

Overeenkomsten per e-mail

Arnold Roosendaal

Over de schijnbare onmogelijkheid van een eerlijke bewijslastverdeling

Stel: u krijgt via internet een dienst, bijvoorbeeld toegang tot een databank, aangeboden door een bedrijf dat uitsluitend via internet handelt. U sluit via de website van het bedrijf een overeenkomst. Achteraf blijkt de dienst niet aan uw wensen te voldoen en besluit u, binnen de herroepingstermijn, de overeenkomst te ontbinden door het verzenden van een e-mailbericht (wat via de website mogelijk wordt gemaakt). De eerstvolgende keer dat u iets van het bedrijf verneemt is wanneer de deurwaarder bij u op de stoep staat. Het bedrijf stelt dat zij nooit een e-mail heeft ontvangen en dat de overeenkomst daarom gewoon tot stand is gekomen.

Een lastig punt, want u stelt dat de e-mail wel degelijk is verstuurd en in ons recht geldt het adagium “wie stelt moet bewijzen”. In dit geval komt het bewijzen neer op het bewijzen van de ontvangst van de e-mail door de wederpartij.

Is dit een eerlijke bewijslastverdeling? Om deze vraag te beantwoorden zal ik achtereenvolgens ingaan op de theorie omtrent bewijslastverdeling, de ontvangsttheorie en de problemen die hierbij ontstaan bij e-mailverkeer. Vervolgens zal ik mogelijkheden opperen om de bewijslast wel eerlijk te verdelen en in de conclusie een en ander kort samenvatten.

Bewijslastverdeling

Art. 150 Rv stelt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Een alleszins redelijk artikel. De crux zit hem echter in het open begrip “redelijkheid en billijkheid”. Want op welk moment is daarvan sprake? Normaliter vindt aan de hand hiervan een omkering van de bewijslast plaats, wanneer van de stellende partij niet gevegd kan worden dat zij haar stelling onderbouwt, bijvoorbeeld omdat de tegenpartij in het bezit is van bewijsmateriaal. Onmogelijkheid van bewijs aanvoeren lijkt hier het criterium. Hoe zit dat dan bij het bewijzen van ontvangst door de wederpartij?

Ontvangsttheorie

In art. 3:37 lid 3 BW is de ontvangsttheorie vastgelegd: “Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt.” Dat betekent in de eerste plaats dat de verklaring die de wederpartij niet of niet tijdig bereikt, nimmer werking verkrijgt.¹ Het bereiken van de wederpartij is dus het criterium. Of de wederpartij de verklaring inderdaad leest is niet van belang, dat valt binnen de risicosfeer van de ontvanger zelf.

In beginsel is er dus geen werking bij niet bereiken, maar in de tweede zin van art. 3:37 lid 3 BW zijn enkele risicocorrecties opgenomen. Zo is er wel werking indien het niet of niet tijdig bereiken voor risico van de ontvanger komt wegens 1) eigen handeling, 2) handeling van personen in zijn sfeer of 3) persoonlijk betreffende omstandigheden.² Deze correcties kunnen nog van belang zijn in onze casus, met name de tweede. Hijma noemt hier als voorbeeld: “geadresseerdes bode vergeet hem een brief af te geven”³. In de huidige tijd is het wellicht mogelijk om deze correctie uit de wetbepaling dusdanig te interpreteren dat ook een mail-server hieronder valt. Mijns inziens gaat

¹ J.Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p.33

² J.H.Nieuwenhuis, C.J.J.M.Stolker & W.L.Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2003, p.1269

³ J.H.Nieuwenhuis, C.J.J.M.Stolker & W.L.Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2003, p.1269

dat echter te ver. De wetgever heeft hier gedoeld op feiten en omstandigheden waar de ontvanger invloed op kan uitoefenen. Een mail-server is echter geen persoonlijke ondergeschikte, dus van invloed in de zin van zeggenschap kan geen sprake zijn.

Problemen bij e-mailverkeer

De wetgever heeft grote moeite om de technische ontwikkelingen bij te houden. Dit wil echter geenszins zeggen dat de wetgever zijn best niet doet om alles goed te reguleren. Aansluitend bij internet en e-commerce is de richtlijn “koop op afstand”⁴ geïmplementeerd. Art. 6 van de richtlijn (art. 7:46d BW) regelt een zeer ruim herroepingsrecht. De (Europese) wetgever heeft hierin erkend dat elektronisch handelen verschilt van een ‘normale’ koop in een winkel, onder meer doordat de consument het product niet kan keuren. De consument loopt hierdoor een groot risico niet te krijgen waar hij voor heeft gekozen en betaald.⁵ Het herroepingsrecht geldt voor de termijn van 7 dagen. Of herroeping ook per e-mail mogelijk is, wat bij e-commerce toch wel voor de hand ligt, is echter nergens vastgelegd. In dat geval kan gewoon worden vastgehouden aan art. 3:37 lid 1 BW, dat bepaalt dat verklaringen vormvrij zijn. Een verklaring per e-mail is wettelijk gezien dus zeker toegestaan.

En hoe zit het vervolgens met het bewijsrecht bij e-mailverkeer? “De relevantie voor het bewijsrecht specifiek voor het elektronisch rechtsverkeer is gelegen in het feit dat een elektronische omgeving niet of nauwelijks ‘tastbaarheden’ kent, hetgeen het leveren van bewijs gecompliceerder kan maken.”⁶ Een voor de hand liggend criterium is echter dat een bericht is ontvangen wanneer het in de mailbox van de ontvanger terecht komt. Op dat moment is voldaan aan de ontvangsttheorie. In dit verband is uiteraard ook relevant dat blijkens art. 3:37 lid 4 BW het risico voor het gebruik van e-mail als communicatiemedium in principe voor de afzender komt, tenzij door de ontvanger was bepaald dat er via e-mail zou moeten worden gecommuniceerd. Storingen in e-mailcommunicatie zijn geen uitzondering, maar een regelmatig terugkerend verschijnsel.⁷

Deze risicotoeiding kan van doorslaggevend belang zijn, zo blijkt uit het volgende voorbeeld. “Voor wat e-mailverkeer betreft is nodig maar ook voldoende dat het betreffende bericht in de “in-box” van de geadresseerde is ingekomen. Verzending alleen is dus onvoldoende. Welnu, uit niets blijkt dat de e-mail [...] [eiser] heeft bereikt (door middel van ontvangst in diens in-box). Nu het op de weg van [gedaagde] ligt om van zijn andersluidende stelling bewijs bij te brengen, is voorshands niet aannemelijk dat er tussen partijen een koopovereenkomst [...] tot stand is gekomen.”⁸ De (onmogelijk te vervullen) bewijslast lag hier dus volledig bij de verzender. Enige mogelijkheid om de ontvangst nog te bewijzen is een uitdraai van de in-box van de geadresseerde. Los van vereiste medewerking is ook fraudegevoeligheid (delete message) hier een groot obstakel.

Een ander probleem dat zich hier aandient is dat het verzenden niet automatisch betekent dat een bericht ook is ontvangen (en wanneer). De verzender krijgt normaal gesproken niet direct feedback omtrent de ontvangst van de e-mail. Zodra de verzendbutton is aangeklikt is de verzender alle controle kwijt over het bericht. Het bericht wordt over het internet gestuurd en door verschillende computers verder gezonden alvorens het haar bestemming bereikt.⁹ Het kan onderweg dus op vele punten misgaan. Hoe kunnen deze problemen beperkt worden?

⁴ 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 1997 L 144/19 van 4 juni 1997

⁵ A. van Staden ten Brink, M. Goudkade en T. Elseman (red.), *E-commerce, juridische knelpunten praktisch belicht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p.90

⁶ Nota ‘Wetgeving voor de elektronische snelweg’, Kamerstukken II 1997/98, 25 880, nrs. 1-2

⁷ H.W.K. Kaspersen en C. Stuurman, *Juridische aspecten van e-mail*, Deventer: Kluwer 2001, p.71-72

⁸ Rb. Maastricht (KG) 6 augustus 2003, *LJN: AM8554*, r.o. 3.4 en 3.5

⁹ M. Chissick & A. Kelman, *Electronic commerce: law and practice*, London: Sweet & Maxwell 1999, p.73

Mogelijke oplossingen

Het lijkt mij onmogelijk om alle problemen nu direct op te lossen. Toch zijn er enkele mogelijkheden om de problemen tenminste te beperken. Allereerst is het voor verzenders wellicht verstandig om het zekere voor het onzekere te nemen en cruciale berichten tweemaal te verzenden, zodat de kans op een goede ontvangst verdubbeld wordt. Dit is zonder problemen te realiseren. Indien mogelijk is telefonische verificatie van de ontvangst natuurlijk nog beter.

Daarnaast is het voor de verzender mogelijk om berichten via de BCC-optie eveneens naar zichzelf te verzenden. Op die manier is er altijd een bewijs van verzenden. Het is bij sommige mail-servers ook mogelijk om een verzendbevestiging te ontvangen (of een melding wanneer het verzenden is mislukt). Dit levert echter geen extra bewijs op, omdat deze verzending slechts reikt tot aan de provider van de verzender. Daarna volgen nog vele stappen voordat het bericht bij de ontvanger terecht komt.

Indien mogelijk is het een goede optie om een ontvangstbevestiging te vragen aan de geadresseerde. Ook dit kan per e-mail door eenvoudig een reply te verzenden.

Nu providers een wettelijke bewaarplicht voor verkeersgegevens krijgen kan uit die gegevens ook bewijsmateriaal gehaald worden. Dit lijkt mij echter zoeken naar een speld in een hooiberg en in de meeste gevallen niet rendabel.

Verder lijkt mij bij ontvangen berichten een omkering van de bewijslast redelijk indien het bericht door slordigheid verkeerde informatie bevat.¹⁰

Conclusie

De vraag wat een redelijke/eerlijke bewijslastverdeling is bij overeenkomsten gesloten per e-mail is zeer moeilijk te beantwoorden. In de praktijk leidt het adagium “wie stelt moet bewijzen” zeker niet altijd tot een redelijke uitkomst. Tastbaar bewijs van e-mailverkeer is echter moeilijk te overleggen. Het zal dus in de praktijk veelal op het inzichtelijk oordeel van de rechter aankomen. Uit bovenstaande blijkt dat de verzender uit de voorbeeldcasus, welke genoemd is in de inleiding, weinig tot geen mogelijkheden heeft om zijn rechtmatige ontbinding van de overeenkomst gestand te doen. De ontvangsttheorie biedt wellicht uitkomst, door te stellen dat er geen andere mogelijkheid was dan elektronische communicatie, waardoor het ontvangstprobleem op grond van art. 3:37 lid 4 BW aan het internetbedrijf kan worden toegerekend.

Gezien de huidige technologische en maatschappelijke ontwikkelingen ligt het echter voor de hand dat er steeds meer problemen rond e-mailverkeer zullen komen en dat dit ook regelmatig tot gerechtelijke procedures zal leiden. Hier ligt dus nog een belangrijke taak voor de wetgever om een en ander vast te leggen om problemen te voorkomen of te beperken. Een zware taak, maar zeker ook noodzakelijk!

¹⁰ Zoals ook betoogd door Bettinger in: Bettinger & Leistner, *Werbung und Vertrieb im Internet*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2003, p.633