

Juridische aspecten van zakelijk Internetverkeer

Mr. H.W. Wefers Bettink

THEMA

Inleiding

Sinds de introductie van het World Wide Web in 1993 is het gebruik van Internet voor zakelijk verkeer explosief gegroeid. Web-sites, de multimediale elektronische pagina's op het WWW, zijn uitgegroeid tot een belangrijk zakelijk medium. Het merendeel van de web-sites wordt gebruikt voor het verspreiden van informatie over een onderneming en haar producten. Naast deze reclamefunctie worden veel web-sites gebruikt voor het aanbieden van goederen en diensten. Sommige daarvan zijn gratis. De zoekdiensten Alta Vista en Yahoo helpen de gebruikers hun weg te vinden op het WWW. Ook veel elektronische kranten en tijdschriften worden gratis aangeboden, zoals NRC Online. De Telegraaf-i en Hot Wired, een elektronische versie van het Internet-tijdschrift Wired.

Daarnaast zijn er sites waar software gratis kan worden gedownload, soms in een try-out versie soms ook het product zelf.

Op een groeiend aantal web-sites worden goederen en diensten tegen betaling aangeboden. De groei van dit fenomeen, ook wel aangeduid als electronic commerce, heeft meer tijd nodig dan werd verwacht. Dat komt in de eerste plaats door het ontbreken van betalingsmethoden die (ook in de ogen van het publiek) simpel, snel en veilig zijn.

Ten tweede vereist de organisatie van de distributie van de elektronische bestellingen extra investeringen. De consument verwacht dat op een snelle bestelling een snelle levering volgt. Web-

kamp heeft een 24-uurs leveringsservice, die aan dat beeld beantwoordt. In veel andere gevallen kan het dagen en soms weken duren voordat een bestelde cd of boek wordt toegezonden. Veel mensen gaan dan liever om de hoek een boek kopen.

Een ander aspect dat de groei van electronic commerce afremt zijn de (nog) geringe voordelen voor de consument. Prijzen van goederen die via Internet worden besteld zijn (als de verzendingskosten worden meegerekend) doorgaans niet (aanmerkelijk) lager dan in de winkel. En waar ze dat wel zijn - bijvoorbeeld boeken en cd's die op Amerikaanse web-sites worden besteld - gooien de invoerrechten roet in het eten.

Ten slotte is een remmende factor dat de leverancier voor het dilemma staat dat door het verkorten van de distributieketen weliswaar zijn producten via Internet goedkoper kunnen worden aangeboden, maar dat daarmee concurrentie wordt aangedaan aan bestaande distributiekanaalen. Voorlopig zijn de meeste ondernemingen voor een veel groter deel van hun omzet van die distributiekanaalen afhankelijk. Dat is een van de verklaringen waarom verzekeraars - die meestal met tussenpersonen werken - nog vrijwel geen aanbiedingen via Internet doen. Ook vliegmaatschappijen concurreren op hun web-sites niet of nauwelijks met de reisbureaus die hun meeste tickets verkopen.

Tegen de achtergrond van deze belangrijke commerciële en technische obstakels, spelen de juridische aspecten, zo lijkt het, een bescheiden rol. Een goed geregelde juridische omgeving is echter een belangrijke voorwaarde voor het van de grond komen van electronic commerce. Daaraan ontbreekt het op dit ogenblik nog.

Mr. H.W. Wefers Bettink is advocaat bij Houthoff, advocaten & notarissen in Amsterdam.

Toepasselijk recht

Een belangrijke juridische vraag is welk recht toepasselijk is op een web-site. Internet overschrijdt de grenzen en een web-site kan overal ter wereld door middel van een Internet-aansluiting worden geraadpleegd. De informatie op de web-site 'dringt door' in alle landen van de wereld. Een gevolg zou kunnen zijn dat iedere web-site te maken krijgt met de wetgeving van alle landen. Dat zou tot onoverkomelijke problemen leiden.

Een voorbeeld ter illustratie.

Heineken heeft een fraaie web-site, onder meer met informatie over Heineken-café's, door Heineken gesponsorde evenementen en een interactief spel. De site is derhalve - indirect - reclame voor Heineken-bier. In sommige landen, zoals Zweden en Iran, is alcoholreclame om uiteenlopende redenen echter niet toegestaan. Zou het Zweedse of Iraanse recht voor de Heineken-site gelden, dan zou in die landen deze (vermoedelijk) kunnen worden verboden. Omdat het op het ogenblik niet mogelijk is een web-site voor bezoekers uit een bepaald land 'af te sluiten' zou een dergelijk verbod tot gevolg hebben dat de web-site geheel moet verdwijnen.

Het uitgangspunt dat op Internet het recht van ieder land van toepassing is waar de betreffende web-site kan worden geraadpleegd leidt derhalve tot een onoverzichtelijke opstapeling van regels. Daarmee wordt het uitgangspunt gediskwalificeerd.¹ De vraag is wat voor dit uitgangspunt in de plaats kan komen. Het zou uiteraard de voorkeur verdienen als een internationaal verdrag deze problematiek zou regelen. Daarin zou het uitgangspunt kunnen zijn het *country of origin* beginsel, dat erop neerkomt dat het recht van toepassing is van het land waar de betreffende web-site 'op het Net wordt gezet'.² Dit beginsel wordt in Europees verband onder meer gehanteerd in de Richtlijn Televisie zonder grenzen om vast te stellen onder welke wetgeving een omroepinstelling valt.³

Dit principe is voor het Internet enigszins problematisch: gaat het om de vestigingsplaats van de onderneming die de web-site-informatie verschaft, van de Internet service provider of om de plaats waar diens server - de computer waar de web-site op staat - zich bevindt? Een consequentie van toepassing van het *country of origin* beginsel op Internet kan bovendien zijn dat ondernemingen zich vestigen in de landen waar de wetgeving op

de betreffende gebieden (alcoholreclame, omroep) de minste restricties oplegt. Om dat te voorkomen zouden in een Internet-verdrag internationale minimum-eisen moeten worden opgenomen voor web-sites. Het is onwaarschijnlijk dat een dergelijk materieelrechtelijk verdrag in het komend decennium tot stand zal komen, laat staan dat het binnen afzienbare tijd door voldoende partijen is geratificeerd om van kracht te worden.

Onrechtmatige daad

Vandaar dat het noodzakelijk is te zoeken naar andere principes als alternatief voor de toepasselijkheid van op elkaar gestapelde nationale wetgevingen.

Verkade doet - in de context van merken en handelsnamen - de suggestie het criterium te hanteren of de web-site in het bijzonder (mede) op Nederland is gericht, dan wel op het Nederlandse publiek de indruk moet maken in het bijzonder (mede) daarvoor te zijn bestemd.⁴ Dit lijkt een goed hanteerbaar uitgangspunt voor kwesties van onrechtmatige daad, zoals de door Verkade behandelde inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten en gevallen van misleidende of verboden reclame en onrechtmatige uitlatingen.⁵

Toepasselijk recht op overeenkomsten

Voor het contractenrecht zou het uitgangspunt hetzelfde kunnen zijn als bij de papieren overeenkomst, namelijk de keuze die door partijen voor een bepaald rechtstelsel is gemaakt. Die keuze ligt doorgaans vast in algemene voorwaarden die op een transactie van toepassing zijn. In de Europese Unie worden consumenten op de voet van de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁶ beschermd tegen al te gemakkelijke toepasselijkheid van algemene voorwaarden. De tekst moet bijvoorbeeld voorafgaand aan de transactie aan de consument ter hand zijn gesteld. In de elektronische omgeving zou dat wellicht kunnen worden opgelost door de consument, voor hij tot zijn bestelling kan overgaan, een scherm te laten zien met de tekst van de algemene voorwaarden, met onderaan een 'accept'-button. Klikte de consument de button aan, dan kan de bestelling plaatsvinden.

Is geen rechtskeuze overeengekomen, dan gelden de (per land verschillende) regels van internationaal privaatrecht, net als bij 'gewone'

internationale overeenkomsten.⁷ Daarnaast is binnen Europa het Overeenkomstenverdrag (EVO) van belang.⁸ Uitgangspunt van dat verdrag is dat het recht van het land van de consument van toepassing is als de transactie is gesloten naar aanleiding van een advertentie of aanbod dat specifiek is gericht op het land waar de consument zijn gewoonlijke verblijfplaats heeft en de consument de voor de sluiting noodzakelijke handelingen in dat land heeft verricht. Dit roept in de omgeving van Internet vragen op. Veel web-sites zijn in de Engelse taal gesteld en richten zich nu juist op een internationaal publiek en niet zozeer op het publiek in een bepaald land. Wellicht dat, gezien de gangbaarheid van de Engelse taal op het WWW en de algemene kennis van Engels in Nederland, kan worden gezegd dat een in het Engels gestelde boodschap (mede) specifiek is gericht op een land als Nederland. Nederlands recht zou dan van toepassing zijn op bestellingen van Nederlandse consumenten naar aanleiding van een in het Engels gestelde aanbieding.

In Europees verband is voorts nog van belang de Richtlijn Verkoop op afstand.⁹ Deze Richtlijn bevat een aantal regels ter bescherming van de consument bij transacties op afstand, zoals via het Internet. De Richtlijn moet op 4 juni 2000 door de lid-staten van de Europese Unie zijn geïmplementeerd. De Richtlijn richt zich tot ondernemingen, gevestigd in de Europese Unie, die aanbiedingen doen via, onder meer, het Internet. Na de implementatiedatum zullen deze ondernemingen zich derhalve aan deze regels moeten houden.¹⁰

Rechtsonzekerheid

Op het ogenblik is het dus nog niet mogelijk nauwkeurig aan te geven welk recht van toepassing is in geval van onrechtmatige daad of transacties die hun oorsprong vinden in een web-site. Dat betekent een grote mate van rechtsonzekerheid voor ondernemingen die via hun web-site zaken willen doen. Zakelijk Internetverkeer brengt dus extra (juridische) risico's met zich mee. Uitgaande van Nederlands recht is er echter wel een aantal regels waaraan ondernemers zich zouden kunnen spiegelen.

Zoals Drion en Linnemann constateren zijn er, bij gebreke van specifieke internationale verdragen en harmonisering van wet- en regelgeving, twee alternatieven: ofwel alle risico's onder nationale wetgeving inventariseren ofwel proberen

aanbiedingen specifiek te richten op het publiek in een bepaald land.¹¹ Een ander alternatief is natuurlijk - en veel web-site-aanbieders lijken daarvan uit te gaan - te kijken of het allemaal zo'n vaart loopt. Toch is het raadzaam bij het doen van aanbiedingen aan te knopen bij enige algemeen aanvaarde regels. Dat voorkomt mogelijk teleurstellingen, voor onderneming en consument. Voor Nederlandse ondernemingen kan het Nederlandse rechtstelsel daarvoor als uitgangspunt dienen.

Transacties naar Nederlands recht

Naar Nederlands recht komt een overeenkomst tot stand door wilsovereenstemming, die tot uitdrukking komt in een aanbod en de aanvaarding daarvan. Zoals bekend wordt de consument daarbij beschermd tegen onredelijk bezwarende bedingen in de toepasselijke algemene voorwaarden.¹² Die bescherming geldt onverkort voor transacties via Internet, indien daarop Nederlands recht van toepassing is. De Richtlijn Verkoop op afstand geeft daarnaast aan welke informatie een ondernemer in de Europese Unie aan de consument moet verschaffen, zoals bijvoorbeeld de identiteit van de leverancier, de kenmerken van het aangeboden - kleur, materiaal, maat, type, etc. - de prijs en de kosten van levering. Belangrijk is ook het recht van de consument onder de Richtlijn om zijn bestelling binnen zeven werkdagen, zonder boete, te annuleren. De aanbieder moet de consument (in dit geval lijkt mij: op de web-site) op dit recht wijzen.

Dit herroepingsrecht ontbreekt in de huidige Nederlandse regeling van de consumentenkoop in Titel 7.1 BW. Voor het overige geven de in die Titel opgenomen bepalingen, als zij ook van toepassing worden op elektronische transacties, de consument een sterkere bescherming dan de Richtlijn.¹³ Een struikelblok kan zijn dat ingevolge artikel 7:26 lid 2 BW ten hoogste voor de helft van de koopprijs vooruitbetaling kan worden verlangd. Bij transacties op Internet is het nu juist gebruikelijk dat pas na betaling - veelal met een credit card - de goederen of diensten worden geleverd.

Totstandkoming overeenkomst naar Nederlands recht

Andere bijzondere aspecten van Internet-transacties zijn dat de identiteit van koper en

verkoper niet vaststaat, dat de authenticiteit van het elektronisch document waarin de transactie wordt vastgelegd moeilijk is te bewijzen, terwijl er geen handtekening wordt gezet. Dat levert bewijsrechtelijke problemen op als de koper niet betaalt of de verkoper niet levert en ontkent dat een (of deze) transactie tot stand is gekomen.

In de gewone wereld kan een transactie meestal worden aangetoond door een overeenkomst die door beide partijen is ondertekend, of een kassabon met de toepasselijke algemene voorwaarden. In een elektronische omgeving ontbreken drie wezenlijke elementen: direct contact, papiermatig bewijs en een handtekening.

De ondernemer zal daarom extra maatregelen moeten nemen om dit potentiële bewijsrechtelijke probleem op te lossen. Zo lijkt het raadzaam dat de aanbieder van goederen of diensten een gemaakte bestelling afzonderlijk per e-mail aan de consument bevestigt. Met behulp van eenvoudige e-mailsoftware is het mogelijk aan te tonen dat de e-mail ter plaatse is aangekomen. Om de identiteit van afzender en ontvanger vast te stellen en zeker te stellen dat een e-mailbericht niet door derden is gewijzigd, zijn echter verdergaande maatregelen nodig.

Encryptie en digitale handtekening

Door middel van encryptie kan een bericht zodanig worden versleuteld dat het alleen door de ontvanger kan worden gelezen. Door het toevoegen van een digitale handtekening kan voorts de identiteit van de afzender worden vastgesteld.

Het zal duidelijk zijn dat encryptie en de digitale handtekening ook bij ander zakelijk Internet-verkeer dan door middel van een web-site (bijvoorbeeld aanbod en aanvaarding per e-mail) een belangrijke rol kunnen spelen. Voor encryptie wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van een systeem met asymmetrische (twee verschillende) sleutels. Wie een bericht wil verzenden gebruikt daarvoor de publieke sleutel van de ontvanger. Deze kan het bericht ontcijferen met zijn private sleutel die, als het goed is, alleen hij kent.¹⁴ Bij de digitale handtekening wordt aan het bericht een - door middel van een zogenaamde hash-functie - elektronisch gewijzigde versie van het bericht toegevoegd. Deze versie wordt vervolgens versleuteld met de private sleutel van de afzender en met behulp van diens openbare sleutel kan de ontvanger vaststellen dat het bericht

inderdaad van de afzender afkomstig is. Vervolgens kan hij de 'gehashte' versie leesbaar maken door daarop dezelfde hash-functie toe te passen als de afzender heeft gedaan. Is de tweede versie gelijk aan de eerste versie van het bericht, dan staat vast dat het bericht authentiek is en afkomstig van de afzender.¹⁵

De publieke sleutel neemt bij encryptie en digitale handtekening een centrale plaats in. Uitwisseling van publieke sleutels kan per e-mail plaatsvinden of door tussenkomst van een zogenaamde Trusted Third Party ('TTP'). De TTP neemt door hem gecertificeerde openbare sleutels op in een directory-server. Een afzender kan de openbare sleutel van de ontvanger daar ophalen en deze, met behulp van de openbare sleutel van de TTP, testen op echtheid.¹⁶

In Nederland wordt de digitale handtekening in de doctrine niet zonder meer gelijk gesteld met de handmatige handtekening.¹⁷ Wel wordt in de Algemene Wet inzake Rijksbelasting (AWR) een elektronische handtekening voor het doen van aangifte aanvaard. Deze bestaat uit een vijfcijferige code, waarmee de elektronische aangifte wordt versleuteld.¹⁸ Het staat echter vast dat een wetswijziging nodig is om te komen tot algemene aanvaarding en een procedure voor het vaststellen van de echtheid van de digitale handtekening.

Bewaarplicht

Om te kunnen bewijzen dat een elektronische transactie tot stand is gekomen, is het uiteraard nodig de betreffende 'overeenkomst' te bewaren. Op grond van artikel 3:15a BW jo. artikel 2:10 BW geldt voor ondernemingen een bewaarplicht van tien jaar, ongeacht de drager van het document (papier, diskette, harde schijf). Conversie van elektronische documenten is toegestaan, wat van belang is als op andere software wordt overgeschakeld. De gegevens moeten te allen tijde beschikbaar en binnen redelijke termijn leesbaar kunnen worden gemaakt. Dit houdt in dat de onderneming de oorspronkelijke software in stand moet houden en moet blijven beschikken over de expertise om deze te gebruiken. Ook zal men de informatie zodanig moeten opslaan - onder dossiernummer, afzender, etc. - dat deze eenvoudig is terug te vinden. Voor ondernemingen - en hun adviseurs - lijkt het

raadzaam daarnaast een papieren kopie van de elektronische documenten te bewaren.

Daarnaast is van belang de authenticiteit en integriteit van de elektronische documenten te kunnen garanderen. Daarvoor kan het nodig zijn deze in versleutelde vorm op te slaan. Het elektronische archief zal voorts moeten worden beveiligd tegen manipulaties. Een digitaal logboek waaruit blijkt wanneer berichten aan het archief zijn toegevoegd, en een toegangsprocedure lijken noodzakelijk.

Ten slotte kan aan een TTP een kopie van belangrijke elektronische berichten worden toegezonden. De TTP kan daarmee onafhankelijk, aanvullend bewijs leveren voor het geval dat later problemen over (de inhoud van) de transactie ontstaan.

Slot

Zakelijk Internet-verkeer leidt tot een vorm van transacties die wezenlijk afwijkt van het kopen in de winkel en van het brief- en faxverkeer. Ondernemingen zullen zorg moeten dragen voor procedures voor identificatie en authenticatie van uitgaande en inkomende berichten. Ook is het nodig procedures in het leven te roepen voor het bewaren van de verzonden en ontvangen elektronische berichten in een elektronisch archief. Het berichtenverkeer en het elektronische archief zullen moeten worden beveiligd tegen verlies en manipulatie van gegevens en tegen ongeautoriseerde toegang van derden. Zolang de bewijskracht van de digitale handtekening niet wettelijk is geregeld, is het raadzaam bij transacties uit te gaan van en te vertrouwen op papieren, (ondertekende) berichten en overeenkomsten.

NOTEN

1 Overigens heeft het LandesGericht Berlin in haar vonnis van 25 maart 1997 zich bevoegd verklaard kennis te nemen

van en Duits recht toe te passen op een web-site die onder .com in de Verenigde Staten is geregistreerd. Het feit dat de onderneming die de web-site exploiteert in de Verenigde Staten is gevestigd deed daaraan niet af. De rechtbank was van oordeel dat het enkele feit dat de web-site ook in het district Berlijn kan worden ingezien haar bevoegdheid gaf en voldoende aanknopingspunten bood om Duits recht toe te passen.

Een samenvatting van de beslissing is te vinden op de site van Internet GmbH, <http://www.inet.de>.

2 C.E. Drion en J.J. Linnemann, Aansprakelijkheidskwesties en andere uitdagingen van het Internet aan de nationale rechtsorde, in: NJB 1996/41, p. 1739.

3 Richtlijn 89/552/EEG, Pb EG L298/23.

4 D.W.F. Verkade, Internet-domeinnamen, merkenrecht en handelsnaamrecht, in: Computerrecht 1997/1, p. 3.

5 Theo de Roos, Gerard Schuijt en Louisa Wissink, Smaad, laster, discriminatie en porno op het Internet, ITeR-reeks (1996) nr. 3, p. 83 e.v.

6 Richtlijn 93/13/EEG, Pb EG L 095/29.

7 Zie K.R.S.D. Boele-Woelki, Internet, consument en IPR: een verkenning, in: J.M. van Buren-Deen e.a. (redactie), Consument zonder grenzen (1996), p. 310.

8 EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, Trb. 1980, nr. 156.

9 Richtlijn 97/7/EEG, Pb EG 1997, L 144/19.

10 Zie hierover C.J. Sanders, De consument op de elektronische snelweg: een inleiding naar Nederlands en Duits recht, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1997/3, p. 193 e.v.

11 Drion en Linnemann, op. cit., p. 1736.

12 Afdeling 6.5.3 BW.

13 Sanders, op. cit., p. 196.

14 A.M. Kemna en A. Tuinder, Regulering van encryptie, ITeR-reeks Nummer 3 (1996), p. 10.

15 S. van der Hof, De juridische status van de digitale handtekening, in: ITeR reeks Nummer 7 (1997), p. 7 e.v.

16 Van der Hof, op. cit., p. 9.

17 S. Huydecoper, R. van Esch, Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept? in: ITeR reeks nr. 7 (1997), p. 146-147.

18 Van der Hof, op. cit., p. 33 tekent daarbij aan dat voor aanvraag van de belastingdiskette wel een handmatig getekend briefje nodig is, dat de Belastingdienst als bewijs bewaart.