

Online overeenkomstenrecht 2009-2011

mr. H.A.J. de Jong en mr. drs. G.C.J. Erents*

Online vakanties boeken, kleding en schoenen kopen bij webwinkels, online aanbestedingsprocedures en elektronisch factureren. Zomaar een aantal verschijningsvormen van elektronisch zakendoen die consumenten en bedrijven steeds gewoner zijn gaan vinden. In 2010 besteden consumenten in Nederland zo'n 8 miljard euro in webwinkels.¹ In dat bedrag zijn nog niet meegenomen de online aankopen van consumenten onderling (Marktplaats, eBay), de online aankopen van bedrijven onderling (B2B) en de opdrachten die de overheid elektronisch aanbesteedt. De markt voor online zakendoen groeit en daarmee ook het belang van het online overeenkomstenrecht.

Inleiding

In deze kroniek presenteren wij een overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van online overeenkomstenrecht. De gemene deler hierbij is het contracteren, waarbij op enig moment gebruik wordt gemaakt van elektronische gegevens of media.² Wij hebben getracht het beschikbare materiaal op een logische, thematische wijze te presenteren. In eerste instantie wordt stil gestaan bij onderwerpen die spelen voorafgaand aan het elektronisch zakendoen (vertrouwen, oneerlijke handelspraktijken, informatieplichten), daarna bij contracteren en ontbinden (schriftelijkheid, algemene voorwaarden, ontbinden in de bedenktijd), sectorspecifieke onderwerpen (bijzondere sectoren, E-overheid, online distributie in de EU) en ten slotte aspecten die spelen bij een conflict (opgelicht, bevoegdheid rechter, digitaal bewijs).

Vertrouwen versterken

Online zaken doen vereist vertrouwen. Vanuit verschillende invalshoeken valt er deze kroniekperiode nieuws te melden over dat vertrouwen.

Een populair middel om te trachten het vertrouwen van consumenten te vergroten zijn keurmerken. De Raad voor de Accreditatie heeft ruim 50 keurmerken goedgekeurd, waarvan er een tweetal zich specifiek richten op het vertrouwen in online winkelen: Thuiswinkel Waarborg en het Webshop Keurmerk.³ Daarnaast zijn er ook vele (nog) niet geaccrediteerde keurmerken voor online winkelen in gebruik. Dat de strijd in keurmerkenland heftig kan zijn, blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Amsterdam waarin deze bepaalt dat het keurmerk van de Stichting Digikeur inbreuk maakt op de intellectuele eigendomsrechten van de Stichting Webshop Keurmerk.⁴

Het belang van internationale keurmerken om de grensoverschrijdende handel te bevorderen lijkt onderkend te worden doordat verscheidene keurmerken internationaal verenigd zijn in initiatieven als EMOTA.⁵ Overigens heeft de overheid via haar website ConsuWijzer een campagne gelanceerd om consumenten zelf te laten vaststellen of een bepaalde webwinkel betrouwbaar is: Online ShopScan – is de website OK?⁶

De Nederlandse regering heeft een Nationale Cyber Security Strategie opgesteld die beoogt bij te dragen aan het vertrouwen in de digitale samenleving met een eigen verantwoordelijkheid en een voorkeur voor zelfregulering.⁷ Op Europees niveau is de wetgever actief met onder ander het voorstel tot een Richtlijn over aanvallen op informatiesystemen dat tot vervanging zou moeten leiden van Kaderbesluit 2005/222/JBZ van de Europese Unie van 24 februari 2005.⁸ Kamerleden hebben hun zorgen geuit over het vertrouwen in webwinkels. De PVV heeft Kamervragen gesteld naar aanleiding van een artikel over het feit dat veel curatoren zouden verzuimen failliete webwinkels offline te halen.⁹ De Minister van Economische Zaken lijkt in haar antwoorden deze zorgen grotendeels weg te willen nemen en wijst erop dat curatoren onder omstandigheden bewust ervoor kunnen kiezen een webwinkel open te houden. Kamervragen van Groen Links stellen aan de orde bij wie het risico ligt voor de gebruikelijke acceptatie van volmachten zonder handtekening bij betaling via internet. De Minister van Financiën is helder in zijn antwoord dat dit zijns inziens voor rekening van de webwinkel komt.¹⁰

-
- * Huub de Jong (www.huubdejong.nl) is advocaat bij Bird&Bird te Den Haag. Chris Erents is jurist privacy bij KPMG.
1. http://www.blauw.com/uploads/files/83_TMM_2010_Infographic.pdf.
 2. De kroniek gaat verder waar de vorige kroniek was gestopt, september 2009. De kopij is op 1 oktober 2011 gesloten.
 3. Zie voor een overzicht van de goedgekeurde keurmerken <http://www.consuwijzer.nl/Keurmerken>.
 4. Rechtbank Amsterdam, 7 juni 2011, KG ZA 11-622 WT/LO.
 5. <http://www.emota.eu/consumer-trust.html>.
 6. http://www.consuwijzer.nl/Uitgelicht/Winkelen_op_het_web.
 7. Nationale Cyber Security Strategie: Slagkracht door samenwerking, te vinden via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/02/22/nationale-cyber-security-strategie-slagkracht-door-samenwerking.html>.
 8. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over aanvallen op informatiesystemen en tot intrekking van Kaderbesluit 2005/222/JBZ van de Raad, 30 september 2010, COM (2010) 517 definitief.
 9. <http://nl.hardware.info/nieuws/19851/failliete-webwinkels-kunnen-doorgaan-en-de-vragen/antwoorden-in-Kamerstukken-II-2009/10>, Aanhangsel 2876.
 10. Nu.nl, 2 december 2010 en de vragen/antwoorden in *Kamerstukken II 2010/11*, Aanhangsel 1080.

Onerlijke handelspraktijken

Sinds 2008 zijn in het BW specifieke regels opgenomen die bepalen dat ondernemers zich moeten onthouden van agressieve en misleidende handelspraktijken. Voor de periode 2010 en 2011 kondigde de Consumentenautoriteit aan veel aandacht te zullen besteden aan de naleving van de regels voor oneerlijke online handelspraktijken. Zo werd een boete van EUR 100.000 opgelegd aan Fotosessie.com voor misleidende en agressieve werving via internet. Het bedrijf benaderde jongeren via netwerksites om een afspraak te maken voor een fotosessie. Hierbij werd ten onrechte de suggestie gewekt dat de kandidaat speciaal was geselecteerd vanwege zijn uiterlijk en dat de gelukkige een speciale aanbieding werd gedaan tegen een gereduceerd tarief en dat het een eenmalig aanbod betrof met een beperkte geldigheid.¹¹

Nieuwe informatieplichten

Er komt een Europese Richtlijn Consumentenrechten aan. Deze nieuwe Richtlijn zal vier bestaande richtlijnen op het gebied van consumentenrechten vervangen (overeenkomst op afstand, colportage, consumentenkoop en oneerlijke bedingen).¹² Op 23 juni 2011 heeft het Europees Parlement, na onderhandeling met de Raad van Ministers, een aangepaste ontwerp-richtlijn goedgekeurd.¹³ De verwachting was dat de Raad van Minister dit voorstel in september 2011 zou goedkeuren. Indien er geen verder oponthoud plaatsvindt, moeten de lidstaten de nieuwe regels voor eind 2013 hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving. Het toepassingsgebied van de nieuwe Richtlijn betreft voornamelijk op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten, maar is daartoe niet beperkt. De Richtlijn kent ook bepalingen die juist voor andere dan op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten van toepassing zijn of voor alle verkoop- en/of dienstovereenkomsten met consumenten gelden.¹⁴ Overeenkomsten (op afstand) voor de levering van niet vooraf afgebakende hoeveelheden water, gas en elektriciteit, stadsverwarming en de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, nemen een aparte positie in. Voor de toepassing van de Richtlijn worden dergelijke overeenkomsten niet aangemerkt als een verkoop- of dienstovereenkomst en wordt telkens apart aangegeven welke bepalingen van toepassing zijn.¹⁵

Vooral de wijzigingen betreffende informatieverplichtingen en het ontbindingsrecht (wordt later separaat besproken) zijn voor deze kroniek interessant.¹⁶

De uitgebreide informatieverplichtingen voorafgaand aan online aankopen zijn opgenomen in art. 6 van de Richtlijn. Een kleine greep. Ondernemers dienen, indien beschikbaar, telefoonnummer, faxnummer, e-mailadres en indien van toepassing geografisch adres te verstrekken (cumulatief).¹⁷ Verkopers dienen een standaardformulier te verstrekken, opgenomen als bijlage bij de Richtlijn, dat door de consument gebruikt kan worden om zijn overeenkomst gedurende de bedenkttermijn te ontbinden.¹⁸ Verkopers die willen dat de consument betaalt voor het retourneren van goederen, moeten de consument daarover vooraf duidelijk informeren. Vóór een aankoop via internet moet op zijn minst een duidelijke schatting worden gegeven van de maximale kosten voor het retourneren van artikelen die niet per post kunnen worden teruggestuurd.¹⁹ Indien over bepaalde kosten niet of onvoldoende is geïnformeerd, hoeft de consument deze kosten niet te betalen.²⁰

Het sanctiebesluit van de Consumentenautoriteit in het dossier Postgarant heeft geleid tot een rechtszaak bij de

Rechtbank Rotterdam.²¹ Postgarant zou ongevraagd vervolgzendingen hebben gestuurd en tevens niet aan haar informatieverplichtingen hebben voldaan. De rechtbank oordeelt dat, anders dan de Consumentenautoriteit meende, het noemen van een postadres, naast een e-mailadres, wel voldoende kan zijn om te voldoen aan het vereiste van het gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk maken van gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met haar mogelijk maken.²² 'Ook via de post kan immers een snelle, rechtstreekse en effectieve communicatie tot stand gebracht worden. In dat geval is het vermelden van een telefoon- of faxnummer niet vereist'. Vanuit het algemene consumentenrecht vermelden wij hier nog de nieuwe wetgeving rondom stilzwijgende verlenging van abonnementen en verenigingslidmaatschappen.²³ Mogelijke complicaties die uit deze wetgeving kunnen voortvloeien voor wat betreft abonnementen op online uitgaven worden besproken door Sleeking.²⁴ Verder brengt deze nieuwe wetgeving een online informatieplicht mee voor verenigingen. Zij dienen vanaf 1 januari 2012 er voor zorg te dragen dat leden de voor opzegging van het lidmaatschap noodzakelijke informatie eenvoudig kunnen raadplegen. De informatie dient ten minste opvallend vermeld te staan op de

11. Sanctiebesluit Consumentenautoriteit, 14 januari 2010, CA/NCB/437/28. Na bezwaar is het boetebedrag verlaagd naar EUR 83.000 (Sanctiebesluit Consumentenautoriteit, 17 februari 2011, CA/NCB/437/86.
12. Voor wat betreft de E-commerce richtlijn (2000/31/EG) heeft de Europese Commissie een publieke consultatie uitgeschreven. Deze Richtlijn gaat niet alleen consumenten aan en wordt (dus) niet opgenomen/vervangen door de nieuwe Richtlijn Consumentenrechten. De Europese commissie heeft aangegeven in september 2011 een openbare reactie te willen geven op de input n.a.v. de consultatie en de impact hiervan op de bestaande Richtlijn 2000/31/EG.
13. Versie: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110624ATT22578/20110624ATT22578EN.pdf>
14. Art. 5 Richtlijn Consumentenrechten geeft informatieplichten voor andere overeenkomsten. Art. 18-22 behandelt consumentenrechten voor alle verkoopovereenkomsten, art. 19, 21 en 22 zijn mede van toepassing op dienstovereenkomsten.
15. Nummer 19 Preambule Richtlijn Consumentenrechten.
16. Voor een uitgebreidere bespreking van de Richtlijn Consumentenrechten lees: M.B.M. Loos en J.A. Luzak, Richtlijn consumentenrechten in eindfase, in: *NtEr* september 2011, nr. 7, p. 249-252. Eerder, van de zelfde auteurs: M.B.M. Loos en J.A. Luzak, Ontwikkelingen betreffende het voorstel voor een Richtlijn consumentenrechten: de positie van de Raad en het Europees Parlement, in: *NtEr* juni 2011, nr. 5, p. 171.
17. Art. 6(1c) Richtlijn Consumentenrechten.
18. Art. 6(1h) Richtlijn Consumentenrechten.
19. Art. 6(1i) Richtlijn Consumentenrechten.
20. Art. 6(6) Richtlijn Consumentenrechten.
21. Rechtbank Rotterdam, 25 februari 2010, *LJN* BL6368.
22. Art. 3:15d eerste lid BW.
23. *Kamerstukken II* 2009/10, 30520, nr. A.
24. Onder andere Sleeking, de wijzigingswet stilzwijgende verlenging en opzegging consumentenovereenkomsten, in: *Bedrijfsjuridische Berichten*, januari 2011, p.7-8.

hoofdpagina van de website indien een vereniging gebruik maakt van dit communicatiemiddel.²⁵

Schriftelijkheid

Op 1 juli 2010 is de Wet Ontwikkelingen elektronisch verkeer in werking getreden.²⁶ Met deze wet kan in meer gevallen dan voorheen op elektronische wijze invulling worden gegeven aan het wettelijk schriftelijkheidsvereiste voor een rechtsgeldige rechtshandeling. Het gaat om de elektronische onderhandse akte,²⁷ de elektronische toestemming van een echtgenoot,²⁸ elektronische overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen van onroerende zaken,²⁹ elektronische overeenkomsten waarbij door particulieren zakelijke zekerheden worden verstrekt,³⁰ elektronische overeenkomsten die onder het familierecht of erfrecht vallen³¹ en de elektronische verzekeringspolis, inclusief elektronische opzegging.³² Ook algemene voorwaarden kunnen in meer gevallen elektronisch ter hand worden gesteld.

Diverse auteurs constateerden dat de wetgever de kans heeft gemist om duidelijk te maken of de elektronische vorm ook gebruikt kan worden voor andere rechtshandelingen waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt. Vooral voor de in praktijk veel voorkomende ingebrekestelling en de stuiting van een verjaringstermijn is meer duidelijkheid gewenst. Snijder betoogt dat op basis van de wetsgeschiedenis³³ de elektronische vorm in beginsel gebruikt mag worden voor alle rechtshandelingen, zolang de wet deze vorm niet expliciet afwijst.³⁴ Kraan-Beekman is van mening dat de wet op dit punt onvoldoende zekerheid geeft en adviseert om in het geval dat de wet schriftelijkheid vereist de benodigde handelingen ook daadwerkelijk schriftelijk te verrichten, tenzij partijen een bewijsovereenkomst hebben gesloten waarin de elektronische vorm expliciet wordt geaccepteerd.³⁵ De praktijk zal voorlopig dit laatste advies ter harte moeten nemen. Indien echter achteraf wordt geconstateerd dat enkel elektronisch is gecommuniceerd en hierover ontstaat discussie, dan zijn er echter diverse argumenten voorhanden, zie Snijder, om het elektronische gelijk te halen. In het geval van een elektronische ingebrekestelling en opzegging per e-mail bestaat ook nog enige (lagere) rechtspraak.³⁶

Als onderdeel van de Digitale Agenda voor Europa heeft de Europese Commissie het voornemen om de Richtlijn Elektronische Handtekeningen te herzien. Begin 2011 is een publieke consultatie gestart. De uitkomsten daarvan en een reactie daarop van de Europese Commissie zijn nog niet gepubliceerd. In het licht van de ontwikkelingen in Nederland rondom Diginotar is deze herziening van de Richtlijn Elektronische Handtekeningen meer dan actueel.

Een voorbeeld waarbij de 'papieren' schriftelijkheid het moest afleggen tegen elektronisch documenten betrof een aanbestedingszaak. Een aanbestedende overheid stond partijen alleen toe om elektronisch in te schrijven. Op het moment dat een inschrijver toch papieren documenten inzendt, wordt deze partij uitgesloten. De kortgedingrechter achtte uitsluiting in dit geval toegestaan.³⁷

Elektronische algemene voorwaarden

De wetgever heeft zich rekenschap gegeven van de behoefte in de praktijk om algemene voorwaarden elektronisch ter hand te kunnen stellen. Helaas is de wettelijke regeling in het BW sinds 1992 zo vaak gewijzigd, dat van een helder kader voor de praktijk geen sprake is. Sinds de invoering van de Wet elektronische akten lijkt de wetgever zelf ook het spoor bijster, doordat daarbij eerdere wijzigingen

als gevolg van de implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn weer ongedaan gemaakt zijn. De wetgever heeft intussen een herstelwet aangekondigd, maar de praktijk blijft met de vraag zitten of dienstverrichters op dit moment (nog) kunnen volstaan met het plaatsen van algemene voorwaarden op de eigen website of dat ze deze steeds aan de klant moeten toezenden. De ontstane verwarring heeft wat pennen in beweging gezet.³⁸

Algemene voorwaarden blijven ook in de rechtszaal de gemoederen bezighouden. Het aantal procedures over de toepasselijkheid hiervan is althans nog steeds behoorlijk. Leveranciers zoeken blijkbaar steeds de juridische grenzen op en ook de steeds wijzigende wetgeving zal voor onduidelijkheid zorgen.

25. Aldus art. 2:35, zesde lid BW straks.

26. Wet van 20 februari 2010 tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, *Stb*, 2010-222.

27. Nieuw art. 156a Rv.

28. Aanpassing art. 1:88, derde lid, BW.

29. Bepanking uit art. 6:227a, tweede lid sub a BW (oud) vervalt.

30. Bepanking uit art. 6:227a, tweede lid sub b BW (oud) vervalt.

31. Bepanking uit art. 6:227a, derde lid sub b BW (oud) vervalt. De enige overeenkomsten waarbij niet aan het schriftelijkheidsvereiste kan worden voldaan langs elektronische weg, zijn overeenkomsten waarbij de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent (art. 6:227a BW, tweede lid).

32. Wijzigingen van de art. 7:932, 7:933 en 7:940 BW.

33. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 358, E, Nadere Memorie van Antwoord, p.4, voor de opmerkingen van de Minister over de elektronische ingebrekestelling. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 358, C, Memorie van Antwoord, p.6, voor de opmerkingen van de Minister over de elektronische stuiting.

34. Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen (II, slot), H.J. Snijders, in: *WPNR* 20 november 2010/6864, p. 844.

35. E.C. Kraan-Beekman, 'Elektronisch contracteren, maar toch de pen (moeten) hanteren?', in: *Contracteren*, september 2009, nr. 3, p. 81.

36. Elektronische ingebrekestelling: Rechtbank Amsterdam, 21 november 2007, *LJN* BC0337. Opzegging per e-mail: Rechtbank Leeuwarden, 14 september 2011, *LJN* BT2352.

37. Rechtbank Assen, 4 februari 2011, *LJN* BR4278.

38. J.G.J. Rinkes, 'Informatieplicht inzake algemene voorwaarden', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2010-4, *Kamerstukken I* 31358, 12 januari 2011, nr. G., zie voor een beschouwing onder andere T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, *Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht: bakens worden verzet*, C. Drion, 'Dwaallicht', in *NJB* 2010/36, E.J. van der Pas, 'De hogere wiskunde van de informatieplicht van algemene voorwaarden', op *IT&Recht* (IT 220). Specifiek voor de bankvoorwaarden wijzen wij bovendien op J.H.M. Spanjaard, *Algemene bankvoorwaarden: modernisering, maar geen vernieuwing*, *Vermogensrechtelijke Analyses*, 2010 (7) 2.

Een ook voor de online praktijk noemenswaardige uitspraak betreft het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2011.³⁹ Een IT leverancier stelt zich hierin op het standpunt dat de Fenit-voorwaarden van toepassing zijn op diens contractuele relatie met de klant. De toepasselijkheid is wel overeengekomen, maar ze zijn niet ter hand gesteld. De IT leverancier tracht zich uit deze situatie te redden met een beroep op een door de rechtspraak erkende uitzondering. Ter handstelling kan achterwege blijven, indien de klant met de voorwaarden bekend was of hiermee bekend kon worden geacht. Vervolgens wordt een wel bijzonder ruimhartige invulling van deze bekendheid bepleit met de stelling dat hiervan i.c. sprake zou zijn, omdat de voorwaarden eenvoudig te Googlen zouden zijn. Dit creatieve vangnet wordt door de Hoge Raad echter verworpen. De gebruiker van algemene voorwaarden heeft een informatieplicht. Dit verlangt een zeker initiatief, dus het is onvoldoende dat de voorwaarden via een internet zoekmachine wel te vinden zijn.

Helaas krijgt de Hoge Raad in genoemd arrest niet de gelegenheid zich uit te laten over de in de praktijk vaker voorkomende situatie dat voor de algemene voorwaarden naar de website wordt verwezen (zonder directe link). Het Hof Arnhem heeft op 16 februari 2010 nog geoordeeld dat een dergelijke algemene verwijzing niet volstaat.⁴⁰

Een rechtstreekse link (www.diginotar.nl/voorwaarden.html) werd wel voldoende geacht door de Rechtbank Amsterdam.⁴¹ 'Mede gelet op de aard van de door de wederpartij gevoerde onderneming' werd beslist dat in die situatie het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden gelijkwaardig kon worden geacht aan de feitelijke terhandstelling als genoemd in art. 6:234 lid 1 sub b BW.

Voor het Hof Den Bosch bleef een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden overeind, nadat de gebruiker deze van toepassing had verklaard per e-mail met link naar een blijkbaar helder geachte website.⁴²

We signaleren in deze Kroniekperiode nog diverse andere uitspraken over de wettelijk vereiste redelijke mogelijkheid om kennis te nemen van algemene voorwaarden bij webwinkelen. In veel gevallen slaagt het beroep op vernietiging door de wederpartij die zich niet aan de voorwaarden gebonden acht. Voor de praktijk betekende dit dat de verkoper van een kast deze gewoon op tweehoog diende af te leveren,⁴³ dat een telefonieaanbieder geen schadevergoeding kon vorderen op basis van zijn algemene voorwaarden,⁴⁴ dat een verhuurder van studieboeken geen rente in rekening kon brengen⁴⁵ en dat een aanbieder van zoekmachinemarketing geen automatische verlenging van de overeenkomst mocht veronderstellen.⁴⁶ Niet verrassend is dat ook bij een via e-mailcontacten tot stand gekomen overeenkomst de vernietiging van de inkoopvoorwaarden kon worden ingeroepen, nu deze niet waren meegezonden per e-mail.⁴⁷

Dat niet enkel kleine webwinkeliers fouten maken blijkt uit het tevergeefs beroep op de uitsluiting van aansprakelijkheid in haar algemene voorwaarden door ABN AMRO.⁴⁸ Een klant lijdt beleggingsschade door een storing in het systeem van de bank. Het beroep van de bank op haar algemene voorwaarden strandt, omdat ze niet kon aantonen dat de voorwaarden op de juiste wijze ter beschikking waren gesteld en ook nog eenvoudig door de klant konden worden opgeslagen. De Rechtbank Amsterdam acht het niet van belang dat de voorwaarden via de website van ABN AMRO waren te raadplegen. Omdat de bevestigingsmail aan de

klant niet de integrale voorwaarden bevatte dan wel een directe link daar naartoe, handelt ABN AMRO in strijd met art. 6:234 lid 2 BW (oud). Zij kan de uitsluiting van aansprakelijkheid dan ook niet inroepen tegen de klant.

En of het voor de theorie en praktijk al niet ingewikkeld genoeg is, kan aan deze discussie ook nog een internationale dimensie worden toegevoegd. De Rechtbank Den Bosch heeft zich uitgelaten over de uitleg van het Weens Koopverdrag en beslist dat een beroep op een forumkeuzebeding opgenomen in algemene voorwaarden niet slaagt onder het Weens Koopverdrag, indien er enkel verwezen is naar een website waarop deze algemene voorwaarden te vinden zijn. Het betrof hier overigens een geschil over een niet online gesloten overeenkomst.⁴⁹

Niet alle rechten en plichten van partijen kunnen (uitsluitend) worden vastgelegd in algemene voorwaarden. Algemene voorwaarden lenen zich bijvoorbeeld niet om toestemming te construeren voor het verzenden van ongevraagde e-mail⁵⁰ en de kantonrechter in Groningen heeft in een uitspraak van 20 april 2011 beslist dat over het herroepingsrecht niet uitsluitend via algemene voorwaarden geïnformeerd kan worden.⁵¹ Deze laatste uitspraak is overigens met de nodige kritiek ontvangen.⁵²

Met een uitspraak van 20 mei 2011 brengt de Rechtbank Utrecht in herinnering dat niet iedere bepaling die onder het kopje 'algemene voorwaarden' wordt gepresenteerd automatisch ook een algemene voorwaarde in de zin van boek 6, titel 5, afdeling 3 is.⁵³ Kernbedingen zijn geen algemene voorwaarden.⁵⁴

Ontbinden en terugzenden

De nog in te voeren Richtlijn Consumentenrechten verlengt de bedenktijd waarbinnen een op afstand gesloten overeenkomst kan worden ontbonden van 7 werkdagen naar 14 kalenderdagen.⁵⁵ De aanvang van deze bedenktijd is af-

39. Hoge Raad, 11 februari 2011, *LJN* BO7108.

40. Hof Arnhem, 16 februari 2010, *NJF* 2010, 112.

41. Rechtbank Amsterdam, 17 februari 2010, *LJN* BN0310.

42. Hof Den Bosch, 13 oktober 2009, *LJN* BL1921.

43. Rechtbank Haarlem (sector kanton), 29 juli 2010, *LJN* BN1041.

44. Rechtbank Maastricht (sector kanton), 14 april 2010, *LJN* BM2177.

45. Rechtbank Maastricht (sector kanton), 20 januari 2010, *LJN* BL1980.

46. Rechtbank Zutphen, 19 augustus 2009, *LJN* BJ5577.

47. Hof Leeuwarden, 16 augustus 2011, *LJN* BR5134.

48. Rechtbank Amsterdam, 13 april 2011, *LJN* BQ7598.

49. Rechtbank Den Bosch, 26 januari 2011, *LJN* BP3102.

50. OPTA, 19 april 2011, Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot oplegging van een boete ter zake van overtreding van art. 11.7, van de Telecommunicatiewet (spamverbod), zaaknummers: 11.0041.37 / 11.0042.37.

51. Rechtbank Groningen (sector kanton), 20 april 2011, *LJN* BQ5238.

52. Op IT&Recht zijn verschillende reacties op deze uitspraak verschenen. P. van der Putt signaleert hierbij terecht 7:46c ziet op de consumentenkoop en niet zoals i.c. op een zakelijke overeenkomst (IT 363).

53. Rechtbank Utrecht, 20 mei 2011, *LJN* BQ6664.

54. Art. 6:231a BW.

55. Art. 9 Richtlijn Consumentenrechten.

hankelijk van de aard van de overeenkomst. Voor koopovereenkomsten is het startpunt het moment dat de consument zijn zaak krijgt geleverd. Voor dienstenovereenkomsten en de eerder besproken overeenkomsten voor levering van water, energie en digitale inhoud is het moment van contractsluiting bepalend. Indien de verkoper zijn klant niet duidelijk heeft geïnformeerd over deze bedenkttermijn, dan wordt deze verlengd tot maximaal twaalf maanden.⁵⁶ Consumenten kunnen met behulp van het eerder genoemde standaardformulier gebruik maken van hun ontbindingsrecht. Dit formulier is overigens niet de enige wijze van ontbinding in de bedenkttermijn.⁵⁷

Ontbinden in de bedenkttermijn is een recht dat consumenten beschermt. Maar wanneer is iemand eigenlijk een consument? Kunnen ZZP-ers bijvoorbeeld ook op bescherming rekenen? De hoogste Duitse rechter boog zich recent over een zaak waarbij een advocate drie online bestelde lampen op haar kantoor liet bezorgen. Wanneer zij vervolgens deze koop wil ontbinden op grond van het alleen aan consumenten toekomende ontbindingsrecht binnen de bedenkttermijn ontstaat een conflict met de verkoper. Het Bundesgerichtshof stelt dat bij een rechtshandeling aangegaan door een natuurlijk persoon er vanuit moet worden gegaan dat sprake is van een consument. Dit is alleen anders indien er omstandigheden zijn die *eenduidig en zonder twijfel* wijzen op een zakelijke koper. Duivenvoorde bespreekt deze Duitse uitspraak mede vanuit een Nederlands en Europees rechtelijk perspectief en komt tot de conclusie dat deze uitspraak *'niet eenvoudig over te hevelen valt'* naar Nederlands recht.⁵⁸ De laatste versie van de (ontwerp) Richtlijn Consumentenrechten bevat een beperkte definitie van het begrip 'consument'. Onder consument wordt verstaan 'iedere natuurlijke persoon verstaan die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen'.⁵⁹ In een eerdere versie heeft het Europese Parlement geprobeerd de definitie te verruimen naar natuurlijke personen die hoofdzakelijk (*primarily*) handelen voor doeleinden buiten bedrijfs- of beroepsactiviteiten. Dit voorstel heeft het dus niet gehaald.

Ook het Hof van Justitie EU⁶⁰ heeft zich gebogen over een aantal belangrijke aspecten van het ontbindingsrecht. In 2008 besliste het HvJ EU in het *Quelle*-arrest reeds dat bij ontbinding van een overeenkomst op afstand in het geval van de levering van een non-conforme zaak, de koper geen gebruiksvergoeding verschuldigd is.⁶¹ In 2009 beslist het HvJ EU in het *Messner*-arrest⁶² dat een consument in zijn algemeenheid geen gebruiksvergoeding verschuldigd is bij een ontbinding binnen de bedenkttermijn die voor een overeenkomst op afstand geldt. Dit is alleen anders wanneer de consument de bewuste zaak in de bedenktperiode heeft gebruikt *'op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals dat van de goede trouw of van ongerechtvaardigde verrijking'* (ro 29).⁶³ Dit laat dus de nodige ruimte aan de consument om een product uit de verpakking te halen en uit te proberen om te beoordelen of de zaak aan zijn verwachtingen voldoet.

In 2010 gaat het HvJ EU in het *Heine*-arrest⁶⁴ nader in op de (prejudiciële) vraag of de Europese Richtlijn 97/7/EG in de weg staat aan een nationale regeling die toestaat dat de kosten voor het toezenden van de goederen aan de consument in rekening worden gebracht wanneer deze de overeenkomst heeft herroepen. De tekst van de Europese Richtlijn zegt hierover:

'Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend.' (art. 6, tweede lid, Richtlijn 97/7/EG).

De zinsnede *'voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht'* roept de vraag op of de wetgever wellicht enkel een regeling heeft willen geven voor kosten die volgen uit het gebruik van het herroepingsrecht.⁶⁵ Betoogd kan worden dat de verzendkosten voor de verzending naar de consument toe ontstaan zijn voor en los van het gebruik van het herroepingsrecht.⁶⁶ Het HvJ EU gaat hier niet in mee en verbiedt het in rekening brengen van de verzendkosten van de verkoper aan de consument.

De Nederlandse implementatie van de relevante Europese bepaling sluit overigens aan bij de uitleg die het HvJ EU geeft. Dit artikel bakent namelijk de kosten die een consument in rekening mogen worden gebracht af tot *'ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak'*.⁶⁷ De lagere rechtspraak laat een rijkdom zien aan uitspraken rondom het thema ontbinding. Enerzijds lijken verkopers op afstand hun bestel- en informatieproces naar klanten niet altijd op orde te hebben. Anderzijds lijken (kanton)rechters soms simpelweg consumenten een helpende hand te willen bieden.

Wanneer een cursusinstelling haar cursisten niet wijst op de bedenkttermijn van zeven werkdagen (het vonnis spreekt over *'zeven dagen'*), heeft de cursist recht op een verlengde bedenkttermijn van drie maanden (art. 7:46c, tweede lid BW jo 7:46d, eerste lid BW). Omdat de cursist binnen deze periode geldig de overeenkomst ontbindt, is hij geen andere kosten verschuldigd dan die verbonden zijn aan het retourne-

56. Art. 10 Richtlijn Consumentenrechten.

57. Art. 11 Richtlijn Consumentenrechten.

58. B.B. Duivenvoorde, 'Consument of handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf? Het Bundesgerichtshof doet uitspraak', in: *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2010-4, p.176-180.

59. Art. 2(1) Richtlijn Consumentenrechten.

60. Wij hanteren consequent de huidige naam: Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) ook als een arrest toentertijd geweest is toen het Hof nog haar oude naam droeg Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG).

61. HvJ EU 17 april 2008, *Quelle*-AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (C-404/06).

62. HvJ EU 3 september 2009, *Messner/Firma Stefan Kruger* (C-489/07).

63. M.B.M. Loos, De gebruiksvergoeding bij de ontbonden koop op afstand: het onderscheid tussen 'gebruiken' en 'uitproberen', in: *NtEr* februari 2010, nr. 1, p.27-31.

64. HvJ EU 15 april 2010, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* (C-511/08).

65. Correct gebruik van komma's is hier van belang. In het Nederlands is sprake van een zogenaamde uitbreidende bijvoeglijke bijzin, waardoor het tussen komma's geplaatste zinsdeel geen beperking/specificatie beoogt van de bedoelde kosten. Voor de Duitse taal is dit mogelijk anders.

66. M.Y. Schaub, 'De verdeling van de verzendkosten bij de uitoefening van het herroepingsrecht bij koop op afstand', in: *NtEr* september 2010, nr. 7.

67. Art. 7:46d, tweede lid BW.

ren van het ontvangen lesmateriaal. Voor de lessen die reeds waren gegeven -maar niet gevolgd- voordat de ontbinding plaatsvond, is de cursist geen (deel)vergoeding schuldig.⁶⁸ Een telecomaandbieder wijst haar klanten stelselmatig niet (juist) op de bedenkttermijn. Een consument ontbindt vervolgens zijn overeenkomst, echter dit gebeurt pas nadat de verlengde bedenkttermijn van drie maanden verstreken is. De kantonrechter komt de consument te hulp met als argument dat een beroep op het verstrijken van de verlengde bedenkttermijn van drie maanden in de gegeven omstandigheden zich niet laat verenigen met de redelijkheid en billijkheid.⁶⁹ Hierbij verwijst de rechtbank naar het Martin Martin-arrest van het HvJ EU.⁷⁰ Dat is interessant omdat het HvJ EU hierin concludeert dat art. 4 van richtlijn 85/577/EEG⁷¹ zich er niet tegen verzet dat een nationale rechter een onder deze richtlijn vallende overeenkomst ambtshalve nietig verklaart op grond dat de consument niet over zijn opzeggingsrecht is voorgelicht, ook al heeft de consument deze nietigheid nooit aangevoerd voor de bevoegde nationale rechters. Weij constateert dat het Martin Martin-arrest niet gaat over de Richtlijn Verkoop op afstand (97/7/EG) en handelt over een nietigverklaring van een overeenkomst in plaats van een ontbinding zoals in deze zaak aan de orde is.⁷² De aanvang van de bedenkttermijn leidt bij sommige rechters en ondernemers tot verwarring.

De Rechtbank Arnhem boog zich over een zaak waar een consument zijn internetovereenkomst wil ontbinden.⁷³ De consument ontving enkele weken na het aangaan van de overeenkomst het modem waarmee de betreffende dienst kon worden afgenomen. In de tussentijd was, aldus de verkoper, de bedenkttermijn verstreken. Deze bedenkttermijn begint immers te lopen 'vanaf het sluiten van de overeenkomst' (artikel 7:46i eerste lid jo. zesde lid BW). In zijn tussenvonnis oordeelde de rechter nog dat de bedenkttermijn pas kan beginnen nadat de klant zijn modem heeft ontvangen en toegang tot het netwerk heeft verkregen.⁷⁴ In het eindvonnis komt de rechter echter terug op zijn oordeel en gaat alsnog uit van het starten van de bedenkttermijn op het moment dat de overeenkomst is gesloten.

De Rechtbank Groningen oordeelde dat het bijvoegen van de algemene voorwaarden – met daarin de informatie over de bedenktperiode – bij de welkomstbrief niet voldoende is.⁷⁵ Braat geeft naar aanleiding van deze zaak een interessante analyse over de vraag of een verkoper een consument (schriftelijk) moet informeren over de afwezigheid van een bedenkttermijn indien een dergelijke termijn ontbreekt omdat met instemming van de consument de nakoming van een online overeenkomst meteen wordt begonnen. Haar antwoord luidt ontkennend.⁷⁶

In een ander dossier beboet de Consumentenautoriteit KPN, omdat deze in haar welkomstbrief een bedenkttermijn vermeldt van zeven werkdagen na dagtekening van de brief. De bedenkttermijn dient volgens de Consumentenautoriteit echter pas in te gaan na ontvangst van de brief door de consument.⁷⁷

De Rechtbank Assen beslist dat een consument ook vóór de levering van online bestelde goederen de koop kan ontbinden. In deze zaak was de verkoper kennelijk van mening dat de in zijn leveringsvoorwaarden opgenomen bepaling dat een bedenkttermijn gold van zeven dagen na factuurdatum dwingend consumentenrecht (art. 7:46d BW) opzij kon zetten. Nu dit niet het geval is, moest de kantonrechter oordelen of een ontbinding voorafgaand aan de ontvangst van

goederen mogelijk is.⁷⁸ In een soortgelijk geval acht ook de Rechtbank Arnhem ontbinding voor ontvangst van de zaak toegestaan.⁷⁹

In een Groningse zaak ontbindt een consument binnen zeven werkdagen een online overeenkomst waarmee hij per abuis een kortingskaart van Deutsche Bahn heeft gekocht. Deutsche Bahn AG verwijst de consument echter naar haar zusterorganisatie DB Fernverkehr AG als zijnde de juiste contractspartij. Na een beoordeling van het bestelproces via internet komt de rechter tot het oordeel dat Deutsche Bahn AG contractspartij is en het verschuldigde bedrag moet restitueren. Nu Deutsche Bahn AG er zelf voor heeft gekozen om op haar website een BahnCard aan te bieden, zijn onduidelijkheden bij het aangaan van deze overeenkomsten voor haar rekening en risico.⁸⁰

In ten minste vier kantonrechtzaken stond de ontbinding van contracten over de levering van elektriciteit centraal.⁸¹ In al deze gevallen wil de consumenten zijn (vermeende) overeenkomst over de levering van elektriciteit ontbinden. De kantonrechters staan ontbinding in de, al dan niet verlengde, bedenkttermijn toe. In een aantal gevallen was reeds elektriciteit geleverd. Voor dit gebruik moet de consument op grond van onverschuldigde betaling afrekenen met zijn leverancier. De kantonrechter in Utrecht is van mening dat naar zijn oordeel niet gebleken was dat de elektriciteitsleveranties begonnen waren gedurende de bedenkttermijn met instemming van de consument.⁸² De kantonrechters in Assen stellen dat ontbinding mogelijk is en motiveren dat onder andere met een verwijzing naar het feit dat 'bij een overeen-

-
68. Rechtbank Zwolle (sector kanton), 2 februari 2010, *LJN* BL1755.
 69. Rechtbank 's-Hertogenbosch (sector kanton), 4 maart 2010, *LJN* BM1632.
 70. HvJ EU, 17 december 2009 (C-227/08).
 71. Richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.
 72. <http://www.solv.nl/weblog/verlenging-termijn-cooling-off-periode-bij-koop-op-afstand/16977>.
 73. Rechtbank Arnhem (sector kanton), 20 september 2010, *LJN* BN8242.
 74. In dezelfde lijn: Rechtbank Haarlem (sector kanton), 11 november 2010, *LJN* BO9358 en Rechtbank Utrecht (sector kanton), 9 juni 2010, *LJN* BM4241.
 75. Rechtbank Groningen (sector kanton), 20 april 2011, *LJN* BQ5238.
 76. <http://www.itenrecht.nl/index.php?/Informatie+over+bedenktijd+hoeft+niet+altijd+schriftelijk////29048/>.
 77. Boetebesluit Consumentenautoriteit, 13 oktober 2009, CA/NB/462/25.
 78. Rechtbank Assen (sector kanton), 15 maart 2011, *LJN* BP8079.
 79. Rechtbank Arnhem (sector kanton), 22 augustus 2011, *LJN* BS1751.
 80. Rechtbank Groningen (sector kanton), 25 juni 2010, *LJN* BO2533 (eindvonnis). Het tussenvonnis in deze zaak is te vinden onder *LJN* BO2532.
 81. 1) Rechtbank Assen (sector kanton), 7 december 2010, *LJN* BO8188, 2) Rechtbank Assen (sector kanton), 15 februari 2011, *LJN* BP4835, 3) Rechtbank Leeuwarden (sector kanton), 9 februari 2011, *LJN* BP5786 en 4) Rechtbank Utrecht (sector kanton), 2 maart 2011, *LJN* BP6621.
 82. Art. 7:46i, vijfde lid sub a BW, het betreft een ontbindingsmogelijkheid in het geval van het afnemen van een dienst.

komt tot levering van gas en elektra gaat het echter niet om een eenmalig geleverde prestatie, maar is sprake van een duurovereenkomst. Door ontbinding kan verdere levering ongedaan worden gemaakt.⁸³ De uitspraken raken aan de principiële vraag of een overeenkomst tot levering van elektriciteit de (ver)koop van een roerende zaak betreft of dat sprake is van de levering van een dienst. Deze kwalificatie is van belang voor het bepalen van het moment dat de bedenkttermijn begint en om te bepalen of er, in verband met de aard van de zaak, een recht op ontbinding van een overeenkomst bestaat. Art. 7:5, eerste lid BW schaaft elektriciteit, in geval van consumentenkoop, onder de roerende zaken. De regels voor de ontbinding van een overeenkomst op afstand betreffende de koop van roerende zaken bepalen onder andere dat het ontbindingsrecht niet van toepassing is indien het gaat om zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden.⁸³ Geen van de kantonrechters zag kennelijk aanleiding om vanwege de aard van de zaak ontbinding in de bedenkttermijn uit te sluiten. Weij vindt dit in strijd met de wet en de rechtszekerheid.⁸⁴ Wij zagen eerder dat de Europese wetgever dit probleem in de Richtlijn Consumentenrechten oplost door overeenkomsten voor de levering van energie als een aparte categorie overeenkomsten te beschouwen. Onder de nieuwe Richtlijn zal gelden dat een consument in geval van een dergelijke overeenkomst een bedenkttermijn heeft, die start op het moment van contractsluiting,⁸⁵ tenzij de consument: *‘heeft ingestemd met het begin van de uitvoering en ervan kennis heeft genomen dat hij vervolgens het recht om de overeenkomst te herroepen zal verliezen’*.⁸⁶ Soms wenst een online aanbieder een overeenkomst niet na te komen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van een koper op een internetveiling dat hij daadwerkelijk het product geleverd krijgt waarop hij het hoogste bod heeft uitgebracht, stond centraal in een zaak bij de rechtbank Zwolle. De rechtbank oordeelt dat de aanbieder in deze zaak gehouden is om het hoogste bod te accepteren, ook al ligt dat beneden de marktwaarde.⁸⁷ Spanjaard grijpt deze uitspraak aan voor een vergelijking tussen online en offline veilingen.⁸⁸

Bijzondere sectoren

In een aantal sectoren gelden aanvullende regels om bijvoorbeeld het gebrek aan een (volledige) vrije marktwerking te compenseren. We signaleren enkele gevolgen hiervan voor online overeenkomsten.

Vaste Boekenprijs

Geldt het Nederlandse systeem van vaste boekenprijzen ook voor een online boekenhandel die statutair gevestigd is te Curaçao? De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat boekenconcurrent.com zich aan de vaste boekenprijs moet houden. De wijze waarop de website en het bestelproces zijn ingericht zijn hierbij doorslaggevend. Alles wijst erop dat het feitelijk om een aanbieder gaat die (vooral) in Nederland aan Nederlandse consumenten wil verkopen. De omstandigheid dat de website in Curaçao wordt gehost maakt de Boekenconcurrent niet tot een buitenlandse verkoper van boeken op de Nederlandse markt.⁸⁹

Een online constructie die niet in strijd werd geacht met de Wet op de vaste boekenprijs stond ter discussie in een procedure tussen SplinQ BV en het Commissariaat voor de Media. SplinQ exploiteert websites waar consumenten via advertenties worden doorverwezen naar websites van andere bedrijven, bijvoorbeeld een online boekenwinkel. De consument gaat een overeenkomst aan met de online boekenver-

koper en betaalt aan hem de vaste boekenprijs. De boekenverkopers betalen om te mogen adverteren op de website(s) van SplinQ, via een zogenaamde affiliate. Het geld dat SplinQ hiermee verdient, wordt deels teruggegeven aan de consument. Een zogenaamde cashback constructie. Het Hof oordeelt dat het SplinQ vrijstaat de ontvangen advertentieinkomsten (deels) terug te geven aan het publiek via een beloningssysteem.⁹⁰

Financiële producten

De Wet op het financieel toezicht (Wft) eist – kortgezegd – dat partijen die ‘bemiddelen’ bij de totstandkoming van een overeenkomst voor een financieel product daarvoor eerst een vergunning van de AFM dienen te verkrijgen.⁹¹ Wanneer is sprake van bemiddelen door een internetbedrijf dat via een website informatie aanbiedt en gegevens verzamelt van consumenten? Grundmann-van de Krol bespreekt in een noot bij LJV BO2894 de ontwikkeling in de rechtspraak. Uit de wetsgeschiedenis is bekend dat het enkele doorverwijzen naar een bepaalde aanbieder zonder eigen inhoudelijke betrokkenheid niet valt onder de definitie van bemiddelen. In de (lagere) rechtspraak worden onder andere de volgende factoren relevant geacht om te bepalen of sprake is van bemiddeling: neemt de consument zelf rechtstreeks contact op met de aanbieders van de financiële producten, wordt de keuze uit aanbieders beperkt door de websitehouder, wordt de websitebeheerder betaald voor de via zijn website verkregen ‘leads’. De sector is in afwachting van een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.⁹²

Medische hulpmiddelen

Het HvJ EU heeft beoordeeld of Hongaarse wetgeving in strijd is met het gemeenschapsrecht die de verkoop van contactlenzen via websites verbiedt.⁹³ Het Hof concludeert dat nationale regels betreffende de verkoop van contactlenzen via internet vallen onder de eCommerce Richtlijn (2000/31/EG). Nationale regels met betrekking tot de levering(svoorwaarden) van contactlenzen vallen niet onder deze richtlijn en moeten beoordeeld worden aan de hand van de regels voor het vrije verkeer van goederen. Het Hof concludeert dat de Hongaarse regeling die de verkoop van contactlenzen beperkt tot speciaalzaken voor medische hulp-

83. Art. 7:46d BW vierde lid, aanhef en sub 3.

84. Zie http://www.solv.nl/files/ANNOTATIE_BIJ_RECHTBANK_Assen_15_februari_2011.pdf.

85. Art. 9(2c) Richtlijn Consumentenrechten.

86. Preambule nr. 19 Richtlijn Consumentenrechten.

87. Rechtbank Zwolle (sector kanton), 16 januari 2010, LJV BL3717.

88. J.H.M. Spanjaard, Internetveilingen – geen easy riding, in: *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010 (7) 3.

89. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 3 december 2009, LJV BK6182.

90. Gerechtshof Amsterdam, 14 juni 2011, LJV BQ8050.

91. Art. 2:80 Wft.

92. JOR 2011/11.

93. HvJ EU, 2 december 2010 (C-108/09).

middelen verder gaat dan nodig is om het aangevoerde doel te bereiken.⁹⁴

Online gokken

De Europese Commissie heeft een Groenboek doen verschijnen over online gokken.⁹⁵ Belangrijke conclusie is dat door de opkomst van gokken via internet nationale regulering van deze markt niet goed meer functioneert. De Nederlandse regering overweegt nieuwe wetgeving voor online gokken en heeft op 25 december 2009 een wetsvoorstel gelanceerd om (weer) een nieuwe toezichthouder op te tuigen: de Kansspelautoriteit.⁹⁶

De Nederlandse markt voor (online) kansspelen wordt door middel van vergunningen gereguleerd. Evenals andere EU lidstaten is de Nederlandse overheid in dat opzicht hypocrisie verweten. Zij zou onder de noemer van het tegengaan van bijvoorbeeld gokverslaving bewust een monopolie in stand houden om daar zelf geld mee te verdienen. Dit monopolie ligt van verschillende kanten onder vuur en het is dan ook niet verwonderlijk dat tot aan de hoogste Europese rechter wordt geprocedeerd over verschillende onderdelen van het kansspelbeleid. Op 3 juni 2010 heeft het HvJ EU antwoord gegeven op prejudiciële vragen van de Nederlandse Hoge Raad in de zaken *Ladbroke*⁹⁷ en *Betfair*.⁹⁸ Het Hof concludeert ondermeer dat art. 49 EG Verdrag (nu VwEU) zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat, die slechts één marktdeelnemer toestaat kansspelen aan te beiden en elke andere marktdeelnemer verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet onder dit stelsel vallende diensten aan te bieden, een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer daaronder begrepen.⁹⁹ De AG bij de Hoge Raad heeft op grond van deze uitspraak van het HvJ EU reeds geconcludeerd tot verwerping van de klachten van *Ladbroke* tegen de monopoliepositie van de *Lotto* op het gebied van online gokken in Nederland.¹⁰⁰

Reizen

Reizen worden tegenwoordig veelal via het Internet verkocht. Op grond van art. 7:512 lid 1 en 2 BW dienen reisorganisatoren maatregelen te treffen teneinde consumenten te beschermen tegen financieel onvermogen van de reisorganisator. Het Hof Den Haag heeft zich op verzoek van de Consumentenautoriteit uitgelaten over gevallen waarin reisorganisatoren dergelijke maatregelen niet of onvoldoende hadden getroffen.¹⁰¹ De consumentenautoriteit had deze reisorganisatie en nog een handvol andere daar eerder al op aangesproken.¹⁰²

Doorverkoop toegangskaarten

Het Wetsvoorstel Doorverkoop toegangskaarten is na wijziging door de Tweede Kamer aangenomen. Het gewijzigde voorstel ligt thans bij de Eerste Kamer.¹⁰³ Belangrijke wijzigingen zijn de verhoging van de maximaal toegestane prijsopslag bij doorverkoop naar 20% (was 10%) en het schrappen van de Consumentenautoriteit als handhaver voor deze wet. De Eerste Kamer heeft kritische vragen gesteld over de haalbaarheid (in termen van handhaving).¹⁰⁴ Het lijkt ons maar zeer de vraag of dit voorstel ooit wet zal worden. De initiatiefnemers tot deze wet hebben in ieder geval het afgelopen jaar niet gebruikt om deze kritische vragen te beantwoorden. Een en ander laat overtuigen dat de Consumentenautoriteit in 2010, op andere juridische gronden, negen online ticketbureaus aanpakte. Deze aanbieders kregen een last on-

der dwangsom opgelegd voor met name het onvoldoende en onjuist informeren van consumenten over onder andere de prijs (vermelding van btw en leveringskosten).¹⁰⁵

E-overheid

De overheid heeft deze Kroniekperiode stapjes gezet om haar eigen elektronische dienstverlening te verbeteren. Aan de inkoopzijde heeft de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het voornemen aangekondigd om voor alle ministeries met alle leveranciers elektronisch bestellen en factureren (EBF) in te voeren.¹⁰⁶ Het bewuste programma heet inmiddels DigiInkoop. Aan de factuurzijde heeft de Minister van Economische Zaken een besluit genomen waarmee alle Ministeries de instructie hebben gekregen zich voor 1 januari 2011 aan te sluiten op Digipoort, zodat ze facturen elektronisch kunnen ontvangen en verwerken.¹⁰⁷ Het zijn inmiddels vooral (delen van) de Rijksoverheid die zich hebben aangesloten, lagere overheden en andere rijksdiensten zijn pas sporadisch actief.¹⁰⁸

De Europese Commissie vindt dat er nog teveel belemmeringen zijn voor e-facturen en heeft om die reden aangekon-

94. Art. 3, vierde lid, 2000/31/EG en art. 34 en 36 VwEU, zie ook: H.A.G. Temmink, 'Verbod van verkoop van contactlenzen via internet is in strijd met het EU-recht', in: *NtEr*, januari 2011, nr. 1.
95. Online gokken op de interne markt, COM(2011) 128 def. 28 maart 2011.
96. *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, nr. 2.
97. HvJ EU, 3 juni 2010, nr C-258/08, *Ladbroke Betting & Gaming Ltd en Ladbroke International Ltd vs. Stichting de Nationale Sporttotalisator*.
98. HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, *Sporting Exchange (Betfair) Ltd vs. Minister van Justitie*. Op 8 en 9 september 2010 heeft het HvJ EU uitspraak gedaan in vier andere gokzaken: HvJ EU, 8 september 2010, in de zaak C-46/08 (*Carmen Media Group*), HvJ EU, 8 september, in de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (*Markus Sto?*), HvJ EU, 9 september 2010, in zaak C-64/08 (*Engelmann*), HvJ EU, 8 september 2010, in de zaak C-409/06 (*Winner Wetten*).
99. Voor een meer uitgebreide bespreking van dit arrest zie: P.C. Adriaanse, T. Bakhuysen en S.C.G. Van den Bogaert, 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese Maat', in: *NJB*, 3 september 2010, nr. 29, p. 1900. Ook via <http://njblog.nl> te raadplegen.
100. HR 30 september, C07/00035.
101. Verzoekschriftprocedure op grond van 3:305d BW.
102. Hof Den Haag, 19 januari 2010, (BL 0024).
103. *Kamerstukken I* 2009/10, 31461, nr. A
104. *Kamerstukken I* 2009/10, 31461, nr. B
105. Sanctiebesluiten Consumentenautoriteit van 26 augustus 2010 en 30 november 2010, te vinden via: consumentenautoriteit.nl.
106. *Kamerstukken II* 31 490, 5 juli 2010, nr. 44.
107. Besluit van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 5 november 2010, nr. WJZ/10145713, houdende aansluiting van alle ministeries op een centraal aanleverpunt voor elektronische facturen (Besluit Digipoort voor e-Facturen), *Stcrt.* nr. 17856.
108. <http://www.logius.nl/producten/projecten/e-factureren/wie-doen-er-mee/>.

digd de Richtlijn Elektronische Handtekening aan te willen passen.¹⁰⁹

Bij de Tweede Kamer is een wetsvoorstel ingediend dat beoogt via een wijziging van Boek 1 BW enerzijds de mogelijkheden te vergroten om elektronisch aangifte te doen van geboorte, voorgenomen huwelijken en overlijden en anderzijds het elektronisch verkrijgen van uittreksels en afschriften van daarop betrekking hebbende akte mogelijk te maken.¹¹⁰

Online distributie in EU

Sinds 1 juni 2010 is er een nieuwe EU Groepsvrijstelling in werking getreden die onder andere een antwoord geeft op de restricties die (niet) overeengekomen mogen worden bij het sluiten van distributieovereenkomsten voor producten en diensten.¹¹¹ Vooral de daarbij behorende richtsnoeren gaan vrij uitgebreid in op de beperkingen die (niet) gesteld mogen worden aan wederverkoop via internet. Een duidelijk signaal dat de Europese Commissie zich bewust is van het belang van verkoop via internet.¹¹² Hoofdregel blijft dat het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten ('passieve verkoop') moet zijn toegestaan en het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten ('actieve verkoop') mag worden verboden. Het begrip passieve verkoop wordt echter ruimhartig uitgelegd en hiervan blijft ook sprake als een website meertalig wordt aangeboden. Van een distributeur mag volgens de nieuwe richtsnoeren niet verwacht worden dat hij verhindert dat in een ander gebied gevestigde klanten zijn website bezoeken. Anderzijds mogen er aan hem wel kwaliteitseisen gesteld worden voor de verkoop via internet, waarvan de eis één of meer fysieke winkels of showroom te hebben erg verstrekkende consequenties kan hebben voor de praktijk.

We vermelden verder een conclusie van AG Mazák van 3 maart 2011 die nog ingaat op de oude Groepsvrijstelling.¹¹³ Het HvJ EU is gevraagd zich uit te laten over het recht om erkende distributeurs te verbieden via internet aan eindgebruikers te verkopen. De AG is van mening dat zo'n algemeen en absoluut verbod strekt tot beperking van de mededinging en dat deze niet kan profiteren van een groepsvrijstelling, omdat het zowel de actieve als passieve verkoop beperkt. Deze conclusie lijkt in lijn met de nieuwe Groepsvrijstelling.

Opgelicht

De strafrechter heeft zich in een aantal zaken uitgelaten over online oplichting. Iemand die op grote schaal gebruikers van het populaire Marktplaats had opgelicht werd door de Rechtbank Breda veroordeeld tot een gevangenisstraf van 18 maanden en tot vergoeding van de kosten van de 50 benadeelde partijen.¹¹⁴ De rechtbank overweegt daarbij dat iemand die op Marktplaats goederen te koop aanbiedt of verkoopt, uitgaat van wederzijds vertrouwen en dat verdachte dit vertrouwen heeft geschonden en de kopers heeft benadeeld. Hoewel de rechtbank dit niet als zodanig benoemt, lijkt cruciaal te zijn dat de verdachte zich bediende van namen en adresgegevens van derden en ook gebruik maakte van hun pasjes en bankrekeningen. Art. 326 Strafrecht verlangt voor oplichting namelijk '*het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid*'. Door het ontbreken van zo'n valse naam of hoedanigheid heeft de Rechtbank Amsterdam iemand vrijgesproken op 30 november 2009.¹¹⁵ De rechtbank oordeelt in die zaak dat niet elke vorm van bewust oneerlijk zakendoen oplichting oplevert. Deelnemers

aan het handelsverkeer hebben hun eigen verantwoordelijkheid en dienen de daarbij behorende risico's te aanvaarden. Consumenten die op voorhand een webwinkel hebben betaald, maar hun bestelling vervolgens niet geleverd krijgen, worden dus niet altijd door het strafrecht beschermd. Ook niet als de webwinkelier te kwader trouw heeft gehandeld door betalingen te accepteren, terwijl hij wist dat hij niet kon leveren. Een creatief beroep van het openbaar ministerie op verduistering van het overgemaakte geld kon in die zaak evenmin worden aangenomen.

Het conceptwetsvoorstel Versterking bestrijding computer-criminaliteit introduceert onder andere de zelfstandige bevoegdheid voor de officier van justitie om strafbare gegevens van het internet te laten verwijderen.¹¹⁶ Het openbaar ministerie lijkt hiermee een wapen in handen te hebben om eigenhandig criminele webwinkels te kunnen aanpakken. Op dit conceptwetsvoorstel is overigens de nodige kritiek gekomen, waarbij juist deze zelfstandige bevoegdheid zonder rechterlijke toetsing, argwanend bekeken wordt.¹¹⁷

Is de rechter bevoegd?

Het feit dat een website in beginsel vanuit alle landen toegankelijk is, maakt de vraag relevant wanneer een website zich 'richt' op consumenten in een bepaald land waardoor de rechter van het betreffende land bevoegd is kennis te nemen van een geschil.¹¹⁸ Hoe dit gerichtshoudingscriterium precies ingevuld moet worden, was niet precies duidelijk. In twee gevoegde zaken geeft het HvJ EU¹¹⁹ een nadere invulling van het criterium. Het Hof oordeelt dat sprake is van gerichtheid op een bepaalde lidstaat indien de verkoper:

-
109. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, de voordelen van elektronische facturering voor Europa benutten brussel, 2 december 2010, com(2010) 712 definitief.
110. *Kamerstukken II* 32 444, 23 juli 2010, nr. 2.
111. Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, 23 april 2010, *PbEG L* 102/1.
112. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 19 mei 2010, *PbEG C* 130/1.
113. Opinie van Advocaat Generaal Mazák, 3 maart 2011, Zaak C-439/09.
114. Rechtbank Breda, 12 oktober 2010, *LJN* BO0111.
115. Rechtbank Amsterdam, 30 november 2009, *LJN* BK4742.
116. http://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_versterking_bestrijding_computercriminaliteit.
117. J.J. Oerlemans, 'Het conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit nader bezien', *IR* 2010, nr. 5 E.J. Koops, 'Tijd voor Computercriminaliteit III', *NJB* 2010, p. 2461-2466.
118. Art. 15, eerste lid, sub c, Verordening 44/2001/EG van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Zie voorts overweging 24 in de preambule van Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).
119. HvJ EU, 7 december 2010, arrest in de gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09.

‘zijn wil tot uitdrukking heeft gebracht om commerciële betrekkingen aan te knopen met consumenten in één of meerdere andere lidstaten, waaronder die waar de consument woonplaats heeft. Bijgevolg dient bij de beoordeling van een overeenkomst tussen een ondernemer en een bepaalde consument te worden onderzocht of er vóór de sluiting van de overeenkomst met deze consument aanwijzingen waren dat de ondernemer van plan was om handel te drijven met consumenten die woonplaats hebben in andere lidstaten, waaronder die waar deze consument woonplaats heeft, in die zin dat hij bereid was om met deze consumenten een overeenkomst te sluiten’ (r.o. 75-76).

In het dictum komt het Hof tot een opsomming van relevante factoren voor de beoordeling van de gerichtheid op consumenten in een bepaalde lidstaat:

‘De volgende factoren, waarvan de lijst niet uitputtend is, kunnen aanwijzingen vormen dat de activiteit van de ondernemer is gericht op de lidstaat waar de consument woonplaats heeft: het internationale karakter van de activiteit, routebeschrijvingen vanuit andere lidstaten naar de plaats waar de ondernemer is gevestigd, het gebruik van een andere taal of munteenheid dan die welke gewoonlijk worden gebruikt in de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is en de mogelijkheid om in die andere taal de boeking te verrichten en te bevestigen, de vermelding van een telefoonnummer met internationaal kengetal, uitgaven voor een zoekmachineadvertentiedienst die worden gemaakt om consumenten die in andere lidstaten woonplaats hebben gemakkelijker toegang te verlenen tot de site van de ondernemer of diens tussenpersoon, het gebruik van een andere topleveldomeinnaam dan die van de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is, en de verwijzing naar een internationaal clientèle dat is samengesteld uit klanten die woonplaats hebben in verschillende lidstaten. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of deze aanwijzingen voorhanden zijn.’

Ondanks deze uitgebreide opsomming zal er onzekerheid blijven kleven aan de uitkomst van een beoordeling in een concreet geval nu veel websites internationale trekjes vertonen, zoals Engelse teksten en pull down menu’s met standaard vermelding van vele landen.

Digitaal Bewijs

We noemen in enkele rechtszaken waarin het gebruik van digitale documenten, vooral e-mail, een rol als speelt.

Partijen maken ruzie over de levering van een partij aardappelwit, althans vooral over de daarvoor overeengekomen prijs. De afnemer verwijst voor de onderbouwing van zijn standpunt over de prijs naar een door hem verzonden e-mail. Leverancier verweert zich met het standpunt dat vast moet komen te staan dat deze e-mail hem ook heeft bereikt. Het Hof passeert dit verweer door te concluderen dat de ontvangst van de e-mail irrelevant is, omdat deze slechts bewijs levert van het feit dat de overeenkomst al eerder – zoals door de verzender gesteld is – is gesloten. *‘Het gaat er niet om of door de ontvangst van de e-mail verbintenissen tot*

stand zijn gekomen, maar of de verzending ervan voor het bewijs relevant is.’¹²⁰

Is er een overeenkomst tot stand gekomen? De kantonrechter in Arnhem gaat niet mee in het verweer dat gedaagde geen overeenkomst met een telefonieaanbieder zou hebben gesloten en dat zijn handtekening zou zijn vervalst. Door een samenhang van de belastende feiten (kopie paspoort aanwezig, pinbetaling gedaan, etc.) worden hier niet veel woorden aan vuil gemaakt.¹²¹

Dat het ook anders kan aflopen blijkt uit een vonnis van de kantonrechter in Alkmaar die concludeert dat geen wilsovereenstemming kan worden aangetoond door het overleggen van screenprints van een website en het feit dat de gedaagde niet heeft gereageerd op een toegezonden verzekeringspolis.¹²² Screenprints werden daarentegen wel weer toereikend geacht om aan te tonen dat een dvd nimmer aan een verhuurder was geretourneerd.¹²³

Is de overeenkomst beëindigd? Bij de koop van onroerend is in twee zaken het financieringsvoorbehoud tegen de overeengekomen eisen in, per e-mail ingeroepen.

In het ene geval was overeengekomen dat een beroep op het voorbehoud zou geschieden per aangetekende brief met bericht met handtekening retour of telefaxbericht met verzendbevestiging en in het andere geval schriftelijk, gericht aan de verkoper en diens makelaar, per aangetekende brief met bericht van ontvangst of per deurwaardersexploot. Respectievelijk de Rechtbank Dordrecht en de Rechtbank Middelburg achtten dit vormgebrek niet onoverkomelijk. In beide zaken werd overigens de ontvangst van de bewuste e-mail niet betwist.¹²⁴

Ook een voetballer die zich verweert tegen het inroepen van een verlengingsoptie in zijn sponsorcontract met Nike trekt aan het kortste einde. Zijn standpunt dat een bepaalde e-mail niet door hem is ontvangen, krijgt – niet onbegrijpelijk – weinig gehoor. Nike brengt namelijk een e-mail in het geding met de referentie *‘Re: Nike smiouva’*. Deze e-mail maakt volgens het Hof Amsterdam niet alleen voldoende aannemelijk dat de voetballer het e-mailadres gebruikte waarnaar Nike haar e-mail had gezonden, maar zelfs dat deze de e-mail van Nike heeft ontvangen.¹²⁵

Dat het ook hier anders kan bewijst de kantonrechter in Arnhem die de rechtsgeldige opzegging van een proefabonnement niet erkent, omdat de verzender van de e-mail geen ontvangstbevestiging heeft kunnen overleggen en de geadresseerde de ontvangst betwist. Dat de verzender twee getuigen heeft die verklaren dat de e-mail wel is verzonden, mag niet baten.¹²⁶

Hier vermelden we ten slotte nog het proefschrift van Maarten Stekelenburg over een promotieonderzoek aan de VU Amsterdam naar Nederlandse, Duitse en Amerikaanse juris-

120. Hof Leeuwarden, 8 september 2009, *LJN* BJ7622.

121. Rechtbank Arnhem (sector kanton), 2 augustus 2010, *LJN* BO4482.

122. Rechtbank Alkmaar (sector kanton), 15 april 2010, *LJN* BM3506.

123. Rechtbank Utrecht (sector kanton), 1 juni 2011, *LJN* BQ7711.

124. Rechtbank Dordrecht, 1 april 2009, *LJN* BI1212 en Rechtbank Middelburg, 21 januari 2009, *LJN* BJ3831.

125. Hof Amsterdam, 6 maart 2008, *LJN* BC6016.

126. Rechtbank Arnhem (sector kanton), 6 maart 2006, *LJN* AV3919.

prudentie om te bepalen hoe deze landen omgaan met elektronisch bewijs.¹²⁷

Tot slot

De hoeveelheid jurisprudentie, de wetgevingsinitiatieven zowel op Europees als nationaal niveau, de pogingen van de politiek om vertrouwen in online zakendoen te vergroten, alles wijst er op dat het online overeenkomstenrecht zich een vaste plek heeft verworven in de juridische werkelijkheid van alledag.

Ook voor de toekomst verwachten wij een verdere bestendiging van het juridisch kader voor elektronisch zakendoen. En uiteraard zullen technologische ontwikkelingen nieuwe juridische uitdagingen creëren. Als kleine blik vooruit twee korte signaleringen over het aangaan van overeenkomsten door of met behulp van geautomatiseerde systemen. Marten Voulon voltooide in 2010 een proefschrift over dit onderwerp.¹²⁸ Linneman en Schmaal schreven over zogenaamde ambient intelligence-toepassingen die zonder tussenkomst van de gebruiker, namens die gebruiker een overeenkomst aangaan met een derde.¹²⁹ Mogelijk dat deze toekomst dichterbij is dan wij ons realiseren. Hopelijk kunnen wij u daarover in een volgende kroniek informeren.

127. M.C. van Stekelenburg, *De betere byte in de strijd om het gelijk*, Uitgeverij Eburon, 2010.

128. M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, Leiden University Press, 2010. Het proefschrift wordt onder ander uitgebreid beschreven door Wefers Bettink in: *MvV* 2011, nummer 1, p.30-34.

129. J.J. Linnemann en J.B. Schmaal, *Intelligent contracteren*, in: *Computerrecht* 2010/175, thema-nummer over ambient intelligence.