

1 Inleiding

1.1 Het onderwerp van dit boek

1. Dit boek betreft het elektronisch contractenrecht. Dit onderwerp beweegt zich zowel op het gebied van het positieve privaatrecht als op het gebied van het IT-recht. Contractenrechtelijke kwesties die niet te maken hebben met de IT-omgeving of IT-rechtelijke kwesties die buiten het contractenrecht vallen, worden in dit boek niet behandeld.

De titel ‘Elektronisch contractenrecht’ is gekozen om een breder bereik te kunnen hebben dan enkel e-commerce of elektronisch contracteren. Het elektronisch contractenrecht omvat het elektronisch contracteren en dat laatste omvat op zijn beurt e-commercetransacties. Een bekende definitie van e-commercetransacties bevat het element dat deze zich afspelen met methoden die specifiek ontworpen zijn voor het ontvangen of plaatsen van orders.¹ Hierdoor valt bijvoorbeeld het contracteren via e-mail buiten de beschrijving, hoewel dit stellig een vorm van ‘elektronisch contracteren’ is. Als een persoon per e-mail een aanbod voor een product ontvangt en deze persoon aanvaardt dat aanbod ook per e-mail, dan is dat een elektronisch gesloten overeenkomst die, in de strikte zin waarin het begrip is gedefinieerd, geen e-commerce behelst. Specifiek voor e-commerce ontworpen regelingen sluiten deze individuele communicatie voor het sluiten van een contract dan ook grotendeels uit van het toepassingsbereik. In dit boek is deze vorm van elektronisch contracteren echter een wezenlijk onderdeel. Het elektronisch contractenrecht heeft op zijn beurt een bredere reikwijdte dan de elektronische totstandkoming alleen. Contracten moeten worden nagekomen, kunnen voortduren en kunnen worden

1 OECD Guide to Measuring the Information Society 2011, p. 73. De volledige definitie luidt: ‘An e-commerce transaction is the sale or purchase of goods or services, conducted over computer networks by methods specifically designed for the purpose of receiving or placing of orders. The goods or services are ordered by those methods, but the payment and the ultimate delivery of the goods or services do not have to be conducted online. An e-commerce transaction can be between enterprises, households, individuals, governments, and other public or private organisations.’

beëindigd. Bij al deze aspecten kan de elektronische omgeving uitdagingen bieden aan het contractenrecht.

1.2 Drie typerende voorbeelden voor het elektronisch contractenrecht

2. Drie voorbeelden kunnen dienen als illustratie voor veel van wat in dit boek wordt behandeld. De voorbeelden bevatten vele aspecten die voor het contractenrecht nieuwe perspectieven en problemen opleveren. In deze paragraaf wordt uiteraard enkel een indruk gegeven ter introductie.

Eerste voorbeeld: webwinkel

Het eerste voorbeeld dat we door het hele boek zullen tegenkomen is erg eenvoudig en luidt als volgt. Een consument surft op een middag achter zijn pc op het internet. Bij een webwinkel voor fietsen treft hij een gunstig aanbod van € 500 aan voor een fiets. Deze wil de consument wel aanschaffen. Hij vult de benodigde gegevens in op de webformulieren, betaalt via iDEAL en krijgt een mail van de webwinkel waarin de transactie wordt bevestigd. Een week na de bestelling krijgt de consument de fiets aan huis afgeleverd. Hoewel de casus heel ‘dagelijks’ overkomt, is hij juist voor het elektronisch contractenrecht op buitengewoon veel vlakken bruikbaar. Dit heeft er voornamelijk mee te maken dat het sluiten van het contract gedeeltelijk elektronisch plaatsvindt. De consument handelt als natuurlijk persoon op de elektronische bestelomgeving van de webwinkelier. Vele onderwerpen kunnen in dit verband aan een contractenrechtelijke analyse worden onderworpen, zoals de elektronische communicatie tussen partijen, de inrichting van de bestelomgeving, de informatiepositie van de consument als ‘zwakkere’ partij en de elektronische betaling. Deze onderwerpen maken in de komende hoofdstukken het hoofdbestanddeel van dit boek uit.

Tweede voorbeeld: Electronic Data Interchange (EDI)

3. Het tweede voorbeeld betreft het geautomatiseerde bestelproces bij een supermarkt. Voor de uitwerking ervan kruipen we eerst in de huid van een inkoper bij een supermarkt. Veel van diens werk is eenvoudig en repetitief, zoals bij het voorraadbeheer. Maar soms moet de inkoper in actie komen. Bij een supermarkt kan bijvoorbeeld blijken dat de voorraad erwtensoep moet worden uitgebreid omdat wordt voorspeld dat het voor het eerst in het jaar overdag minder dan 10 °C zal zijn. Dan kan deze inkoper met een pen een bestellijst gaan invullen en deze in een envelop, gericht tot de leverancier, op de bus doen. Met IT kan het proces van inkoop op verschillende punten efficiënter worden gemaakt. Deze komen hierna achtereenvolgens aan bod. Het gaat hierbij niet om een historische, maar om een analytische beschrijving van de verschillende mogelijkheden voor de automatisering van het contractproces. Door het perspectief van de inkoper in te nemen kunnen de verschillende te automatiseren aspecten in het contractproces worden uitgelegd.

In de eerste plaats kan de inkoper gebruikmaken van een elektronisch communicatiesysteem als e-mail. Dit scheelt de inkoper een gang naar de brievenbus en de communicatie is sneller. De automatisering zit hier in het communicatieproces, niet in hetgeen wordt gecommuniceerd. De verzending en de ontvangst van de e-mail vindt geautomatiseerd plaats. De inhoud van de boodschap ('Hierbij bestel ik x% extra erwtensoep') wordt ingetypt door de inkoper. Deze heeft het dus precies in de hand wat hij als boodschap wenst over te brengen aan de ontvanger. Voor het elektronisch contractenrecht is dat een belangrijke constatering. De contractenrechtelijke problemen die bij e-mail kunnen ontstaan, hebben niet in het bijzonder van doen met de inhoud van het bericht, maar eerder met het systeem rondom de verzending en de ontvangst. Wanneer komt bijvoorbeeld de overeenkomst tot stand?² Verder kunnen documenten of hyperlinks naar documenten worden toegevoegd in een e-mail. Dit document zou algemene voorwaarden bij de overeenkomst kunnen bevatten.³

De tweede verbeteringslag is erin gelegen dat de bestelprocedure kan worden gestandaardiseerd. De supermarkt staat met de leveranciers in een vaste handelsrelatie. Dit biedt mogelijkheden om de bestellingen nader vorm te geven door middel van de informatiesystemen van beide bedrijven. Dit is wat bij *Electronic Data Interchange* (EDI) aan de hand is. Partijen maken vaste afspraken in een zogenoemde *interchange agreement*. Waar onze inkoper bij het gebruik van e-mail mogelijk een grote hoeveelheid informatie moet bijvoegen, kunnen bij EDI allerlei afspraken worden gemaakt over vaste betekenissen in het contractproces. In de elektronische communicatie tussen de informatiesystemen van de bedrijven kunnen via deze protocollen gestructureerde berichten worden gestuurd. De inkoper kan zich dan beperken tot het intypen van de concrete order en kan alle andere informatie weglaten, omdat die al gestructureerd in het elektronische bericht is vervat.⁴ Het belang van EDI is voor kleine bedrijven niet zo groot, vanwege de hoge investeringskosten. Niet meer dan 7% van de bedrijven kocht in via EDI in 2020, maar in sommige sectoren (bijv. in de voeding- en genotsmiddelenindustrie en transport) en bij grote bedrijven is dat percentage aanzienlijk hoger.⁵

Een voorbeeld van een set van protocollen waarmee gestructureerde bestellingen kunnen worden gedaan is Edifact, ontwikkeld vanwege de Verenigde Naties. De laatste drie letters van de afkorting geven weer dat Edifact voor *administration*,

2 Zie voor de beantwoording van deze vraag hierna hoofdstuk 3, par. 3.6. Zie over de bewijsrechtelijke problematiek hoofdstuk 4, par. 4.5.2.

3 Zie daarover hoofdstuk 5, par. 5.4.3.

4 Zie verder uitgebreid over EDI onder meer Van Esch 1999.

5 CBS 2023, par. 4.3; tabel 4.3.1. Koploper is de sector voeding- en genotsmiddelenindustrie: 28% van alle elektronische verkopen verloopt daar via EDI. Bij elektronische transacties bij bedrijven in alle sectoren met meer dan 250 werknemers wordt in 19% van de gevallen gebruikgemaakt van EDI.

commerce en *transport* bedoeld is. Bij de totstandkoming van overeenkomsten kan met Edifact allerlei bestelinformatie voorgeprogrammeerd worden op een eenvormig afgesproken, oftewel gestandaardiseerde manier. Als voorbeeld kan de standaardisering van de aanduiding van temperatuur worden gebruikt. Als het informatiesysteem van de leverancier de temperatuur zou aanduiden als '10 Celsius' en het systeem van de inkopende partij als 'tien °C', dan 'begrijpen' de informatiesystemen elkaar niet. Internationaal en nationaal verzorgen organisaties en instituten normen die standaarden vastleggen. De aanduiding '10 °C' is bijvoorbeeld afkomstig uit het normdocument ISO 31 (ISO staat voor 'International Organization for Standardization'). In Edifact wordt onder meer verwezen naar dit normdocument. Als partijen EDI bedrijven via Edifact, dan weten beide partijen dus zeker hoe de aanduiding van de temperatuur qua structuur in elkaar zit. Op deze manier worden zeer veel afspraken over binnen de communicatie mogelijk voorkomende aanduidingen (maten, soorten, acroniemen, enz.) vastgesteld.

Bij vaste handelsrelaties met voorspelbare bestelpatronen kan op deze manier de menselijke input tot een minimum worden beperkt, zodat men kan spreken van geautomatiseerd contracteren. De berichten die worden verstuurd van het inkopende bedrijf naar de leverancier zijn ontstellend eenvormig. De enige mogelijkheid voor de inkoper om iets bijzonders toe te voegen aan de bestelling is door gebruik te maken van het zogenoemde 'vrije veld', een plek in het elektronische formulier waar een boodschap kan worden ingevuld. De eenvormige bestelling kan bijvoorbeeld zijn: 'Als voorraad erwtensoep minder is dan 1000, dan 100 erwtensoep bestellen.' De opmerkelijke inkoper die ziet dat het minder dan 10 °C zal worden, kan in het vrije veld toevoegen: 'Dit keer 200 extra blikken erwtensoep.'

De menselijke factor kan ook volledig zijn geëlimineerd. Partijen kunnen bijvoorbeeld genoeg nemen met de voorgeprogrammeerde optie dat vanaf 1 november tot 1 april van elk jaar een voorraad van 1500 blikken erwtensoep zal worden aangehouden en in de rest van het jaar een voorraad van 1000. Vlak voor 1 november zal er dan dus een flinke bestelling aankomen. De inkoper bij de supermarkt zal zich dan niet meer met de inkoop van erwtensoep bezig hoeven te houden (als diens baan al niet overbodig is geworden). In die gevallen spreekt men van een 'zelfhandelend EDI-systeem'.⁶

Derde voorbeeld: Zelfexecuterend contract

4. Het elektronische contractenrecht vindt niet alleen plaats op geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde elektronische bestelomgevingen. Na de bestelling dient de tot stand gekomen overeenkomst te worden uitgevoerd. Ook hierbij kan IT een rol spelen. Bij het zogenoemde zelfexecuterend contract wikkelt de (al dan niet elektronisch tot stand gekomen) overeenkomst zichzelf automatisch af. De bespreking van

6 Van Esch 1999, p. 25.

dit type contract is gereserveerd voor het laatste hoofdstuk van dit boek, aan de hand van het volgende voorbeeld.

Stel dat een verzekeringsmaatschappij dekking biedt tegen het geval dat een geboekt vliegtuig te laat vertrekt. Bij het boeken van een ticket kan door de reiziger een hokje worden aangekruist waarbij deze verzekering tegen een kleine meerprijs wordt verstrekt. Het geautomatiseerde systeem kan nu zo zijn ingericht dat als het systeem constateert dat de betreffende vlucht inderdaad vertraging heeft, het automatisch kan uitrekenen welke vergoeding moet worden betaald en tevens (gebaseerd op de door de reiziger aangeleverde gegevens) naar welk rekeningnummer het bedrag moet worden overgeschreven. Men kan zo bedenken dat elk uur vertraging laten we zeggan € 50 uitkering oplevert voor de reiziger.⁷

Totstandkoming en nakoming

5. Om het verschil tussen geautomatiseerd contracteren in bestelomgevingen en het zelfexecuterend contract te laten doordringen, moet het verschil tussen de totstandkoming en de nakoming van een contract in herinnering worden gebracht. Een overeenkomst kan eenzijdig of volledig geautomatiseerd tot stand komen. Dit betekent echter nog niets voor de nakoming. De erwtensoepe in het tweede voorbeeld kan bijvoorbeeld zonder menselijke tussenkomst worden ingekocht, maar als de automatische bestelling binnenkomt, dan zou de uitvoering in principe volledig handmatig kunnen plaatsvinden (althoewel dat tegenwoordig weinig plausibel overkomt). Anderzijds kan een tussen natuurlijke personen in een fysieke ruimte mondeling gesloten contract over de aanschaf van bijvoorbeeld elektronisch geld⁸ leiden tot allerlei geautomatiseerde nakomingshandelingen in de elektronische omgeving.

Ik spreek in het vervolg van een zelfexecuterend contract als *in ieder geval* de nakoming van een contract en *mogelijk* ook de totstandkoming op geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde wijze plaatsvindt. In het voorbeeld is de totstandkoming gedeeltelijk geautomatiseerd. Er komt een natuurlijk persoon aan te pas, de verzekeringnemer, die een hokje moet aankruisen in de geautomatiseerde contractomgeving van de verzekeraar. De nakoming is verder volledig geautomatiseerd.

Onderwerpen van elektronische contracten

6. Deze voorbeelden geven nog geen volledig beeld van het werkteerrein van het elektronisch contractenrecht. Naast koopovereenkomsten kan een brede waaier van diensten in de online omgeving worden gesloten en uitgevoerd. In de definitie van e-commerce ligt besloten dat het elektronisch contracteren zowel op goederen als op diensten betrekking kan hebben. In deze context staan goederen (vgl. in Europa:

7 Ik benadruk dat dit als een fictief voorbeeld is bedoeld, niet bijvoorbeeld ter implementatie van art. 7 Verordening 261/2004/EG over vergoeding van vertragingen in de luchtvaart.

8 Vgl. par. 7.5.