

Vergaderjaar 2001–2002

28 197

Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel)

Nr. 3**MEMORIE VAN TOELICHTING****INHOUDSOPGAVE****ALGEMEEN**

1. Inleiding	2	ARTIKELN	36
2. De richtlijn inzake de elektronische handel; algemeen	2		
3. Internationaal- en Europeesrechtelijke context	3	ARTIKEL I	36
4. Nationale wetgeving voor de informatiemaatschappij	5	Artikel 1:15 BW	36
5. Wijze van implementeren van de richtlijn en voortschrijdende technologische ontwikkelingen	7	Artikelen 2:117 en 227 BW	36
6. Handhaving	8	Artikel 3:15d BW	37
7. Uitgangspunten en werkingssfeer van de richtlijn	9	Artikel 3:15e BW	41
8. Diensten van de informatiemaatschappij	12	Artikel 3:15f BW	44
9. Harmonisatie en coördinatie	13	Artikel 3:258 BW	46
10. Rechterlijke bevoegdheid	17	Artikel 6:196c BW	46
11. Vrije vestiging	18	Artikel 6:227a BW	51
12. Algemene informatieverplichtingen	19	Artikel 6:227b BW	55
13. Ongevraagde commerciële communicatie	21	Artikel 6:227c BW	57
14. Gereguleerde beroepen	23	Artikelen 6:231 en 6:234 BW	59
15. Het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg	24	Artikel 6:267 BW	60
16. Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden	25	ARTIKEL II	61
17. Bevordering buitengerechtelijke geschillenbeslechting	28	ARTIKEL III	61
18. Beroep op rechterlijke instanties	30	ARTIKEL IV	67
19. Gedragscodes	31	ARTIKEL V	68
20. Gevolgen voor het bedrijfsleven	31	ARTIKEL VI	69
21. Consultatie en adviezen	35	BIJLAGE (transponeringstabel)	72

ALGEMEEN

1. Inleiding

Het voorstel van wet strekt tot implementatie van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (verder: richtlijn inzake de elektronische handel). Deze richtlijn trad op 17 juli 2000 in werking (PbEG L 178). Het voorstel behelst een wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten. In het algemeen deel van deze toelichting zal allereerst een korte schets van de internationaal- en Europeesrechtelijke context, alsmede een globaal overzicht van de overige bestaande of in voorbereiding zijnde wetgeving voor de informatiemaatschappij worden gegeven, teneinde het onderhavige voorstel tegen de achtergrond daarvan te kunnen bezien. Vervolgens zal vrij uitgebreid aandacht worden besteed aan verschillende aspecten van de richtlijn inzake de elektronische handel, aangezien voor een juiste beoordeling van de draagwijdte en consequenties van het onderhavige voorstel voldoende inzicht moet bestaan in het doel en de strekking van deze richtlijn, alsmede in de uitgangspunten en kernbegrippen daarvan. Het algemeen deel van deze memorie zal aldus voor een belangrijk deel thematisch van opzet zijn en vooral ingaan op de richtlijn. Deze aanpak maakt het mogelijk om in de artikelsgewijze toelichting vooral in te gaan op de bepalingen van het voorstel zelf.

2. De richtlijn inzake de elektronische handel; algemeen

Kort gezegd beoogt de richtlijn inzake de elektronische handel voor diensten van de informatiemaatschappij binnen de Europese Unie een ruimte zonder binnengrenzen te creëren. Meer vrijheid voor en vertrouwen in de elektronische handel staan daarbij centraal. Daarvan kan bijvoorbeeld een in Nederland gevestigde boekhandel profiteren, die haar afzetgebied via het internet tot andere lidstaten van de Unie wil uitbreiden, maar ook een in Frankrijk gevestigde onderneming die binnen de Unie vliegtickets of pakketreizen aanbiedt.

Overigens zij benadrukt dat de verkorte aanduiding «richtlijn inzake elektronische handel», gelet op de werkelijke reikwijdte van de richtlijn, een zekere vergroving betekent. Zoals hierna nog aan de orde zal komen, bestrijkt de richtlijn namelijk enerzijds een breder gebied dan alleen de elektronische *handel*, zoals (in sommige gevallen) het kostenloos aanbieden van informatie, terwijl anderzijds niet alle aspecten van de elektronische handel erdoor worden geraakt, zoals bijvoorbeeld het feitelijk afleveren van langs elektronische weg aangeschafte zaken. Teneinde ook voor elektronische dienstverlening het ontstaan van een interne markt zonder binnengrenzen te bevorderen en tegelijkertijd het vertrouwen van de consument daarin te versterken, maakt de richtlijn vooral gebruik van twee mechanismen, te weten coördinatie en harmonisatie. Coördinatie komt met name tot uitdrukking in het feit dat lidstaten van de Europese Unie, uitzonderingen daargelaten, het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet mogen beperken. Daarbij moet iedere lidstaat er voor zorgen dat op zijn grondgebied gevestigde dienstverleners voldoen aan de in die lidstaat geldende wet- en regelgeving (zgn. «home state control»). Door middel van harmonisatie ontstaat daarnaast op een vijftal deelterreinen een meer homogeen juridisch kader voor elektronische dienstverlening, namelijk ten aanzien van vrije vestiging en informatieplichten, commerciële communicatie, het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg, de aansprakelijkheid van dienstverleners die als

tussenpersoon optreden alsmede gerechtelijke en alternatieve geschillenbeslechting.

De richtlijn laat de lidstaten ruimte om maatregelen te treffen in het kader van de openbare orde en openbare veiligheid. Het gaat daarbij onder meer om de opsporing en vervolging van strafbare feiten, zoals fraude, kinderporno of discriminatie via het internet.

De richtlijn bevat regels voor een terrein dat sterk in ontwikkeling is, met name ook in technisch opzicht. Hoewel de bepalingen van de richtlijn over het algemeen technologie-neutraal zijn geformuleerd, zien zij soms toch op specifieke technische toepassingen. Het daardoor aanwezige risico dat de regels ter omzetting van de richtlijn al op korte termijn achterhaald zullen blijken te zijn, is zoveel mogelijk beperkt door deze waar mogelijk technologie-neutraal te formuleren. Dit is in lijn met de uitgangspunten van de nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» (Kamerstukken II 1997/98, 25 880, nrs. 1–2; verder ook wel: nota WES) en tevens met de notitie «Internationalisering en Recht in de informatiemaatschappij» (Kamerstukken II 1999/2000, 25 880, nr. 10; verder ook wel: notitie IRIM). De richtlijn moet op 17 januari 2002 zijn omgezet. Alsdan zal een belangrijke bijdrage zijn geleverd aan de totstandkoming van een interne markt voor diensten van de informatiemaatschappij.

3. Internationaal- en Europeesrechtelijke context

Dienstverlening in de informatiemaatschappij heeft in de praktijk vrijwel steeds een grensoverschrijdend karakter. Zoals al in de notitie «Internationalisering en Recht in de Informatiemaatschappij» van 18 mei 2000 is aangegeven, staat dit onderwerp daarom in zijn verschillende facetten hoog op de agenda van vele internationale fora (Kamerstukken II 1999/2000, 25 880, nr. 10). Ter illustratie zij gewezen op de volgende internationale en Europese ontwikkelingen.

In het kader van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht wordt gesproken over de vraag of, respectievelijk in welke mate een momenteel in voorbereiding zijnd mondiaal ipr-verdrag inzake de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken mede bijzondere bepalingen voor elektronische handel moet omvatten.

Reeds in 1996 is in het kader van de «United Nations Commission on International Trade Law» (UNCITRAL) de «Model Law on Electronic Commerce» vastgesteld, waarin op internationaal niveau algemene regels zijn geformuleerd die voor staten kunnen dienen als model voor nationaalrechtelijke bepalingen voor het elektronisch rechtsverkeer. In vele geïndustrialiseerde landen is of wordt wetgeving voor het elektronisch rechtsverkeer tot stand gebracht die gebaseerd is en voortbouwt op deze Model Law. Daarnaast zal UNCITRAL naar verwachting medio 2001 een «Model Law on Electronic Signatures» aanvaarden. Aangezien deze Model Law voortbouwt op artikel 7 van de Model Law on Electronic Commerce, valt te verwachten dat de landen die zich voor hun wetgeving inzake de elektronische handel hebben laten inspireren door de modelwet van UNCITRAL, dat ook ten aanzien van de wetgeving inzake de elektronische handtekening zullen doen.

In het kader van de Raad van Europa is een veelomvattend ontwerpverdrag inzake «cybercrime» tot stand gekomen. Een groot aantal vragen over dit ontwerpverdrag is beantwoord bij brief van 27 november 2000 (Kamerstukken II 2000/01, 23 530, nr. 45). Het ontwerpverdrag beoogt de internationale rechtshulp ter bestrijding van computercriminaliteit te bevorderen. Daartoe bevat het ontwerpverdrag de strafbaarstelling van verschillende gedragingen die inbreuk maken op de vertrouwelijkheid, integriteit of beschikbaarheid van gegevens, de vastlegging van nationaal te nemen maatregelen ten behoeve van opsporingsonderzoek en de vastlegging van bepalingen betreffende het internationale rechtshulpverkeer.

De Europese Unie heeft vele beleidsmatige en wetgevende initiatieven op het gebied van de informatiemaatschappij genomen. De totstandkoming van een adequaat juridisch kader is van groot belang voor de ontwikkeling van de elektronische handel in de interne markt alsmede voor de bevordering van het vertrouwen van de consument in het elektronisch rechtsverkeer. Dat werd nogmaals benadrukt in de conclusies van de Europese Top in Lissabon van 23 en 24 maart 2000. In die conclusies werden het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie opgeroepen om zo spoedig mogelijk de voorgestelde richtlijn inzake de elektronische handel alsmede die inzake het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij aan te nemen.

Ruim een jaar later zijn zowel de thans te implementeren EG-richtlijn inzake elektronische handel als Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij aanvaard. In onderlinge samenhang bezien scheppen beide EG-richtlijnen een coherent regelgevend kader ten aanzien van de aansprakelijkheid voor inbreuken op het auteursrecht en de naburige rechten. Aanvankelijk was het de bedoeling deze onderlinge samenhang mede tot uitdrukking te brengen in een min of meer gelijktijdige inwerkingtreding van beide EG-richtlijnen. Dat streven is niet gehaald. De richtlijn elektronische handel is immers reeds op 17 juli 2000 in werking getreden. Overigens is het regime van de richtlijn elektronische handel inmiddels uitgebreid tot de Europese Economische Ruimte (hierna: EER). Daarmee wordt dienstverlening in de informatiemaatschappij ook vergemakkelijkt in de relatie met Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

De richtlijn elektronische handel staat niet op zichzelf, maar voegt zich in een breder palet van EG-richtlijnen dat van toepassing is op dienstverlening in de informatiemaatschappij. Het gaat daarbij, aldus artikel 1 lid 3 van de richtlijn, in het bijzonder om EG-richtlijnen ter bescherming van de volksgezondheid en consumentenbelangen. Vermeldenswaard in dit verband is in het bijzonder richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144). De richtlijn inzake elektronische handel vormt een aanvulling op de eisen ten aanzien van de informatieverstrekking en commerciële communicatie zoals die met name in deze richtlijn zijn neergelegd. De reikwijdte van deze richtlijn is zowel ruimer als beperkter dan de richtlijn inzake elektronische handel. Zij is ruimer, omdat de richtlijn «op afstand gesloten overeenkomsten» ook transacties bestrijkt die weliswaar langs elektronische weg tot stand komen, bijvoorbeeld via de telefoon of per fax, maar waarbij geen «apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens» wordt gebruikt. Daarentegen ziet de richtlijn «op afstand gesloten overeenkomsten slechts op transacties met consumenten, terwijl de richtlijn inzake elektronische handel bijvoorbeeld ook de zogenaamde «business-to-business-relaties» omvat. Over een richtlijn betreffende de «verkoop op afstand van financiële diensten» aan consumenten wordt nog onderhandeld. Deze moet de richtlijn «op afstand gesloten overeenkomsten gaan completeren. Het beschermingsniveau uit hoofde van de richtlijn inzake «op afstand gesloten overeenkomsten» en uit hoofde van de toekomstige richtlijn «verkoop van financiële diensten op afstand» wordt niet aangetast door de richtlijn inzake de elektronische handel.

Tot het communautaire acquis dat onverkort van toepassing kan zijn als er sprake is van diensten van de informatiemaatschappij behoren verder de EG-richtlijnen inzake, achtereenvolgens, misleidende en vergelijkende reclame, consumentenkrediet, dienstverlening op het gebied van beleggingen in effecten, pakketreizen, de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten, algemene productveiligheid, de verkrijging van een recht op deeltijds gebruik van onroerende zaken, de aansprake-

lijkheid voor gebrekkige producten, het doen staken van inbreuken in het kader van de consumentenbescherming, bepaalde aspecten van de verkoop van en garanties voor consumptiegoederen alsmede geneesmiddelenreclame. De richtlijn inzake elektronische handel doet daarnaast geen afbreuk aan de vele richtlijnen betreffende de bescherming van de volksgezondheid.

Wat betreft de bescherming van individuen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens bestaat al een communautair wettelijk kader dat volledig van toepassing is op de diensten van de informatiemaatschappij. Het betreft hier richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG L 213) en richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (PbEG L 24). In de richtlijn inzake de elektronische handel behoefde hiervoor dan ook geen aparte regeling meer te worden getroffen.

Tenslotte is de richtlijn inzake elektronische handel complementair aan de richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (PbEG L 13). Deze laatste richtlijn regelt de rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen, waaronder de gelijkstelling van elektronische handtekeningen aan handgeschreven handtekeningen.

4. Nationale wetgeving voor de informatiemaatschappij

Het belang van de ontwikkeling van een adequate juridische infrastructuur voor de informatiemaatschappij is groot. Dit belang is door het kabinet al in een relatief vroeg stadium onderkend. Illustratief daarvoor zijn de beleids- en discussie-aanzetten die ten grondslag liggen aan de reeds genoemde notities «Wetgeving voor de elektronische snelweg» en «Internationalisering en Recht in de informatiemaatschappij». Beide notities berusten op het uitgangspunt dat snelle technologische ontwikkelingen een grote dynamiek aan de «informatiemaatschappij» geven, waardoor aan de daarop betrekking hebbende wetgeving, alsook aan de wijze waarop de wetgever bij het totstandbrengen daarvan te werk gaat, bijzondere eisen moeten worden gesteld.

De notitie «Internationalisering en Recht in de Informatiemaatschappij» formuleert een aantal uitgangspunten voor de Nederlandse inzet in internationale fora waar over juridische dossiers rond de informatiemaatschappij gesproken wordt. Zoals hieronder zal worden verduidelijkt, zijn deze uitgangspunten in verschillende onderdelen van de richtlijn inzake elektronische handel terug te vinden.

In de Nederlandse wet- en regelgeving zijn, al dan niet ter implementatie van andere EG-regelgeving, een aantal wijzigingen aangebracht of aanstaande, die samenhangen met het onderhavige wetsvoorstel. Op 18 mei 2001 is aan de Tweede Kamer gezonden het wetsvoorstel ter omzetting van richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (PbEG L 13). Dit wetsvoorstel regelt de rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen en voorziet in regels voor bepaalde certificatedienstverleners. Aldus wordt op een aanverwant terrein van de informatiemaatschappij een uniforme regeling getroffen, eveneens ter bevordering van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen EG- en EER-lidstaten.

Voorts zij gewezen op de wet van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (Stb. 617) aan richtlijn nr. 97/7/EG van

het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144). Deze is op 1 februari 2001 in werking getreden en bevat onder meer verplichtingen voor leveranciers tot het verstrekken van informatie, bedenktijden met daaraan gekoppelde rechten tot beëindiging van de overeenkomst voor de consument alsmede een bepaling over frauduleus gebruik van betaalkaarten van de consument bij overeenkomsten op afstand.

Er is daarnaast een wetsvoorstel in voorbereiding ter implementatie van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

Ten slotte valt erop te wijzen dat de richtlijn inzake elektronische handel en derhalve ook het onderhavige voorstel, niet alle aspecten van het vermogensrechtelijk elektronisch rechtsverkeer bestrijkt. Zo wordt daarin de juridische gelijkstelling van de elektronische vorm met een geschrift slechts op het niveau van de (verbintenisscheppende) overeenkomst geregeld. Voor een werkelijke gelijkstelling in het vermogensrecht zou het echter nodig zijn de materie op een algemener niveau, in het bijzonder dat van de rechtshandeling, te regelen en daarbij tevens andere mogelijk belemmerende (vorm)vereisten dan de eis van schriftelijkheid in de beschouwing te betrekken. Aangezien het de bedoeling is de privaatrechtelijke wetgeving zoveel als – mede in het licht van technologische ontwikkelingen bezien – mogelijk is geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer, bestaat het voornemen de wenselijkheid en mogelijkheid van een dergelijke algemene regeling voor het vermogensrecht op korte termijn te bezien. Daarbij zal eveneens kunnen worden betrokken de vraag of bedoelde gelijkstelling ook ten aanzien van de buiten het vermogensrecht geregelde rechtshandelingen of rechtsbetrekkingen wenselijk en mogelijk is, waarbij in het bijzonder valt te denken aan de Boeken 2 en 8 van het Burgerlijk Wetboek. Tevens kan daarbij worden bezien in hoeverre kan worden aangesloten bij de eenvormige regelingen van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) op dit gebied, waaraan de afgelopen jaren is gewerkt, in het bijzonder de Model Law on Electronic Commerce van 1996 en de Model Law on Electronic Signatures van 2001.

Op het gebied van het bestuursrecht is een wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht in voorbereiding, waarvan de strekking is dat elektronische communicatie tussen overheidsorganen onderling en in de relatie met burgers in beginsel mogelijk moet kunnen zijn, voor zover het bestuursorgaan althans kenbaar heeft gemaakt dat het rechtsverkeer tussen overheid en burger langs elektronische weg kan plaatsvinden. Bij de Tweede Kamer is aanhangig het wetsvoorstel computercriminaliteit II (Kamerstukken II 1998/99, 26 671, nrs. 1–6). Dit wetsvoorstel wijzigt – na de Wet computercriminaliteit uit 1993 – een groot aantal bepalingen van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de voortschrijdende ontwikkeling van de informatiemaatschappij. De Wet computercriminaliteit uit 1993 gaf de computer een plaats in de strafwet. In het Wetboek van Strafrecht werden typische computerdelicten opgenomen, zoals «computervredebreuk» (art. 138a) en manipulatie van computergegevens (art. 350a). In het Wetboek van Strafvordering werd het onderzoek van in computers opgeslagen gegevens met het oog op de bewijsgaring geregeld. De opkomst van computernetwerken maakte nieuwe aanpassingen noodzakelijk van zowel het Wetboek van Strafvordering als het Wetboek van Strafrecht, onder meer met betrekking tot de bescherming van elektronische post (e-mail) en de mogelijkheid om versleutelde telecommunicatie af te tappen. Aanvankelijk bevatte het wetsvoorstel computercriminaliteit II ook een vervolgingsuitsluitingsgrond en sui generis strafbaarstelling voor intermediaire dienstverleners, waaronder ook internet service providers ressorteerden. De regeling was

beperkt tot de openbaarmaking en verspreiding van op grond van de inhoud strafbaar gestelde informatie. Vanwege de in de onderhavige richtlijn vervatte aansprakelijkheidsregeling voor dienstverleners die als tussenpersoon optreden, die zowel qua opzet als qua reikwijdte duidelijk verschilt van die van het wetsvoorstel, werden de desbetreffende bepalingen bij nota van wijziging uit het wetsvoorstel geschrapt (Kamerstukken II 1999/2000, 26 671, nr. 5). Op het wetsvoorstel computercriminaliteit II wordt hieronder, in verband met de aansprakelijkheidsregeling voor dienstverleners die als tussenpersoon optreden, teruggekomen.

5. Wijze van implementeren van de richtlijn en voortschrijdende technologische ontwikkelingen

Dit wetsvoorstel voert de richtlijn inzake elektronische handel uit. Bij de omzetting van de richtlijn is, waar mogelijk aangesloten bij de bestaande systematiek van de Nederlandse wetgeving, en zijn de implementatiebepalingen zoveel mogelijk technologie-onafhankelijk geformuleerd. De voorgestelde bepalingen ter implementatie van de richtlijn inzake elektronische handel worden grotendeels opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. In de eerste plaats wordt een aantal bepalingen van zeer algemene strekking opgenomen in Afdeling 1A van Titel 1 van Boek 3, getiteld «Elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer», welke afdeling door het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn elektronische handtekening nieuw wordt gecreëerd. Daarnaast wordt in een eveneens door genoemd wetsvoorstel gecreëerde nieuwe afdeling 4A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, getiteld » Aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer» de regeling vastgelegd betreffende de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden. Tenslotte zal in afdeling 2 van Titel 5 van Boek 6 (Het tot stand komen van overeenkomsten) een drietal nieuwe artikelen worden opgenomen ter uitvoering van het in de richtlijn omtrent de totstandkoming van overeenkomsten langs elektronische weg bepaalde. Daarnaast worden het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten aan de richtlijn aangepast. De bepalingen van de richtlijn die betrekking hebben op het daardoor gecoördineerde gebied als geheel zijn in aparte artikelen van deze wet opgenomen. De overige bepalingen van het voorstel betreffen het aanpassen van de wetgeving aan de hiervoor genoemde centrale bepalingen van het voorstel. In de als bijlage bij deze toelichting gevoegde transponeringstabel is aangegeven waar de diverse richtlijnbe­palingen, voor zover zij implementatie behoeven, in het voorstel van wet of elders zijn terug te vinden.

De informatiemaatschappij is nog altijd sterk in ontwikkeling. Dit bemoeilijkt het maken van wetgeving die nauwkeurige aansluit bij de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Om te voorkomen dat de richtlijn al op korte termijn achterhaald zou blijken te zijn, zijn de inspanningen van Nederland in het kader van de totstandkoming van de richtlijn erop gericht geweest deze waar mogelijk technologieneutraal te formuleren. Dit is in lijn met de Nederlandse uitgangspunten van de kabinetsnota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» (Kamerstukken II 1997/98, 25 880, nrs. 1–2; verder ook: nota WES) en daarop volgende notitie «Internationalisering en Recht in de informatiemaatschappij» (Kamerstukken II 1999/2000, 25 880, nr. 10; verder ook: notitie IRIM). De stand van de techniek ten tijde van het opstellen van de richtlijn vormde echter logischerwijs het referentiekader voor dat proces, en is daarmee van invloed geweest op de inhoud ervan. De meest gangbare wijze van aanbieden van diensten van de informatiemaatschappij destijds was via een website, toegankelijk voor afnemers via de personal computer die door middel van een vaste (telefoon)verbinding aangesloten was op het internet.

Sinds de totstandkoming van de richtlijn heeft de voortschrijdende convergentie van de technische infrastructuur voor telecommunicatie, informatietechnologie en media gezorgd voor het geleidelijk aan wegvallen van grenzen tussen bestaande sectoren. Informatie-maatschappijdiensten kunnen worden verricht met behulp van verschillende technologieën. Zo hebben de ontwikkelingen in de mobiele communicatie ertoe geleid dat het ontvangen van webpagina's via de mobiele telefoon heel goed mogelijk is. Omdat het beeldscherm van een mobiele telefoon echter slechts een zeer beperkt aantal karakters tegelijkertijd kan weergeven, rijst een aantal vragen met betrekking tot het voldoen aan de wettelijke verplichtingen, voortvloeiend uit de richtlijn. Naar de huidige stand van de techniek geldt dit in het bijzonder voor de bepalingen inzake de informatieverplichtingen voor dienstverleners van informatie-maatschappijdiensten.

Dit brengt mee dat bij de toepassing en uitleg van het voorstel een rol zal spelen dat de richtlijn elektronische handel beoogt de ontwikkeling van de informatiemaatschappij te bevorderen. Het betekent tevens dat gebruikers van nieuwe technologieën, of nieuwe toepassingen van bestaande technologieën, zullen moeten zoeken naar een goede manier om aan de voorschriften te voldoen. Het is derhalve denkbaar dat in voorkomende gevallen verschillende oplossingen denkbaar zijn, die in praktische zin van elkaar verschillen, maar alle in materiële zin recht doen aan hetgeen het voorstel, in navolging van de richtlijn, eist. Uiteraard zal het laatste woord hierover in een concreet geval aan de rechter zijn.

6. Handhaving

Ten aanzien van de handhaving van de in het voorstel vervatte bepalingen is zoveel mogelijk aangesloten bij de bestaande mogelijkheden op dit vlak. Daarbij valt allereerst te wijzen op het feit dat op het gebied van de (commerciële) activiteiten die on-line plaatsvinden en onder de werking van het voorstel zullen vallen reeds een breed scala aan, veelal op vormen van zelfregulering gebaseerde, mechanismen van klachtenbehandeling, bemiddeling en geschillenbeslechting bestaat. Het is niet de bedoeling dat het voorstel aan deze bestaande mechanismen afbreuk zal doen. In de praktijk vervullen deze doorgaans een zeer nuttige functie als laagdrempelige mogelijkheid voor consumenten om hun recht te verwezenlijken en zorgen zij ervoor dat een belangrijk deel van de klachten en geschillen wordt opgelost voordat betrokkenen zich tot de rechter wenden. De handhavingmechanismen van het voorstel zijn dus bedoeld als aanvulling daarop, voor gevallen waarin partijen in een eerdere fase niet tot een bevredigende oplossing hebben kunnen komen.

In dit verband is uitgangspunt van het voorstel dat de handhaving in beginsel langs privaatrechtelijke weg zal plaatsvinden. In de eerste plaats wordt door de veelvuldig in het voorstel voorkomende verplichtingen tot het verstrekken van informatie, voor afnemers van diensten van de informatiemaatschappij of (potentiële) wederpartijen bij een overeenkomst een recht op die informatie in het leven geroepen, waardoor betrokkenen de mogelijkheid hebben om dit recht langs privaatrechtelijke weg te verwerkelijken (vgl. art. 3:296). Voorts is in het voorstel op vele plaatsen voorzien in specifieke rechtsgevolgen voor het geval de dienstverlener zich niet houdt aan de hem door het voorstel opgelegde verplichtingen. Gewezen kan worden op de voorgestelde artikelen 6:227b lid 4 en 5, en 6:227c lid 2 en 5.

Ten aanzien van de meest algemene informatieverplichtingen, te vinden in de voorgestelde artikelen 3:15d en 15e lid 1, is echter onder ogen gezien dat deze weliswaar met het oog op de belangen van afnemers of (potentiële) wederpartijen van dienstverleners zijn opgenomen, maar tevens dermate algemeen zijn, dat een voldoende verband met een in het kader van een bepaalde transactie met een individuele afnemer of wederpartij

geleden nadeel in veel gevallen niet gemakkelijk zal kunnen worden aangetoond. Dit brengt mee dat verwacht moet worden dat een uitsluitend privaatrechtelijke handhaving door individuele afnemers of wederpartijen ten aanzien van die informatieverplichtingen onvoldoende zekerheid van een behoorlijke naleving zal bieden. Aangezien de richtlijn voor Nederland de verplichting meebrengt ervoor te zorgen dat dienstverleners zich ook aan deze meest algemene informatieverplichtingen van het voorstel houden, is ervoor gekozen om, uitsluitend ten aanzien van die bepalingen, beperkte aanvullende handhavingsmogelijkheden op te nemen. De eerste is te vinden in het voorgestelde artikel 3:15f lid 3. Een door de Minister van Justitie in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken aan te wijzen rechtspersoon krijgt de mogelijkheid om op de voet van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek – welk artikel de mogelijkheid van een zgn. collectieve actie in het algemeen regelt – een rechtsvordering tot naleving van de artikelen 3:15d en 15e lid 1 in te stellen. Teneinde deze rechtspersoon ook de mogelijkheid te geven om zich een duidelijk beeld van de achtergronden van de niet-naleving te vormen, is daarbij tevens bepaald dat dienstverleners de in dit kader door de rechtspersoon gevraagde inlichtingen dienen te verschaffen. Ook hierbij gaat het dus om privaatrechtelijke handhaving, zij het dat dit in verband met de aard van de verplichtingen op collectief niveau plaatsvindt. Hierbij dient tevens te worden bedacht dat de leden 2 tot en met 5 van artikel 3:305a van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Dit brengt onder meer mee dat de rechtspersoon in beginsel, alvorens in rechte ontvanke-lijk te kunnen zijn, eerst in overleg met de dienstverlener moet trachten tot een behoorlijke naleving te komen. Aangezien het in de artikelen 3:15d en 15e lid 1 gaat om niet-controversiële verplichtingen en betrekkelijk basale informatie mag verwacht worden dat dit overleg in de praktijk vrijwel steeds tot een bevredigende oplossing zal leiden en het in rechte optreden van de rechtspersoon slechts bij hoge uitzondering nodig zal zijn. Ten slotte valt er in dit verband op te wijzen dat denkbaar is dat de werking van artikel VI meebrengt dat de rechtspersoon tevens kan optreden tegen een dienstverlener die met een afnemer een contractuele relatie heeft waarop het recht van een – kort gezegd – niet Europese staat van toepassing is. Dit zal echter slechts in zeer beperkte mate het geval zijn, omdat de werking van artikel 3:15f lid 3 zoals gezegd is beperkt tot de naleving van de artikelen 3:15d en 3:15e lid 1 van het Burgerlijk Wetboek. Voorts bestaat tegen een dergelijk effect geen bezwaar, voornamelijk omdat deze artikelen betrekking hebben op de meest basale transparantie- en informatieverplichtingen van de richtlijn, die in de praktijk vrijwel steeds reeds een rol spelen voordat van een relevante contractuele relatie sprake is. De tweede betreft de aanvulling van de Wet op de economische delicten in artikel IV van het voorstel. Mede gelet op het bovenstaande beoogt deze bepaling het mogelijk te maken om dienstverleners die zich stelselmatig niet aan hun wettelijke verplichtingen houden en zich evenmin gevoelig betonen voor het optreden van de in artikel 3:15f lid 3 bedoelde rechtspersoon, tot naleving van hun wettelijke verplichtingen te brengen. Voor alle duidelijkheid wordt erop gewezen dat handhaving van in het Burgerlijk Wetboek geregelde materie (mede) door middel van de Wet op de economische delicten vaker voorkomt (men zie ook de toelichting op artikel IV).

7. Uitgangspunten en werkingssfeer van de richtlijn

De draagwijdte van de richtlijn elektronische handel is op sommige onderdelen lastig te begrijpen. De tekst draagt duidelijk de sporen van een soms moeizaam bereikt onderhandelingscompromis. Om een beter begrip van de gekozen wijze van implementatie te vergemakkelijken, zal daarom hieronder worden ingegaan op de werkingssfeer van de richtlijn, alsmede op de daarin gehanteerde uitgangspunten van coördinatie en harmoni-

satie. De richtlijn inzake elektronische handel heeft tot doel versnippering van de interne markt tegen te gaan door zoveel mogelijk te voorkomen dat grensoverschrijdende dienstverlening in de informatiemaatschappij wordt beheerst door het recht van meerdere lidstaten. Omdat de interne markt volgens artikel 14 lid 2 EG een ruimte zonder binnengrenzen omvat, waarin het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging zijn gewaarborgd, bestrijkt de richtlijn deze beide aspecten van de interne markt. De richtlijn inzake elektronische handel beoogt burgers en bedrijven te laten profiteren van de mogelijkheden die een goed functionerende interne markt voor de elektronische handel biedt.

Dienovereenkomstig strekt de richtlijn ertoe wettelijke beperkingen in het recht van de lidstaten die afbreuk doen aan de vrije dienstverlening in de informatiemaatschappij op een aantal onderdelen op te heffen. Omdat deze beperkingen niet alleen van privaatrechtelijke, maar ook van publiekrechtelijke aard kunnen zijn, heeft de richtlijn een horizontaal karakter en kan deze derhalve van belang zijn voor verschillende deelgebieden van het nationale recht. Dit betekent echter niet dat de richtlijn inzake elektronische handel ook een onbeperkte reikwijdte heeft. Bepaalde onderwerpen en rechtsgebieden zijn geheel of ten dele van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten.

Hoewel de richtlijn, zoals hierna nog zal worden besproken, implicaties voor het strafrecht heeft, strekt zij er zeker niet toe het strafrecht als zodanig te harmoniseren. Dat sluit overigens goed aan bij het al in de notitie «Internationalisering en Recht in de Informatiemaatschappij» (Kamerstukken II 1999/2000, 25 880, nr. 10) verankerde Nederlandse streven om, mede gelet op artikel 61, onder e) EG, aangelegenheden inzake de informatiemaatschappij die van belang zijn voor het straf- of strafprocesrecht in het kader van de Europese Unie primair in het kader van de derde pijler te regelen. Het vrije verkeer in de informatiemaatschappij raakt ook aan de vrijheid van meningsuiting. In dat verband is van belang dat de richtlijn geen afbreuk doet aan artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), zoals blijkt uit overweging 9 bij de Richtlijn. Tevens valt er in dit verband op te wijzen dat artikel 3, vierde lid, van de Richtlijn – neergelegd in artikel V, vierde lid, van het voorstel – lidstaten de mogelijkheid geeft, op daarin genoemde gronden de diensten van in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners te beperken. Deze gronden vormen voor de dienstverlening van de informatiemaatschappij een nadere omschrijving van de in artikel 10, tweede lid, van het EVRM in meer algemene bewoordingen neergelegde gronden waarop de vrijheid van meningsuiting mag worden beperkt. Toetsing aan deze gronden zal dan ook niet leiden tot een verschillende uitkomst, zodat de vrijheid van meningsuiting ook in het kader van de dienstverlening van de informatiemaatschappij is gewaarborgd.

Ook bevat de richtlijn inzake elektronische handel, aldus artikel 1 lid 4, geen aanvullende regels op het gebied van het internationaal privaatrecht. Zo laat de richtlijn onverlet de regels die bepalen welk recht van toepassing is op consumentenovereenkomsten. De consument blijft dus de bescherming genieten van de dwingende bepalingen inzake contractuele verplichtingen van het recht van de staat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft. Uiteraard mogen bepalingen van het door het internationaal privaatrecht aangewezen toepasselijke recht niet leiden tot een belemmering van de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij aan te bieden. Dat is echter een logisch uitvloeisel van het meer algemene beginsel dat nationaal recht niet in strijd mag komen met het gemeenschapsrecht. In het voorstel is een apart artikel opgenomen ter verduidelijking van de strekking van de richtlijn op dit punt.

Vier onderwerpen zijn expliciet van het toepassingsgebied van de richtlijn inzake elektronische handel uitgesloten. Blijkens artikel 1 lid 5 gaat het daarbij allereerst om belastingen. Daarbij gaat het in het bijzonder, zij het

niet uitsluitend, om de belasting over de toegevoegde waarde, die over een groot aantal van de door de richtlijn bestreken diensten wordt geheven. De ratio hiervan ligt in het feit dat de richtlijn niet is bedoeld om fiscale verplichtingen te creëren. Uitgesloten is verder de privacy-bescherming. Zoals al is aangegeven, vormt privacybescherming het voorwerp van twee aparte, eveneens op diensten van de informatie-maatschappij van toepassing zijnde richtlijnen. De richtlijn laat het door deze richtlijnen geboden beschermingsniveau onverlet. Dat betreft ook de vertrouwelijkheid van het elektronisch berichtenverkeer. Op basis van artikel 5 van richtlijn 97/66 inzake privacybescherming in de telecommunicatiesector moeten lidstaten namelijk iedere vorm van onderschepping of bewaking van deze e-mail-berichten door anderen dan de verzender en de adressaat, uitzonderingen daargelaten, verbieden.

Ook is de richtlijn niet van toepassing op overeenkomsten of praktijken die onder de mededingingswetgeving vallen. Hetzelfde geldt voor de activiteiten van notarissen, voor zover die althans direct verband houden met de uitoefening van publieke taken, alsmede voor de vertegenwoordiging van een cliënt en de verdediging van zijn belangen in rechte. Artikel 1 lid 5 van de richtlijn sluit, tenslotte, gokactiviteiten waarbij geldbedragen worden ingezet uit van haar werkingssfeer. Daarbij kan worden geacht aan loterijen en weddenschappen, zoals de Staatsloterij, de Postcode-loterij of weddenschappen op de uitslag van bijvoorbeeld paardenraces. Daarentegen vallen promotionele wedstrijden of spelen die bedoeld zijn om de verkoop van bepaalde producten te stimuleren wel binnen de richtlijn, alsmede eventuele betalingen die alleen dienen om de betrokken producten te verwerven. Te denken valt aan acties waarbij bepaalde prijzen in geld of natura gewonnen kunnen worden als een slagzin elektronisch wordt ingezonden samen met, bijvoorbeeld, drie «digitale» streepjescodes.

Artikel 1 lid 3 van de richtlijn inzake elektronische handel bevestigt dat de richtlijn niet afdoet aan het in het communautaire recht en de nationale wetgeving ter implementatie daarvan gerealiseerde beschermingsniveau, met name ten aanzien van de volksgezondheid en de consumentenbescherming. Ook wordt nadrukkelijk erkend dat de opkomst van de informatiemaatschappij sociale, maatschappelijke en culturele implicaties kan hebben. Daarom doet de richtlijn, aldus artikel 1 lid 6, geen afbreuk aan maatregelen die op communautair of nationaal niveau zijn genomen ter bevordering van de cultuur- en taalverscheidenheid en ter bescherming van het pluralisme. De richtlijn treedt dus niet in de maatregelen die lidstaten overeenkomstig het Gemeenschapsrecht konden en kunnen nemen om – rekening houdend met de taalverscheidenheid, de nationale en regionale eigenheid en hun culturele erfgoed – sociale, culturele en democratische doelstellingen te verwezenlijken en om de publieke toegang te waarborgen en te handhaven tot een zo breed mogelijk scala van diensten van de informatiemaatschappij.

Voorts zij vermeld dat de richtlijn inzake elektronische handel uit de aard der zaak slechts betrekking heeft op on-line dienstverlening in de informatiemaatschappij. Vanzelfsprekend heeft de richtlijn geen betrekking op de feitelijke (af-)levering van zaken, noch op de verstrekking van off-line diensten. Vermeldenswaardig is verder dat de contractuele relatie tussen werkgever en werknemer blijkens de preambule van de richtlijn niet als een dienst van de informatiemaatschappij wordt beschouwd. Voor het overige heeft de richtlijn inzake elektronische handel een ruime materiële werkingssfeer. Dat blijkt al uit de in artikel 2 vervatte definitiebepalingen. Met name de daarin tot uitdrukking komende definitie van «diensten van de informatiemaatschappij» – ook wel on-line diensten genoemd – in combinatie met de brede omschrijving van het «gecoördineerd gebied» leidt er toe dat een zeer groot gedeelte van het internet-aanbod onder het bereik van de richtlijn wordt gebracht.

8. Diensten van de informatiemaatschappij

Voor de definitie van «diensten van de informatiemaatschappij» wordt verwezen naar diensten, zoals omschreven in richtlijn nr. 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PbEG L 204), zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 tot wijziging van richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PbEG L 217), alsmede naar richtlijn 98/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 1998 betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang (PbEG L 320). Onder het begrip «dienst» vallen aldus alle diensten die normaal tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer van de dienst worden verricht.

Het element «tegen vergoeding» wordt zo ruim uitgelegd dat diensten van de informatiemaatschappij niet beperkt blijven tot diensten waarbij on-line overeenkomsten worden gesloten. Ook activiteiten waarvoor de afnemer niet betaalt, zoals het gratis aanbieden van on-line informatie of het ter beschikking stellen van zoekfaciliteiten op het internet, vallen onder het bereik van de richtlijn indien het gaat om activiteiten waarvoor doorgaans wordt betaald of die anderszins een zekere waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigen. Hetzelfde geldt voor de in de artikelen 6 tot en met 8 van de richtlijn geregelde elektronische – ook ongevraagde – reclame-uitingen, waarvoor de ontvanger evenmin betaalt. Onder diensten van de informatiemaatschappij vallen verder diensten, al dan niet betaald, voor het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk, voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk of het toegankelijk maken van informatie die verstrekt is door een afnemer van een dienst. Beslissend voor de vraag of er sprake is van on-line diensten in de zin van de richtlijn is niet of er een vergoeding plaatsvindt, maar de vraag of er sprake is van een economische activiteit. In dit opzicht haakt de richtlijn aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie over de vrijheid van dienstverrichting op grond van de artikelen 49 en 50 EG (zie o.m. zaak C-352/85, Bond van Adverteerders, Jur. 1988, 2085 en het arrest van 11 april 2000, gev. zaken C-51/96 en C-191/97, Deliège, Jur. 2000, 2549). Als gevolg van een en ander worden in ieder geval on-line activiteiten van persoonlijke of anderszins niet-economische aard niet door de richtlijn bestreken.

Op grond van de indicatieve lijst in bijlage V van richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften zijn echter een aantal belangrijke activiteiten, voor zover zij geen verwerking en opslag van gegevens behelzen, uitgezonderd van de notie «dienst» in de zin van de richtlijn inzake elektronische handel. Het gaat daarbij in het bijzonder om diensten die niet «op afstand» kunnen worden geleverd of uit de aard der zaak niet worden geleverd. Daarbij kan worden gedacht aan de raadpleging van een elektronische catalogus in een (fysieke) winkel door een aldaar aanwezige klant of de beschikbaarstelling van elektronische spelletjes in een speelhal aan aldaar aanwezige gebruikers. De preambule van de richtlijn wijst ook nog op de wettelijke controle op jaarrekeningen en een medisch consult waarbij een lichamelijk onderzoek van de patiënt vereist is. Laatstgenoemde illustratie is sprekend, maar doet geen recht aan de inmiddels gegroeide digitale mogelijkheden. Zo wordt in het midden gelaten of een in lidstaat A gevestigde en aldaar bevoegde psycholoog die via het internet een consult heeft met een in lidstaat B verblijvende patiënt, al dan niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Gelet op de brede definitie van het begrip «dienst» in de richtlijn ligt een bevestigend antwoord in de rede. Het kenmerkende

element «op afstand» moet primair in geografische, niet zozeer in technische zin worden opgevat. Zo ontvangt iemand die op een reisbureau een vliegreis per computer laat boeken geen dienst op afstand. Wordt dezelfde vliegreis echter thuis door de klant direct via het internet geboekt, dan is wel sprake van dienstverlening «op afstand». Het grensoverschrijdend karakter is overigens geen constituerend element van de definitie van dienst van de informatiemaatschappij, zodat een dergelijke transactie onder de richtlijn valt, zelfs als de contractspartijen zich beide in Nederland bevinden.

Uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn zijn verder diensten die niet langs elektronische weg worden geleverd, zoals de toegang tegen vergoeding, tot parkeerplaatsen, ook als deze door middel van elektronische apparatuur wordt gecontroleerd en de feitelijke (af)levering van geprinte elektronische post. Hetzelfde geldt voor diensten die niet op «individueel verzoek» worden geleverd en diensten die niet via een elektronisch systeem voor de opslag en verwerking van gegevens worden geleverd. Het element «op individueel verzoek» heeft tot gevolg dat televisie-omroepactiviteiten in de zin van de richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (de zogenaamde «televisierichtlijn»; PbEG L 298) niet tot de diensten van de informatiemaatschappij worden gerekend. Hetzelfde geldt voor radio-omroepactiviteiten en andere zogenaamde point-to-multipoint diensten, zoals teletekst via televisie, waarbij de verzending van gegevens zonder individuele oproep worden verricht en bestemd zijn voor de gelijktijdige ontvangst door een onbeperkt aantal ontvangers. Daarentegen worden point-to-point diensten, zoals video op verzoek of de in artikel 7 van de richtlijn geregelde elektronische reclame, ook als deze ongevraagd is, evenals commerciële communicatie via elektronische post wel als diensten van de informatiemaatschappij beschouwd. Daartoe behoren echter niet spraaktelefonie alsmede fax- en telexdiensten, omdat deze niet via een systeem voor de opslag en verwerking van gegevens tot stand komen. Hetzelfde geldt voor direct marketing of dienstverlening via telefoon of fax, waaronder de telefonische of faxgewijze raadpleging van een arts of advocaat.

9. Harmonisatie en coördinatie

Ter bevordering van de totstandkoming van de interne markt op het gebied van de informatiemaatschappij gebruikt de richtlijn inzake elektronische handel twee instrumenten: harmonisatie en coördinatie. Harmonisatie vindt plaats ten aanzien van een aantal onderwerpen, zoals de vestigingsplaats van dienstverleners, commerciële communicatie, het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg en de aansprakelijkheid van intermediaire dienstverleners. Een beduidend ruimer toepassingsgebied is weggelegd voor het coördinatie-mechanisme van de richtlijn. In menig opzicht is de richtlijn inzake elektronische handel geënt op de zgn. «televisierichtlijn» (Pb EG L 298), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, PbEG L 202). Die richtlijn kent als uitgangspunt oorsprongslidbeginsel («home state control») en wederzijdse erkenning. Datzelfde principe wordt gehanteerd in de richtlijn inzake elektronische handel.

Krachtens artikel 3 lid 1 van de richtlijn moet iedere lidstaat ervoor zorgen dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op zijn grondgebied gevestigde dienstverlener, voldoen aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen. On-line-diensten die door in Nederland gevestigde dienstverleners worden aangeboden, moeten derhalve bij uitsluiting voldoen aan de Nederlandse wet- en regelgeving voor het verrichten van dergelijke diensten. Hiermee legt de richtlijn het oorsprongslidbeginsel vast.

Voor de bepaling van het land van oorsprong wordt aangeknoopt bij de plaats van vestiging, en niet bijvoorbeeld bij de plaats van waaruit een internetsite op het web wordt gezet noch bij de lidstaat waarop een bepaalde website zich misschien specifiek en uitdrukkelijk richt. De invoering van het oorsprongslandbeginsel voor het intracommunautaire on-lineverkeer brengt mee dat de dienstverlener en de door hem verleende diensten als uitgangspunt zijn onderworpen aan het rechtstelsel van één lidstaat, namelijk de lidstaat van vestiging. Daarmee wordt, uitzonderingen daargelaten, voorkomen dat een internetaanbieder onderworpen kan zijn aan de verschillende rechtstelsels van meerdere lidstaten vanwege het feit dat zijn website in alle lidstaten toegankelijk is. Het oorsprongslandbeginsel brengt tevens mee dat iedere lidstaat ervoor moet zorgen dat diensten die worden verleend door een op zijn grondgebied gevestigde dienstverlener, voldoen aan de nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen. In feite betekent dit dat de richtlijn uitgaat van het «home state control»-beginsel. De ratio van deze aanpak wordt treffend verwoord in de preambule van de richtlijn: «Met het oog op een doeltreffende bescherming van de algemene belangen moet de controle op de diensten van de informatiemaatschappij bij de bron van de activiteit gebeuren. Daarom is het nodig te waarborgen dat de bevoegde autoriteiten deze bescherming niet alleen voor de burgers van hun eigen land bieden, maar voor alle burgers van de Gemeenschap. Ter verbetering van het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten is het onontbeerlijk deze verantwoordelijkheid van de lidstaat vanwaar de diensten stammen duidelijk te omschrijven. Met het oog op een doeltreffende waarborging van het vrije dienstenverkeer en van de rechtszekerheid voor de dienstverleners en de afnemers van de diensten, moeten deze diensten bovendien in beginsel aan het rechtstelsel van de lidstaat waar de dienstverlener gevestigd is, worden onderworpen» (preambule 22). Op deze manier wordt tussen lidstaten het vertrouwen gekweekt dat voor wederzijdse erkenning noodzakelijk is. Overigens heeft het beginsel van «home-state-control» geen absolute gelding; afwijking ervan door de lidstaat van ontvangst is in bepaalde – hierna nog te schetsen – uitzonderingsgevallen mogelijk.

Wederzijdse erkenning is geen vrijblijvende optie voor lidstaten. Volgens artikel 3 lid 2 van de richtlijn mogen lidstaten het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied. Elektronische diensten die vanuit een andere lidstaat rechtmatig in het vrije verkeer zijn gebracht, moeten door de ontvangende lidstaten normaal gesproken worden toegelaten. Het gaat dus in wezen om een gebod tot wederzijdse erkenning ten bate van het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij.

Van groot belang voor de reikwijdte van het uitgangspunt van oorsprongslandbeginsel («home-state-control») en wederzijdse erkenning is de in artikel 3, leden 1 en 2 van de richtlijn gebruikte notie «gecoördineerd gebied». Artikel 2, onder h) van de richtlijn definieert als gecoördineerd gebied: de in de nationale rechtstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden. Volgens artikel 2, onder i) van de richtlijn omvat het gecoördineerde gebied de vereisten waaraan de dienstverlener moet voldoen met betrekking tot: a) het *starten* van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake kwalificatie, vergunning en aanmelding; b) het *uitoefenen* van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake gedrag van de dienstverlener, vereisten inzake kwaliteit en inhoud van de dienst inclusief inzake reclame en contracten, of vereisten inzake de aansprakelijkheid van de dienstverlener. Van het gecoördineerde gebied worden vervolgens in artikel 2, onder ii) van de richtlijn drie cate-

gorieën uitgesloten, namelijk vereisten met betrekking tot goederen als zodanig, de levering van goederen en, ten slotte, diensten die niet langs elektronische weg verleend worden. Hetzelfde geldt blijkens de preambule voor de uitoefening van preferentiële rechten door overheidsinstanties met betrekking tot bepaalde goederen, zoals kunstwerken.

Welbeschouwd heeft het door de richtlijn geïntroduceerde begrip «gecoördineerd gebied» betrekking op vereisten voor on-line-activiteiten zoals on-line-informatie, on-linereclame, on-line winkelen en on-line contracten. Daartoe behoren uit de aard der zaak niet wettelijke vereisten voor goederen, zoals veiligheidsnormen, etiketteringsvoorschriften of aansprakelijkheid voor zaken, evenals vereisten in verband met de levering of het vervoer van goederen, met inbegrip van distributie van geneesmiddelen. Praktisch betekent dit bijvoorbeeld dat het on-line aanbieden van geneesmiddelen in beginsel onder de richtlijn inzake elektronische handel valt, maar niet op de verstrekking of de eventuele feitelijk (af-)levering van de medicijnen. De richtlijn laat onverlet dat deze aspecten worden beheerst door andere Europese richtlijnen ter zake en het nationale recht.

Hoe ruim de notie «gecoördineerd gebied» ook is, onbegrensd is deze niet. Een aantal onderwerpen is op grond van een bijlage bij de richtlijn geheel of gedeeltelijk uitgezonderd. Het gaat daarbij achtereenvolgens om:

- a) auteursrechten, naburige rechten, rechten bedoeld in richtlijn 87/54/EEG van de Raad van 16 december 1986 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderprodukten (PbEG L 24), rechten bedoeld in richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PbEG L 77) alsmede industriële eigendomsrechten;
- b) de uitgifte van elektronisch geld door instellingen waarvoor de lidstaten een van de in artikel 8 lid 1 van richtlijn 2000/46/EG bedoelde uitzonderingen hebben toegepast;
- c) artikel 44 lid 2 van de gewijzigde richtlijn 85/611/EG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve beleggingen in effecten (PbEG L 375);
- d) artikel 30 en Titel IV van de gewijzigde richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche (PbEG L 228), Titel IV van de gewijzigde richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf (PbEG L 360), de artikelen 7 en 8 van de gewijzigde richtlijn 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van het levensverzekeringsbedrijf, tot vaststelling van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten (PbEG L 172) en artikel 4 van de gewijzigde richtlijn 90/619/EEG van de Raad van 8 november 1990 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf, tot vaststelling van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten (PbEG L 330);
- e) de vrijheid van partijen om het op hun contract toepasselijke recht te kiezen;
- f) contractuele verplichtingen inzake consumentenovereenkomsten; en
- g) de toelaatbaarheid van ongevraagde commerciële communicatie per elektronische post;
- h) de formele geldigheid van contracten waarbij rechten op onroerende zaken ontstaan of worden overgedragen, als hiervoor verplichte vorm-

vereisten gelden ingevolge het recht van de lidstaat waar de onroerende zaak is gelegen.

De uitsluiting van deze onderwerpen betreft op grond van artikel 3 lid 3 van de richtlijn slechts het gecoördineerd gebied. De te harmoniseren voorschriften van de richtlijn, zoals die inzake de totstandkoming van overeenkomsten langs elektronische weg, elektronische reclame, informatieverplichtingen en de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden, blijven onverkort van toepassing. Bijgevolg zal bijvoorbeeld een service provider op basis van de artikelen 12 tot en met 14 veelal niet aansprakelijk zijn voor auteursrechtinbreuken. Om dezelfde reden zal een firma die verzekeringspolissen via het internet aanbiedt op grond van artikel 5 gehouden zijn de algemene informatieverplichtingen in acht te nemen.

Het door de richtlijn gehanteerde uitgangspunt van oorsprongslandbeginsel («home-state-control») en wederzijdse erkenning brengt mee dat Nederland in zekere mate wordt beperkt in de mogelijkheid om toezicht uit te oefenen op hetgeen zich op het internet en aanverwante media afspeelt. Opsporing en vervolging van strafbare feiten alsmede, meer in het algemeen, toezicht op de naleving zal na implementatie van de richtlijn langs twee wegen kunnen geschieden.

Allereerst bestaat de plicht om onverminderd te blijven toezien op de activiteiten die in Nederland gevestigde dienstenaanbieders verrichten. Deze mogelijkheid van toezicht vloeit voort uit het «home-state-control»-beginsel. Lidstaten dienen er immers voor te zorgen dat op hun grondgebied gevestigde dienstverleners voldoen aan de toepasselijke bepalingen van hun nationale recht, ook ten aanzien van diensten die zij buiten Nederland aanbieden, en dat zij ter zake beschikken over passende controle- en onderzoeksmiddelen.

Daarnaast kan, omdat het «home-state-control»-beginsel meebrengt dat het toezicht op onder de richtlijn vallende activiteiten primair een verantwoordelijkheid van de autoriteiten van het land van vestiging is, het aanvullende toezicht van de Nederlandse autoriteiten op de activiteiten van in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners zich uit de aard der zaak slechts tot bepaalde gevallen uitstrekken. Op grond van artikel 3 lid 4 kunnen lidstaten maatregelen nemen om voor een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij af te wijken van het vrij-verkeerregime van de richtlijn als aan drie cumulatieve criteria is voldaan.

Ten eerste moeten de betrokken maatregelen noodzakelijk zijn ter bereiking van een aantal doelstellingen van algemeen belang. Als zodanig worden in de richtlijn genoemd: de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, alsmede de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen; de bescherming van de volksgezondheid; de openbare veiligheid, met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie alsmede, tenslotte, de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers. Ten tweede kunnen maatregelen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij slechts worden genomen als afbreuk wordt gedaan of dreigt te worden gedaan aan een van deze fundamentele belangen. Ten derde moeten de te nemen maatregelen uiteraard evenredig zijn aan de algemene belangen ter bescherming waarvan ze worden genomen, opdat het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij niet nodeloos wordt belemmerd.

Naast deze inhoudelijke randvoorwaarden voorziet de richtlijn ook in een procedureel kader voor het nemen van maatregelen tegen diensten van de informatiemaatschappij, die worden verricht door elders gevestigde aanbieders. Voorafgaand aan het treffen van dergelijke maatregelen moet, aldus artikel 3 lid 4, de lidstaat van vestiging tevergeefs zijn verzocht om passende maatregelen tegen de betrokken dienst te nemen. Worden

vervolgens door de Nederlandse autoriteiten maatregelen overwogen, dan moeten de Commissie en de lidstaat van vestiging daarover geïnformeerd worden. In urgente omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de Nederlandse autoriteiten willen optreden tegen het aanzetten tot racisme via het internet, kunnen uiteraard onverwijld maatregelen worden getroffen. Mededeling hiervan en van de aan de urgentie ten grondslag liggende redenen aan de Commissie en de lidstaat van vestiging kan dan achteraf geschieden. Op haar beurt zal de Commissie nagaan of de voorgenomen dan wel getroffen maatregelen met het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn. Dit is een reflectie van de meer algemene taak van de Commissie om als «hoedster van het verdrag» toe te zien op de naleving van het EG-recht (artikel 211 EG).

10. Rechterlijke bevoegdheid

Op grond van artikel 1 lid 4 laat de richtlijn inzake elektronische handel de bevoegdheid van rechterlijke instanties onverlet. Daarmee wordt verduidelijkt dat de richtlijn geen regels van internationaal privaatrecht bevat die betrekking hebben op de vraag welke rechter van welke lidstaat jurisdictie heeft in geval van (inter)nationale geschillen. Voor zover het om intracommunautair verrichte diensten van de informatiemaatschappij gaat, moeten de uitgangspunten daarvoor primair worden ontleend aan 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 (de zogenoemde Brussel I-verordening; PbEG L 12). Deze verordening maakt geen onderscheid tussen on-line en off-line situaties en ziet zowel op geschillen verband houdend met de overeenkomst als op acties wegens onrechtmatige daad. De hoofdlijnen ervan kunnen als volgt worden samengevat.

Met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid in geval van «business-to-business-overeenkomsten» is in eerste instantie voorzien in een forumkeuze; partijen zijn vrij in hun overeenkomst of op een later tijdstip te bepalen welke rechter bevoegd zal zijn (forum prorogatum). Is een dergelijke forumkeuze niet gemaakt, dan is de rechter van de statutaire zetel, het hoofdbestuur of hoofdvestiging van de verweerder dan wel van zijn woonplaats (forum rei) bevoegd. Daarnaast geldt als alternatief forum de rechter van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt is of had moeten worden uitgevoerd (forum executionis). De rechter van de plaats van uitvoering van de overeenkomst wordt geacht de meest aangewezen rechter te zijn om de juistheid van de uitvoering van de overeenkomst te kunnen beoordelen. Het voorgaande ligt met name besloten in de artikelen 2, 5 en 23 van de Brussel I-verordening.

De artikelen 2 en 15 tot en met 17 van de Brussel I-verordening bevatten een regeling voor de bevoegde rechter in geval van «business-to-consumer-overeenkomsten». Dat is allereerst de rechter van de gewone verblijfplaats van de verweerder. Bovendien is de rechter van de woonplaats van de consument bevoegd, als de aanbieder in de staat van de woonplaats commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit of dergelijke activiteiten, al dan niet mede, richt op die staat. Van dit zogenaamde consumentenforum kunnen partijen door een forumkeuze in het algemeen slechts afwijken als zij dit na het ontstaan van het geschil met elkaar overeenkomen.

Voor wat betreft de rechterlijke bevoegdheid bij civielrechtelijke verdringen wegens onrechtmatige handelingen via het internet, zoals oneerlijke concurrentie, inbreuken op merk- en handelsnamen en belediging, zij verwezen naar de artikelen 2, 5 en 23 van de Brussel I-verordening.

Bevoegd is allereerst de rechter die door partijen gekozen is. Vervolgens is de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd. Daarnaast kan

bevoegd zijn de rechter van de plaats waar de onrechtmatige handeling verricht is, althans waar de daad zijn onrechtmatige uitwerking heeft gehad.

De verordening treedt op 1 maart 2002 in werking, kort na 17 januari 2002, de datum waarop de richtlijn inzake elektronische handel moet zijn geïmplementeerd. De Brussel I-verordening zal dan – tussen alle lidstaten met uitzondering van Denemarken – het huidige verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968 (het zgn. EEX-Verdrag; Trb. 1969, 101, zoals gewijzigd) vervangen. Over een soortgelijke aanpassing van het zogenaamde verdrag van Lugano van 16 september 1988 (Trb. 1989, 58), een met het EEX-verdrag vergelijkbaar verdrag dat zich ook uitstrekt tot IJsland, Noorwegen en Zwitserland, wordt inmiddels gesproken.

11. Vrije vestiging

Om de ontwikkeling van diensten van de informatiemaatschappij te bevorderen beoogt de richtlijn verder een aantal juridische belemmeringen op te heffen die de vrijheid van vestiging kunnen hinderen. Daarom verbiedt artikel 4 van de richtlijn de Lidstaten het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij aan een vergunningsplicht te onderwerpen of een ander vereiste met gelijke werking te stellen. Dit brengt mee dat de lidstaten alleen repressief toezicht kunnen uitoefenen op de naleving van de geldende nationale bepalingen door op hun grondgebied gevestigde dienstverleners.

Door een verbod op het eisen van een vergunning voor zowel het *starten* als het (blijven) uitoefenen van de hier bedoelde activiteiten voorkomt artikel 4 dat de toegang tot het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij door de verschillende lidstaten aan allerlei eisen wordt gebonden. Het artikel kent als het ware aan eenieder, of het nu een rechtspersoon of een natuurlijke persoon is, het recht toe diensten van de informatiemaatschappij te verlenen. Bij de huidige stand van de techniek zal het hierbij momenteel in de praktijk veelal gaan om de mogelijkheid om zonder voorafgaande eisen een website te hebben, maar met het voortschrijden van de techniek zal het artikel mogelijk een ruimere werking krijgen. Het verbod strekt zich tevens uit tot andere maatregelen van gelijke werking. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de verplichting om het voornemen om een dienst van de informatiemaatschappij te verrichten te melden, om te wachten op een ontvangstbewijs van een melding, alvorens diensten te mogen aanbieden of het moeten beschikken over bepaalde bewijzen of verklaringen. Vrijwillige erkenningsstelsels, zoals gedragscodes, blijven toegestaan. Een verplichting tot registratie bij het starten van uitvoering van dergelijke diensten vormt overigens niet altijd een «vereiste van gelijke werking» in de zin van artikel 4 lid 1, afhankelijk van de aard van de verplichting.

Uit artikel 4 lid 2 van de richtlijn volgt dat het verbod op vergunningsstelsels en vereisten van gelijke werking alleen van toepassing is op maatregelen die specifiek en uitsluitend betrekking hebben op diensten van de informatiemaatschappij. Vergunningstelsels met een algemene gelding blijven derhalve toegestaan. Een specifieke uitzondering wordt gemaakt voor vergunningsstelsels zoals bedoeld in richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PbEG L 117). Deze richtlijn staat lidstaten binnen bepaalde grenzen en onder bepaalde voorwaarden toe, op het gebied van telecommunicatiediensten vergunningstelsels te hanteren. Zo mag het aantal aanbieders slechts beperkt worden voor zover dit noodzakelijk is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te garanderen.

De achterliggende bedoeling van artikel 4 van de richtlijn is evident: formeel noch materieel mag het starten of uitoefenen van activiteiten van een dienstverlener van de informatiemaatschappij worden belemmerd door een vergunningsstelsel. Omdat de Nederlandse wetgeving geen belemmeringen bevat als bedoeld in art 4 lid 1 van de richtlijn, behoeft dit artikel geen omzetting in Nederlandse wetgeving. De vergunningplicht die momenteel op grond van het Vestigingsbesluit Bedrijven nog bestaat voor het bouwbedrijf, het installatiebedrijf, het vervoermiddelenbedrijf en het levensmiddelenbedrijf heeft algemene werking. Ook beroepseisen voor bijvoorbeeld artsen of advocaten, die vrijwel steeds niet specifiek betrekking zullen hebben op het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij, blijven van toepassing.

12. Algemene informatieverplichtingen

Bevordering van de transparantie vormt een belangrijk instrument voor een vergroting van het vertrouwen in het elektronisch rechtsverkeer. De wet voorziet daarom in het opleggen van een aantal verplichtingen tot het informeren van de afnemers van diensten van de informatiemaatschappij. Die verplichtingen rusten op degenen die on-line economische activiteiten verrichten; de wet spreekt hier in navolging van de richtlijn van het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij. Of er in een concreet geval sprake is van economische activiteiten moet steeds beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval (men zie ook de toelichting op artikel 3:15d lid 3). Sommige van die verplichtingen moeten steeds en door iedere verlener van een dienst van de informatiemaatschappij worden nagekomen, andere verplichtingen bestaan slechts in specifieke gevallen. Zo bevat artikel 3:15d voor iedere verlener van diensten van de informatiemaatschappij waar hij zich ook bevindt en welke dienst van de informatiemaatschappij hij ook verleent de verplichting zijn identiteit te vermelden en ervoor te zorgen dat bepaalde basisgegevens, zoals naam, geografisch adres en elektronisch adres permanent toegankelijk zijn voor de afnemers van zijn diensten van de informatiemaatschappij. Met die gegevens in de hand kunnen afnemers zich een beeld vormen van de verlener van de dienst. Behalve de hier bedoelde basisgegevens betreffende zijn identiteit moet de dienstverlener in de gevallen genoemd in artikel 3:15d lid 1 onder c, d, e en f (artikel 5 lid 1 onder d, e, f en g van de richtlijn) tevens bepaalde aanvullende gegevens, zoals een eventuele beroepstitel en informatie omtrent toepasselijke beroepscode, verstrekken. Deze gegevens kunnen bijvoorbeeld van belang zijn bij het in het kader van het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij sluiten van overeenkomsten of leveren van goederen en diensten. Ook deze informatieverplichtingen beogen derhalve in het bijzonder het vertrouwen dat afnemers van diensten kunnen stellen in het elektronisch rechtsverkeer te vergroten. In aanvulling op het voorgaande worden in artikel 3:15 e specifieke informatieverplichtingen opgelegd voor dienstverlening van de informatiemaatschappij (voor zover) die kan worden aangemerkt als commerciële communicatie in de zin van de richtlijn. Het begrip «commerciële communicatie» wordt, in navolging van artikel 2, onder f, van de richtlijn, gedefinieerd in lid 3 van artikel 3:15 e. Het omvat – kort gezegd – alle vormen van communicatie die bedoeld zijn om commerciële activiteiten aan te prijzen. Voor een uitgebreide beschouwing over de reikwijdte van het begrip wordt verwezen naar de toelichting op lid 3 van artikel 3:15 e. Een deel van deze verplichtingen beoogt de eerlijkheid in de handel ten aanzien van verkoopbevorderende acties zoals wedstrijden en aanbiedingen te bevorderen, opdat afnemers niet onvoldoende geïnformeerd of misleid worden. Een deel ook beoogt het afnemers van diensten mogelijk te maken snel te selecteren tussen diensten die vormen van ongevraagde commerciële communicatie (reclame) bevatten en andere diensten, waar-

door onder meer voorkomen wordt dat ongevraagde commerciële communicatie in de vorm van elektronische post (steeds) moet worden geopend om vast te stellen of het om commerciële communicatie gaat. De mogelijkheid om elektronische post waarvan ongevraagde commerciële communicatie deel uitmaakt ongeopend te kunnen verwijderen is van belang vanwege het ongemak dat ontvangers van commerciële communicatie daarvan in de praktijk kunnen ondervinden, in het bijzonder vanwege de eventuele kosten die voor de ontvanger kunnen zijn verbonden aan het ophalen van deze berichten. Tenslotte beoogt een deel van deze verplichtingen afnemers in staat te stellen te opteren voor het niet ontvangen van dergelijke diensten (zgn. opt-out). De richtlijn zou op zichzelf overigens niet in de weg staan aan het instellen van een systeem dat voorafgaande toestemming van de ontvanger vereist (zgn. opt-in). Artikel 3:15e beoogt echter vooralsnog aan te sluiten bij de huidige Nederlandse praktijk, die een opt-out systeem kent. Niet ondenkbaar is dat in de toekomst besloten wordt tot het instellen van een opt-in regime voor ongevraagde commerciële communicatie. Mogelijk dient het voorstel dan te worden aangepast. Men zie voor meer uitgebreide beschouwingen hieromtrent paragraaf 13 van deze memorie van toelichting, alsmede de (artikelsgewijze) toelichting op artikel 3:15e.

De in de artikelen 3:15e en f geregelde informatieverplichtingen dienen ter implementatie van de in de artikelen 5, 6 en 7 van de richtlijn. Zij vormen een aanvulling op de overige informatievoorschriften van het gemeenschapsrecht. In het bijzonder kan in dit verband worden gedacht aan richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, waarin bepaald wordt welke informatie verstrekt moet worden bij de totstandkoming van overeenkomsten op afstand (PbEG, L 144). Denkbaar is derhalve dat verleners van diensten van de informatiemaatschappij in voorkomende gevallen aan de informatieverplichtingen van beide richtlijnen zullen moeten voldoen. Andere richtlijnen die ter zake relevante informatievoorschriften bevatten zijn onder meer: richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, waarin aan vennootschappen voorgeschreven wordt om in bepaalde gevallen jegens derden hun registratienummer, rechtsvorm en plaats van vestiging te vermelden (PbEG L 65); richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten, waarin voorgeschreven wordt hoe deze aangegeven dienen te worden (PbEG L 80); en richtlijn 99/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor de elektronische handtekeningen, waarin voorgeschreven wordt welke gegevens gekwalificeerde certificaten dienen te bevatten (PbEG L 13). Ook richtlijn 84/540/EEG van 19 september 1984 van het Europees Parlement en de Raad inzake misleidende reclame (PbEG L 250), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (PB L 290), blijft onverkort gelden. De artikelen 5 en 6 van de richtlijn laten lidstaten de vrijheid om binnen de grenzen van het communautaire recht verdergaande eisen te stellen dan nu opgenomen in de artikelen 3:15 d en 15 e. Het ligt echter niet in de bedoeling voor in Nederland gevestigde dienstverleners een strenger regime te creëren dan waartoe de richtlijn verplicht. Aangezien daarmee immers een potentieel concurrentienadeel ten opzichte van in andere lidstaten gevestigde dienstverleners zou worden gecreëerd, zal van de bevoegdheid om meer of zwaardere

verplichtingen in het leven te roepen slechts gebruik worden gemaakt indien daarvoor in de praktijk een dwingende reden zal blijken te bestaan. Op verschillende plaatsen in de richtlijn wordt gebruik gemaakt van bepaalde kwalificaties bij het verwoorden van de wijze waarop de desbetreffende informatie moet worden verstrekt. Deze hebben in hoge mate het karakter van zogenoemde open normen. Informatie moet bijvoorbeeld «gemakkelijk» toegankelijk en «duidelijk en ondubbelzinnig» herkenbaar zijn of worden aangeduid. Teneinde een zoveel mogelijk richtlijnconforme implementatie te verzekeren is ervoor gekozen de desbetreffende termen in de wet niet nader te bepalen. Aldus wordt voorkomen dat de juiste uitleg van de richtlijn en de wettekst uiteen gaan lopen. Voorts zouden de onderhavige bepalingen daardoor, vooral bij het hanteren van een enigermate technologisch bepaalde nadere invulling, in verband met het voortschrijden van de techniek al snel verouderd raken.

13. Ongevraagde commerciële communicatie

Ongevraagde commerciële communicatie via elektronische post vormt een aparte categorie binnen de commerciële communicatie, in het bijzonder omdat deze ongewenst kan zijn voor de ontvanger ervan. In grote hoeveelheden kan het bovendien de werking van interactieve netwerken ontregelen. De vraag is dan ook gerezen of voor het versturen van commerciële communicatie via elektronische post voorafgaande toestemming van de ontvanger zou moeten worden vereist.

Voorop dient te worden gesteld dat deze problematiek niet in de onderhavige richtlijn wordt geregeld, maar in richtlijn 97/7/EG betreffende op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144) en richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (PbEG L 24). De discussie omtrent de keuze voor een opt-in of een opt-out regime voor ongevraagde commerciële communicatie is opnieuw geëntameerd in het kader van de herziening van laatstgenoemde richtlijn. Het commissievoorstel tot herziening van richtlijn 97/66/EG stelt voor om naast het gebruik van «automatic calling machines» en fax, ook e-mail (direct mail via e-mail) onder een opt-in regime te brengen. Daarnaast is onderwerp van bespreking of ook bepaalde soorten «cookies», dat wil zeggen programmaonderdelen die zonder de wil van de afnemer vanuit diens computer een on-line verbinding zoeken met een commerciële website, onder een opt-in regime moeten worden gebracht. Dat zou betekenen dat aan een gebruiker voorafgaand toestemming moet worden gevraagd voordat deze via e-mail mag worden benaderd met commerciële communicatie of dergelijke «cookies». Onder e-mail wordt in dit verband ook de zgn. «Short Message Service» (SMS) begrepen. Voor andere vormen van ongevraagde communicatie ten behoeve van direct marketingdoeleinden (waarbij wel sprake is van menselijke tussenkomst, bijvoorbeeld direct marketing via telefonie) mogen lidstaten volgens het voorstel zelf bepalen of zij kiezen voor een opt-in, dan wel een opt-out regime.

In Nederland wordt momenteel voor deze andere vormen van ongevraagde commerciële communicatie, waartoe thans ook nog e-mail, met inbegrip van SMS, kan worden gerekend, een opt-out regime gehanteerd; dat wil zeggen dat het gebruik van deze vormen van ongevraagde commerciële communicatie is toegestaan, tenzij de betrokkene heeft aangegeven deze niet (langer) te willen ontvangen. Artikel 3:15e lid 2 sluit aan bij deze bestaande praktijk.

Op de Telecomraad van 27 en 28 juni 2001 heeft de Raad een gemeenschappelijke beleidslijn vastgesteld op alle punten van het commissievoorstel, met uitzondering van artikel 13 inzake commerciële communicatie. De meeste lidstaten staan hier een opt-in regime voor. Onder druk van een aantal belangrijke lidstaten, die voorstander zijn van een opt-out

regime, is een beslissing daarover echter niet genomen. Tijdens de Telecomraad van 15 oktober 2001 zal hierover verder worden gesproken. Ook Nederland heeft op dit punt voor uitstel gepleit, mede om beter rekening te kunnen houden met het tegen die tijd bekende advies van het Europees Parlement, dat medebeslissingsbevoegdheid heeft. Hoewel Nederland vooralsnog niet afwijzend staat tegenover de door de Commissie voorgestelde uitbreiding van het opt-in regime tot het gebruik van e-mail (en SMS) voor direct marketingdoeleinden, heeft Nederland op ambtelijk niveau bij andere lidstaten de mogelijkheden afgetast voor een tussenform. Het betreft hier een vorm van geclausuleerde zelfregulering in de vorm van een opt-out regime voor bedrijven die zich aansluiten bij een zelfreguleringsorganisatie waarbij beperkende voorwaarden worden gesteld ten aanzien van direct marketing via e-mail en SMS (bijvoorbeeld verplichte labeling van berichten). Aan dit opt-out regime wordt een opt-in regime gekoppeld als vangnet voor bedrijven of organisaties die niet aan de zelfregulering meedoen. Nederland kent reeds dergelijke vormen van zelfregulering. Indien er in de Raad geen compromis mogelijk zal blijken te zijn op basis van het voorgestelde opt-in regime, is het mogelijk dat het aan de lidstaten zelf zal worden overgelaten en keuze te maken welk regime men voor e-mail voor direct marketing wenst te hanteren (opt-in, opt-out of een tussenform).

Gezien het stadium waarin de onderhandelingen zich momenteel bevinden is besloten in het kader van de implementatie van de richtlijn inzake de elektronische handel niet op de eventuele uitkomsten daarvan vooruit te lopen en vooralsnog aan te sluiten bij de bestaande praktijk. De door dit voorstel om te zetten richtlijn laat zoals gezegd de beslissing of een opt-in dan wel een opt-out regime wordt gehanteerd over aan de lidstaten. In artikel 7 daarvan wordt lidstaten die een opt-out regime hanteren een aantal zorgplichten opgelegd. Deze zijn geïmplementeerd in artikel 3:15e, lid 1, onder d, en lid 2, welke bepaling derhalve uitgaat van een opt-out systeem.

Zo bepaalt artikel 3:15e lid 2 dat dienstverleners in wiens opdracht commerciële communicatie via elektronische post wordt verspreid de nodige maatregelen moeten nemen teneinde ervoor te zorgen dat in een opt-out register ingeschrevenen geen ongevraagde commerciële communicatie ontvangen. In het algemeen zal hiervoor nodig zijn dat zij regelmatig deze registers (doen) raadplegen, alsmede uiteraard dat zij die registers ook respecteren.

Tegen het gebruik van persoonlijke gegevens voor direct marketing doeleinden kunnen natuurlijke personen zich verzetten op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens, bij welke wet richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG L 281) is geïmplementeerd. Op grond van deze richtlijn hebben natuurlijke personen een «absoluut» verzetsrecht tegen het gebruik van persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing activiteiten. Zij moeten kosteloos kunnen aangeven de ontvangst van dergelijke uitingen niet langer op prijs te stellen. Dit bezwaar kan betrekking hebben op de commerciële communicatie van een individueel bedrijf en rechtstreeks aan dat bedrijf gecommuniceerd worden. Het kan echter ook een algemeen bezwaar tegen het ontvangen van commerciële communicatie via elektronische post betreffen. Een opt-out register waarbij natuurlijke personen zich gratis kunnen aanmelden en dat zich onder meer uitstrekt tot commerciële communicatie via elektronische post is bereikbaar via Antwoordnummer 666.

Na afronding van de herziening van richtlijn 97/66 zal worden gezien of het bestaande opt-out systeem moet worden aangepast of worden vervangen door een opt-in systeem voor ongevraagde commerciële communicatie via elektronische post en SMS. Daarbij zullen dan uiteraard

alle relevante aspecten moeten worden betrokken, zoals bijvoorbeeld de verhouding van een dergelijke regeling tot de op de uitingsvrijheid betrekking hebbende grondrechten.

14. Gereguleerde beroepen

In het kader van de bescherming van algemene belangen zoals de volksgezondheid, een adequaat opleidingsniveau en veiligheid, alsmede de transparantie en de kwaliteit van beroepskwalificaties zijn door de Gemeenschap en de lidstaten voor de uitoefening van vele beroepen voorschriften gesteld in de vorm van opleidingseisen, waarvan blijkt uit een opleidingstitel of een bekwaamheidsattest. In de eerste plaats is hier van belang artikel 15 d, onder e, van het onderhavige voorstel, dat – ter uitvoering van artikel 5 lid 1 onder f, van de richtlijn – bepaalt dat beoefenaren van deze zogenoemde gereguleerde beroepen zoals gedefinieerd in artikel 2, onder g, van de richtlijn, die diensten van de informatiemaatschappij verlenen, een aantal aanvullende gegevens moeten verstrekken ten opzichte van de gegevens die iedere dienstverlener permanent toegankelijk moet maken voor zijn afnemers. Aldus ontstaat voor afnemers een beter zicht op de kwalificaties van dergelijke dienstverleners en een betere mogelijkheid om de opgegeven gegevens te verifiëren.

Voorts valt te wijzen op artikel 8 van de richtlijn, welke bepaling regelt hetgeen beoefenaren van gereguleerde beroepen is toegestaan op het gebied van elektronische commerciële communicatie. Het eerste lid daarvan bepaalt dat het gebruik van commerciële communicatie bij het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij door deze personen moet worden toegestaan mits zij daarbij de relevante beroepsregels van hun beroepsvereniging of -organisatie naleven. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan regels die dienen ter waarborging van de onafhankelijkheid, de beroepseer en het beroepsgeheim, alsmede de eerlijkheid ten opzichte van cliënten en confraters. De gedachte hierachter is vooral dat transparantie omtrent de van toepassing zijnde beroepsregels, alsmede zekerheid omtrent de naleving daarvan ook in het kader van commerciële communicatie, het vertrouwen van afnemers van deze diensten, in het bijzonder de consument, zal bevorderen en daarmee een positieve invloed op het verlenen van deze diensten van de informatiemaatschappij zal hebben.

Artikel 8 van de richtlijn legt lidstaten voorts de verplichting op te bevorderen dat beroepsverenigingen en organisaties op communautair niveau gedragscodes opstellen waarin wordt vastgelegd welke informatie als commerciële communicatie langs elektronische weg mag worden verstrekt. Ook overweging 32 bij de richtlijn geeft in dit verband aan dat het goed zou zijn als de diverse beroepsverenigingen en -organisaties onderling komen tot opstelling of aanpassing van gedragsregels op communautair niveau. Deze gedragscodes zijn, aldus de overweging: «het beste instrument voor de vaststelling van de beroepsethiek ten aanzien van de commerciële communicatie».

Omdat het in Nederland ook voor beoefenaars van gereguleerde beroepen als uitgangspunt is toegestaan om commerciële communicatie langs elektronische weg te verspreiden, behoeft artikel 8 van de richtlijn geen wettelijke omzetting. Daarnaast biedt de Mededingingswet voldoende mogelijkheden om te voorkomen dat beroepsregels de vrijheid tot commerciële communicatie via het elektronisch verkeer onnodig of op oneigenlijke gronden beperken.

15. Het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg

De richtlijn inzake elektronische handel heeft alleen betrekking op diensten van de informatiemaatschappij. Zoals eerder aangegeven zijn dit diensten die gewoonlijk tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer van de dienst worden verleend. De richtlijn ziet niet op goederen als zodanig en evenmin op de levering van goederen of de verlening van diensten anders dan langs elektronische weg. Ter illustratie kunnen de volgende voorbeelden dienen. Als een consument langs elektronische weg downloadbare muziek aanschafft, vinden zowel de totstandkoming van de koopovereenkomst als de levering langs elektronische weg plaats. Beide rechtshandelingen vallen daardoor onder het bereik van de richtlijn. Als dezelfde consument echter een boek langs elektronische weg aanschafft, en (af)levering daarvan feitelijk, bijvoorbeeld per post, plaatsvindt, is de richtlijn op deze, (af)levering niet van toepassing.

De richtlijn geeft in de artikelen 9, 10 en 11 van afdeling 3 («contracten langs elektronische weg») bepalingen voor het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg. Artikel 9 lid 1 bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg mogelijk is. Daarbij dienen de lidstaten er zich van te vergewissen dat de regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten geen belemmering vormen voor het sluiten daarvan langs elektronische weg en dat deze regels er evenmin toe leiden dat langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomsten zonder rechtsgevolg blijven en niet rechtsgeldig zijn. De richtlijn treedt hiermee niet in de bevoegdheid van lidstaten om te bepalen aan welke eisen moet zijn voldaan voor de totstandkoming van een overeenkomst. Het staat lidstaten vrij om hieraan algemene of specifieke eisen te stellen. De richtlijn bepaalt slechts dat de gestelde eisen ook langs elektronische weg moeten kunnen worden vormgegeven. Eventuele praktische belemmeringen die voortvloeien uit het feit dat in bepaalde gevallen geen elektronische middelen gebruikt kunnen worden, vallen daarentegen buiten het bereik van deze richtlijn.

Het zal echter niet in alle gevallen wenselijk of mogelijk zijn dat een overeenkomst langs elektronische weg gesloten wordt. Artikel 9 lid 2 biedt daarom de mogelijkheid om ten aanzien van een viertal limitatief opgesomde categorieën van overeenkomsten te bepalen dat het sluiten ervan langs elektronische weg (nog) niet is toegestaan. Deze categorieën zijn: a. overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken met uitzondering van huurrechten; b. overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een autoriteit of een beroepsgroep die een publieke taak uitoefent; c. overeenkomsten voor persoonlijke of zakelijke zekerheden die gesteld worden door personen die handelen voor doeleinden buiten hun handels- of beroepsactiviteit; en d. overeenkomsten die onder het familie- of het erfrecht vallen. Andere uitzonderingen zijn derhalve niet toegestaan. Het gebruik van elke uitzondering dient bij de Europese Commissie op grond van artikel 9 lid 3 te worden gemeld. Voorts zal om de vijf jaar gemotiveerd moeten worden aangegeven waarom de uitzondering, gemaakt op grond van het onder b vermelde nog nodig wordt geacht.

De artikelen 10 en 11 van de richtlijn beogen de afnemers door middel van een informatieplicht voor de dienstverlener en beginselen die in acht moeten worden genomen bij het plaatsen van een order met behulp van technologische middelen meer duidelijkheid en transparantie te verschaffen, waardoor het vertrouwen van afnemers, en in het bijzonder de consument, in het elektronisch zaken doen wordt verhoogd. Ten eerste is hierbij van belang dat beide artikelen primair zijn gericht op overeenkomsten die tot stand komen via websites. Hieronder vallen ook situaties waarbij het contact dat tot de overeenkomst heeft geleid slechts gedeelte-

lijk via een website en gedeeltelijk via elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie is verlopen. Slechts een enkele voorwaarde uit de artikelen 10 en 11 is van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten. Het ligt in dit verband voor de hand om zgn. Short Message Service» (SMS) als een vorm van vergelijkbare communicatie te beschouwen, uiteraard voor zover het daarbij gaat om een dienst van de informatiemaatschappij zoals gedefinieerd in artikel 3:15d lid 3. Overweging 39 bij de richtlijn geeft echter expliciet aan dat de in deze richtlijn opgenomen uitzonderingen voor deze vormen van individuele communicatie er niet toe mogen leiden dat aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij de bepalingen voor wat betreft het verstrekken van informatie en het plaatsen van een order omzeilen. Ten tweede is van belang dat de artikelen 10 en 11 dwingend recht bevatten voor overeenkomsten die worden gesloten tussen een partij die – kort gezegd – in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt en een consument. In overeenkomsten tussen partijen die beiden in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen («business to business») kan van het merendeel van de in de artikelen 10 en 11 voorgeschreven voorwaarden worden afgeweken.

16. Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden

Afdeling 4 van de richtlijn behandelt de begrenzing van de aansprakelijkheid van dienstverleners van de informatiemaatschappij die als tussenpersoon optreden. Het in de richtlijn opgenomen aansprakelijkheidssysteem heeft een horizontale strekking. Dat betekent dat de aansprakelijkheidsbepalingen van de richtlijn zowel het publieke als het private recht raken. De regeling heeft invloed op het Nederlandse strafrecht en het privaatrecht. Op grond van het bestuursrecht is het niet mogelijk de tussenpersoon aansprakelijk te stellen voor zijn bijdrage aan het ontsluiten van onwettige informatie of voor het automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaan van informatie als zodanig. Het bestuursrecht kent geen eigen algemene aansprakelijkheidsregeling. Voor het materiële aansprakelijkheidsrecht wordt in het algemeen aangesloten bij het privaatrecht. Dat is in dit geval niet anders. Daarom behoeft niet in een bestuursrechtelijke omzetting van de richtlijn te worden voorzien.

De activiteiten van een intermediaire dienstverlener of tussenpersoon kunnen worden gebruikt om onwettige informatie te ontsluiten. De uitwisseling van informatie kan strafbaar of onrechtmatig zijn op grond van de aard van de informatie, zoals bij uitings- en verspreidingsdelicten; de kwaliteit van de informatie, zoals in het geval van valsheid in geschrifte en oplichting; en de status van de informatie, zoals in het geval van auteursrechtenschendingen en openbaarmaking van geheimen. De richtlijn geeft aan onder welke voorwaarden en omstandigheden een tussenpersoon niet aansprakelijk kan worden gesteld voor zijn aandeel in het ontsluiten van die informatie. Daarbij wordt gedifferentieerd naar de door de tussenpersoon verleende dienst of verrichte activiteit. De vrijstelling van aansprakelijkheid die de richtlijn biedt, heeft uit de aard der zaak alleen betrekking op de doorgifte of opslag strekkende tot openbare informatie-uitwisseling. Het moet gaan om informatie die voor het publiek toegankelijk is, bijvoorbeeld via websites en nieuwsgroepen. De tussenpersoon die zich toegang verschafft tot de inhoud van informatie-uitwisseling via besloten kanalen, overtreedt regels die strekken tot bescherming van grondrechten zoals de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijke communicatie.

Bij «*mere conduit*» (artikel 12 van de richtlijn) fungeert een dienstverlener in feite slechts als doorgeefluik. Daarbij is sprake van het doorgeven van informatie of het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk.

Deze dienst omvat ingevolge artikel 12 lid 2 ook de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van de doorgegeven informatie, voor zover deze opslag uitsluitend dient om de doorgifte in het communicatienetwerk te bewerkstelligen en niet langer duurt dan redelijkerwijs voor het doorgegeven noodzakelijk is. De dienstverlener die optreedt als «mere conduit» is niet aansprakelijk voor het onrechtmatige of strafbare karakter van de doorgegeven informatie als hij zich tot deze vorm van dienstverlening beperkt en op geen enkele wijze betrokken is bij de inhoud van de informatie. Dit houdt in dat hij niet zelf het initiatief tot doorgifte neemt, de ontvanger van de dienst niet selecteert en, tenslotte, dat hij de doorgegeven informatie niet wijzigt of selecteert. Onder de laatstgenoemde voorwaarde zijn niet begrepen technische handelingen die tijdens de doorgifte plaatsvinden en waardoor de integriteit en de authenticiteit van de doorgegeven informatie niet worden aangetast.

De ratio voor de uitsluiting van de aansprakelijkheid bij «mere conduit» is dat hetgeen de dienstverlener in dat geval doet een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft. Dat veronderstelt dat hij kennis van, noch controle over de informatie heeft die wordt doorgegeven. De ruimte waarbinnen hij niet-aansprakelijk is, is niet onbegrensd. Als de dienstverlener opzettelijk gaat samenwerken met de afnemer van zijn dienst om onrechtmatige handelingen te verrichten, dan gaat hij verder dan «mere conduit» en kan hij geen aanspraak maken op de vrijwaring van aansprakelijkheid op grond van de richtlijn (preambule 44).

Aansprakelijkheid voor «hosting» (artikel 14 van de richtlijn), de dienst van de informatiemaatschappij die bestaat uit de opslag van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, ontbreekt zolang de dienstverlener die als tussenpersoon optreedt niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige informatie. Indien het een civielrechtelijke schadevergoedingsvordering betreft, mag hij ook geen kennis hebben van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van informatie duidelijk blijkt (artikel 14 lid 1 van de richtlijn). Evenmin is de dienstverlener die als «host» fungeert aansprakelijk als hij, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft of krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Voor die gevallen kunnen specifieke eisen worden gesteld waaraan onverwijld dient te worden voldaan voordat de informatie wordt verwijderd of ontoegankelijk gemaakt. Het verwijderen of ontoegankelijk maken moet geschieden met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van meningsuiting en van daarvoor eventueel specifiek vastgestelde procedures op nationaal niveau (artikel 14 lid 3 en preambule 46). De richtlijn roept de lidstaten op om aan te moedigen dat op basis van vrijwillige overeenkomsten tussen alle betrokken partijen de uitwerking ter hand wordt genomen van snelle, betrouwbare mechanismen om onwettige informatie te verwijderen en ontoegankelijk te maken (preambule 40). In dit verband zijn vermeldenswaard de drie al bestaande en mede op particulier initiatief opgerichte meldpunten, te weten: kinderporno, discriminatie en overige illegale informatie. Voorts zij gewezen op het Beleidsplatform Overheid en Internet Service Providers, dat de ontwikkeling van de hier bedoelde mechanismen om onrechtmatige informatie te verwijderen of toegankelijk te maken, wil bevorderen. «Caching» (artikel 13 van de richtlijn) is een activiteit die bestaat in het automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaan van informatie om latere doorgifte van die informatie aan andere gebruikers van de dienst en op hun verzoek doeltreffender te maken. Geen aansprakelijkheid bestaat op grond van artikel 13 lid 1, als vijf cumulatieve voorwaarden zijn vervuld. In de eerste plaats mag de dienstverlener de tijdelijk opgeslagen informatie niet wijzigen. In de tweede plaats dient de dienstverlener de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht te nemen. In de derde plaats dient hij zich te houden aan erkende en gangbare regels betreffende de bijwerking van de informatie. Verder dient hij geen inbreuk te maken op het erkende en gangbare rechtmatige gebruik van technologie voor het

verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie. Tenslotte dient hij de informatie te verwijderen zodra hij te weten komt dat de informatie verwijderd werd van de plaats waar zij zich oorspronkelijk in het communicatienetwerk bevond of dat de toegang ertoe onmogelijk werd gemaakt, of zodra een rechtbank of een administratieve autoriteit heeft bevolen de informatie te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. Gelet op de redactie en voorwaarden is de strekking van artikel 13 «caching» vrij te stellen van aansprakelijkheid voor de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van informatie om de latere doorgifte daarvan doeltreffender te maken als zodanig.

Evenals bij «mere conduit» is de vrijwaring van aansprakelijkheid van de dienstverlener bij «caching» gebaseerd op het feit dat hetgeen de dienstverlener doet een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft. De dienst is beperkt tot een technisch proces van werking die uiteindelijk resulteert in het doorgeven van de informatie. Er bestaat kennis noch controle ten aanzien van de informatie die wordt opgeslagen om aan anderen op hun verzoek te worden doorgegeven (preambule 42). Tevens geldt hier dat indien de activiteit verder gaat dan «caching», bijvoorbeeld doordat hij opzettelijk gaat samenwerken met de gebruiker van zijn dienst om onwettige handelingen te verrichten, hij zich uiteraard niet langer kan beroepen op de vrijwaring van aansprakelijkheid (preambule 44). Een dienstverlener komt mag op geen enkele wijze betrokken zijn de doorgegeven informatie (preambule 43).

De drie besproken vrijwaringen van aansprakelijkheid laten de mogelijkheid onverlet dat de dienstverlener die als tussenpersoon optreedt door een rechterlijke autoriteit wordt bevolen om een inbreuk te beëindigen of te voorkomen (respectievelijk artikel 12 lid 3, artikel 13 lid 2 en artikel 14 lid 3 van de richtlijn). In het civiele recht is het mogelijk om in kort geding een dergelijk verbod te vorderen. In de context van strafvorderlijke maatregelen zij gewezen op het aanhangige wetsvoorstel Computercriminaliteit II. In het daarin voorgestelde artikel 125o Wetboek van Strafvordering wordt de mogelijkheid geschapen voor de officier van justitie of de rechter-commissaris om te bepalen dat gegevens ontoegankelijk worden gemaakt voor zover dit noodzakelijk is ter beëindiging van een strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten (Kamerstukken II 1998/99, 26 671, nr. 2). In het onderhavige wetsvoorstel wordt deze mogelijkheid benut als onderdeel van de voorgestelde vervolgingsuitsluitingsgrond in artikel 54a Wetboek van Strafrecht. Hierop wordt in de artikelsgewijze toelichting nader ingegaan.

De dienstverlener mag bij «mere conduit», «caching» en «hosting» geen algemene verplichting worden opgelegd om toe te zien op de via zijn server verspreide informatie of om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onrechtmatige activiteiten duiden (artikel 15 lid 1). Het Nederlandse recht kent een dergelijke algemene plicht niet. Slechts in individuele, specifieke omstandigheden kan een in Nederland gevestigde dienstverlener een toezichtsverplichting worden opgelegd. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan de mogelijkheden die de zevende afdeling van titel IVA van het Wetboek van Strafvordering biedt om in geval van een concrete verdenking van bepaalde misdrijven inlichtingen te vorderen met betrekking tot telecommunicatieverkeer. De richtlijn doet hieraan geen afbreuk.

Tenslotte blijft het blijkens preambule 48 bij de richtlijn aan het nationale recht van de lidstaten om te bepalen in hoeverre van dienstverleners, die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk maken, kan worden verlangd dat zij zich aan bij wet gestelde bepaalde zorgvuldigheidsverplichtingen houden die redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden. Lidstaten mogen deze dienstverleners bijvoorbeeld verplichten om, als zij op de hoogte zijn of raken van vermeende onrechtmatige activiteiten, hiervan melding te maken aan de bevoegde autoriteiten (artikel 15 lid 2). Een dergelijke aangifteplicht bestaat niet en wordt

ook niet opgenomen. Wel wijs ik in dit verband op het belang van de functie die de reeds genoemde meldpunten in dit opzicht vervullen. Ook kunnen dienstverleners worden verplicht om informatie te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst kunnen worden geïdentificeerd. Hoewel artikel 15 lid 2 van de richtlijn in dit verband spreekt van dienstverleners die met de afnemers van hun dienst «opslagovereenkomsten» hebben gesloten, kan, mede gelet op technologische ontwikkelingen, worden aangenomen dat ook de dienstverlener die doorgifte-overeenkomsten heeft gesloten, onder omstandigheden binnen de reikwijdte van die bepaling kan vallen, bijvoorbeeld in gevallen waarin door technische ontwikkelingen niet langer gebruik gemaakt behoeft te worden van «host»-diensten en de bedoelde gegevens slechts te achterhalen zijn via de dienstverlener die een doorgifte-overeenkomst met de afnemer heeft gesloten. Meer in het algemeen is, mede vanwege de verstrekkende implicaties voor – bijvoorbeeld – de opsporing en vervolging van ernstige delicten, zoals de verspreiding van kinderpornografie via Internet, een technologieneutrale uitleg van artikel 15 van de richtlijn aangewezen. Ook het ontwerpverdrag inzake «cybercrime» maakt in dit verband geen onderscheid tussen de verschillende activiteiten van dienstverleners. Overigens voorziet het wetsvoorstel Vorderen gegevens telecommunicatie in een wettelijke bevoegdheid tot het vorderen van gebruiksgegevens betreffende personen die gebruik maken van telecommunicatienetwerken of diensten bij verdenking van strafbare feiten (Kamerstukken II 2000/01, 28 059). Voor de volledigheid zij vermeld dat ook in het civiele recht de mogelijkheid bestaat dat de rechter de dienstverlener opdraagt de bron van de informatie bekend te maken.

Aanvankelijk was in het wetsvoorstel computercriminaliteit II (Kamerstukken II 1999/2000, 26 671, nrs. 1–2) een aansprakelijkheidsregeling voor intermediaire dienstverleners opgenomen waarvan de Europese Commissie, na notificatie door het kabinet, meende dat die qua opzet en inhoud verschilde van het aansprakelijkheidsregime dat werd voorgesteld in het kader van de richtlijn inzake elektronische handel. Zoals bij brief van 1 december 1999 (Kamerstukken II 1999/2000, 26 671, nr. 4) is aangegeven, was dat voor de Commissie aanleiding om een zogenaamde standstill-beschikking uit te vaardigen ingevolge richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PbEG L 204, de zogenaamde notificatierichtlijn), zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/48/EG (PbEG L 217). Om de behandeling van het wetsvoorstel computercriminaliteit II niet langer op te houden is vervolgens besloten om bij nota van wijziging het onderdeel «aansprakelijkheid» (artikel I, onderdelen A, T en U) uit het wetsvoorstel te schrappen (Kamerstukken II 1999/2000, 26 671 nr. 5). Daarbij is opgemerkt dat de vormgeving van het aansprakelijkheidsregime bij de implementatie van de richtlijn inzake elektronische handel opnieuw zou worden bezien. Zoals bij de artikelsgewijze toelichting nader uiteengezet wordt, geeft dit wetsvoorstel invulling aan dat voornemen.

17. Bevordering buitengerechtelijke geschillenbeslechting

Evenals in het traditionele handelsverkeer, ontstaan ook «on-line» geschillen. In het kader van de elektronische handel gaat het daarbij vaak om geschillen over de (te) late aflevering van bestelde producten, ondeugdelijke producten, gebrekkige informatieverschaffing en onverwacht bijkomende kosten. Het daadwerkelijk gebruik van de vrijheden van de interne markt vereist dat eventuele benadeelde consumenten daadwerkelijk toegang hebben tot effectieve, laagdrempelige en flexibele geschillenbeslechtsregelingen. Omdat diensten van de informatiemaatschappij op afstand worden verricht en vaak grensoverschrijdend zijn, vormt de gang naar de rechter niet altijd een adequate oplossing. Dit geldt met name voor geschillen tussen bedrijven en consumenten, waarin het bijvoor-

beeld gaat om de «on-line» aanschaf van boeken, cd's of andere transacties van lage waarde. In deze gevallen weegt de geleden schade meestal niet op tegen de kosten van een grensoverschrijdende procedure en de erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis in een ander land. In dergelijke gevallen ontbreekt vaak, in effectieve zin, een geschillenbeslechtingmechanisme dat tegemoetkomt aan de specifieke karakteristieken van elektronische handel.

De richtlijn beoogt hieraan tegemoet te komen door het gebruik van buitengerechtelijke geschillenbeslechting – ook wel: alternative dispute resolution, doorgaans afgekort tot ADR – te stimuleren (art 17). ADR vormt een belangrijke aanvulling op de traditionele rechtsmiddelen, omdat het de potentie heeft om geschillen snel en goedkoop op te lossen, waarbij bovendien beter kan worden aangesloten bij de belangen van partijen en de aard van het geschil.

Ingevolge artikel 17 van de richtlijn dienen lidstaten ervoor te zorgen dat geschillen in verband met diensten van de informatiemaatschappij niet van de inzet van de in het nationale recht toegestane ADR-mechanismen zijn uitgesloten. Evenmin mag gebruik ervan, met inbegrip van de inzet van daartoe geëigende elektronische middelen, worden belemmerd. De richtlijn treedt hiermee niet in de bevoegdheid van lidstaten om regels ten aanzien van het gebruik van buitengerechtelijke geschillenbeslechting te stellen. De richtlijn bepaalt slechts dat de gestelde eisen ook langs elektronische weg uitvoerbaar moeten zijn. Eventuele praktische belemmeringen die voortvloeien uit het feit dat er in bepaalde gevallen geen elektronische middelen gebruikt kunnen worden, vallen buiten het bereik van deze richtlijn.

De Minister van Justitie heeft al in 1999, in aansluiting op de Contourennota modernisering rechterlijke organisatie (Kamerstukken II, 1998/99, 26 352) de beleidsbrief ADR naar de Tweede Kamer gestuurd. Hierin wordt het beleidskader voor de bevordering van alternatieve geschillenbeslechtingmechanismen neergelegd. Dit, vanuit de visie dat er een maatschappelijke behoefte bestaat aan een meer pluriforme toegang tot het recht, waarbij partijen in eerste plaats zelf de verantwoordelijkheid dragen voor de afdoening van hun onderlinge geschillen.

Ook de Raad van de Europese Unie heeft het belang van buitengerechtelijke geschillenbeslechting meermaals benadrukt, onder andere in de Raadsconclusies van 29 mei 2000 en de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie bij 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 (PbEG 2001 L 12).

De Nederlandse wetgeving bevat geen bepalingen die het gebruik van alternatieve geschillenbeslechting aan banden leggen. Derhalve heeft artikel 17 lid 1 van de richtlijn geen omzetting in wetgeving. De enige vorm van ADR waarover iets in de wetgeving is opgenomen is arbitrage (artikelen 1021 en verder van Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering), waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en grensoverschrijdende arbitragezaken. Daarnaast is van belang dat sinds 1 september 1993 in de artikelen 900 en verder van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de vaststellingsovereenkomst gecodificeerd is. In een dergelijke overeenkomst kunnen partijen op voorhand vastleggen zich te zullen binden aan een uitspraak van derden. De vaststellingsovereenkomst wordt vaak gebruikt bij «mediation» en bindend advies. Met betrekking tot dit laatste is in consumentenaangelegenheden de Stichting Geschillencommissies voor consumentenzaken het meest sprekende voorbeeld. Artikel 17 lid 1 van de richtlijn heeft dan ook geen omzetting, maar brengt wel de noodzaak mee voor, bijvoorbeeld, de Stichting geschillencommissies om na te gaan of ADR niet ook langs elektronische weg mogelijk gemaakt moet worden.

Naar hun aard behoeven ook artikel 7 leden 2 en 3 van de richtlijn geen implementatie in wetgeving. Het betreft het aanmoedigen van het opstellen van passende procedurele waarborgen voor met name de behandeling van consumentengeschillen en het informeren van de Commissie over belangrijke beslissingen, praktijkinformatie, het gebruik en de gewoonten betreffende elektronische handel. Daarmee raakt de richtlijn aan twee belangrijke aandachtspunten bij het gebruik van ADR. In de eerste plaats, het belang van procedurele waarborgen. ADR kenmerkt zich door flexibiliteit. Flexibiliteit in vorm (arbitrage, mediation, bindend advies, combinaties van bovenstaande etc.), in procedure (bedenktijd, levering van bewijs, gebruik en aanwijzing van derden om het geschil op te lossen etc.) en in mate van bindendheid van de uitkomst. Vaak is de uitkomst van een buitengerechtelijke procedure niet openbaar. In geschillen tussen bedrijven wordt deze flexibiliteit over het algemeen als een voordeel ervaren. Daarbij bouwen zij zelf de benodigde waarborgen in. Het ligt niet voor de hand dat consumenten in staat zullen zijn op gelijke wijze een ADR-proces in te richten. Indien een geschil ontstaat, zijn zij aangewezen op bestaande ADR-mechanismen. Het is dan uiteraard van belang, dat voor de partijen passende procedurele garanties voor handen zijn.

De informatieverschaffing aan de Commissie inzake, onder andere, belangrijke beslissingen, is niet geheel onbetwist. Voor veel bedrijven is de vertrouwelijkheid van een buitengerechtelijke geschillenbeslechting procedure immers een belangrijke reden om een dergelijk instrument te verkiezen boven een gerechtelijke procedure. Een daarin inherent nadeel is echter, dat geen jurisprudentie wordt opgebouwd. Dat de Commissie toch graag in kennis zou worden gesteld van belangrijke beslissingen is in het licht van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid binnen de Unie een belangrijk streven. Partijen kunnen hiertoe echter niet worden verplicht. Een prominente rol bij alternatieve geschillenbeslechting in Nederland wordt onder meer vervuld door de Stichting Geschillencommissies voor consumentenzaken en de Reclame Code Commissie. Deze laatste behandelt klachten over reclame-uitingen die in strijd worden geacht met de Nederlandse Reclame Code, één van de specifieke codes die de Reclame Code Commissie onder haar beheer heeft, of de toepasselijke wettelijke normen, zoals bijvoorbeeld neergelegd in richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PbEG L 290). Daarnaast is door het Ministerie van Justitie is een project opgestart dat mediation in de rechtspraak beoogt te introduceren, om de druk op de rechtspraak te verminderen. In Nederland zijn er nog geen aanbieders van on-line geschillenbeslechting. Wel is het Electronic Commerce Platform Nederland (ECP.NL), gestart met een project om on-line alternatieve geschillenbeslechting mogelijk te maken. Ongetwijfeld zal de onderhavige richtlijn een aansporing zijn om deze en vergelijkbare toekomstige initiatieven te versnellen.

18. Beroep op rechterlijke instanties

Ingevolge artikel 18 van de richtlijn dient er op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorzien te zijn in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen – met inbegrip van voorlopige maatregelen – om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad. Ten aanzien van de in het Burgerlijk Wetboek opgenomen rechten en plichten geldt dat eenieder desgewenst een beroep op de burgerlijke rechter kan doen. Indien een snelle beslissing noodzakelijk is kan met inachtneming van de daarvoor geldende vereisten gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid van een kort-geding procedure. Daarnaast bepaalt artikel 18 lid 2 van de richtlijn inzake elektronische handel dat deze richtlijn wordt

toegevoegd aan de bijlage bij richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PbEG L 166). Deze laatste richtlijn is omgezet bij Wet van 25 april 2000 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (Stb. 178). Als gevolg hiervan kunnen in Nederland onafhankelijke openbare lichamen en consumentenorganisaties in kort geding een verbod vorderen van activiteiten waardoor de collectieve belangen van consumenten worden geschaad. Derhalve vereist artikel 18 lid 2 van de richtlijn geen nadere omzetting.

19. Gedragscodes

De richtlijn bepaalt in artikel 16 lid 1 onder meer dat de lidstaten en de Europese Commissie de opstelling van gedragscodes op communautair niveau zullen stimuleren. Veel van de bestaande, medium-onafhankelijke codes van branche-organisaties, zoals de Federation of European Direct Marketing Associations (FEDMA) en de Direct Marketing and Selling Association (DMSA) zijn mede van toepassing op elektronische handel. Daarnaast werd al voor de totstandkoming van de richtlijn in Nederland gekeken naar de rol die zelfregulering specifiek op het terrein van het elektronisch zakendoen zou kunnen spelen. Dit onderzoek heeft er toe geleid dat door het Electronic Commerce Platform Nederland (ECP.NL) – een samenwerkingsverband van gebruikers, aanbieders, intermediaire organisaties, departementen en onderwijsinstellingen – een Model Gedragscode voor het Elektronisch Zakendoen is opgesteld. Deze gedragscode dient als model voor het bedrijfsleven die hun eigen gedragscodes hierop af kunnen stemmen. De Model Gedragscode is in 1999 in Nederland en in 2000 aan een aantal internationale organisaties (2000) gepresenteerd. De presentatie van de Nederlandse Model Gedragscode heeft binnen de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) geleid tot een uitgebreid onderzoek naar bestaande gedragscodes wereldwijd.

Binnen de Verenigde Naties (UN/CEFACT – United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business) heeft de presentatie van de Nederlandse Model Gedragscode er toe geleid dat in maart 2001 de aanbeveling zal worden gedaan dat gedragscodes een belangrijk instrument zijn voor vertrouwen in e-commerce. In de hierbij gevoegde bijlage zal de Nederlandse Model Gedragscode als «best practice» worden opgenomen.

Tot slot wordt de Nederlandse Model Gedragscode ook meegenomen in de «E-confidence core group» die aan de Europese Commissie aanbevelingen zal doen over onder meer algemene beginselen voor gedragscodes.

20. Gevolgen voor het bedrijfsleven

Het voorstel behelst de implementatie van een EG-richtlijn die gericht is op het verzekeren van een goed werkende interne markt voor diensten van de informatiemaatschappij. Derhalve dient aandacht te worden besteed aan de mogelijke gevolgen van het voorstel voor het desbetreffende deel van het bedrijfsleven. In dit onderdeel zal daaraan, aan de hand van de checklist van de zgn. bedrijfseffectentoets (BET), de nodige aandacht worden besteed.

In de eerste plaats dient onder ogen te worden gezien voor welke categorieën bedrijven het voorstel mogelijk bedrijfseffecten heeft. Het voorstel beoogt onder meer op een aantal punten geharmoniseerde regels te stellen voor de verlening van diensten van de informatiemaatschappij. Alle bedrijven die zich daarmee bezig houden kunnen dus onder de

werking van het voorstel vallen. Aangezien de trend in het bedrijfsleven is de mogelijkheden van dienstverlening langs elektronische weg zoveel mogelijk te verkennen, is het lastig om aan te geven om welke categorieën bedrijven het hier gaat. Vele bedrijven, ook uit de meer traditionele sectoren van de economie, verlenen immers reeds nu (sommige van) hun diensten zowel op de traditionele als op elektronische wijze. Bij dit laatste zal het vrijwel steeds gaan om wat de richtlijn noemt «diensten van de informatiemaatschappij», die derhalve door het onderhavige voorstel worden bestreken. De reikwijdte van het begrip «diensten van de informatiemaatschappij» is uitgewerkt in paragraaf 7 van het algemeen deel van deze toelichting en voorts nog aanvullend in de artikelsgewijze toelichting op artikel 15d van Boek 3. De scheidslijn zal gelet op een en ander niet parallel lopen met enige traditionele onderscheiding in sectoren van de economie waarmee men in dit verband gewoon is te werken.

Wel kan worden vastgesteld dat het bedrijfsleven alleen geraakt zal worden voor zover het diensten van de informatiemaatschappij verleent. Dit betekent dat bepaalde categorieën bedrijven zeker met ten minste een deel van de in het voorstel vervatte bepalingen zullen worden geconfronteerd. Het gaat hier om bedrijven als Internetwinkels, bedrijven die zich bezighouden met commerciële communicatie via het internet, bedrijven die toegang verlenen tot het internet of in het kader daarvan diensten van de informatiemaatschappij verlenen, zogenoemde «zoekmachines» etc.. Voor bedrijven uit de meer traditionele sectoren van de economie daarentegen zal dit alleen het geval zijn voorzover zij ervoor kiezen hun diensten tevens langs elektronische weg te gaan verrichten. Aangezien de effecten van het voorstel zich tot vrijwel de gehele economie zullen kunnen uitstrekken, zoals uit het voorgaande moge blijken, is het eveneens onmogelijk met zekerheid aan te geven hoeveel bedrijven daadwerkelijk met het voorstel zullen worden geconfronteerd.

Uit prognoses van het CBS¹ blijkt dat het aantal bedrijven dat gebruik maakt van elektronische netwerken eind 2001 naar verwachting ruim 70% zal zijn. Het aantal bedrijven dat daadwerkelijk faciliteiten langs elektronische weg aanbiedt zal in 2001 toenemen tot circa 50% van alle bedrijven. Aanboden faciliteiten zijn bijvoorbeeld een website die informatie geeft over het bedrijf of de produkten van het bedrijf, al dan niet inclusief de mogelijkheid om deze produkten elektronisch te bestellen en de betalen, of klantondersteuning. Deze bedrijven moeten een idee hebben van de aan te bieden faciliteiten en tijd en geld besteden aan het ontwerpen en onderhouden van deze faciliteiten. Zes op de tien bedrijven presenteert zich bovendien via een homepage/website. Naar schatting 60% van het totale bedrijfsleven krijgt daarom (potentieel) te maken met eventuele aanpassingen van websites. De wijze waarop deze aanpassingen worden verwerkt is uiteraard bepalend voor de hoogte van de kosten. Het wetsvoorstel laat de ondernemer een ruime marge, aangezien het open normen hanteert. Informatie moet bijvoorbeeld «gemakkelijk» toegankelijk en «duidelijk en ondubbelzinnig» herkenbaar zijn of worden aangeduid. Het is aannemelijk dat ondernemers in het algemeen zullen kiezen voor de minst kostbare aanpassingsvariant.

Wat betreft de voor de betrokken bedrijven meest waarschijnlijke aard en omvang van de kosten van het voorstel valt op te merken dat het in navolging van de richtlijn een aantal informatieplichten oplegt die de transparantie van de desbetreffende activiteiten moeten vergroten. Naast een algemene informatieplicht voor eenieder die diensten van de informatiemaatschappij verricht bevat het tevens bijzondere informatieplichten voor degenen die in het kader van hun dienstverlening commerciële communicatie versturen en voor diegenen die in het kader van hun dienstverlening beogen overeenkomsten langs elektronische weg tot stand te laten komen. Men zie over deze verplichtingen uitgebreid paragraaf 11 van het algemeen deel van deze toelichting, en voorts de artikelsgewijze toelich-

¹ Bron: CBS Automatiseringsenquête.

ting op de artikelen 15d en 15e van Boek 3, alsmede artikel 227b van Boek 6. Het valt te verwachten dat dit slechts geringe kosten voor het bedrijfsleven mee zal brengen. Het gaat immers om basisinformatie omtrent de aanbieder en het commerciële karakter van de informatie, alsmede om informatie die ervoor zorgt dat afnemers op basis van een juiste voorstelling van zaken hun toestemming tot een overeenkomst geven. De te verstrekken informatie is voorts niet van dien aard dat een concurrent er zijn voordeel mee zal kunnen doen. Een zorgvuldig dienstenaanbieder zal deze informatie reeds eigener beweging geheel of nagenoeg geheel verstrekken in verband met zijn welbegrepen eigenbelang, daarin gelegen dat afnemers zonder deze informatie niet snel geneigd zullen zijn zich in enigerlei transactie met de desbetreffende aanbieder te begeven. Bedacht dient voorts te worden dat het in de praktijk veelal om dienstverlening via een website zal gaan, waarbij het dus volstaat om er eenmalig voor te zorgen dat de inrichting van de website aan de hier bedoelde informatieverplichtingen tegemoet komt. Ook is denkbaar dat bepaalde gegevens automatisch bij elke verzending per elektronische post worden meegezonden. Voor mobiele communicatie zal bij de huidige stand van de techniek naar passende oplossingen moeten worden gezocht; men zie hierover in het bijzonder de toelichting op het voorgestelde artikel 3:15d.

Uit onderzoek naar de tarieven die websitedesigners voor genoemde aanpassingen berekenen blijkt dat de tijd die nodig is om de website eenmalig te updaten met de hier bedoelde informatie, tussen de 1 en de 4 uur bedraagt, afhankelijk van aard, omvang en complexiteit van de website. Naast het aantal uren brengen sommige webdesigners daarbij tevens zgn. «accountkosten» in rekening. Uitgaande van een gemiddeld uurtarief van f 175,- en 10% accountkosten kan de eenmalige kostenpost voor aanvulling van web-sites derhalve worden geraamd op een bedrag dat ligt tussen f 192,50 en f 770,- per bedrijf.

De invoering van het voorstel zal daarnaast belangrijke baten voor bedrijven meebrengen. Het voorstel strekt immers tot uitvoering van de Europese richtlijn inzake de elektronische handel, die beoogt een goed werkende interne markt voor de verlening van diensten van de informatiemaatschappij tot stand te brengen. Dat is een voordeel voor het in de informatiemaatschappij opererende bedrijfsleven waarvan de betekenis moeilijk kan worden overschat. Uit de richtlijn vloeit voort dat diensten van de informatiemaatschappij in beginsel nog slechts onderworpen zullen zijn aan de regelgeving van het land waarin de dienstenaanbieder is gevestigd in de zin van de richtlijn. Andere lidstaten mogen de dienstverlening door zulk een aanbieder aan hun inwoners in beginsel niet belemmeren. Voor bedrijven betekent dit dat zij ervan uit kunnen gaan dat hetgeen beantwoordt aan de regelgeving in hun land van vestiging in beginsel voldoende is voor toegang tot de gehele Europese markt voor de verlening van diensten van de informatiemaatschappij. Een en ander is uitgebreid verwoord in paragraaf 8 van het algemeen deel van deze toelichting.

Voorts bevatten de richtlijn en het onderhavige voorstel een aantal bepalingen die de vrijheid van dienstverlening langs elektronische weg bevorderen. Zo wordt bijvoorbeeld verzekerd dat het verrichten van diensten van de informatiemaatschappij niet afhankelijk mag worden gesteld van een voorafgaande vergunning of soortgelijk vereiste, dat het gebruik van commerciële communicatie langs elektronische weg door gereguleerde beroepen onder bepaalde voorwaarden moet worden toegestaan, dat vrijwel alle belemmeringen voor het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg worden opgeheven, dat duidelijkheid wordt geschapen inzake de veelbesproken aansprakelijkheid van dienstverleners die optreden als tussenpersoon, dat geen algemene verplichting op deze tussenpersonen mag worden gelegd om toe te zien op de doorgegeven informatie, dat gedragscodes en buitengerechtelijke geschillenregeling betreffende diensten van de informatiemaatschappij worden bevorderd

en dat lidstaten op een doeltreffende wijze samenwerken op het gebied van de informatieverstrekking inzake de dienstverlening in de informatiemaatschappij. Veel van hetgeen nu nog onzeker is in verband met deze dienstverlening, zal derhalve met de invoering van dit voorstel worden geregeld, hetgeen in verband met de in brede kring gepercipieerde rechts-onzekerheid als belangrijkste belemmering voor de daadwerkelijke ontwikkeling van de elektronische handel een groot voordeel voor het desbetreffende deel van het bedrijfsleven kan worden genoemd.

Met betrekking tot de vraag hoe de kosten en baten van het voorstel zich verhouden tot de draagkracht van het betrokken bedrijfsleven is in het bovenstaande reeds aangegeven dat de kosten van geringe omvang zullen zijn, waartegenover voor het bedrijfsleven grote voordelen staan. Gelet op een en ander bestaat er in het kader van het onderhavige voorstel geen reden tot zorg. De kosten waartoe het voorstel aanleiding zal geven zijn gering en datgene waartoe het voorstel expliciet verplicht zal in grote mate overlappen met wat een zorgvuldig ondernemer reeds nu eigener beweging zal doen op het punt van informatieverstrekking. Voor alle duidelijkheid wordt nog vermeld dat tot de kosten waartoe het voorstel aanleiding geeft, niet de kosten van het opzetten of aanhouden van een website moeten worden gerekend. Het voorstel verplicht bedrijven immers geenszins tot het verlenen van diensten van de informatiemaatschappij. Het bepaalt slechts dat indien de dienstverlener ervoor kiest om dit te doen, de manier waarop hij dat doet aan bepaalde voorwaarden moet voldoen. Voor het geval van zaken doen met behulp van een website betekent dit dat alleen de extra kosten die daarvan het gevolg zijn als kosten van het onderhavige voorstel kunnen worden aangemerkt. Dit wordt geïllustreerd door de vele bedrijven die reeds nu een website hebben. Bij de invoering van het voorstel behoeven zij er slechts voor te zorgen dat die aan de daarin gestelde eisen gaat voldoen. De kosten daarvan zullen in het algemeen gering zijn.

Voorts verdient de aandacht wat de stand van zaken is ten aanzien van de regelgeving op het door het onderhavige voorstel bestreken terrein in die landen die voor het betrokken bedrijfsleven in Nederland als de meest relevante concurrerende landen kunnen worden beschouwd. Als zodanig kunnen in dit verband worden beschouwd de landen van de Europese Unie alsmede de landen die onder de EER vallen. Die zullen uit de aard der zaak op de door het voorstel bestreken punten aan dezelfde regels worden onderworpen. Het onderhavige voorstel gaat ook niet wezenlijk verder dan hetgeen de richtlijn meebrengt of voorschrijft zodat ook uit dien hoofde niet behoeft te worden gevreesd voor een verslechtering van het concurrentievermogen van het betrokken bedrijfsleven in Nederland. Ten aanzien van het Europese bedrijfsleven als geheel kan worden vermeld dat een van de doelstellingen van de door het onderhavige voorstel te implementeren richtlijn is de versterking van de positie van Europese aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij. De dienstverlening in de informatiemaatschappij is immers een in beginsel mondiale aangelegenheid, waarbinnen Europese aanbieders op een wereldwijde markt moeten concurreren.

Tot slot kan worden vermeld dat het voorstel een uitgesproken positieve invloed zal hebben op de marktwerking op het gebied van het commerciële elektronisch rechtsverkeer. Zoals hierboven vermeld bevat het vele bepalingen die de vrijheid van dienstverlening langs elektronische weg bevorderen en bewerkstelligt het een onbelemmerde toegang tot de interne markt voor de verlening van diensten van de informatiemaatschappij, uitgaande van toezicht en controle door uitsluitend het land van vestiging van de dienstverlener.

21. Consultatie en adviezen

Over het voorstel is door verschillende organisaties advies uitgebracht.¹ De opmerkingen van vele daarvan, onder meer de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Registratiekamer, de Stichting Auteursrechtbelangen en het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) hebben mede aanleiding gegeven tot een formulering van de regeling inzake de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden (art. 196c BW) die nauwer aansluit bij de tekst van de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn. Ook de Europese Commissie, waarmee over de implementatie overleg heeft plaatsgevonden, had daarop aangedrongen. Naar aanleiding van dit overleg is ook de regeling inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van intermediaire dienstverleners aangepast. Met de aangepaste formulering is tevens tegemoet gekomen aan opmerkingen die de Registratiekamer heeft gemaakt met betrekking tot het in het geding zijnde grondrecht van vrijheid van meningsuiting. De opmerkingen van de kant van het Openbaar Ministerie hebben geleid tot aanpassingen in de toelichting ter verduidelijking van diverse punten.

Voorts hebben de opmerkingen van vele organisaties, waaronder het Verbond van Nederlandse Ondernemingen-Nederlands Christelijk Werkgeversverbond (VNO-NCW), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) op verschillende punten geleid tot een verduidelijking van de tekst van het voorstel of de toelichting, onder meer ten aanzien van de in het voorstel opgenomen informatieverplichtingen voor dienstverleners. De opmerkingen van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit (OPTA) inzake de verhouding van het voorstel tot bestaande regelingen inzake ongevraagde reclame per elektronische post zijn in het voorstel en de toelichting verwerkt. De Stichting Geschillencommissies Consumentenzaken (SGC) verstreekt informatie inzake de voor dit onderwerp belangrijke mogelijkheid van buitengerechtelijke geschillenbeslechting.

Inmiddels blijkt het internet niet alleen een geschikt medium voor elektronische handel, maar ook bij de voorbereiding van wetgeving en de totstandkoming van maatregelen ter implementatie van EG-regelgeving. Dat is althans de eerste indruk die ontstaat aan de hand van de ervaringen die zijn opgedaan bij de implementatie van de richtlijn inzake elektronische handel.

Vanwege het horizontale karakter en de daaraan inherente complexiteit van de richtlijn werd met ingang van 2 februari 2001, bij wijze van pilot-project, een website «Consultatieproces Elektronische Handel» opgezet, waar belanghebbenden en geïnteresseerden konden reageren op juridische vragen waartoe de implementatie aanleiding gaf (<http://www.minjus.nl/e-commerce>). Daarnaast was het mogelijk om een reactie te geven over de wijze waarop de richtlijn in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd zou moeten worden. De reacties werden op de website geplaatst zodat iedereen ze kon lezen en daarop ook weer kon reageren. De reacties zijn uiteraard betrokken bij de opstelling van dit wetsvoorstel.

In het najaar van 2000 startte het ministerie van Justitie al een soortgelijke elektronische consultatie ter voorbereiding van de implementatie van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij op het adres <http://www.minjus.nl/auteursrecht>. Beide websites, die gedurende het wetgevingsproces operationeel blijven, bevatten algemene informatie over het onderwerp dat zij behandelen, achtergrondinformatie en «links» naar andere relevante websites. Aldus worden het publiek meer transparantie en een nauwere betrokkenheid bij het wetgevingsproces geboden. Tegelijkertijd kan elek-

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

tronische consultatie ook bijdragen aan een vergroting van de kwaliteit van de wetgeving, omdat het debat over de omzetting van de richtlijn in een zo vroeg mogelijk stadium kon worden gevoerd.

De eerste ervaringen met deze elektronische vorm van consultatie zijn bemoedigend. De website inzake auteursrecht heeft inmiddels veel interessante reacties opgeleverd, evenals de website «Consultatieproces Elektronische Handel». Het ligt daarom in het voornemen om in de toekomst in voorkomende gevallen, waarbij met name kan worden gedacht aan wetgeving inzake de informatiemaatschappij, de mogelijkheden tot elektronische consultatie via websites te vergroten. Daarbij past wel de kanttekening dat dergelijke websites niet bedoeld zijn om de reguliere consultatie te vervangen, maar juist ter aanvulling daarvan strekken.

ARTIKELEN

Artikel I

Artikel 1:15

Aangezien twijfel zou kunnen rijzen ten aanzien van de vraag of het criterium van het nieuw voorgestelde artikel 6:227a lid 1, gelet op het bepaalde in lid 3 van datzelfde artikel, toepassing zou kunnen vinden op deze bepaling, wordt daarin uitdrukkelijk bepaald dat woonplaatskeuze bij overeenkomst, die in de praktijk een rol kan spelen in een veelheid van gevallen, tevens langs elektronische weg mogelijk is. Daarbij wordt tevens uitdrukkelijk het eerste lid van het nieuw voorgestelde artikel 227a van Boek 6 van overeenkomstige toepassing verklaard om ervoor te zorgen dat de in de eis van schriftelijkheid gelegen bescherming van de persoon en bevordering van de rechtszekerheid ook worden gewaarborgd indien van de elektronische weg gebruik wordt gemaakt.

Artikelen 2:117 en 227

De artikelen 117 en 227 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepalen dat een aandeelhouder bevoegd is in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde de algemene vergadering bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen. Ook certificaathouders mogen in persoon of bij schriftelijke volmacht de algemene vergadering bijwonen en daarin het woord voeren. In het nieuwe lid 5 wordt de mogelijkheid bij schriftelijke volmacht te verschijnen en te stemmen uitgebreid tot de elektronische volmacht. De wettelijke uitbreiding tot een elektronische volmacht geldt ook als de statuten alleen over een schriftelijke volmacht spreken. Deze mogelijkheid zal de verwerking van stemmen veel efficiënter en goedkoper maken. Bovendien kan het een ingang vormen om aandeelhouders, als zij eenmaal hun e-mailadres hebben gegeven, ook langs elektronische weg de vergaderstukken te doen toekomen, hetgeen ook een belangrijke besparing van kosten oplevert.

Aan de vorm van het verlenen van elektronische volmachten worden geen nadere wettelijke eisen gesteld. Evenals bij schriftelijke volmachten is het aan de voorzitter van de algemene vergadering de rechtsgeldigheid van de volmacht te beoordelen. Voor de goede gang van zaken op de vergadering is het mogelijk om statutair of anderszins (bijvoorbeeld bij oproeping) aanvullende eisen te stellen aan de elektronische volmacht, zoals het gebruik van een elektronische handtekening of andere technische voorzieningen om zeker te stellen dat de tekst van de volmacht niet gewijzigd kan zijn.

Het voorstel past in de maatregelen om ook door middel van het elektronisch rechtsverkeer de aandeelhouders en certificaathouders meer te betrekken bij de besluitvorming in de vennootschap. Het sluit daarmee

aan bij de per 15 december 1999 in werking getreden wet die het voor vennootschappen mogelijk maakt een registratiedatum te bepalen, welke wet proxy solicitation faciliteert en voortvloeit uit een initiatief van financiële instellingen en beursvennootschappen voor de instelling van een Communicatiekanaal Aandeelhouders.

De richtlijn verplicht niet tot deze bepaling. Er is evenwel geen beletsel om deze mogelijkheid reeds thans in de wet op te nemen. De regeling biedt een praktische oplossing voor een in de praktijk van de toepassing van proxy solicitation gerezen beletsel. Beursvennootschappen zouden reeds voor de algemene vergadering van 2002 van de regeling gebruik willen maken. De wet kent uiteraard meer bepalingen met vormvoorschriften van deze strekking. Het is de bedoeling dat in de toekomst ook deze andere wettelijke vormvoorschriften tegen het licht worden gehouden en dat bekeken wordt of ook zij zich lenen voor elektronische vertaling.

Artikel 3:15d

Dit artikel voert artikel 5 van de richtlijn uit en bevat een algemene informatieplicht voor verleners van diensten van de informatiemaatschappij. Deze verplichting vormt met die van de artikelen 6, 7 en 10 van de richtlijn een aanvulling op de overige informatievoorschriften van het gemeenschapsrecht. De algemene informatieplicht in dit artikel geldt voor alle gevallen waarin iemand diensten van de informatiemaatschappij verleent, ongeacht de specifieke activiteit van de dienstverlener en het al of niet totstandkomen van een overeenkomst. De informatieplicht is bedoeld om meer transparantie te bieden over de activiteiten van dienstverleners, in het bijzonder ten behoeve van degenen die gebruik maken van diensten van de informatiemaatschappij.

Het eerste lid van artikel 15d implementeert de informatieverplichting die is opgenomen in artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Daarbij is zoveel mogelijk aangesloten bij de bewoordingen van de richtlijn zelf. De verlener van diensten van de informatiemaatschappij moet de voorgeschreven gegevens gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk maken voor afnemers van de dienst als bedoeld in artikel 2 onder d van de richtlijn. De informatieplicht is vooral bedoeld voor dienstverleners die via een website informatie verschaffen aan afnemers of deze in staat stellen om zelf informatie op het internet te plaatsen. De eerste categorie omvat bijvoorbeeld degenen die zogenoemde «zoekmachines» op het internet aanbieden, maar ook andere verleners van diensten van de informatiemaatschappij, zoals het «on-line» aanbieden van goederen of diensten. De tweede categorie ziet bijvoorbeeld op dienstverleners die aan afnemers de mogelijkheid bieden om informatie op te slaan en voor anderen toegankelijk te maken.

De eis van een gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegang tot gegevens beoogt te garanderen dat deze door iedere gebruiker van de dienst kunnen worden bereikt en geraadpleegd. Aan het vereiste van permanente toegang wordt voldaan als de gegevens voortdurend op een voor afnemers toegankelijke plaats worden aangeboden en zo nodig bijgewerkt, bijvoorbeeld op een website met algemene toegang. Eenmalige informatieverstrekking is in dit verband niet voldoende, bijvoorbeeld omdat dan veelal niet vastgesteld zal kunnen worden aan wie de informatie al dan niet is verstrekt. Voorts komt het uiteraard de transparantie voor gebruikers ten goede als de afnemer de informatie steeds kan raadplegen. Gegevens zijn gemakkelijk en rechtstreeks toegankelijk als de dienst van de informatiemaatschappij deze en hun vindplaats op een voor gebruikers duidelijke en herkenbare wijze presenteert. De dienstverlener mag geen obstakels plaatsen die rechtstreekse toegang verhinderen of de informatieverstrekking minder transparant maken. Ook de afnemer die nog geen of weinig ervaring heeft met het gebruik van diensten van de informatiemaatschappij moet de gegevens kunnen achterhalen. Aan de

eis van het artikel wordt bijvoorbeeld niet voldaan indien de toegang tot gegevens langs opeenvolgende doorverwijzingen wordt geleid, de vereiste gegevens onoverzichtelijk worden gepresenteerd of een tegenprestatie wordt gevraagd voor het toegankelijk maken van de gegevens. De gegevens die krachtens artikel 15d verstrekt moeten worden dienen toegankelijk te zijn op het moment dat iemand van de dienst gebruik maakt. Een bezoeker maakt in beginsel gebruik van een door middel van een website verstrekte dienst op het moment dat hij deze aandoet. In dat geval dienen de vereiste gegevens derhalve toegankelijk te zijn voor alle bezoekers van een website.

Voor het geval van mobiele communicatie kan hieraan nog het volgende worden toegevoegd. Het belang dat de informatieverplichtingen worden nageleefd, bestaat onafhankelijk van de gebruikte technologie, maar de wijze waarop aan criteria als «gemakkelijk toegankelijk» en «duidelijk en ondubbelzinnig herkenbaar» kan worden voldaan, wordt mede door de gebruikte techniek bepaald. Bij het vaststellen van de informatieverplichtingen in de richtlijn lijkt te zijn uitgegaan van het aanbieden van diensten op een internet website, toegankelijk door middel van een personal computer met een vaste aansluiting. Door recente technologische ontwikkelingen is toegang tot het internet inmiddels ook mogelijk via een mobiel netwerk, met behulp van technologie als het «Wireless Application Protocol» (WAP) via GSM of GPRS. Het voldoen aan de informatieverplichtingen vraagt bij de huidige stand van de techniek voor mobiele communicatie om andere oplossingen dan voor communicatie vanaf een vaste aansluiting. De schermgrootte van een mobiel (telefoon)toestel en de mogelijke internettoepassingen die via mobiele technieken kunnen worden gerealiseerd verschillen aanzienlijk van die van een personal computer. Hoewel het laatste woord hier uiteraard aan de rechter is, is het gelet op de daaraan inherente beperkingen derhalve aannemelijk dat wanneer een dienst via WAP en een mobiel telefoontoestel wordt aangeboden, aan de informatieverplichtingen kan worden voldaan door een voldoende duidelijke vermelding van een internetadres en telefoonnummer waar de vereiste gegevens gemakkelijk toegankelijk zijn. Of dat steeds zo zal blijven, valt op dit moment moeilijk te voorzien. Denkbaar is dat nieuwe technologische of andere ontwikkelingen ertoe leiden dat ook in die gevallen aan de informatieverplichtingen gemakkelijk op meer rechtstreekse wijze kan worden voldaan.

Het eerste lid van artikel 15d preciseert de aard van de gegevens die de dienstverlener in de informatiemaatschappij toegankelijk moet maken. Hierbij kan worden onderscheiden. De onder a en b vermelde informatie moet door iedere dienstverlener worden verstrekt. Het gaat hierbij, kort gezegd, om gegevens betreffende de identiteit van de dienstverlener, zijn adres van vestiging alsmede om gegevens die een snel contact evenals effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van het adres waarop hij per elektronische post kan worden bereikt. Onder identiteit wordt in dit verband verstaan de naam van de persoon of het bedrijf dat de dienst van de informatiemaatschappij verleent. Het adres van vestiging van een dienstverlener is het geografische adres waar deze is gevestigd. Gaat het om een bedrijf dat on-line diensten aanbiedt, dan is de plaats van vestiging als hier bedoeld de plaats waar de economische activiteiten worden verricht. Mede gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de vrijheid van vestiging en vrije dienstverrichting zal het daarbij moeten gaan om de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd vanuit een duurzame vestiging. Daarbij is niet bepalend waar zich de technologie ter ondersteuning van de activiteit van de dienstverlener bevindt of waar de site toegankelijk is voor afnemers. Dit blijkt uit artikel 2, onderdeel c van de richtlijn, alwaar aan de definitie van «gevestigde dienstverlener» is toegevoegd dat de aanwezigheid en het gebruik van technische middelen en technologieën die nodig zijn voor het leveren van een dienst, als zodanig geen vestiging

van de dienstverlener opleveren. Indien een dienstverlener verschillende vestigingsplaatsen heeft, is het belangrijk vast te stellen vanuit welke vestigingsplaats de betrokken dienst verleend wordt. Wanneer moeilijk kan worden vastgesteld vanuit welke van de vestigingsplaatsen een bepaalde dienst verleend wordt, moet de plaats waar de dienstverlener voor de betrokken dienst het centrum van zijn activiteiten heeft, als vestigingsplaats worden beschouwd. Beide gevallen vereisen uit de aard der zaak een beoordeling van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Naast de onder a en b genoemde informatie die iedere dienstverlener moet verstrekken, zijn onder c tot en met f informatieverplichtingen opgenomen, die alleen gelden voor bepaalde dienstverleners. Al deze verplichtingen zijn gericht op het bereiken van een grotere mate van transparantie voor afnemers van diensten van de informatiemaatschappij, doordat voor dezen wezenlijke informatie, of informatie met behulp waarvan de afnemer gemakkelijker bij derden nadere navraag zou kunnen doen, moet worden verschaft.

Bijzondere vermelding verdient in dit verband het onder e bepaalde, dat beoefenaren van een gereguleerd beroep verplicht tot het toegankelijk maken van enkele aanvullende gegevens. Het gaat hier om de beroepsvereniging waar betrokkene is ingeschreven, de beroepstitel en de plaats waar die is toegekend en een verwijzing naar de beroepsregels waaraan de dienstverlener in zijn land van vestiging is onderworpen en aanwijzingen hoe deze toegankelijk zijn. Oefent een dienstverlener verschillende gereguleerde beroepen uit, dan is opgave van die gegevens over de gereguleerde beroepen vereist die betrekking hebben op de dienst of aangeboden activiteiten. Zo zal bijvoorbeeld een advocaat die tevens arts is op een website waar hij uitsluitend juridische bijstand aanbiedt tenminste de gegevens dienen te verstrekken betreffende zijn activiteiten als advocaat. Deze informatie verbetert het zicht dat de afnemer heeft op de dienstverlener en diens kwalificaties. Als de dienstverlener een gereguleerd beroep uitoefent ligt het immers voor de hand dat de afnemer bepaalde wezenlijke informatie over de dienstverlener wil hebben, bijvoorbeeld in hoeverre deze zijn beroep bevoegd uitoefent. De vermelding van de beroepsvereniging of -organisatie waarbij de dienstverlener is ingeschreven maakt het gemakkelijker om navraag te doen naar de juistheid van de verstrekte gegevens en met name naar de bevoegdheid van betrokkene.

Als de beroepsvereniging of -organisatie waarbij een dienstverlener is ingeschreven een website onderhoudt, is het voor de dienstverlener aantrekkelijk in zijn eigen diensten een directe link naar deze website op te nemen. Daarmee zal de afnemer doorgaans on-line toegang krijgen tot de gedragscodes waaraan betrokken beroepsgeenoten zich hebben gebonden en de van overheidswege voor de aangeslotenen gestelde regels. Op termijn kan een dienstverlener zo ook direct toegang geven tot via de beroepsvereniging georganiseerde mogelijkheden voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting, al dan niet on-line. De ontwikkeling daarvan is ook een van de doelstellingen van de richtlijn.

De eis om de onder e genoemde aanvullende gegevens toegankelijk te maken geldt alleen voor beoefenaars van gereguleerde beroepen in de zin van artikel 1, onder d, van richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten (PbEG L 19), of artikel 1, onder f, van richtlijn 92/51/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende een tweede algemeen stelsel van erkenning van beroepsopleidingen, ter aanvulling van Richtlijn 89/48/EEG (PbEG L 209). Bij de omzetting van deze richtlijnen in nationale regelgeving zijn (niet-limitatieve) overzichten opgenomen met beroepen waarvoor in Nederland een opleidingstitel of een bekwaamheidsattest nodig is.

Het tweede lid verplicht de dienstverlener tot een duidelijke en ondubbelzinnige aanduiding van prijzen in diensten van de informatiemaatschappij, met de uitdrukkelijke vermelding of, en zo mogelijk welke, belastingen en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn. Gelet op de wereldwijde dimensie van on-line-activiteiten moet ten aanzien van belastingen en afleveringskosten als component van de prijs worden onderscheiden. Gedeeltelijk zal het hierbij immers gaan om gegevens die voor de afnemer van de dienst van belang zijn en waarvan verstrekking redelijkerwijze van de dienstverlener verlangd kan worden. Er zijn hier echter evenzeer gegevens denkbaar, waarop de dienstverlener in de praktijk geen zicht zal hebben en dit ook redelijkerwijs niet van hem kan worden verlangd. Gaat het bijvoorbeeld om BTW-plichtige internetdiensten die vanuit Nederland naar Canada worden geleverd, dan kan wel worden verlangd dat de concrete BTW-kosten worden aangegeven, maar moeilijk ook nog dat bijvoorbeeld in Canada te betalen, al dan niet lokale, belastingen, (milieu-)heffingen, retributies of aanverwante kosten worden opgegeven. Ten aanzien van dit laatste mag de dienstverlener derhalve volstaan met het aangeven dat eventuele andere, in Canada verschuldigde belastingen of kosten niet in de opgegeven prijs zijn verwerkt, waarbij redelijkerwijze van de afnemer mag worden verwacht dat deze zich daarover desgewenst zelf informeert. Aangezien het in de hier bedoelde gevallen veelal om kosten in het land van de woonplaats van de afnemer zal gaan, valt niet te verwachten dat deze regel in de praktijk tot veel moeilijkheden aanleiding zal geven.

Het derde lid van het voorgestelde artikel 15d definieert het begrip «dienst van de informatiemaatschappij». Deze definitie sluit nauw aan bij de definitie die is gegeven in artikel 1 lid 2 van de gewijzigde notificatierichtlijn 98/34/EEG, waarnaar in artikel 2 onder a van de richtlijn elektronische handel wordt verwezen. Op de reikwijdte van het begrip «dienst van de informatiemaatschappij» is in het algemeen gedeelte van deze toelichting (nr. 8) al uitvoerig ingegaan. Hier zij kortheidshalve volstaan met vermelding van het feit dat uit de richtlijn elektronische handel, gelezen in samenhang met de notificatierichtlijn, volgt dat in ieder geval de volgende activiteiten *binnen* het bereik van de richtlijn en mitsdien van artikel 15b komen: alle economische activiteiten die «on-line» plaatsvinden, met inbegrip van de «on-line» verkoop van goederen; diensten waarvoor de afnemers niet betalen, voorzover zij een economische activiteit vormen, zoals diensten die bestaan in het aanbieden van «on-line» informatie of commerciële communicatie, of diensten die instrumenten verschaffen voor het opzoeken en ophalen van en het toegang krijgen tot gegevens; diensten voor het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk, voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk of het toegankelijk maken van informatie die verstrekt is door een afnemer van een dienst; alsmede diensten die van punt tot punt worden doorgegeven (point-to-point-transmissie), zoals video op verzoek of het verspreiden van commerciële communicatie via elektronische post. Daarentegen zijn van het bereik van de richtlijn en derhalve ook van het voorgestelde artikel 15d in het bijzonder uitgesloten: de feitelijke (af)levering van goederen en de verstrekking van «off-line» diensten; televisieomroepactiviteiten in de zin van Richtlijn 89/552/EEG en radio-omroepactiviteiten; spraaktelefonie alsmede fax- en telexdiensten; het gebruik van elektronische post of van gelijkwaardige individuele communicatie door natuurlijke personen voor doeleinden die buiten hun beroepsactiviteiten vallen, met inbegrip van het gebruik van deze communicatiemiddelen voor het sluiten van overeenkomsten tussen deze personen; de contractuele relatie tussen werknemer en werkgever; activiteiten die niet op afstand en langs elektronische weg worden verricht, zoals de wettelijke controle op de jaarrekeningen van ondernemingen of een medisch consult waarbij lijfelijke aanwezigheid van de patiënt vereist is.

In titel 1 afdeling 9A van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is de

informatieplicht geregeld van aanbieders die op afstand een koopovereenkomst of een overeenkomst tot het verrichten van diensten aangaan met consumenten. Onder de overeenkomst op afstand wordt ingevolge artikel 7:46a onder a BW verstaan de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand. Voor zover de diensten van de informatiemaatschappij bestaan uit het aanbieden van producten of diensten aan consumenten, zijn de informatieverplichtingen uit afdeling 1.9A van Boek 7 mede van toepassing.

De artikelen 7:46a en volgende BW beogen te verzekeren dat het gebruik van technieken voor communicatie op afstand niet tot gevolg heeft dat de consument minder goed geïnformeerd wordt. De informatieverplichtingen die uit artikel 5 van de richtlijn voortvloeien en zoals thans zijn voorzien in artikel 15d complementeren deze doelstelling. Sommige informatieverplichtingen die artikel 7:46c BW voorschrijft zijn eveneens in het voorgestelde artikel 15d opgenomen. Het betreft de identiteit en het adres van de aanbieder alsook de aanduiding van prijzen (artikel 7:46c lid 1 BW onder a, c en d).

Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat titel 1 afdeling 9A van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek een ander bereik heeft dan artikel 3:15d BW. Enerzijds is dat ruimer, omdat eerstgenoemde regeling ook van toepassing is op andere overeenkomsten op afstand dan die welke via een dienst van de informatiemaatschappij totstandkomen. Anderzijds is dat beperkter, omdat de werking is beperkt tot het overeenkomstenrecht: de informatieverplichtingen gelden dan ook alleen voor zover aanbieders op afstand een koopovereenkomst betreffende een roerende zaak of een overeenkomst tot het verlenen van diensten aangaan met de consument. De informatieplicht van artikel 15d daarentegen is algemeen van aard: deze bewerkstelligt dat afnemers van diensten van de informatiemaatschappij op elk moment over de voorgeschreven informatie kunnen beschikken. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende typen van dienstverlening van de informatiemaatschappij of tussen gebruikers die consumenten zijn en gebruikers die dat niet zijn.

Naleving van de vereisten van Titel 1 afdeling 9A van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt bewerkstelligd door middel van het civiele recht. Niet nakoming van de informatieverplichting leidt in dit geval tot een verlenging van de duur van het recht op ontbinding van de overeenkomst op afstand, dat de consument – behoudens de in artikel 7:46d lid 4 genoemde uitzonderingen – op grond van artikel 7:46d lid 1 BW heeft. De handhaving van de in het onderhavige artikel, alsmede in artikel 15e opgenomen informatieverplichtingen, vindt in beginsel langs civielrechtelijke weg plaats. In het algemeen deel van deze memorie van toelichting (nr. 6) is uitgebreid uiteengezet hoe de handhaving van het voorstel is opgezet. Verwezen zij voorts naar het voorgestelde artikel 15f lid 3 Burgerlijk Wetboek en het voorgestelde artikel IV, alsmede de artikelsgewijze toelichting op die artikelen.

Artikel 3:15e

Dit artikel implementeert de artikelen 6 en 7 van de richtlijn en beoogt in het belang van de consument en met het oog op de eerlijkheid van de transacties voorschriften te stellen aan commerciële communicatie die deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, of die via elektronische post plaatsvindt. Deze voorschriften doen geen afbreuk aan overige voorschriften betreffende commerciële communicatie, zoals die onder meer zijn opgenomen in de Telecommunicatiewet en in titel 1 afdeling 9A van het Burgerlijk Wetboek inzake het sluiten van overeenkomsten op afstand.

Lid 1 van dit artikel ziet op de herkenbaarheid en duidelijkheid van de commerciële communicatie langs elektronische weg. Iedere commerciële communicatie dient duidelijk als zodanig herkenbaar te zijn om consumenten, degenen die een commerciële-, industriële- of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen en het publiek in het algemeen te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan. Daarom vereist artikel 3:15e lid 1 onderdeel a dat duidelijk weergegeven wordt wanneer er sprake is van commerciële communicatie. Van herkenbaarheid is bijvoorbeeld sprake bij een «banner» (een omkaderde elektronische advertentie, via welke de website van de aanbieder bezocht kan worden door erop te klikken), waarin geen twijfel over de aard van de communicatie wordt gelaten. Er is daarentegen geen sprake van duidelijke herkenbaarheid als de commerciële communicatie verborgen is, zoals in een artikel dat een bepaald product aanprijst (zogenaamde «advertorial»), zonder vermelding dat het betrokken artikel in opdracht van de dienstverlener is geschreven.

Voor de ontvanger van commerciële communicatie is het tevens van belang om transparantie te hebben aangaande de identiteit van de verzender. Hij moet onder meer kunnen achterhalen wie een aanbieding doet en hoe hij het betreffende bedrijf kan bereiken. Daarom is in artikel 3:15e lid 1 onderdeel b het vereiste opgenomen dat de identiteit van de natuurlijke persoon of rechtspersoon in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt aan de ontvanger kenbaar wordt gemaakt. Hieraan kan onder meer worden voldaan door op een internetpagina waar de commerciële communicatie geuit wordt of in elektronische post een duidelijk herkenbare verwijzing naar het internetadres op te nemen, via welke toegang kan worden verkregen tot de gegevens die in artikel 3:15d BW gevraagd worden, bijvoorbeeld door middel van een icoon of logo met een «hyperlink». Zodoende worden voor de ontvanger van commerciële communicatie dezelfde waarborgen bereikt als voor de afnemer van een dienst van de informatiemaatschappij. Om aan de informatieverplichting te voldoen is overigens niet nodig dat degene voor wiens rekening de commerciële communicatie geplaatst is, in een «banner» zelf wordt genoemd. Evenmin is het noodzakelijk dat de gegevens die identificatie van hem mogelijk maken in elektronische post worden opgenomen, mits duidelijk en herkenbaar verwezen wordt naar een locatie waar de gegevens wel toegankelijk zijn.

In artikel 3:15e lid 1 onderdeel c is de verplichting opgenomen dat bij verkoopbevorderende aanbiedingen, wedstrijden of spelen tevens een duidelijke en ondubbelzinnige vermelding van de aard en de voorwaarden van de aanbieding of de deelneming plaatsvindt. Zo moeten de deelnemingsvoorwaarden op een voor ieder herkenbare wijze worden gepresenteerd. Bovendien moeten de voorwaarden die aan de afnemer worden gesteld, gemakkelijk te vervullen zijn. Door middel van goede informatievoorziening dienaangaande moeten misverstanden bij deelname aan genoemde aanbiedingen en spelen voorkomen worden. Ten aanzien van mobiele toepassingen geldt ook hier het ten aanzien van de informatieverplichtingen van het voorgestelde artikel 3:15d opgemerkte.

De in artikel 3:15e vervatte informatieverplichtingen sluiten de toepasselijkheid van andere wetgeving op verkoopbevorderende mededelingen via elektronische weg overigens niet uit. Zo blijft de Mededingingswet onverkort van toepassing, hetgeen gevolgen kan hebben in gevallen waarin een ondernemer een economische machtspositie misbruikt door het aanbieden van kortingen, premies en geschenken. Hetzelfde geldt voor de Wet op de kansspelen, die het bijvoorbeeld verbiedt om zonder vergunning vooraf gelegenheid te geven tot het meedingen naar prijzen, voor zover de winnaars geselecteerd worden door kansbepaling waarop deelnemers geen overwegende invloed kunnen uitoefenen. Voor de volledigheid dient hier te worden opgemerkt dat in het kabinetsstandpunt inzake het rapport «Nieuwe ronde, nieuwe kansen» van de MDW-werkgroep Wet

op de kansspelen, 2000 (Kamerstukken II 2000/01, 24 036, nr. 180) een aantal beleidswijzigingen wordt voorgesteld die ook betrekking hebben op het aanbieden van kansspelen via Internet. Hieronder vallen onder meer het opheffen van het verbod op gratis kansspelen, de intensivering en vernieuwing van het toezicht op vergunninghouders en het intensiveren van handhaving en opsporing. Tenslotte dient te worden gewezen op artikel 6:194 BW, op grond waarvan het verboden is om in de uitoefening van een beroep of bedrijf onrechtmatig een mededeling openbaar te maken die misleidend is.

Menig ontvanger ondervindt hinder van ongevraagde commerciële communicatie via e-mail. Naast ongemak kan het downloaden en openen van dergelijke boodschappen ook extra kosten voor de ontvanger meebrengen doordat hij langer on-line is. Commerciële communicatie dient daarom duidelijk als zodanig te kunnen worden geïdentificeerd, teneinde de transparantie te verbeteren en de realisatie van initiatieven van de bedrijfstak om goede filters aan te brengen te vergemakkelijken. Om dit te bewerkstelligen is in artikel 3:15e lid 1 onderdeel d voorgescreven dat ongevraagde commerciële communicatie direct bij ontvangst herkenbaar moet zijn. De ontvanger kan dan vervolgens zelf beslissen of hij kennis wil nemen van de inhoud of niet. De verzender dient daartoe duidelijk en ondubbelzinnig de commerciële aard van de communicatie aan te duiden op een zodanige wijze dat de ontvanger het bericht niet daadwerkelijk behoeft te openen om daarvan op de hoogte te raken. Aan deze verplichting kan in het geval van commerciële communicatie per elektronische post bijvoorbeeld worden voldaan door in het titelveld van een e-mail een tekst op te nemen waaruit duidelijk blijkt dat het een commerciële boodschap bevat.

De in artikel 3:15e lid 2 verankerde verplichting beoogt de ontvanger van ongevraagde commerciële communicatie een bescherming te bieden die gelijkwaardig is aan die van de ontvanger van commerciële communicatie in de fysieke wereld. Daarom worden dienstverleners van de informatiemaatschappij in wiens opdracht ongevraagde commerciële communicatie per elektronische post wordt verstuurd, verplicht om de nodige maatregelen te nemen opdat degene die zich heeft ingeschreven in een daartoe bestemd register geen commerciële communicatie ontvangt. Deze verplichting is een vertaling van het zogenaamde «opt-out» principe, volgens welke het is toegestaan om ongevraagde commerciële communicatie te versturen, tenzij ontvangers aangeven daar niet van gediend te zijn.

Zoals reeds aangegeven in paragraaf 12 van deze memorie van toelichting, is het vraagstuk van het al of niet benodigd zijn van instemming vooraf van ontvangers van sommige soorten van ongevraagde commerciële communicatie reeds eerder aan de orde geweest in de richtlijnen 97/7/EG inzake overeenkomsten op afstand (PbEG L 144) en 97/66/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (PbEG L 24). Dit heeft onder meer geleid tot een regeling daaromtrent in artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet en artikel 7:46h van het Burgerlijk Wetboek. Indien gebruik wordt gemaakt van automatische oproepen zonder menselijke tussenkomst voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden geldt ingevolge lid 1 van beide artikelen een «opt-in» systeem, zodat het gebruik van dergelijke oproepen uitsluitend is toegestaan als de te benaderen persoon vooraf toestemming heeft verleend. Voor de overige gevallen bevatten artikel 11.7 lid 2 Telecommunicatiewet en artikel 7:46h lid 2 Burgerlijk Wetboek beide een «opt-out» regeling. Het versturen van e-mail wordt in Nederland op dit moment niet gelijkgesteld met een automatisch oproepapparaat zonder menselijke tussenkomst, zodat de «opt-out» regeling in beide artikelen van toepassing is op communicatie via e-mail. Het instellen van «opt-out» registers vindt in Nederland overigens plaats door middel van zelfregulering. Zo heeft de Nederlandse Associatie

voor Direct Marketing, Distance Selling en Sales Promotion sinds enige tijd een «opt-out» register voor e-mail ingesteld.

De genoemde artikelen 11.7 van de Telecommunicatiewet en 7:46h Burgerlijk Wetboek zullen wellicht moeten worden aangepast na afronding van de herziening van richtlijn 97/66/EG. Daarbij kan worden gezien of het bestaande opt-out systeem voor e-mail moet worden aangepast, dan wel vervangen door een opt-in systeem voor ongevraagde commerciële communicatie via elektronische post en SMS.

Artikel 3:15e lid 3 definieert in navolging van artikel 2, onder g, van de richtlijn het begrip «commerciële communicatie». In de formulering wordt nauw aangesloten bij de tekst van de richtlijn. Dit begrip omvat elke vorm van aanprijzing in het kader van het uitoefenen van een commerciële activiteit. Uitgezonderd zijn in dit verband slechts de vermelding van gegevens die directe toegang geven tot de website van degene ten behoeve van wie de commerciële communicatie is geuit en diens e-mail adres. Evenmin vallen onder commerciële communicatie mededelingen over goederen, diensten of het imago van een ander die onafhankelijk van deze, en in het bijzonder zonder financiële tegenprestatie, zijn samengesteld. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan recensies over een product van een derde. Gelet op de strekking van de bepaling ligt het voor de hand het woord «financiële» niet letterlijk te nemen en dit aldus te begrijpen dat daaronder mede valt iedere andere tegenprestatie met een relevante waarde in het economisch verkeer.

Artikel 3:15f

Artikel 3:15f van het Burgerlijk Wetboek geeft mede uitvoering aan artikel 19 van de richtlijn. Het tweede en derde lid van artikel 19 verplichten de lidstaten tot samenwerking met andere lidstaten en de Europese Commissie bij de uitvoering van deze richtlijn. Zij moeten daartoe de gegevens van hun nationale contactpunten aan de andere lidstaten en de Commissie mededelen en gevraagde informatie en bijstand zo spoedig mogelijk verstrekken, respectievelijk verlenen. Deze bepalingen behoeven geen implementatie in de Nederlandse wetgeving. Voor de hier bedoelde contacten zullen een of meer contactpersonen binnen de rijksoverheid worden aangewezen.

Artikel 19 lid 4 van de richtlijn verplicht de lidstaten om contactpunten in te richten tot welke dienstverleners en afnemers van diensten van de informatiemaatschappij zich, ten minste langs elektronische weg, kunnen richten om algemene informatie te verkrijgen over hun contractuele rechten en plichten, informatie over klachtenprocedures en rechtsmiddelen in geval van een geschil, alsmede de gegevens van de autoriteiten, organisaties of verenigingen waar men nadere informatie of praktische bijstand kan krijgen. Artikel 3:15f lid 1 van het Burgerlijk Wetboek geeft hieraan uitvoering door te bepalen dat de betrokken informatie kan worden verkregen bij een door de Minister van Justitie in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken aan te wijzen rechtspersoon. Het ligt in de bedoeling om de Stichting Electronic Commerce Platform Nederland (ECP.NL) als zodanig aan te wijzen. De Stichting ECP.NL is begin 1998 mede op initiatief van de Minister van Economische Zaken opgericht, met als voornaamste doel de invoering van de elektronische handel in Nederland te bespoedigen. De Stichting ECP.NL heeft een voortdurend groeiend aantal betalende leden – thans ongeveer 175 – waaronder bedrijven, intermediaire organisaties, kennisinstellingen en overheden. Zij is in korte tijd uitgroeid tot een belangrijk kennis- en expertisecentrum op het gebied van de elektronische handel en heeft als belangrijke aandachtsgebieden voorlichting, (consumenten)vertrouwen, standaardisatie en onderwijs, alsmede participatie in verschillende nationale en internationale projecten op dit gebied. Doelstelling en activiteiten

van deze organisatie sluiten derhalve goed aan bij de hier bedoelde taken en de Stichting ECP.NL wordt ook door een groot deel van de doelgroep gezien als een laagdrempelig contactpunt, dat in ruime mate beschikt over kennis van de richtlijn en daaraan gerelateerde onderwerpen. De onderdelen a en b van artikel 3:15f, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek zijn nagenoeg letterlijk overgenomen uit artikel 19 lid 4 onderdelen a en b van de richtlijn.

Artikel 3:15f lid 2 bepaalt verder dat de in lid 1 als contactpunt in de zin van artikel 19 lid 4 van de richtlijn aan te wijzen rechtspersoon dient samen te werken met overeenkomstige organisaties in andere lidstaten van de Europese Unie en de EER. Het betreft hier mede een nuttig geachte uitwerking van artikel 19 lid 2 van de richtlijn, hoewel, zoals hierboven aangegeven, deze bepaling primair betrekking heeft op hetgeen de overheid zelf aan contacten met andere lidstaten en de Commissie zal moeten onderhouden in het kader van de uitvoering van de richtlijn.

Artikel 3:15f lid 3 – voor de achtergronden waarvan op deze plaats wordt verwezen naar het algemeen deel van deze memorie van toelichting (nr. 6) – verplicht in Nederland gevestigde dienstverleners allereerst om een aan te wijzen rechtspersoon alle gevraagde informatie te verstrekken die betrekking heeft op de naleving van de artikelen 15d en 15e lid 1, in het bijzonder de algemene informatieplichten van artikel 3:15d en de informatieverplichtingen in geval van commerciële communicatie van artikel 3:15e. Daarmee wordt deze rechtspersoon in staat gesteld op behoorlijke wijze de naleving van de op dienstverleners ingevolge de artikelen 5 en 6 van de richtlijn rustende informatieverplichtingen te kunnen beoordelen. Het valt overigens te verwachten dat de rechtspersoon in de praktijk vooral zal optreden naar aanleiding van binnengekomen klachten inzake de wijze waarop dienstverleners de hier bedoelde bepalingen naleven. Uiteraard moet de rechtspersoon zonodig ook de mogelijkheid hebben om in rechte op te treden, in verband waarmee deze in de tweede volzin van lid 3 de bevoegdheid wordt gegeven om een vordering tot naleving van de artikelen 3:15d en 3:15e lid 1 in te stellen. Daartoe is aansluiting gezocht bij de bevoegdheid van verenigingen en stichtingen om in rechte op te treden, zoals bedoeld in artikel 3:305a leden 2 tot en met 5 van het Burgerlijk Wetboek. Dit betekent onder meer dat de rechtspersoon getracht moet hebben de dienstverlener waar mogelijk door overleg te bewegen tot naleving van de artikelen 15d en 15e lid 1, alsmede dat een door de rechtspersoon in te stellen rechtsvordering niet kan strekken tot schadevergoeding. In Nederland is het toezicht op de naleving van opt-out regimes voor ongevraagde commerciële communicatie gewaarborgd door zelfregulering. Toezicht op de naleving van artikel 15e lid 2 valt daarom niet onder het toezicht als bedoeld in artikel 15f lid 3. Met het oog op het instellen van een mogelijk opt-in regime voor bepaalde vormen van elektronische post, waarover wordt onderhandeld in het kader van de herziening van de richtlijn betreffende de verwerking van persoonsgegevens in de telecommunicatiesector, zal in de toekomst nader vastgesteld moeten worden hoe het toezicht op de naleving hiervan zal worden geregeld.

Voor de hier bedoelde taak zal een zelfstandige rechtspersoon worden opgericht. Het is niet wenselijk ook deze taken te doen verrichten door de Stichting ECP.NL, in het bijzonder omdat optreden in het kader van de handhaving zich moeilijk zou laten verenigen met de positie van de Stichting ECP.NL als organisatie met tot het relevante deel van het bedrijfsleven behorende leden. Hoewel het ook hier de bedoeling is zoveel mogelijk met behulp van zelfreguleringsmechanismen tot een oplossing te komen, vergen de hier bedoelde taken een onafhankelijke positie, zowel in financiële als in organisatorische zin. De op te richten rechtspersoon zal dan

ook een zelfstandige en onafhankelijke entiteit met volledige rechtsbevoegdheid moeten zijn. Het ligt in de bedoeling de opzet van de rechtspersoon vorm te geven in overleg met en met participatie van een representatieve groep maatschappelijk en economisch belanghebbende organisaties, waarbij tevens zal worden bezien of het wenselijk is dat van de zijde van de overheid in de rechtspersoon zal worden geparticipeerd. Wel zal uit praktische overwegingen worden bezien in hoeverre de rechtspersoon bij ECP.NL zal kunnen worden gehuisvest, alsmede tegen betaling van de voorzieningen van ECP.NL gebruik zal kunnen maken, op een zodanige wijze dat de onafhankelijkheid van de rechtspersoon daardoor niet in het geding komt.

Artikel 3:258

De richtlijn verplicht de lidstaten het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg mogelijk te maken. Onder daaraan in de weg staande belemmeringen kunnen mede vallen regelingen waarin weliswaar het sluiten van de overeenkomst (zelf) niet aan de schriftelijke vorm is gebonden, maar een aanvullende eis wordt gesteld die in de praktijk uitsluitend, of wezenlijk gemakkelijker, kan worden vervuld indien de overeenkomst in schriftelijke vorm tot stand komt. De in het tweede lid van het artikel verwoorde eis dat van de toestemming van de pandhouder uit een schriftelijke verklaring moet blijken, is met name ingegeven door de wens de pandhouder te beschermen tegen het overijld uit handen geven van diens zekerheidsrecht en de betrokken partijen duidelijkheid te verschaffen omtrent hetgeen rechtens nodig is om het pandrecht door overeenkomst te laten eindigen. Door de in het voorgestelde artikel 227a lid 1 genoemde vereisten van overeenkomstige toepassing te verklaren, wordt een gelijkwaardige bescherming en duidelijkheid geboden voor gevallen waarin van de toestemming van de pandhouder uit een elektronische verklaring blijkt.

Artikel 6:196c

1. Driemaal vrijwaring van aansprakelijkheid

Aan Titel 4A van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wordt een nieuw artikel 196c toegevoegd. Het nieuwe artikel bevat een inperking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van degene die een in artikel 15d lid 3 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek gedefinieerde dienst van de informatiemaatschappij levert die daarenboven bestaat uit:

1. het doorgeven van informatie waaronder eveneens het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk wordt begrepen («mere conduit»);
2. het tijdelijk opslaan van informatie om de latere doorgifte daarvan aan anderen die daarom verzoeken doeltreffender te maken («caching»); of
3. het opslaan van informatie («hosting»).

In het eerste lid is een op artikel 12 van de richtlijn gebaseerde vrijwaring van aansprakelijkheid voor «mere conduit» neergelegd. Het tweede lid bereidt die vrijwaring uit tot de tijdelijke opslag van informatie mits die opslag uitsluitend geschiedt ten behoeve van het later doorgeven van die informatie en de duur van de opslag niet langer is dan daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk. Het verschil met «caching» is dat de informatie niet ter fine van anderen wordt opgeslagen die om die informatie verzoeken. In het derde lid is een op artikel 13 van de richtlijn gebaseerde vrijwaring van aansprakelijkheid voor «caching» neergelegd. In het vierde lid is een op artikel 14 van de richtlijn neergelegde vrijwaring van aansprakelijkheid voor «hosting» neergelegd. De betrokkenheid van dienstverleners neemt bij de onderscheiden activiteiten gradueel toe.

De vrijwaringen van het eerste en het vierde lid beschermen dienstverle-

ners bij het verrichten van «mere conduit» respectievelijk «hosting» tegen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van het onrechtmatige karakter van van een ander afkomstige informatie (met inbegrip van hyperlinks of interactieve verwijzingen). De vrijwaring van het derde lid beschermt de dienstverlener bij het verrichten van «caching» tegen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van het tijdelijk opslaan van informatie om de latere doorgifte daarvan doeltreffender te maken als zodanig. De dienstverleners die vallen binnen de reikwijdte van het eerste en het vierde lid zijn gevrijwaard van aansprakelijkheid ten opzichte van degene die ten gevolge van de onrechtmatige informatie schade heeft geleden. De dienstverlener die valt binnen de reikwijdte van het derde lid is gevrijwaard van aansprakelijkheid ten opzichte van de inhoud van de informatie verantwoordelijk informationprovider.

Wanneer een intermediaire dienstverlener geen aanspraak kan maken op een vrijwaring van aansprakelijkheid, moet de vraag of, en zo ja in hoeverre, hij in dat geval aansprakelijk kan worden gesteld, worden beantwoord aan de hand van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad. Een antwoord op die vraag valt niet in het algemeen, los van de omstandigheden van het concreet voorliggende feitencomplex, te geven. In het vijfde lid, ten slotte, wordt uiteengezet dat de mogelijkheid onverlet wordt gelaten een rechterlijk verbod of bevel ten aanzien van de (potentieel) schadetoebrengende informatie te verkrijgen.

2. Mere conduit

Het eerste lid van artikel 6:196c BW vrijwaart degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht bestaande uit het doorgeven van van een ander afkomstige informatie of het verlenen van toegang tot een communicatienetwerk voor aansprakelijkheid voor schade die een gevolg is van het onrechtmatige karakter van de doorgegeven informatie. Op grond van het tweede lid van artikel 6:196c BW wordt onder «het doorgeven van informatie of het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk» in dit verband ook begrepen het automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaan van informatie, wanneer dat geschiedt met als enige doel de doorgifte van die gegevens te vergemakkelijken en niet langer duurt dan daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk is. In de nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» werd er al op gewezen dat transport in een digitale omgeving behalve een element van transmissie ook altijd een element van opslag herbergt (Kamerstukken II, 1997/98, 25 880, nrs. 1–2). Het verschil met «caching» is dat de informatie niet ter fine van anderen wordt opgeslagen die om die informatie verzoeken.

De dienstverlener die optreedt als «mere conduit» is niet aansprakelijk voor de doorgegeven informatie indien aan de volgende drie feitelijke voorwaarden is voldaan:

1. het initiatief tot de doorgifte ligt niet bij de dienstverlener,
2. de ontvanger van de doorgegeven informatie wordt niet door de dienstverlener geselecteerd; en
3. de doorgegeven informatie wordt niet door de dienstverlener geselecteerd of gewijzigd. Deze eis heeft geen betrekking op technische handelingen die tijdens de doorgifte plaatsvinden aangezien de integriteit van de doorgegeven informatie daardoor niet wordt aangetast (vgl. preambule 43).

De activiteit van de dienstverlener moet beperkt blijven tot het technische proces van werking. De activiteit van de onderhavige dienstverlener heeft met andere woorden een louter technisch, automatisch en passief karakter. Daarom heeft hij doorgaans geen kennis van de doorgegeven informatie. Maar zelfs als hij die kennis anderszins heeft verkregen, bijvoorbeeld omdat hij daarop een derde is geattendeerd, kan hij niet aansprakelijk worden gesteld, mits hij zich houdt aan de drie voornoemde

voorwaarden. Overigens bevreemdt dat in zoverre niet dat bij gegeven kennis doorgaans de beschikkingsmacht ontbreekt om daartegen op proportionele wijze op te treden. De Radikall-zaak vormt daarvan een goede illustratie. In die zaak probeerden de verenigde Duitse accessproviders («mere conduit») het bij een Nederlandse serviceprovider («host») opgeslagen, links-extremistische tijdschrift Radikall te blokkeren. Dat bleek niet anders mogelijk dan door het hele domein van de Nederlandse provider te blokkeren. Daardoor was vanaf dat domein in het geheel geen berichtenverkeer meer mogelijk van en naar Duitsland.

De niet-aansprakelijkheid is niet onbegrensd. Wanneer de onderhavige dienstverlener «met opzet met een van zijn afnemers van de dienst samenwerkt om onwettige handelingen te verrichten», kan hij zich natuurlijk niet meer op de vrijstelling van aansprakelijkheid beroepen. Hij gaat verder dan «mere conduit» en kan zich dientengevolge niet langer beroepen op de vrijwaring van aansprakelijkheid. Het antwoord op de vraag of, en zo ja in hoeverre, hij daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld moet worden beantwoord aan de hand van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad.

3. Caching

In het derde lid is een op artikel 13 van de richtlijn gebaseerde vrijwaring van aansprakelijkheid voor «caching» neergelegd. Op grond van artikel 13 van de richtlijn moet de intermediaire dienstverlener die informatie automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaat om de latere doorgifte daarvan aan anderen op hun verzoek doeltreffender te maken, een aantal voorwaarden in acht nemen om van aansprakelijkheid te worden gevrijwaard. Uit het artikel in het algemeen en de voorwaarden in het bijzonder blijkt dat de dienstverlener wordt gevrijwaard van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaan van informatie als zodanig. Het gaat om een vrijwaring ten opzichte van de information-provider. Dat is degene die voor de inhoud van de aangeboden informatie verantwoordelijk is. Het gaat dus niet, zoals bij de hierboven behandelde vrijwaring voor aansprakelijkheid bij «mere conduit» en de hieronder behandelde vrijwaring voor aansprakelijkheid bij «hosting», om een vrijwaring ten opzichte van degene die schade heeft geleden ten gevolge van de informatieaanbod van de information-provider.

Om voor de vrijwaring van aansprakelijkheid in aanmerking te komen moeten vijf voorwaarden in acht worden genomen. In de eerste plaats mag de dienstverlener de tijdelijk opgeslagen informatie niet wijzigen. In de tweede plaats moet de dienstverlener de toegangsvoorwaarden van de informatie in acht nemen. De voor de inhoud van de informatie verantwoordelijke information-provider kan de informatie die hij via het Internet ontsluit «labelen». Hij kan de informatie in de zogenaamde «headerinformation» zodanig labelen dat de dienstverlener weet dat er in het geheel geen kopie van het origineel mag worden aangehouden. In de derde plaats moet de dienstverlener de alom erkende en in de bedrijfstak gangbare regels betreffende de bijwerking van informatie naleven. Door condities te stellen voor de toegang tot de door hem verschaft informatie kan degene die daarvoor verantwoordelijk is bijvoorbeeld voorkomen dat bij een overeenkomst op achterhaalde condities tot stand komt. Zo kan de information-provider op het label tot uitdrukking brengen dat de informatie niet mag worden doorgegeven voordat deze eerst bij de bron op juistheid is geverifieerd. Dergelijke instructies dient de dienstverlener die «caching» activiteiten verricht, na te leven, wil hij kunnen vertrouwen op de werking van artikel 6:196c lid 3 BW. In de vierde plaats mag de dienstverlener het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatige gebruik van technologie voor het verkrijgen van informatie over het gebruik van de informatie, de zogenaamde tellers, niet wijzigen. Op de webpage van een

informationprovider kunnen vaak advertenties worden aangeklikt. De informationprovider krijgt daarvoor vaak een vergoeding die mede kan zijn gebaseerd op het aantal keren dat wordt doorgeklikt. Het doorklikken van en naar een kopie dient daarbij te worden meegewogen. De dienstverlener mag de technologie die daarvoor wordt ingezet niet wijzigen. In de vijfde plaats, tenslotte, moet de dienstverlener tijdelijk opgeslagen informatie prompt verwijderen, wanneer hij er kennis van heeft gekregen dat de informatie op de plaats van oorsprong werd verwijderd of de toegang daartoe anderszins onmogelijk werd gemaakt. Dat geldt natuurlijk ook, wanneer hij er kennis van heeft gekregen dat een bevoegde autoriteit heeft bevolen de informatie op de plaats van oorsprong te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

Mocht er een overeenkomst tot stand zijn gekomen op grond van achterhaalde condities, omdat de dienstverlener de informatie niet of niet tijdig had geschoond uit zijn zogenoemde «proxi-cache»-geheugen, dan zal aan de hand van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad moeten worden beoordeeld of, en zo ja in hoeverre, hij daarvoor daadwerkelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

4. Hosting

In het vierde lid is een op artikel 14 van de richtlijn neergelegde vrijwaring van aansprakelijkheid voor «hosting» neergelegd. Bij «mere conduit» en «caching» is de activiteit van de dienstverlener beperkt tot het technische proces van werking. Dat impliceert dat hij noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen. Bij «hosting» ligt het wat de kennis en controle betreft iets genuanceerder. Voorop gesteld zij dat de dienstverlener van een ander afkomstige informatie opslaat zich daarmee verder op geen enkele wijze mag inlaten. Indien de afnemer van de dienst onder zijn «gezag of toezicht» zou handelen, dan is de dienstverlener geen intermediaire dienstverlener meer in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW en verspeelt hij mitsdien zijn aanspraak op de vrijwaring van aansprakelijkheid.

Om voor de vrijwaring van aansprakelijkheid in aanmerking te komen, mag de dienstverlener in de eerste plaats niet weten dat de van een ander afkomstige informatie een onrechtmatige karakter heeft. In het kader van een civielrechtelijke schadevergoedingsactie mogen hem evenmin feiten of omstandigheden bekend zijn op grond waarvan hij dat redelijkerwijs behoort te weten. In de tweede plaats is hij niet aansprakelijk wanneer hij prompt de informatie verwijdert of ontoegankelijk maakt nadat hij van het onrechtmatige karakter daarvan op de hoogte is geraakt.

Het valt doorgaans niet eenduidig te bepalen of een dienstverlener die de van een ander afkomstige informatie opslaat, weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatige karakter heeft. Hij weet het, wanneer hij daarop wordt geattendeerd. Overeenkomstig vaste jurisprudentie is de enkele kennisgeving van een derde evenwel niet genoeg. Aan de juistheid van de kennisgeving behoort verder in redelijkheid niet te kunnen worden getwijfeld (zie o.m. Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, Computerrecht 1999, p. 200–205). Aan de juistheid van de kennisgeving zal niet worden getwijfeld, wanneer de kennisgeving afkomstig blijkt van (een derde met een machtiging van) een rechter. Er zal evenmin reden tot twijfel zijn, wanneer de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is. De vraag rijst of de onderhavige dienstverlener niet een zekere onderzoeksplicht heeft ten aanzien van de schijfruimte die hij ter beschikking stelt. In het algemeen is de dienstverlener niet gehouden tot bepaalde vormen van controle vooraf op de bij hem opgeslagen informatie (vergelijk ook artikel 15 lid 1 van de richtlijn). Een zekere onderzoeksplicht kan wel bestaan in bijzondere gevallen, waarin de dienstverlener gegronde reden heeft te twijfelen aan de rechtmatigheid van de bij hem opgeslagen infor-

matie in verband met de gerechtvaardigde belangen van derden (vergelijk preambule 48).

In het kader van een schadevergoedingsvordering zullen onder meer de navolgende, aanvullende omstandigheden van het geval in die belangenafweging kunnen of moeten worden betrokken. Niet onbelangrijk lijkt de manier waarop de dienstverlener zich presenteert. Wanneer de dienstverlener aangeeft dat hij een dienstenpakket aanbiedt dat gespeend is van bepaalde onrechtmatige informatie, zodanig dat daardoor een zekere garantie wordt geboden, dan kan hij op het desondanks opslaan van die informatie vermoedelijk eerder worden aangesproken. Dat geldt zeker, wanneer het een professionele dienstenaanbieder betreft die daarvoor kosten in rekening brengt. Verder heeft ook het soort dienst waarmee de onrechtmatige informatie wordt ontsloten invloed op de uitkomst. Het is niet uitgesloten te achten dat de dienstverlener die bijvoorbeeld nieuws- en discussiegroepen aanbiedt met niets verhullende namen extra zorg moet betrachten.

De dienstverlener die van een ander afkomstige informatie opslaat, is doorgaans in staat adequaat op te treden tegen de bij hem opgeslagen informatie. Vanuit de praktijk wordt er wel op gewezen dat de dienstverlener alsdan uit twee kwaden dreigt te moeten kiezen. De dienstverlener die de informatie niet ontoegankelijk maakt, riskeert aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. De dienstverlener die de informatie wel ontoegankelijk maakt, riskeert een vordering van de afnemer van zijn dienst wegens wanprestatie. De dienstverlener moet inderdaad het belang van (potentieel) door de onrechtmatige informatie gelaedeerden enerzijds en het belang van afnemers van die informatie, doorgaans zijn contractuele wederpartijen, en in het verlengde daarvan het belang van de informatievrijheid en het voorkomen van onwenselijke vormen van inhoudscontrole vooraf anderzijds tegen elkaar afwegen. Voor onoverkomelijke problemen behoeft echter niet te worden gevreesd. Het belang van de vrije uitwisseling van informatie in de maatschappij en de steeds belangrijker rol die de elektronische snelweg daarin speelt, brengen namelijk mee dat van een dienstverlener in beginsel slechts zal kunnen worden gevergd dat hij de informatie verwijderd of ontoegankelijk maakt, indien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het onrechtmatig karakter daarvan.

Er bestaan drie meldpunten – kinderporno, discriminatie en overige illegale informatie – die voorzien in procedures om illegale informatie van het Internet te verwijderen. In het veld wordt momenteel in aanvulling daarop door betrokken partijen gesproken over de verdere ontwikkeling van snelle en betrouwbare procedures om schade toebrengende informatie te verwijderen. De individuele dienstverleners zouden contactpunten kunnen inrichten waar meldingen over vermeende schade toebrengende informatie en verzoeken die informatie ontoegankelijk te maken naartoe kunnen worden gestuurd. Aan die meldingen en verzoeken zouden natuurlijk bepaalde eisen kunnen worden gesteld. Optreden wordt in beginsel eerst gevergd, wanneer aan de juistheid van de kennisgevingen in redelijkheid niet getwijfeld behoeft te worden. Verder zou de dienstverlener in beginsel een redelijke termijn moeten worden gegund om met de informationprovider in contact te treden en tegen de informatie op te treden. Degene die om ontoegankelijkmaking verzoekt kan met de dienstverlener afspreken dat hij hem vrijwaart tegen een eventuele claim van de informationprovider.

5. Rechterlijk verbod of bevel

De drie behandelde vrijstellingen van aansprakelijkheid laten onverlet dat de tussenpersoon een verbod of bevel kan worden opgelegd om een onrechtmatige handeling te beëindigen of te voorkomen (artikel 12 lid 3; 13 lid 2; en 14 lid 3). Zo kan een tussenpersoon via een rechterlijk bevel

worden bevolen om de doorgifte van inbreukmakende informatie (bijvoorbeeld auteursrechtinbreuk, onrechtmatige uitlating) te staken en zelfs om de inbreukmakende informatie te verwijderen. Daaraan kan eventueel dwangsom worden verbonden. Het moet natuurlijk wel redelijkerwijs mogelijk zijn voor de tussenpersoon om op te treden. Daarvan is pas sprake als het op proportionele wijze en tegen aanvaardbare kosten mogelijk is daartegen op te treden. De dienstverlener die toegang tot een communicatienetwerk verleent of van een ander afkomstige informatie doorgeeft, is daartoe doorgaans, getuige de eerder aangehaalde Radikall-zaak, niet in staat in tegenstelling tot de dienstverlener die van een ander afkomstige informatie opslaat.

Ook bij de dienstverlener die toegang tot een communicatienetwerk verleent of informatie doorgeeft, gaat het echter niet meer om een louter denkbeeldige mogelijkheid tot optreden. Er zijn gevallen denkbaar, waarin de rechter hem terdege kan bevelen op te treden. Zo is vanwege de elkaar in hoog tempo opvolgende technologische ontwikkelingen voor het ontsluiten van informatie via een communicatienetwerk de tussenkomst van een «host» niet langer strikt noodzakelijk. De voor de inhoud van de informatie verantwoordelijke informationprovider kan namelijk zijn eigen «host» zijn. Om zijn schade toebrengende informatie te ontsluiten, volstaat het sluiten van een overeenkomst met een dienstverlener die toegang tot het communicatienetwerk verleent en zijn informatie daarop doorgeeft. De dienstverlener kan zeer wel op proportionele wijze optreden ter voorkoming van verdere schade, omdat hij daartoe slechts de desbetreffende aanbieder van de informatie de toegang tot het netwerk behoeft te ontzeggen.

6. Informationprovider bekend maken

Op grond van artikel 15 lid 2 van de richtlijn mogen de lidstaten de dienstverlener die van een ander afkomstige informatie opslaat, voorschrijven dat hij de bevoegde autoriteiten op hun verzoek informatie dient te verstrekken waarmee de voor de inhoud verantwoordelijke informationprovider kan worden geïdentificeerd. Naar geldend Nederlands recht kan de rechter de dienstverlener daartoe reeds verplichten. Voorwaarde is wel dat de dienstverlener daartoe redelijkerwijs in staat is. Dat is het geval wanneer hij in een contractuele relatie, los van de precieze inhoud daarvan, staat met de informationprovider die verantwoordelijk is voor de inhoud van de schade toebrengende informatie. Dat kan blijkens het voorbeeld in de vorige paragraaf niet alleen de «host»-provider maar ook de «mere conduit»-provider zijn. De richtlijn staat daaraan, zeker gelet op de strekking daarvan, niet in de weg.

Artikel 6:227a

Dit artikel voert artikel 9 van de richtlijn uit en beoogt het sluiten van overeenkomsten die op grond van de wet in schriftelijke vorm tot stand moeten komen, eveneens langs elektronische weg mogelijk te maken. Het artikel bepaalt aan welke voorwaarden daarvoor moet zijn voldaan, hetgeen de rechtszekerheid dienaangaande vergroot en de elektronische handel bevordert. Met een overeenkomst in «schriftelijke vorm» wordt in dit verband bedoeld elke vorm van vastlegging van een overeenkomst in een geschrift. Met de totstandkoming van een overeenkomst «langs elektronische weg» wordt in dit verband hetzelfde bedoeld als is neergelegd in artikel 3:15d lid 3 Burgerlijk Wetboek. Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat de onderhavige bepaling uitsluitend geldt voor het langs elektronische weg sluiten van overeenkomsten die op grond van de wet in schriftelijke vorm tot stand dienen te komen, willen zij geldig of onaantastbaar zijn. Dit artikel bevat derhalve geen dwingendrechtelijke regeling ten

aanzien van overeenkomsten waarvoor geen wettelijke vormvereisten gelden, zodat partijen daarbij vrij zijn om een afwijkende regeling te treffen.

Uit de woorden «Indien uit de wet voortvloeit» volgt tevens dat de bepaling een oplossing beoogt te bieden voor zowel in het Burgerlijk Wetboek, als in andere wetten voorkomende schriftelijkheidseisen ten aanzien van verbintenisscheppende overeenkomsten als bedoeld in Titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Bij de voorbereiding van het onderhavige voorstel heeft een inventarisatie plaatsgevonden van in de Nederlandse wetgeving voorkomende eisen als hier bedoeld. Daaruit bleek dat deze vrijwel alle worden bestreken door de onderhavige bepaling, waardoor vrijwel geheel kon worden afgezien van het formuleren van bijzondere normen op het niveau van de desbetreffende bepalingen. Dit heeft het grote voordeel dat op een centrale plaats in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek kan worden gevonden onder welke voorwaarden de elektronische vorm ten aanzien van overeenkomsten rechtens gelijk wordt gesteld met de schriftelijke vorm.

Het wordt niet noodzakelijk geacht om een bepaling in de wet op te nemen die het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg in het algemeen mogelijk maakt. Uit artikel 6:217 BW vloeit voort dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding, beide rechtshandelingen waarop Boek 3 Titel 2 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing is. Aanbod en aanvaarding zijn verklaringen die ingevolge artikel 3:37 lid 1 BW in iedere vorm kunnen geschieden, tenzij anders is bepaald. Hieruit volgt dat voor de totstandkoming van een overeenkomst in beginsel geen vormvereiste geldt en deze tevens langs elektronische weg kan geschieden.

Vormvereisten worden in het algemeen voorgeschreven omdat zij voor betrokkenen bepaalde waarborgen met zich meebrengen en zodoende de rechtszekerheid bevorderen. De beoogde waarborgen kunnen verschillen, afhankelijk van de aard van de overeenkomst en de partijen. Zo zal het op schrift stellen van een overeenkomst in de praktijk veelal ter bescherming van partijen strekken en uitsluitel bieden over wie deze zijn, de inhoud van de overeenkomst en het tijdstip van totstandkoming. Het is derhalve wenselijk te verzekeren dat een daarmee rechtens gelijk te stellen overeenkomst die langs elektronische weg tot stand komt een vergelijkbare mate van zekerheid biedt. Zonder aanvullende maatregelen te nemen kan bij het sluiten van een overeenkomst via het internet bijvoorbeeld moeilijk vastgesteld worden wie de contractspartijen zijn, omdat het internet een betrekkelijk anonieme omgeving is. Voorts kan de inhoud van een elektronisch vastgelegde overeenkomst ongemerkt gewijzigd worden indien deze daar niet tegen beveiligd is. Om te bewerkstelligen dat een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst garanties biedt die gelijkwaardig zijn aan die van een op papier vastgelegde overeenkomst wordt in lid 1 een viertal vereisten dienaangaande gesteld.

Een langs elektronische weg gesloten overeenkomst die voldoet aan de in lid 1 genoemde voorwaarden wordt gelijkgesteld aan een schriftelijk tot stand gekomen overeenkomst. Bij het hanteren van deze vereisten dient steeds te worden bedacht dat het artikel een rechtens gelijke behandeling van schriftelijk en langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten beoogt. Dit zal bijvoorbeeld meebrengen dat voor de invulling van de onder b, c en d genoemde relatieve maatstaven («in voldoende mate»; «met voldoende zekerheid») aansluiting zal moeten worden gezocht bij het «papieren» rechtsverkeer. Evenmin, bijvoorbeeld, als in het geval van een op papier gestelde, gedateerde en ondertekende overeenkomst in het algemeen zal kunnen worden gezegd dat *daarmee* het moment van totstandkoming en de identiteit van partijen vaststaat, zal dit voor de geldigheid van dezelfde, maar dan langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst kunnen worden geëist. Voor gelijkstelling is niet meer nodig dan dat een gelijke mate van zekerheid bestaat omtrent

deze feiten. Met behulp van het woord «voldoende» kan hier de grens op de juiste plaats worden getrokken. Voorts dient te worden bedacht dat het artikel niet meer doet dan aangeven in welke gevallen bedoelde gelijkstelling in ieder geval plaatsvindt. Het is derhalve zelfs niet ondenkbaar dat de rechter daarnaast in een concreet geval tot de conclusie komt dat gelijkstelling op zijn plaats is, ook al is niet aan alle vier genoemde voorwaarden voldaan. Gedacht kan worden aan een geval waarin kan worden vastgesteld dat de eis van schriftelijkheid door de wetgever uitsluitend werd gesteld met het oog op de bewijsbaarheid van hetgeen tussen partijen is overeengekomen. Een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst die raadpleegbaar door partijen is en waarvan de authenticiteit in voldoende mate is gewaarborgd – een overeenkomst dus die voldoet aan het in lid 1 onder a en b gestelde – vervult in dat bijzondere geval alle functies die de wetgever met het stellen van de eis van schriftelijkheid beoogde te waarborgen en behoort derhalve rechtens met een schriftelijke overeenkomst gelijk te worden gesteld. Afgezien van deze bijzondere gevallen echter geldt dat in de praktijk voor gelijkstelling aan de vier in lid 1 genoemde voorwaarden moet zijn voldaan.

De eerste voorwaarde is dat de elektronische overeenkomst raadpleegbaar moet zijn door de partijen bij de overeenkomst. Deze dient op zodanige wijze te worden vastgelegd, dat de partijen in staat zijn om de inhoud daarvan ter latere kennisneming te ontsluiten en te bewaren. Dit vereiste kan meebrengen dat de partij, die daarbij gebruik wil maken van een bepaalde techniek, gehouden zal zijn om de wederpartij over de juiste technische middelen te doen beschikken om de inhoud van de overeenkomst te kunnen raadplegen, indien deze daarover niet beschikt. Daarbij kan onder meer van belang zijn of gekozen wordt voor een bijzondere techniek of voor een techniek waarover een gebruiker in het algemeen geacht mag worden te beschikken. Een voorbeeld van een bijzondere techniek waar niet iedereen op dit moment over beschikt is speciale encryptiesoftware als PGP («Pretty Good Privacy»), waarmee een elektronisch bestand kan worden versleuteld. Om de inhoud daarvan te kunnen raadplegen, zal de gebruiker naast de juiste sleutel meestal ook over dergelijke encryptiesoftware moeten kunnen beschikken. Wordt de overeenkomst echter «on-line» raadpleegbaar gemaakt na het intikken van een persoonlijke code op een internetpagina, dan is dat een techniek waarvan in beginsel verondersteld mag worden dat eenieder daarover in het algemeen beschikt, omdat hiervoor slechts een «webbrowser» nodig is, die tegenwoordig op vrijwel alle computers standaard is geïnstalleerd. Door het stellen van een overeenkomst op een papieren geschrift ontstaat een bepaalde zekerheid omtrent de inhoud daarvan, omdat manipulatie naderhand vaak op zal vallen. Partijen alsook derden kunnen derhalve in de regel vertrouwen op de juistheid van een papieren geschrift. De inhoud van elektronische berichten of bestanden kan daarentegen vrij eenvoudig en ongemerkt gemanipuleerd worden, indien er niet voldoende maatregelen zijn genomen ter beveiliging daarvan. Daarom wordt als tweede voorwaarde gesteld dat de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is. Ter uitvoering van dit voorschrift dienen partijen de elektronische overeenkomst op zodanige wijze vast te leggen dat er in voldoende mate vertrouwd kan worden op de juistheid van de inhoud daarvan. Aangezien de woorden «in voldoende mate» een relatief criterium vormen, zal het antwoord op de vraag of hieraan voldaan wordt, mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, zoals de stand van de techniek, de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van de partijen. Tevens kan van belang zijn of aan het gebruik van een veiliger techniek dan de daadwerkelijk gebruikte bijvoorbeeld kosten verbonden zouden zijn geweest die gelet op het belang van de overeenkomst disproportioneel moeten worden geacht. Partijen kunnen aan de onderhavige voorwaarde voldoen door een overeenkomst in een elektronisch bestand vast te leggen dat voorzien is van een elektronische handte-

kening zoals omschreven in de artikelen 15a tot en met 15c van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, omdat de elektronische handtekening op zodanige wijze aan het bestand wordt verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens opgespoord kan worden.

De derde voorwaarde is dat het moment van de totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Deze eis wordt gesteld omdat het in veel gevallen belangrijk is om te weten op welk tijdstip een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, bijvoorbeeld om te kunnen bepalen vanaf wanneer partijen verplichtingen ten opzichte van elkaar hebben of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die uit de overeenkomst voortvloeit. Of het moment van totstandkoming van de overeenkomst «met voldoende zekerheid» kan worden vastgesteld is mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de stand van de techniek, de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van partijen. Indien bijvoorbeeld door uitwisseling van elektronische post wordt beoogd een overeenkomst tot stand te doen komen die «schriftelijk» moet geschieden, dan zal ten aanzien van de onderhavige voorwaarde doorgaans voldoende zijn dat vastgesteld kan worden op welk tijdstip de aanbieder de aanvaarding ontvangen heeft, omdat daarmee in het normale geval het moment van totstandkoming vaststaat. Omdat bewijs van het moment van ontvangst van elektronische post bij de huidige stand van de techniek echter fraudeerbaar is door partijen met enige technische kennis, mag naarmate de belangen bij de overeenkomst groter zijn, eerder verwacht worden dat partijen deugdelijke maatregelen nemen om te waarborgen dat het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst kan worden vastgesteld.

Bij het sluiten van een overeenkomst in schriftelijke vorm is meestal duidelijk wie de partijen zijn; zij zullen bijvoorbeeld aanwezig zijn bij het op papier stellen van de overeenkomst of een ondertekend contract aan de wederpartij doen toekomen indien deze per post wordt uitgewisseld. In de praktijk wordt de handtekening in het laatste geval veelal voldoende geacht om een partij te identificeren. De identiteit van de persoon die zich in de informatiemaatschappij begeeft is echter veel moeilijker vast te stellen. Zo moeten dienstverleners erop vertrouwen dat afnemers hun juiste identiteit opgeven, terwijl aanbod en aanvaarding via elektronische post geen garanties dienaangaande bieden, onder meer omdat een e-mail adres eenvoudig onder opgave van een valse identiteit verkregen kan worden. Om toch een redelijke mate van zekerheid te hebben dat partijen bij overeenkomsten waarvoor een schriftelijke vormvereiste geldt en die langs elektronische weg tot stand komen elkaar kunnen identificeren, is de vierde voorwaarde opgenomen. Deze houdt in dat de identiteit van partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld op het moment dat de overeenkomst langs elektronische weg wordt gesloten. Partijen kunnen bijvoorbeeld hieraan voldoen door de overeenkomst van een elektronische handtekening te voorzien zoals omschreven in de artikelen 15a tot en met 15c van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Voor zover een vormvereiste meebrengt dat een schriftelijke overeenkomst ondertekend moet worden om tot stand te kunnen komen, zijn partijen verplicht om deze elektronisch te ondertekenen overeenkomstig zojuist genoemde wetsartikelen.

De richtlijn laat de mogelijkheid open om voor de in artikel 9 lid 2 van de richtlijn genoemde categorieën van overeenkomsten uit te sluiten dat die langs elektronische weg gesloten kunnen worden. De toepasselijkheid van lid 1 wordt voor twee van deze categorieën uitgesloten in lid 2, echter slechts voor zover de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich tegen toepasselijkheid verzet. Het betreft overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten, en overeenkomsten waarbij persoonlijke of zakelijke zekerheden worden verstrekt door personen die handelen buiten hun handels- of beroeps-

activiteit. De beperking van de uitsluiting van het eerste lid tot gevallen waarin de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich daartegen verzet, vindt plaats omdat ten aanzien van deze categorieën niet goed kan worden volgehouden dat het in alle gevallen onwenselijk zou zijn indien deze langs elektronische weg tot stand kunnen komen. De bepaling beoogt hier enerzijds de rechter enige ruimte te laten om onder de werking van het eerste lid uit te komen in gevallen waarin dat wenselijk is, anderzijds echter brengt de formulering tot uitdrukking dat toepasselijkheid van lid 1 vooropstaat en de bewijslast ten aanzien van de niet toepasselijkheid daarvan derhalve ligt op degene die betoogt dat lid 1 niet op de hier bedoelde overeenkomsten van toepassing behoort te zijn.

Lid 3 sluit de werking van lid 1 in het algemeen uit voor overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechtbank, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent, alsook voor overeenkomsten die onder het familierecht of het erfrecht vallen. Dit zijn de overige uitzonderingen die op grond van artikel 9 lid 2 van de richtlijn mogelijk zijn. Voor het sluiten van deze overeenkomsten wordt het, in het bijzonder gelet op de aard van de overeenkomsten waar het hier om gaat, wenselijk geacht om vooralsnog onverkort vast te houden aan de vormvereisten die in de fysieke wereld gelden.

Artikel 6:227b

Dit artikel voert artikel 10 van de richtlijn uit en bevat informatieplichten voor degenen die diensten van de informatiemaatschappij verrichten. Hiermee wordt beoogd de consument meer duidelijkheid (transparantie) te bieden, waardoor het vertrouwen van de consument in het elektronisch zaken doen wordt vergroot, en voorts te voorkomen dat overeenkomsten langs elektronische weg onbedoeld, of met een onbedoelde inhoud, tot stand komen. Dit artikel richt zich in het bijzonder op overeenkomsten die tot stand komen via een website, waaronder blijkens lid 6 ook overeenkomsten vallen die tot stand komen nadat een aanbod via een website is gedaan, maar waarbij de daarop volgende communicatie via elektronische post of een vergelijkbare vorm van individuele communicatie verloopt. De vijf in lid 1 opgenomen informatieplichten zijn dwingend voor overeenkomsten die worden gesloten tussen een dienstverlener die – kort gezegd – handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en een consument («business to consumer»). In overeenkomsten die worden gesloten tussen partijen die beiden handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf («business to business») kan hiervan worden afgeweken (lid 6).

De door de dienstverlener te verstrekken informatie betreft:

- a. de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn;
- b. het al dan niet archiveren van de overeenkomst nadat deze tot stand zal zijn gekomen, alsmede op welke wijze deze voor de wederpartij te raadplegen zal zijn;
- c. de wijze waarop de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken, alsmede de wijze waarop hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt;
- d. de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten;
- e. of en aan welke gedragscodes de dienstverlener zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de wederpartij langs elektronische weg te raadplegen zijn.

Deze precontractuele informatieplichten zijn in twee soorten onder te verdelen. Ten eerste zijn onder a, c en d informatieplichten opgenomen die zien op het verstrekken van informatie die doorgaans essentieel is op het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten. De wederpartij van de dienstverlener dient ervan op de hoogte te zijn in welke talen hij de

overeenkomst tot stand kan brengen, hoe de overeenkomst tot stand zal komen en welke technische handelingen hij daartoe zal moeten verrichten. Het zal voor hem ook duidelijk moeten zijn hoe hij eventuele invoerfouten op kan sporen en hoe deze gecorrigeerd kunnen worden. Deze informatieplichten beogen te voorkomen dat de wederpartij onbewust of onbedoeld een overeenkomst sluit of, omgekeerd, meent een overeenkomst te hebben gesloten terwijl daarvoor nog meer handelingen zijn vereist. Tevens beogen zij het sluiten van een overeenkomst met een geheel andere inhoud dan bedoeld door het maken van een enkele bedieningsfout (bijv. een onbedoelde «klik» of een typefout) te voorkomen. Men zie over deze problematiek voorts de toelichting op artikel 227c.

In lid 4 is bepaald dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de dienstverlener van zijn in lid 1, onder a, c, of d genoemde verplichtingen vernietigbaar is. Wat betreft de gekozen sanctie op niet naleving van de hier bedoelde verplichtingen wordt aldus aangesloten bij het feit dat de in het kader daarvan te verstrekken informatie doorgaans essentieel is voor de wils- of oordeelsvorming van de wederpartij. Indien de overeenkomst onder invloed van het niet verstrekt zijn van die informatie tot stand is gekomen, dient de wederpartij derhalve in staat te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand tot stand was gekomen.

Teneinde de wederpartij van de dienstverlener tegemoet te komen in diens bewijspositie is voorts bepaald dat indien de onder a of c genoemde verplichting niet is nageleefd, de overeenkomst wordt vermoed onder invloed daarvan tot stand te zijn gekomen. Ten aanzien van deze verplichtingen is dat gerechtvaardigd, omdat de daar genoemde informatie naar haar aard steeds rechtstreeks van invloed is op de vraag of een overeenkomst tot stand komt en of deze overeenkomst de door de wederpartij bedoelde inhoud heeft. Het is derhalve redelijk te veronderstellen dat het niet verstrekt zijn van die informatie invloed heeft gehad op de wilsvorming van de wederpartij. Dit ligt enigszins anders ten aanzien van het onder d bepaalde, waar het niet naleven van bedoelde verplichting nu juist in veel gevallen geen relevante invloed op de oordeelsvorming van de wederpartij zal hebben gehad en zelfs in sommige gevallen het (desondanks) tot stand komen van een overeenkomst hiervoor een aanwijzing kan zijn. Zo zal een Nederlander die een overeenkomst met gebruikmaking van de Nederlandse taalversie van een website tot stand laat komen er geen nadeel van ondervinden indien de website ten onrechte nalaat te vermelden dat deze ook een Deense, Duitse, Engelse, Finse, Franse, Griekse, Italiaanse, Spaanse of Zweedse versie kent. Naast de hier geregelde mogelijkheid de overeenkomst te vernietigen, zal de wederpartij onder omstandigheden ook de mogelijkheid hebben zich op het standpunt te stellen dat geen aanvaarding heeft plaatsgevonden en er derhalve geen overeenkomst tot stand is gekomen (vgl. artikel 6:217 BW).

De overige twee informatieplichten onder b en e van artikel 227b zien op het verschaffen van informatie over het al dan niet door de dienstverlener archiveren van de gesloten overeenkomst en op de vraag of de wederpartij toegang heeft tot dit archief alsmede of en zo ja welke gedragscodes de dienstverlener heeft onderschreven en waar deze te raadplegen zijn. De eerstgenoemde informatieplicht is van belang omdat bij het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg niet altijd direct een uitdraai zal worden gemaakt. Dit in tegenstelling tot de fysieke wereld waar de wederpartij in het algemeen een aankoopnota ontvangt. Voorts zal het in veel gevallen voor de wederpartij van de dienstverlener bij het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg, bijvoorbeeld vanwege het internationale karakter daarvan niet eenvoudig zijn om te achterhalen of een dienstverlener een bepaalde gedragscode heeft onderschreven en waar deze te raadplegen is. De informatieplichten onder b en e zijn van belang om de transparantie voor de wederpartij zo groot mogelijk te

maken. Mocht deze informatie echter onverhoopt niet voor het sluiten van de overeenkomst zijn verschaft dan kan deze ook nog naderhand ter beschikking worden gesteld. Om de dienstverlener er toe aan te sporen om deze informatieplichten na te komen is in lid 5 bepaald dat de wederpartij van de dienstverlener de overeenkomst kan ontbinden gedurende de tijd dat deze laatste de gegevens onder b en e niet heeft verstrekt. Naast het naleven van de informatieplichten dient de dienstverlener ook de voorwaarden, niet zijnde algemene voorwaarden, van de overeenkomst aan de wederpartij op zodanige wijze ter beschikking te stellen dat hij deze kan opslaan en weergeven (lid 2). Dit is de enige verplichting uit dit artikel die ook van toepassing is op overeenkomsten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten. Bovendien is deze verplichting ook dwingend voorgeschreven voor overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De sanctie op het niet naleven van deze plicht is eveneens opgenomen in lid 5. De wederpartij kan de overeenkomst ontbinden gedurende de tijd dat de dienstverlener de voorwaarden niet heeft verstrekt. Op deze plaats verdient tevens vermelding dat de bescherming die afdeling 6.5.3 BW beoogt te bieden aan wederpartijen van gebruikers van algemene voorwaarden ook in het elektronisch rechtsverkeer op zijn plaats is. De hieraan in de weg staande belemmeringen worden in dit wetsvoorstel opgeheven. Voor een toelichting hierop zij verwezen naar de artikelen 6:231 en 6:234 BW.

Wat betreft de naleving en handhaving van de in dit artikel opgenomen plichten zij nog verwezen naar de mogelijkheid om op grond van artikel 3:305a BW een collectieve actie in te stellen. Belangenorganisaties kunnen de rechter vragen de desbetreffende dienst aanbieder te bevelen zijn informatieverplichting na te komen. Bovendien kan zelfregulering er toe bijdragen dat de in dit artikel opgenomen informatieplichten op uniforme wijze worden nageleefd.

Artikel 6:227c

Dit artikel implementeert artikel 11 van de richtlijn en beoogt, evenals artikel 6:227b, door het stellen van bepaalde regels die in acht moeten worden genomen bij het sluiten van overeenkomsten met behulp van technologische middelen, de consument meer duidelijkheid te verschaffen waardoor diens vertrouwen in het elektronisch zakendoen wordt vergroot. De mogelijkheid om op snelle en eenvoudige wijze overeenkomsten te sluiten over de hele wereld kan immers grote voordelen bieden, maar evenzeer tot de nodige onzekerheden leiden. Zo zullen partijen elkaar bij het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg doorgaans niet kennen en zal het contact tussen partijen ter gelegenheid van de totstandkoming van de overeenkomst in veel gevallen beperkt zijn tot hetgeen de wederpartij van de aanbieder met behulp van een toetsenbord of muis aan gegevens invoert naar aanleiding van hetgeen (de website van) de aanbieder hem aan keuzemogelijkheden voorlegt. Onbedoelde bedieningshandelingen kunnen daarbij gemakkelijk plaatsvinden of onopgemerkt blijven. Door een uniforme regeling omtrent enkele kwesties die in dit verband aan de orde kunnen komen, wordt de nodige duidelijkheid gecreëerd. Het in dit artikel bepaalde is alleen dwingend voorgeschreven voor overeenkomsten tussen consumenten en partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Lid 6 bepaalt dat partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf van het in het artikel bepaalde kunnen afwijken.

Ook dit artikel is in het bijzonder gericht op overeenkomsten die tot stand komen via websites, waaronder – zoals hierboven reeds is aangegeven – ook overeenkomsten vallen die tot stand komen nadat een aanbod via een website is gedaan maar waarbij de daarop volgende communicatie via elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie verloopt. Uit

lid 4 volgt dat alleen de bepaling van het derde lid ook van toepassing is op overeenkomsten die uitsluitend via elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten.

In de eerste plaats bepaalt lid 1 in navolging van artikel 11 lid 2 van de richtlijn dat degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent, de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking dient te stellen waarmee de wederpartij voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde bedieningshandelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen. Zoals hierboven aangegeven kan door ongewilde bedieningshandelingen, die in de hier bedoelde gevallen gemakkelijk op kunnen treden of onopgemerkt blijven, grote onzekerheid voor zowel de aanbieder als de afnemer ontstaan. Het eerste lid van het onderhavige artikel legt daarom een verantwoordelijkheid op de dienstverlener om zijn website zo in te richten dat de wederpartij eventuele onbedoelde bedieningshandelingen kan opmerken en herstellen voordat daadwerkelijk een overeenkomst tot stand komt. Deze bepaling is mede in het belang van de aanbieder zelf, aangezien deze hierdoor meer zekerheid krijgt dat de aldus tot stand gekomen overeenkomsten ook daadwerkelijk tot stand komen en onaantastbaar zijn. De in lid 5 verwoorde sanctie op het niet naleven van deze bepaling sluit daarbij aan. Een overeenkomst die is tot stand gekomen (mede) als gevolg van het niet naleven van de hier bedoelde verplichting is vernietigbaar, Teneinde de wederpartij van de dienstverlener in diens bewijspositie tegemoet te komen is voorts bepaald dat indien bedoelde verplichting niet is nageleefd, een overeenkomst vermoed wordt onder invloed daarvan tot stand te zijn gekomen.

De leden 2 en 3 van het onderhavige artikel geven uitvoering aan het in artikel 11 lid 1 van de richtlijn bepaalde. In de eerste plaats bepaalt lid 2 dat indien een wederpartij van een dienstverlener langs elektronische weg een verklaring uitbrengt die door de dienstverlener mag worden opgevat hetzij als een aanvaarding van een door hem langs elektronische weg gedaan aanbod, hetzij als een aanbod naar aanleiding van een door hem langs elektronische weg gedane uitnodiging om in onderhandeling te treden, de dienstverlener zo spoedig mogelijk langs elektronische weg de ontvangst van deze verklaring moet bevestigen. Ook deze bepaling is vooral ingegeven door de gedachte dat duidelijkheid moet bestaan voor partijen omtrent de vraag of door hen in het kader van de totstandkoming van een overeenkomst langs elektronische weg uitgebrachte verklaringen de wederpartij hebben bereikt. Aangezien artikel 11 van de richtlijn bewust niet treedt in de vraag wanneer een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, dient dit te worden bepaald aan de hand van de algemene regels inzake totstandkoming van overeenkomsten zoals die in het toepasselijke recht gelden. Voor de onderhavige bepaling is bij deze benadering aangesloten. Naar Nederlands recht zijn ook in het elektronisch rechtsverkeer op de totstandkoming van overeenkomsten in het bijzonder de bepalingen van afdeling 6.5.2. en titel 3.2 BW, die door hun hoge abstractieniveau technologie-neutraal zijn geformuleerd, van toepassing. Ook langs elektronische weg komt een overeenkomst derhalve tot stand indien in juridische zin sprake is geweest van een aanbod dat is aanvaard door de wederpartij (art. 6:217 lid 1 BW). Daarvan kan reeds sprake zijn indien een afnemer in reactie op een website een bestelling plaatst, maar evenzeer is denkbaar dat in de omstandigheden van het geval de reactie van de afnemer in juridische zin slechts als een aanbod kan worden gekwalificeerd, omdat (het geheel van mededelingen op) de website, bijvoorbeeld gelet op de inrichting of bewoordingen daarvan, niet meer dan een uitnodiging vormt om in onderhandeling te treden. In verband met de aard van het elektronisch rechtsverkeer en de noodzaak van voldoende duidelijkheid voor partijen bepaalt het tweede lid echter dat de ontvangst van de in het onderhavige lid genoemde verklaringen steeds moet worden bevestigd. Ten aanzien van de sanctie die op het niet

naleven van deze verplichting staat, dient te worden onderscheiden. Gaat het om het niet bevestigen van de ontvangst van een aanvaarding, dan kan de wederpartij de door de aanvaarding totstandgekomen overeenkomst ontbinden zolang de bevestiging niet heeft plaatsgevonden. Gaat het om het niet bevestigen van de ontvangst van een aanbod, dan is voor een dergelijke sanctie uiteraard geen plaats, aangezien nog geen overeenkomst tot stand is gekomen. De duidelijkheid die het artikel nastreeft wordt in dit geval bereikt door te bepalen dat het niet bevestigen van het aanbod binnen de in de eerste volzin gestelde termijn geldt als een verwerping daarvan.

In de tweede plaats bepaalt lid 3 dat een verklaring als bedoeld in lid 2 en de bevestiging van de ontvangst daarvan geacht worden te zijn ontvangen wanneer deze toegankelijk zijn voor de partijen tot wie zij zijn gericht. Dit brengt bijvoorbeeld mee dat een bericht per elektronische post in de regel als ontvangen zal moeten worden beschouwd zodra het in de mailbox van de ontvanger is beland en dat de mail daarvoor derhalve niet daadwerkelijk geopend behoeft te zijn.

Artikelen 6:231 en 6:234

Het in afdeling 6.5.3 BW omtrent algemene voorwaarden bepaalde, dient tevens op langs elektronische weg gesloten overeenkomsten van toepassing te zijn, waardoor mede uitvoering wordt gegeven aan artikel 10, derde lid, van de richtlijn. Daartoe wordt in artikel 6:231 BW het woord «schriftelijke» geschrapt.

De toepasselijkheid van afdeling 6.5.3. BW heeft tot gevolg dat de dienstverlener in de informatiemaatschappij de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (artikel 6:233 onderdeel b), op straffe van vernietigbaarheid. Hieraan is volgens artikel 6:234 BW voldaan indien de aanbieder van de dienst de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponneerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden. In artikel 6:234 lid 1 Burgerlijk Wetboek is limitatief geregeld hoe de gebruiker van algemene voorwaarden – op straffe van vernietigbaarheid – aan de wederpartij de mogelijkheid kan bieden om kennis te nemen van die voorwaarden (Hoge Raad 1 oktober 1999, NJ 2000, 207).

Nu artikel 6:234 BW duidelijk is toegesneden op de mondelinge en schriftelijke totstandkoming van overeenkomsten, wordt daaraan in lid 1, onderdeel c, een zinsnede toegevoegd voor gevallen waarin de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt. Als hoofdregel wordt daarin bepaald dat aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen indien deze hem voor of bij het sluiten van de overeenkomst op zodanige wijze ter beschikking zijn gesteld dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Aldus wordt bereikt dat voor deze overeenkomsten een situatie ontstaat die gelijkwaardig is aan het geval waarin in de fysieke wereld de algemene voorwaarden feitelijk ter hand worden gesteld. Daarbij worden immers in wezen twee functies vervuld: de wederpartij krijgt een leesbaar schriftelijk stuk in handen waarin de algemene voorwaarden zijn neergelegd (het is voor hem toegankelijk; hij kan van de inhoud daarvan kennisnemen) en dat hij kan bewaren (in de elektronische wereld: opslaan) opdat hij het ook later nog kan inzien.

Voor de fysieke wereld is in artikel 6:234 op genoemde hoofdregel een uitzondering geformuleerd voor gevallen waarin het redelijkerwijs niet

mogelijk is de wederpartij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand te stellen. In dat geval kan de gebruiker van algemene voorwaarden ermee volstaan de wederpartij voor de totstandkoming van de overeenkomst bekend te maken dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen, dan wel bij een Kamer van Koophandel en Fabrieken of de griffie van een gerecht zijn gedeponeerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat in het elektronisch rechtsverkeer minder snel sprake zal zijn van een situatie waarin redelijkerwijs niet van de gebruiker kan worden gevergd dat hij de algemene voorwaarden elektronisch ter beschikking stelt als hierboven aangegeven. De moderne technologie leent zich immers bij uitstek voor het in een zeer kort tijdsbestek en tegen geringe kosten verzenden en verwerken van de grote hoeveelheden gegevens waarom het in de praktijk bij algemene voorwaarden doorgaans zal gaan. Toch kan niet worden uitgesloten dat zich ook in het elektronisch rechtsverkeer situaties kunnen voordoen, waarin het redelijkerwijs niet mogelijk is de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst (integraal) ter beschikking te stellen zoals in de onderhavige bepaling bedoeld. Daarbij speelt tevens een rol dat een belangrijk uitgangspunt voor regelgeving voor het elektronisch rechtsverkeer is dat nieuwe technologieën in beginsel rechtens hetzelfde worden behandeld als het traditionele rechtsverkeer en dat derhalve een bepaling als de onderhavige niet een onbedoelde remmende werking behoort te hebben op de ontwikkeling van nieuwe technologieën. Gedacht kan worden aan recente ontwikkelde zoals mobiel internet, waardoor e-commerce via het mobiele telefoonnet tot de mogelijkheden behoort. Het spreekt, althans bij de huidige stand van de techniek, vanzelf dat het verwerken van omvangrijke algemene voorwaarden daarbij lastiger te verwezenlijken valt dan in het geval van een vaste computeraansluiting. Teneinde aan dit soort gevallen enige ruimte te bieden is ook voor het elektronisch rechtsverkeer een uitzondering geformuleerd, waarin wordt bepaald dat, indien het redelijkerwijs niet mogelijk is aan de elektronische equivalent van de terhandstelling te voldoen, de gebruiker ermee kan volstaan aan de wederpartij bekend te maken waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden. Met deze aanpassingen van afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek is voor het elektronisch rechtsverkeer op het punt van de geldigheid van algemene voorwaarden een stelsel tot stand gebracht waarvan mag worden verwacht dat het enerzijds recht doet aan de eisen van de praktijk ten aanzien van de bruikbaarheid van algemene voorwaarden (ook) in het elektronisch rechtsverkeer, terwijl anderzijds het door deze afdeling als geheel gediende belang van transparantie voor en bescherming van de wederpartij van gebruikers van algemene voorwaarden ook voor het elektronisch rechtsverkeer in stand blijft.

Artikel 6:267

Artikel 6:267 bepaalt dat een overeenkomst kan worden ontbonden door een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde en dat de ontbinding tevens op diens vordering door de rechter kan worden uitgesproken. In ongewijzigde vorm zou deze bepaling ertoe leiden dat ook in gevallen waarin de overeenkomst langs elektronische weg tot stand is gekomen de ontbinding daarvan steeds schriftelijk of door rechterlijke tussenkomst zou moeten geschieden. Dit zou onwenselijk zijn, in het bijzonder gelet op het feit dat het voorgestelde artikel 227a beoogt de totstandkoming van overeenkomsten langs elektronische weg tevens mogelijk te maken in gevallen waarin uit de wet voortvloeit dat deze slechts in schriftelijke vorm geldig of aantastbaar tot stand kan komen. Voorts is een wijziging van het artikel wenselijk in verband met de voorgestelde artikelen 227b lid

5 en 227c lid 2, waarin als sanctie op het niet verstrekken van bepaalde informatie, respectievelijk het niet bevestigen van de ontvangst van een aanvaarding de wederpartij de mogelijkheid wordt gegeven de langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst te ontbinden. Aan artikel 6:267 lid 1 worden daarom twee volzinnen toegevoegd. De eerste volzin bepaalt dat een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst tevens door een langs elektronische weg uitgebrachte verklaring kan worden ontbonden. De tweede volzin verklaart het in artikel 227a lid 1 bepaalde hierop van overeenkomstige toepassing. Dit laatste geschiedt om ervoor te zorgen dat de waarborgen, gelegen in de schriftelijkheidseis van het eerste lid behouden blijven in het geval de verklaring langs elektronische weg wordt uitgebracht. Overeenkomstige toepassing van de in lid 1 onder a tot en met d van artikel 227a gestelde voorwaarden brengt mee dat ook in het geval een ontbindingsverklaring langs elektronische weg wordt uitgebracht deze raadpleegbaar moet zijn, de authenticiteit daarvan in voldoende mate moet zijn gewaarborgd, alsmede het moment waarop de verklaring haar werking zal hebben en de identiteit van de partijen tussen wie dat het geval zal zijn, met voldoende zekerheid moeten kunnen worden vastgesteld. Ook hier geldt hetgeen in de toelichting op artikel 227a lid 1 is opgemerkt omtrent de gedachte achter deze bepaling, te weten die van een in beginsel rechtens gelijke behandeling van de schriftelijke en de elektronische vorm, en de gevolgen die dit voor de toepassing heeft. Ook hier geldt derhalve dat bij de toepassing van deze voorwaarden aansluiting zal moeten worden gezocht bij het traditionele rechtsverkeer in die zin, dat voor gelijkstelling van de elektronische ontbindingsverklaring met de schriftelijke niet méér nodig is dan dat op deze punten een gelijke mate van zekerheid bestaat.

Artikel II

Naar huidig recht wordt de overeenkomst tot arbitrage bewezen door een geschrift. De richtlijn verplicht de lidstaten het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg mogelijk te maken. Onder daaraan in de weg staande belemmeringen kunnen mede vallen regelingen waarin weliswaar het sluiten van de overeenkomst (zelf) niet aan de schriftelijke vorm is gebonden, maar aan het al of niet gebruiken van de schriftelijke vorm rechtsgevolgen zijn verbonden die ertoe leiden dat het in de praktijk onmogelijk, of wezenlijk lastiger, is om de desbetreffende overeenkomst langs elektronische weg tot stand te laten komen. Ook los daarvan is het in verband met de ontwikkeling van moderne communicatiemethoden wenselijk dat de overeenkomst tot arbitrage tevens kan worden bewezen door elektronische gegevens. De eis van een geschrift in het artikel wordt op betrekkelijk soepele wijze gehanteerd en in de huidige literatuur en praktijk wordt ook wel aangenomen dat bijvoorbeeld een faxbericht als een geschrift in de zin van deze bepaling kan worden beschouwd. De voorgestelde toevoeging stelt buiten twijfel dat in dit verband informatie in elektronische vorm onder bepaalde voorwaarden met een geschrift gelijk kan worden gesteld. Aangezien de eis van schriftelijkheid wordt gesteld met het oog op de rechtszekerheid, in verband met het feit dat de rechter zich in geval van een geldige overeenkomst tot arbitrage onbevoegd moet verklaren van het geschil kennis te nemen (art. 1022 Rv.) en partijen in dat geval derhalve worden afgehouden van de rechter die de wet hen in beginsel toekent, is artikel 227a, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel III

1. Inleiding

In artikel 54a van het Wetboek van Strafrecht wordt gevolg gegeven aan

de in de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn neergelegde beperking van de aansprakelijkheid van de intermediaire dienstverlener van de informatiemaatschappij voor wat betreft het strafrecht. Er wordt een vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen voor de tussenpersoon die een telecommunicatiedienst verleent bestaande uit een of meer van de in de richtlijn onderscheiden activiteiten, te weten «mere conduit» (artikel 12), «caching» (artikel 13) en «hosting» (artikel 14). Die activiteiten worden door de zinsnede «doorgifte of opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn» gevangen. Een strafrechtelijke vervolging is uitgesloten, indien de tussenpersoon als zodanig voldoet aan een bevel van de officier van justitie, na schriftelijke machtiging op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris, om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd om de gegevens ontoegankelijk te maken.

De bepaling is opgenomen na de vervolgingsuitsluitingsgronden voor de uitgever en de drukker (artikel 53 respectievelijk 54 Wetboek van Strafrecht). De onderhavige bepaling vertoont daarmee belangrijke verwantschap. Die verwantschap blijkt zonder meer uit de aan de bepaling ten grondslag liggende ratio. De ratio is de vrijheid van meningsuiting in een digitale omgeving zo veel mogelijk te ondersteunen door de neiging tot preventieve censuur weg te nemen. De tussenpersoon kan zonder angst voor een strafrechtelijke vervolging van een ander afkomstige gegevens doorgeven of al dan niet tijdelijk opslaan. Zelfs al heeft hij kennis van het strafbare karakter van de gegevens. Wanneer hij evenwel een bevel krijgt van de officier van justitie, na machtiging van de rechter-commissaris, om de gegevens ontoegankelijk te maken, moet hij daaraan gehoor geven. Er zijn echter ook enkele verschillen met artikel 53 en 54 Wetboek van Strafrecht. Ik kom op de overeenkomsten en verschillen, voor zover nodig, terug bij de bespreking van de afzonderlijke bestanddelen.

2. Ratio en reikwijdte van de regeling

De artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn bevatten een niet-aansprakelijkheidsregeling voor intermediaire dienstverleners. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen drie typen activiteiten.

- (1) De dienstverlener die gegevens doorgeeft of toegang tot een communicatienetwerk verschaft («mere conduit»; art. 12).
- (2) De dienstverlener die gegevens tijdelijk opslaat, met als enige doel de doorgifte van de gegevens aan andere afnemers en op hun verzoek efficiënter te maken («caching»; art. 13).
- (3) De dienstverlener die gegevens opslaat («hosting»; art. 14).

Het gaat daarbij steeds om van een ander afkomstige gegevens. Het onderscheid tussen de onderscheiden activiteiten is vloeiend. Zo wordt onder het doorgeven van gegevens en het verlenen van toegang tot een communicatienetwerk ook begrepen de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van gegevens voor zover de opslag uitsluitend dient om de doorgifte in het communicatienetwerk te bewerkstelligen en niet langer duurt dan daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk is. Doorgeven van gegevens in een digitale omgeving herbergt dan ook altijd een element van opslag, terwijl het toegang verlenen tot een netwerk ook altijd enige vorm van doorgifte veronderstelt. Het verschil tussen «mere conduit» en «caching» is dat bij laatstgenoemde dienstverlening de informatie wordt opgeslagen ten behoeve van een vlotte doorgifte van anderen die om die informatie verzoeken.

Vanuit technische optiek gezien neemt de mate van inhoudelijke betrokkenheid van de dienstverlener gradueel toe. In het algemeen deel van de toelichting is aangegeven dat de dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens doorgeeft of toegang tot een communicatienetwerk verleent («mere conduit») slechts enkele feitelijke voorwaarden in acht hoeft te nemen om niet-aansprakelijk te kunnen worden gesteld. De

dienstverlener die informatie tijdelijk opslaat met als enige doel de latere doorgifte daarvan aan anderen op hun verzoek doeltreffender te laten verlopen («caching»), kan volgens de richtlijn niet aansprakelijk worden gesteld, indien hij bepaalde zorgvuldigheidseisen in acht neemt. Overigens gaat het daarbij niet eens zozeer om een vrijwaring van aansprakelijkheid voor het tijdelijk opslaan van gegevens met een strafbaar karakter als wel om een vrijwaring van aansprakelijkheid voor het tijdelijk opslaan van de gegevens als zodanig. De dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens opslaat («host») is op grond van de richtlijn niet aansprakelijk, wanneer hij niet weet dat het gegevens betreft met een strafbaar karakter. Hij is evenmin aansprakelijk, wanneer hij na verkregen wetenschap, prompt de desbetreffende gegevens verwijdert of ontoegankelijk maakt. De drie hierboven geduide niet-aansprakelijkheidsregelingen laten de mogelijkheid onverlet dat een dienstverlener door een rechtelijke autoriteit wordt verplicht een inbreuk te beëindigen of te voorkomen. Deze mogelijkheid biedt de richtlijn ten aanzien van alle drie onderscheiden vormen van dienstverlening (art. 12, derde lid, art. 13, tweede lid, en art. 14, derde lid, van de richtlijn).

In artikel 54a Wetboek van Strafrecht wordt een vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen voor een tussenpersoon die een telecommunicatiedienst verleent die bestaat in de doorgifte of opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn. Aldus wordt de in de richtlijn neergelegde vrijstelling van aansprakelijkheid omgezet in een vervolgingsuitsluitingsgrond voor alle onderscheiden vormen van dienstverlening, in combinatie met de door de richtlijn geboden mogelijkheid om dienstverleners op rechterlijke instigatie de ontsluiting van de gegevens te doen beëindigen. Eerst wanneer daaraan niet wordt voldaan, is er ruimte om ze strafrechtelijk ter verantwoording te roepen. Alle tussenpersonen krijgen zodoende dezelfde, met de dienstverlener die informatie doorgeeft of toegang tot een communicatienetwerk verleent vergelijkbare, bescherming. De ratio van de regeling is, zoals eerder aangegeven, de vrijheid van meningsuiting te ondersteunen. Artikel 7 van de Grondwet geeft aan de overheid de opdracht de vrijheid van meningsuiting te waarborgen en te stimuleren. Censuur van staatswege dient te worden voorkomen. Artikel 54a beoogt het gevaar in te dammen dat de tussenpersoon, mede gelet op zijn in belang toenemende rol in het proces van gegevensuitwisseling door middel van communicatienetwerken, zich genoodzaakt voelt tot preventieve censuur over te gaan teneinde strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen. De regeling dient een onbelemmerde informatie-uitwisseling en daarmee een grondbeginsel van de democratische rechtsstaat. Deze ratio ligt ook ten grondslag aan de reikwijdte van de voorgestelde vervolgingsuitsluitingsgrond. De vervolgingsuitsluitingsgrond betreft alle aan de doorgegeven of opgeslagen gegevens gelieerde delicten. Het gaat om gegevens met een strafbaar karakter. In het algemeen deel is er reeds op gewezen dat de uitwisseling van gegevens strafbaar kan zijn op grond van de aard van de gegevens, zoals bij uitings- en verspreidingsdelicten; de kwaliteit van de gegevens, zoals in het geval van valsheid in geschrifte en oplichting; en de status van de gegevens, zoals in het geval van auteursrechtsschendingen en openbaarmaking van geheimen. In dit opzicht is sprake van een verschil met de reikwijdte van de artikelen 53 en 54, die uitsluitend betrekking hebben op zogenoemde uitingsdelicten door middel van de drukpers gepleegd. De rechtvaardiging voor dit onderscheid is gelegen in de algemene intermediaire functie die in het huidige en toekomstige, internationale maatschappelijke verkeer wordt vervuld door de tussenpersoon die een telecommunicatiedienst verleent bestaande in de doorgifte of opslag van gegevens. Het hierboven reeds aangehaalde belang van een onbelemmerde informatieuitwisseling alsmede het belang van een vrij verkeer van diensten waarop de onderhavige richtlijn in het bijzonder ziet, maken het wenselijk dat die functie-ervulling ongehinderd kan plaatsvinden. Uit een oogpunt van rechtsze-

kerheid is een vrijwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de vorm van de voorgestelde, ruime vervolgingsuitsluitingsgrond voor de hier bedoelde dienstverlening, mede gelet op het toenemende grensoverschrijdende karakter van die dienstverlening, adequaat te achten.

3. De tussenpersoon als zodanig

De niet-aansprakelijkheidsregeling van de richtlijn heeft betrekking op een intermediaire dienstverlener van de informatiemaatschappij. Voor de vervolgingsuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht is in plaats van het begrip «dienstverlener van diensten van de informatiemaatschappij», zoals gebruikt in de richtlijn en zoals opgenomen in artikel 15d lid 3 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, gekozen voor de tussenpersoon die een telecommunicatiedienst verleent die bestaat in het doorgeven of opslaan van van een ander afkomstige gegevens. Aldus wordt beter aangesloten bij reeds bestaande bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering. Hetzelfde geldt voor het gebruik van de term «gegevens» in plaats van het in de richtlijn gebezigde begrip «informatie».

De tussenpersoon kan, net als de uitgever en de drukker, alleen binnen de reikwijdte van de vervolgingsuitsluitingsgrond vallen wanneer hij als zodanig optreedt. Dat wil in concreto zeggen dat de tussenpersoon zich dient te beperken tot zijn intermediaire, werktuigelijke rol ten aanzien van de van een ander afkomstige gegevens. De tussenpersoon mag zich niet bemoeien met ontstaan, bestemming en inhoud van de doorgegeven of opgeslagen gegevens. De dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens opslaat, mag dat dus niet onder zijn gezag op toezicht doen plaatsvinden (vergelijk artikel 14 lid 2 van de richtlijn). Technische handelingen daarentegen die tijdens de doorgifte van gegevens plaatsvinden, mogen buiten beschouwing worden gelaten, omdat de integriteit en authenticiteit van de gegevens daardoor niet wordt aangetast.

Hiervoor is al gewezen op het feit dat in technisch opzicht de mate van inhoudelijke betrokkenheid van de dienstverlener zal afhangen van de aard van de dienst die wordt verleend. De activiteit van de dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens doorgeeft of toegang tot een communicatienetwerk verleent, alsook de dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens tijdelijk opslaat om de latere doorgifte daarvan aan anderen die daarom verzoeken doeltreffender te maken, hebben een louter technisch, automatisch en passief karakter. Daarom hebben zij doorgaans ook geen kennis en controle ten aanzien van de doorgegeven gegevens. Bij de dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens opslaat, ligt dat iets genuanceerder. De richtlijn biedt in beginsel de mogelijkheid deze dienstverlener aansprakelijk te stellen indien hij, wetende dat hij onwettige informatie opslaat, verzuimt om prompt maatregelen te nemen om deze informatie ontoegankelijk te maken. De vraag of de dienstverlener die gegevens opslaat («host») in voorkomend geval een beroep kan doen op de vervolgingsuitsluitingsgrond, moet in dit licht beantwoord worden. Indien deze dienstverlener weet dat hij onwettige informatie opslaat en deze niet ontoegankelijk maakt, bestaat de kans dat hij op een gegeven moment met deze informatie vereenzelvigd kan worden op grond waarvan hij niet langer als een tussenpersoon die als zodanig optreedt, kan worden aangemerkt. Gelet evenwel op de strekking van de onderhavige vervolgingsuitsluitingsgrond, namelijk het voorkomen van preventieve censuur door de tussenpersoon, is, evenals in de vervolgingsuitsluitingsgrond voor de uitgever en de drukker, kennis van het strafbare karakter van de informatie, niet als bestanddeel van de vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen.

De grens aan de niet-vervolgbaarheid wordt in dezen dus bepaald door het optreden van de tussenpersoon «als zodanig». De tussenpersoon moet een intermediaire rol vervullen en zich niet met de gegevens inlaten.

Ook indien de tussenpersoon «met opzet met een van zijn afnemers van de dienst samenwerkt om onwettige handelingen te verrichten» (vgl. preambule 44), kan hij zich dus niet meer op de vervolgingsuitsluitingsgrond beroepen.

4. Gegevens ontoegankelijk maken

Om niet te kunnen worden vervolgd moet de tussenpersoon als zodanig voldoen aan een bevel van de officier van justitie, na schriftelijke machtiging op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris, om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden geveerd om de gegevens ontoegankelijk te maken. Deze voorwaarde kwam, althans naar de strekking daarvan, ook voor in het wetsvoorstel Computercriminaliteit II (Kamerstukken II 1998/99, 26 671). Deze voorwaarde strekt ertoe de verdere ontsluiting van strafbare gegevens, welke een inbreuk vormen op de rechtsorde, te voorkómen.

De voorwaarde is, zoals eerder aangegeven, gebaseerd op de door de richtlijn onverlet gelaten mogelijkheid om dienstverleners te verplichten op bevel van een rechterlijke autoriteit de ontsluiting van van een ander afkomstige gegevens te beëindigen of voorkomen (artikel 12, derde lid, artikel 13, tweede lid, en artikel 14, derde lid, van de richtlijn). Daarom is voor het bevel van de officier van justitie een machtiging van de rechter-commissaris nodig. Diens tussenkomst vormt ook een passende waarborg tegen een mogelijk te spoedige en te vergaande inbreuk op de vrijheid van meningsuiting.

Onder maatregelen om de van een ander afkomstige gegevens ontoegankelijk te maken, kan in dit verband ook het verwijderen van de gegevens worden begrepen, zij het met behoud van een kopie ten behoeve van de strafvordering. In dit verband moet de strekking van het bevel op dezelfde wijze worden begrepen als de maatregel die is neergelegd in het in het wetsvoorstel computercriminaliteit II voorgestelde artikel 125o Wetboek van Strafvordering. Daar wordt de mogelijkheid geopend om computergegevens met betrekking tot welke of met behulp waarvan een strafbaar feit is gepleegd, bij wijze van voorlopige maatregel ontoegankelijk te maken voor zover dit noodzakelijk is ter beëindiging van het strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten. Onder ontoegankelijkmaking van gegevens wordt blijkens het desbetreffende artikel verstaan het treffen van maatregelen ter voorkoming dat de beheerder van dat geautomatiseerd werk of derden verder van die gegevens kennisnemen of gebruikmaken, alsmede ter voorkoming van de verdere verspreiding van die gegevens. Voorts wordt blijkens het desbetreffende artikel onder ontoegankelijkmaking mede verstaan het verwijderen van de gegevens uit het geautomatiseerd werk, met behoud van de gegevens ten behoeve van de strafvordering.

De ontoegankelijkmaking van de gegevens moet redelijkerwijs kunnen worden geveerd. De verlangde maatregelen moeten derhalve in overeenstemming zijn met de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Er mogen geen andere, minder verstrekkende mogelijkheden openstaan om een einde te maken aan de als onwenselijk ervaren situatie. En de verlangde maatregelen mogen niet verder strekken dan strikt noodzakelijk. De dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens opslaat, is door de bank genomen in staat de gegevens ontoegankelijk te maken. De dienstverlener die de van een ander afkomstige gegevens doorgeeft, is doorgaans niet goed in staat daartegen adequaat op te treden. De in de artikelsgewijze toelichting bij artikel 196c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek behandelde Radikall-zaak vormt daarvan een treffende illustratie (paragraaf 2). Toch zijn er al gevallen denkbaar waarin ook met een relatief eenvoudige ingreep door de tussenpersoon die louter van een ander afkomstige gegevens doorgeeft het gewenste resultaat kan worden bereikt. Korthedshalve zij weer verwezen naar de toelichting op artikel

196c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, alwaar daarop reeds nader is ingegaan (paragraaf 5).

Wanneer de tussenpersoon niet aan een bevel gevolg geeft, kan hij zich niet op de vervolgingsuitsluitingsgrond beroepen en kan hij strafrechtelijk worden vervolgd terzake van het niet voldoen aan een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (artikel 184 Wetboek van Strafrecht). Of, en zo ja, in hoeverre, hij daarnaast ook aansprakelijk kan worden gesteld als dader of deelnemer moet aan de hand van het commune strafrecht worden bepaald.

Het niet voldoen aan de in de vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen voorwaarde kan niet leiden tot een vervolging op grond van een daaraan gekoppelde sui generis strafbaarstelling. Die mogelijkheid bestaat in principe wel bij de uitgever en de drukker, wanneer zij niet in staat zijn een dader aan te wijzen die vervolgbaar is (artikel 418 respectievelijk 419 Wetboek van Strafrecht). Met betrekking tot de tussenpersoon die van een ander afkomstige gegevens doorgeeft of opslaat, bestaat aan een sui generis strafbaarstelling geen behoefte. Op grond van de artikelen 418 en 419 Sr kunnen de uitgever en de drukker ook worden vervolgd, wanneer zij niet op de hoogte zijn van het strafbare karakter van de gegevens die zij helpen ontsluiten. In de onderhavige vervolgingsuitsluitingsgrond is kennis van het strafbare karakter van de gegevens, vanwege het bevel de gegevens ontoegankelijk te maken, gegeven. Een sui generis strafbaarstelling zou met andere woorden geen meerwaarde hebben naast vervolging voor het grondfeit op grond van de strafrechtelijke daderschaps- en deelnemingsfiguren.

5. Dader bekend maken

Op grond van artikel 15 lid 2 van de richtlijn mogen de lidstaten de dienstverlener die van een ander afkomstige gegevens opslaat, voorschrijven dat hij de bevoegde autoriteiten op hun verzoek gegevens dient te verstrekken waarmee de voor de inhoud verantwoordelijke gebruiker kan worden geïdentificeerd. Hoewel de richtlijn in dit verband spreekt van de intermediaire dienstverlener die met de afnemer van de dienst een opslagovereenkomst heeft gesloten, ligt het, gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling alsmede gelet op technologische ontwikkelingen, niet in de rede de bepaling limitatief te interpreteren. Ook de intermediaire dienstverlener die doorgifte-overeenkomsten heeft gesloten, kan onder omstandigheden binnen de reikwijdte van die bepaling vallen. Het wetsvoorstel Vorderen gegevens telecommunicatie voorziet in een wettelijke bevoegdheid tot het vorderen van gebruiksgegevens betreffende personen die gebruik maken van telecommunicatienetwerken of -diensten bij verdenking van strafbare feiten (Kamerstukken II 2000/01, 28 059). In de artikelen 53 en 54 Wetboek van Strafrecht wordt aan de niet-vervolgbaarheid van de uitgever respectievelijk de drukker de voorwaarde verbonden dat de dader bekend is of op de eerste aanmaning nadat tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek is overgegaan, bekend wordt gemaakt. In de onderhavige bepaling is die voorwaarde niet opgenomen. De richtlijn staat daaraan in de weg. In de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn wordt niet de mogelijkheid geboden aan de vrijwaring van aansprakelijkheid de voorwaarde te verbinden dat de dader bekend wordt gemaakt. Dat laat de in het wetsvoorstel Vorderen gegevens telecommunicatie voorgestelde bevoegdheid evenwel onverlet.

6. Meldpunten

Blijkens de preambule van de richtlijn wordt grote waarde gehecht aan de totstandkoming van vrijwillige overeenkomsten tussen alle betrokken partijen betreffende snelle en betrouwbare mechanismen om onwettige gegevens te verwijderen en ontoegankelijk te maken. In de nota «Wetge-

ving voor de elektronische snelweg» (Kamerstukken II 1997/98, 25 880, nrs. 1–2) is aangegeven dat het kabinet belang hecht aan zelfregulering in de vorm van meldpunten. Bij het bestrijden van kinderpornografie op het Internet speelt zelfregulering in de vorm van een meldpunt van de internetproviders een belangrijke rol. Ook op het terrein van de discriminatie op het internet is inmiddels een meldpunt opgericht. Daarnaast is er een meldpunt «overig», waar andere vormen van illegale activiteiten op het internet kunnen worden gemeld. In samenwerking met deze meldpunten wordt door een aantal internetproviders nu al uitgegaan van een uniforme gedragslijn naar aanleiding van meldingen betreffende strafbare gegevens. Een dergelijke vorm van zelfregulering vormt een waardevol complement voor de taakuitoefening van de overheid op het gebied van de strafrechtelijke handhaving. De signalering van mogelijke strafbare feiten door een meldpunt naar aanleiding van klachten van internetgebruikers of naar aanleiding van eigen bevindingen, kan voor politie en justitie aanleiding vormen een opsporingsonderzoek in te stellen, indien nodig met gebruikmaking van strafvorderlijke bevoegdheden. Voorts laat de in de vervolgingsuitsluitingsgrond opgenomen voorwaarde dat een bevel om gegevens ontoegankelijk te maken moet worden opgevolgd onverlet, dat internet-providers uit eigen beweging tot het ontoegankelijk maken van gegevens over kunnen gaan, bijvoorbeeld naar aanleiding van een klacht van een gebruiker of signalering door een meldpunt. Over de wijze waarop internet-providers reageren op klachten van gebruikers en de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de samenwerking met de meldpunten, worden binnen de branche afspraken gemaakt. Deze vorm van zelfregulering juich ik toe en wordt door de overheid ook bevorderd en gefaciliteerd.

Artikel IV

Artikel 20 van de richtlijn verplicht lidstaten om doeltreffende, evenredige en voldoende afschrikwekkende sancties vast te stellen ter naleving van de verplichtingen die de richtlijn oplegt. In het algemeen deel van deze toelichting is al uitgebreid ingegaan op de systematiek van het voorstel op het punt van de handhaving (nr. 6), alsmede op de plaats en rol van alternatieve geschillenbeslechting in dit verband. Daar is tevens uiteengezet dat ten aanzien van de voorgestelde artikelen 3:15d en 15e door een louter (individuele) privaatrechtelijke handhaving, gelet op de zeer algemene aard van de daarin opgenomen verplichtingen, een behoorlijke naleving niet kan worden verwacht. De hier bedoelde informatieverplichtingen zijn echter wel van groot belang. Deze bepalingen corresponderen met de artikelen 5 tot en met 7 van de richtlijn. Een correcte naleving van deze verplichtingen is van groot belang voor de transparantie van en het vertrouwen van de consument in de elektronische handel. Daarom is het wenselijk om overtreding van voormelde (informatie)verplichtingen tevens te kwalificeren als economisch delict in de zin van artikel 1 onder 4 van de Wet op de economische delicten. Op grond van artikel 2 lid 4 Wet op de economische delicten worden zij als overtredingen aangemerkt. Blijkens artikel 6 lid 1 onderdeel 4 van de Wet op de economische delicten kunnen deze overtredingen worden bestraft met een hechtenis van maximaal zes maanden of een geldboete van de vierde categorie. Voor alle duidelijkheid wordt vermeld dat handhaving van voorschriften uit het Burgerlijk Wetboek via de Wet op de economische delicten geen uitzondering is. Vele bepalingen uit boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (rechtspersonen), waaronder bepalingen inzake jaarrekeningen, worden thans al gehandhaafd door strafbaarstelling krachtens de Wet op de economische delicten. Overigens dient te worden opgemerkt dat de hier aan de orde zijnde informatieverplichtingen van dien aard zijn dat het veelal tevens in het belang van ondernemers zelf is, deze na te leven, teneinde een goede relatie met (potentiële) klanten te verzekeren. Ook goede voorlichting over

de precieze inhoud van deze informatieverplichtingen, aan de groep voor wie zij zullen gelden, zal de naleving daarvan bevorderen.

Artikel V

Zoals in het algemeen deel van de toelichting (nr. 9) uitgebreid uiteengezet, vormt het in artikel 3 van de richtlijn vastgelegde «oorsprongslandbeginsel» met wederzijdse erkenning een belangrijk uitgangspunt van de richtlijn en derhalve ook van dit voorstel. Met het onderhavige artikel wordt de regeling van artikel 3 van de richtlijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Aangezien het oorsprongslandbeginsel betekenis heeft voor alle denkbare diensten van de informatiemaatschappij is het wenselijk dit in de wet zelf vast te leggen. Dat bevordert voor de praktijk de kenbaarheid van de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen.

Het eerste lid strekt tot omzetting van artikel 3, eerste en tweede lid, van de richtlijn en bepaalt dat diensten van de informatiemaatschappij moeten voldoen aan de daarvoor in de lidstaat van vestiging van de dienstverlener geldende bepalingen die vallen binnen het gecoördineerd gebied. Hierbij dient het vestigingsbegrip uiteraard te worden verstaan overeenkomstig hetgeen hieromtrent is uiteengezet in het algemeen deel van deze memorie van toelichting (nr. 9). De bepaling is nodig om zeker te stellen dat Nederland steeds in staat zal zijn invulling te geven aan zijn uit artikel 3 van de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Bij de voor dienstverlening van de informatiemaatschappij geldende bepalingen dient in de eerste plaats gedacht te worden aan hetgeen in de richtlijn aan geharmoniseerde bepalingen voor dienstverlening van de informatiemaatschappij is opgenomen, zoals deze zijn omgezet in de artikelen 15d en e van Boek 3, alsmede de artikelen 196c en 227b en c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast ziet het lid op eventuele overige bepalingen inzake dienstverlening van de informatiemaatschappij binnen het gecoördineerde gebied. Het tweede lid van artikel 3 van de richtlijn brengt tot uitdrukking dat lidstaten het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die worden verricht door in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners, niet mogen beperken, zoals de richtlijn het aanduidt: «om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied». Het gecoördineerde gebied strekt zich volgens de richtlijn (art. 2, onder h) uit tot alle uit het nationale recht voortvloeiende vereisten voor dienstverleners en dienstverlening van de informatiemaatschappij. Lidstaten mogen dus niet optreden tegen diensten van de informatiemaatschappij, verleend door in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners. In dit opzicht dient dus wederzijdse erkenning plaats te vinden en moet in beginsel vertrouwd worden op toezicht en handhaving door het land van vestiging. Door het eerste lid van de onderhavige bepaling wordt ook dit buiten twijfel gesteld.

Het tweede lid stelt voor de toepassing van het eerste lid een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte gelijk met een lidstaat van de Europese Unie.

Het derde lid strekt ertoe de in de bijlage bij de richtlijn genoemde onderwerpen van de werking van het eerste lid uit te sluiten en implementeert daarmee het derde lid van artikel 3 van de richtlijn. In het kader van deze omzetting is gekozen voor een formulering die leidt tot een zogenoemde dynamische verwijzing naar de bijlage bij de richtlijn, waardoor eventuele op de voet van artikel 21 van de richtlijn in de toekomst tot stand te brengen aanpassingen daarvan automatisch door de bepaling zullen worden bestreken.

Het vierde en vijfde lid van de onderhavige bepaling regelen de gronden waarop en de procedure met behulp waarvan van het beginsel van het eerste lid kan worden afgeweken ten aanzien van diensten van in een andere lidstaat gevestigde dienstverleners. Bij de formulering hiervan is nauw aangesloten bij de tekst van de richtlijn om zoveel mogelijk te verze-

keren dat hetgeen de Nederlandse autoriteiten door de implementatie aan bevoegdheden in dit kader verkrijgen overeenstemt met de mogelijkheden die de richtlijn biedt.

Uitgangspunt is dat het oorsprongslandbeginsel zoveel mogelijk recht wordt gedaan doordat daarvan slechts ten aanzien van bepaalde diensten van de informatiemaatschappij kan worden afgeweken. Wel zal het natuurlijk steeds de vraag zijn, in hoeverre de regeling effectief kan zijn indien uitsluitend zuiver individuele gevallen hiermee zouden kunnen worden geredresseerd. Zo is denkbaar dat een bepaalde aanbieder stelselmatig diensten verleent van een zodanig karakter of op een zodanige wijze dat dit aanleiding geeft tot het nemen van maatregelen. De regeling zou weinig effectief zijn indien ook dan steeds zou moeten worden volstaan met het nemen van maatregelen in een enkel, individueel geval. Het ligt dan ook voor de hand aan te nemen dat in zulke gevallen de maatregel bijvoorbeeld in zoverre generiek kan worden geformuleerd, dat alle diensten met dat karakter en verricht door die aanbieder door de maatregel worden getroffen.

De gronden waarop een dergelijke maatregel kan worden genomen, zijn vermeld in het vierde lid, onder a. Het gaat hier om gronden, verwant aan die welke aanleiding kunnen geven tot een zogenoemde algemeen belang-exceptie onder het EG-verdrag. Voorts bepaalt het vierde lid onder b dat de te nemen maatregelen niet verder mogen gaan dan in de gegeven omstandigheden met het oog op het te beschermen belang nodig is. Ook hiermee wordt derhalve tot uitdrukking gebracht dat de hoofdregel die van de leden 1 en 2 van artikel 3 van de richtlijn is (oorsprongslandbeginsel en wederzijdse erkenning) en dat deze zoveel mogelijk in stand moet worden gelaten. Hetzelfde geldt voor het onder c bepaalde, dat een maatregel ter afwijking van het in het eerste lid bepaalde in beginsel slechts mogelijk is nadat is komen vast te staan dat de lidstaat van vestiging van de dienstverlener geen afdoende maatregelen heeft genomen.

Het vijfde lid verleent een wettelijke basis om in urgente gevallen van het in het vierde lid, onder c, bepaalde af te kunnen wijken. Het oorsprongslandbeginsel wijkt derhalve waar onverwijld optreden in verband met de noodzakelijke bescherming van de in het vierde lid, onder a, genoemde algemene belangen nodig is. In dat geval behoeven de optredende autoriteiten slechts de Europese Commissie en de desbetreffende lidstaat onverwijld in kennis te stellen van de maatregelen en van de redenen waarom de reactie van die lidstaat in dat geval niet kon worden afgewacht. Wel volgt uit het, geen omzetting behoevende, zesde lid van artikel 3 van de richtlijn dat in een dergelijk geval de Europese Commissie steeds na zal gaan in hoeverre de maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. Is dat niet het geval, dan zal de Commissie de desbetreffende lidstaat verzoeken van de beoogde maatregelen af te zien of de uitvoering daarvan onmiddellijk te staken.

Artikel VI

Artikel 1, vierde lid, van de richtlijn bepaalt met zoveel woorden dat de richtlijn geen aanvullende regels op het gebied van het internationaal privaatrecht bevat en dat zij de bevoegdheid van rechterlijke instanties onverlet laat. In overweging 23 wordt gesteld dat bepalingen van het aan de hand van het internationaal privaatrecht aangewezen toepasselijke recht niet mogen leiden tot een beperking van de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te verlenen zoals omschreven in de richtlijn. Overweging 55 tenslotte maakt duidelijk dat de richtlijn onverlet laat welk recht van toepassing is op de contractuele verplichtingen uit consumentenovereenkomsten en dat zij er derhalve niet toe mag leiden dat de consument de bescherming verliest van de dwingendrechtelijke bepalingen van het recht van de lidstaat waar hij zijn gewone verblijf-

plaats heeft. Gelet op een en ander is het niet de strekking van de richtlijn de normale regels van internationaal privaatrecht, zoals o.m. vervat in het Verdrag van Rome van 19 september 1980 (Trb 1980, 156) (EVO) ten aanzien van het op overeenkomsten toepasselijke recht, opzij te zetten. De herziening van dat verdrag, mede in verband met een mogelijke aanpassing daarvan aan het elektronisch rechtsverkeer, en de omzetting daarvan in een verordening zijn momenteel in voorbereiding.

Toepassing van de normale regels van internationaal privaatrecht kan er derhalve toe leiden dat een ander recht van toepassing is dan dat van de lidstaat van vestiging van de dienstverlener. Het strookt echter met de bedoeling van de richtlijn ervoor te zorgen dat in ieder geval de door de richtlijn geharmoniseerde voorschriften steeds gelden in het geval de dienstverlener en de afnemer zijn gevestigd in een lidstaat, aangezien dit het vertrouwen van afnemers in het gebruik van diensten van de informatiemaatschappij zal versterken, hetgeen ook in het belang is van dienstverleners. Het eerste lid bepaalt dan ook dat een in Nederland gevestigde verlener van diensten van de informatiemaatschappij steeds, ook indien een eventuele met de afnemer tot stand gekomen overeenkomst door vreemd recht wordt beheerst, tegenover een in een lidstaat gevestigde afnemer gehouden is tot naleving van de geharmoniseerde voorschriften die ter implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wetgeving zijn opgenomen. De bepaling kan worden beschouwd als een toepassing van artikel 7, tweede lid, EVO. Zij bestempelt de desbetreffende Nederlandse voorschriften tot dwingend recht dat, ingeval de dienstverlener in Nederland is gevestigd en de afnemer in een lidstaat, van toepassing is, ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht. Zij geldt ten aanzien van alle overeenkomsten, ongeacht of het een consumentenovereenkomst dan wel een overeenkomst tussen beroepsbeoefenaren of bedrijven betreft. Gelet op het feit dat de hier bedoelde, door de richtlijn geharmoniseerde, bepalingen ook zullen voorkomen in het recht van andere lidstaten, zal de bepaling in de praktijk alleen betekenis hebben in gevallen waarin de algemene regels van internationaal privaatrecht leiden tot toepasselijkheid van het recht van een niet-lidstaat, die evenmin partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. In gevallen waarin de afnemer niet is gevestigd in een lidstaat of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, is de bepaling niet van toepassing, zodat daar de vraag naar het toepasselijk recht in volle omvang moet worden beantwoord aan de hand van de algemene regels van internationaal privaatrecht.

Het tweede lid heeft een strekking, vergelijkbaar met die van het eerste lid. Op het terrein van verbintenissen uit onrechtmatige daad geldt de per 1 juni 2001 in werking getreden Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (Stb. 190). Gelet op het voorgaande is het derhalve denkbaar dat op verbintenissen uit onrechtmatige daad verband houdend met de verlening van diensten van de informatiemaatschappij een ander recht van toepassing is dan dat van de lidstaat van vestiging van de dienstverlener. De bedoeling van de richtlijn lijkt echter te zijn dat de in de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn gelegen uitsluiting van aansprakelijkheid voor bepaalde vormen van doorgifte of opslag van informatie steeds dient te gelden voor in een lidstaat gevestigde dienstverleners. Het onderhavige lid bepaalt dan ook dat voor in Nederland gevestigde dienstverleners de in de artikelen 12 tot en met 14 geregelde uitsluitingen van aansprakelijk

heid gelden ongeacht het recht dat volgens de normale verwijzingsregels toepasselijk is op de desbetreffende verbintenis uit onrechtmatige daad.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink

bij de memorie van toelichting behorende bij het voorstel van Wet tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafrecht en de Wet economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel in de interne markt (PbEG L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel)

Transponeringstabel richtlijn – aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel:

Richtlijn	Wijze van omzetting
Art. 1	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepaling
Art. 2, a	Definitiebepaling in artikel 3:15d lid 3 BW
Art. 2, b	Omzetting niet nodig; niet alle definities behoeven omzetting
Art. 2, c	Omzetting niet nodig; niet alle definities behoeven omzetting
Art. 2, d	Omschrijving in artikel 3:15d lid 1 BW
Art. 2, e	Omzetting niet nodig; niet alle definities behoeven omzetting
Art. 2, f	Definitiebepaling in artikel 3:15e lid 3 BW
Art. 2, g	Omzetting niet nodig; niet alle definities behoeven omzetting
Art. 2, h	Omzetting niet nodig; niet alle definities behoeven omzetting
Art. 3, lid 1	Omzetting in artikel V lid 1
Art. 3, lid 2	Omzetting in artikel V lid 2
Art. 3, lid 3	Omzetting in artikel V lid 3
Art. 3, lid 4	Omzetting in artikel V lid 4
Art. 3, lid 5	Omzetting in artikel V lid 5
Art. 3, lid 6	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepaling
Art. 4	Omzetting niet nodig; zorgplicht van Nederland in deze behoeft niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 5	Omzetting in artikel 3:15d leden 1 en 2 W.
Art. 6 + 7	Omzetting in artikel 3:15e leden 1 en 2 BW
Art. 8	Omzetting niet nodig; zorgplicht van Nederland in deze behoeft niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 9, lid 1	Omzetting in artikel 6:227a lid 1 BW
Art. 9, lid 2	Omzetting in 6:227a leden 2 en 3 BW
Art. 9, lid 3	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepaling
Art. 10	Omzetting in artikel 6:227b BW
Art. 11	Omzetting in artikel 6:227c BW
Art. 12, 13 + 14	Omzetting in artikelen 6:196c BW en 54a Sr
Art. 15, lid 1	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepaling; zorgplicht van Nederland in deze behoeft niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 15, lid 2	Omzetting van eerste deel in artikel 54a SR onder b; omzetting tweede deel niet nodig
Art. 16	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepaling; zorgplicht van Nederland in deze behoeft niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 17	Omzetting niet nodig; zorgplicht van Nederland in deze behoeft niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 18	Omzetting niet nodig; kort gedingprocedure voorziet hierin, voor het overige behoeft de zorgplicht van Nederland in deze niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 19, lid 1	Omzetting in artikel 3:15f lid 3 BW
Art. 19, lid 2	Omzetting in artikel 3:15f lid 2 BW
Art. 19, lid 4	Omzetting in artikel 3:15f lid 1 BW
Art. 19, lid 5	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepaling; zorgplicht van Nederland in deze behoeft niet in wetgeving te worden opgenomen
Art. 20	Omzetting d.m.v. sancties verwerkt in bovengenoemde artikelen, alsmede in aanvulling daarop in artikel 1, onder 4, van de Wet op de Economische Delicten.
Art. 21 t/m 24	Omzetting niet nodig i.v.m. aard bepalingen