computer*, dat wil zeggen een systeem van één of meerdere processoren, geheugen en in- en uitvoer-apparaten. Vanuit het oogpunt van de gebruiker is het niet zinvol een onderscheid te hanteren tussen de verschillende componenten. De gebruik zal het geheel van componenten, en van hardware en software als één *systeem* zien. Het geautomatiseerde karakter van het geautomatiseerde systeem zit hem erin, dat er geen sprake is van menselijke tussenkomst bij elke 'handeling' van het systeem. Een geautomatiseerd systeem kan worden gedefinieerd als een systeem dat zonder directe menselijke

tussenkomst handelingen verricht, waaraan een natuurlijk persoon randvoorwaarden heeft gesteld (hoofdstuk 2).

INSTRUMENT OF ACTOR?

Voordat een juridische bespreking van het onderwerp kan worden uitgevoerd, moet eerst worden ingegaan op een voorvraag: hoe wordt in het algemeen het geautomatiseerd systeem gezien in het maatschappelijk verkeer? Hier zijn twee benaderingen te ontwaren. Sommigen zien het geautomatiseerd systeem als een *instrument*, anderen als een *actor*. Bij de instrumentbenadering wordt het geautomatiseerd systeem als een instrument van een natuurlijk persoon gezien. Bij de actorbenadering wordt het geautomatiseerd systeem gezien als een deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Ik ben geen voorstander van het hanteren van de actorbenadering omdat deze benadering de precieze werking van een geautomatiseerd systeem vertroebelt. Bovendien levert de actorbenadering geen voordelen op dit opwegen tegen dit nadeel (zie hoofdstuk 3).

Het is naar mijn mening van belang niet automatisch juridische consequenties te verbinden aan de instrumentbenadering of de actorbenadering. Dit is onder meer relevant ten aanzien van de hierna te behandelen vraag of een geautomatiseerd systeem als een rechtssubject dient te worden gekwalificeerd. Indien men het geautomatiseerd systeem als een actor ziet, betekent dit naar mijn mening nog niet dat het daarmee ook meteen als een rechtssubject dient te worden gekwalificeerd. Dit geldt overigens ook andersom: indien men het geautomatiseerd systeem als een instrument ziet, en dus niet als een actor, betekent dit niet automatisch dat het systeem nooit als een rechtssubject mag worden gezien. Misschien is het wel juridisch opportuun om een rechtssubjectiviteit voor geautomatiseerde systemen in het leven te roepen, ongeacht of die systemen als instrument of actor worden gezien (hoofdstuk 3 en 7).

PROBLEEMSTELLING

De voorvraag is benoemd, wat ons brengt tot de probleemstelling van het proefschrift:

Op welke wijze en onder welke voorwaarden ontstaat contractuele gebondenheid, indien een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt om ten behoeve van een natuurlijk persoon of rechtspersoon een overeenkomst aan te gaan?

Ter beantwoording van de probleemstelling zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd (hoofdstuk 1).

Onderzoeksvraag 1: Past het verrichten van een rechtshandeling met behulp van een geautomatiseerd systeem in de vigerende wilsvertrouwensleer?

Onderzoeksvraag 2: Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een rechtssubject?

Onderzoeksvraag 3: Dient een geautomatiseerd systeem te worden gezien als een vertegenwoordiger?

Onderzoeksvraag 4: Op welk moment ontstaat een overeenkomst indien één of meerdere geautomatiseerde systemen daarbij zijn betrokken?

Onderzoeksvraag 5: Hoe kunnen algemene voorwaarden deel uitmaken van een overeenkomst indien bij de totstandkoming daarvan één of meerdere geautomatiseerde systemen zijn betrokken?

Onderzoeksvraag 6: Kan er op geautomatiseerde wijze een handtekening worden geplaatst?

DE AUTOMATISCHE RECHTSHANDELING (HOOFDSTUK 5)

De overeenkomst wordt gedefinieerd als een meerzijdige rechtshandeling. Wil er sprake zijn van een overeenkomst, dan moeten twee eenzijdige rechtshandelingen zich voordoen, te weten een aanbod en de aanvaarding daarvan. Op grond van het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald of er een overeenkomst tot stand is gekomen aan de hand van de wilsvertrouwensleer. Dit houdt in dat primair de verklaarde wil de grondslag is voor gebondenheid. In het geval er sprake is van een discrepantie tussen wil en verklaring, is het bij de wederpartij gewekte gerechtvaardigde vertrouwen de grondslag voor gebondenheid.

Ten aanzien van het gebruik van geautomatiseerde systemen bij de totstandkoming van overeenkomsten, rijst de vraag of de verklaringen die een systeem aflegt, kunnen worden gezien als wilsverklaringen van de gebruiker van dat systeem. Dit is het *wilsverklaringsprobleem*. Om aan dit probleem tegemoet te komen, zijn de volgende oplossingen aangedragen.

A. De theorie van de geprogrammeerde wil

De theorie van de geprogrammeerde wil houdt in dat een verklaring, afgelegd door een geautomatiseerd systeem, wordt gezien als een verklaring van de gebruiker van dat systeem omdat de verklaring berust op een vooraf ten aanzien van de verklaring door de gebruiker gevormde wil. Deze theorie is ontoereikend ingeval van systemen met een grote mate van complexiteit, en ingeval van systemen die een grotere mate van onvoorspelbaarheid vertonen. Het is in die situaties namelijk de vraag of een gebruiker zich wel een wil heeft gevormd ten aanzien van specifieke verklaringen.

B. De theorie van de algemene wil

Bij deze theorie is de voor een rechtshandeling vereiste wil te vinden in de algemene wil die is gericht op de rechtsgevolgen van de verklaringen die

worden afgelegd door het geautomatiseerd systeem. Deze algemene wil is kenbaar voor anderen door het in gebruik nemen en houden van het geautomatiseerd systeem. De algemene wil vindt zijn begrenzing in het functioneren van het geautomatiseerd systeem onder gelijkblijvende omstandigheden en overeenkomstig hetgeen de gebruiker daarvan redelijkerwijs mocht verwachten.

C. De raamovereenkomst

De raamovereenkomst is een praktische manier om tegemoet te komen aan het wilsverklaringsprobleem. Het houdt in dat partijen die middels geautomatiseerde systemen overeenkomsten wensen te sluiten, met een raamovereenkomst vooraf afspraken maken over het bindende karakter van de verklaringen die het systeem aflegt. Het gaat dan bijvoorbeeld om een *interchange agreement* zoals die gebruikelijk is bij het gebruik van EDI.

D. De benadering van de UNCITRAL

In de UNCITRAL Conventie inzake elektronisch contracteren is een bepaling opgenomen op grond waarvan een overeenkomst 'geen rechtsgeldigheid ontzegt mag worden', indien de overeenkomst tot stand is gekomen met behulp van een geautomatiseerd systeem. Dit geeft echter geen uitsluitel over de vraag hoe en waarom het handelen van het systeem aan iemand kan worden toegerekend.

Bij de automatische rechtshandeling kan zich, net zoals bij de 'niet-automatische' rechtshandeling een discrepantie tussen wil en verklaring voordoen. Een oneigenlijke dwaling kan wellicht sneller voorkomen ingeval een geautomatiseerd systeem wordt gebruikt.

Indien zich een discrepantie tussen wil en verklaring voordoet, kan de vertrouwensleer zoals vervat in artikel 3:35 BW zonder problemen worden toegepast in situaties waarin gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde systemen. In jurisprudentie wordt de vertrouwensleer ingevuld aan de hand van een beeld van de 'gemiddelde consument'.

Aanbod en aanvaarding, de twee eenzijdige rechtshandelingen die samen de overeenkomst in de zin van artikel 6:213 BW vormen, kunnen gezien het uitgangspunt van vormvrijheid met behulp van geautomatiseerde systemen worden uitgewisseld.

Het Burgerlijk Wetboek bevat diverse informatieplichten die van toepassing kunnen zijn wanneer gebruikt wordt gemaakt van geautomatiseerde systemen bij het aangaan van overeenkomsten. Ingeval van een overeenkomst langs elektronische weg is er sprake van een algemene informatieplicht, een prijsinformatieplicht, een wettelijke pre-contractuele informatieplicht, en een informatieplicht inzake contractvoorwaarden. Ingeval van een overeenkomst op afstand is er sprake van een pre-contractuele informatieplicht en een post-contractuele informatieplicht.

Ten aanzien van de informatieplichten kan een onderscheid worden gemaakt naar het *moment* en de *wijze waarop* de informatie dient te worden verstrekt. Er kunnen drie wijzen van verstrekking worden benoemd. De eerste wijze houdt in dat informatie ‘voor de neus’ van de wederpartij gepresenteerd moet worden. De tweede wijze houdt in dat de wederpartij via een *hyperlink* kennis kan nemen van de informatie. De derde wijze houdt in dat de wederpartij de informatie moet kunnen opslaan om later te kunnen weergeven. Bij de koop op afstand heeft de koper onder omstandigheden het recht om zonder opgave van redenen te ontbinden. De koper beschikt hierdoor over een bedenktijd. Het is de vraag hoe dit valt in te passen in de wilsvertrouwensleer. Naar mijn mening is het niet nodig om toevlucht te nemen tot de fictie van de uitgestelde wilsovereenstemming. Het is volgens mij geen ramp dat een beginsel wordt gerelativeerd.

DE WILLENSERKLÄRUNG (HOOFDSTUK 6)

Naar Duits recht komt een overeenkomst (*Vertrag*) tot stand door het doen van een aanbod (*Antrag*) en de aanvaarding (*Annahme*) van het aanbod. De wil als grondslag voor gebondenheid lijkt een grotere rol te spelen dan naar Nederlandse recht het geval is. Toch is er wel degelijk sprake van een objectiverende toets in de vorm van een bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen. Dit geschiedt door een verklaring te beoordelen in het licht van het standpunt van de ontvanger van een verklaring (*Sicht des Erklärungsempfängers*). Het Duitse *Rechtsgeschäft* zou kunnen worden gezien als een equivalent van de rechtshandeling. Een noodzakelijk onderdeel van het *Rechtsgeschäft* is de *Willenserklärung*, dit is de uiting van een op het teweegbrengen van een rechtsgevolg gerichte wil.

In de Duitse literatuur wordt ten aanzien van het gebruik van geautomatiseerde systemen een onderscheid gemaakt in drie soorten *Willenserklärungen*, te weten de *elektronische Willenserklärung*, de *automatisierte Willenserklärung* en de *Computererklärung*. De *elektronische Willenserklärung* wordt door de verklarende partij zelf opgesteld en vervolgens met behulp van een geautomatiseerd systeem verzonden. De *automatisierten Willenserklärung* wordt met behulp van een geautomatiseerd systeem opgesteld. De verzending geschiedt langs andere weg. De *Computererklärung* wordt met behulp van een geautomatiseerd systeem zowel opgesteld als verzonden. De *Computererklärung* wordt gezien als een *Willenserklärung* van de gebruiker van het betreffende geautomatiseerde systeem. Dit wordt door middel van drie verschillende gronden onderbouwd. In de eerste plaats wordt een vergelijking gemaakt met verkoopautomaten. In zo'n apparaat worden als het ware kant-en-klare *Willenserklärungen* opgeslagen, te weten aanbiedingen *ad incertae personae*. Een zodanige, aan een ieder gericht aanbod, kan worden aanvaard door een munt in de gleuf van het apparaat te werpen. Een tweede grond bestaat uit een vergelijking met een

Blanketterklärung, een blanco, reeds ondertekend stuk. Een *Blanketterklärung* wordt gedaan door de verklarende partij en wordt aan de hand van bepaalde aanwijzingen door een ondergeschikte gecompleteerd. Een zodanig totstandgekomen *Willenserklärung* wordt aan de verklarende partij toegerekend, ook al is hij niet van tevoren bekend met de inhoud van de verklaring. De derde grond bestaat uit analoge toepassing van de bepalingen uit het BGB betreffende vertegenwoordiging en volmacht.

In de Duitse jurisprudentie wordt slechts incidenteel een algemene regel gegeven om een automatisch afgelegde verklaring toe te rekenen aan de gebruiker van het betreffende systeem. Volgens de rechter geldt zo'n verklaring als *Willenserklärung* van de gebruiker omdat de programmering van het geautomatiseerd systeem door mensenhand geschiedt. Aangezien het systeem slechts bevelen opvolgt, heeft het handelen van het systeem haar oorsprong in een door de gebruiker verrichte en in beginsel op zijn wil teruggaande handeling. Hierin is de theorie van de geprogrammeerde wil te herkennen.

Uit de literatuur en de jurisprudentie volgt dat een *Willenserklärung* die ongewilde informatie bevat vanwege fouten in de voorbereidingshandeling, niet vernietigbaar is. Er zou namelijk geen sprake zijn van een *Erklärungsirrtum*, maar van een *Motivirrtum*. Dit is volgens mij niet vol te houden. Doel van het gebruik van een geautomatiseerd systeem is immers dat het systeem de verklaringshandeling verricht. Het onderscheid tussen voorbereidingshandelingen en invoerfouten valt daarom naar mijn mening niet te maken.

Het wekt enigszins verbazing dat het BGH niet ingaat op de in de literatuur ontwikkelde *Computererklärung*.

RECHTSSUBJECTIVITEIT EN VERTEGENWOORDIGING (HOOFDSTUK 7)

In de literatuur worden drie gronden onderscheiden op grond waarvan een geautomatiseerd systeem als een rechtssubject zou kunnen worden aangemerkt: morele gerechtigdheid, sociale realiteit en juridische opportuniteit. De grondslag van de morele gerechtigdheid komt er op neer dat er morele redenen zijn om rechtssubjectiviteit toe te kennen aan een geautomatiseerd systeem. Bij de grondslag van de sociale realiteit wordt aangeknoopt bij de theorieën over de rechtspersoon die rechtspersoonlijkheid funderen op de grond dat er sprake is van een reële persoon. Volgens sommige auteurs gaat het om gedrag van een systeem dat vergelijkbaar is met gedrag van een persoon die zich ervan bewust is dat zijn handelingen tot juridische gebondenheid leiden. Ik ben het ermee eens dat het recht zoveel mogelijk moet aansluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid. Ik denk alleen niet dat in de voorzienbare toekomst geautomatiseerde systemen gedrag zullen vertonen dat in het maatschappelijk verkeer voor 'menselijk' wordt aangezien. De grondslag van de juridische opportuniteit houdt in dat rechtssubjectiviteit wordt verleend aan een geautomatiseerd systeem omdat dat juridisch gezien opportuun is.

Morele gerechtigdheid en sociale realiteit leveren naar mijn mening op dit moment geen grondslag op om een geautomatiseerd systeem als rechtssubject te kwalificeren.

Bij de behandeling van de vraag of een geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger aangemerkt kan worden, wordt gesproken van de *vertegenwoordigingstheorie*. De vertegenwoordigingstheorie houdt in dat de handelingen van een geautomatiseerd systeem worden vergeleken met de handelingen van een vertegenwoordiger. Dit kan betekenen dat de regels van het vertegenwoordigingsrecht rechtstreeks dan wel naar analogie van toepassing zouden kunnen zijn op een geautomatiseerd systeem. Voor rechtstreeks toepassing van de volmactsregels op een geautomatiseerd systeem, dient het geautomatiseerd systeem eerst als een rechtssubject te worden gekwalificeerd. Nu dat naar mijn mening niet het geval is, behoort rechtstreekse toepassing van de volmactsregels niet tot de mogelijkheden. Verschillende auteurs hebben gepleit voor analoge toepassing van regels van vertegenwoordigingsrecht. Er moet echter worden geconcludeerd dat die voorstellen geen problemen wegnemen, maar eerder de toerekening van de door het systeem verrichte handelingen ingewikkelder maken.

ELECTRONIC AGENCY (HOOFDSTUK 8)

Naar 'Amerikaans' recht wordt ook (een equivalent van) het wilsverklaringsprobleem opgeworpen: hoe is het handelen van een geautomatiseerd systeem toe te rekenen, als er geen sprake is van een "human decision" ten aanzien van elke door het systeem afgelegde verklaring? In Amerikaanse modelwetgeving is als oplossing onder meer een wettelijke toerekeningsregel voorgesteld. Deze regel houdt in dat de gebruiker van een *electronic agent* gebonden is aan het functioneren van de *agent*, "even if no individual was aware of or reviewed the agent's operations or the results of the operations."

Het leerstuk van *electronic agency* klinkt voor de continentale Europese jurist als een grensverleggend leerstuk. Hij verwacht een dogmatische visie op de vraag of een geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger kan optreden. Deze verwachting miskent waarschijnlijk de voor hem andere aard van het Amerikaanse recht. Met een wettelijke regeling van *electronic agency* wordt niet gepleit voor een fundamentele benadering van het geautomatiseerd systeem als vertegenwoordiger, of wellicht als een soort pseudo-vertegenwoordiger. Het gaat daarentegen om een praktische *ad hoc* aanvulling op het bestaande contractenrecht.

HET MOMENT VAN TOTSTANDKOMING (HOOFDSTUK 9)

Een overeenkomst komt tot stand door de aanvaarding van een aanbod. Het moment waarop de aanvaarding werking heeft, is daarom bepalend voor het moment van totstandkoming van een overeenkomst. Volgens het Burgerlijk Wetboek moet een tot een persoon gerichte verklaring die persoon hebben *bereikt* om haar werking te hebben. Naar mijn mening is er sprake van *bereiken* wanneer de geadresseerde van de verklaring kennis neemt of daarvan, naar de verzender redelijkerwijs mocht aannemen, kennis had kunnen nemen. Dit is de gecorrigeerde ontvangst-vernemingstheorie. Ten aanzien van het gebruik van geautomatiseerde systemen wordt echter door de meeste auteurs aangenomen dat er dient te worden uitgegaan van de ontvangsttheorie: een verklaring heeft werking op het moment van ontvangst, ongeacht de verwachtingen van de verzender ten aanzien van het moment van verneming door de ontvanger. Voor de nadelen die de ontvangsttheorie met zich meebrengt, zijn in de literatuur correctieven voorgesteld. Naar mijn mening wordt onterecht uitgegaan van de ontvangsttheorie. Door de ontvangst-vernemingstheorie te hanteren in het geval geautomatiseerde systemen worden ingezet om overeenkomsten aan te gaan, vervalt de noodzaak voor allerlei correctieven.

HET GEBRUIK VAN ALGEMENE VOORWAARDEN (HOOFDSTUK 10)

In het handelsverkeer wordt vaak gebruik gemaakt van gestandaardiseerde contractvoorwaarden, zogenaamde algemene voorwaarden. Diegene die de door hem opgestelde algemene voorwaarden onderdeel wil laten uitmaken van een overeenkomst wordt aangeduid als *gebruiker*, de andere partij als *wederpartij*. Voor de normering van het gebruik van algemene voorwaarden door de Nederlandse wetgever kan een onderscheid worden gemaakt tussen *opnametoetsing* (wanneer worden de algemene voorwaarden onderdeel van een overeenkomst?) en *inhoudstoetsing* (is het redelijk dat een algemene voorwaarde gelding toekomt?). In dit proefschrift wordt alleen gekeken naar de opnametoetsing.

Opnametoetsing is onder te verdelen naar de vraag wanneer er gebondenheid aan algemene voorwaarden optreedt, en naar de vraag of de gebruiker heeft voldaan aan de op hem rustende informatieplicht.

Ten aanzien van de gebondenheid geldt dat een wederpartij ook dan gebonden is aan de algemene voorwaarden als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud daarvan niet kende. Er is dus sprake van een uitzondering op de wilsvertrouwensleer. Ingeval van het gebruik van geautomatiseerde systemen is duidelijk dat de wederpartij niet geconfronteerd hoeft te worden met de integrale tekst van de algemene voorwaarden, willen zij gelden in een overeenkomst.

Ten aanzien van de informatieplicht rust er op de gebruiker de verplichting om de wederpartij een redelijke mogelijkheid tot kennisname te gunnen. Dit betekent in de meeste gevallen dat de algemene voorwaarden ter hand moeten worden gesteld. Voor het gebruik van algemene voorwaarden ingeval geautomatiseerde systemen worden ingezet, heeft de wetgever een bijzonder regel inzake de elektronische terbeschikkingstelling vastgesteld. Er is in de literatuur terechte kritiek op de informatieplicht, maar deze kritiek treft de elektronische terbeschikkingstelling niet. Bij het invullen van de informatieplicht moet er worden uitgegaan van *de gemiddelde computergebruiker*. Bij het nagaan wanneer er elektronisch ter beschikking is gesteld, moet namelijk worden bepaald welke handelingen van de wederpartij geveerd mogen worden. Er mogen naar mijn mening geen handelingen worden geveerd die voornamelijk door technisch onderlegde computergebruikers kunnen worden verricht

DE AUTOMATISCHE ONDERTEKENING (HOOFDSTUK 11)

Schriftelijkheid en *ondertekening*, soms in combinatie, gelden soms als vormvereiste. Om na te gaan of aan vormvereiste kan worden voldaan indien gebruik wordt gemaakt van een geautomatiseerd systeem, kan de functionele equivalentie-benadering worden toegepast. Dit is benadering waarbij wordt nagegaan wat de functie is van het geschrift en de handgeschreven handtekening in het maatschappelijk verkeer, en hoe op elektronische wijze die functie vervuld kan worden.

Om naar Nederlands recht tot een coherente visie op het onderwerp te komen, dient naar mijn mening rekening te worden gehouden met de volgende drie aandachtspunten.

Het eerste aandachtspunt is dat de toepassing van de functionele equivalentie-benadering ertoe heeft geleid papier en de handgeschreven handtekening over hun graf heen regeren. Ook in de elektronische situatie is het kennelijk nodig om een onderscheid te maken tussen schriftelijkheid en ondertekening, en voor beiden een afzonderlijk elektronisch alternatief te verzinnen (te weten, de artikelen 3:15a en 6:227a BW, en het wetsvoorstel inzake elektronische akte).

Het tweede aandachtspunt houdt in dat een elektronische handtekening niet zo vergelijkbaar is met de handgeschreven handtekening als de benaming doet vermoeden, waardoor een juridische gelijkstelling van de elektronische handtekening met de handgeschreven handtekening niet voor de hand ligt.

Het derde aandachtspunt is dat een focus op 'papieren' vormvereisten voorbij gaat aan het feit dat het Burgerlijk Wetboek inmiddels al een behoorlijk aantal voorschriften kent die gaan over de wijze waarop een verklaring dient te worden overgedragen. Deze voorschriften zijn deels in hoofdstuk 5 aan de orde gekomen. Om tot een coherente, meer omvattende visie te komen, dient naar mijn mening aansluiting te worden gezocht bij de eerder genoemde beginselen van behoorlijk IT-gebruik (identificatie/authenticatie, authenticiteit,

integriteit, onweerlegbaarheid, transparantie). Met behulp van deze beginselen kan namelijk worden bepaald aan welke eisen moet zijn voldaan om een elektronische verklaring op een voldoende betrouwbare wijze over te dragen. Er dient bijzondere aandacht te zijn voor één bepaalde functie van vormvereisten, te weten de bescherming tegen overijling.

Bij een automatisch geplaatste elektronische handtekening is er geen sprake van een bezinningsmoment. Een automatische handtekening heeft daarom een betrekkelijke waarde. Bovendien levert de juridische erkenning van de automatische ondertekening van bijvoorbeeld een onderhandse akte, geen meerwaarde op. Het is dan ook onwenselijk om de automatische ondertekening te erkennen als een juridische handtekening, en daarmee dezelfde rechtsgevolgen toe te kennen aan een automatisch geplaatste elektronische handtekening, als een handgeschreven handtekening of een niet-automatische geplaatste elektronische handtekening.

Summary

Automated contract formation

This thesis deals with automated contract formation, i.e. the use of automated systems when formulating and/or exchanging declarations in order to create a contract. The automated systems in question operate *automatically*. This can concern for instance vending machines, e-mail, web stores, electronic market-places or online auctions. In Chapter 2 I provide an overview of the different categories of automated systems.

In Chapter 3 I propose to make a strict distinction between the automated system as an instrument, and the automated system as an actor. Using the instrument approach, the automated system is seen as an instrument of its user. Using the actor approach, the automated system is seen as a participant in society. I argue that the actor approach makes it less clear how a system functions. Furthermore, it does not bring about advantages that outweigh this disadvantage. I propose that the actor approach should not automatically bring about a legal qualification: the fact that a system might be considered an actor, should not automatically mean that it should be a legal person (Chapters 3 and 7).

The problem definition of the thesis is: how and under what conditions is one contractually bound, if an automated system is used to act on behalf of a person to form a contract?

A contract is defined as a multilateral juridical act. A contract is formed by offer and acceptance. Offer and acceptance are defined as unilateral juridical acts. According to the Dutch Civil Code, it is determined whether a contract is formed using the doctrine of will and reliance. A statement that is contrary to one's will cannot lead to a contract, unless the other party had reason to assume that there was no conflict between the will and the expression thereof. With regard to automated systems, the question arises whether the acts of the system can be grounded on the will of a person. In order to address this problem, I argue in Chapter 5 that the theory of the programmed will and the theory of the general will can be used. According to the first theory, the acts of the system can be regarded as juridical acts of its user, because the acts of the system are based on a pre-existing will of the user. According to the second theory, the acts of the system are based on the general will that is aimed at the legal effect of the acts of the system.

In case of a statement, made by an automated system, that is contrary to the will of the user, the doctrine of reliance can be applied. In case law, the 'average consumer' is used when applying the doctrine of reliance (Chapter 5).

The Dutch Civil Code contains duties to provide information. These duties may apply when using automated systems. In Chapter 5, I propose to distinguish between the *moment* and the way *how* information must be provided, according to these information duties. There are three general methods on how the information should be provided. According to the first method, information should be presented directly to the recipient. According to the second method, information can be presented using a hyperlink. According to the third method, information should be presented to the recipient in a way that allows him to store and reproduce the information.

In Chapter 6 I deal with German law. The German equivalent of the Dutch juridical act is the *Rechtsgeschäft*. A *Rechtsgeschäft* demands a *Willenserklärung*. This is an expression of one's will to be legally bound. According to German doctrine, one can distinguish in three types of *Willenserklärungen* when using automated systems: the *elektronische Willenserklärung*, the *automatisierte Willenserklärung* and the *Computererklärung*. The *elektronische Willenserklärung* is drafted by a person and subsequently transported using an automated system. The *automatisierten Willenserklärung* is drafted by an automated system and is subsequently transported used other means. The *Computererklärung* is drafted as well as transported by an automated system. The *Computererklärung* qualifies as a *Willenserklärung* of the user of the system, according to German doctrine. Surprisingly, the *Bundesgerichtshof* does not discuss the *Computererklärung*.

In Chapter 7 I deal with legal personhood and agency. In the legal literature, there are generally three grounds for bestowing legal personhood on an automated system: moral entitlement (a system is entitled to personhood), social reality (socially, the automated system is accepted as a person) and legal convenience (personhood for automated systems is a convenient legal vehicle). I argue that legal convenience should be the only ground to confer legal personhood to automated systems. Furthermore, I argue that an automated system should not be considered to be an agent.

In Chapter 8 electronic agency is addressed. American model legislation has introduced the concept of the *electronic agent*. According to the model legislation the user of an electronic agent is bound by the action of the agent, "even if no individual was aware of or reviewed the agent's operations or the results of the operations." For the continental European lawyer, electronic agency sounds like a well thought-out, fundamental solution. However electronic agency is merely a practical *ad hoc* addition to existing contract law.

Chapter 9 deals with the moment of contract formation. According to the Dutch Civil Code, a contract is formed when the acceptance of the offer "reaches" the recipient. I argue that a message should have legal effect on the moment the recipient can be expected (by the sender) to read the message.

In Chapter 10 I address the use of general terms and conditions. The Dutch Civil Code contains detailed rules as to when general terms and conditions are binding part of a contract. In general, and as an exception to the doctrine of will and reliance, the other party is bound by the general terms and conditions, even if the user of the general terms and conditions knew or had to know that the other party did not know the contents of the general terms and conditions. However, the user of general terms and conditions is obliged to provide the other party with a copy of the general terms and conditions. This obligation can be criticised as being too strict. However, the Dutch legislator introduced a specific rule concerning the presentation of general terms and conditions using an automated system. This specific rule does not befall the same criticism. I argue that the specific rule should be interpreted with the 'average computer user' in mind.

The automated signature is dealt with in Chapter 11. I argue that an automatically placed signature does not have the same value as a handwritten signature, and should not have the same legal value.

In Chapter 12 I finalize the research. I recall the answers to the six research questions, as well as the answers to the problem definition.

Referenties

BOEKEN EN ARTIKELEN

Abas 1998

P. Abas, 'Techniek achterhaalt dogmatiek: bij de fax geldt voortaan de verzendings-theorie!', *WPNR* 1998/6324, p. 517-518.

Agentlink Roadmap 2003

M. Luck, P. McBurney & Chr. Preist (red.), *Agent Technology: Enabling Next Generation Computing. A Roadmap for Agent Based Computing, Version 1.0.*

Allen & Widdison 1996

T. Allen & R. Widdison, 'Can computers make contracts?', *Harvard Journal of Law and Technology* 1996, p. 25-52.

Asser/Hartkamp 4-II 2001

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburg, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Van der Grinten 2-I 1990

W.C.L. van der Grinten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Asser/Hijma 5-I 2001

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Scholten 1-II 1940

P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personenrecht. 2^e stuk. Vertegenwoordiging en rechtspersoon*. Zwolle: Tjeenk Willink 1940.

Awad 2002

E.M. Awad, *Electronic commerce. From vision to fulfillment*, Prentice Hall 2002.

Barendrecht & Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners. Van dwaling tot zelfstandig leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten, notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

- Baum 2001
S. Baum, *Der elektronische Vertragsabschluss*, (diss. Basel), http://www.unibas.ch/diss/2001/DissB_6136.pdf 2001.
- Blei Weissmann (Verbintenissenrecht III)
Y.G. Blei Weissmann, 'Art. 217-230. Artikelsgewijs commentaar', in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht III* (losbl.), Deventer: Kluwer.
- De Boer 1992
J. de Boer, 'De elektronische schriftelijke vorm', *NJB* 1992/21, p. 670-672.
- Borking, Van Eck & Siepel 1999
J.J. Borking, B.M.A. van Eck & P. Siepel, *Intelligent software agents and privacy*, Den Haag: Registratiekamer 1999.
- Bos 1999
J.J. Bos, 'De ICC ETERMS Repository: het gebruik van juridische voorwaarden op internet', *Computerrecht* 1999/3, p. 119-123.
- Boss 2001
A.H. Boss, 'The Uniform Electronic Transactions Act in a global environment', *Idaho Law Review* 2001, p. 275-351.
- Bradshaw 1997
J. Bradshaw, *Software agents*, Cambridge: MIT Press 1997.
- Broekema-Engelen & Broekema 1999
B.J. Broekema-Engelen en J.W. Broekema, 'De werking van een verklaring: ontvangsttheorie ook van toepassing bij moderne communicatiemiddelen?', *Bb* 1999/22, p. 219-222.
- Chavez & Maes 1996
A. Chavez & P. Maes, 'Kasbah: An Agent Marketplace for Buying and Selling Goods', *First International Conference on the Practical Application of Intelligent Agents and Multi-Agent Technology (PAAM'96)*.
- Clemens 1985
R. Clemens, 'Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren', *NJW* 1985, p. 1998-2005.
- Cornelius 2002
K. Cornelius, 'Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten', *MMR* 2002/6, p. 353-358.
- Coteanu 2005
G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law. State of the Art and Perspectives* (diss. Leiden), Boekarest: Humanitas 2005.
- Dietz 1998
J. Dietz, 'Handelende computers: vertegenwoordigers of middelen?', *Computerrecht* 1998/1, p. 25-26.
- Dennett 1987
D.C. Dennett, *The intentional stance*, Cambridge: The MIT Press 1987.
- Dennett 1991
D.C. Dennett, *Consciousness explained*, Boston: Little, Brown & Company 1991.
- Dumortier & Van den Eynde 2001
J. Dumortier & S. Van den Eynde, 'De juridische erkenning van de elektronische handtekening in België', *Computerrecht* 2001/4, p. 185-194.

Dumortier 2002

J. Dumortier, 'Directive 1999/93/EC on a Community framework for electronic signatures', in: A.R. Lodder & H.W.K. Kaspersen (red.), *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce. Commentary on the Directives on Distance Selling, Electronic Signatures, Electronic Commerce, Copyright in the Information Society, and Data Protection*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 33-65.

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

Van Es 2002

P.C. van Es, 'Nadere opmerkingen over de Wet elektronische handtekeningen', *WPNR* 2002 6515, p. 857-858.

Van Esch 1999a

R.E. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Esch 1999b

R.E. van Esch, 'Overeenkomsten en rechtshandelingen via Internet en e-mail', in: *Meesters over 2000. Meesters over IT*, Jonge Balie Congres 1999, Den Haag: SDU 1999, p. 9-17.

Van Esch & Bramer 2000

R.E. van Esch en Chr.P.G. Bramer, 'Algemene voorwaarden en informatieplicht in cyberspace', *Computerrecht* 2000/6, p. 283-288.

Van Esch 2001

R.E. van Esch, 'Recente ontwikkelingen in het vermogensrecht op het terrein van de elektronische handel', *WPNR* 2001/6443, p. 373-381.

Van Esch 2002

R.E. van Esch, 'Elektronische contracteren en de aanpassingswet inzake elektronische handel', *NTBR* 2002/9, p. 430-438.

Van Esch 2004

R.E. van Esch, 'De Aanpassingswet elektronische handel', *Computerrecht* 2004/3, p. 107-115.

Van Esch 2008

R.E. van Esch, 'Het wetsvoorstel schriftelijkheid en elektronisch rechtsverkeer en de elektronische onderhandse akte', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2008/4, p. 90-92.

Farnsworth 1983

E.A. Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, London: Oceana 1983.

Farnsworth 1999

E.A. Farnsworth, *Contracts*, New York: Aspen 1999.

Feliu 2001

S. Feliu, *Intelligent agents and consumer protection*, ECLIP rapport 2001.

Finocchiaro 2003

G. Finocchiaro, 'The conclusion of the electronic contract through "software agents" A false legal problem? Brief considerations', *Computer Law & security Report*, 2003/19.

Flint 2001

D. Flint, 'The name is Bond "Web-bot Bond" – Some legal issues surrounding intelligent agents', *Business Law Review* 2001, p. 250-255.

Ford & Baum 2001

W. Ford & M.S. Baum, *Secure Electronic Commerce. Building the infrastructure for digital signatures & encryption. Second Edition*, Prentice Hall 2001.

Franken 2001

H. Franken, 'Juridisch theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2001, p. 33-74.

Franken, Kaspersen & De Wild 2001

H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2001.

Gregory 2001

J.D. Gregory, 'The UETA and the UECA: Canadian reflections', *Idaho Law Review* 2001, p. 441-476.

Gijrath & Kolthek 2002

S.J.H. Gijrath & R.J. Kolthek, 'Wetsvoorstel Elektronische Handel: Gemiste kansen bij elektronisch contracteren', *Computerrecht* 2002/6, p. 352-360.

Gregory 2001

J.D. Gregory, 'The UETA and the UECA: Canadian reflections', *Idaho Law Review* 2001, p. 441-476.

Hage 1997

J. Hage, 'Handelende computers', *Computerrecht* 1997/5, p. 219-223.

Hardy & Heslen 2009

R.R.R. Hardy & G.G. Heslen, 'Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten', *WPNR* 2009/6783, p. 69-71.

Hartlief & Tjittes 2001

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2001/31, p. 1459-1473.

Van Hekesen 2002

A.M. van Hekesen, 'Contracteren op basis van de Wet elektronische handel', *Ondernemingsrecht* 2002/9, p. 258-264.

Hijma 1988

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Hijma 1998

Jac. Hijma, 'Algemene Inleiding', in: A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1-24.

Hijma 2003

Jac. Hijma, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2003.

Hijma 2004

Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd. Preadviezen 2004. Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-86.

- Hoogervorst 2001
E.M. Hoogervorst, 'Het risico voor verminkte verklaringen: wat volgt uit het slot van art. 3:37 lid 4 BW?', *NTBR* 2001/10, p. 508-509.
- Huen 1994
S-E Huen, 'Die elektronische Willenserklärung. Rechtliche Einordnung, Anfechtung und Zugang', *Computer Und Recht* 1994/10, p. 595-600.
- Huls 1998
N.J.H. Huls e.a., MDW-rapport elektronisch verrichten van rechtshandelingen, Ministerie van Justitie 1998.
- Hultmark Ramberg 2001
C. Hultmark Ramberg, 'The E-Commerce Directive and formation of contract in a comparative perspective', *European Law Review* 2001, p. 429-450.
- Huydecoper & Van Esch 1997
S. Huydecoper & R. van Esch, *Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?*, IteR-rapport 7, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom 1997.
- Jennings, Sycara & Wooldridge 1998
N.R. Jennings, K. Sycara & M. Wooldridge, 'A Roadmap of Agent Research and Development', *Autonomous Agents and Multi-Agent Systems* 1998, p. 275-306.
- Jennings & Wooldridge 1998
N.R. Jennings & M. Wooldridge, 'Applications of Intelligent Agents', in: Nicholas R. Jennings en Michael J. Wooldridge (red.), *Agent Technology Foundations, Applications and Markets*, Springer-Verlag 1998, p. 11-17.
- Jongeneel & Cohen Tervaert 2002
R.H.C. Jongeneel & D.J. Cohen Tervaert, 'Beperk de informatieplicht bij algemene voorwaarden', *NJB* 2002/44, p. 2189-2190.
- Kephart, Hanson & Greenwald 2000
J.O. Kephart, J.E. Hanson & A.R. Greenwald, 'Dynamic pricing by software agents', *Computer Networks: The International Journal of Computer and Telecommunications Networking*, Volume 32, Issue 6 (mei 2000).
- Kerr 1999
I.R. Kerr, 'Spirits in the material world. Intelligent agents as intermediaries in electronic commerce', *Dalhousie Law Journal* 1999, p. 190-249.
- Kerr 2001
I.R. Kerr, 'Ensuring the success of contract formation in agent-mediated electronic commerce', *Electronic Commerce Research* 2001, p. 183-202.
- Kierkegaard 2007
S.M. Kierkegaard, 'E-Contract formation: U.S. and EU perspectives', *Shidler Journal of Law, Commerce & Technology* 2007, p. 12 e.v.
- Van der Klaauw-Koops 2002
F.A.M. van der Klaauw-Koops, 'Het totstandkomen van elektronische contracten', in: R.E. van Esch, C. Prins en A.J.M. van Bellen, *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 127-143.
- Kuhn 1991
M. Kuhn, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation. Zurechenbarkeit und Haftung*, München: C.H. Beck 1991.

Larenz/Wolf 1997

M. Wolf, K. Larenz. *Allgemeiner Teil des bürgerliches Rechts*, München: Beck 1997

Lerouge 1999

J.F. Lerouge, 'The use of electronic agents questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American level', *John Marshall Journal of Computer and Information Law* 1999, p. 403-433.

Linneman 2000

J. Linneman, 'Elektronisch contracteren', *Contracteren* 2000/2, p. 41-45.

Lodder 2002

A.R. Lodder, 'Directive 2001/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market', in: A.R. Lodder & H.W.K. Kaspersen (red.), *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce. Commentary on the Directives on Distance Selling, Electronic Signatures, Electronic Commerce, Copyright in the Information Society, and Data Protection*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 67-93.

Luijf & Verhaar 1998

H.A.M. Luijf & P.J.A. Verhaar, *Software agents and IPR/copyright*, Den Haag: TNO, 1998.

Maes 1994

P. Maes, 'Agents that Reduce Work and Information Overload', *Communication of the ACM* 1994/7, p. 31-40.

Martius 2007

H.P.A.J. Martius, *Elektronisch handelsrecht. De juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.

Matthias 2007

A. Matthias, *Automaten als Träger von Rechten. Plädoyer für eine Gesetzesänderung* (diss. Humboldt-Universität Berlin), Berlin: Logos Verlag 2007.

Mehrings 1998

J. Mehrings, 'Vertragsabschluß im Internet. Eine neue Herausforderung für das \alte\ BGB', *MMR* 1998/1, p. 30-33.

Mehrings 1999

J. Mehrings, 'Vertragsabschluß im Internet', in: T. Hoeren & U. Sieber, *Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs* (losbl.), C.H. Beck: München 1999.

Mehrings 2000

J. Mehrings, 'Teil 13. Verträge mit Usern', in: Hoeren, Thomas & Sieber e.a., *Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehr* (losbl.), München: Beck 2000.

Mitrakas 1997

A. Mitrakas, *Open EDI and Law in Europe* (diss. Rotterdam), Den Haag: Kluwer Law International 1997.

Mitrakas & Bos 1998

A. Mitrakas & J.J. Bos, 'The ICC ETERMS Repository to support public key infrastructure', *Jurimetrics Journal* 1998, p. 473-483.

Mok 1997

M.R. Mok, *Pacta Sunt Servanda: Ja toch?* (afscheidscollege Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 15

De Moor 2003

R. de Moor, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden moet gehandhaafd blijven', *NJB* 2003/7, p. 327-328, met naschrift van Jongeneel en Cohen Tervaert.

Negroponte 1995

N. Negroponte, *Being Digital*, London: Hodder and Stoughton 1995.

Nieuwenhuis 1988

J.H. Nieuwenhuis, 'Toerekening van vertrouwen', *WPNR* 1988 5885, p. 491-494.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkend contractenrecht', *NTBR* 2001/7, p. 333

Nimmer & Krauthouse 1995

R.T. Nimmer & P. Krauthouse, 'Electronic Commerce: New Paradigms in Information Law', *Idaho Law Review* (31) 1995, p. 937-966.

Noorda 2000

C.W. Noorda, 'Online contracteren', in: *Onderneming en ICT*, J.M.A. Berkvens e.a. (red.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 95-106.

Palandt/Bassenge e.a. 2007

P. Bassenge e.a., *Band 7. Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2007.

Pitlo/Hidma/Rutgers 2004

T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004.

Prins & Gijrath 2000

J.E.J. Prins & S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Ramberg 2002

C. Ramberg, 'Internet Marketplaces. The law of auctions and exchanges online', Oxford: Oxford University Press 2002.

Sander 2000

C. Sander, 'Het sluiten van overeenkomsten on line', in: K. Stuurman, R. Westerdijk & C. Sander, *De e-Consument. Consumentenbescherming in de Nieuwe Economie*, Den Haag: Elsevier 2000, p. 55-73.

Sander 2003

C.J. Sander, 'Klik en klaar op het internet; totstandkoming en afwikkeling van on-lineovereenkomsten', *Praktisch Procederen* 2003/4, p. 85-94.

Sapherstein 1997

M.B. Sapherstein, 'Intelligent agents and copyright: Internet technology outpaces the law . . . Again', *Boston College Intellectual Property & Technology Forum* 1997.

Sartor 2002

G. Sartor, 'Agents in cyberlaw', in: *LE@. Workshop on the law of electronic agents. Selected and revised papers*, 2002.

Seelt & Jongen 2001

M. Seelt & H.D.J. Jongen, 'Het van toepassing verklaren van algemene voorwaarden op via internet gesloten overeenkomsten', *V&O* 2001/1, p. 2-5.

- Schermer 2009
B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2007.
- Schmidt & Mommers 2001
A.H.J. Schmidt & L. Mommers, 'Informatie en communicatie', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2001 p. 1-31.
- Schneider 2003
G.P. Schneider, *Electronic Commerce*, Thomson Course Technology 2003.
- Smed 1998
S. Smed, 'Intelligent software agents and agency law', *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 1998, p. 503-507.
- Smits 1995
J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Snijders 2001
H.J. Snijders, 'Het bereiken van een geadresseerde (per e-mail)', *WPNR* 2001/6444, p. 433-440 en *WPNR* 2001/6445, p. 457-461.
- Solum 1992
L.B. Solum, 'Legal personhood for artificial intelligences', *North Carolina Law Review* 1992, p. 1231-1287.
- Von Staudinger/Dilcher 1980
H. Dilcher, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 12. Neubearbeitete Auflage*, Berlin: J. Schweitzer 1980.
- Stuurman 2002
C. Stuurman, 'Contracteren in een elektronische omgeving: algemene voorwaarden, informatieplichten en consumentenbescherming', in: J.E.J. Prins & R.E. van Esch, *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 145-159.
- Syx 1986
D. Syx, 'Naar nieuwe vormen van handtekening? Het probleem van de handtekening in het elektronisch rechtsverkeer', *Computerrecht* 1986/3, p. 153-167.
- Tanenbaum 1998
A.S. Tanenbaum, *Structured Computer Organization*, Prentice Hall 1998.
- Vandenbergh 1988
G.P.V. Vandenbergh, 'Signature', in: Y. Poulet & G.P.V. Vandenbergh, *Telebanking, Teleshopping and the Law*, Deventer: Kluwer 1988, p. 59-67.
- Valk 1998
W.L. Valk, 'Totstandkoming', in: A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998, p. 25-82.
- Valk 2004
W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd?', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd. Preadviezen 2004. Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 87-142.

- De Vries 1993
H.H. de Vries, *Juridische aspecten van huisteleatica* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.
- Webb & Meijer 2002
M.L. Webb & S.Y.Th. Meijer, 'Zijn de algemene voorwaarden toepasselijk?', *Advocatenblad* 2002/2, p. 72-77.
- Weitzenboeck 2001
E.M. Weitzenboeck, *Electronic agents and the formation of contracts*, ECLIP EP 27028, 2001.
- Westerveld 2001
J.R. Westerveld, 'E-mail, de techniek', in: H.W.K. Kaspersen & C. Stuurman (red.), *Juridische aspecten van e-mail*, Deventer: Kluwer 2001, p. 1-28.
- Wettig & Zehendner 2003
S. Wettig & E. Zehendner, 'The electronic agent: a legal personality under German law?', in: A. Oskamp & E.M. Weitzenboeck (eds.), *LEA 2003: The law and electronic agents. Proceedings of the second LEA workshop, 24th June 2003, in connection with the ICAIL 2003 conference (ninth international conference on artificial intelligence and law)*, Oslo: Norwegian Research Center for Computers and Law, 2003.
- Wiebe 2002
A. Wiebe, *Die elektronische Willenserklärung. Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs* (Habilitationsschrift), Tübingen: Mohr Siebeck 2002.
- Wiersma 2006
H.W. Wiersma, 'De betekenis van de (EU) elektronische handtekening voor het procesrecht', *JBPr* 2006/4, p. 428-440.
- Winter 2001
J.W. Winter, 'Vennootschapsrecht en moderne technologie', 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. 55-136.
- Van der Wiel 1996
B.T.M. van der Wiel, 'De ontvangsttheorie blijft overeind', *WPNR* 1996/6331, p. 656-657.
- Wissink 2004
M.H. Wissink, 'Terhandstelling van algemene voorwaarden. De stand na tien jaar toepassing door rechter en arbiter', *TvA* 2004/54, p. 145-152.
- Wooldridge & Jennings 1995
M. Wooldridge & N.R. Jennings, 'Intelligent Agents: theory and practice', *The Knowledge Engineering Review* 1995, p. 115-152
- Wu 1998
S.S. Wu, 'Incorporation by reference and public key infrastructures: moving the law beyond the paper-based world', *Jurimetrics Journal* 1998, p. 317-343.
- Zwalve 2000
W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS EN WETGEVING

BT-Drs 14/4986

Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, Drucksache 14/4987, 14 december 2000.

UCITA with prefatory note and comments

UCITA with prefatory note and comments, National Conference of Commissioners on Uniform State Law, 15 oktober 2002.

UETA with prefatory note and comments

UETA with prefatory note and comments, National Conference of Commissioners on Uniform State Law, juli 1999.

uncitral Model Law on Electronic Commerce

Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, New York: United Nations, (<http://www.uncitral.org>), (16 december 1996).

Uncitral Draft Convention on Electronic Contracting

Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention, New York: United Nations, (<http://www.uncitral.org>), (18 december 2003).

Restatement (Second) of Contract

Restatement (Second) of Contracts, American Law Institute 1981.

PG Boek 3 1981.

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6 1981.

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

HR 17 december 1885, *Weekblad van het Recht* 1886, 5251.

HR 26 oktober 1893, W 6416

HR 21 januari 1898, *Weekblad van het Recht* 1898, 7078

HR 1 augustus 1910, *Weekblad van het Recht* 1910, 9025.

HR 2 februari 1920, NJ 1920, 235.

HR 21 december 1933, NJ 1934, p. 368 (m.nt. Meijers)

HR 25 juni 1943, NJ 1943, 518.

HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229 (m.nt. PAS; *Hoogovens/Mouchkelly*)

HR 10 juni 1994, NJ 1995, 284 (m.nt. Snijders; *Pennings/Stichting SPBRZ*)

HR 8 september 1995, NJ 1996, 567 (m.nt. Snijders; *Tilburg/Schouten*)

HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55 (m.nt. Snijders; *Staat/K.*)

HR 20 maart 1998, NJ 1998, 548 (*G./Antillen*)

HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 897 (*Van Rhee/ING Bank*)

DUITSE JURISPRUDENTIE

BGH 07.11.2001, VIII ZR 13/01, CR 3/2002 (*Ricardo*)

BGH 03.11.2004, VIII ZR 375/03, *JurPC Web-Dok.* 281/2004 (*eBay*)

BGH 26.01.2005, VIII ZR 79/04, *JurPC Web-Dok.* 26/2005

OLG Hamm, 14 december 2000, *JZ* 2001, 14.

OLG Frankfurt 20.11.2002, 9 U 94/02, *JurPC Web-Dok.* 91/2003

LG Münster 21 januari 2000, *JZ* 2000, 730

LG Köln 16.04.2003, 9 S 289/02, *JurPC Web-Dok.* 138/2003

LG Gießen 04.06.2003, 1 S 413/02, *JurPC Web-Dok.* 278/2003

AG Frankfurt 13 juni 1989, CR 1990/7, p. 469-470.

AG Butzbach 14.06.2002, 51 C 25/02 (71), *JurPC Web-Dok.* 348/2002

AG Westerburg 14.03.2003, 21 C 26/03, *JurPC Web-Dok.* 184/2003

AG Moers 11.02.2004, 532 C 109/03, *JurPC Web-Dok.* 201/2004 (*Sofortkauf I*)

AG Syke 27.09.2004, 24 C 988/04, *JurPC Web-Dok.* 13/2005 (*Sofortkauf II*)

AG Lahnstein 15.12.2004, 2 C 471/04, *JurPC Web-Dok.* 34/2005 (*Sofortkauf III*)

Curriculum vitae

Marten Berend Voulon

1974	Geboren te Stadskanaal
1994	Atheneum, Ubbo Emmius Lyceum, Stadskanaal
1994 – 2000	Nederlands recht, Universiteit Utrecht, Afstudeerrichting: privaatrecht
2000 – 2005	Promovendus & onderzoeker, Computer/Law Institute, Vrije Universiteit Amsterdam
2005 – heden	Promovendus & docent, eLaw@Leiden, Universiteit Leiden
2005 – heden	Adviseur ICT-recht, Duthler Associates, Den Haag

Nawoord

Dit proefschrift is tot stand gekomen dankzij eLaw@Leiden, het centrum voor recht in de informatiemaatschappij van de Universiteit Leiden, de sectie vermogensrecht en het Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit Amsterdam, en dankzij Hans Franken, Jaap van den Herik en Anne-Wil Duthler.

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2009 en 2010 verschenen:

- MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7
- MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009
- MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7
- MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7
- MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0
- MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0
- MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009
- MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5
- MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.
- MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politieke gegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703
- MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5
- MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3
- MI-168 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 1307 156 6
- MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0
- MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5
- MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3
- MI-172 H.H. Kielman, *Politieke gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1
- MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6
- MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten*, Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8
- MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2
- MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2
- MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7
- MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2
- MI-179 M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 098 7

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

SIKS Dissertatiereeks

1998

1998-1

Johan van den Akker (CWI)

DEGAS – An Active, Temporal Database of Autonomous Objects

1998-2

Floris Wiesman (UM)

Information Retrieval by Graphically Browsing Meta-Information

1998-3

Ans Steuten (TUD)

A Contribution to the Linguistic Analysis of Business Conversations within the Language/Action Perspective

1998-4

Dennis Breuker (UM)

Memory versus Search in Games

1998-5

E.W.Oskamp (RUL)

Computerondersteuning bij Straftoemeting

1999

1999-1

Mark Sloof (VU)

Physiology of Quality Change Modelling; Automated modelling of Quality Change of Agricultural Products

1999-2

Rob Potharst (EUR)

Classification using decision trees and neural nets

1999-3

Don Beal (UM)

The Nature of Minimax Search

1999-4

Jacques Penders (UM)

The practical Art of Moving Physical Objects

1999-5

Aldo de Moor (KUB)

Empowering Communities: A Method for the Legitimate User-Driven Specification of Network Information Systems

1999-6

Niek J.E. Wijngaards (VU)

Re-design of compositional systems

1999-7

David Spelt (UT)

Verification support for object database design

1999-8

Jacques H.J. Lenting (UM)

Informed Gambling: Conception and Analysis of a Multi-Agent Mechanism for Discrete Reallocation.

2000

2000-1

Frank Niessink (VU)

Perspectives on Improving Software Maintenance

2000-2

Koen Holtman (TUE)

Prototyping of CMS Storage Management

2000-3

Carolien M.T. Metselaar (UVA)

Sociaal-organisatorische gevolgen van kennistechnologie; een procesbenadering en actorperspectief.

2000-4

Geert de Haan (VU)

ETAG, A Formal Model of Competence Knowledge for User Interface Design

2000-5

Ruud van der Pol (UM)

Knowledge-based Query Formulation in Information Retrieval.

2000-6

Rogier van Eijk (UU)

Programming Languages for Agent Communication

2000-7

Niels Peek (UU)

Decision-theoretic Planning of Clinical Patient Management

2000-8

Veerle Coup, (EUR)

Sensitivity Analysis of Decision-Theoretic Networks

2000-9

Florian Waas (CWI)

Principles of Probabilistic Query Optimization

2000-10

Niels Nes (CWI)

Image Database Management System Design Considerations, Algorithms and Architecture

2000-11

Jonas Karlsson (CWI)

Scalable Distributed Data Structures for Database Management

2001

2001-1

Silja Renooij (UU)

Qualitative Approaches to Quantifying Probabilistic Networks

2001-2

Koen Hindriks (UU)

Agent Programming Languages: Programming with Mental Models

2001-3

Maarten van Someren (UvA)

Learning as problem solving

2001-4

Evgueni Smirnov (UM)

Conjunctive and Disjunctive Version Spaces with Instance-Based Boundary Sets

2001-5

Jacco van Ossenbruggen (VU)

Processing Structured Hypermedia: A Matter of Style

2001-6

Martijn van Welie (VU)

Task-based User Interface Design

2001-7

Bastiaan Schonhage (VU)

Diva: Architectural Perspectives on Information Visualization

2001-8

Pascal van Eck (VU)

A Compositional Semantic Structure for Multi-Agent Systems Dynamics.

2001-9

Pieter Jan 't Hoen (RUL)

Towards Distributed Development of Large Object-Oriented Models, Views of Packages as Classes

2001-10

Maarten Sierhuis (UvA)

Modeling and Simulating Work Practice BRAHMS: a multiagent modeling and simulation language for work practice analysis and design

2001-11

Tom M. van Engers (VUA)

Knowledge Management: The Role of Mental Models in Business Systems Design

2002

2002-01

Nico Lassing (VU)

Architecture-Level Modifiability Analysis

2002-02
Roelof van Zwol (UT)
Modelling and searching web-based document collections

2002-03
Henk Ernst Blok (UT)
Database Optimization Aspects for Information Retrieval

2002-04
Juan Roberto Castelo Valdueza (UU)
The Discrete Acyclic Digraph Markov Model in Data Mining

2002-05
Radu Serban (VU)
The Private Cyberspace Modeling Electronic Environments inhabited by Privacy-concerned Agents

2002-06
Laurens Mommers (UL)
Applied legal epistemology; Building a knowledge-based ontology of the legal domain

2002-07
Peter Boncz (CWI)
Monet: A Next-Generation DBMS Kernel For Query-Intensive Applications

2002-08
Jaap Gordijn (VU)
Value Based Requirements Engineering: Exploring Innovative E-Commerce Ideas

2002-09
Willem-Jan van den Heuvel(KUB)
Integrating Modern Business Applications with Objectified Legacy Systems

2002-10
Brian Sheppard (UM)
Towards Perfect Play of Scrabble

2002-11
Wouter C.A. Wijngaards (VU)
Agent Based Modelling of Dynamics: Biological and Organisational Applications

2002-12
Albrecht Schmidt (Uva)
Processing XML in Database Systems

2002-13
Hongjing Wu (TUE)
A Reference Architecture for Adaptive Hypermedia Applications

2002-14
Wieke de Vries (UU)
Agent Interaction: Abstract Approaches to Modelling, Programming and Verifying Multi-Agent Systems

2002-15
Rik Eshuis (UT)
Semantics and Verification of UML Activity Diagrams for Workflow Modelling

2002-16
Pieter van Langen (VU)
The Anatomy of Design: Foundations, Models and Applications

2002-17
Stefan Manegold (UVA)
Understanding, Modeling, and Improving Main-Memory Database Performance

2003

2003-01
Heiner Stuckenschmidt (VU)
Ontology-Based Information Sharing in Weakly Structured Environments

2003-02
Jan Broersen (VU)
Modal Action Logics for Reasoning About Reactive Systems

2003-03
Martijn Schuemie (TUD)
Human-Computer Interaction and Presence in Virtual Reality Exposure Therapy

2003-04
Milan Petkovic (UT)
Content-Based Video Retrieval Supported by Database Technology

2003-05
Jos Lehmann (UVA)
Causation in Artificial Intelligence and Law – A modelling approach

2003-06
Boris van Schooten (UT)
Development and specification of virtual environments

2003-07
Machiel Jansen (UvA)
Formal Explorations of Knowledge Intensive Tasks

2003-08
Yongping Ran (UM)
Repair Based Scheduling

2003-09
Rens Kortmann (UM)
The resolution of visually guided behaviour

2003-10
Andreas Lincke (UvT)
Electronic Business Negotiation: Some experimental studies on the interaction between medium, innovation context and culture

2003-11
Simon Keizer (UT)
Reasoning under Uncertainty in Natural Language Dialogue using Bayesian Networks

2003-12
Roeland Ordelman (UT)
Dutch speech recognition in multimedia information retrieval

2003-13
Jeroen Donkers (UM)
Nosce Hostem – Searching with Opponent Models

2003-14
Stijn Hoppenbrouwers (KUN)
Freezing Language: Conceptualisation Processes across ICT-Supported Organisations

2003-15
Mathijs de Weerd (TUD)
Plan Merging in Multi-Agent Systems

2003-16
Menzo Windhouwer (CWI)
Feature Grammar Systems – Incremental Maintenance of Indexes to Digital Media Warehouses

2003-17
David Jansen (UT)
Extensions of Statecharts with Probability, Time, and Stochastic Timing

2003-18
Levente Kocsis (UM)
Learning Search Decisions

2004

2004-01
Virginia Dignum (UU)
A Model for Organizational Interaction: Based on Agents, Founded in Logic

2004-02
Lai Xu (UvT)
Monitoring Multi-party Contracts for E-business

2004-03
Perry Groot (VU)
A Theoretical and Empirical Analysis of Approximation in Symbolic Problem Solving

2004-04
Chris van Aart (UVA)
Organizational Principles for Multi-Agent Architectures

2004-05
Viara Popova (EUR)
Knowledge discovery and monotonicity

2004-06
Bart-Jan Hommes (TUD)
The Evaluation of Business Process Modeling Techniques

2004-07
Elise Boltjes (UM)
Voorbeeldig onderwijs; voorbeeldgestuurd onderwijs, een opstap naar abstract denken, vooral voor meisjes

2004-08
Joop Verbeek(UM)
Politie en de Nieuwe Internationale Informatiemarkt, Grensregionale politieke gegevensuitwisseling en digitale expertise

2004-09
Martin Caminada (VU)
For the Sake of the Argument; explorations into argument-based reasoning

2004-10
Suzanne Kabel (UVA)
Knowledge-rich indexing of learning-objects

2004-11
Michel Klein (VU)
Change Management for Distributed Ontologies

2004-12
The Duy Bui (UT)
Creating emotions and facial expressions for embodied agents

2004-13
Wojciech Jamroga (UT)
Using Multiple Models of Reality: On Agents who Know how to Play

2004-14
Paul Harrenstein (UU)
Logic in Conflict. Logical Explorations in Strategic Equilibrium

2004-15
Arno Knobbe (UU)
Multi-Relational Data Mining

2004-16
Federico Divina (VU)
Hybrid Genetic Relational Search for Inductive Learning

2004-17
Mark Winands (UM)
Informed Search in Complex Games

2004-18
Vania Bessa Machado (UvA)
Supporting the Construction of Qualitative Knowledge Models

2004-19
Thijs Westerveld (UT)
Using generative probabilistic models for multimedia retrieval

2004-20
Madelon Evers (Nyenrode)
Learning from Design: facilitating multidisciplinary design teams

2005

2005-01
Floor Verdenius (UVA)
Methodological Aspects of Designing Induction-Based Applications

2005-02
Erik van der Werf (UM)
AI techniques for the game of Go

2005-03
Franc Grootjen (RUN)
A Pragmatic Approach to the Conceptualisation of Language

2005-04
Nirvana Meratnia (UT)
Towards Database Support for Moving Object data

2005-05
Gabriel Infante-Lopez (UVA)
Two-Level Probabilistic Grammars for Natural Language Parsing

2005-06
Pieter Spronck (UM)
Adaptive Game AI

2005-07
Flavius Frasincar (TUE)
Hypermedia Presentation Generation for Semantic Web Information Systems

2005-08
Richard Vdovjak (TUE)
A Model-driven Approach for Building Distributed Ontology-based Web Applications

2005-09
Jeen Broekstra (VU)
Storage, Querying and Inferencing for Semantic Web Languages

2005-10
Anders Bouwer (UVA)
Explaining Behaviour: Using Qualitative Simulation in Interactive Learning Environments

2005-11
Elth Ogston (VU)
Agent Based Matchmaking and Clustering – A Decentralized Approach to Search

2005-12
Csaba Boer (EUR)
Distributed Simulation in Industry

2005-13
Fred Hamburg (UL)
Een Computermodel voor het Ondersteunen van Euthanasiebeslissingen

2005-14
Borys Omelayenko (VU)
Web-Service configuration on the Semantic Web; Exploring how semantics meets pragmatics

2005-15
Tibor Bosse (VU)
Analysis of the Dynamics of Cognitive Processes

2005-16
Joris Graaumans (UU)
Usability of XML Query Languages

2005-17
Boris Shishkov (TUD)
Software Specification Based on Re-usable Business Components

2005-18
Danielle Sent (UU)
Test-selection strategies for probabilistic networks

2005-19
Michel van Dartel (UM)
Situated Representation

2005-20
Cristina Coteanu (UL)
Cyber Consumer Law, State of the Art and Perspectives

2005-21
Wijnand Derks (UT)
Improving Concurrency and Recovery in Database Systems by Exploiting Application Semantics

2006

2006-01
Samuil Angelov (TUE)
Foundations of B2B Electronic Contracting

2006-02
Cristina Chisalita (VU)
Contextual issues in the design and use of information technology in organizations

2006-03
Noor Christoph (UVA)
The role of metacognitive skills in learning to solve problems

2006-04
Marta Sabou (VU)
Building Web Service Ontologies

2006-05
Cees Pierik (UU)
Validation Techniques for Object-Oriented Proof Outlines

2006-06
Ziv Baida (VU)
Software-aided Service Bundling – Intelligent Methods & Tools for Graphical Service Modeling

2006-07
Marko Smiljanic (UT)
XML schema matching - balancing efficiency and effectiveness by means of clustering

2006-08
Eelco Herder (UT)
Forward, Back and Home Again – Analyzing User Behavior on the Web

2006-09
Mohamed Wahdan (UM)
Automatic Formulation of the Auditor's Opinion

2006-10
Ronny Siebes (VU)
Semantic Routing in Peer-to-Peer Systems

2006-11
Joeri van Ruth (UT)
Flattening Queries over Nested Data Types

2006-12
Bert Bongers (VU)
Interactivation – Towards an e-cology of people, our technological environment, and the arts

2006-13
Henk-Jan Lebbink (UU)
Dialogue and Decision Games for Information Exchanging Agents

2006-14
Johan Hoorn (VU)
Software Requirements: Update, Upgrade, Redesign – towards a Theory of Requirements Change

2006-15
Rainer Malik (UU)
CONAN: Text Mining in the Biomedical Domain

2006-16
Carsten Riggelsen (UU)
Approximation Methods for Efficient Learning of Bayesian Networks

2006-17
Stacey Nagata (UU)
User Assistance for Multitasking with Interruptions on a Mobile Device

2006-18

Valentin Zhizhkun (UVA)

Graph transformation for Natural Language Processing

2006-19

Birna van Riemsdijk (UU)

Cognitive Agent Programming: A Semantic Approach

2006-20

Marina Velikova (UvT)

Monotone models for prediction in data mining

2006-21

Bas van Gils (RUN)

Aptness on the Web

2006-22

Paul de Vrieze (RUN)

Fundamentals of Adaptive Personalisation

2006-23

Ion Juvina (UU)

Development of Cognitive Model for Navigating on the Web

2006-24

Laura Hollink (VU)

Semantic Annotation for Retrieval of Visual Resources

2006-25

Madalina Drugan (UU)

Conditional log-likelihood MDL and Evolutionary MCMC

2006-26

Vojkan Mihajlovic (UT)

Score Region Algebra: A Flexible Framework for Structured Information Retrieval

2006-27

Stefano Bocconi (CWI)

Vox Populi: generating video documentaries from semantically annotated media repositories

2006-28

Borkur Sigurbjornsson (UVA)

Focused Information Access using XML Element Retrieval

2007

2007-01

Kees Leune (UvT)

Access Control and Service-Oriented Architectures

2007-02

Wouter Teepe (RUG)

Reconciling Information Exchange and Confidentiality: A Formal Approach

2007-03
Peter Mika (VU)
Social Networks and the Semantic Web

2007-04
Jurriaan van Diggelen (UU)
Achieving Semantic Interoperability in Multi-agent Systems: a dialogue-based approach

2007-05
Bart Schermer (UL)
Software Agents, Surveillance, and the Right to Privacy: a Legislative Framework for Agent-enabled Surveillance

2007-06
Gilad Mishne (UVA)
Applied Text Analytics for Blogs

2007-07
Natasa Jovanovic' (UT)
To Whom It May Concern – Addressee Identification in Face-to-Face Meetings

2007-08
Mark Hoogendoorn (VU)
Modeling of Change in Multi-Agent Organizations

2007-09
David Mobach (VU)
Agent-Based Mediated Service Negotiation

2007-10
Huib Aldewereld (UU)
Autonomy vs. Conformity: an Institutional Perspective on Norms and Protocols

2007-11
Natalia Stash (TUE)
Incorporating Cognitive/Learning Styles in a General-Purpose Adaptive Hypermedia System

2007-12
Marcel van Gerven (RUN)
Bayesian Networks for Clinical Decision Support: A Rational Approach to Dynamic Decision-Making under Uncertainty

2007-13
Rutger Rienks (UT)
Meetings in Smart Environments; Implications of Progressing Technology

2007-14
Niek Bergboer (UM)
Context-Based Image Analysis

2007-15
Joyca Lacroix (UM)
NIM: a Situated Computational Memory Model

2007-16
Davide Grossi (UU)
Designing Invisible Handcuffs. Formal investigations in Institutions and Organizations for Multi-agent Systems

2007-17
Theodore Charitos (UU)
Reasoning with Dynamic Networks in Practice

2007-18
Bart Orriens (UvT)
On the development an management of adaptive business collaborations

2007-19
David Levy (UM)
Intimate relationships with artificial partners

2007-20
Slinger Jansen (UU)
Customer Configuration Updating in a Software Supply Network

2007-21
Karianne Vermaas (UU)
Fast diffusion and broadening use: A research on residential adoption and usage of broadband internet in the Netherlands between 2001 and 2005

2007-22
Zlatko Zlatev (UT)
Goal-oriented design of value and process models from patterns

2007-23
Peter Barna (TUE)
Specification of Application Logic in Web Information Systems

2007-24
Georgina Ramírez Camps (CWI)
Structural Features in XML Retrieval

2007-25
Joost Schalken (VU)
Empirical Investigations in Software Process Improvement

2008

2008-01
Katalin Boer-Sorbán (EUR)
Agent-Based Simulation of Financial Markets: A modular, continuous-time approach

2008-02
Alexei Sharpanskykh (VU)
On Computer-Aided Methods for Modeling and Analysis of Organizations

2008-03
Vera Hollink (UVA)
Optimizing hierarchical menus: a usage-based approach

2008-04
Ander de Keijzer (UT)
Management of Uncertain Data – towards unattended integration

2008-05
Bela Mutschler (UT)
Modeling and simulating causal dependencies on process-aware information systems from a cost perspective

2008-06
Arjen Hommersom (RUN)
On the Application of Formal Methods to Clinical Guidelines, an Artificial Intelligence Perspective

2008-07
Peter van Rosmalen (OU)
Supporting the tutor in the design and support of adaptive e-learning

2008-08
Janneke Bolt (UU)
Bayesian Networks: Aspects of Approximate Inference

2008-09
Christof van Nimwegen (UU)
The paradox of the guided user: assistance can be counter-effective

2008-10
Wauter Bosma (UT)
Discourse oriented summarization

2008-11
Vera Kartseva (VU)
Designing Controls for Network Organizations: A Value-Based Approach

2008-12
Jozsef Farkas (RUN)
A Semiotically Oriented Cognitive Model of Knowledge Representation

2008-13
Caterina Carraciolo (UVA)
Topic Driven Access to Scientific Handbooks

2008-14
Arthur van Bunningen (UT)
Context-Aware Querying; Better Answers with Less Effort

2008-15
Martijn van Otterlo (UT)
The Logic of Adaptive Behavior: Knowledge Representation and Algorithms for the Markov Decision Process Framework in First-Order Domains.

2008-16
Henriette van Vugt (VU)
Embodied agents from a user's perspective

2008-17
Martin Op 't Land (TUD)
Applying Architecture and Ontology to the Splitting and Allying of Enterprises

2008-18
Guido de Croon (UM)
Adaptive Active Vision

2008-19
Henning Rode (UT)
From Document to Entity Retrieval: Improving Precision and Performance of Focused Text Search

2008-20
Rex Arendsen (UVA)
Geen bericht, goed bericht. Een onderzoek naar de effecten van de introductie van elektronisch berichtenverkeer met de overheid op de administratieve lasten van bedrijven.

2008-21
Krisztian Balog (UVA)
People Search in the Enterprise

2008-22
Henk Koning (UU)
Communication of IT-Architecture

2008-23
Stefan Visscher (UU)
Bayesian network models for the management of ventilator-associated pneumonia

2008-24
Zharko Aleksovski (VU)
Using background knowledge in ontology matching

2008-25
Geert Jonker (UU)
Efficient and Equitable Exchange in Air Traffic Management Plan Repair using Spender-signed Currency

2008-26
Marijn Huijbregts (UT)
Segmentation, Diarization and Speech Transcription: Surprise Data Unraveled

2008-27
Hubert Vogten (OU)
Design and Implementation Strategies for IMS Learning Design

2008-28
Ildiko Flesch (RUN)
On the Use of Independence Relations in Bayesian Networks

2008-29
Dennis Reidsma (UT)
Annotations and Subjective Machines – Of Annotators, Embodied Agents, Users, and Other Humans

2008-30
Wouter van Atteveldt (VU)
Semantic Network Analysis: Techniques for Extracting, Representing and Querying Media Content

2008-31
Loes Braun (UM)
Pro-Active Medical Information Retrieval

2008-32
Trung H. Bui (UT)
Toward Affective Dialogue Management using Partially Observable Markov Decision Processes

2008-33
Frank Terpstra (UVA)
Scientific Workflow Design; theoretical and practical issues

2008-34
Jeroen de Knijf (UU)
Studies in Frequent Tree Mining

2008-35
Ben Torben Nielsen (UvT)
Dendritic morphologies: function shapes structure

2009

2009-01
Rasa Jurgelenaite (RUN)
Symmetric Causal Independence Models

2009-02
Willem Robert van Hage (VU)
Evaluating Ontology-Alignment Techniques

2009-03
Hans Stol (UvT)
A Framework for Evidence-based Policy Making Using IT

2009-04
Josephine Nabukenya (RUN)
Improving the Quality of Organisational Policy Making using Collaboration Engineering

2009-05
Sietse Overbeek (RUN)
Bridging Supply and Demand for Knowledge Intensive Tasks – Based on Knowledge, Cognition, and Quality

2009-06
Muhammad Subianto (UU)
Understanding Classification

2009-07
Ronald Poppe (UT)
Discriminative Vision-Based Recovery and Recognition of Human Motion

2009-08
Volker Nannen (VU)
Evolutionary Agent-Based Policy Analysis in Dynamic Environments

2009-09
Benjamin Kanagwa (RUN)
Design, Discovery and Construction of Service-oriented Systems

2009-10
Jan Wielemaker (UVA)
Logic programming for knowledge-intensive interactive applications

2009-11
Alexander Boer (UVA)
Legal Theory, Sources of Law & the Semantic Web

2009-12
Peter Massuthe (TUE, Humboldt-Universitaet zu Berlin)
Operating Guidelines for Services

2009-13
Steven de Jong (UM)
Fairness in Multi-Agent Systems

2009-14
Maksym Korotkiy (VU)
From ontology-enabled services to service-enabled ontologies (making ontologies work in e-science with ONTO-SOA)

2009-15
Rinke Hoekstra (UVA)
Ontology Representation – Design Patterns and Ontologies that Make Sense

2009-16
Fritz Reul (UvT)
New Architectures in Computer Chess

2009-17
Laurens van der Maaten (UvT)
Feature Extraction from Visual Data

2009-18
Fabian Groffen (CWI)
Armada, An Evolving Database System

2009-19
Valentin Robu (CWI)
Modeling Preferences, Strategic Reasoning and Collaboration in Agent-Mediated Electronic Markets

2009-20
Bob van der Vecht (UU)
Adjustable Autonomy: Controlling Influences on Decision Making

2009-21
Stijn Vanderlooy (UM)
Ranking and Reliable Classification

2009-22
Pavel Serdyukov (UT)
Search For Expertise: Going beyond direct evidence

2009-23
Peter Hofgesang (VU)
Modelling Web Usage in a Changing Environment

2009-24
Annerieke Heuvelink (VUA)
Cognitive Models for Training Simulations

2009-25
Alex van Ballegooij (CWI)
'RAM: Array Database Management through Relational Mapping'

2009-26
Fernando Koch (UU)
An Agent-Based Model for the Development of Intelligent Mobile Services

2009-27
Christian Glahn (OU)
Contextual Support of social Engagement and Reflection on the Web

2009-28
Sander Evers (UT)
Sensor Data Management with Probabilistic Models

2009-29
Stanislav Pokraev (UT)
Model-Driven Semantic Integration of Service-Oriented Applications

2009-30
Marcin Zukowski (CWI)
Balancing vectorized query execution with bandwidth-optimized storage

2009-31
Sofiya Katrenko (UVA)
A Closer Look at Learning Relations from Text

2009-32
Rik Farenhorst (VU) and Remco de Boer (VU)
Architectural Knowledge Management: Supporting Architects and Auditors

2009-33
Khiet Truong (UT)
How Does Real Affect Affect Affect Recognition In Speech?

2009-34
Inge van de Weerd (UU)
Advancing in Software Product Management: An Incremental Method Engineering Approach

2009-35
Wouter Koelewijn (UL)
Privacy en Politiegegevens; Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling

2009-36
Marco Kalz (OUN)
Placement Support for Learners in Learning Networks

2009-37
Hendrik Drachsler (OUN)
Navigation Support for Learners in Informal Learning Networks

2009-38
Riina Vuorikari (OU)
Tags and self-organisation: a metadata ecology for learning resources in a multilingual context

2009-39
Christian Stahl (TUE, Humboldt-Universitaet zu Berlin)
Service Substitution -- A Behavioral Approach Based on Petri Nets

2009-40
Stephan Raaijmakers (UvT)
Multinomial Language Learning: Investigations into the Geometry of Language

2009-41
Igor Berezhnyy (UvT)
Digital Analysis of Paintings

2009-42
Toine Bogers (UvT)
Recommender Systems for Social Bookmarking

2009-43
Virginia Nunes Leal Franqueira (UT)
Finding Multi-step Attacks in Computer Networks using Heuristic Search and Mobile Ambients

2009-44
Roberto Santana Tapia (UT)
Assessing Business-IT Alignment in Networked Organizations

2009-45
Jilles Vreeken (UU)
Making Pattern Mining Useful

2009-46
Loredana Afanasiev (UvA)
Querying XML: Benchmarks and Recursion

2010

2010-01
Matthijs van Leeuwen (UU)
Patterns that Matter

2010-02

Ingo Wassink (UT)
Work flows in Life Science

2010-03

Joost Geurts (CWI)
A Document Engineering Model and Processing Framework for Multimedia documents

2010-04

Olga Kulyk (UT)
Do You Know What I Know? Situational Awareness of Co-located Teams in Multidisplay Environments

2010-05

Claudia Hauff (UT)
Predicting the Effectiveness of Queries and Retrieval Systems

2010-06

Sander Bakkes (UvT)
Rapid Adaptation of Video Game AI

2010-07

Wim Fikkert (UT)
A Gesture interaction at a Distance

2010-08

Krzysztof Siewicz (UL)
Towards an Improved Regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments

2010-09

Hugo Kielman (UL)
A Politiele gegevensverwerking en Privacy, Naar een effectieve waarborging

2010-10

Rebecca Ong (UL)
Mobile Communication and Protection of Children

2010-11

Adriaan Ter Mors (TUD)
The world according to MARP: Multi-Agent Route Planning

2010-12

Susan van den Braak (UU)
Sensemaking software for crime analysis

2010-13

Gianluigi Folino (RUN)
High Performance Data Mining using Bio-inspired techniques

2010-14

Sander van Splunter (VU)
Automated Web Service Reconfiguration

2010-15
Lianne Bodenstaff (UT)
Managing Dependency Relations in Inter-Organizational Models

2010-16
Sicco Verwer (TUD)
Efficient Identification of Timed Automata, theory and practice

2010-17
Spyros Kotoulas (VU)
Scalable Discovery of Networked Resources: Algorithms, Infrastructure, Applications

2010-18
Charlotte Gerritsen (VU)
Caught in the Act: Investigating Crime by Agent-Based Simulation

2010-19
Henriette Cramer (UvA)
People's Responses to Autonomous and Adaptive Systems

2010-20
Ivo Swartjes (UT)
Whose Story Is It Anyway? How Improv Informs Agency and Authorship of Emergent Narrative

2010-21
Harold van Heerde (UT)
Privacy-aware data management by means of data degradation

2010-22
Michiel Hildebrand (CWI)
End-user Support for Access to Heterogeneous Linked Data

2010-23
Bas Steunebrink (UU)
The Logical Structure of Emotions

2010-24
Dmytro Tykhonov
Designing Generic and Efficient Negotiation Strategies

2010-25
Zulfiqar Ali Memon (VU)
Modelling Human-Awareness for Ambient Agents: A Human Mindreading Perspective

2010-26
Ying Zhang (CWI)
XRPC: Efficient Distributed Query Processing on Heterogeneous XQuery Engines

2010-27
Marten Voulon (UL)
Automatisch contracteren

2010-28
Arne Koopman (UU)
Characteristic Relational Patterns

2010-29
Stratos Idreos(CWI)
Database Cracking: Towards Auto-tuning Database Kernels

