

## Wanneer komt een overeenkomst per e-mail tot stand?

Mr. B.A. Boersma

*Juridisch up to Date, januari 2007, nummer 1, p. 19-22*

### Inleiding

Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (art. 3:33 BW). Met de op rechtsgevolg gerichte wil wordt bedoeld de subjectieve wil van de handelende persoon, waarbij de wederpartij onder omstandigheden wordt beschermd bij het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil (art. 3:35 BW). De meest bekende rechtshandelingen zijn het aanbod en de aanvaarding daarvan, die tot gevolg hebben dat een overeenkomst tot stand komt. Andere voorbeelden zijn een opzegging, een afstand, een sommatie of een ontbinding.

Het spreekt bijna vanzelf dat de enkele wil niet voldoende is om een rechtshandeling tot stand te brengen; de handelende persoon moet voorts zijn wil hebben geopenbaard. Art. 3:37 lid 3, eerste zin BW kleurt dit vereiste nader in: een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. In het verleden is in de juridische literatuur discussie gevoerd of voldoende is dat de geadresseerde het bericht met daarin de aanvaarding heeft ontvangen (de *ontvangsttheorie*), of dat bovendien vereist is dat de geadresseerde kennis heeft genomen van het bericht (de *vernemingstheorie*). Daarnaast komen overeenkomsten die geregeerd worden door het recht dat van toepassing is in bepaalde common law landen reeds tot stand op het moment dat de afzender het bericht verzendt (de *verzendentheorie*). In de nota 'wetgeving voor de elektronische snelweg' (*Kamerstukken II*, 1997/98, 25880, nrs. 1-2, p. 60) wordt expliciet gekozen voor de ontvangsttheorie, met verwerping van beide andere theorieën. Het enkele uitbrengen of verzenden van de verklaring is niet voldoende, maar evenmin is vereist dat de geadresseerde daadwerkelijk van de verklaring kennis moet hebben genomen. Dit in de parlementaire geschiedenis verwoorde standpunt wordt in de juridische literatuur inmiddels alom onderschreven.

Niettemin heeft een niet (tijdig) aangekomen verklaring toch haar werking indien de oorzaak daarvan binnen de risicosfeer van de geadresseerde ligt (art. 3:37 lid 3, tweede zin BW). Dit is het geval als het niet (tijdig) bereiken een gevolg is van (i) een eigen handeling van de geadresseerde (bijvoorbeeld het opgeven van een onjuist adres), (ii) handelingen van personen voor wie hij aansprakelijk is (bijvoorbeeld het niet afgeven van een brief door een ondergeschikte van geadresseerde), (iii) omstandigheden die rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt (geadresseerde wordt na een ongeval in het ziekenhuis opgenomen). Indien de geadresseerde een min of meer gevaarlijke wijze van overbrenging van het antwoord heeft bepaald, kan van persoonlijke omstandigheden worden gesproken die rechtvaardigen dat hij het nadeel van niet-ontvangst draagt. Een aangetekende brief met bericht van ontvangst of een deurwaardersexploot is in ieder geval niet "min of meer gevaarlijk", of, in de woorden van de Hoge Raad: niet zo ongebruikelijk of riskant dat het eventuele falen ervan voor rekening van geadresseerde hoeft te komen. Met enige aarzeling meen ik dat hetzelfde geldt voor het verzenden van berichten per e-mail.

De wijze waarop de wil wordt geopenbaard of door middel van welk communicatiemiddel de verklaring moet worden overgebracht, wordt niet wettelijk beperkt, tenzij anders is bepaald. De laatstbedoelde uitzonderingen zullen in deze bijdrage niet worden behandeld. Volgens de hoofdregel maakt het derhalve geen verschil of de verklaring in een brief of in een e-mail is neergelegd. Dit neemt echter niet weg dat dit communicatiemiddel aanleiding geeft tot specifieke problemen, die overigens tot nu toe voornamelijk in de juridische literatuur en slechts sporadisch in de jurisprudentie aan de orde zijn gekomen. In deze bijdrage zal ik eerst kort ingaan op de algemene vraag wanneer een verklaring een persoon heeft bereikt, waarna zal worden nagegaan of deze uitgangspunten toepasbaar zijn op een per e-mail verstuurd bericht.

### Traditionele verzending

De bewijslast dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring de wederpartij heeft bereikt, ligt in beginsel op degene die zich op de gevolgen van de verklaring beroept (art. 150 Rv). Degene die het aanbod heeft aanvaard, dient dus te bewijzen dat de verklaring de wederpartij heeft bereikt. Wat betreft aangetekende brieven heeft de Hoge Raad in zijn standaardarrest *Gemeente Tilburg/Schouten* (HR 8 september 1996, RVD 1995, 167c) geoordeeld dat de afzender, wanneer de geadresseerde stelt dat de brief hem niet heeft bereikt, dient te bewijzen dat hij de brief aangetekend en naar het juiste adres heeft verzonden, en bovendien aannemelijk dient te maken dat de brief aan de geadresseerde is aangeboden op de wijze die daartoe ter plaatse van bestemming is voorgeschreven. Dit oordeel is nadien diverse malen bevestigd door de Hoge Raad.

### Verzending per e-mail

De vraag of en zo ja wanneer een e-mail een persoon bereikt, is ingewikkelder dan hij lijkt. E-mail is de afkorting voor *electronic mail* (elektronische post). Voordat de e-mail adressant bereikt, heeft het bericht diverse schijven gepasseerd (dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de fax, maar vergelijkbaar met een brief). Iedere schijf fungeert daarbij als doorgeefluik. De voorlaatste schakel is het bereiken van de bij de service provider voor de geadresseerde aangehouden mailbox. Gesimplificeerd gezegd ontvangt de geadresseerde de e-mail echter pas daadwerkelijk in zijn inbox op het moment dat hij het bericht van de server heeft opgehaald middels een e-mailprogramma, zoals bijvoorbeeld het bekende Microsoft Outlook.

De heersende leer in de juridische literatuur is om de e-mailbox te beschouwen als een elektronische postbus (de *e-mailboxtheorie*). Dit betekent dat het bericht de ontvanger heeft bereikt op het moment dat het in de postbus of e-mailbox van de geadresseerde wordt gedeponeerd (de voorlaatste schakel), en niet pas op het moment dat hij het bericht uit de e-mailbox ophaalt en daardoor daadwerkelijk ontvangt op zijn computer (de laatste schakel, bekend als de *computertheorie*). Naast de voor de hand liggende gelijkheid met de "echte" postbus wordt de e-mailboxtheorie door Snijders gerechtvaardigd door de stelling dat de afzender alles heeft gedaan wat nodig is om de geadresseerde te bereiken, met inbegrip van het door hem beoogde handelen door derden; hij kan niets meer doen om de rechtshandeling te verhinderen (Snijders, Het bereiken van een geadresseerde (per email) (I), WPNR 01/6445, p. 458). Een kanttekening is niettemin op zijn plaats omdat wetgever noch rechtspraak tot dusverre uitsluitend heeft gegeven of de vraag wanneer een e-mail de wederpartij heeft bereikt moet worden getoetst aan de hand van de e-mailboxtheorie of de computertheorie.

Enige voorbeelden kunnen helpen om het bovenstaande te concretiseren. Mocht het e-mailbericht worden opgehouden bij de service provider waardoor het bericht niet of niet tijdig bij de geadresseerde terecht komt – bijvoorbeeld door een storing of virus – dan geldt op grond van de heersende leer niettemin dat het bericht door hem is ontvangen. Hetzelfde geldt indien een e-mailbericht in de *spamfilter* van de geadresseerde terecht komt, omdat het bericht hem wel degelijk heeft bereikt. Heeft de geadresseerde echter een verkeerd e-mailadres opgegeven, dan is dit een omstandigheid die voor zijn risico komt, als tenminste bewezen kan worden dat hij het verkeerde adres opgaf. Mocht de e-mailbox van geadresseerde vol zijn, waardoor hij het e-mailbericht niet ontvangt, dan is dit een gevolg van zijn eigen handelen dat dientengevolge voor zijn risico komt. Dit is mijns inziens echter weer anders, indien de afzender in diezelfde situatie na het verzenden van het bericht een *message delivery failure* ontvangt. De afzender weet of behoort dan immers te weten dat de geadresseerde het bericht niet heeft ontvangen en hij zal dan maatregelen dienen te nemen om te zorgen dat de geadresseerde de verklaring alsnog ontvangt door gebruik te maken van een ander communicatiemiddel. Een andere situatie doet zich voor indien de geadresseerde na ontvangst van de e-mail in zijn e-mailbox een *out of office* bericht doet uitgaan. De geadresseerde heeft de e-mail dan immers ontvangen en daar verandert het out of office bericht niets aan (aldus reeds: Snijders, Het bereiken van een geadresseerde per email (II, slot), WPNR 01/6445, p. 459).

Is in het geheel niet vast te stellen of en wanneer het bericht is ontvangen, dan zal dit bewijsrisico voor rekening van de afzender komen. Een aardige illustratie van dit bewijsrisico biedt de uitspraak van de voorzieningenrechter Maastricht (6 augustus 2003, KG 2003, 224). In dit geval had eiser per e-mail een aanbod verstuurd aan gedaagde tot verkoop van een appartementsrecht. Gedaagde heeft de aanvaarding daarvan per e-mail naar eiser gestuurd, die echter ontkent het bericht te hebben ontvangen. De voorzieningenrechter overwoog dat slechts een overeenkomst tot stand is gekomen indien het betreffende bericht de inbox van eiser heeft bereikt. Het afschrift van de verzonden e-mail met daarop de datum en het tijdstip van verzending is volgens de voorzieningenrechter onvoldoende bewijs om dit aannemelijk te maken.

### Art. 6:227c BW

Art. 6:227c lid 3 BW bepaalt in navolging van art. 11 van de Richtlijn inzake elektronische handel d.d. 8 juni 2000 (Richtlijn 2000/31/EG) dat de order van de consument en de ontvangstbevestiging van de dienstverlener worden geacht te zijn ontvangen wanneer zij toegankelijk zijn voor de partijen tot wie zij gericht zijn. Deze bepaling is alleen van toepassing indien een uitnodiging om in onderhandeling te treden of een aanbod via een website is gedaan, en niet indien de overeenkomst uitsluitend door middel van de uitwisseling van e-mails tot stand is gekomen. Het is vooralsnog onzeker wat het exacte verschil is tussen "toegankelijkheid" ex art. 6:227c lid 3 BW en "bereiken" ex art. 3:37 lid 3 BW.

### Conclusie

Een overeenkomst komt tot stand op het moment dat de e-mail in de elektronische postbus die de geadresseerde bij de service provider aanhoudt is ontvangen en niet pas op het in tijd latere moment van ophalen van het e-mailbericht door de geadresseerde. Hierbij dient te worden aangetekend dat jurisprudentie hierover schaars is en

de opvatting van de wetgever vooralsnog onduidelijk. Indien de geadresseerde stelt de e-mail niet te hebben ontvangen, rust de bewijslast van het tegendeel op de afzender. Het valt daarom aan te raden dat de afzender aan de geadresseerde verzoekt hem een ontvangstbevestiging van de e-mail te sturen. Mocht dit bericht om wat voor reden dan ook ontbreken, dan kan de service provider mogelijk uitkomst bieden door te verklaren wanneer het e-mailbericht daar is geregistreerd. Onder omstandigheden is daarbij denkbaar dat de verzender daartoe jegens de service provider een beroep doet op de in art. 843a lid 1 Rv neergelegde verplichting tot inzage of afschrift van bescheiden (de exhibitieplicht), waaronder immers mede worden verstaan de op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, zoals een computerbestand.