

11 | Het sanctiecomplex in de aanpassingswet elektronische handel

R.E. van Esch[■]

1 INLEIDING

Het Nederlandse burgerlijk recht wordt in toenemende mate beïnvloed door Europese regelgeving. Zo ook de Nederlandse wetgeving die betrekking heeft op de elektronische handel. Sterker nog, deze wetgeving is in overwegende mate een uitvloeisel van Europese richtlijnen. Ik heb het dan over de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten,¹ de Richtlijn elektronische handtekeningen,² de Richtlijn inzake elektronische handel³ en de Richtlijn verkoop op afstand financiële diensten.⁴ De eerste richtlijn is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving door de Wet koop op afstand.⁵ De tweede richtlijn door de Wet elektronische handtekeningen.⁶ De derde door de Aanpassingswet

-
- R.E. van Esch is bijzonder hoogleraar elektronische handel, Universiteit Leiden.
 - 1 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.
 - 2 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000, L 13/12.
 - 3 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 ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* 2000, L 178/1.
 - 4 Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *PbEG* 2002, L 271/16.
 - 5 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 overeenkomsten (*PbEG* L 144), *Stb.* 2000, 617.
 - 6 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 juridisch kader voor elektronische handtekeningen (*PbEG* L 13) (Wet elektronische handtekeningen), *Stb.* 2003, 199.

richtlijn inzake elektronische handel.⁷ De laatste richtlijn is geïmplementeerd door middel van de Wet financiële dienstverlening (Wfd).⁸

Deze richtlijnen zijn thematisch van opzet. Rond het thema wordt een aantal onderwerpen geregeld met als oogmerk om de wetgeving in de lidstaten met betrekking tot deze onderwerpen te harmoniseren en daardoor de elektronische handel tussen de lidstaten te bevorderen. Sommige lidstaten hebben ervoor gekozen om de richtlijnen te implementeren door middel van een afzonderlijke wet. Zo heeft bijvoorbeeld België een aparte wet voor de elektronische handtekening⁹ en een aparte wet voor de elektronische handel.¹⁰ De Nederlandse wetgever bewandelt een andere weg. Hij probeert manmoedig de Europese regelgeving in te passen in bestaande wetgeving of meeromvattende nieuwe wetgeving, met alle problemen van dien.

Het eerste probleem waar de Nederlandse wetgever bij deze handelwijze tegenaan loopt, is het passen van de Europese regelgeving in het systeem van de wet. Ik geef een aantal voorbeelden.

De Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten is verwerkt in de wettelijke regeling betreffende koop en ruil in Titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, terwijl deze richtlijn ook betrekking heeft op overeenkomsten op afstand die strekken tot het verlenen van diensten. Men kan deze laatste overeenkomsten toch moeilijk onder de benoemde overeenkomst 'koop' scharen.

De status van de elektronische handtekening wordt geregeld in een aparte Afdeling 1A, Titel 1 Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, die handelt over het elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer. Daarin treft men art. 3:15a aan, dat in het eerste lid bepaalt dat een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen heeft 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. In ons Burgerlijk Wetboek zal men echter tevergeefs zoeken naar een regeling over de rechtsgevolgen van de handgeschreven elektronische handtekening.

7 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.

8 Wet van 12 mei 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening (Wet financiële dienstverlening), *Stb.* 2005, 339.

9 Wet houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten, *Belgisch Staatsblad* 29 september 2001, 33070.

10 Wet betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *Belgisch Staatsblad* 17 maart 2003, 12962.

De Richtlijn inzake elektronische handel bevat een artikel met betrekking tot commerciële communicaties (reclame). Waarom worden de bepalingen van dit artikel geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:15e), terwijl de regeling betreffende spam weer is opgenomen in art. 11.7 van de Telecommunicatiewet?¹¹ En in art. 3:15f lid 3 BW wordt in aanvulling daarop ook nog eens bepaald dat de controleurs van de Belastingdienst/FIOD-ECD belast zijn met de opsporing van deze strafbare feiten. Zijn dit nog onderwerpen van vermogensrecht?

De Richtlijn verkoop op afstand financiële diensten is opgenomen in de Wet financiële dienstverlening. Deze wet regelt echter primair het toezicht op de financiële dienstverlening en dan met name het gedragstoezicht door de Autoriteit Financiële Markten. Men kan zich dan ook afvragen waarom onderwerpen als informatieverplichtingen en het recht op herroeping in deze wet worden neergelegd, waar de wetgever er ten aanzien van dezelfde onderwerpen uit de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten voor heeft gekozen om deze een plaats in het Burgerlijk Wetboek te geven. Ongetwijfeld heeft daarbij een rol gespeeld dat voor de implementatie van de eerste richtlijn het Ministerie van Financiën en voor die van de tweede richtlijn het Ministerie van Justitie verantwoordelijk was.

Een tweede probleem betreft de terminologie van de Europese regelgeving. Daarin komen begrippen voor die in de Nederlandse wetten waarin de richtlijnen worden geïmplementeerd, onbekend zijn. Kies je voor implementatie in bestaande wetgeving, dan heb je al snel de neiging om voor wat betreft het begrippenkader hierbij aansluiting te zoeken. Zo ook de Nederlandse wetgever. Ik geef het voorbeeld van het recht van herroeping dat in de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten wordt toegekend aan de koper. De Nederlandse wetgever heeft hiervan in art. 7:46d BW en ook in art. 40 Wfd een ontbindingsrecht gemaakt. Dit heeft vragen opgeroepen ten aanzien van de rechtsgevolgen van een dergelijke ontbinding.¹²

Tot slot rijst bij mij nog de vraag of het rechtssubject door deze handelwijze door de bomen het bos nog ziet. Zo zal een verkoper op internet bij de inrichting van zijn website voor wat betreft de informatieverplichtingen niet alleen kennis moeten nemen van art. 3:15d BW, maar ook van art. 6:227b BW en art. 7:46c BW. Nu zou men mij kunnen tegenwerpen dat de verkoper door de gelaagdheid van het Burgerlijk Wetboek ook bij andere onderwerpen tegen dit probleem aanloopt. Dat is zo, maar anderzijds zou het hiervoor vermelde probleem zich niet hebben voorgedaan als de wetgever ervoor zou hebben

11 Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189.

12 Zie hierover J. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: J. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5-86, die aldaar op overtuigende wijze aantoont dat een vernietigingsrecht meer op zijn plaats zou zijn geweest.

gekozen om de Richtlijn inzake elektronische handel en de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten in een aparte wet te implementeren.

Uit het bovenstaande blijkt dat de Nederlandse wijze van implementatie van Europese richtlijnen met betrekking tot de elektronische handel het systeem van de wetten waarin zij worden omgezet tot nationale wetgeving, aantast. In deze bijdrage ga ik in op een ander fenomeen: het sanctiecomplex dat de Nederlandse wetgever heeft verbonden aan niet naleving van een aantal bepalingen uit de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel.¹³ Onderzocht wordt in welke mate dit sanctiecomplex past in de Nederlandse wetgeving.

2 DE AARD VAN DE SANCTIES

De Europese Richtlijn inzake elektronische handel heeft betrekking op diensten van de informatiemaatschappij. Daaronder valt bijvoorbeeld het te koop aanbieden van zaken via internet. Haar bepalingen betreffen onder meer een aantal verplichtingen die dienen te worden opgelegd aan verleners van diensten van de informatiemaatschappij. Art. 20 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten de sanctieregeling vaststellen die van toepassing is op schendingen van de in toepassing van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

De richtlijn is door middel van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De Nederlandse wetgever was vrij om zelf de sancties te bepalen die werden verbonden aan overtreding van de verplichtingen uit de Aanpassingswet, mits deze doeltreffend, evenredig en afschrikkend zouden zijn. Wat opvalt is dat hij daarbij heeft gekozen voor strafrechtelijke sancties en civielrechtelijke sancties. Zo heeft hij bijvoorbeeld overtreding van de algemene informatieverplichting en de verplichting betreffende de transparantie van prijzen uit art. 3:15d BW bestempeld als een economisch delict, terwijl overtreding van de informatieverplichtingen bij het elektronisch sluiten van een overeenkomst civielrechtelijk wordt gesanctioneerd. Over deze laatste sancties hierna meer. Dat een dergelijke keuze niet voor de hand ligt, moge bijvoorbeeld blijken uit de Belgische wet ter implementatie van dezelfde richtlijn,¹⁴ die naast de mogelijkheid van een stakingsvordering toch met name een strafrechtelijke sanctieregeling kent.¹⁵

13 Voor een verhandeling over de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel verwijst ik naar R.E. van Esch, 'Elektronische handel', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 151-192.

14 *Supra* noot 10.

15 Zie hierover P. van Eecke, 'Artikelsgewijze bespreking van de wetten elektronische handel', in: P. van Eecke & J. Dumortier (red.), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge: die Keure 2003, p. 42-44.

Waarom deze keuze van de Nederlandse wetgever? De wetgever merkt hierover in de Memorie van Toelichting het volgende op:

‘Artikel 20 van de richtlijn verplicht lidstaten om doeltreffende, evenredige en voldoende afschrikwekkende sancties vast te stellen ter naleving van de verplichtingen die de richtlijn oplegt. In het algemeen deel van deze toelichting is al uitgebreid ingegaan op de systematiek van het voorstel op het punt van de handhaving (nr. 6), alsmede op de plaats en rol van alternatieve geschillenbeslechting in dit verband. Daar is tevens uiteengezet dat ten aanzien van de voorgestelde artikelen 3:15d en 15e door een louter (individuele) privaatrechtelijke handhaving, gelet op de zeer algemene aard van de daarin opgenomen verplichtingen, een behoorlijke naleving niet kan worden verwacht. De hier bedoelde informatieverplichtingen zijn echter wel van groot belang. Deze bepalingen corresponderen met de artikelen 5 tot en met 7 van de richtlijn. Een correcte naleving van deze verplichtingen is van groot belang voor de transparantie van en het vertrouwen van de consument in de elektronische handel. Daarom is het wenselijk om overtreding van voormelde (informatie)verplichtingen tevens te kwalificeren als economisch delict in de zin van artikel 1 onder 4 van de Wet op de economische delicten.’¹⁶

De wetgever spreekt over privaatrechtelijke handhaving. Daarmee doelt hij op de mogelijkheid voor een (potentiële) wederpartij dan wel de instantie als bedoeld in art. 3:15f lid 3 BW om tegen de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij op grond van art. 3:296 BW respectievelijk art. 3:305a BW een vordering in te stellen tot het verstrekken van bedoelde informatie.¹⁷ Het gaat hier inderdaad om handhaving, maar niet om sancties.

De wetgever verwacht dus eigenlijk niet dat een potentiële wederpartij of de handhavinginstantie deze moeite zullen nemen. Van een individu mag je dat inderdaad niet zo snel verwachten. Een surfer op internet die op zoek is naar een bepaald product, zal de website van een onbekende aanbieder die art. 3:15d lid 1 BW niet naleeft, vaak vroegtijdig verlaten omdat hij onvoldoende informatie heeft over de verkoper. Hij gaat dan op zoek naar een andere aanbieder van het product en zal zeker niet de aandrang voelen om de overtreddende aanbieder in rechte te betrekken om de ontbrekende informatie alsnog te verkrijgen. Met andere woorden: de betreffende aanbieder prijst zich uit de markt, doordat hij onvoldoende vertrouwen bij potentiële wederpartijen weet te creëren. Ook dit kan voor een aanbieder voldoende reden zijn om zich aan zijn informatieverplichtingen te houden. Van de collectieve actie ingesteld door de handhavinginstantie als bedoeld in art. 3:15f lid 3 BW verwacht ik echter meer. Waarom zou deze instantie niet gewoon doen waarvoor zij staat opgesteld?

¹⁶ *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 67.*

¹⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 8-9.*

De wetgever heeft het in het kader van de handhaving over een vordering tot verstrekking van de informatie uit art. 3:15d BW. Dit roept de vraag op of er geen andere mogelijkheden zijn? Hij merkt daarover het volgende op:

‘Ten aanzien van de meest algemene informatieverplichtingen, te vinden in de voorgestelde artikelen 3:15d en 15e lid 1, is echter onder ogen gezien dat deze weliswaar met het oog op de belangen van afnemers of (potentiële) wederpartijen van dienstverleners zijn opgenomen, maar tevens dermate algemeen zijn, dat een voldoende verband met een in het kader van een bepaalde transactie met een individuele afnemer of wederpartij geleden nadeel in veel gevallen niet gemakkelijk zal kunnen worden aangetoond. Dit brengt mee dat verwacht moet worden dat een uitsluitend privaatrechtelijke handhaving door individuele afnemers of wederpartijen ten aanzien van die informatieverplichtingen onvoldoende zekerheid van een behoorlijke naleving zal bieden.’¹⁸

Het argument dat een voldoende verband met de geleden schade in veel gevallen niet gemakkelijk zal kunnen worden aangetoond, acht ik in zijn algemeenheid onjuist en bovendien ontoereikend. Deze passage betreft immers ook art. 3:15d lid 2 BW. Daarin is bepaald dat de dienstverlener aanduidingen van prijzen in een dienst van de informatiemaatschappij duidelijk en ondubbelzinnig aangeeft, met de uitdrukkelijke vermelding of, en zo mogelijk welke, belasting en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn. Stel nu dat een financieel adviseur op internet een printer koopt voor zijn kantoor. De algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomst, bepalen in afwijking van art. 7:12 BW dat de kosten van aflevering voor rekening van de koper zijn. De verkoper geeft op zijn website de koper de keuze uit verschillende wijzen van betaling van de koopprijs. De adviseur kiest voor levering onder rembours, omdat hij de verkoper onvoldoende kent. Bij de aflevering merkt hij dat hij een opslag moet betalen voor levering onder rembours, terwijl zulks niet was vermeld op de website van de verkoper. Hij betaalt de koopprijs inclusief de opslag, omdat de printer nu eenmaal elders niet voor die prijs te koop is. Ik meen dat de adviseur alsdan een vordering wegens onverschuldigde betaling heeft op de verkoper ten bedrage van de opslag. Art. 3:15d lid 2 BW werkt dan mijns inziens door in de uitleg van de overeenkomst en met name welke verbintenis er voor de koper uit de overeenkomst voortvloeit ten aanzien van de betaling van de kosten van aflevering.

Daarnaast merk ik op dat het niet alleen behoeft te gaan om geleden nadeel. Ik geef het volgende voorbeeld. Een consument sluit via internet een overeenkomst met een internet service provider. Deze overeenkomst geeft hem het recht tot toegang tot internet en tot e-mail diensten. Bij het sluiten van de overeenkomst geeft de consument via het aanvinken van een hokje op de webpagina aan ermee in te stemmen dat direct uitvoering wordt gegeven aan

18 *Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 8-9.*

de overeenkomst. De overeenkomst is op proef. De consument heeft krachtens de overeenkomst het recht om binnen een maand de overeenkomst te beëindigen door een daartoe strekkende verklaring aan de internet service provider. Alsdan is hij geen vergoeding verschuldigd voor de verleende diensten. De internet service provider heeft niet voldaan aan zijn verplichting op grond van art. 3:15d lid 1 sub b BW om op zijn website gegevens te verstrekken die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische postadres. De consument is niet tevreden over de dienstverlening en besluit na dertig dagen om de overeenkomst te beëindigen. Hij kan echter op de website van de internet service provider geen e-mail adres vinden waarnaar hij zijn verklaring kan sturen. Na veel moeite vindt hij een postadres en stuurt een brief die de internet service provider twee dagen na afloop van de termijn van een maand bereikt. In dat geval kan de internet service provider zich mijns inziens niet beroepen op de termijn van een maand. Art. 6:248 lid 2 BW verzet zich daartegen.

Uit de hierboven beschreven voorbeelden blijkt dat overtreding van art. 3:15d BW door kan werken in de contractuele rechtsverhouding tussen partijen. Ook dit kan een stimulans zijn voor verleners van diensten van de informatiemaatschappij om hun informatieverplichtingen uit dit artikel na te leven.

Tot slot merk ik nog het volgende op. Een civielrechtelijke sanctie, zoals het recht voor de wederpartij om de overeenkomst te vernietigen als een informatieverplichting is overtreden, zou hier ook niet hebben misstaan. Geen enkele ondernemer wil onzekerheid omtrent het (voort)bestaan van de overeenkomsten die hij sluit, als hij die kan vermijden.

3 HET CIVIELRECHTELIJK SANCTIECOMPLEX

3.1 Inleiding

Art. 6:227b BW en art. 6:227c BW betreffen verplichtingen die betrekking hebben op het proces van sluiten van de overeenkomst. Het gaat hier om informatieverplichtingen en de verplichting tot het verstrekken van middelen om fouten corrigeren. Sommige van deze verplichtingen zien op de wilsvorming. Andere hebben betrekking op de situatie dat aan een verklaring een daarmee corresponderende wil ontbreekt. Weer andere lijken meer tot doel te hebben dat de wederpartij zich voorziet c.q. wordt voorzien van bewijsmiddelen voor het geval er zich een geschil voordoet met de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij.

Omdat er altijd sprake is van een overeenkomst, wordt de handhaving in deze gevallen overgelaten aan de wederpartij van de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij. Haar wordt het recht verleend om bij overtreding de overeenkomst te vernietigen c.q. te ontbinden.

Hierna ga ik in op deze verplichtingen, de privaatrechtelijke sancties die zijn gesteld op overtreding daarvan, de effectiviteit van deze sancties en de bestaande remedies uit het BW.

3.2 Verplichtingen

Op deze plaats merk ik ter voorkoming van misverstanden op dat de verplichtingen die in deze paragraaf aan de orde komen, in beginsel zowel gelden in contracten tussen ondernemingen als in contracten tussen consumenten en onderneming. De volgende verplichtingen vloeien voort uit de art. 6:227b en 6:227c BW.¹⁹

Wijze van totstandkoming overeenkomst

Bij de aanvang van het orderproces zal het de wederpartij niet altijd duidelijk zijn hoe het proces van totstandkoming van de overeenkomst eruit zal zien. Omdat mensen nu eenmaal geneigd zijn om sneller op knoppen op een website te klikken dan goed voor hen is, bestaat het gevaar dat een wederpartij door de ondoorzichtigheid van het orderproces zonder dat daaraan haar wil ten grondslag ligt, door het aanklikken van een bepaalde knop een overeenkomst sluit. Art. 3:35 BW zal dan meestal een belemmering vormen om op deze verklaring terug te komen. Om dergelijke situaties zoveel mogelijk te voorkomen, moet de dienstverlener op grond van art. 6:227b lid 1 sub a BW informatie verstrekken over de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn.

Archivering

Niet iedere bezoeker van een website neemt de moeite om de relevante gegevens van de overeenkomst voor latere raadpleging op te slaan. Dit kan tot gevolg hebben dat hij bij een geschil niet beschikt over de nodige bewijsmiddelen om zijn stellingen te bewijzen. Denk bijvoorbeeld aan een geschil omtrent de prijs die is overeengekomen. Om deze reden bepaalt art. 6:227b lid 1 sub b BW dat de dienstverlener moet aangeven of de overeenkomst al dan niet door hem wordt gearhiveerd nadat deze tot stand zal zijn gekomen. Wordt

19 Zie over deze verplichtingen onder meer C. Sander, *Consumentenbescherming bij transacties op afstand*, Den Haag: Sdu 2001; F.A.M. van der Klaauw-Koops, 'Het totstandkomen van elektronische contracten', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 127-143; C. Stuurman, 'Contracteren in een elektronische omgeving: algemene voorwaarden, informatieplichten en consumentenbescherming', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 145-159; R.E. van Esch, 'Elektronische handel', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 151-192.

de overeenkomst gearchiveerd, dan zal tevens dienen te worden aangegeven op welke wijze deze door de wederpartij kan worden geraadpleegd. Met 'archiveren' in deze bepaling wordt bedoeld 'archivering voor latere raadpleging door de wederpartij'. Iedere aanbieder van goederen of diensten zal een kopie van de elektronische order van de wederpartij opslaan en bewaren voor bewijsdoeleinden. Uit art. 6:227b BW volgt echter niet dat de dienstverlener verplicht is om de afnemer toegang te verzekeren tot de gearchiveerde overeenkomst.²⁰ Hij moet wel aangeven of raadpleging door de afnemer mogelijk is. Daarmee verschaft hij duidelijkheid voor de wederpartij of zij al dan niet zelf een kopie van haar order moet opslaan voor latere raadpleging.

Niet gewilde handelingen

Bij het invullen van een elektronisch bestelformulier op internet zal sneller een fout worden gemaakt dan bij een schriftelijk formulier. Dit kan ertoe leiden dat men een verklaring afgeeft waaraan een wil als bedoeld in art. 3:33 BW ontbreekt. Als de ontvanger van deze verklaring redelijkerwijs ervan uit mocht gaan dat daaraan een wil van de afzender ten grondslag lag, kan hij met een beroep op art. 3:35 BW de afzender aan de verklaring houden. Om zoveel mogelijk te voorkomen dat deze situatie ontstaat, dient de dienstverlener op grond van art. 6:227b lid 1 sub c BW duidelijk te maken op welke wijze de wederpartij van door haar niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken, alsmede de wijze waarop zij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt.

In aansluiting daarop legt art. 6:227c lid 1 BW aan de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij de verplichting op om aan de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen voor de detectie en het herstel van invoerfouten ter beschikking te stellen. Heeft de dienstverlener bedoelde middelen ter beschikking gesteld en heeft de wederpartij desondanks door een invoerfout een aanvaardingsverklaring verstuurd waaraan een wil ontbrak, dan kan zij zich niet met een beroep op deze bepaling aan gebondenheid aan de verklaring onttrekken.²¹ Zij zal zich dan dienen te verlaten op de bepalingen van titel 3.2 BW. De dienstverlener kan aan de verplichting uit hoofde van art. 6:227c lid 1 BW voldoen door aan het einde van de bestelprocedure, voordat de wederpartij haar instemming geeft, een overzichtspagina te presenteren waarop alle ingevoerde gegevens worden getoond.

Talen

Verleners van diensten van de informatiemaatschappij die in verschillende landen hun producten of diensten aanbieden, bieden de potentiële wederpartij

²⁰ *Kamerstukken I 2003/04*, 28 197, C, p. 11.

²¹ *Kamerstukken I 2003/04*, 28 197, C, p. 15.

vaak de mogelijkheid om in verschillende talen de overeenkomst te sluiten. De wederpartij kan in dat geval een keuze maken uit de aangeboden talen door het aanklikken van een daartoe bestemde knop op de webpagina. Als een Nederlandse dienstverlener deze mogelijkheid biedt, dient hij op grond van art. 6:227b lid 1 sub d BW de wederpartij te informeren over de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten. Dit kan voorkomen dat zij de overeenkomst sluit in een taal, terwijl zij ook de mogelijkheid had om de overeenkomst te sluiten in een andere taal die zij beter beheerst.

Gedragscode

Een gedragscode is een instrument dat een dienstverlener kan hanteren om vertrouwen te creëren bij de wederpartij. Het gaat om een eenzijdige verklaring van de dienstverlener dat hij zich aan bepaalde gedragsregels zal houden. Hoewel de juridische status daarvan niet duidelijk is, mag ervan worden uitgegaan dat de dienstverlener die een gedragscode onderschrijft, door de wederpartij kan worden aangesproken op de naleving van de gedragsregels uit de code. De toepasselijkheid van een gedragscode kan een belangrijke overweging zijn bij het nemen van het besluit om al dan niet een order bij een onderneming te plaatsen.

Op grond van art. 6:227b lid 1 sub e BW dient de dienstverlener informatie te verstrekken over de gedragscodes waaraan hij zich heeft onderworpen, alsmede over de wijze waarop de wederpartij deze langs elektronische weg kan raadplegen.

Voorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden

Op grond van art. 6:227b lid 2 BW dient de dienstverlener de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden als bedoeld in art. 6:231 BW, voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter beschikking te stellen. Het gaat hierbij om de kernbedingen van de overeenkomst. Denk aan de wijze van betaling, de uiterste datum van betaling, de datum van aflevering, duur van de overeenkomst etc.

Dit zijn elementen die van belang kunnen zijn voor de bezoeker van een website bij het nemen van het besluit of hij al dan niet een overeenkomst wil aangaan met de betreffende leverancier van het product of de dienst. Zo zijn er bijvoorbeeld vele internetgebruikers die voor het product of de dienst liever niet betalen door middel van een creditcard. Ook zullen er gebruikers zijn die bij voorkeur onder rembours betalen, zodat ze de zekerheid hebben dat het product ook daadwerkelijk afgeleverd wordt. Daarnaast kan bijvoorbeeld de termijn van aflevering van belang zijn. Als men twee weken voor de vakantie via internet een boek bestelt dat men in de vakantie wil lezen, wil men er ook zeker van zijn dat voor de aanvang van de vakantie de aflevering plaatsvindt.

Ontvangstbevestiging

Iemand die via internet een elektronische order plaatst, weet nooit zeker of die is angekommen. Omdat men over het algemeen minder vertrouwen zal hebben in de bezorging via internet dan in de postbezorging en het elektronisch bevestigen van de ontvangst van een order amper kosten meebrengt, wordt aan de dienstverlener in art. 6:227c lid 2 BW de verplichting opgelegd tot bevestiging langs elektronische weg van de ontvangst van een elektronische verklaring. De verplichting is beperkt tot verklaringen die door de dienstverlener kunnen worden beschouwd als een aanvaarding van een aanbod of een aanbod naar aanleiding van een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

Tot zover de beschrijving van de verplichtingen die voortvloeien uit art. 6:227b BW en art. 6:227c BW.

3.3 Sancties op overtreding

Art. 6:227b BW en art. 6:227c BW kennen twee soorten sancties: de wederpartij kan bij overtreding van een verplichting de overeenkomst vernietigen of ontbinden. Daarbij kunnen de volgende drie categorieën worden onderscheiden.

Categorie 1

Bij overtreding van de informatieverplichtingen betreffende de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en de vaststelling en de correctie van niet gewilde handelingen is de overeenkomst vernietigbaar indien zij onder invloed van de overtreding tot stand is gekomen, waarbij de overeenkomst wordt vermoed onder invloed hiervan tot stand te zijn gekomen. Hetzelfde geldt voor de overtreding van de verplichting om middelen ter beschikking te stellen waarmee invoerfouten kunnen worden vastgesteld en gecorrigeerd. De woorden 'onder invloed van' duiden op een causaliteit tussen het ontbreken van de betreffende informatie en het sluiten van de overeenkomst. Door het wettelijk vermoeden wordt deze causaliteit verondersteld aanwezig te zijn. De dienstverlener zal dienen te bewijzen dat de overeenkomst ook onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten indien hij wel aan de (informatie)verplichtingen zou hebben voldaan.

Categorie 2

Gaat het om een overtreding van de informatieverplichting betreffende de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, dan is de overeenkomst eveneens vernietigbaar indien zij onder invloed daarvan tot stand is gekomen. In dat geval ontbreekt echter het wettelijk vermoeden van invloed. De weder-

partij zal de causaliteit dienen te stellen en bewijzen. Zij zal moeten bewijzen dat zij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien de dienstverlener wel op zijn website zou hebben aangegeven in welke talen de overeenkomst kon worden gesloten. Aangenomen mag worden dat de wederpartij – bij betwisting – net als bij dwaling slechts aan-nemelijk hoeft te maken dat zij een of meer concreet door haar aan te wijzen onderdelen van de overeenkomst niet zou hebben aanvaard.²²

Categorie 3

Bij overtreding van de informatieverplichtingen betreffende het archiveren van de overeenkomst, de gedragscodes of de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, kan de wederpartij gedurende de tijd dat de dienstverlener de betreffende informatie niet heeft verstrekt, de overeenkomst ontbinden. Hetzelfde geldt voor de niet nakoming van de verplichting om langs elektronische weg de ontvangst van de aanvaardingsverklaring te bevestigen.

Heeft de wetgever hierbij wel de juiste keuzes gemaakt? Ten aanzien van de eerste twee categorieën merkt de wetgever in de Memorie van Toelichting het volgende op:

‘Deze informatieplichten beogen te voorkomen dat de wederpartij onbewust of onbedoeld een overeenkomst sluit of, omgekeerd, meent een overeenkomst te hebben gesloten terwijl daarvoor nog meer handelingen zijn vereist. Tevens beogen zij het sluiten van een overeenkomst met een geheel andere inhoud dan bedoeld door het maken van een enkele bedieningsfout (bijvoorbeeld een onbedoelde «klik» of een typefout) te voorkomen. Men zie over deze problematiek voorts de toelichting op artikel 227c. In lid 4 is bepaald dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de dienstverlener van zijn in lid 1, onder a, c, of d genoemde verplichtingen vernietigbaar is. Wat betreft de gekozen sanctie op niet naleving van de hier bedoelde verplichtingen wordt aldus aangesloten bij het feit dat de in het kader daarvan te verstrekken informatie doorgaans essentieel is voor de wils- of oordeelsvorming van de wederpartij. Indien de overeenkomst onder invloed van het niet verstrekt zijn van die informatie tot stand is gekomen, dient de wederpartij derhalve in staat te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand tot stand was gekomen.’²³

De wetgever spreekt over de wilsvorming. Ik vraag mij echter af of alle drie de gevallen over één kam kunnen worden geschoren. De informatieverplichting betreffende de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en de (informatie)verplichting inzake de vaststelling en de correctie van niet gewilde hande-

22 Vergelijk W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd’, in: J. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98.

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

lingen beogen situaties te voorkomen waarin aan de verklaring van de wederpartij de daarmee overeenstemmende wil ontbreekt. Bijvoorbeeld: een bezoeker van de website voert per ongeluk op het elektronische bestelformulier op zijn beeldscherm bij het aantal exemplaren van het te bestellen product 'twee' in plaats van 'een' in. In dat geval is art. 3:35 BW relevant. De informatieverplichting met betrekking tot de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, bevindt zich naar mijn mening echter meer in de sfeer van de wilsgebreken. Kortom, er is wel een wil, maar deze is gebrekkig gevormd. Het kan immers heel goed zijn dat aan de aanvaardingsverklaring van de wederpartij een wil ten grondslag ligt, maar indien zij zou hebben geweten dat er ook de mogelijkheid bestond om de overeenkomst in een taal te sluiten die zij beter beheerst, zij bij lezing van de voorwaarden in deze taal het aanbod zou hebben verworpen. De wil zou zich dan anders hebben gevormd.

Ik ga ervan uit dat de wetgever in deze gevallen, anders dan bij de omzetting van het recht op herroeping bij overeenkomsten op afstand in een recht op ontbinding, bewust heeft gekozen voor een vernietigbaarheid van de overeenkomst. Dit leid ik af uit het feit dat de wetgever in het citaat uit de MvT aangeeft dat de wederpartij in staat dient te zijn om zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand was gekomen. De wetgever is zich derhalve bewust van de terugwerkende kracht en het daaraan verbonden goederenrechtelijke effect van de vernietiging.

Ik ben van mening dat de keuze voor een recht van vernietiging een gelukkige keuze is. De bedoelde verplichtingen hebben immers alle betrekking op de totstandkomingsfase van de overeenkomst en niet zozeer op de uitvoeringsfase.²⁴

Waarom in het ene geval wel en in het andere geval niet een rechtsvermoeden van invloed van de overtreding op de totstandkoming van de overeenkomst? De wetgever merkt daarover het volgende op:

'Teneinde de wederpartij van de dienstverlener tegemoet te komen in diens bewijspositie is voorts bepaald dat indien de onder a of c genoemde verplichting niet is nageleefd, de overeenkomst wordt vermoed onder invloed daarvan tot stand te zijn gekomen. Ten aanzien van deze verplichtingen is dat gerechtvaardigd, omdat de daar genoemde informatie naar haar aard steeds rechtstreeks van invloed is op de vraag of een overeenkomst tot stand komt en of deze overeenkomst de door de wederpartij bedoelde inhoud heeft. Het is derhalve redelijk te veronderstellen dat het niet verstrekt zijn van die informatie invloed heeft gehad op de wilsvorming van de wederpartij. Dit ligt enigszins anders ten aanzien van het onder d bepaalde, waar het niet naleven van bedoelde verplichting nu juist in veel gevallen geen relevante invloed op de oordeelsvorming van de wederpartij zal hebben gehad en zelfs in sommige gevallen het (desondanks) tot stand komen van een overeenkomst hiervoor een aanwijzing kan zijn. Zo zal een Nederlander die een overeen-

24 Vergelijk Hijma, *supra* noot 12, p. 39.

komt met gebruikmaking van de Nederlandse taalversie van een website tot stand laat komen er geen nadeel van ondervinden indien de website ten onrechte nalaat te vermelden dat deze ook een Deense, Duitse, Engelse, Finse, Franse, Griekse, Italiaanse, Spaanse of Zweedse versie kent.²⁵

Hieruit blijkt dat de wetgever voor zijn keuze bepalend vindt de kans dat het niet naleven van de verplichting invloed heeft gehad op het sluiten van de overeenkomst. Is dit het juiste criterium? Laat ik voorstellen dat het rechtsvermoeden ook kan leiden tot misbruik. Ik geef het voorbeeld van de koper die via internet twee muziek cd's koopt. Eén voor zichzelf en één voor zijn vriendin. De website bevat geen informatie over de mogelijkheid om invoerfouten vast te stellen en te corrigeren. Achteraf heeft de koper spijt van zijn bestelling omdat hij had kunnen volstaan met een cd, waarvan hij een kopie kon branden. Hij vernietigt de overeenkomst. De verkoper kan natuurlijk nooit bewijzen dat er geen sprake is geweest van een invoerfout. De wetgever heeft er blijkbaar voor gekozen om in het kader van de bescherming van de wederpartij risico voor de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij voor lief te nemen.

Het door de wetgever in de MvT gegeven voorbeeld lijkt overtuigend, maar is het dat ook? Een Nederlandse aanbieder van producten of diensten op internet kan zijn website ook in de Engelse taal opstellen, omdat hij zijn afzetmarkt mede in het buitenland zoekt. Verwacht mag worden dat deze situatie zich steeds meer zal gaan voordoen. De Nederlander die in dat geval niet wordt geïnformeerd over de mogelijkheid om de overeenkomst in de Nederlandse taal te sluiten, zal zich wellicht achteraf toch bekocht voelen als blijkt dat deze mogelijkheid bestond. Aan hem om te bewijzen dat hij de overeenkomst niet zou hebben gesloten, als de aanbieder zijn informatieverplichting wel zou zijn nagekomen. Het voldoen aan deze bewijsopdracht lijkt mij niet gemakkelijk.

Beter ware geweest als de wetgever had gekeken naar het doel van de sanctie, namelijk om de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij ertoe te brengen om zijn informatieverplichting na te leven. Vanuit dit oogpunt lijkt het mij niet gepast om met betrekking tot de verplichting tot de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, een uitzondering te maken. Dit is onvoldoende stimulans voor de dienstverlener. Hij kan er immers op gokken dat de wederpartij in verband met haar lastige bewijspositie afziet van een procedure of niet in het bewijs slaagt.

Ten aanzien van de derde categorie heeft de wetgever gekozen voor het ontbindingsrecht. Over de verschillen tussen de rechtsgevolgen van het vernietigingsrecht en van het ontbindingsrecht heeft Hijma in zijn preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht²⁶ behartigenswaardige woorden geschre-

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

26 *Supra* noot 12.

ven. Ik ga deze hier niet herhalen. Kenmerkend verschil is de terugwerkende kracht en de daaraan verbonden goederenrechtelijke gevolgen, die de vernietiging wel en de ontbinding niet heeft.

Voor de argumentatie voor de keuze voor het ontbindingsrecht voor de derde categorie van verplichtingen laat ik de wetgever aan het woord. Deze merkt ten aanzien van de verplichtingen uit hoofde van art. 6:227b lid 1 sub b en e BW het volgende op:

‘De informatieplichten onder b en e zijn van belang om de transparantie voor de wederpartij zo groot mogelijk te maken. Mocht deze informatie echter onverhoopt niet voor het sluiten van de overeenkomst zijn verschaft dan kan deze ook nog naderhand ter beschikking worden gesteld. Om de dienstverlener er toe aan te sporen om deze informatieplichten na te komen is in lid 5 bepaald dat de wederpartij van de dienstverlener de overeenkomst kan ontbinden gedurende de tijd dat deze laatste de gegevens onder b en e niet heeft verstrekt.’²⁷

Hoewel dat niet met zoveel woorden wordt gezegd, lijkt de keuze voor het ontbindingsrecht bij niet naleving van de verplichting tot het ter beschikking stellen van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, door dezelfde redenen te zijn ingegeven.

Wat meteen opvalt is dat de wetgever hier wel de doelstelling van de sanctie, namelijk het aansporen van de dienstverlener om zijn informatieverplichtingen na te komen, noemt.

Anders dan bij het vernietigingsrecht ontbreekt hier de causaliteit. Voldoende is dat vaststaat dat de betreffende informatie niet was verstrekt op het tijdstip waarop de ontbindingsverklaring haar werking had.²⁸ Dat is logisch omdat het hier niet om verplichtingen gaat die iets met de wilsvorming te maken hebben. Zij hebben immers geen betrekking op een informatietekort of een psychologisch tekort,²⁹ als wel op de bewijspositie van de wederpartij. Interessant is de vraag wie wat moet bewijzen. Moet de dienstverlener, om de ontbinding haar werking te ontnemen, stellen en bewijzen dat hij voor de ontbindingsverklaring de betreffende informatie heeft verstrekt of moet de wederpartij stellen en bewijzen dat de informatie niet althans niet tijdig ter beschikking is gesteld? Het lijkt mij redelijk en billijk dat de wederpartij bij betwisting zal moeten stellen en bewijzen dat zij een ontbindingsverklaring heeft gestuurd en de dienstverlener vervolgens om zijn vordering tot nakoming van de overeenkomst te laten slagen zal moeten stellen en bewijzen dat de informatie wel degelijk op tijd is verstrekt.³⁰

27 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 56-57.

28 De vraag wanneer de ontbindingsverklaring haar werking heeft, dient te worden beantwoord aan de hand van art. 3:37 lid 3 BW. Zie *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 17.

29 Zie Valk, *supra* noot 22, p. 91.

30 Zie art. 150 Rv en *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 17.

De opmerking dat de informatie ook nog naderhand ter beschikking kan worden gesteld, doet vreemd aan als het gaat om de informatieverplichting met betrekking tot de archivering. Zij is correct als de dienstverlener inderdaad de overeenkomst ten behoeve van de wederpartij archiveert. Dan maakt het namelijk niet uit dat bijvoorbeeld pas in de ontvangstbevestiging wordt aangegeven op welke wijze deze gegevens kunnen worden geraadpleegd. Anders is het echter als de dienstverlener niet voor de wederpartij de overeenkomst archiveert. Wordt zij daarvan niet in kennis gesteld tijdens het totstandkomingsproces, dan is de kans groot dat zij zelf niet ter verbetering van haar bewijspositie de benodigde gegevens opslaat, bijvoorbeeld door de relevante pagina's van de website uit te printen. Hoort zij pas na het sluiten van de overeenkomst dat zulks het geval is, dan heeft zij ook geen mogelijkheid meer om zelf maatregelen te nemen. De gegevens zijn op dat moment voor haar immers niet meer beschikbaar. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een koper op een website een product koopt voor € 20 en in de ontvangstbevestiging van de order een koopprijs van € 22,50 staat vermeld.

De keuze voor het ontbindingsrecht als sanctie op het niet naleven van deze informatieverplichting acht ik juist. Deze verplichting heeft immers geen betrekking op de wilsvorming van de wederpartij als wel op het waarborgen van haar bewijspositie. Een recht op vernietiging met de daaraan verbonden terugwerkende kracht en het goederenrechtelijke effect, zou naar mijn mening een te zware sanctie voor de dienstverlener zijn geweest.

Ook voor wat betreft de informatieverplichting met betrekking tot een gedragscode heeft de wetgever gekozen voor het ontbindingsrecht. Hij focust zich daarbij waarschijnlijk met name op de mogelijkheid voor de wederpartij om van de inhoud daarvan kennis te nemen en de onderneming die de gedragscode heeft onderschreven, aan te spreken op de naleving daarvan. Maar informatie over een toepasselijke gedragscode kan ook een factor zijn bij de bepaling van de wil om het aanbod te aanvaarden. Het is nu eenmaal aantrekkelijker om zaken te doen met een onderneming die zich door middel van een gedragscode eenzijdig allerlei verplichtingen heeft opgelegd. Ik ben het echter met de wetgever eens dat hier een recht op vernietiging van de overeenkomst niet op zijn plaats zou zijn geweest. Als de wederpartij bereid was het aanbod te aanvaarden zonder op de hoogte te zijn van de toepasselijkheid van een gedragscode, zou zij dat immers zeker ook zijn geweest indien zij daaromtrent wel juist zou zijn geïnformeerd.

Hijma stelt nog de vraag of de informatieverplichting ten aanzien van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, niet in de sfeer van de wilsvorming thuishoort en daarom beter bij de vernietigbaarheid had kunnen worden ondergebracht.³¹ Uiteraard zijn deze voorwaarden van eminent belang bij de vorming van de aanvaardingswil. Blijkens de bewoordingen

31 Hijma, *supra* noot 12, p. 17.

van art. 6:227b lid 2 BW heeft de wetgever deze verplichting echter met name opgenomen om de wederpartij de mogelijkheid te geven deze gegevens op te slaan voor latere raadpleging. Bij deze bewijsdoelstelling past naar mijn mening meer een ontbindingsrecht dan een vernietigingsrecht.

Aan het begin van deze paragraaf stelde ik de vraag: 'Heeft de wetgever hierbij wel de juiste keuzes gemaakt?'. Alles overwegende zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden met daarbij de kanttekening dat het rechtsvermoeden van invloed wat mij betreft ook had mogen worden geïntroduceerd met betrekking tot de informatieverplichting ten aanzien van de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten.

3.4 De effectiviteit van de sancties

In par. 3.2 heb ik reeds opgemerkt dat de sancties volgens art. 20 van de Richtlijn inzake elektronische handel doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Voldoen de sancties op niet naleving van de verplichtingen uit art. 6:227b en art. 6:227c BW aan deze eisen?

Ten aanzien van de sanctie uit de tweede categorie van par. 3.3 (de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten) heb ik mijn twijfels. Zoals gezegd, door het ontbreken van een rechtsvermoeden van invloed van de overtreding op de totstandkoming van de overeenkomst is het aan de wederpartij om te bewijzen dat zij de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien zij op de website van de dienstverlener erop zou zijn gewezen dat de overeenkomst ook in andere talen kon worden gesloten. Het zal niet gemakkelijk zijn om aan deze bewijsopdracht te voldoen. Ik kan me goed voorstellen dat een consument afziet van een rechtsprocedure zodra hij beseft dat hij dit bewijsrisico loopt. Het is voor mij dan ook de vraag of deze sanctie voldoende doeltreffend en afschrikwekkend is voor de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij om hem te bewegen aan deze informatieverplichting te voldoen.

Wat te denken van de sancties uit de derde categorie van par. 3.3? Krachtens art. 6:227b lid 1 BW moet de informatie over de archivering en de gedragscode worden verstrekt voordat de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt. De voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, moeten krachtens het tweede lid van dit artikel ter beschikking worden gesteld voor of bij het sluiten van de overeenkomst. De wederpartij heeft op grond van het vijfde lid het recht de overeenkomst te ontbinden gedurende de tijd dat de verlener van de dienst van de informatiemaatschappij deze informatie niet heeft verstrekt. Praktisch zou de dienstverlener deze verplichtingen echter straffeloos kunnen overtreden door in de ontvangstbevestiging als bedoeld in art. 6:227c lid 2 BW de betreffende informatie op te nemen. Ik acht namelijk niemand in staat om in de zeer korte tijdsperiode tussen het tijdstip van beëindiging van het orderproces en het tijdstip van ontvangst van de e-mail met

de ontvangstbevestiging (slechts enkele seconden) een ontbindingsverklaring te sturen naar de dienstverlener. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is deze vraag aan de orde geweest. De Minister merkt hierover het volgende op:

‘Deze leden vroegen voorts of artikel 227b lid 2 in de praktijk geen wassen neus zal blijken te zijn omdat het recht op ontbinding krachtens lid 5 van dat artikel vervalt zodra de desbetreffende informatie door de dienstverlener alsnog is toegezonden. Artikel 227b lid 2 bepaalt dat een dienstverlener de voorwaarden van de overeenkomst aan zijn wederpartij ter beschikking dient te stellen op een manier die het voor de wederpartij mogelijk maakt deze op te slaan ten behoeve van latere kennisneming. Het gaat hier om een informatieverplichting die met name beoogt te verzekeren dat de afnemer hetgeen hij overeengekomen is in een later stadium nog eens rustig kan doorlezen, bijvoorbeeld in verband met een bij de uitvoering van de overeenkomst gerezen probleem. Zo bezien is het geen groot bezwaar indien aan deze verplichting kort na de totstandkoming van de overeenkomst worden nageleefd. Niettemin is het een uit de richtlijn voortvloeiende verplichting en is ter aansporing van de dienstverlener in deze de ontbindingsmogelijkheid van 227b lid 5 opgenomen.’³²

De Minister acht de hierboven beschreven situatie geen ramp als het gaat om de terbeschikkingstelling van de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden. Uit praktisch oogpunt kan ik het daarmee eens zijn, zeker nu het doel van de verplichting ook op deze wijze wordt verwezenlijkt. Hetzelfde geldt ten aanzien van de verplichting om informatie over de gedragscode te verstrekken, die immers ook tot doel heeft om de wederpartij in staat te stellen later van de inhoud van de gedragscode kennis te nemen. Ook gaat deze redenering op in het geval dat de dienstverlener op zijn website aangeeft dat hij de overeenkomst archiveert ten behoeve van de wederpartij en eerst in de ontvangstbevestiging vermeldt op welke wijze de gearchiveerde overeenkomst door haar kan worden geraadpleegd. Men zou kunnen stellen dat in deze gevallen de sanctie de facto evenredig is aan de gevolgen van de overtreding, namelijk nihil. Ik betwijfel echter of zulks ook het geval is indien de dienstverlener op zijn website niets vermeldt over archivering en pas in de ontvangstbevestiging mededeelt dat hij niet archiveert ten behoeve van de wederpartij. In dat geval kunnen er wel degelijk gevolgen voor de wederpartij zijn verbonden aan de overtreding. Zou zij er immers tijdens het orderproces door de dienstverlener al op gewezen zijn dat hij niet archiveert, dan zou zij waarschijnlijk zelf maatregelen hebben genomen om de benodigde gegevens voor bewijsdoeleinden op te slaan. Bij gebreke van deze mededeling is de kans groot dat zij dit vergeet. En het uitoefenen van het recht op ontbinding is, zoals hierboven reeds opgemerkt, illusoir.

32 *Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 14.*

3.5 Bestaande remedies

Ten aanzien van de sancties op het niet naleven van de verplichtingen uit de eerste en de tweede categorie van par. 3.3 kan men de vraag stellen of de wetgever niet gewoon aansluiting had kunnen zoeken bij de bestaande remedies. Daarbij gaat het ten eerste om een beroep op het ontbreken van een met de aanvaardingsverklaring overeenstemmende wil en het in dat kader evenwicht creërende art. 3:35 BW en ten tweede de dwaling.

Laten we met de eerste remedie beginnen. Stel dat de wederpartij van een dienstverlener stelt dat zij per ongeluk op de enter toets van haar toetsenbord heeft gedrukt en daarmee een aanvaardingsverklaring heeft verstuurd die zij niet wilde. Het is zo dat mensen geneigd zijn sneller op zo'n toets te drukken dan goed voor hen is. Het apparaat 'computer' brengt dat nu eenmaal mee. In de meeste gevallen zal echter het ontbreken van de wil niet kenbaar zijn voor de dienstverlener en zal een beroep daarop stuiten op art. 3:35 BW. Alleen al hierom lijkt het inderdaad geen begaanbare weg om bij de aansporing van de dienstverlener tot naleving van de verplichting tot het verstrekken van (informatie over) middelen ter correctie van invoerfouten³³ te vertrouwen op die remedie. Hetzelfde geldt met betrekking tot de verplichting om informatie te verschaffen over de handelingen die nodig zijn om de overeenkomst te sluiten.

Dan de dwaling. Ik denk dat hier hetzelfde geldt als Valk opmerkt ten aanzien van de dwaling in zijn preadvies over de wettelijke bedenktijden.³⁴ Ongeacht of bij niet naleving van de informatieverplichting wordt voldaan aan de vereisten voor een beroep op dwaling als opgenomen in art. 6:228 BW, dient te worden geconstateerd dat de effectiviteit van de dwalingregeling te beperkt is om de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij aan te sporen bijvoorbeeld zijn informatieverplichting ten aanzien van de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten, na te leven. Hij kan er immers gerust op gokken dat de wederpartij gezien de vereisten van art. 6:228 BW voor een beroep op dwaling überhaupt niet de moeite wil nemen om daarover te procederen.

Afgezien van de vraag of de Europese Commissie voor wat betreft de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel genoeg zou hebben genomen met een verwijzing naar de bestaande remedies in ons Burgerlijk Wetboek, lijkt mij de keuze van de wetgever voor een eigen sanctiecomplex ten aanzien van de informatieverplichtingen om de hierboven gemelde redenen gerechtvaardigd.

³³ Art. 6:227b lid 1 sub c BW en art. 6:227c lid 1 BW.

³⁴ Valk, *supra* noot 22, p. 100-101.

4 CONCLUSIE

In het verleden heb ik me wel kritisch uitgelaten over het sanctiecomplex dat de wetgever heeft geïntroduceerd in de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel.³⁵ Ook bij de aanvang van het schrijven van deze bijdrage was ik hierover niet positief gestemd. Op basis van de nadere analyse van dit sanctiecomplex heb ik mijn mening echter bijgesteld. Uiteraard heb ik hier en daar mijn opmerkingen over de gemaakte keuzes en de argumentatie. Maar in grote lijnen kan ik de keuzes van de wetgever onderschrijven. Ik ben van mening dat zij het systeem van het Burgerlijk Wetboek geen geweld aandoen.

35 Zie bijv. R.E. van Esch, 'De Aanpassingswet elektronische handel', *Computerrecht* 2004, p. 115.