

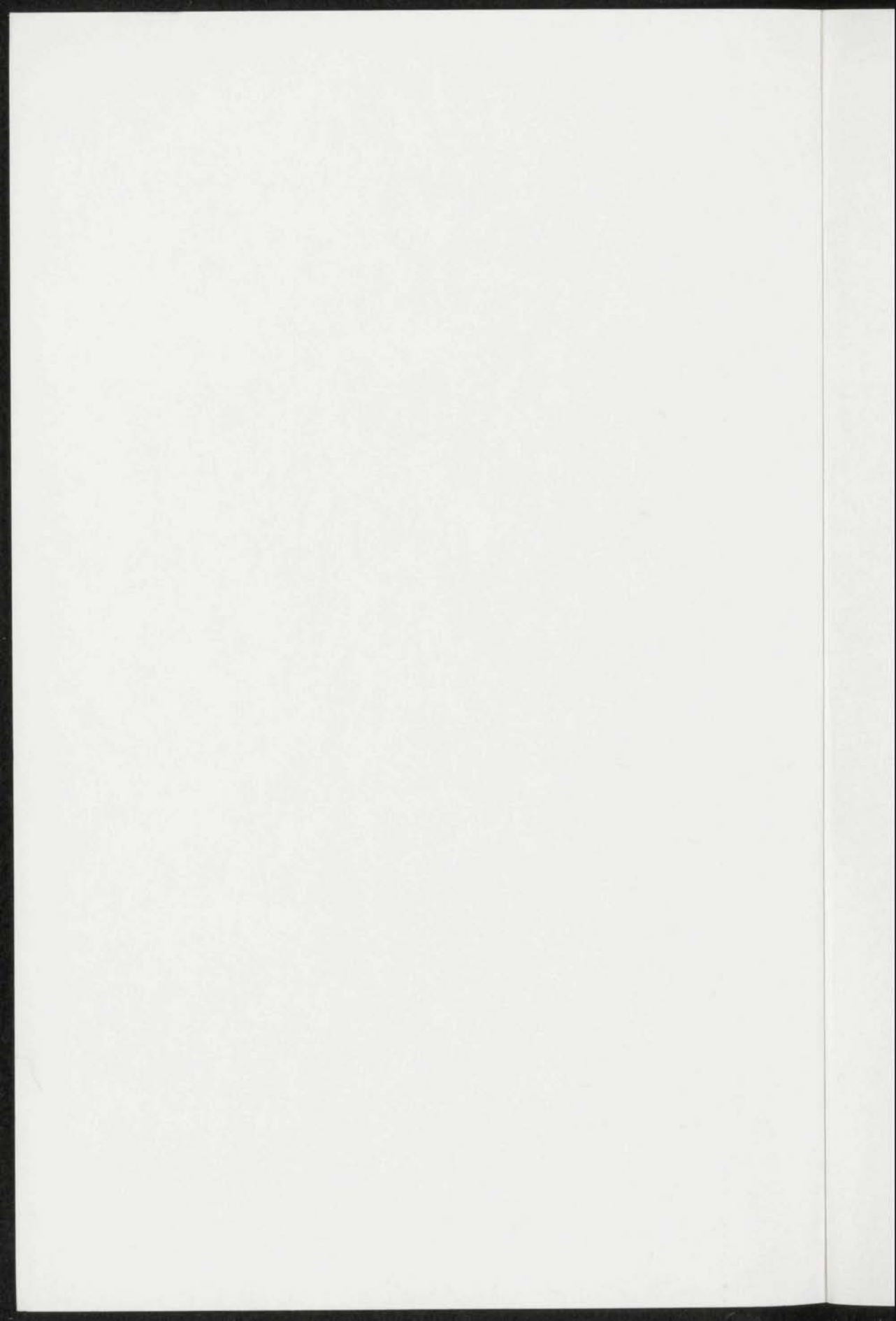
PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2001

Afscheid van papier
handelsrecht en moderne technologie

Prof. mr R.E. van Esch
Prof. mr J.W. Winter
Prof. mr G.J. van der Ziel

W.E.J. TJEENK WILLINK



Afscheid van papier

handelsrecht en moderne technologie

Prof. dr. R.E. van Esch

Prof. mr. J.W. Waack

Prof. mr. G.J. van der Ziel



W.J. THIJSSSEN WILLEMS ZON

1911

1912

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2001

Afscheid van papier

handelsrecht en moderne technologie

Prof. mr R.E. van Esch

Prof. mr J.W. Winter

Prof. mr G.J. van der Ziel



W.E.J. TJEENK WILLINK - 2001

W.E.J. Tjeenk Willink is een imprint van Kluwer Juridische Uitgevers te Deventer

ISBN 90 271 5319 1

©2001 Vereniging 'Handelsrecht'

Secretariaat van de Vereniging 'Handelsrecht':

Mr P. de Baat

Weena 70, 3012 CM Rotterdam

Postbus 100, 3000 AC Rotterdam

tel. (010) 4017927

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Afscheid van het papier

Moderne technologie en het handelsrecht

Inleiding

Papier is lange tijd een zeer geavanceerd medium voor communicatie geweest. Op papier konden gegevens bovendien voor lange tijd worden vastgelegd. De op papier vastgelegde gegevens bleven raadpleegbaar voor partijen. Papier bood oorspronkelijk ook een relatief goede bescherming tegen manipulatie en kon daarom als bewijsmiddel dienen. Het handelsrecht heeft deze eigenschappen van papier optimaal benut en daar nog een bijzondere dimensie aan toegevoegd. Het papier dat diende ter communicatie, vaststelling, raadpleging en bewijs, kon ook worden gebruikt om rechten in te belichamen. Een briljante juridische vondst. Door overgave van een dergelijk waardepapier konden rechten op betaling, of afgifte van goederen door de ene partij zeer eenvoudig aan de andere partij worden overgedragen. Het houden van het waardepapier legitimeerde de houder als gerechtigde. In het handelsverkeer nam het waardepapier een grote vlucht. Het cognossement werd het juridische instrument bij uitstek in het vervoerrecht, waarmee goederen in transit efficiënt van eigenaar konden wisselen. De wissel en cheque bleken zeer efficiënte betalingsmiddelen, vooral in het internationale handelsverkeer. Effecten aan toonder maakten de afwikkeling van beurstransacties betrekkelijk eenvoudig.

Als middel voor efficiënte communicatie en vastlegging van gegevens wordt het papier vandaag de dag volledig ingehaald door de moderne informatie- en communicatietechnologie. We communiceren via e-mail- en sms-berichten en met behulp van internet- en intranettechnologie, we leggen gegevens vast in elektronische databestanden. De betekenis van papier in onze communicatie en ons beheer en verwerking van gegevens wordt steeds kleiner. We nemen afscheid van het papier.

In dit preadvies staat de vraag centraal wat het afscheid van het papier betekent voor het handelsrecht. In een inleiding beschrijft Van Esch het gebied van de elektronische handel en de aanzetten tot juridische regulering daarvan. In zijn preadvies gaat hij vervolgens in op de betekenis van elektronische alternatieven voor het wissel- en chequerecht. Winter bespreekt de potentiële gevolgen van de moderne technologie voor het vennootschapsrecht. Deze gaan mogelijk veel verder dan het enkel vervangen van schriftelijkheidsvoorschriften door elektronische alternatieven. Van der Ziel bespreekt tenslotte de mogelijkheden van het elektronisch cognossement in het vervoerrecht.

INHOUDSOPGAVE

AFSCHEID VAN PAPIER - HANDELSRECHT EN MODERNE TECHNOLOGIE

De elektronische handel - Een inleiding

Prof. mr R.E. van Esch

1.	Inleiding	3
2.	Voorbeelden van technologieën	3
3.	Juridische problemen	5
4.	Juridisch kader voor elektronische handel	6
4.1	Inleiding	6
4.2	Wetgeving	7
4.2.1	Algemeen	7
4.2.2	Europese regelgeving	9
4.2.2.1	Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten	9
4.2.2.2	Richtlijn elektronische handtekeningen	9
4.2.2.3	Richtlijn inzake elektronische handel	11
4.3	Model overeenkomsten/model algemene voorwaarden	13
4.4	Zelfregulering	14

De elektronische wissel en de elektronische cheque

Prof. mr R.E. van Esch

1.	Inleiding	19
2.	De elektronische wissel en cheque	21
3.	Vormvoorschriften	23
3.1	Geschrift	23
3.1.1	Inleiding	23
3.1.2	Raadpleging	23
3.1.3	Voorkomen van fraude	25
3.1.4	Bewijsmiddel	28
3.1.5	Conclusie	31
3.2	Elektronische handtekening	31
3.2.1	Inleiding	31
3.2.2	Soorten elektronische handtekening	32
3.2.3	Identificatie	34
3.2.4	Vaststellen authenticiteit	36
3.2.5	Wilsuiting	38
3.2.6	Vertegenwoordigingsbevoegdheid	38
3.2.7	Origineel	39
3.2.8	Gelijkstelling elektronische handtekening met schriftelijke handtekening in wetgeving	40
3.2.9	Conclusie	40
3.3	Andere vormvoorschriften betreffende de inhoud van de cheque	41

4.	De twee zijden van de wissel en cheque	42
5.	Het afschrift	43
6.	De gekruiste cheque	43
7.	Goederenrechtelijke aspecten	44
7.1	Levering	44
7.1.1	Inleiding	44
7.1.2	Formele legitimatie	47
7.1.3	Tijdsmarkering	50
7.1.4	Conclusie	51
7.2	Verkrijging van een beschikkingsonbevoegde	51
8.	De wissel en het documentair accreditief	52
9.	Slot	53

Vennootschapsrecht en moderne technologie

Prof. mr J.W. Winter

I.	Inleiding	57
1.	Inleiding en afbakening	57
2.	Vier typen directe gevolgen van moderne technologie	58
3.	Indirecte gevolgen	61
4.	De digitale persoon en de virtuele vennootschap	61
II.	Vorm	62
5.	Vormvereisten in Boek 2 BW	62
5.1	Schriftelijkheid	63
5.2	Akte	71
5.3	Notariële akte	72
6.	Deponeren en publiceren	75
6.1	Deponeren	75
6.2	Publiceren	77
6.3	Geïntegreerde vennootschappelijke informatie	78
7.	Dematerialisatie van aandelen	82
III.	Tijd en plaats	93
8.	Termijnen in Boek 2 BW	93
9.	De vennootschappelijke zetel	95

IV. Functie	98
10. Jaarrekening en kapitaalbescherming	98
11. Vergaderen en besluiten door aandeelhouders	103
11.1 De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap	103
11.2 De aandeelhoudersvergadering in besloten vennootschapsverhoudingen	112
V. Indirecte gevolgen	113
12. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen	114
13. Concernverhoudingen	117
VI. De digitale persoon en de virtuele vennootschap	122
14. De digitale persoon	122
15. De virtuele vennootschap: Cybernetica en Governance	135

Naar de afschaffing van het papieren cognossement, een case studie

Prof. mr G.J. van der Ziel

1.	Inleiding	139
1.1	Algemeen	139
1.2	Indeling onderwerp	140
1.3	Enige literatuur	141
2.	Funcities van het cognossement	142
2.1	Algemeen	142
2.2	Gegevensdrager	142
2.3	Ontvangstbewijs	143
2.4	Vervoerscontract	144
2.5	Positie derde houder	145
	2.5.1 Legitimatie	145
	2.5.2 Conclusie evidence rule	146
	2.5.3 Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid	147
2.6	Leveringsdocument	148
2.7	Zekerheidsfunctie	149
2.8	Overige goederenrechtelijke aspecten	150
2.9	Toepasselijk recht	150
3.	De ontwikkelingen in de praktijk	151
3.1	ACL's 'Cargo Key Receipt' Systeem	151
	3.1.1 Inleiding	151
	3.1.2 Beschrijving van het systeem	151
	3.1.3 Commentaar	153

3.2	Seadocs Project	155
3.2.1	Inleiding	155
3.2.2	Beschrijving van het systeem	156
3.2.3	Commentaar	157
3.3	De CMI Regels	158
3.3.1	Inleiding	158
3.3.2	De essentie van de CMI regels	159
3.3.3	Kritiek op de CMI regels	161
3.3.4	Tekortkomingen van de CMI regels	163
3.4	UNCITRAL Modelwet, art. 16 en 17	164
3.4.1	Inleiding	164
3.4.2	Art. 16 en 17 inhoudelijk	165
3.4.3	Commentaar op art. 16 en 17	166
3.5	Bolero	167
3.5.1	Inleiding	167
3.5.2	Hoe werkt Bolero?	168
3.5.2	Commentaar	170
4.	De toekomst	172
4.1	Centrale registratiesystemen	172
4.2	De rol van het cognossement teruggedrongen	173
4.3	Het CMI project "Issues of transport Law"	174
4.4	EU Richtlijn inzake elektronische handel	175
	Bijlage 1: CMI Regels	177
	Bijlage 2: Art. 16 en 17 van de UNCITRAL Modelwet	183

De elektronische handel - Een inleiding

Prof. mr. R.E. van Esch

*Adjunct-directeur Directoraat Juridische en Fiscale Zaken Rabobank
Nederland,
Bijzonder hoogleraar juridische aspecten van elektronische gegevens-
uitwisseling Universiteit Leiden,
Adviseur e-commerce Nauta Dutilh*

1. The first part of the paper is devoted to a general

discussion of the problem of the

role of the

in the

of the

the

the

the

1. Inleiding

In het internationale handelsverkeer wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van de mogelijkheden die informatie- en communicatietechnologie (ICT) biedt voor de elektronische uitwisseling en opslag van gegevens. Het op ICT gebaseerde handelsverkeer wordt ook wel aangeduid met het begrip "elektronische handel". Het begrip "elektronische handel" kan worden gedefinieerd als het geheel van zakelijke handelingen die op elektronische wijze worden uitgevoerd ter verbetering van de efficiency en de effectiviteit van markt- en bedrijfsprocessen.¹

Onder de elektronische handel vallen zakelijke handelingen tussen:

- a. bedrijven onderling,
- b. bedrijven en consumenten,
- c. bedrijven en overheid.

Daarbij gaat het om handelingen van verschillende aard, zoals de uitwisseling van productgegevens, het plaatsen van orders, het verrichten van informatiediensten, het elektronisch bankieren, de uitwisseling van facturen, het verstrekken van gegevens aan de overheid ter uitvoering van belastingwetgeving, het verstrekken van gegevens aan het Centraal Bureau voor de Statistiek enz.

De elektronische uitwisseling van gegevens tussen consumenten en overheden behoort niet tot de elektronische handel, omdat hierbij geen bedrijf betrokken is.

2. Voorbeelden van technologieën

Voor de elektronische handel kunnen verschillende informatie- en communicatietechnologieën worden gebruikt. Hierna zal ik op enkele voorbeelden kort ingaan.

Electronic Data Interchange (EDI)

EDI kan worden gedefinieerd als de elektronische uitwisseling van gestructureerde en genormeerde berichten tussen informatiesystemen.² Kenmerkend voor EDI is dat tussen de afzender en de ontvanger zodanige afspraken over de berichtenstructuur, de data-elementen in het bericht en de

¹ Dit is een definitie die het Ministerie van Economische Zaken hanteert in het Actieplan Electronic Commerce 1998.

² Zie R.E. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht*, Serie Onderneming en Recht 14, 1999, p. 11-30.

syntaxis van een elektronisch bericht zijn gemaakt dat de gegevens uit het bericht zonder menselijke tussenkomst door een informatiesysteem kunnen worden verwerkt.³ Een voorbeeld van een EDI-systeem is ODETTE, dat wordt toegepast in de automobiellindustrie. Door middel van ODETTE kunnen autofabrikanten op elektronische wijze de onderdelen van de auto's bestellen bij de toeleveranciers.⁴

Internet

Internet is het wereldwijde netwerk (van onderling verbonden lokale en internationale netwerken), waarbinnen computers op basis van het TCP/IP protocol en met behulp van routers onderlinge verbindingen tot stand kunnen brengen.⁵ Internet is een communicatienetwerk, dat kan worden gebruikt voor de uitwisseling van elektronische gegevens tussen twee computers. Een voorbeeld van elektronische handel via Internet is de leverancier die op zijn website goederen te koop aanbiedt.⁶

EDI via Internet

Thans wordt voor de opmaak van pagina's van een website op Internet veelal gebruik gemaakt van HTML (Hyper Text Markup Language). Verwacht wordt dat in de elektronische handel deze opmaaktaal in de toekomst zal worden vervangen door XML (Extended Markup Language). XML biedt de mogelijkheid om webpagina's zodanig te structureren dat de gegevens op deze pagina's ook zonder menselijke tussenkomst kunnen worden verwerkt. Daardoor wordt EDI via Internet mogelijk.

E-mail

E-mail is de postdienst over Internet, waarbij gebruik wordt gemaakt van Internet Service Providers voor de verzending en de ontvangst van elektronische berichten. Anders dan bij EDI zijn e-mailberichten ongestructureerd. Voor de verwerking van de gegevens in een e-mailbericht is dan ook voortsnog menselijke tussenkomst vereist. Bij e-mail zou men bijvoorbeeld

³ Hiervoor zijn internationale standaarden ontwikkeld door de EDIFACT Working Group van de UN/CEFACT. Deze standaarden zijn bekend onder de naam EDIFACT standaarden. EDIFACT is het acroniem voor EDI for Administration, Commerce and Transport. Zie over deze standaarden Van Esch 1999, supra noot 2, p. 16-19.

⁴ Zie voor een overzicht van EDI-systemen in Nederland *Nationale EDI-gids 1995. Handboek voor gebruikers van EDI-produkten en -diensten*, Leidschendam: EDIFORUM 1994, p. 24-218.

⁵ Definitie van Internet opgenomen in H. Franken, H.W.K. Kaspersen, A.H. de Wild (red.), *Recht en Computer*, Serie Recht en Praktijk 36, 1997, p. XVI.

⁶ Voor een groot aantal voorbeelden van websites in de elektronische handel verwijs ik naar *Elektronisch zakendoen. Inspiratie voor het midden- en kleinbedrijf*, Syntens 1999.

kunnen denken aan een detaillist die aan de hand van een (elektronische) catalogus via e-mail een bestelling plaatst bij de groothandel.

3. Juridische problemen

De toepassing van ICT in de handel roept juridische problemen op. Hiervoor is een aantal oorzaken aan te wijzen.

Ten eerste staan er in de Nederlandse wetgeving bepalingen die voorschrijven dat een rechtshandeling in een bepaalde vorm moet worden verricht, zoals een onderhandse of authentieke akte. Een akte is een ondertekend geschrift. Wordt niet aan een dergelijk wettelijk vormvereiste voldaan, dan is de rechtshandeling op grond van art. 3:39 BW nietig, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Denk bijvoorbeeld aan het stil pandrecht op vorderingen op naam, dat krachtens art. 3:239 lid 1 BW kan worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte.

Schrijft de wet voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling op straffe van nietigheid een akte voor, dan kan deze rechtshandeling niet rechtsgeldig worden verricht door het uitwisselen van elektronische verklaringen.⁷ Maar ook indien de wet een ander rechtsgevolg dan nietigheid verbindt aan het niet naleven van een wettelijk vormvoorschrift, zoals een vernietigbaarheid van de rechtshandeling door één van de partijen, kan dit rechtsgevolg een belemmering vormen voor het verrichten van de betreffende rechtshandeling op elektronische wijze.

Ten tweede is van een aantal wettelijke bepalingen niet duidelijk op welke wijze zij dienen te worden toegepast op rechtshandelingen verricht in het kader van de elektronische handel. Dit komt omdat de wetgever er bij de formulering van deze wettelijke bepalingen geen rekening mee heeft gehouden dat gegevens op elektronische wijze kunnen worden uitgewisseld. Hierna volgen enkele voorbeelden van dergelijke wettelijke bepalingen.

Zo bepaalt art. 6:221 BW dat een mondeling aanbod vervalt indien het niet onmiddellijk wordt aanvaard en een schriftelijk aanbod indien het niet

⁷ Tenzij men ervan uitgaat dat een elektronisch bericht dat aan bepaalde voorwaarden voldoet, voor de toepassing van een bepaald wettelijk vormvoorschrift gelijkgesteld kan worden met een geschrift. Zie J.E.J. Prins, S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Studiepockets Privaatrecht 61, 2000, p. 114-118, die een gelijkstelling aanvaardbaar achten in het geval dat het elektronisch document en de elektronische handtekening dezelfde functies vervullen als met het vormvereiste van een (ondertekend) geschrift worden beoogd.

binnen een redelijke tijd wordt aanvaard. Niet duidelijk blijkt uit deze wettelijke bepaling binnen welke termijn een elektronisch aanbod dient te worden aanvaard om te voorkomen dat het verval.⁸

Een gebruiker van algemene voorwaarden doet er verstandig aan om de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden om kennis te nemen van de inhoud van de algemene voorwaarden. Doet hij dit niet, dan kan de wederpartij op grond van art. 6:233 sub b BW de nietigheid inroepen van een beding in deze algemene voorwaarden. In art. 6:234 BW is nader uitgewerkt op welke wijze de gebruiker van algemene voorwaarden aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid tot kennisneming kan bieden. Niet duidelijk is op welke wijze deze wettelijke bepalingen dienen te worden toegepast in een elektronische omgeving, zoals Internet.⁹

De onduidelijkheid over de toepassing van rechtsregels leidt tot rechts-onzekerheid.

Ten derde ontbreekt er op dit moment rechtspraak met betrekking tot een aantal juridische aspecten van de elektronische handel, zodat hieraan geen houvast kan worden ontleend. Zo zal bijvoorbeeld vaak niet duidelijk zijn welke bewijskracht de rechter zal toekennen aan een elektronisch document.

4. Juridisch kader voor elektronische handel

4.1 Inleiding

Onzekerheid omtrent de wijze van toepassing van rechtsregels in de elektronische handel kunnen een belemmering vormen voor de ontwikkeling daarvan. Er is om deze reden behoefte aan een adequaat juridisch kader voor de elektronische handel. Wereldwijd wordt gewerkt aan een dergelijk juridisch kader. De initiatieven vinden plaats zowel op

⁸ Zie over deze problematiek Van Esch 1999, supra noot 2, p. 116-118; Prins, Gijrath 2000, supra noot 7, p. 135-136.

⁹ Zie over de toepassing van deze bepalingen in een EDI-omgeving, Van Esch 1999, supra noot 2, p. 214-218. Voor beschouwingen over de toepassing in een Internet-omgeving verwijs ik naar R.E. van Esch, "Digitaal contracteren", in: G.J. Niezen, M.J.G.C. Raaijmakers, A.J.S.M. Tervoort (red.), *Ongebonden recht bedrijven. Bedrijfsjuridische opstellen op de grens van het derde millennium bij gelegenheid van het 70-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, 2000, p. 36-37; Prins, Gijrath 2000, supra noot 7, p. 121-122; R.E. van Esch, Chr.P.G. Bramer, "Algemene voorwaarden en informatieplicht in cyberspace", *Computerrecht* 2000-6, p. 283-288.

nationaal, supranationaal als internationaal niveau. Bij supranationaal niveau kan men denken aan de regelgeving van de EU op dit terrein, zoals de richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten, de richtlijn elektronische handtekeningen en de richtlijn inzake elektronische handel. Bij internationaal niveau kan men denken aan de initiatieven van de UNCITRAL (de Model Law on Electronic Commerce 1996) en de UN/CEFACT (de Model Electronic Commerce Agreement).

De initiatieven kunnen worden onderverdeeld in:

- a. wetgeving,
- b. model overeenkomsten, model algemene voorwaarden,
- c. zelfregulering.

Hierna zal op de verschillende instrumenten voor het creëren van een juridisch kader voor de elektronische handel nader worden ingegaan. Er zij op gewezen dat deze instrumenten complementair zijn. Alle instrumenten tezamen kunnen zorgen voor een adequaat juridisch raamwerk, dat partijen voldoende houvast biedt bij het elektronisch zakendoen.

4.2 Wetgeving

4.2.1 Algemeen

Het eerste instrument is wetgeving. Daar waar de wet een belemmering vormt voor de elektronische handel of onzekerheid bestaat over de wijze van toepassing van wettelijke bepalingen op rechtshandelingen verricht in het kader van de elektronische handel, zou de wet kunnen worden aangepast of aangevuld.

Het voordeel van wetgeving is dat er relatief snel rechtszekerheid kan worden gecreëerd. Een nadeel kan zijn dat wettelijke bepalingen in sommige gevallen technologie-afhankelijk moeten zijn, om de gewenste rechtszekerheid te creëren.

UNCITRAL

Een model voor wetgeving op het terrein van de elektronische handel vinden we in de Model Law on Electronic Commerce 1996 van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Dit is een modelwet, die is ontwikkeld door een aantal specialisten op het terrein van het internationale handelsrecht. Nationale wetgevers die hun wetgeving willen aanpassen aan de ontwikkelingen in de elektronische handel, zouden

deze modelwet als voorbeeld kunnen gebruiken.¹⁰ In deze modelwet vinden we onder meer modelbepalingen met betrekking tot de gelijkstelling van elektronische documenten met geschriften en elektronische handtekeningen met schriftelijke handtekeningen. Bovendien bevat deze modelwet twee modelbepalingen, die betrekking hebben op elektronische vervoersdocumenten zoals het *cognossement*.

Rapport wetgeving voor de elektronische snelweg

De Nederlandse regering heeft in 1998 een rapport gepubliceerd over Wetgeving voor de elektronische snelweg.¹¹ Hierin heeft de regering haar standpunt over de rol van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de juridische problemen met betrekking tot de elektronische snelweg nader uitgewerkt. Voorts wordt in dit rapport aangegeven op welke terreinen de Nederlandse regering bezig is of voornemens is om de Nederlandse wetgeving aan te passen. In deze nota wordt opgemerkt dat een stimulerende werking kan uitgaan van het in het algemeen deel van het Burgerlijk Wetboek opnemen van een beperkt aantal bepalingen, die de rechter kan gebruiken bij het vormgeven van de rechtsontwikkeling. Daarbij wordt verwezen naar de hiervoor genoemde modelwet van de UNCITRAL.¹²

Europese Unie

Ook binnen de Europese Unie gebeurt het nodige op dit terrein. In 1997 is de richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten vastgesteld. Deze richtlijn beoogt de consument te beschermen bij het sluiten van overeenkomsten op afstand, zoals overeenkomsten gesloten via Internet. In 1999 is een Europese richtlijn betreffende elektronische handtekeningen vastgesteld. Hierin wordt onder andere ingegaan op de juridische status van elektronische handtekeningen. Voorts is in 2000 de richtlijn inzake elektronische handel vastgesteld. In deze richtlijn wordt een diversiteit aan onderwerpen behandeld, die alle betrekking hebben op de elektronische handel.

Omdat deze richtlijnen van groot belang zijn voor het juridische kader voor de elektronische handel, zal ik in de volgende paragraaf apart in het kort aandacht besteden aan de voor dit preadvies relevante bepalingen uit genoemde richtlijnen.

¹⁰ Inmiddels is aan deze modelwet een nieuwe bepaling 5 bis toegevoegd betreffende de incorporatie van voorwaarden door verwijzing daarnaar in de overeenkomst. Zie *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment with additional article 5 bis as adopted in 1998*, New York: United Nations 1999.

¹¹ Kabinetsnota Wetgeving voor de elektronische snelweg, *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 880.

¹² Kabinetsnota Wetgeving voor de elektronische snelweg, *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 880, p. 65-66.

4.2.2 Europese regelgeving

4.2.2.1 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten¹³

De richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten is van belang voor de categorie bedrijven-consumenten. De richtlijn bevat een aantal bepalingen, die de consument beogen te beschermen indien hij op afstand, bijvoorbeeld via Internet, een overeenkomst sluit.

In art. 4 en art. 5 van de richtlijn wordt bepaald welke informatie de wederpartij van de consument vóór en na het sluiten van de overeenkomst aan de consument dient te verstrekken.

Ongetwijfeld de belangrijkste bepaling is art. 6. Hierin wordt de consument het recht gegeven om de overeenkomst op afstand binnen 7 werkdagen na aflevering van de bestelde goederen of na het sluiten van de overeenkomst tot het verrichten van diensten te herroepen. Deze herroepingstermijn wordt verlengd tot maximaal drie maanden indien de leverancier niet heeft voldaan aan zijn informatieverplichtingen uit hoofde van art. 4 en art. 5 van de richtlijn.

De richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten is inmiddels geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving door aanpassing van titel 1 van boek 7 BW.¹⁴

4.2.2.2 Richtlijn elektronische handtekeningen¹⁵

Deze richtlijn bestaat voor een groot gedeelte uit bepalingen die betrekking hebben op certificatedienstverleners, ook wel bekend onder de naam Trusted Third Party (TTP). De certificatedienstverlener geeft elektronische certificaten uit. Met behulp van deze certificaten kunnen derden digitale

¹³ 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.

¹⁴ Wet van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek 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), *Stb.* 617. Krachtens het Besluit van 11 januari 2001 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding, *Stb.* 24, is deze wet in werking getreden met ingang van 1 februari 2001.

¹⁵ Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000 L 13/12.

handtekeningen, welke zijn gebaseerd op cryptografie, verifiëren.¹⁶ Deze bepalingen gaan onder meer in op de markttoegang en de aansprakelijkheid van certificatie dienstverleners, alsmede de erkenning van certificaten uitgegeven in andere lidstaten of derde landen.

In dit kader is met name art. 5 van de richtlijn van belang. Hierin wordt ingegaan op de rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen. Op grond van het eerste lid van dit artikel dienen de lidstaten ervoor zorg te dragen dat geavanceerde elektronische handtekeningen¹⁷ die zijn gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat¹⁸ en die door een veilig middel¹⁹ zijn aangemaakt:

- a. ten aanzien van gegevens in elektronische vorm voldoen aan alle wettelijke eisen voor een handtekening, net zoals een handgeschreven handtekening zulks doet voor gegevens op een papieren drager, alsmede
- b. als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures worden toegelaten.

Het tweede lid van art. 5 van de richtlijn legt op de lidstaten de verplichting om ervoor zorg te dragen dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid wordt ontzegd en dat zij niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures kan worden geweigerd louter op grond van het feit dat:

- a. de handtekening in elektronische vorm is gesteld, of
- b. niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat, of
- c. niet is gebaseerd op een door een geaccrediteerde certificatie dienstverlener²⁰ afgegeven certificaat, of
- d. zij niet met een veilig middel is aangemaakt.

Overigens dient erop te worden gewezen dat krachtens art. 1 de richtlijn geen betrekking heeft op aspecten die verband houden met de totstand-

¹⁶ Zie voor een uitleg over digitale handtekeningen gebaseerd op encryptie Van Esch 1999, supra noot 2, p. 132-136.

¹⁷ Dit zijn elektronische handtekeningen die voldoen aan de volgende eisen:

- a. De handtekening is op unieke wijze verbonden aan de ondertekenaar;
- b. Zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren;
- c. Zij komt tot stand met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden;
- d. Zij is op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft, verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord.

¹⁸ Een gekwalificeerd is een certificaat dat voldoet aan de eisen opgenomen in bijlage I van de richtlijn en is uitgegeven door een certificatie dienstverlener die voldoet aan de eisen van bijlage II van de richtlijn.

¹⁹ Een veilig middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen is een middel dat voldoet aan de eisen neergelegd in bijlage III van de richtlijn.

²⁰ Een geaccrediteerde certificatie dienstverlener is een TTP die is geaccrediteerd conform een accreditatieschema als bedoeld in art. 3 lid 2 van de richtlijn.

koming of geldigheid van contracten of andere wettelijke verbintenissen waarvoor het nationale of het Gemeenschapsrecht vormvereisten voorschrijft, en regels en beperkingen onverlet laat die het nationale of het Gemeenschapsrecht voorschrijft voor het gebruik van documenten. Dit betekent dat de richtlijn geen bindende voorschriften voor de lidstaten inhoudt voor die gevallen dat een wettelijk vormvereiste het gebruik van een schriftelijke handtekening voorschrijft. Daarbij kan worden gedacht aan de akte als wettelijk vormvereiste voor rechtshandelingen.

Ter uitvoering van deze richtlijn zullen de Telecommunicatiewet en het Burgerlijk Wetboek worden aangepast. In de Telecommunicatiewet wordt het wettelijk kader voor certificatedienstverleners neergelegd.

In boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zal een nieuw artikel 15d worden opgenomen dat het volgende bepaalt: "Indien voor enig rechtsgevolg de handtekening van een persoon is vereist, is daaraan, op gelijke wijze als daaraan door een handgeschreven handtekening zou zijn voldaan, tevens voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij gebruikt is voor authenticatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor het elektronisch bestand werd gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval, met inbegrip van enige overeenkomst tussen partijen." Krachtens het tweede lid van dit artikel wordt een methode vermoed voldoende betrouwbaar te zijn, indien gebruik is gemaakt van een geavanceerde elektronische handtekening, gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en gegenereerd door een veilig middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen.²¹

Tevens worden in het Burgerlijk Wetboek de erkenning van certificaten uitgegeven door certificatedienstverleners uit derde landen, en de aansprakelijkheid van certificatedienstverleners geregeld.

4.2.2.3 Richtlijn inzake elektronische handel²²

De richtlijn inzake elektronische handel is zowel van toepassing op de relatie bedrijf-bedrijf als de relatie bedrijf-consument. Zij bevat bepalingen, die zich richten op diensten van de informatiemaatschappij. Hieronder valt onder meer het aanbieden van goederen of diensten via Internet. De

²¹ Vergelijk art. 5 lid 1 van de richtlijn elektronische handtekeningen.

²² Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("richtlijn inzake elektronische handel"), *PbEG* 2000 L 178/1.

bepalingen hebben onder andere betrekking op de interne markt, de vrijheid van vestiging, een algemene informatieplicht, commerciële communicaties en de aansprakelijkheid van tussenpersonen, zoals Access Providers.

In dit kader is met name afdeling 3 van de richtlijn van belang. Deze afdeling bevat bepalingen betreffende contracten langs elektronische weg.

Art. 9 lid 1 van de richtlijn inzake elektronische handel bepaalt dat de lidstaten erop toezien dat hun wetgeving het sluiten van contracten langs elektronische weg mogelijk maakt. Voorts dienen zij zich ervan te vergewissen dat de regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten geen belemmering vormen voor het gebruik van langs elektronische weg gesloten overeenkomsten, noch ertoe leiden dat dergelijke overeenkomsten, omdat zij langs elektronische weg tot stand zijn gekomen, zonder rechtsgevolg blijven en niet rechtsgeldig zijn.²³ Dit heeft tot gevolg dat een wettelijke vormvereisten die het elektronisch sluiten van overeenkomsten belemmeren, door de Nederlandse wetgever zullen dienen te worden heroverwogen.

Om de doorzichtigheid van het proces van het elektronisch sluiten van de overeenkomst te bevorderen, bepaalt art. 10 lid 1 van de richtlijn inzake elektronische handel dat de lidstaten in hun wetgeving aan de leverancier de verplichting op moeten leggen om vóór het sluiten van de overeenkomst aan de afnemer op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze tenminste de volgende informatie te verstrekken:

- a. de verschillende voor de sluiting van de overeenkomst te volgen technische stappen;
- b. het al dan niet archiveren van de overeenkomst en de toegankelijkheid daarvan;
- c. de technische middelen om invoerfouten op te sporen en te corrigeren voordat de order wordt geplaatst;
- d. de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten.

Voorts dient de leverancier op grond van het tweede lid van art. 10 van de richtlijn, behalve andersluidend beding tussen partijen die niet als consument handelen, aan te geven welke gedragscodes hij heeft onderschreven

²³ In het tweede lid van dit artikel wordt een aantal mogelijke uitzonderingen genoemd, waarvan in dit kader de belangrijkste zijn de contracten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten, contracten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van een notaris en contracten voor persoonlijke en zakelijke zekerheden welke worden gesteld door personen die handelen voor doeleinden buiten hun handels- of beroepsactiviteit.

en informatie te verstrekken aan de wederpartij over de manier waarop die codes langs elektronische weg kunnen worden geraadpleegd. Zie par. 4.4 voor voorbeelden van (model) gedragscodes.

De hiervoor genoemde informatieverplichtingen gelden krachtens het vierde lid van art. 10 niet voor overeenkomsten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare elektronische communicatie worden gesloten.

Art. 10 lid 3 van de richtlijn inzake elektronische handel bepaalt dat de voorwaarden van de overeenkomst en de algemene voorwaarden van de overeenkomst aan de afnemer op zodanige wijze ter beschikking moeten worden gesteld dat hij deze kan opslaan en weergeven.

In art. 11 lid 1 van de richtlijn inzake elektronische handel is de verplichting voor de leverancier opgenomen om aan de afnemer zo spoedig mogelijk langs elektronische weg de ontvangst van de order te bevestigen.²⁴ Krachtens het derde lid van art. 11 is de verplichting tot het verzenden van een ontvangstbevestiging niet van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten. De ontvangstbevestiging is dan ook met name verplicht bij het sluiten van overeenkomsten via Internet. Overigens bepaalt de richtlijn niet wat de gevolgen zijn van het niet versturen van een ontvangstbevestiging. Dit aspect zal nader moeten worden ingevuld door de lidstaten.

4.3 *Model overeenkomsten/model algemene voorwaarden*

Het tweede instrument is de overeenkomst. Een overeenkomst kan tussen de partijen rechtszekerheid creëren. Partijen kunnen bijvoorbeeld in een overeenkomst bepalen wat de bewijswaarde is van een elektronisch document. Daarbij dient echter te worden opgemerkt dat niet alle problemen door middel van een overeenkomst kunnen worden opgelost. Zo zal het probleem van de wettelijke vormvereisten, waaraan in paragraaf 3 aandacht is besteed, niet door middel van een overeenkomst kunnen worden opgelost. Het staat partijen immers niet vrij om overeen te komen dat tussen hen een wettelijk vormvereiste niet geldt.

²⁴ In dit kader verwijs ik naar overweging 34 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Hierin wordt opgemerkt dat de bevestiging van ontvangst door de leverancier van het bericht van aanvaarding kan blijken uit de "on-line"-levering van het goed. Bij dit laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de digitale levering van software via Internet of de digitale levering via Internet van een muziekstuk.

Model overeenkomsten

Een voorbeeld van een model overeenkomst voor de elektronische handel is de Europese EDI-modelovereenkomst 1994 van de Europese Commissie.²⁵ Deze overeenkomst bevat bepalingen, die betrekking hebben op de uitwisseling van gegevens door middel van Electronic Data Interchange. De bepalingen hebben betrekking op de technologie, beveiliging en juridische aspecten. Onder de laatste categorie vallen bijvoorbeeld de bewijskracht van elektronische documenten, de bewaartermijn van verstuurd en ontvangen EDI-berichten en de aansprakelijkheid voor fouten in de berichtgeving.²⁶

Voor een meer generiek model kan worden verwezen naar de model E-agreement, die is ontwikkeld door een orgaan van de Verenigde Naties, te weten UN/CEFACT. Het model kan worden gebruikt voor het sluiten van een raamovereenkomst voor het elektronisch uitwisselen van gegevens in het kader van de elektronische handel.²⁷

Model algemene voorwaarden

Een voorbeeld van model algemene voorwaarden zijn de Uniform Rules for Electronic Trade and Settlement (URETS) van de Internationale Kamer van Koophandel. De URETS bevatten een set bepalingen, die partijen kunnen incorporeren in hun overeenkomst door daarnaar in de overeenkomst te verwijzen.²⁸

4.4 Zelfregulering

Tot slot kan zelfregulering worden gehanteerd als instrument voor het scheppen van een juridisch kader voor de elektronische handel. Bij zelfregulering heeft een partij die regelmatig in het kader van de elektronische handel transacties aangaat, zich op enigerlei wijze eenzijdig verplichtingen opgelegd met betrekking tot het elektronisch zakendoen. De wijze waarop de naleving van deze verplichtingen kan worden gewaarborgd, is

²⁵ Aanbeveling van de Commissie van 19 oktober 1994 betreffende de juridische aspecten van de elektronische uitwisseling van gegevens, *PbEG* 1994 L 338/98.

²⁶ Zie voor een ander model voor een EDI-overeenkomst *Recommendation 26. Commercial use of interchange agreements for electronic data interchange*, in: Trade Facilitation Recommendations. Trade Data Elements Directory Volume III, 1996, p. 319-333. Zie voorts voor een bespreking van model EDI-overeenkomsten A.H. Boss, J.B. Ritter, *Electronic Data Interchange Agreements. A guide and sourcebook*, 1993.

²⁷ Voor een uitgebreide bespreking van beide modellen verwijs ik naar C. Stuurman, "Modelovereenkomst voor Electronic Commerce", *Contracteren* 2000-2, p. 60-69.

²⁸ Zie voor een uitgebreide bespreking van dit document R.E. van Esch, "Concept Uniform Rules for Electronic Trade and Settlement (URETS) van de Internationale Kamer van Koophandel", *Contracteren* 2000-2, p. 51-59.

afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo kan potentiële imagoschade door negatieve publiciteit voor een bekende marktpartij al reden genoeg zijn om de eenzijdig opgelegde verplichtingen na te leven. In sommige gevallen is er sprake van een overeenkomst met een derde die de naleving van de verplichtingen kan afdwingen. In andere gevallen is de betrokken partij lid van een branchevereniging die deelneming aan de zelfregulering verplicht stelt. In dat geval kan niet-naleving leiden tot intrekking van het lidmaatschap met alle gevolgen van dien. Bovendien is het niet ondenkbaar dat de rechter een aantal van de eenzijdig opgelegde verplichtingen door middel van art. 6:248 BW deel laat uitmaken van de overeenkomst die de betrokken partij heeft gesloten met een wederpartij.

Ook de Nederlandse regering erkent het belang van zelfregulering als een mogelijk alternatief voor wetgeving.²⁹

Zelfregulering bestaat in verschillende vormen.³⁰ De meest voorkomende vorm is de gedragscode, waaraan partijen in de elektronische handel zich vrijwillig onderwerpen. Ik wijs daarbij op de Model Gedragscode voor Elektronisch Zakendoen van ECP.NL.³¹ Dit model voor een gedragscode bevat een overzicht van onderwerpen die zouden kunnen worden opgenomen in een gedragscode voor elektronisch zakendoen, alsmede een aantal modelbepalingen die kunnen worden gebruikt bij het opstellen van een dergelijke gedragscode. Het model van ECP.NL is met name ontwikkeld voor elektronische handelsrelaties tussen bedrijven onderling.

Een voorbeeld van een gedragscode voor de categorie bedrijven-consumenten is de Webtrader van de Consumentenbond.³² De partij die deze gedragscode wil onderschrijven, dient daartoe een overeenkomst te sluiten met de consumentenbond. In de overeenkomst wordt haar het recht verleend om het webtrader logo te plaatsen op haar website. Dit gebruiksrecht kan weer worden ingetrokken indien uit klachten blijkt dat het bedrijf zich niet houdt aan de verplichtingen uit de gedragscode.

Andere vormen van zelfregulering vinden hun grondslag in vrijwillige certificatieprocedures van onafhankelijke instellingen. Dergelijke procedures voorzien in een vrijwillige certificatie van een bedrijf dat deelneemt aan

²⁹ Zie de Kabinetsnota Wetgeving voor de elektronische snelweg, *Kamerstukken II 1997-1998*, 25 880, p. 180-182.

³⁰ Vergelijk Åke Nilson, "History - Is Self-Regulation a New Concept?", *The EDI Law Review* 1999-4, p. 183-186.

³¹ *Model Gedragscode voor Elektronisch Zakendoen*, draft versie 3.0, Leidschendam: ECP.NL 1999.

³² Te vinden op www.dedigitaleconsument.nl.

de elektronische handel, op basis van vooraf gedefinieerde criteria. Zij hebben tot doel om potentiële wederpartijen het vertrouwen te geven dat het gecertificeerde bedrijf een betrouwbare handelspartner is. Vaak zal het bedrijf dat is gecertificeerd, het recht verkrijgen om een bepaald logo van de certificatie-instelling op de website te plaatsen. Bij sommige certificatie-procedures is het gecertificeerde bedrijf verplicht om zich te houden aan een aantal gedragsregels.³³ Naleving van deze gedragsregels kan worden afgedwongen door de certificatie-instelling. Niet-naleving kan leiden tot intrekking van het gebruiksrecht op het logo van de certificatie-instelling.

³³ Zie bijvoorbeeld de "e-Quality 101 Standard for Electronic Commerce" van de certificatie-instelling Clicksure, te vinden op www.clicksure.com.

De elektronische wissel en de elektronische cheque

Prof. mr. R.E. van Esch

*Adjunct-directeur Directoraat Juridische en Fiscale Zaken Rabobank
Nederland,*

*Bijzonder hoogleraar juridische aspecten van elektronische gegevens-
uitwisseling Universiteit Leiden,*

Adviseur e-commerce Nauta Dutilh

1. Inleiding

Ook in het hedendaagse handelsverkeer wordt nog veelvuldig gebruik gemaakt van papieren betaalinstrumenten, zoals de wissel en de cheque. De wissel en de cheque zijn kort gezegd papieren waarop een schuldeiser aan zijn schuldenaar opdracht geeft om het bedrag van de geldschuld te voldoen aan een derde. Bij een wissel is de schuldenaar meestal de wederpartij van een handelstransactie. Bij een cheque is de schuldenaar de bank van de trekker van de cheque.

In het nationale handelsverkeer bestaat amper behoefte aan deze betaal-instrumenten, omdat het nationale betalingsverkeer goed is ontwikkeld.¹ Uitzondering hierop vormt de gegarandeerde eurocheque, die door consumenten als betaalmiddel wordt gebruikt.² Deze zal echter met de invoering van de chartale euro verdwijnen.

De wissel en de cheque komen we in Nederland met name tegen bij internationale handelstransacties.³ Het is de vraag binnen welke termijn het internationale betalingsverkeer zich zodanig ontwikkelt, dat ook in het internationaal handelsverkeer de wissel en de cheque als betaalinstrument zullen verdwijnen. Vooralsnog lijkt het erop dat dit nog wel enige tijd zal duren. De verwachting lijkt dan ook gerechtvaardigd dat er in de nabije toekomst in het handelsverkeer nog steeds behoefte bestaat aan dergelijke instrumenten.

In toenemende mate wordt in het (internationale) handelsverkeer gebruik gemaakt van de mogelijkheden die informatie- en communicatietechnologie biedt voor het elektronisch uitwisselen van gegevens. Eind jaren tachtig, begin jaren negentig stond met name Electronic Data Interchange (EDI)⁴ in de belangstelling van overheden, internationale organisaties,

¹ Vergelijk E. Hammerstein, *Betalingsverkeer (wissel, orderbriefje en cheque)*, Serie Bank- en Effectenrecht 8, 2e dr., 1998, p. 6-7.

² Ik verwijs voor de gegarandeerde eurocheque naar R.E. de Rooy, *Betalingsverkeer (bijzondere betaalmiddelen)*, Serie Bank- en Effectenrecht 9, 2e dr., 1998.

³ Een uitzondering op dit beginsel vormt de bankcheque. Dit is een cheque die getrokken is door een bank op een bank. In veel gevallen zal de trekkende bank de bankcheque uitgeven op verzoek van een klant die naar het land gaat van de betrokkene. Deze zal de bankcheque gebruiken om in dat land contant geld op te nemen. Omdat de bank trekker is en in die hoedanigheid uit hoofde van art. 189 WvK instaat voor betaling, zal de nemer van de cheque het bedrag vooraf aan de trekker ter beschikking dienen te stellen.

⁴ EDI kan worden gedefinieerd als de elektronische uitwisseling van gestructureerde en genormeerde berichten tussen informatiesystemen. Zie R.E. van Esch, *Electronic Data*

ondernemingen en instellingen die op enigerlei wijze betrokken waren bij de handel.⁵ Ook banken waren geïnteresseerd in de mogelijkheden die EDI bood om de efficiency van het betalingsverkeer te verbeteren.⁶ Daarbij was de aandacht gericht op de toepassing van EDI in het gegevensverkeer tussen banken en haar klanten en is - voor zover ik weet - geen aandacht besteed aan het gebruik van EDI-berichten als alternatief voor de papieren wissel en de papieren cheque.

Hoewel EDI ook thans nog veelvuldig in de handel gebruikt wordt voor het elektronisch uitwisselen van gegevens en het elektronisch verrichten van handelstransacties, is de belangstelling nu meer gericht op Internet. De verwachting is dat vele ondernemingen in de toekomst zaken zullen doen op virtuele marktplaatsen op Internet.⁷

Bij het elektronisch handelsverkeer passen elektronische betaalinstrumenten. Het zou niet efficiënt zijn indien handelspartners die opereren in een elektronische omgeving als Internet, voor de afwikkeling van hun geldverbintenissen gebruik zouden moeten maken van papieren betaalinstrumenten als de wissel en de cheque. Uiteraard kunnen partijen in een elektronische omgeving als Internet hun geldschulden voldoen met behulp van elektronische bankiersystemen. Maar deze bieden toch niet dezelfde faciliteiten als de wissel of de cheque. Zo kan de nemer van de wissel of de cheque hem op zijn beurt met instemming van zijn schuldeiser als middel gebruiken om zijn eigen geldschuld te voldoen. Denk voorts aan de rol die de wissel kan vervullen bij documentaire accreditieven.⁸ Bovendien geldt ook hier dat het succes van vernieuwingen afhankelijk is van de mate waarin ze aansluiten bij de bestaande situatie.⁹ Dit roept de vraag op of naar

Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Serie Onderneming en Recht 14, 1999, p. 14.

⁵ Zie P. van der Vlist e.a. (red.), *EDI in de handel*, 1991; D.J. van der Net, *Electronic Data Interchange. Naar een papierloos tijdperk*, 1993; B. de Schutter e.a., *Electronic Data Interchange. Elektronisch handelsverkeer bekeken vanuit een technisch, economisch en juridisch oogpunt*, 1998, p. 145-147.

⁶ Zie J. Knott, A. Stemerding (red.), *A Guide to Financial Edi. Strategy and Implementation*, 1996; R.E. van Esch, "Juridische aspecten van financiële EDI", in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a., *Ondernemingsrecht in internationaal perspectief*, 1995, p. 31-42.

⁷ Zie F.J. Ouwehand, "Enige juridische aspecten van B2B marktplaatsen", in: J.M.A. Berkvens e.a., *Onderneming en ICT*, Serie Onderneming en Recht 21, 2000, p. 127-148.

⁸ Zie ondermeer R. van Delden, F.A.W. Bannier, *Betalingsverkeer (documentair krediet, documenten)*, Serie Bank- en Effectenrecht 7, 2e dr., 1999, p. 205-206.

⁹ Een stelling bij het proefschrift van R.M. Weggemans, Wageningen Universiteit, die ik tegenkwam in de rubriek stellingen van het NRC Handelsblad.

Nederlands recht de elektronische wissel en de elektronische cheque juridisch gelijk kan worden gesteld met de papieren wissel en de papieren cheque. In dit preadvies zal ik nader op deze vraag ingaan. Omdat de functies van de wissel en de cheque elkaar grotendeels overlappen, zal ik de beide waardepapieren gezamenlijk behandelen. Daarbij zal ik eerst aandacht besteden aan de vormvereisten voor de wissel en de cheque. Vervolgens zal ik ingaan op enkele specifieke kenmerken van de wissel en de cheque. Daarna behandel ik de goederenrechtelijke aspecten van de wissel en de cheque. Tot slot zal ik nog de rol van de wissel bij documentaire accreditieven bespreken. Maar voordat ik deze juridische onderwerpen behandel, zal ik eerst ingaan op de elektronische wissel en cheque.

2. De elektronische wissel en cheque

De papieren wissel en cheque zijn gegevensdragers. Zij kunnen tal van gegevens bevatten, zoals:

- a. De opdracht tot betaling;
- b. Het bedrag dat dient te worden betaald;
- c. De vervaldag (wissel);
- d. De naam van de nemer;
- e. De naam van de betrokkene;
- f. De aanwijzing van de plaats van betaling;
- g. De dagtekening;
- h. De plaats waar de wissel of de cheque is getrokken;
- i. De handtekening van de trekker;
- j. Een ondertekende acceptatie (wissel);
- k. De vermelding "waarde ter incassering";
- l. Een renteclausule (wissel);
- m. Een endossement;
- n. Een ondertekend aval;
- o. Een onderhands protest van non-acceptatie (wissel);
- p. Een onderhands protest van non-betaling (wissel);
- q. Een melding van gedeeltelijke betaling;
- r. Een clausule "zonder kosten".

Op zich kost het weinig moeite om een standaard voor een elektronisch bestand te ontwikkelen waarin al deze gegevens kunnen worden opgenomen. Verschillende technologieën kunnen daarvoor worden gebruikt.

Voor een EDI-omgeving zou een standaard EDI-bericht kunnen worden opgesteld. Daarvoor zou gebruik kunnen worden gemaakt van de normen die ten grondslag liggen aan de UN/EDIFACT standaardberichten. De

UN/EDIFACT berichten zijn volgens bepaalde regels opgebouwd. Ieder bericht is onderverdeeld in een aantal gegevensrubrieken, die ieder een vaste plaats in het bericht hebben. Deze gegevensrubrieken worden segmenten genoemd. Ieder segment bevat bepaalde met elkaar logisch samenhangende gegevens. Zo zou de elektronische wissel bijvoorbeeld het segment "dagtekening" bevatten. Dit segment zou de dag, de maand en het jaar van uitgifte weergeven. Sommige segmenten zijn "*mandatory*". Dat wil zeggen dat deze segmenten moeten worden ingevuld. Andere segmenten zijn "*conditional*". Deze segmenten zijn optioneel.

De gegevens in de segmenten worden volgens bepaalde standaarden gepresenteerd. Deze gestandaardiseerde gegevens worden data-elementen genoemd. Zo is bijvoorbeeld de standaard afkorting voor Noorse kronen "NOK". Het begin en het einde van data-elementen, segmenten en berichten in een EDI-communicatie kunnen volgens de UN/CEFACT normen worden aangegeven met behulp van bepaalde gestandaardiseerde tekens. Dit wordt de syntaxis van het EDI-bericht genoemd.¹⁰

Een standaard EDI-wissel of EDI-cheque zou één of meer segmenten voor alle hiervoor genoemde gegevens dienen te bevatten. Voor de gegevens die krachtens de wet op de wissel of cheque dienen te worden vermeld, wil er sprake zijn van een wissel of een cheque¹¹, zou gebruik kunnen worden gemaakt van "*mandatory*" segmenten. Voor de overige gegevens kan worden volstaan met "*conditional*" segmenten.

Voordeel van de EDI-wissel en de EDI-cheque zou kunnen zijn dat zij door hun standaard structuur, hun standaard data-elementen en hun standaard syntaxis kunnen worden verwerkt door een computer zonder menselijke tussenkomst. Dit zou bijvoorbeeld kosten kunnen besparen bij banken die in het kader van een documentair accreditief een wissel ontvangen. Zie par. 8.

Voor internetgebruikers zou de volgende methode kunnen worden gebruikt. Met behulp van een computerprogramma wordt een elektronische wissel of cheque gegenereerd. Deze elektronische wissel of cheque bevat de velden waarin de hierboven vermelde gegevens kunnen worden ingevuld. Het elektronische document kan vervolgens digitaal worden ondertekend door degene die het heeft gegenereerd. Zie par. 3.2.2. Latere verkrijgers kunnen zelf ook met behulp van hetzelfde computerprogramma gegevens toevoegen aan het elektronische document en het vervolgens digitaal onderteke-

¹⁰ Zie voor de UN/CEFACT normen Van Esch 1999, supra noot 4, p. 18-20.

¹¹ Zie par. 3.3.

nen. De elektronische wissel of cheque wordt door partijen betrokken bij de wissel of de cheque, uitgewisseld als attachment van e-mail.

3. Vormvoorschriften

3.1 *Geschrift*

3.1.1 *Inleiding*

De wet bepaalt niet met zoveel woorden dat de wissel en de cheque papieren documenten zijn. De wettelijke regeling van de wissel en de cheque duidt echter op een geschrift. Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 112 lid 1 WvK dat het endossement moet worden gesteld op de wisselbrief of op een daaraan vastgehecht blad (verlengstuk). Voorts bepaalt art. 112 lid 2 WvK dat een blanco endossement, om geldig te zijn, op de rugzijde van de wisselbrief of het verlengstuk moet worden gesteld. Soortgelijke bepalingen komen we ten aanzien van de cheque tegen in art. 193 WvK. Naast deze voorbeelden zijn er in de wettelijke regeling nog tal van andere bepalingen die bevestigen dat de wetgever bij het opstellen van de wettelijke regeling omtrent de wissel en de cheque alleen heeft gedacht aan een papieren gegevensdrager.

Een geschrift heeft bepaalde functies. Dit roept de vraag op of een elektronische wissel en een elektronische cheque dezelfde functies kunnen vervullen. Hierna zal ik op deze vraag nader ingaan.

Naar aanleiding van de vraag of bij toepassing van rechtsregels waarin expliciet of impliciet wordt gerefereerd aan een geschrift, een elektronisch document gelijk kan worden gesteld met een geschrift, is reeds onderzoek verricht naar de functies van het geschrift. In de volgende paragrafen ga ik in op de functies van het geschrift die voor de wissel en de cheque relevant zijn, en wordt de vraag beantwoord of dezelfde functies kunnen worden vervuld door een elektronische wissel of een elektronische cheque.¹²

3.1.2 *Raadpleging*

Een partij die betrokken is bij een wissel of een cheque, kan er belang bij hebben om later de inhoud van de verklaring(en) die zijn vastgelegd op de

¹² Zie voor een algemene analyse van de functies van het geschrift en de gelijkstelling van een EDI-bericht met een geschrift S. Huydecoper, R. van Esch, *Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?*, Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht 7, p. 69-162; Van Esch 1999, supra noot 4, 170-180.

voor- of de achterzijde van de wissel of de cheque, te kunnen raadplegen. Zo zou bijvoorbeeld de trekker van een cheque er na de aanbieding van de cheque behoefte aan kunnen hebben om de voorzijde van de cheque te raadplegen om vast te stellen wat de exacte inhoud is geweest van de opdracht die hij aan de bank door middel van de cheque heeft verstrekt. Een endossant zou bijvoorbeeld behoefte kunnen hebben aan raadpleging van de achterzijde van de wissel of de cheque die hij heeft overgedragen, indien een ander op grond van art. 142 WvK c.q. art. 217 WvK regres op hem wenst te nemen.

Doordat de wissel en de cheque papieren documenten zijn, is het mogelijk door raadpleging van het document kennis te nemen van het bestaan en de inhoud van de verklaringen die daarop zijn vastgelegd. Het papier als opslagmedium maakt het bovendien mogelijk dat deze raadpleging ook nog langere tijd na het afleggen van de verklaring kan geschieden.

Ook elektronische wissels en cheques kunnen achteraf worden geraadpleegd.

Gesteld kan worden dat het eenvoudiger is om elektronische wissels en cheques dan papieren wissels en cheques raadpleegbaar te maken. In het laatste geval zal degene die het document wil raadplegen, fysiek toegang tot het document dienen te worden verschaft of een kopie dienen te worden verstrekt van het betreffende geschrift.¹³ Elektronische wissels en cheques kunnen op eenvoudige wijze via een databank en een telecommunicatienetwerk raadpleegbaar worden gemaakt. Ook kan op eenvoudige wijze aan betrokkenen een elektronische kopie worden verstrekt van de betreffende elektronische wissel of cheque. De ontvanger van deze kopie kan deze opslaan op een medium of uitprinten. Zo kan hij ook op een later tijdstip nog kennis nemen van de inhoud van de verklaring.

Daartegenover staat dat sommige media voor opslag van elektronische gegevens na relatief korte tijd niet meer kunnen worden geraadpleegd.¹⁴ Andere dragers van elektronische gegevens, zoals de CD-ROM, kunnen

¹³ Uiteraard is het mogelijk om van een schriftelijke verklaring een digitale *image* te maken, zodat de verklaring als een elektronisch document raadpleegbaar is.

¹⁴ Denk aan de tape en diskette die vaak na een aantal jaren niet meer leesbaar zijn. Zie over de beperkte duurzaamheid van elektronische registraties van gegevens J.E.J. Prins, "Waken voor digitaal geheugenverlies: het belang van betrouwbaarheid en duurzaamheid bij bewijs en bewaring met behulp van informatie-systemen", in: H. Franken e.a., *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer*, 1996, p. 83-85; A.M.CH. Kemna, "De vraagstukken van bewijs en bewaring in een geautomatiseerde omgeving", in: H. Franken e.a., *Recht en computer*, 3e dr., Serie Recht en Praktijk 36, 1997, p. 254.

wel gedurende langere tijd worden geraadpleegd. Uiteraard is voor de raadpleging van dergelijke elektronische bestanden wel vereist dat de daarvoor benodigde apparatuur en programmatuur beschikbaar is.

Op grond hiervan concludeer ik dat een elektronische wissel of cheque de functie van raadpleegbaarheid beter kan vervullen dan een papieren wissel of cheque, mits de juiste gegevensdrager wordt gebruikt voor de registratie daarvan.¹⁵

3.1.3 *Voorkomen van fraude*

Doordat de wissel en de cheque papieren documenten zijn, is de mogelijkheid tot wijziging van de verklaringen die daarop zijn vastgelegd, minder groot. Wijzigingen die op de wissel of de cheque zijn aangebracht, zullen over het algemeen bij voldoende controle op eenvoudige wijze zijn vast te stellen.¹⁶

Het antwoord op de vraag of een elektronische wissel of cheque even fraudebestendig is als een geschrift, hangt van verschillende factoren af.

Van belang is het medium dat is gebruikt om de elektronische wissel of de elektronische cheque op te slaan. Verschillende media kunnen hiervoor worden gebruikt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een diskette, een CD-ROM of de harde schijf van een computer.

Bij sommige van deze media kunnen de daarop vastgelegde gegevens niet zo maar worden verwijderd of gewijzigd, zoals bij een CD-ROM. In andere gevallen kunnen gegevens wel worden veranderd of verwijderd. Dit betekent echter niet dat het eenvoudig is om de gegevens te wijzigen of te verwijderen zonder dat dit achteraf kan worden vastgesteld. Het wijzigen of verwijderen van gegevens op een diskette of de harde schijf van de computer betekent niet zonder meer dat deze gegevens niet kunnen worden gereconstrueerd. De wijziging of verwijdering zal dikwijls slechts tot gevolg hebben dat op de diskette of de harde schijf de oorspronkelijke of verwijderde gegevens worden voorzien van een teken, waaruit het informatiesysteem waarmee de gegevens worden gelezen, afleidt dat zij niet meer tot de actief benaderbare bestanden behoren.

¹⁵ Zie voor uitgebreide informatie over de automatisering van en de elektronische toegang tot openbare registers J. de Jong, "De notaris en de publieke informatie infrastructuur", in: H. Franken e.a. 1996, supra noot 14, p. 87-115.

¹⁶ Ik wijs hierbij op de regeling in art. 168 WvK en art. 228 WvK omtrent de rechtsgevolgen van een verandering op een wissel of een cheque.

Voorts dient te worden opgemerkt dat er technologieën beschikbaar zijn die het mogelijk maken om de wijziging of verwijdering van gegevens vast te stellen. Zo kunnen gegevens worden versleuteld met behulp van encryptietechnieken¹⁷, waardoor het welhaast onmogelijk is om zonder de juiste sleutel gegevens te veranderen of te verwijderen zonder dat dit kan worden opgemerkt. Encryptie is de techniek die wordt gebruikt om gegevens te versleutelen. Decryptie is het omgekeerde proces, waarbij de versleutelde gegevens weer worden omgezet in waarneembare gegevens.

De versleuteling en de ontcijfering van de gegevens vinden plaats met behulp van een sleutel en een algoritme. Het algoritme is de methode voor de versleuteling van de gegevens. Daarbij worden twee soorten methoden onderscheiden: de substitutiemethoden en de transpositiemethoden. De sleutel is de parameter op basis waarvan de substitutie of de transpositie plaatsvindt.

Bij de substitutiemethoden worden een teken (zoals een letter) of een groep van tekens (bijvoorbeeld woorden) vervangen door een ander teken of een andere groep van tekens. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen mono-alfabetische en poly-alfabetische substitutiemethoden.

Een voorbeeld van een mono-alfabetische substitutiemethode is de afspraak om iedere letter in de te versleutelen tekst op basis van een bepaalde sleutel te vervangen door een andere letter. Voor de sleutel kan bijvoorbeeld als uitgangspunt worden genomen het toetsenbord van een PC. Bij deze sleutel wordt de letter "a" vervangen door de eerste letter van het toetsenbord, te weten de letter "q", de letter "b" door de tweede letter van het toetsenbord, te weten de letter "w", de letter "c" door de derde letter van het toetsenbord, en wel de letter "e" etc. De sleutel betreft dan de letters van het alfabet in de volgorde op het toetsenbord. Dit wordt ook wel het sleutelalfabet genoemd. Het woord "cheque" wordt met deze sleutel versleuteld tot "eitjxt". In dit geval zal degene die de tekst wil ontcijferen, het gehanteerde sleutelalfabet dienen te kennen.

Bij een poly-alfabetische substitutiemethode wordt een combinatie van meer sleutelalfabetten gehanteerd. In dat geval wordt de sleutel niet gevormd door het sleutelalfabet, maar door de parameter op basis waarvan wordt bepaald welk sleutelalfabet wordt gebruikt bij de versleuteling van een bepaalde letter in de te versleutelen tekst. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat er vijf sleutelalfabetten worden gehanteerd en de sleutel wordt gevormd door een getal, bestaande uit een reeks van de cijfers een tot en

¹⁷ Zie Van Esch 1999, supra noot 4, p. 132-136.

met vijf. Bestaat de sleutel bijvoorbeeld uit het getal 1354, dan wordt bij de versleuteling van de eerste letter het eerste sleutelalfabet gebruikt, bij de versleuteling van de tweede letter het derde sleutelalfabet, bij de derde letter het vijfde sleutelalfabet, bij de vierde letter het vierde sleutelalfabet, bij de vijfde letter wederom het eerste sleutelalfabet etc. Bij deze methode zal degene die de tekst wil ontcijferen, zowel de gehanteerde sleutelalfabetten als de sleutel dienen te kennen.¹⁸

Bij de transpositiemethode blijven de tekens die dienen te worden versleuteld, hetzelfde, maar wordt de volgorde van de tekens gewijzigd. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan de volgende methode. De te versleutelen tekst wordt van links naar rechts in vier kolommen geplaatst. In de eerste kolom komt het eerste teken, in de tweede kolom het tweede teken, in de derde kolom het derde teken, in de vierde kolom het vierde teken, in de eerste kolom het vijfde teken etc. Vervolgens plaatst men boven de kolommen een woord van vier letters. Dat is de sleutel. Daarna worden de letters in de kolommen van boven naar onderen opgeschreven, waarbij de volgorde van de kolommen wordt bepaald door de volgorde die de letters van het sleutelwoord in het alfabet innemen.

B	O	E	K
1	4	2	3
E	N	D	O
S	S	E	M
E	N	T	

In de hierboven weergegeven tabel is het sleutelwoord "boek". In het alfabet komt de letter "b" als eerste, de letter "o" als vierde, de letter "e" als tweede en de letter "k" als derde voor. Dit leidt tot een versleuteling volgens de hierboven weergegeven transpositiemethode van het woord "endossement" in het woord "esedetomnsn". Degene die de versleutelde tekst wil ontcijferen, zal het algoritme en de sleutel dienen te kennen.¹⁹

De huidige encryptietechnieken zijn gebaseerd op een aaneenschakeling van verschillende substituties en transposities met één sleutel als parameter.

¹⁸ Zie hierover A.S. Tanenbaum, *Computernetwerken*, 1990, p. 591-596.

¹⁹ Zie voor een beschrijving van deze methode Tanenbaum 1990, supra noot 18, p. 597-599.

Twee encryptiesystemen kunnen worden onderscheiden: de symmetrische en de asymmetrische encryptie. Bij symmetrische encryptie gebruiken de afzender en de ontvanger van de gegevens dezelfde geheime sleutel om de gegevens te versleutelen en te ontcijferen.²⁰ In geval van asymmetrische encryptie gebruiken de afzender en de ontvanger ieder een verschillende sleutel voor de versleuteling en de ontcijfering van de gegevens.²¹

Ook kan van een elektronische wissel of cheque de hashwaarde²² worden opgeslagen. Een wijziging of verwijdering van gegevens van de elektronische wissel of de elektronische cheque kan in dat geval worden geconstateerd door de hashwaarde opnieuw te berekenen en deze te vergelijken met de opgeslagen hashwaarde.

Tot slot kan de fraudebestendigheid van opgeslagen elektronische wissels en cheques worden verbeterd door organisatorische beveiligingsmaatregelen, zoals toegangsbeveiliging met behulp van wachtwoorden en registratie van gegevens omtrent toegangsverschaffing.

Ik kom tot de conclusie dat bij gebruik van de juiste media en/of toepassing van de juiste technologieën en organisatorische beveiligingsmaatregelen vrijwel dezelfde waarborgen tegen fraude met een elektronische wissel of een elektronische cheque kan worden geboden als tegen fraude met een geschrift.

3.1.4 Bewijsmiddel

De wissel en de cheque kunnen als middel worden gebruikt om (a) het bestaan, (b) de inhoud en (c) het tijdstip²³ van daarop vastgelegde verklaringen te bewijzen. Door de duurzaamheid van papier is het betreffende bewijsmiddel een lange tijd beschikbaar.

²⁰ Een voorbeeld van een symmetrische encryptiemethode is de *Data Encryption Standard*, beter bekend onder de afkorting DES. De DES-sleutel is 56 bits groot. Zie voor een beschrijving van DES Tanenbaum 1990, supra noot 18, p. 600-607.

²¹ Zie over de asymmetrische encryptie ook wel *Public-key* cryptografie genoemd, Tanenbaum 1990, supra noot 18, p. 611-613.

²² De hashwaarde van gegevens is een voor die gegevens uniek controlegetal dat wordt verkregen door volgens een bepaald algoritme de waarden uit een aantal velden waaruit de gegevensverzameling is opgebouwd, bij elkaar op te tellen. Indien er een wijziging wordt aangebracht in de elektronische verklaring, leidt dit tot een andere hashwaarde. Zie Van Esch 1999, supra noot 4, p. 136.

²³ Bewijs van het tijdstip van trekking kan bijvoorbeeld van belang zijn indien een wissel wordt getrokken op zekere tijd na dagtekening. Zie art. 132 WvK. Bij de cheque kan het bewijs van de datum van uitgifte bijvoorbeeld van belang zijn in verband met de aanbestedingstermijnen als bedoeld in art. 206 WvK.

De papieren wissel en de cheque zijn onderhandse akten in de zin van art. 183 lid 1 Rv.²⁴ Zij leveren krachtens art. 184 lid 2 Rv in beginsel tussen betrokkenen dwingend bewijs op van de waarheid van de daarop vastgelegde verklaringen. Dit betekent dat de rechter verplicht is in een rechtsprocedure waarin de akte als bewijsmiddel wordt overgelegd, aan te nemen dat de akte de verklaring juist weergeeft behoudens tegenbewijs.²⁵

Daarbij dient echter te worden opgemerkt dat op grond van art. 187 lid 1 Rv de kracht van het schriftelijk bewijs gelegen is in de oorspronkelijke akte. Een kopie van een akte heeft derhalve vrije bewijskracht. Hetzelfde geldt voor een wisselafschrift conform art. 166 WvK vervaardigd door de houder van een wissel. Zie over originelen par. 3.2.7.

Indien een wissel of een cheque in meer gelijkkluidende exemplaren is getrokken²⁶, kan zich bij verschillen in de verschillende exemplaren de vraag voordoen welke van de documenten de feiten juist weergeeft. Worden de verschillende exemplaren als bewijsmiddel in een rechtsprocedure aangedragen, dan zal degene die de in de wissel of de cheque vervatte feiten moet bewijzen, moeten aantonen dat het exemplaar waarop hij zich beroept, de volledige en juiste inhoud van de verklaring behelst.²⁷

Doordat de wissel en de cheque onderhandse akten zijn, is gewaarborgd dat van het bestaan, de inhoud en het tijdstip van uitgifte een bewijsmiddel met sterke bewijskracht voorhanden is. Dit kan rechtsprocedures voorkomen.

Een elektronische wissel of cheque, opgeslagen op een bepaald medium, kan worden gebruikt als middel ten bewijze van het bestaan, van de inhoud of van het tijdstip van uitgifte daarvan.²⁸ Het is de vraag of een elektronische wissel of elektronische cheque bewijsrechtelijk kan worden gelijk-

²⁴ Vergelijk G. van Empel, J.B. Huizink, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, 4e dr., 1997, p. 28-29.

²⁵ Vergelijk art. 178 lid 1 Rv, dat bepaalt dat dwingend bewijs inhoudt dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen ofwel verplicht is de bewijskracht te erkennen, welke de wet aan bepaalde gegevens verbindt. Krachtens het tweede lid van dit artikel is tegenbewijs tegen dwingend bewijs mogelijk, tenzij de wet het uitsluit. Zie over dwingend bewijs H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, 2e dr., 1992, p. 17-18; T.R. Hidma, G.R. Rutgers, *Bewijs*, Pitlo deel 7, 7e dr., 1995, nr. 32.

²⁶ Zie art. 163 WvK en art. 226 WvK.

²⁷ Vergelijk A. Anema, P.J. Verdam, *Van bewijs*, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 7, 5e dr., 1953, p. 165.

²⁸ Art. 179 lid 1 Rv. Zie over de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen Dijksterhuis-Wieten 1992, supra noot 25, p. 19; Hidma, Rutgers 1995, supra noot 25, nr. 34.

gesteld met een akte. De opvattingen hierover zijn verdeeld.²⁹ Maar zelfs indien men gelijkstelling aanvaardt, dan nog blijft het de vraag of een elektronische wissel en elektronische cheque dezelfde bewijskracht hebben als een akte, nu de bijzondere bewijskracht van een akte krachtens art. 187 lid 1 Rv is gelegen in het origineel. Bij een elektronisch bestand, als een geregistreerd elektronische wissel of cheque, kan toch bezwaarlijk worden gesproken van een origineel, als bedoeld in art. 187 lid 1 Rv, omdat een kopie moeilijk zo niet onmogelijk valt te onderscheiden van het oorspronkelijke bestand. Het is zelfs niet uitgesloten dat dit oorspronkelijke bestand niet meer bestaat en dat er slechts een kopie van dit bestand is opgeslagen. Dit alles betekent dat de registratie van een elektronische wissel of cheque vrije bewijskracht heeft, waardoor de waardering van het bewijsmiddel is overgelaten aan de rechter.³⁰ Verwacht mag worden dat de rechter aan een dergelijke elektronische registratie een zwakke bewijskracht zal toekennen, tenzij de partij die het bewijsmiddel overlegt, kan aantonen dat de kans op manipulatie van de registratie aanvaardbaar klein is.³¹ Voor methoden voor vermindering van de kans op manipulatie verwijs ik naar paragraaf 3.1.3.³² Indien de juiste maatregelen zijn genomen, waardoor de kans op manipulatie van de elektronische gegevens even groot is als of kleiner is dan in het geval de gegevens op papier zouden zijn vastgelegd, sluit ik niet uit dat de rechter aan het elektronische bewijsmiddel dezelfde waarde toekent als in het geval dat de gegevens op schrift zouden zijn vastgelegd.

²⁹ Voor een overzicht van de literatuur met betrekking tot de gelijkstelling van een elektronische handtekening met een schriftelijke handtekening en de gelijkstelling van een elektronisch bestand met een geschrift verwijs ik naar Van Esch 1999, supra noot 4, p. 144-149 en p. 184-189. Zie voorts J.E.J. Prins, S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Studiepockets Privaatrecht 61, 2000, p. 116, die ervan uitgaan dat een elektronisch document kan worden gelijkgesteld met een geschrift en een elektronische handtekening met een schriftelijke handtekening, indien het elektronisch document en de elektronische handtekening dezelfde functies kunnen vervullen als die waar de wetgever aan dacht toen hij in een wettelijke regeling bepaalde rechtsgevolgen verbond aan (het ontbreken van) een ondertekend geschrift.

³⁰ Art. 179 lid 2 Rv.

³¹ Over de bewijskracht van moderne gegevensdragers zie F. de Graaf, "Bewijsrecht en bewaarplichten in een geautomatiseerde omgeving", in: F. de Graaf, J.M.A. Berkvens, *Hoofdstukken Informaticarecht*, 3e dr., 1991, p. 224-229; C. Prins, "Bewijsaspecten rondom EDI", in: R.E. van Esch, C. Prins, *Recht en EDI*, Serie Recht en Praktijk 68, 1993, p. 97-101; Prins 1996, supra noot 14, p. 66-76; Kemna 1997, supra noot 14, p. 252-253.

³² Het *Rapport Bewaren en bewijzen* 1998 bevat een praktijkrichtlijn die aangeeft waarmee in de administratieve organisatie rekening dient te worden gehouden in verband met de bewijskracht van een registratie van elektronische gegevens.

3.1.5 Conclusie

Uit het bovenstaande concludeer ik dat een elektronische wissel of cheque dezelfde functies zou kunnen vervullen als een schriftelijke wissel of cheque, mits de juiste technieken worden toegepast om de gegevens raadpleegbaar te maken, de kans op fraude te minimaliseren en de bewijskracht te verhogen. In dat geval is er vanuit dit oogpunt niets op tegen om een elektronische wissel of cheque juridisch gelijk te stellen met een geschrift.

3.2 Elektronisch handtekening

3.2.1 Inleiding

De schriftelijke handtekening speelt bij de schriftelijke wissel en cheque een prominente rol. Zo dienen de wissel en de cheque op de voorzijde te zijn voorzien van de handtekening van de trekker.³³ Voorts is ook voor een aantal andere rechtshandelingen ten aanzien van de wissel of de cheque een handtekening op de voorzijde of de achterzijde van de cheque vereist. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op het endossement³⁴, de acceptatie³⁵, het aval³⁶ en het onderhands protest³⁷.

Bij een elektronische wissel of cheque zal in plaats van een schriftelijke handtekening een elektronische handtekening dienen te worden gebruikt. Dit roept de vraag op of aan deze elektronische handtekening voor wat betreft de wissel en de cheque dezelfde rechtsgevolgen kunnen worden toegekend als aan de schriftelijke handtekening. Voor de beantwoording van deze vraag dient te worden geanalyseerd welke functies de schriftelijke handtekening op de wissel of de cheque vervult en te worden vastgesteld of een elektronische handtekening dezelfde functies kan vervullen.³⁸

Hierna zal ik eerst een uitgebreide beschrijving geven van een aantal vormen van de elektronische handtekening. Vervolgens zal ik ingaan op de functie van de handtekening bij een wissel en een cheque en zal ik de vraag beantwoorden of een elektronische handtekening dezelfde functies kan vervullen.

³³ Zie art. 100 WvK en art. 178 WvK.

³⁴ Zie art. 112 WvK en art. 193 WvK.

³⁵ Zie art. 124 WvK.

³⁶ Zie art. 130 WvK en art. 203 WvK.

³⁷ Zie art. 143d WvK.

³⁸ Voor een algemene analyse van de functies van de schriftelijke handtekening en een onderzoek naar de gelijkstelling van de elektronische handtekening met de schriftelijke handtekening verwijs ik naar Huydecoper, Van Esch 1996, supra noot 12; Van Esch 1999, supra noot 4, p. 127-142.

3.2.2 Soorten elektronische handtekening

Het begrip "elektronische handtekening" is een verzamelnaam voor een aantal op informatietechnologie gebaseerde technieken, die tot doel hebben één of meer functies van de handtekening te vervullen. Hieronder volgt een beschrijving van de handtekeningen die zijn gebaseerd op biometrische kenmerken van de ondertekenaar (hierna: de biometrische handtekening), en de digitale handtekening.

Biometrische handtekeningen

Biometrische handtekeningen zijn gebaseerd op een unieke persoonsgebonden karakteristiek van de ondertekenaar.³⁹ Twee soorten karakteristieken kunnen worden onderscheiden: de gedragsmatige karakteristieken en de fysieke karakteristieken. In het eerste geval gaat het om dynamische kenmerken van de ondertekenaar, zoals de snelheid waarmee hij een handtekening plaatst, de druk die hij op een pen uitoefent, en de vorm van de handtekening. In het tweede geval gaat het om statische kenmerken, zoals de vingerafdruk of de oogiris.

Met behulp van apparatuur, programmatuur en een telecommunicatienetwerk kunnen de betreffende karakteristieken van de ondertekenaar bij het afleggen van de verklaring worden vastgesteld en geregistreerd en vergeleken met de gegevens die daaromtrent zijn opgeslagen in een bestand.⁴⁰ Biometrie is betrouwbaarder naarmate er meer gegevens over de karakteristieken worden geregistreerd en gecontroleerd.⁴¹

Een op biometrie gebaseerde elektronische handtekening kan worden gebruikt bij een elektronische wissel of cheque, mits aan de uitgifte van dat document een systeem ten grondslag ligt dat aan de trekker, de betrokkene en derden de mogelijkheid biedt om de handtekening te verifiëren of door een derde te laten verifiëren.

³⁹ Biometrie kan worden gedefinieerd als: "een meetbare fysieke eigenschap of een persoonsgebonden gedrag dat gebruikt kan worden voor het op geautomatiseerde wijze vaststellen van de identiteit of het verifiëren van de opgegeven identiteit van de persoon". Zie J. van Arkel, "Biometrie en de chipcard, een unieke combinatie?", in: A. Knopjes, P.J. Lakeman, *Een haalbare card. Consequenties voor opsporing en vervolging*, 1996, p. 22.

⁴⁰ Het zogenaamde *template*. Vergelijk Van Arkel 1996, supra noot 39, p. 22-23; R. van Kralingen, C. Prins, J. Grijpink, *Het lichaam als sleutel. Juridische beschouwingen over biometrie* 1997, Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht 8, p. 15-17.

⁴¹ Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om de vingerafdruk te controleren op 10 punten of 100 punten. Uiteraard is een controle op 100 punten betrouwbaarder. Daar staat echter tegenover dat deze controle langer duurt.

Digitale handtekening

De digitale handtekening is gebaseerd op cryptografie oftewel encryptie. Voor een uiteenzetting van deze techniek verwijs ik naar par. 3.1.3. Bij de digitale handtekening wordt gebruik gemaakt van de asymmetrische encryptiemethode voor het verifiëren van de identiteit van de afzender. De versleuteling vindt plaats met de geheime private sleutel van de afzender en de ontcijfering met de bij de private sleutel behorende publieke sleutel van de afzender. Hierdoor weet de ontvanger zeker dat de verklaring is verstuurd door iemand die de beschikking had over de geheime private sleutel van de vermeende afzender. Voor de verspreiding van de publieke sleutel kan gebruik worden gemaakt van een elektronisch certificaat dat is afgegeven en digitaal ondertekend door een onafhankelijke derde. Deze onafhankelijke derde wordt aangeduid met de term *Trusted Third Party* oftewel TTP.⁴² De TTP verklaart in het certificaat dat de publieke sleutel, zoals vermeld in het certificaat, aan de afzender toebehoort. Het certificaat wordt in de meeste gevallen door de afzender met de digitale handtekening meegestuurd, zodat de ontvanger beschikt over de publieke sleutel voor de ontcijfering van de digitale handtekening.

Voor het plaatsen van een digitale handtekening door middel van encryptie wordt meestal gebruik gemaakt van de hashwaarde van de elektronische verklaring, waarop de elektronische handtekening betrekking dient te

⁴² De volgende functies van de TTP bij de certificering van publieke sleutels kunnen worden genoemd: *Registration Authority*, *Certification Authority* en *Root Authority*. De *Registration Authority* is de instelling die de identiteit van de afzender vaststelt. De afzender verstrekt zijn publieke sleutel aan de *Registration Authority* en identificeert zich tegenover de *Registration Authority*. Nadat deze procedure is doorlopen, wordt door de *Certification Authority* een certificaat opgesteld. Dit certificaat wordt ondertekend door de *Certification Authority* met diens private sleutel en verstrekt aan degene die het certificaat heeft aangevraagd. De *Root Authority* is een in de samenleving als betrouwbaar bekendstaande instelling die de *Certification Authority* certificeert door te verklaren dat de publieke sleutel van de *Certification Authority* aan de *Certification Authority* toebehoort. Dit samenstel van functies en procedures wordt ook wel de *Public Key Infrastructure* oftewel PKI genoemd. Bij de hierboven uitgewerkte PKI vormt het vertrouwen van de ontvanger van een versleuteld bericht in de *Root Authority* de basis voor het vertrouwen in de verklaring van de *Certification Authority* dat de publieke sleutel toebehoort aan de afzender. Zie over de PKI S. van der Hof, *De juridische status van de digitale handtekening*, Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht 7, 1997, p. 10; A. Mitrakas, *Open EDI and Law in Europe*, 1997, p. 182. Zie voor een algemene verhandeling over TTP's Kemna 1997, supra noot 14, p. 244-249; A.W. Duthler, *Met recht een TTP!*, 1998. KPMG EDP Auditors hebben in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat een rapport opgesteld over de randvoorwaarden waaraan een TTP zou moeten voldoen. Het rapport bevat tevens een inventarisatie van de instrumenten, waarmee de randvoorwaarden gewaarborgd zouden kunnen worden. Zie *Eindrappor-tage Nationaal TTP-project*, 1998.

hebben. De hashwaarde van een verklaring is een voor die verklaring uniek controlegetal dat wordt verkregen door volgens een bepaald algoritme de waarden uit een aantal velden waaruit de verklaring is opgebouwd, bij elkaar op te tellen. Indien er een wijziging wordt aangebracht in de elektronische verklaring, leidt dit tot een andere hashwaarde. Door de hashwaarde van een verklaring te versleutelen met behulp van asymmetrische encryptie, kan met betrekking tot deze verklaring een digitale handtekening worden gegenereerd.⁴³

3.2.3 Identificatie

De wissel en de cheque kunnen op de voorzijde en de achterzijde verschillende verklaringen bevatten. Zo geeft de trekker op de voorzijde opdracht aan de betrokkene om het bedrag van de wissel of de cheque uit te betalen aan de nemer, diens order of de houder. Bij een endossement verklaart de houder op de achterzijde van de cheque door het plaatsen van de woorden "voor mij aan ..." de cheque over te dragen aan de verkrijger. Door het plaatsen van de handtekening onder een verklaring maakt de declarant zijn identiteit bekend. Degene die de wissel of de cheque ontvangt, kan aan de hand van de handtekening de identiteit van de declarant verifiëren.⁴⁴

Hierbij dienen we ons te realiseren dat de handtekening nimmer honderd procent zekerheid kan verschaffen omtrent de identiteit van de ondertekenaar. Er bestaat altijd een kans dat de handtekening is nagemaakt, zonder dat dit achteraf door deskundigen valt vast te stellen.⁴⁵

De identificerende kracht van de schriftelijke handtekening is gelegen in haar persoonsgebondenheid. Door de sterke relatie tussen de ondertekenaar en zijn handtekening kan met aanvaardbare mate van zekerheid aan de hand van de schriftelijke handtekening worden vastgesteld of een bepaalde persoon de verklaring heeft ondertekend, mits men beschikt over de oorspronkelijke handtekening van de ondertekenaar om deze te vergelijken met de handtekening op de wissel of de cheque. Daarbij merk ik op dat het voor degenen die betrokken zijn bij een wissel of een cheque, mede gezien

⁴³ Zie voor een beschrijving van de encryptiesystemen en de digitale handtekening die wordt verkregen met behulp van de asymmetrische encryptiemethode, Van Esch 1999, supra noot 4, p. 132-136.

⁴⁴ Zie voor de identificatiefunctie van de handtekening G. Vandenberghe, "De betekenis van de handtekening bij het elektronisch betalingsverkeer en teleshopping", in: H. Schutte e.a., *Elektronisch betalingsverkeer en teleshopping*, Informatica en Recht 7, 1988, p. 27.

⁴⁵ Vergelijk Dijksterhuis-Wieten 1992, supra noot 25, p. 52, die opmerkt dat handtekeningen onder onderhandse akten vrij gemakkelijk te vervalsen zijn.

het vaak internationale karakter van de wissel en de cheque, niet altijd eenvoudig zal zijn om vast te stellen of een handtekening op de wissel of de cheque echt is omdat zij niet beschikken over de oorspronkelijke handtekening van de ondertekenaar.

De hierboven beschreven biometrische handtekeningen zijn ook persoonsgebonden. Zij kunnen worden gebruikt voor het verifiëren van de identiteit van de declarant. Hierbij dient echter een aantal kanttekeningen te worden geplaatst. Ook bij handtekeningen gebaseerd op biometrische kenmerken van de ondertekenaar, dienen afwijkingen binnen bepaalde marges te worden toegestaan om binnen redelijke grenzen te voorkomen dat de ondertekenaar ten onrechte niet wordt herkend.⁴⁶ Denk bijvoorbeeld aan het geval dat gebruik wordt gemaakt van de vingerafdruk en de persoon in kwestie zich in zijn vingers heeft gesneden. Hierdoor kan niet met zekerheid worden vastgesteld of de biometrische handtekening van de vermeende ondertekenaar is. Voorts kan ten aanzien van de vingerafdrukherkenning worden opgemerkt dat het blijkbaar bij de huidige stand van de techniek mogelijk is om met behulp van een dun siliconen vliesje binnen een of twee dagen het patroon van een vingerafdruk van een ander na te maken.⁴⁷ Tot slot dient bij de biometrische methoden nog de volgende kanttekening te worden geplaatst. De betrouwbaarheid van het systeem staat of valt met de adequate beveiliging van het bestand met de registraties van de biometrische kenmerken van personen, dat door de ontvanger wordt gebruikt voor de verificatie van de biometrische handtekening. De betrouwbaarheid neemt af naarmate de kans groter is dat onbevoegde derden zich toegang hebben kunnen verschaffen tot dit bestand om de daarin opgeslagen gegevens te wijzigen.⁴⁸ Mits er adequate maatregelen worden om de hiervoor genoemde risico's binnen aanvaardbare proporties te houden, is de elektronische handtekening gebaseerd op biometrische kenmerken van een persoon, een minstens even betrouwbaar identificatiemiddel als de schriftelijke handtekening.

De op asymmetrische encryptie gebaseerde digitale handtekening is niet persoonsgebonden. In de meeste gevallen zal niet met zekerheid kunnen

⁴⁶ Twee termen die we hier tegenkomen, zijn de *False Acceptance Rate* (FAR) en de *False Rejection Rate* (FRR). De FAR betreft het percentage van valse biometrische handtekeningen die door het verificatiesysteem als echt worden aanvaard. De FRR betreft het percentage van juiste biometrische handtekeningen die door het systeem als vals worden gekwalificeerd. Zie hierover Van Kralingen, Prins, Grijpink 1997, supra noot 40, p. 14.

⁴⁷ Vergelijk T. van der Putte, "Biometrie als beveiligingsmiddel", *Cards in Business*, 2000-2, p. 15-16.

⁴⁸ Zie Van Kralingen, Prins, Grijpink 1997, supra noot 40, p. 47.

worden vastgesteld door welke persoon de betreffende elektronische handtekening is gezet. De ontvanger van een verklaring kan alleen met zekerheid vaststellen dat de juiste private sleutel voor het zetten van de digitale handtekening is gebruikt. Dit betekent dat de digitale handtekening in beginsel minder betrouwbaar is als identificatiemiddel dan de schriftelijke handtekening. Zij kan worden gebruikt om te verifiëren of de digitale handtekening hoort bij de vermeende declarant, maar niet om de identiteit van de afzender vast te stellen.⁴⁹ Voorts dient bij de digitale handtekening nog te worden gewezen op de mogelijkheid om uit de publieke sleutel de private sleutel te herleiden, indien de lengte van de sleutels niet te groot is. Naarmate de lengte van de sleutels groter is, zal het meer inspanningen kosten om uit de publieke sleutel de private sleutel te herleiden.⁵⁰ Bij een sleutel met geringe lengte is derhalve de kans groter dat de digitale handtekening is geplaatst door een onbevoegde.

Indien gepaste maatregelen zijn genomen om te voorkomen dat een onbevoegde derde gebruik kan maken van de middelen waarmee de digitale handtekening wordt gezet, en daardoor de kans verwaarloosbaar klein is dat een onbevoegde de digitale handtekening heeft geplaatst, zou men echter kunnen stellen dat een digitale handtekening gebaseerd op een geheime private sleutel van voldoende lengte als identificatiemiddel minstens even betrouwbaar is als een handgeschreven handtekening.

Bij dit alles merk ik op dat ook de schriftelijke handtekening geen absolute zekerheid biedt omtrent de identiteit van de ondertekenaar. Een schriftelijke handtekening van een persoon kan bijvoorbeeld vele malen gemakkelijker worden nagemaakt, dan dat uit de publieke sleutel van een persoon zijn private sleutel kan worden herleid waarmee zijn digitale handtekening kan worden gegenereerd.

3.2.4 *Vaststellen authenticiteit*

Indien onder een verklaring op een wissel of een cheque de handtekening van een persoon staat en deze erkent dat het zijn handtekening is, zal deze verklaring voor authentiek worden gehouden tot op tegenbewijs. Dit impliceert dat ervan wordt uitgegaan dat de integriteit van de verklaring niet is aangetast tot op tegenbewijs.

⁴⁹ Zie voor het verschil tussen identificatie en verificatie Van Kralingen, Prins, Grijpink 1997, supra noot 40, p. 9.

⁵⁰ In het betalingsverkeer wordt op dit moment gebruik gemaakt van sleutels met een lengte van 1024 bits.

Ook ten aanzien van de authenticiteit dient te worden opgemerkt dat de aanwezigheid van een handtekening onder een verklaring nimmer honderd procent zekerheid geeft over de echtheid van de verklaring. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de ondertekenaar een aantal blanco cheques heeft ondertekend en een onbevoegde derde deze cheques bemachtigt en daarop een bedrag invult, waarbij hij zichzelf als begunstigde aanwijst.⁵¹

Voor het vaststellen van de authenticiteit van een verklaring op een wissel of een cheque aan de hand van een handtekening dient aan de volgende voorwaarden te worden voldaan:

- a. Er is een onlosmakelijk verband tussen de handtekening en de verklaring. Bij een schriftelijke wissel en een cheque wordt dit verband tussen handtekening en verklaring gelegd, doordat zij beide op hetzelfde papier zijn geplaatst.
- b. Eventuele wijzigingen die naderhand in de verklaring zijn aangebracht, kunnen worden gedetecteerd.⁵² Zo zullen wijzigingen op de wissel en de cheque, zij het soms niet op het eerste gezicht, nagenoeg altijd kunnen worden vastgesteld.

Biometrische handtekeningen voldoen in beginsel niet aan het eerste vereiste voor het vaststellen van de authenticiteit van een verklaring. Deze kunnen dan ook in beginsel geen dienst doen als middel om de authenticiteit van een verklaring vast te stellen.⁵³

De digitale handtekening voldoet wel aan de bovenvermelde vereisten. Doordat zij wordt gegenereerd over de hashwaarde van de verklaring, is zij uniek voor de verklaring waarop zij betrekking heeft. Indien de verklaring wordt vervangen door een andere of er een wijziging in de verklaring wordt aangebracht, past de meegezonden digitale handtekening niet meer bij de betreffende verklaring. De digitale handtekening is daardoor een betrouwbaarder middel voor het vaststellen van de authenticiteit van een verklaring dan de schriftelijke handtekening.

Ik wijs in dit kader op art. 168 WvK en art 228 WvK. Deze artikelen gaan ervan uit dat er op de wissel of de cheque veranderingen kunnen worden aangebracht. Zij die vóór de verandering hun handtekening op de wissel

⁵¹ In dat geval is de verklaring niet authentiek. Een andere vraag is of de ondertekenaar desalniettemin daaraan is gebonden, indien de valsheid van de verklaring komt vast te staan.

⁵² Vergelijk Anema, Verdam 1953, supra noot 27, p. 164, die opmerken dat hetgeen onder een handtekening is geplaatst geen deel uitmaakt van de akte, tenzij daaruit het tegendeel voortvloeit.

⁵³ Zo ook Kemna 1997, supra noot 14, p. 242.

hebben gezet, zijn slechts gebonden aan de oorspronkelijke tekst. Zij die daarna hun handtekening hebben gezet, zijn aan de veranderde tekst gebonden.

3.2.5 *Wilsuiting*

Door het zetten van zijn handtekening op een wissel of een cheque openbaart de declarant zijn wil om gebonden te zijn aan de rechtsgevolgen verbonden aan de verklaring, waarop de handtekening betrekking heeft.⁵⁴ Een handtekening onder een verklaring levert prima facie bewijs op van deze rechtswil.⁵⁵ Uiteraard staat het de ondertekenaar vrij om te bewijzen dat, ondanks de aanwezigheid van zijn handtekening onder de verklaring, de wil om daaraan gebonden te zijn ontbrak. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat hij onder dwang de handtekening onder de verklaring heeft gezet. Indien de ondertekenaar kan bewijzen dat aan de verklaring op de wissel en de cheque zijn wil ontbrak, betekent zulks overigens nog niet dat hij zich daarmee kan onttrekken aan de rechtsgevolgen verbonden aan deze verklaring. De wederpartij kan zich onder omstandigheden beroepen op art. 3:35 BW.

Hetzelfde geldt voor de elektronische handtekening die door de declarant - met behulp van daarvoor bestemde apparatuur en programmatuur - na het opmaken van de verklaring aan een elektronische verklaring is toegevoegd.

3.2.6 *Vertegenwoordigingsbevoegdheid*

Indien een vertegenwoordiger namens een ander een handtekening op de wissel of de cheque plaatst, wordt hij geacht daarmee impliciet te verklaren bevoegd te zijn om voor en namens deze ander te handelen.⁵⁶

Dit is bijvoorbeeld van belang indien achteraf deze vertegenwoordigingsbevoegdheid blijkt te ontbreken. In dat geval is de onbevoegde vertegenwoordiger op grond van art. 107 WvK en art. 188 WvK zelf krachtens de cheque verbonden.

⁵⁴ Vergelijk Vandenberghe 1988, supra noot 44, p. 27; Zie voorts het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 1996, *NJ* 1996, 394, waarin hij overweegt dat het oordeel van het Hof op grond van de omstandigheden als in het arrest genoemd dat de man van eiseres door het plaatsen van zijn handtekening op het desbetreffende bankformulier te kennen heeft gegeven de toepasselijkheid van de daarin genoemde *Uniform Customs* te aanvaarden, niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

⁵⁵ Zie voor het onderscheid tussen verklaringswil, duidingswil en rechtswil Asser/Hartkamp 4-II, 1997, nr. 114.

⁵⁶ Zie over deze functie van de handtekening Toh See Kiat, *Law of Telematic Data Interchange*, 1992, p. 77.

Hetzelfde geldt voor degene die namens een ander een elektronische handtekening plaatst op een elektronische wissel of cheque.

3.2.7 Origineel

Een door de trekker ondertekende wissel of cheque zal worden beschouwd als het origineel, tenzij uitdrukkelijk hierop is vermeld dat het een afschrift is van het origineel. Het origineel is onder andere van belang, omdat de wissel en de cheque onderhandse akten zijn in de zin van art. 183 Rv⁵⁷ en krachtens art. 187 lid 1 Rv de kracht van het schriftelijk bewijs in de oorspronkelijke akte is gelegen. Zie par. 3.1.4.

Overigens is niet uitgesloten dat er meer originelen van een wissel of een cheque bestaan. Blijkens art. 163 WvK kan de wissel in meer gelijk-luidende exemplaren worden getrokken, in welk geval de verschillende exemplaren moeten worden genummerd. Ook bepaalde cheques kunnen in meer gelijkkluidende exemplaren worden getrokken. Zie art. 226 WvK. Deze regeling is met name bedoeld om problemen te voorkomen bij vermissing van een wissel of een cheque. In de praktijk is de regeling achterhaald door de mogelijkheden om papieren of elektronische kopieën van een wissel of een cheque te maken.⁵⁸

Met een elektronische handtekening kan bij de huidige stand van de techniek geen origineel van een verklaring worden gecreëerd. Van de elektronische verklaring welke is voorzien van de elektronische handtekening van de declarant, kan een kopie worden gemaakt zonder dat achteraf aan de hand van de elektronische handtekening is vast te stellen welke van de twee het origineel is. De elektronische handtekening kan dan ook vooralsnog niet de functie vervullen van het creëren van een origineel.

Dit heeft tot gevolg dat er van een elektronische wissel of cheque of een genummerd exemplaar van een elektronische wissel of cheque kopieën kunnen worden gemaakt zonder dat is vast te stellen wat het originele exemplaar en wat de kopie is. Hierdoor kan een houder een aantal kopieën van een elektronische wissel of cheque maken en deze door middel van een endorsement overdragen aan verschillende verkrijgers. Alsdan doet zich de vraag voor wat de rechtspositie is van de verschillende personen betrokken bij de wissel of de cheque. Ik pleit in dat geval voor een analogische toepassing van art. 164 WvK en art. 227 WvK. Dit houdt in dat de betaling op één der elektronische exemplaren van de wissel of de cheque de betrok-

⁵⁷ Vergelijk G. van Empel, J.B. Huizink, supra noot 24, p. 28-29.

⁵⁸ Zie Hammerstein 1998, supra noot 1, p. 20.

kene bevrijdt. Voorts kunnen de verkrijgers van een elektronisch exemplaar regres nemen op degene die de verschillende elektronische kopieën in het leven heeft geroepen en door middel van een elektronisch endossement heeft overgedragen. Latere verkrijgers van een elektronisch exemplaar kunnen regres nemen op hun voorgangers.

3.2.8 *Gelijkstelling elektronische handtekening met schriftelijke handtekening in wetgeving*

In het inleidende hoofdstuk 1 is ingegaan op de Europese richtlijn inzake elektronische handtekeningen.⁵⁹ Deze richtlijn voorziet in een gelijkstelling van de elektronische handtekening met de schriftelijke handtekening, mits is voldaan aan bepaalde in deze richtlijn gespecificeerde voorwaarden. Art. 1 van de richtlijn bepaalt echter dat zij de regels en beperkingen die het nationale en het Gemeenschapsrecht voorschrijven voor het gebruik van documenten, onverlet laat. De richtlijn verplicht de lidstaten derhalve niet om voor wissels en cheques de elektronische handtekening die voldoet aan bedoelde voorwaarden, gelijk te stellen met de schriftelijke handtekening. Voor de goede orde merk ik hierbij op dat de richtlijn een dergelijke gelijkstelling ook niet verbiedt.

3.2.9 *Conclusie*

Ook hier kom ik tot de conclusie dat sommige vormen van de elektronische handtekening, en dan met name de digitale handtekening, nagenoeg alle functies kunnen vervullen die de schriftelijke handtekening op een wissel of een cheque vervullen, mits adequate maatregelen zijn genomen om de kans op misbruik tot een aanvaardbaar niveau te verkleinen. De enige functie die niet kan worden vervuld, is die van het creëren van een origineel, maar dit behoeft geen problemen op te leveren indien mijn voorstel wordt gevolgd om art. 164 WvK en 227 WvK analogisch toe te passen in het geval er elektronische kopieën zijn gemaakt en overgedragen. Er is dan ook niets op tegen om de elektronische handtekening gehecht aan een elektronische wissel of elektronische cheque, juridisch gelijk te stellen met de handtekening op een schriftelijke wissel of cheque, mits de methode voor het genereren van de elektronische handtekening voldoende betrouwbaar is.

⁵⁹ Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000 L 13/12.

3.3 *Andere vormvoorschriften betreffende de inhoud van de cheque*

In de vorige paragrafen is ingegaan op het impliciete vormvereiste van een geschrift en het expliciete vormvereiste van een handtekening van de trekker op de voorzijde van de wissel of de cheque. Daarnaast stelt het Wetboek van Koophandel een aantal andere vormvereisten voor de inhoud van de wissel en de cheque.

Zo bepaalt art. 100 WvK dat de wisselbrief naast de handtekening van de trekker de volgende gegevens dient te vermelden:

- a. de benaming wisselbrief, opgenomen in de tekst zelf en uitgedrukt in de taal, waarin de titel is gesteld;
- b. de onvoorwaardelijke opdracht tot betaling van een bepaalde som;
- c. de naam van degene, die betalen moet;
- d. de aanwijzing van de vervaldag;
- e. de aanwijzing van de plaats, waar de betaling moet geschieden;
- f. de naam van degene, aan wie of aan wiens order de betaling moet worden gedaan;
- g. de vermelding van de dagtekening, alsmede van de plaats, waar de wissel is getrokken.

Art. 101 WvK bepaalt wat het rechtsgevolg is van overtreding van dit wettelijk vormvoorschrift. Het document geldt bij het ontbreken van een van de hierboven genoemde gegevens niet als een wissel, behoudens in de volgende gevallen:

- a. Indien de vervaldag ontbreekt, wordt de wissel beschouwd als betaalbaar op zicht.
- b. Ontbreekt de plaats van betaling, dan wordt de plaats, aangegeven naast de naam van betrokkene, geacht te zijn de plaats van betaling en tevens de plaats van het domicilie van de betrokkene.
- c. De wissel, welke niet de plaats aanwijst, waar hij getrokken is, wordt geacht te zijn ondertekend in de plaats, aangegeven naast de naam van de trekker.

Soortgelijke bepalingen komen we ten aanzien van de cheque tegen in art. 178 WvK en art. 179 WvK, met dien verstande dat:

- a. De bepalingen omtrent de vervaldag ontbreken.
- b. Op de cheque niet behoeft te zijn vermeld aan wie de betaling moet worden gedaan.
- c. Bij het ontbreken van een aanduiding van de plaats van betaling, de cheque betaalbaar is in de plaats, waar het hoofdkantoor van de betrokkene is gevestigd.

De andere vormvereisten voor de inhoud van de wissel en de cheque behoeven geen belemmering te vormen voor de rechtsgeldigheid van de elektronische wissel of cheque. De gegevens die krachtens deze vormvereisten op de wissel of de cheque dienen te worden vermeld, kunnen ook in een elektronische versie van de wissel of de cheque worden opgenomen.

4. De twee zijden van de wissel en cheque

De wissel en de cheque hebben twee zijden: een voorzijde en een achterzijde. Iedere zijde heeft in de praktijk haar eigen functie.

Op de voorzijde zijn de betalingsopdracht en de daarop betrekking hebbende gegevens vermeld. Daarnaast kunnen op de voorzijde voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen ten aanzien van de wissel en de cheque verklaringen worden geplaatst, zoals de acceptatie van de wissel of het stellen van aval voor een wissel- of een chequeschuldenaar.

De achterzijde wordt in de praktijk met name gebruikt voor de overdracht van de wissel of de cheque door middel van een endossement, het geven van een incasso-opdracht door middel van een incasso-endossement of de verpanding door middel van een pand-endossement.

In sommige gevallen is de zijde die is gebruikt voor het verrichten van een bepaalde handeling, bepalend voor het rechtsgevolg dat daaraan wordt verbonden. Zo zal bijvoorbeeld de houder van een cheque aan order door het plaatsen van de enkele handtekening op de voorzijde van de cheque zich borg stellen voor de trekker.⁶⁰ Plaatst hij de enkele handtekening op de achterzijde van de cheque aan order, dan betreft het een blanco-endossement.⁶¹

Anders dan de papieren wissel en cheque hebben de elektronische wissel en cheque geen voor- en achterzijde. Het is de vraag of dit echter een probleem is. De elektronische wissel of cheque is verdeeld in een aantal segmenten of velden. De betekenis van ieder segment of veld en daarmee van de daarin opgenomen gegevens is vooraf bepaald. Het moet dan ook zeer eenvoudig zijn om een partij bij een elektronische wissel of cheque op

⁶⁰ Zie art. 203 WvK. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn voor degene(n) waaraan eerder de cheque is overgedragen door middel van een endossement. Zij krijgen er in dat geval een extra chequeschuldenaar bij, waarop zij verhaal kunnen nemen in het geval dat de betrokkene de cheque niet honoreert.

⁶¹ Zie art. 193 WvK.

eenduidige wijze door het invullen van een bepaald segment of veld te laten verklaren wat haar bedoeling is.

Het probleem zou ook kunnen worden opgelost door het elektronisch document te verdelen in twee delen: het eerste deel dat de voorzijde van de wissel of de cheque voorstelt, en het tweede deel dat de achterzijde voorstelt. De elektronische handtekening zou dan kunnen worden gerelateerd aan de gegevens van één van de twee delen. Bij een digitale handtekening zou de relatie tussen de handtekening en één van de twee delen kunnen worden gelegd door de handtekening (tevens afzonderlijk) te genereren over de hashwaarde van het eerste deel of het tweede deel.⁶² Afhankelijk hiervan zou kunnen worden bepaald welk rechtsgevolg aan het plaatsen van de digitale handtekening dient te worden toegekend.

5. Het afschrift

In de wettelijke regeling wordt een aantal malen verwezen naar afschriften van de wissel. Zie bijvoorbeeld art. 150 WvK, dat bepaalt dat de houder aan degene die ter voldoening aan zijn regresplicht het niet geaccepteerde gedeelte van de wissel heeft betaald, een voor eensluidend ondertekend afschrift van de wissel moet uitleveren, om hem de uitoefening van zijn verdere regresrechten mogelijk te maken. Zie voorts art. 166 en art. 167 WvK, die handelen over wisselafschriften.⁶³ Een dergelijk afschrift van een elektronische wissel kan in een elektronische omgeving gemakkelijk worden gecreëerd door aan een elektronische kopie het woord "afschrift" toe te voegen en deze kopie vervolgens met een digitale handtekening te ondertekenen.

6. De gekruiste cheque

Art. 214 WvK biedt de trekker of de houder van een cheque de mogelijkheid om de cheque te kruisen. In de wettelijke regeling wordt een onderscheid gemaakt tussen de algemeen gekruiste cheque en de bijzonder gekruiste cheque.

De kruising is algemeen indien twee evenwijdige lijnen op de voorzijde van de cheque worden geplaatst zonder een aanwijzing tussen de lijnen, dan wel met de vermelding "bankier" of een soortgelijk woord tussen de lijnen. De algemene kruising heeft krachtens art. 215 WvK tot gevolg dat de betrokkene slechts mag betalen aan een bank of een klant van betrok-

⁶² Zie voor een uitleg van het begrip "hashwaarde" noot 22.

⁶³ Zie Hammerstein 1998, supra noot 1, p. 20-21.

kene. De kruising is bijzonder indien tussen de lijnen de naam van een bank voorkomt. Een cheque met bijzondere kruising kan krachtens art. 215 WvK door de betrokkene slechts worden betaald aan de aangewezen bank, of indien deze de betrokkene is, aan één van haar klanten. Voorts mag een bank een gekruiste cheque slechts in ontvangst nemen van een van haar klanten. Zij mag haar niet innen voor rekening van anderen.

Met de kruising wordt beoogd in geval van chequefraude gemakkelijker te kunnen vaststellen wie de fraude heeft gepleegd.

De wettelijke regeling ten aanzien van de kruising van een cheque veronderstelt een papieren document. Het plaatsen van de lijnen, al dan niet met een aanwijzing daartussen, heeft de in de wet vermelde rechtsgevolgen. Bij een elektronische cheque zou de algemene of bijzondere kruising kunnen worden gerealiseerd door de woorden "algemeen gekruist" of "bijzonder gekruist" op een daarvoor bestemde plaats in het eerste segment of veld van de elektronische cheque op te nemen. Door de digitale handtekening van degene die de kruising heeft geplaatst, (tevens) te genereren over deze woorden, kan worden voorkomen dat een latere verkrijger van de cheque of de betrokkene ongemerkt de kruising tenietdoet.

7. Goederenrechtelijke aspecten

7.1 Levering

7.1.1 Inleiding

Krachtens art. 3:84 BW is voor de overdracht van een goed een levering krachtens een geldige titel door beschikkingsbevoegde vereist. Hetzelfde geldt voor de overdracht van de voorwaardelijke vordering, die de houder van de wissel of de cheque op de trekker heeft.⁶⁴ Voor wat betreft de levering dienen we een onderscheid te maken tussen papieren aan toonder en papieren aan order.

De levering van een cheque aan toonder en de daarin belichaamde voorwaardelijke vordering op de trekker vindt plaats door het overgeven van het papier. Zie art. 3:93 BW. Ook bij een wissel waarop een blanco endossement is geplaatst, kan de levering blijkens art. 113 lid 2 WvK plaatsvinden door het overgeven van het papier.

⁶⁴ Zie Van Empel, Huizink 1997, supra noot 24, p. 66.

De levering van een wissel of een cheque aan order en de daarin belichaamde voorwaardelijke vordering op de trekker vindt plaats door het plaatsen van een endossement op de wissel of de cheque en het overgeven van het papier. Het endossement moet krachtens art. 112 WvK en 193 WvK worden ondertekend door de endossant. Door het endossement worden blijkens art. 113 WvK en art. 194 WvK alle uit de wissel of de cheque voortvloeiende rechten overgedragen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de voorwaardelijke vordering op de trekker van de wissel of de cheque bij non-betaling.⁶⁵

Het is de vraag of de elektronische wissel en de elektronische cheque voor de toepassing van de wettelijke bepalingen die handelen over de overdracht van de in een wissel of cheque belichaamde voorwaardelijke vordering op de trekker, kunnen worden gelijkgesteld met orderpapieren of toonderpapieren. Het antwoord op deze vraag is bepalend voor de wijze van levering van de voorwaardelijke vordering op de trekker, die is vereist voor een rechtsgeldige overdracht daarvan. Is het antwoord bevestigend, dan kan de levering overeenkomstig art. 3:93 BW plaatsvinden door transmissie van het elektronisch document naar de verkrijger al dan niet met toevoeging van een elektronisch endossement. Is het ontkennend, dan dient de levering op grond van art. 3:94 BW plaats te vinden door middel van een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan de trekker door de vervreemder of de verkrijger. Dit laatste lijkt mij een doodsteek voor de elektronische wissel en de elektronische cheque.

Uit het gebruik van de termen "orderpapier", "toonderpapier" en "papier" blijkt dat de wetgever bij het formuleren van art. 3:93 BW heeft gedacht aan geschriften. Daarmee is nog niet gezegd dat de wetgever heeft willen uitsluiten dat dezelfde rechtsgevolgen zouden kunnen worden toegekend aan een elektronisch orderbestand of toonderbestand. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever zich überhaupt rekenschap heeft gegeven van elektronische order- of toonderbestanden. Ik ga ervan uit dat zulks niet het geval is geweest.

Voor de beantwoording van de in de vorige alinea gestelde vraag moeten we naar mijn mening terug naar de grondslag van toonder- en orderpapieren. Een vordering die is belichaamd in een toonder- of orderpapier, kan op eenvoudige wijze door middel van bezitsverschaffing van het papier (en een endossement) worden geleverd omdat dat de bedoeling is van de trek-

⁶⁵ Zie art. 142 WvK en art. 217 WvK.

ker en de nemer.⁶⁶ Zij beogen met het in het leven roepen van de wissel of de cheque een document te creëren dat een voorwaardelijke vordering op de trekker belichaamt, waarbij de vordering op eenvoudige wijze door middel van het papier kan worden geleverd. Deze verbintenisrechtelijke partijbedoeling wordt goederenrechtelijk ondersteund door art. 3:93 BW. Maar dit is niets anders dan een wettelijke erkenning van het rechtsgevolg dat de trekker en de nemer gewoonlijk beogen te verbinden aan de eigendomsoverdracht van het papier, te weten de levering van de daarin belichaamde vordering.⁶⁷ Naar mijn mening is er vanuit dit perspectief in beginsel niets op tegen om in het geval de trekker en de nemer van een elektronische wissel of elektronische cheque hetzelfde beogen, deze partijbedoeling goederenrechtelijk te ondersteunen door art. 3:93 BW zo ruim uit te leggen dat daaronder ook elektronische toonder- en orderbestanden vallen. In beginsel, omdat aan deze goederenrechtelijke gelijkstelling wel de volgende twee voorwaarden dienen te worden gesteld:

- a. De elektronisch wissel of cheque kan als document dezelfde functies vervullen als de schriftelijke wissel of cheque, de daarop geplaatste elektronische handtekeningen dezelfde functies als de schriftelijke handtekening en ook overigens kan worden voldaan aan de wettelijke vormvereisten met betrekking tot de wissel of de cheque of de daarop betrekking hebbende rechtshandelingen. Aan deze voorwaarde kan naar mijn mening worden voldaan, mits de juiste technieken zijn toegepast. Ik verwijs hiervoor naar par. 3.
- b. Met de transmissie van de elektronische wissel of cheque van de vervreemder naar de verkrijger kunnen dezelfde doeleinden worden verwezenlijkt als met de bezitsverschaffing van het papier. Daarbij denk ik met name aan de volgende doeleinden.⁶⁸ Door de bezitsverschaffing van het papier (eventueel aangevuld met een endossement) wordt de verkrijger van de wissel of de cheque in staat gesteld zich tegenover derden, waaronder de betrokkene en de wissel- of chequeschuldenaren, te legitimeren als de rechtmatige houder van het papier en daarmee als schuldeiser. Het gaat hier om de formele legitimatie, zoals neergelegd in art. 3:119 BW. Daarbij wijs ik erop dat bij een wissel of cheque aan order voor de legitimatie tevens een ononderbroken reeks van endossementen noodzakelijk is. Ik verwijs daarvoor naar art. 115 WvK en art.

⁶⁶ Zie J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlands recht*, 1937, p. 243; W.R. Meijer, *Wissel- en chequerecht. Algemeen Deel.*, Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlands handels- en faillissementsrecht 3a, 5e dr., 1979, p. 1.

⁶⁷ Vergelijk Wiarda 1937, supra 66, p. 241, noot 1.

⁶⁸ Vergelijk J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht*, 1980, p. 22-27.

196 WvK. Bovendien dient door de bezitsverschaffing en de daarmee gepaard gaande publiciteit omtrent de overdracht het tijdstip te kunnen worden bepaald waarop de verbintenis tot overdracht van de wissel of de cheque en de daarin belichaamde voorwaardelijke vordering op de trekker wordt omgezet in eigendom van het papier en verkrijging van de voorwaardelijke vordering. Dit tijdstip kan bijvoorbeeld van belang zijn indien de vervreemder failliet is verklaard. De tijdsmarkering is met name van belang bij toonderstukken. Bij orderpapieren kan het tijdstip van overdracht worden vermeld door bij het endossement de datum van endossering te vermelden. De datering van het endossement is echter wettelijk niet vereist.⁶⁹

In de volgende paragrafen zal ik nader ingaan op deze twee doeleinden.

7.1.2 *Formele legitimatie*

De legitimerende werking van de bezitsverschaffing van het papier heeft te maken met het houderschap, dat de verkrijger bij overgave van de wissel of de cheque over het papier verkrijgt. Hij wordt na overgave houder voor zichzelf van het papier en legitimeert zich daarmee op grond van art. 3:119 BW als eigenaar van het papier en schuldeiser van de daarin belichaamde voorwaardelijke vordering. Dit houdt in dat hij tot op tegenbewijs geacht wordt eigenaar en schuldeiser te zijn.

De wettelijke regeling van art. 3:119 BW sluit aan bij hetgeen in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is. Over het algemeen zal degene die bezitter is van een goed, ook rechthebbende zijn. Dit wordt door de wet erkend en ondersteund met het rechtsvermoeden van art. 3:119 BW. Ik merk daarbij op dat zonder dit wettelijk rechtsvermoeden de rechtspositie van de bezitter van een goed naar alle waarschijnlijkheid niet veel anders zou zijn geweest. Ook dan zou hij zonder tegenbewijs geacht worden rechthebbende te zijn.

De vraag kan worden gesteld of de verkrijger van een elektronisch bestand dat een elektronische wissel of cheque voorstelt, na de verkrijging een beroep kan doen op art. 3:119 BW en daarmee tot op tegenbewijs wordt vermoed rechthebbende te zijn van dat bestand, d.w.z. de elektronische wissel of cheque, en schuldeiser van de voorwaardelijke vordering op de trekker, die uit dat bestand voortspruit. Het elektronisch gegevensbestand, dat een elektronische wissel of cheque voorstelt, is vastgelegd op een fysieke drager, zoals de harde schijf van de computer. Nu zal de drager van

⁶⁹ Vergelijk Hammerstein 1998, supra noot 1, p. 33.

het elektronische bestand in de meeste gevallen in het bezit zijn van de verkrijger van het elektronisch bestand en, indien dit het geval is, legitimeert hij zich daarmee op grond van art. 3:119 BW als eigenaar van de drager. Het gaat mij echter te ver om daaruit te concluderen dat hij zich daarmee tevens tegenover derden legitimeert als de rechthebbende van de elektronische wissel of cheque, die op deze drager is vastgelegd. Een vergelijking met een boek lijkt mij illustratief. De bezitter van een boek legitimeert zich als eigenaar van dat boek, maar niet als rechthebbende op de inhoud daarvan. De auteursrechten op het werk berusten bij de auteur en niet de eigenaar van het boek. Hetzelfde heeft te gelden voor elektronische bestanden op een fysieke drager. Om ten aanzien van deze elektronische bestanden een beroep te kunnen doen op het rechtsvermoeden van art. 3:119 BW, dient het bestand zelf een goed te zijn in de zin van deze wettelijke bepaling en dient er sprake te zijn van bezit van dit bestand.

Is een elektronische wissel of cheque een goed? Daarvoor is noodzakelijk dat er sprake is van een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. Om een vermogensrecht te zijn, moet het elektronische bestand dat de elektronische wissel of cheque voorstelt, vermogenswaarde hebben. Daarbij zijn overdraagbaarheid, stoffelijk voordeel en ruilwaarde indicaties dat er sprake is van vermogenswaarde.⁷⁰ Waar ontleent een schriftelijke wissel of cheque zijn vermogenswaarde aan? Niet aan de betalingsopdracht aan de betrokkene. Zolang niet zeker is dat de betrokkene aan de opdracht van de trekker wenst te voldoen, heeft deze opdracht geen enkele vermogenswaarde. De vermogenswaarde ontlenen de nog niet geaccepteerde wissel en de cheque aan de voorwaardelijke vordering op de trekker (en eventueel de endossanten), die is belichaamd in de wissel of de cheque, en de overdraagbaarheid daarvan. Indien dezelfde vraag dient te worden beantwoord ten aanzien van de elektronische wissel of cheque, stuit ik op een probleem. De elektronische wissel of cheque heeft naar mijn mening als zodanig slechts zelfstandige vermogenswaarde indien rechtens wordt erkend dat in het elektronische bestand een voorwaardelijke vordering op de trekker (en eventuele endossanten) is vervat en dat deze vordering overdraagbaar is door transmissie van het elektronische bestand. Anders is hoogstens een elektronisch bewijsmiddel van het bestaan van een vordering zonder zelfstandige vermogenswaarde. In par. 7.1.1 heb ik echter gesteld dat wat mij betreft een elektronische wissel of cheque een recht aan order of toonder vervat dat op dezelfde eenvoudige wijze als bij de schriftelijke wissel en cheque conform art. 3:93 BW kan worden geleverd door transmissie van het elektronische bestand, mits onder andere aan het elektronische bestand

⁷⁰ Zie H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Studiereeks burgerlijk recht 2, 1994, nr. 29.

dat de wissel of de cheque voorstelt, dezelfde legitimerende werking kan worden toegekend als aan de schriftelijke wissel of cheque. Nu kom ik hier tot de conclusie dat voor toekenning van de legitimerende werking aan de elektronische wissel of cheque ex art. 3:119 BW noodzakelijk is dat het daarin vervatte recht aan order of toonder op gelijke wijze als de schriftelijke wissel of cheque kan worden geleverd conform art. 3:93 BW. Derhalve een cirkelredenering: geen goederenrechtelijke gelijkstelling zonder legitimerende werking en geen legitimerende werking zonder goederenrechtelijke gelijkstelling. Uitgaande van mijn opvatting dat er in beginsel niets op tegen is om de elektronische wissel of cheque goederenrechtelijk voor de toepassing van art. 3:93 BW gelijk te stellen met de papieren wissel en cheque, brengt mij dit tot de slotsom dat het elektronische bestand dat een wissel of cheque voorstelt, kan worden beschouwd als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW en daarmee als een goed als bedoeld in art. 3:119 BW, mits ook aan de andere voorwaarden voor goederenrechtelijke gelijkstelling van de elektronische wissel en cheque met de schriftelijke wissel en cheque is voldaan.

Een tweede voorwaarde voor de legitimerende werking van art. 3:119 BW is dat er sprake is van bezit.⁷¹ Alle goederen zijn in beginsel vatbaar voor bezit.⁷² Daarvoor is noodzakelijk een naar buiten blijken de feitelijke macht en een wil om het goed voor zichzelf te houden die zich in het gedrag met betrekking tot het goed heeft geopenbaard.⁷³ Of er sprake is van bezit, dient op grond van art. 3:108 BW naar verkeersopvatting te worden beoordeeld. In dit geval gaat het om het bezit van het vermogensrecht dat is vervat in het elektronische bestand dat de elektronische wissel of cheque voorstelt. Hoewel bij elektronische wissels en cheques moeilijk kan worden gesproken over een bestaande verkeersopvatting, kan naar mijn mening wel worden gesteld dat degene die een elektronisch bestand dat een elektronische wissel of cheque vertegenwoordigt, bezit tevens bezitter is van het vermogensrecht dat daarin is vervat. Kortom, er is net als bij de papieren wissel en cheque een verknochtheid tussen het elektronische bestand en de vordering die daarin is vervat. Goederenrechtelijke volgt de vordering het bestand.

⁷¹ Het gaat hier dan met name om de bewijsrechtelijke functie van bezit. Zie voor de verschillende functies van bezit Snijders, Rank-Berenschot 1994, supra noot 70, nr. 139-143; E.B. Rank-Berenschot, *Bezit*, Monografieën Nieuw BW B7, 2001, p. 13.

⁷² Zie Snijders, Rank-Berenschot 1994, supra noot 70, nr. 127; Rank-Berenschot 2001, supra noot 71, p. 6.

⁷³ Zie Snijders, Rank-Berenschot 1994, supra noot 70, nr. 131.

Net als bij de papieren wissel of de cheque, waar de feitelijke macht over het vermogensrecht wordt ontleend aan de feitelijke macht over het papier, waarin dit vermogensrecht is belichaamd, wordt de feitelijke macht over het vermogensrecht bij de elektronische wissel en de elektronische cheque ontleend aan de feitelijke macht over het elektronische bestand, waarin het vermogensrecht is vervat.⁷⁴ De bezitter van de gegevensdrager bepaalt bijvoorbeeld wie toegang heeft tot de gegevensdrager en tot het elektronische bestand dat op deze gegevensdrager is vastgelegd en oefent daarmee feitelijke macht uit over het elektronische bestand en het daarin vervatte vermogensrecht. Deze feitelijke macht blijkt naar buiten door de feitelijke macht over de gegevensdrager. Voorts heeft hij de wil om het elektronische bestand en daarmee het vermogensrecht voor zichzelf te houden. Deze wil om voor zichzelf te houden, kan zich bijvoorbeeld geopenbaard hebben doordat hij het bestand afschermt voor onbevoegde toegang van derden. Naar mijn mening kan dan ook in het onderhavige geval worden gesproken over bezit van het vermogensrecht vervat in de elektronische wissel of de elektronische cheque.

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat ook bij de elektronische wissel of cheque door transmissie van het elektronische bestand aan de verkrijger de mogelijkheid wordt geboden om zich tegenover derden te legitimeren als de rechthebbende op de voorwaardelijke vordering op de trekker, die in het elektronische bestand is vervat.

7.1.3 Tijdsmarkering

De tijdsmarkering vormt in een elektronische omgeving geen probleem. Het tijdstip van levering kan op eenvoudige wijze worden vastgesteld. Dit zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door het computerprogramma dat wordt gebruikt voor de transmissie van de elektronische wissel of de elektronische cheque, aan de hand van de tijdsinstelling van de computer het tijdstip van transmissie te laten registreren. Een andere mogelijkheid is om gebruik te maken van de diensten van een *Trusted Third Party* (TTP).⁷⁵ Een bekende dienst van TTP's is *timestamping* oftewel tijdstempelen. De TTP kan als onafhankelijke derde aan een bestand dat wordt getransmitteerd van de vervreemder naar de verkrijger, een digitaal ondertekende verklaring toevoegen dat de transmissie op een bepaald tijdstip heeft plaatsgevonden.⁷⁶

⁷⁴ Vergelijk Rank-Berenschot 2001, supra noot 71, p. 9.

⁷⁵ Zie voor het begrip TTP par. 3.2.2.

⁷⁶ Zie voor deze functie van de TTP Duthler 1998, supra noot 42, p. 57-58.

7.1.4 Conclusie

Nu aan de voorwaarden die ik in par. 7.1.1 daaraan heb gesteld, is voldaan, kom ik tot de conclusie dat een elektronische wissel en een elektronische cheque voor de toepassing van art. 3:93 BW gelijk kunnen worden gesteld met orderpapieren en toonderpapieren. De levering van de voorwaardelijke vordering vervat in een elektronische wissel of cheque, kan geschieden door transmissie van het elektronische bestand dat de elektronische wissel of cheque voorstelt, van de vervreemder naar de verkrijger en, indien het een wissel of cheque aan order betreft, door toevoeging van een elektronisch endossement aan het elektronische bestand.

7.2 Verrijking van een beschikkingsonbevoegde

In par. 7.1.1 merkte ik op dat art. 3:84 BW voor de overdracht van een goed een levering krachtens een geldige titel door beschikkingsbevoegde eist. Hiervoor ben ik ingegaan op de levering van een elektronische wissel of cheque. In deze paragraaf wil ik aandacht besteden aan een levering van een elektronische wissel of cheque door een beschikkingsonbevoegde.

Bij de papieren wissel of cheque is in dit kader art. 3:86 BW van belang. De verkrijger wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermd, mits de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is. Daarbij geldt voor orderpapieren dat er een sluitende reeks van endossementen op de achterzijde van het papier dient te staan.

De bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder van de wissel of de cheque geldt zelfs bij onvrijwillig bezitsverlies, nu het een order- of toonderpapier betreft als bedoeld in art. 3:86 lid 3 sub b BW.

De bescherming houdt niet alleen in dat de verkrijger eigenaar wordt van het papier, maar tevens en bovenal schuldeiser van de voorwaardelijke vordering die in het papier is belichaamd. Ook hier blijkt weer de verknachtheid van het papier en de vordering.

Wat is nu de rechtspositie van de verkrijger die een elektronisch bestand dat een elektronische wissel of cheque voorstelt, krijgt geleverd van een beschikkingsonbevoegde? Willen de elektronische wissel en cheque in de handel een gelijkwaardige positie krijgen als de papieren wissel en cheque, dan zal deze verkrijger moeten worden beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid indien hij te goeder trouw anders dan om niet verkrijgt. Een

dergelijke bescherming zou kunnen worden gebaseerd op art. 3:86 BW, mits we aannemen dat de elektronische wissel of cheque goederenrechtelijk een recht aan toonder of order inhoudt. In paragraaf 7.1.1 heb ik reeds aangegeven dat ik een voorstander ben van een goederenrechtelijke gelijkstelling van elektronische wissels en cheques met toonder- en orderpapieren. Ook voor de toepassing van art. 3:86 BW zou ik een dergelijke gelijkstelling willen bepleiten. Voor de argumentatie verwijs ik naar par. 7.1. Dat wil zeggen dat de verkrijger die een elektronisch bestand vertegenwoordigende een elektronische wissel of cheque, krijgt getransmitteerd van een beschikkingsonbevoegde vervreemder, wordt beschermd tegen deze beschikkingsonbevoegdheid, mits hij te goeder trouw verkrijgt en anders dan om niet. Hij wordt rechthebbende op dit bestand en schuldeiser van de voorwaardelijke vordering die in het bestand is vervat.

8. De wissel en het documentair accreditief

Bij een documentair accreditief verplicht de bank die het accreditief op verzoek van de schuldenaar opent, zich zelfstandig tegenover de schuldeiser (begunstigde) om tegen overgave van bepaalde documenten het bedrag van de geldschuld van de schuldenaar te betalen aan de schuldeiser.⁷⁷ We spreken dan van een betalingsaccreditief.

De wissel speelt een rol bij het accept-accreditief en het negotiatie-accreditief. In het eerste geval verplicht de openende bank zich tegenover de begunstigde tot acceptatie van een wissel getrokken door de begunstigde op de openende bank tegen overgave van de documenten. Hierdoor ontstaat er voor de openende bank uit hoofde van de wissel de verplichting om op de vervaldag het bedrag van de wissel te betalen. De begunstigde kan deze vordering op de openende bank overdragen door overdracht van de wissel.

Onder een negotiatie-accreditief is de openende bank verplicht om tegen overgave van de documenten een wissel die is getrokken op een in het accreditief genoemde betrokkene, te negotiëren. Dat wil zeggen dat de openende bank de wissel koopt van de begunstigde en de wissel aan haar ter uitvoering van de koopovereenkomst wordt overgedragen.

Op de meeste accreditieven zijn de ICC Uniforme Regelen en Usances voor Documentaire Kredieten (UCP 500) van toepassing. In de UCP 500 is ook rekening gehouden met technologische innovaties. Zo bevat art. 20b

⁷⁷ Zie M.N. Boon, *De internationale koop en het documentair accreditief ingevolge de UCP 1993*, 1997, p. 120; Van Empel, Huizink 1997, supra noot 24, p. 97; P.H.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, 4e dr., 1999, p. 62-63.

van de UCP 500 een bepaling over originelen. Het artikel bepaalt dat banken een document tevens als origineel zullen accepteren dat is of blijkt te zijn vervaardigd door middel van reprografische, geautomatiseerde of gecomputeriseerde systemen. Hetzelfde artikel bepaalt dat een document mag zijn ondertekend door middel van een handtekening, een facsimile, een perforatie, een stempel, een symbool of door enige andere mechanische of *elektronische methode* van waarmerking. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de werkgroep die de UCP 500 heeft opgesteld, tevens rekening heeft willen houden met zuiver elektronische documenten. Het is echter de vraag of dit ook werkelijk de bedoeling is geweest van de werkgroep.⁷⁸ Waarschijnlijk is daarbij gedacht aan een elektronische kopie van een handtekening, de zogenaamde *image*, die met behulp van een computer op een document kan worden geplaatst en tezamen met het document kan worden uitgeprint. Wat daar ook van zij, de bepalingen uit de UCP 500 die betrekking hebben op de wissel, lijken qua tekst niet in de weg te staan aan het gebruik van een elektronische wissel in het kader van een documentair accreditief.

Naar mijn mening zou een elektronische wissel in het kader van een documentair accreditief voor banken aanvaardbaar zijn, mits voldoende is gewaarborgd dat zij in dat geval in een zelfde rechtspositie verkeren als in het geval in het kader van een accreditief een papieren wissel wordt gebruikt. Om deze reden is het wenselijk dat in de UCP 500 uitdrukkelijk aandacht wordt geschonken aan elektronische documenten in het algemeen en de elektronische wissel in het bijzonder.

9. Slot

In dit preadvies is aandacht geschonken aan de juridische aspecten van de elektronische wissel en de elektronische cheque. Mijn conclusie luidt dat het bestaande wettelijke kader voor de wissel en de cheque in het WvK en het BW voldoende ruimte biedt om de elektronische wissel en de elektronische cheque juridisch gelijk te stellen met de papieren wissel en de papieren cheque. Ik merk daarbij echter op dat het niet zeker is of de rechter mijn ruime uitleg van de hierboven behandelende wettelijke bepalingen zal onderschrijven. Het is de vraag of partijen bereid zijn om bij handelstransacties ondanks deze rechtsonzekerheid gebruik te maken van elektronische wissels en elektronische cheques. Indien men de veronderstelling onderschrijft dat er in de toekomst in de internationale handel behoefte zou kunnen zijn aan dergelijke elektronische betaalinstrumenten, zou het overweging verdienen om bedoelde juridische gelijkstelling wettelijk te onder-

⁷⁸ Zie P. Todd, *Bills of Lading and Banker's Documentary Credits*, 2e dr., 1993, p. 151.

steunen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden verwezenlijkt door in titel 1 van Boek 3 BW een algemene bepaling op te nemen over de gelijkstelling van elektronische order- en toonderpapieren met schriftelijke order- en toonderpapieren. Het probleem van deze oplossing is echter dat de wissel en de cheque met name worden gebruikt in internationale handelstransacties. Een dergelijke wettelijke ondersteuning van de gelijkstelling van de elektronische wissel en cheque met de papieren wissel en cheque zou dan ook bij voorkeur dienen te zijn gebaseerd op een aanvulling op de bestaande wissel en chequeverdragen.

Vennootschapsrecht en moderne technologie

Prof. mr J.W. Winter

De eerste twee hoofdstukken behandelen de algemene beginselen van de wetenschap der geschiedenis. Het derde hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het algemeen. Het vierde hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder. Het vijfde hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder. Het zesde hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder. Het zevende hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder. Het achtste hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder. Het negende hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder. Het tiende hoofdstuk behandelt de geschiedenis der menschen in het bijzonder.

I. Inleiding

1. Inleiding en afbakening

Moderne technologie, waaronder ik versta de informatietechnologie, de digitalisering van informatie, en de communicatietechnologie, heeft een enorme invloed op ons dagelijks leven. Nagenoeg alle onderdelen van onze samenleving worden er door geraakt en veranderd. Het recht moet op deze veranderingen inspelen, soms om de nieuwe mogelijkheden die moderne technologie biedt te faciliteren, soms om zeker te stellen dat juridische normen en waarden ook worden toegepast en gehandhaafd in een digitale of virtuele wereld. Op Nederlands en Europees niveau ontrolt zich inmiddels een omvangrijk programma om het recht met wetgeving, modelovereenkomsten en zelfregulering door partijen beter toe te rusten voor de hedendaagse en toekomstige realiteit.¹

In Nederland is nog weinig aandacht besteed aan de gevolgen van de moderne technologie voor het vennootschapsrecht. Dit deel van het preadvies probeert een eerste aanzet te geven. Het gaat daarbij noodzakelijkerwijs niet langs gebaande paden vol vertrouwde juridische discussies, maar betreedt nieuwe paden die leiden tot in ieder geval voor mij terra incognita. Ik realiseer me goed dat ik bij deze reis een misschien wat armoedige gids ben. Anders dan Honée, maar wellicht zoals vele lezers, ben ik geen computer-expert. Ik ben slechts een gebruiker, waarbij het gebruik beperkt is tot standaard tekstverwerking-, mail-, agendering- en presentatieprogramma's en het internet. Met een beetje spreadsheet heb ik al grote moeite, en doorgronden hoe mijn laptop met uitsluitend reeksen 0en en 1en deze woorden produceert, doe ik al helemaal niet. Spectaculaire vergezichten van wat technisch allemaal mogelijk is of zal zijn kan ik niet bieden. Het preadvies gaat over de vraag welke gevolgen de moderne technologie die nu reeds beschikbaar is en voor de gemiddelde gebruiker voorzienbaar tot ons zal komen, voor het vennootschapsrecht heeft of kan hebben. Het is meer een denkexercitie vanuit het vennootschapsrecht dan vanuit de moderne technologie. Voor een deel liggen de resultaten daarvan bepaald voor de hand, vooral waar het gaat om vormvoorschriften. De oefening wordt speculatiever als functionele en indirecte gevolgen van moderne technologie in beeld komen. Het slothoofdstuk laat de reserves geheel varen en is volkomen speculatief; het gaat over de digitale persoon en de virtuele vennootschap. De speculatie neemt toe naarmate de tijdshorizon verder weg licht. Langs hetzelfde tijdspad neemt de urgentie af, van hetgeen op korte termijn

¹ Zie de inleiding bij de preadviezen en het proefschrift van Van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht*, Nijmegen 1999.

geboden is (aanpassing vormvoorschriften) via op middellange termijn wenselijk (functionele en indirecte gevolgen) tot op lange termijn mogelijk (digitale rechtspersoon en virtuele vennootschap). Het preadvies is zo wellicht enigszins ongrijpbaar. Het onderzoekt niet wat geldt, maar wat zou kunnen gelden. Waar voor de vraag wat geldt vaak al keuzemogelijkheden bestaan, is dat uit de aard der zaak nog meer het geval bij de vraag wat zou kunnen gelden. Ik heb deze benadering niet gekozen om mij aan een stevige discussie tijdens de vergadering van de Vereeniging Handelsrecht te onttrekken, in tegendeel. Gezien het onderwerp van het preadvies moet die discussie onvermijdelijk gaan over de vraag hoe het vennootschapsrecht er zou kunnen uitzien wanneer wij de gevolgen van moderne technologie doordenken. Ik hoop dat het preadvies daartoe een aanzet geeft.

Ik moet ook toegeven dat ik geen expert ben op het gebied van het informatie- en communicatietechnologierecht. Een zeer betrouwbare bron van kennis is mij weliswaar zeer nabij, maar ik heb mij daaraan in dit opzicht slechts in beperkte mate gelaafd. Ik zal niet proberen juridische discussies die in dat rechtsgebied uitgebreid worden gevoerd, hier te reproduceren. Voor een onderzoek naar de gevolgen van moderne technologie voor het vennootschapsrecht is dat ook niet nodig.

Het preadvies is tenslotte beperkt tot het vennootschapsrecht van Boek 2 BW, dat wil zeggen de algemene en bijzondere bepalingen zoals zij van toepassing zijn op naamloze en besloten vennootschappen. Andere rechtspersonen behandel ik niet uitdrukkelijk. Veel van hetgeen ik schrijf kan echter analogisch op deze rechtspersonen worden toegepast. Ik maak een enkele uitstap naar het effectenrecht en de Handelsregisterwet waar het gaat om het deponeren en publiceren van gegevens en de vorm van aandelen als effecten.

2. Vier typen directe gevolgen van moderne technologie

Moderne technologie kan in ieder geval vier typen directe gevolgen hebben voor het vennootschapsrecht.

a. Vorm

Het vennootschapsrecht kent verschillende soorten vormvoorschriften.

- Sommige rechtshandelingen zijn voor hun geldigheid onderworpen aan vormvoorschriften die er steeds op zijn gericht rechtshandelingen op papier vast te leggen: de schriftelijke volmacht om te stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders, de akte van overdracht van aandelen op naam bij een beursvennootschap, de notariële akte

van oprichting, overdracht van aandelen op naam, omzetting, fusie, splitsing, statutenwijziging en dergelijke. Tegenwoordig worden deze in papier vast te leggen rechtshandelingen bijna altijd op elektronische wijze voorbereid. Papieren vastlegging is slechts een eindfase van een nagenoeg volledig elektronisch productieproces. We moeten ons afvragen of deze papieren vastlegging nog wel waarde toevoegt en of elektronische vastlegging niet dezelfde waarborgen kan vervullen die het papier van oorsprong bedoelde te vervullen.

- Het vennootschapsrecht schrijft op een aantal plaatsen voor dat bepaalde gegevens moeten worden gepubliceerd. Van oudsher gaat het ook daarbij om publicatie in papieren vorm, hetzij door nederlegging ter kantore van het handelsregister bij de Kamers van Koophandel, hetzij door publicatie in een landelijk verspreid dagblad. Ook hier vormt papier nog slechts een fase in een overigens elektronisch proces, een fase die belemmerend werkt en niets meer lijkt toe te voegen.
- Het vennootschapsrecht heeft zich van oudsher bekommerd om de vorm die aandelen in de vennootschap hebben. Toonderaandelen, aandelen belichaamd in een fysiek toonderstuk, waren ooit een moderne ontwikkeling om overdracht van aandelen op eenvoudige wijze, door overdracht van het papier, te kunnen bewerkstelligen. De werkelijkheid is inmiddels al een eind gevorderd met het elimineren van fysieke toonderstukken, een proces van dematerialisatie van aandelen. Aandelen bestaan doorgaans nog slechts in elektronische vorm, dat wil zeggen door boekingen in elektronisch gehouden administraties van de vennootschap zelf en van banken. Het toonderstuk is echter nog niet geheel uit onze wetgeving verdwenen. De laatste stappen worden thans gezet. Dit roept interessante vragen op over de aard van resterende (aanspraken op) aandelen en de daaraan te ontlelen rechten.

Hoofdstuk II behandelt de mogelijke gevolgen van moderne technologie voor deze vormvoorschriften.

b. Tijd

Moderne technologie maakt dat alles sneller gaat. Informatie kan sneller worden verzameld, geanalyseerd, verspreid en geconsumeerd. Dit zou kunnen leiden tot een aanmerkelijke verkorting van termijnen waarbinnen in het huidige vennootschapsrecht informatie wordt geproduceerd en gepubliceerd, zoals een jaarrekening na afloop van een boekjaar, en procedures voor besluitvorming worden afgerond, zoals oproeping voor vergaderingen, verzet tegen kapitaalvermindering etc. De wenselijkheid van zo'n verkorting van termijnen behandel ik in hoofdstuk III. De compressie van tijd door moderne technologie draagt ook bij aan mogelijke functionele gevolgen voor het vennootschapsrecht. Die komen in hoofdstuk IV aan de orde.

c. Plaats

Een van de meest fascinerende gevolgen van moderne technologie is dat het concept van plaats, van geografische locatie, steeds minder betekenis heeft. Door moderne technologie maakt het niet meer uit waar iemand zit of werkt of functioneert: hij of zij kan vanaf elke plaats met iedereen over de hele wereld communiceren, met een toenemende mate van geavanceerdheid in woord (e-mail) en beeld en geluid (video- en telefoonconferenties, video- en audiouitzendingen via het internet (*webcasts*), zelfs via de mobiele telefoon). Met dit aspect van moderne technologie, het vervagen van plaats en locatie, heeft het recht misschien wel de meeste moeite. Plaats verschaft jurisdictie. Dit speelt ook een rol in het vennootschapsrecht. De vennootschap heeft een zetel en de zetel is relevant voor vaststellen van het op de vennootschap toepasselijke recht en de bevoegdheid van de rechter om te oordelen in geschillen aangaande de vennootschap. Hoofdstuk III besteedt hieraan aandacht. Plaats is ook relevant voor vergaderen, het bijeenkomen en nemen van besluiten door organen van de vennootschap. Hier kan moderne technologie waarschijnlijk belangrijke functionele gevolgen hebben. Deze bespreek ik in hoofdstuk IV.

d. Functie

Moderne technologie beïnvloedt het vennootschapsrecht ook functioneel. Daarmee bedoel ik dat de functie van bestaande onderdelen van het vennootschapsrecht kan veranderen door moderne technologie. Een dergelijke functieverschuiving is in ieder geval voor twee onderdelen van het vennootschapsrecht denkbaar.

- Moderne technologie maakt het mogelijk om steeds meer informatie steeds sneller te verwerken, te analyseren en te verspreiden. Los van formele termijnen heeft dat gevolgen voor de betekenis, de functie die informatie in het vennootschapsrecht vervult. Ik denk daarbij met name aan de jaarrekening en het daarop gebaseerde kapitaalbeschermingsrecht. In hoofdstuk IV onderzoek ik welke functionele gevolgen het steeds sneller en steeds meer continu kunnen verschaffen van informatie voor deze onderdelen van het vennootschapsrecht kan hebben.
- De combinatie van wijzigingen in onze concepten van tijd en plaats als gevolg van toepassing van moderne technologie, kan leiden tot nieuwe processen van vergadering en besluitvorming door aandeelhouders. In Hoofdstuk IV ga ik hier nader op in.

3. Indirecte gevolgen

Moderne technologie heeft ook meer indirecte gevolgen, gevolgen die in een verder verwijderd verband met moderne technologie staan. In hoofdstuk V bespreek ik twee gebieden.

- Bij het denken over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen zullen wij rekening moeten houden met enerzijds de toenemende afhankelijkheid van ondernemingen van moderne technologie en anderzijds de snellere en meer omvattende beschikbaarheid van informatie. Dit leidt niet zozeer tot nieuwe rechtsregels, maar tot een andere invulling van bestaande regels.
- Wij zullen misschien ons begrip en onze benadering van concernverhoudingen moeten aanpassen. Centrale leiding wordt wellicht steeds minder een noodzakelijk en bepalend element in concernverhoudingen doordat informatie meer, sneller en wijdverbreider in het concern ter beschikking komt. Het gevolg kan zijn dat beslissingen veel minder centraal, door of op instigatie van de moedermaatschappij worden genomen, maar meer in coöperatieve, federatieve sfeer tussen de verschillende onderdelen van een groep. Dit heeft gevolgen voor aansprakelijkheidsvragen in concernverhoudingen en wellicht voor onze benadering van concerns in het algemeen.

4. De digitale persoon en de virtuele vennootschap

In het slothoofdstuk speculeer ik vrijuit over een nogal ongewisse toekomst. Wij zien dat computers uit onze moderne samenleving niet meer zijn weg te denken, dat wij hen (of zij zichzelf, het is maar hoe we het willen zien) voortdurend verder ontwikkelen in capaciteit en complexiteit en dat zij in toenemende mate besluitvorming en handelen van mensen overnemen. De vraag rijst of computers niet op enig moment ook in het recht een zelfstandige rol moeten en kunnen spelen. Kunnen computers zelf rechtssubject zijn, digitale personen in het recht naast natuurlijke en rechts-personen? En kan een vennootschap uitsluitend door computers worden opgericht, gehouden en bestuurd, de virtuele vennootschap? Deze vragen komen op enig moment waarschijnlijk op ons af. Het kan misschien geen kwaad al vast eens na te denken over de vragen die wij zullen moeten stellen wanneer wij digitale personen en virtuele vennootschappen op enig moment in het recht een plaats willen geven. Ik geef graag toe dat dit hoofdstuk weinig raakvlakken heeft met de werkelijkheid van vandaag. Degene die niet is geïnteresseerd in mogelijk verre toekomst, maar het recht van vandaag of de zeer nabije toekomst wil kennen, kan het probleemloos naast zich neerleggen. Het hoofdstuk is voor de avonturiers geschreven.

II. Vorm

5. Vormvereisten in Boek 2 BW

Boek 2 BW schrijft op een groot aantal plaatsen voor dat bepaalde rechtshandelingen, verklaringen, besluiten en mededelingen moeten plaatsvinden in een papieren vorm. Deze zijn in drie categorieën in te delen: schriftelijkheidsvereisten, aktevereisten en notariële aktevereisten. Voor alle drie categorieën is de vraag of moderne technologie niet op een veel efficiëntere wijze een rol kan vervullen die gelijkwaardig is aan de rol die in deze vereisten aan papier is toegedacht. Aan die vraag is inmiddels enige aandacht besteed voor wat betreft het vermogensrecht in het algemeen.² Binnenkort zal een wetsvoorstel verschijnen ter uitvoering van de EU Richtlijn inzake elektronische handel (Wet elektronisch rechtsverkeer).³ In dit wetsvoorstel wordt een bepaling opgenomen voor het elektronisch aangaan van overeenkomsten waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt, artikel 6:227a BW. Van het wetsvoorstel maakt ook deel uit een bepaling die het mogelijk maakt een volmacht om in de aandeelhoudersvergadering te stemmen elektronisch vast te leggen, artikel 2: 117 lid 5 BW (zie verder paragraaf 11.1 hierna). Voor het vennootschapsrecht zijn voor zover mij bekend geen andere initiatieven ontwikkeld om elektronische alternatieven voor papieren vormvereisten mogelijk te maken.⁴ Het Nederlands vennootschapsrecht loopt zo nogal wat achter bij het vennootschapsrecht in andere landen, waar inmiddels allerlei wetten zijn aanvaard en worden voorbereid om in het vennootschapsrecht uitdrukkelijk de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van moderne technologie.⁵ In afwachting van vergelijkbare wetgeving in Nederland is de vraag of elektronische middelen in de tussentijd juridisch gelijkgesteld kunnen worden met de voorgeschreven

² Zie vooral het proefschrift van Van Esch en het MDW-rapport Elektronisch verrichten van rechtshandelingen, TK 24 036, nr. 84.

³ Richtlijn 2000/31/EG, PbEG 2000 L 178/1. Zie over de richtlijn de inleiding De Elektronische Handel, bij deze preadviezen.

⁴ Het actieplan dat is opgesteld in het kader van de het project Wetgeving voor de elektronische snelweg maakt geen melding van het vennootschapsrecht, TK 25 880, nr. 8.

⁵ Zie voor Australië Elizabeth Boros, *The Online Corporation: Electronic corporate communications*, paper december 1999, p. 6; het paper is te vinden op www.asic.gov.au; in het Verenigd Koninkrijk zijn vorig jaar de Electronic Communications Act en The Companies Act 1985 (Electronic Communications) Order 2000 aangenomen, zie daarover onder andere de instructieve best practice gids van the Institute of Chartered Secretaries and Administrators (ICSA), *Electronic Communications with Shareholders*, december 2000; in Duitsland is in januari van dit jaar het Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Nastra-Gesetz) ingevoerd, dat elektronische communicatie met aandeelhouders en elektronische stemvolmachtverlening door aandeelhouders mogelijk maakt.

papieren vorm. Deze vraag zal ik in dit hoofdstuk voor de drie categorieën vormvereisten bespreken. Waar het antwoord ontkennend is, is wetgeving op korte termijn geboden om het Nederlands vennootschapsrecht bij de tijd te krijgen.

5.1 Schriftelijkheid

Schriftelijkheidsvereisten zijn door heel Boek 2 BW heen te vinden. Ik heb Boek 2 BW er vrij nauwkeurig op nagelezen, en kom tot het volgende overzicht. Ik maak overigens geen aanspraak op volledigheid. In een aantal gevallen wordt de term 'schriftelijk' niet gebruikt, maar kan worden afgeleid dat een schriftelijk stuk wordt bedoeld. Ik kan er daarvan een paar hebben gemist. Verder laat ik hier buiten beschouwing de gevallen waarin uitsluitend van een schriftelijkheidsvereiste blijkt doordat deponering bij het handelsregister is voorgeschreven. Indien deponering ook op elektronische wijze kan plaatsvinden bestaat in deze gevallen geen enkel schriftelijkheidsvereiste. Dit komt in paragraaf 6 aan de orde.

Artikel 65 (176): een volmacht tot medewerking aan een notariële akte van oprichting moet schriftelijk zijn verleend.*

Artikel 86a (196a) lid 2: de vennootschap die kennis draagt van levering van aandelen op naam kan die levering eigener beweging erkennen door inschrijving in het aandelenregister en moet vervolgens de partijen bij die levering daarvan bij aangetekende brief mededeling doen.

Artikel 86b (196b) lid 2: bij erkenning van een levering van aandelen op grond van overlegging van een notarieel afschrift of uittreksel wordt een gedagtekende verklaring geplaatst op het overgelegde stuk.*

Artikel 86c lid 2: voor levering van een aandeel op naam in een beursgenoteerde naamloze vennootschap zijn een akte en schriftelijke erkenning door de vennootschap vereist.*

Artikel 91a lid 1 en 2: de houder van toonderaandelen die alle aandelen in een naamloze vennootschap heeft verkregen of ophoudt alle aandelen te houden, geeft hiervan schriftelijk kennis aan de vennootschap.

Artikel 93a (203a) lid 1: bankverklaringen omtrent storting op aandelen in geld moeten aan de akte van oprichting worden gehecht.*

Artikel 94 (204) lid 1 sub c: bepaalde rechtshandelingen moeten of in de akte van oprichting of in een daaraan gehecht geschrift worden opgenomen.*

Artikel 94a (204a) lid 1 en artikel 94b (204b) lid 1 en 2: van inbreng op aandelen in natura moet een beschrijving worden opgemaakt die door de oprichters resp. bestuurders moet worden ondertekend en, in geval van oprichting, aan de akte van oprichting moet worden gehecht. Een accountant moet daarover een verklaring afgeven die, in geval van oprichting, aan de akte van oprichting wordt gehecht, en bij inbreng na oprichting ten kantore van het handelsregister moet worden neergelegd.*

Artikel 94c (204c) lid 2: bij verkrijging door de vennootschap binnen twee jaren na oprichting van goederen van oprichters moet een beschrijving worden opgemaakt die door de bestuurders wordt ondertekend en die ten kantore van de vennootschap ter inzage en voor afschrift gereed moet liggen*.

Artikel 96a (206a) lid 4: de naamloze vennootschap kan, indien alle aandelen op naam luiden, de besloten vennootschap moet de uitgifte van aandelen met voorkeursrecht schriftelijk aan alle aandeelhouders aankondigen.*

Artikel 96a lid 6: een voorstel tot beperking of uitsluiting van het voorkeursrecht bij een naamloze vennootschap moet schriftelijk worden toegelicht.*

Artikel 101 (210) lid 2: de jaarrekening wordt door de bestuurders en commissarissen ondertekend.

Artikel 102 (211) lid 2: aandeelhouders kunnen ten kantore van de vennootschap kosteloos een afschrift van de jaarrekening krijgen.

Artikel 105 lid 4: de tussentijdse vermogensopstelling wordt door de bestuurders ondertekend en ten kantore van het handelsregister gedeponeerd.*

Artikel 223 lid 1: de oproeping tot een algemene vergadering van aandeelhouders van een besloten vennootschap geschiedt door middel van oproepingsbrieven gericht aan de adressen der aandeelhouders.^{6*}

Artikel 114 (224) lid 3: mededelingen die aan de algemene vergadering moeten worden gericht, kunnen geschieden door opneming in de oproeping of in het stuk dat ter kennisneming ten kantore van het handelsregister is

⁶ Voor de NV zal na invoering van het wetsvoorstel wijziging preventief toezicht, TK 26 277, in artikel 113 lid 3 de bepaling worden opgenomen dat de statuten kunnen bepalen dat de houders van aandelen op naam worden opgeroepen door middel van oproepingsbrieven, zie ook paragraaf 11.1 hierna.

neergelegd, of, voor de besloten vennootschap, in de oproepingsbrieven aan aandeelhouders. Opmerkelijk is dat de aandeelhouders ten kantore van de vennootschap slechts kennis kunnen nemen van de in de vergadering te behandelen onderwerpen, en niet aanspraak hebben op een afschrift van een stuk waarin de onderwerpen worden beschreven, zie lid 1.

Artikel 117 (227) lid 1 en 2: aandeelhouders en houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen zijn bevoegd de algemene vergadering van aandeelhouders persoonlijk of bij schriftelijk gevolmachtigde bij te wonen.*

Artikel 120 (230) lid 4: het bestuur houdt aantekening van de door de aandeelhoudersvergadering genomen besluiten. Met dit voorschrift is waarschijnlijk schriftelijke vastlegging bedoeld,⁷ maar dat staat er niet. Ik neem aan dat het bestuur ook in elektronische vorm aantekening mag houden van de genomen besluiten.

Artikel 123 (233) lid 2: degene die een oproeping doet voor een aandeelhoudersvergadering waarin een voorstel tot statutenwijziging zal worden behandeld, moet tegelijkertijd een afschrift van het voorstel ten kantore van de vennootschap ter inzage en voor afschrift gereed leggen.*

Artikel 128 (238): besluitvorming buiten vergadering door aandeelhouders vereist onder andere dat alle stemmen schriftelijk worden uitgebracht.*

Artikel 137 (247) lid 1: rechtshandelingen tussen de vennootschap en een enig aandeelhouder moeten schriftelijk worden vastgelegd.*

Artikel 312 (334f) lid 3 en 4: het voorstel tot fusie of splitsing wordt door bestuurders en commissarissen ondertekend.

Artikel 313/334g lid 1: het voorstel tot fusie of splitsing moet vergezeld gaan van een schriftelijke toelichting van het bestuur.* Volgens lid 2 moet onder omstandigheden ook een tussentijdse vermogensopstelling worden opgemaakt, maar de wet bepaalt niet dat die schriftelijk moet zijn. Wel moet deze met het voorstel bij het handelsregister worden gedeponeerd, artikel 314/334h. Hetzelfde geldt voor het verslag en de verklaring van de accountant, artikel 328/334aa.

Artikel 314/334h: de fusiestukken moeten ten kantore van het handelsregister worden gedeponeerd en ten kantore van de vennootschap ter inzage en voor afschrift gereed worden gelegd.*

⁷ In deze zin H.E. Boschma, De eenpersoons-BV, dl. 28 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1997, p. 57.

Artikel 341 lid 2/343 lid 4: onverwijld nadat een onherroepelijk vonnis tot overdracht van aandelen in het belang van de vennootschap of in het belang van de aandeelhouder aan de vennootschap is betekend, dient de vennootschap die in haar statuten een aanbiedingsregeling heeft opgenomen, schriftelijk namens de gedaagde de aandelen aan de aandeelhouders of anderen aanbieden.

Artikel 345 lid 1: op schriftelijk verzoek van de daartoe bevoegden kan de Ondernemingskamer een enquêteonderzoek gelasten. Artikel 355 schrijft voor het verzoek tot het treffen van maatregelen naar aanleiding van het onderzoek de schriftelijke vorm niet uitdrukkelijk voor, maar ook dat verzoek dient bij verzoekschrift te worden ingediend.

Artikel 349 lid 1: de verzoekers en de advocaat-generaal zijn niet ontvankelijk indien niet blijkt dat zij schriftelijk tevoren hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap.*

Artikel 393 lid 6: de verklaring van de accountant moet aan de jaarrekening zijn toegevoegd.*

Artikel 403 lid 1(b) en (f): de aandeelhouders moeten schriftelijk instemmen met de afwijking van de jaarrekeningvoorschriften en de consoliderende maatschappij moet schriftelijk verklaren zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden. Voor de intrekkingverklaring van artikel 404 geldt gek genoeg weer geen schriftelijkheidsvereiste, de verklaring moet wel bij het handelsregister worden gedeponeerd.*

Schriftelijkheid wordt in deze bepalingen voor verschillende handelingen voorgeschreven: voor rechtshandelingen, besluiten, mededelingen, kennisgevingen, verklaringen en te publiceren gegevens. Het gevolg van het niet-naleven van deze schriftelijkheidsvereisten is dan ook niet altijd hetzelfde. In de gevallen waar ik een asterisk heb aangebracht, lijkt het gevolg te zijn dat een rechtshandeling of besluit niet op geldige wijze totstandkomt wanneer niet aan het schriftelijkheidsvereiste wordt voldaan. In de andere gevallen is onduidelijk of er enig civielrechtelijk rechtsgevolg voortvloeit uit het niet voldoen aan de schriftelijkheidseis. Wat is bij voorbeeld het gevolg als de vennootschap in afwijking van artikel 86a (196a) niet bij aangetekende brief maar per gewone brief of e-mail aan de partijen bij een leveringsakte mededeling doet dat zij de levering eigener beweging heeft erkend? Vergelijkbaar is het geval dat de vennootschap na een vonnis in een geschil over overdracht van aandelen in het belang van de vennoot-

schap of de aandeelhouder, niet schriftelijk maar mondeling of per e-mail namens de gedaagde aandelen aanbiedt aan andere aandeelhouders of anderen, artikel 341/343. Gevolgen voor de geldigheid van de erkenning of toepassing van de blokkeringsregeling heeft dit mijns inziens niet. Het door de houder van toonderaandelen niet aan de vennootschap schriftelijk melden van het houden van alle aandelen als bedoeld in artikel 91a is een economisch delict, maar ook hier bestaat geen civielrechtelijke sanctie. Waar geen civielrechtelijke sanctie bestaat, lijkt het gebruiken van elektronische alternatieven niet op grote bezwaren te stuiten. Ik kan mij eerlijk gezegd niet goed voorstellen dat de strafrechter vandaag de dag de vennootschap of een derde nog zou beboeten omdat zij of hij niet schriftelijk maar per e-mail heeft medegedeeld, kennisgegeven of aangeboden en vaststaat dat de mededeling, kennisgeving of het aanbod door de geadresseerde is ontvangen.

In een aantal gevallen blijkt uit het feit dat ondertekening door oprichters, bestuurders en soms commissarissen moet plaatsvinden dat het in ieder geval de bedoeling is geweest dat het om een schriftelijk stuk gaat: de beschrijving van inbreng in natura en van bij wijze van Nachgründung verkregen goederen, de jaarrekening, de tussentijdse vermogensopstelling en het voorstel tot fusie of splitsing. Het vereiste van ondertekening belet geenszins het gebruik maken van elektronische vormen van documenten. Tegenwoordig is het vrij eenvoudig om een echte handtekening, dat wil zeggen de met de hand geplaatste naam van de ondertekenaar,⁸ in elektronisch vastgelegde documenten in te scannen. Voor documenten die openbaar ter inzage komen te liggen valt een dergelijke gescande klassieke handtekening te verkiezen boven elektronische handtekeningen als biometrische handtekeningen, het toevoegen van geheime codes en encryptie, die zich nu juist daardoor kenmerken dat zij niet publiekelijk herkenbaar zijn. Door scanning van de klassieke handtekening kan een elektronische versie van het document worden gemaakt die uiterlijk identiek is aan de papieren versie.⁹ De bedoelde stukken moeten echter steeds ook ten kantore van het handelsregister worden gedeponeerd en/of ten kantore van de vennootschap ter inzage en voor afschrift gereed liggen, al dan niet gehecht of toegevoegd aan andere stukken. Elektronisch of *online* deponeren bij de Kamers van Koophandel is nu nog niet mogelijk (zie hierna paragraaf 6). Ook uit het voorschrift dat een afschrift ter beschikking moet worden gesteld, lijkt te volgen dat een papieren versie van deze documenten naar de huidige stand van het recht voor handen moet zijn. De beschikbaarheid van moderne technologie is op dit moment nog niet zo

⁸ Zie Van Esch, a.w., p. 125. Zie ook zijn preadvies, p. 22-30.

⁹ Zie paragraaf 5.2 hierna over het handtekeningvereiste bij akten.

wijd verbreid dat de vennootschap zou kunnen volstaan met te verwijzen naar bij voorbeeld haar website waarop de documenten elektronisch te raadplegen zijn. Wel zal het er naar toegaan dat afschrift verschaffen betekent dat de vennootschap op verzoek een papieren versie van een elektronisch document uitprint. De elektronische versie zal het uitgangspunt worden.

De schriftelijke vorm doet er echt toe in de met een asterisk aangeduide gevallen waarin op niet-naleving van het vormvoorschrift ongeldigheid van een rechtshandeling of besluit volgt. Voor de vraag of elektronische alternatieven in die gevallen aan de schriftelijke vorm gelijkgesteld kunnen worden, is de functie van het schriftelijkheidsvoorschrift van belang. Van Esch onderscheidt vier functies die het geschrift bij het aangaan van rechtshandelingen in het algemeen kan vervullen:

1. bescherming van een partij: de schriftelijke vorm bevordert dat een partij zich beraadt over de inhoud van de rechtshandeling en de gevolgen daarvan;
2. raadpleging: door schriftelijke vastlegging kunnen partijen en derden later op eenvoudige wijze kennis nemen van het bestaan en de inhoud van de rechtshandeling;
3. voorkomen van fraude: door de schriftelijke vorm is het minder gemakkelijk om bedrog te plegen omtrent het bestaan en de inhoud van de rechtshandeling;
4. bewijsmiddel: het geschrift kan gedurende lange tijd als bewijsmiddel worden gebruikt omtrent het bestaan, de inhoud en tijdstip van een verklaring of rechtshandeling; het geschrift dat geen akte is heeft in beginsel vrije bewijskracht, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, artikel 179 lid 2 Rv.¹⁰

Van Esch laat vervolgens zien dat de functies van het papier ook met elektronische middelen kunnen worden vervuld. De snelheid waarmee elektronisch gecommuniceerd kan worden laat minder ruimte voor bedenking voordat elektronisch wordt gehandeld. Bescherming tegen overijling kan echter op een andere manier worden geboden, bij voorbeeld door het verlenen van een herroepingsrecht aan degene die elektronisch een verklaring aflegt. Raadpleging is bij elektronische middelen juist eenvoudiger dan met papieren afschriften. Er zijn voldoende mogelijkheden om

¹⁰ Van Esch, a.w., p. 172-175.

electronische berichten en documenten tegen fraude te beveiligen. Wijziging van documenten op electronische gegevensdragers laat meestal sporen na. Encryptie en het toevoegen van hashwaarde zijn veel gebruikte methoden om de integriteit van berichten en documenten te waarborgen. Indien die maatregelen zijn genomen, is de kans even klein of misschien zelfs kleiner dat met het bericht of document is gemanipuleerd als bij een papieren document, zodat de rechter aan het electronische document of bericht dezelfde bewijskracht zou kunnen toekennen als aan het papier.¹¹

De door Van Esch onderscheiden functies vervult de schriftelijke vastlegging ook bij de aangegeven bepalingen in Boek 2 BW, waarbij de nadruk steeds verschillend is. In een aantal gevallen lijkt de bewijsfunctie voorop te staan, zoals bij de schriftelijke volmacht tot medewerking aan de akte van oprichting (artikel 65/176), de schriftelijke vastlegging van rechtshandelingen die aan de akte van oprichting wordt gehecht (artikel 94/105), de schriftelijke volmacht om aan de aandeelhoudersvergadering deel te nemen en daarin te stemmen (artikel 117/227), de schriftelijke stemuitbrenging bij besluitvorming buiten vergadering (artikel 128/238), de schriftelijke vastlegging van rechtshandelingen met de enig aandeelhouder (artikel 137/247) en de schriftelijke instemmings- en aansprakelijkheidsverklaring van artikel 403. In de andere gevallen lijkt bij het vereiste van een geschrift meer het oogpunt van communicatie voorop te staan, zoals bij de mededeling per aangetekende brief van de erkenning van een levering door de vennootschap (artikel 86a/196a), de schriftelijke kennisgeving van de houder van toonderaandelen die (niet meer) enig aandeelhouder is (artikel 91a), de schriftelijke aankondiging van de uitgifte van aandelen met voorkeursrecht (artikel 96a/206a), de oproepingsbrieven en mededelingen in verband met een aandeelhoudersvergadering (artikel 113/223 en 114/224) en de schriftelijke aanbieding van aandelen na een uitspraak in een geschillenregeling (artikel 341 en 343). In feite vallen in deze categorie ook alle documenten waarvoor de schriftelijke vorm is voorgeschreven en die moeten worden gedeponeerd en ter inzage moeten worden gelegd.

De werkgroep Huls, die in het kader van de Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit-operatie een rapport heeft geschreven over het electronisch verrichten van rechtshandelingen,¹² concludeert dat de bewijsfunctie en de communicatiefunctie verschillende eisen stellen aan (omstandigheden rond) het electronisch alternatief voor een geschrift. De bewijsfunctie vergt meer technische randvoorwaarden dan de communicatie-

¹¹ Idem, p. 175-180.

¹² Door de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden in april 1998, TK 24 036.

voorwaarde. De werkgroep wijst ook nog op een omstandigheid die juist in het vennootschapsrecht relevant is. In een gesloten netwerk waarin een beperkt aantal partijen zeer regelmatig elektronisch met elkaar handelen, kunnen elektronische documenten en berichten eerder zowel de communicatiefunctie als de bewijsfunctie vervullen dan in open circuits die in beginsel toegankelijk zijn voor iedereen.¹³ Zo lijkt het in besloten vennootschapsverhoudingen met een beperkt aantal aandeelhouders eerder aanvaardbaar dat aandeelhouders op elektronische wijze volmacht verlenen om deel te nemen aan de aandeelhoudersvergadering, dan bij een beursvennootschap met een groot aantal onbekende aandeelhouders. Voor alle informatie die moet worden gedeponereerd en ter inzage moet worden gelegd is steeds sprake van een open situatie: een ieder moet toegang kunnen krijgen tot die informatie.

Het beeld is zo diffuus. De verschillende functies van het schriftelijke vormvereisten lopen door elkaar heen, er is soms sprake van een besloten verhouding, in andere gevallen van een open verhouding. Maar ook de mogelijkheden die beschikbare technologie ons nu biedt en ons begrip daarvan zijn nog niet erg uitgekristalliseerd. Er zijn verschillende methoden van beveiliging van documenten tegen manipulatie en van beveiliging van communicatiemiddelen, die verschillende gradaties van zekerheid bieden. Het is naar de huidige stand van het recht niet duidelijk welke gradaties vereist zijn voor welke type voorschrift. Dit maakt het moeilijk om algemene uitspraken te doen over de mate waarin en wijze waarop elektronische alternatieven voor vastlegging op papier reeds in het huidige vennootschapsrecht toelaatbaar zijn. De onzekerheid die daar uit voortvloeit kunnen vennootschappen en de daarbij betrokken partijen zelf niet opheffen. In de praktijk bestaat een duidelijke behoefte aan het gebruik van elektronische alternatieven. Zij kunnen de efficiency verhogen en de kosten drukken. De huidige onzekerheid over de juridische toelaatbaarheid van elektronische alternatieven vormt daarvoor een belemmering. Hier ligt een taak voor de wetgever: hij moet aangeven voor welke schriftelijkheidsvereisten in Boek 2 BW welke elektronische alternatieven toelaatbaar zijn. Ik zou willen bepleiten dat de wetgever hiertoe op korte termijn initiatief neemt om de achterstand met het vennootschapsrecht in andere landen niet nog verder te laten oplopen. Daarbij is belangrijk dat de wetgever voor het gebruik van elektronische alternatieven niet onnodig belastende voorwaarden stelt, bij voorbeeld voor de identificatie van afzenders en authenticatie van berichten en documenten. In een elektronische omgeving is 100% zekerheid omtrent de identiteit van de afzender van een bericht en de authenticiteit van een bericht of document nooit te geven. Maar in een

¹³ A.w., p. 31-32.

papieren wereld heeft een dergelijke zekerheid ook nooit bestaan, verre van dat. Klassieke handtekeningen kunnen eenvoudig worden vervalst, veel gemakkelijker dan elektronisch beveiligde handtekeningen. Met papieren documenten kan worden gemanipuleerd en de verzending en ontvangst van berichten via de post kan met allerlei gebreken gepaard gaan. Wij hechten nog steeds opvallend veel betekenis aan het per aangetekende brief verzenden van stukken. Maar de ontvangstbevestiging bevestigt alleen maar dat een enveloppe is aangekomen, niet wat de inhoud daarvan is. Voorwaarden voor het gebruik van elektronische alternatieven dienen in de praktijk werkbaar te zijn. Zonder een zekere mate van vertrouwen omtrent identiteit en authenticiteit is communicatie tussen partijen in de praktijk niet mogelijk. Dat geldt zowel voor de wereld van het papier als voor de elektronische wereld.

5.2 Akte

Een akte is een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen, artikel 183 lid 1 Rv. Boek 2 BW noemt nog maar op één plaats de akte uitdrukkelijk: levering van aandelen op naam en levering van een beperkt recht daarop in een vennootschap waarvan de aandelen of certificaten van aandelen zijn of spoedig zullen worden toegelaten tot een gereguleerde effectenbeurs, geschiedt door een daartoe bestemde akte en erkenning door de vennootschap, artikel 2: 86c lid 1 en 2. Het aktevereiste geldt niet voor uitgifte van aandelen op naam in een beursvennootschap, deze is vormvrij.¹⁴

In de voorgaande paragraaf wees ik op een aantal gevallen waar uit het wettelijke vereiste van ondertekening blijkt dat sprake moet zijn van een geschrift. Deze ondertekende stukken zijn echter geen akten. Zij zijn niet bestemd om tot bewijs te dienen.¹⁵ Het zijn stukken die beogen bepaalde informatie te verschaffen.

Voor de akte van levering van aandelen op naam in een beursvennootschap is de vraag of zij ook geheel elektronisch tot stand kan komen, dat wil zeggen vastgelegd in een elektronisch document en elektronisch door partijen ondertekend. Ik gaf in de vorige paragraaf al aan dat de functies

¹⁴ Asser-Maeijer, 2-III, p. 245.

¹⁵ Vergens/Wiersma vermeldt dat als akte ook heeft te gelden een ondertekend geschrift bestemd om als wilsverklaring te dienen. Daaronder valt ook een ondertekend geschrift dat wordt opgemaakt ter voldoening aan een contractueel of wettelijk voorgeschreven vormvereiste voor bepaalde rechtshandelingen, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, 1988, p. 29. Daarvan is bij de hier bedoelde stukken echter geen sprake.

van het schriftelijkheidsvereiste bij toepassing van bepaalde elektronische alternatieven op voldoende wijze kunnen worden vervuld. Voor de klassieke handtekening zijn inmiddels ook elektronische alternatieven ontwikkeld. Van Esch beschrijft de biometrische handtekening, gebaseerd op de unieke persoonsgebonden karakteristiek van de ondertekenaar, en de digitale handtekening gebaseerd op asymmetrische encryptie met publieke en private sleutels, waarbij een Trusted Third Party of TTP elektronische certificaten afgeeft over het toebehoren van de publieke sleutel aan de afzender. Hij concludeert dat elektronische handtekeningen, bij toepassing van de juiste technieken, kan worden gelijkgesteld met de klassieke handtekening.¹⁶ Maar ook hier is voorlopig het probleem dat de wetgever niet heeft aangegeven aan welke functies van het schriftelijkheidsvereiste en de handtekening moet worden voldaan en niet vaststaat welke technieken daarvoor voldoende zijn. Artikel 6: 227a volgens het wetsvoorstel elektronisch rechtsverkeer bepaalt dat een overeenkomst waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt ook elektronisch tot stand kan worden gebracht, indien de overeenkomst toegankelijk en raadpleegbaar is voor partijen, de authenticiteit met voldoende zekerheid is gewaarborgd, het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld en de identiteit van partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Het ligt voor de hand voor de elektronische akte tot levering van aandelen op naam dezelfde voorwaarden te stellen. Ik zou willen aannemen dat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling in Boek 2 BW een levering van aandelen op naam in een beursvennootschap geldig tot stand komt indien zij met inachtneming van deze voorwaarden elektronisch wordt vastgelegd.

5.3 Notariële akte

Boek 2 BW schrijft voor verschillende rechtshandelingen een notariële akte voor: de oprichting van de vennootschap, artikel 64 (175) lid 2, de uitgifte en levering van aandelen op naam, artikel 86 (196) lid 1, de vermindering van het bedrag van aandelen, artikel 99 (208) lid 1,¹⁷ de wijziging van de statuten, artikel 124 (234) lid 1, de toepassing van de structuurregeling, artikel 154 (264) lid 3,¹⁸ de juridische fusie, artikel 318 lid 1, de splitsing, artikel 334n lid 1 en de omzetting, artikel 18 lid a. Met uitzondering van de

¹⁶ Dissertatie, p. 165, preadvies, p. 36.

¹⁷ Hiervoor is een statutenwijziging vereist, die bij notariële akte plaatsvindt.

¹⁸ Zie vorige noot.

uitgifte en levering van aandelen op naam¹⁹ hebben deze handelingen met elkaar gemeen dat zij ingrijpen in de organisatie en inrichting van de rechtspersoon. De wetgever acht het nodig deze handelingen te laten begeleiden door een ter zake deskundige notaris, ten dele ter bescherming van de rechtszekerheid. De notaris moet zich ervan vergewissen dat partijen beseffen wat zij doen en moet daartoe onder andere de akte na voorafgaande zakelijke opgave van de inhoud geheel of gedeeltelijk voorlezen.²⁰ De notaris stelt de identiteit van partijen vast, alsmede de authenticiteit en het tijdstip van hun verklaringen.

Het notariaat heeft zich natuurlijk afgevraagd of het deze beschermende en rechtszekerheid dienende rol ook zou kunnen vervullen op een volledig elektronische manier. In 1996 liet de KNB onder andere over die vraag een preadvies schrijven. Het was ook toen al onvermijdelijk dat Van Esch zich over die vraag zou buigen. In zijn deel van het preadvies komt hij tot de conclusie dat juridische gelijkstelling van een elektronische notariële akte technisch mogelijk is en niet op voorhand moet worden uitgesloten. Maar hij wijst op een aantal redenen voor voorzichtigheid: het gaat dikwijls om complexe rechtshandelingen die verstreckende gevolgen kunnen hebben, waarbij één of meer van de partijen vaak slechts geringe ervaring hebben en waarbij het rechtsverkeer een optimale zekerheid eist.²¹ Huijgen voegt daaraan toe dat vooral de plicht van de notaris om zich te vergewissen van het feit dat partijen begrijpen wat zij doen, een vorm van direct contact impliceert.²² Dit laatste gaat mij te ver. In vennootschappelijke aangelegenheden²³ kan de notaris zich heel wel langs elektronische weg vergewissen van het begrip van partijen, door communicatie per e-mail waarbij de notaris specifieke vragen stelt. Daarvoor is een persoonlijk bezoek aan het kantoor van de notaris en het doornemen van de akte onder het genot van een kop koffie en als het even kan een sigaar, echt niet meer nodig.

Ook de notaris zal zijn beroepsuitoefening moeten aanpassen aan de mogelijkheden van de moderne technologie en de richting waarin zij onze

¹⁹ Zie over de achtergronden van de notariële bemoeienis hierover G.M. ter Huurne, Nieuwe regels voor levering van aandelen op naam, dl. 20 uit de Serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1994.

²⁰ W.G. Huijgen, De notaris en het Elektronisch Rechtsverkeer, WPNR 96/6236, p. 639; zie ook HR 20 januari 1989 NJ 1989, 766 m.nt. EAAL.

²¹ R.E. van Esch, De notaris en het Elektronisch Rechtsverkeer, KNB-preadvies 1996, p. 57-61.

²² A.w., p. 639

²³ Dit ligt misschien genuanceerder bij persoonlijke aangelegenheden als huwelijksvoorwaarden en testamenten.

methoden van communicatie en besluitvorming stuurt. Dat doen notarissen ook. Er lopen inmiddels proefprojecten voor het elektronisch verkrijgen van verklaringen van geen bezwaar voor oprichting en statutenwijziging en voor het on line aanleveren van notariële akten bij het kadaster. Ook de elektronische notariële akte zal er in het vennootschapsrecht wel komen.

Maar de moderne technologie stelt een nog fundamentele vraag over de notariële rol in het vennootschapsrecht. Door de moderne technologie wordt kennis gemakkelijker en wijder toegankelijk. Een ieder wiens bedrijfseconomische activiteit is gebaseerd op kennis, zal zich de vraag moeten stellen hoe met die kennis om te gaan in de moderne ict-omgeving. Het internet en daarmee verbonden technologie bieden mogelijkheden voor het uitbaten van kennis op totaal nieuwe manieren en tegelijk risico's voor het vasthouden aan bestaande methoden. Dat ook het notariaat daarvoor niet immuun is, laat de ontwikkeling van de www.casus.com website zien. Op deze site kan men onder andere standaard-akten van oprichting van een besloten vennootschap 'kopen'. De akte wordt vervolgens verleden door een bij de site aangesloten notaris. De site stuit op aanzienlijke kritiek van sommige notarissen die menen dat de wettelijk voorgeschreven rol van notarissen zo onvoldoende tot zijn recht komt.²⁴

De rol van de notaris is in dit geval inderdaad miniem. Maar dit leidt tot een achterliggende vraag. Is de rol van de notaris zo essentieel voor het behoorlijk functioneren van ons vennootschapsrecht dat daaraan in alle gevallen onverkort moet worden vastgehouden? Het lijkt mij in het licht van de technologische ontwikkelingen zeker gerechtvaardigd deze vraag te stellen en daar eens goed over na te denken. De notaris is niet meer de enige die over de specifieke vennootschapsrechtelijke kennis beschikt en deze aan derden ter beschikking kan stellen. Andere kunnen zich die kennis ook verwerven en kunnen die met moderne technologie zeer efficiënt ter beschikking stellen.

Wij moeten bovendien bedenken dat in andere landen, zoals Engeland en de Verenigde Staten, het kennelijk in het geheel niet als een eis van het rechtsverkeer wordt gezien dat de oprichting van vennootschappen en andere rechtshandelingen plaatsvinden onder begeleiding van een deskundige ambtsdrager. Vennootschappen kunnen daar vrijelijk door iedereen worden opgericht en liggen in boekwinkels op de plank gereed. We kunnen niet zeggen dat de vennootschapspraktijk in deze landen aan rechtsonzekerheid ten onder gaat. Dat wij ook in Nederland kennelijk minder behoefte

²⁴ Zie Het Financieele Dagblad 29 januari 2001, juridisch werk is niet te standaardiseren via internetsite.

hebben aan rechtszekerheid blijkt uit de afschaffing van het preventieve toezicht op de oprichting en de statutenwijziging.²⁵

Ik zie tenslotte ook geen reden om het bestaande monopolie van notarissen te continueren. Is de deskundigheid van notarissen zo bijzonder dat alleen zij een oprichting, statutenwijziging, fusie en dergelijke juridisch kunnen begeleiden? Ik schat de deskundigheid van de meeste notarissen hoog in, maar het is niet meer van deze tijd te veronderstellen dat alleen notarissen dit kunnen en dus alleen notarissen dit mogen doen. Een serieuze bedreiging voor het notariaat behoeft afschaffing van het notariële vormvereiste niet te zijn. Aan deskundige begeleiding zal zeker bij meer complexe vennootschappelijke structuren steeds behoefte bestaan. Zolang notarissen hun deskundigheid behouden, zullen zij daarbij betrokken blijven. Maar dat is op zichzelf onvoldoende reden hun bemoeienis wettelijk te blijven voorschrijven.

6. Deponeren en publiceren

6.1 Deponeren

Boek 2 BW schrijft op talloze plaatsen voor dat vennootschappen hun betreffende informatie inschrijven in of nederleggen ten kantore van het handelsregister. Na oprichting moet de vennootschap in het handelsregister worden ingeschreven, artikel 69 (180) lid 1; wijzigingen in het geplaatst kapitaal moeten ten kantore van het handelsregister worden gedeponeerd (zie artikel 96 lid 3 en 4 en 96a voor uitgifte van aandelen door een nv, artikel 100 (209) voor besluiten tot kapitaalvermindering); akten van statutenwijziging en akten tot fusie en splitsing moeten ten kantore van het handelsregister worden gedeponeerd, artikel 136 (236), 318 en 334n; de vennootschap moet ten kantore van het handelsregister opgaaf doen van het voldoen aan de voorwaarden voor het structuurregime en kan deze opgaaf doorhalen indien zij niet meer aan de voorwaarden voldoet, artikel 154 (264); de vennootschap moet de vastgestelde of goedgekeurde jaarrekening, of bij gebreke van vaststelling of goedkeuring, de opgemaakte jaarrekening openbaarmaken door nederlegging van een exemplaar ten kantore van het handelsregister, artikel 394; een 403-verklaring en een intrekking daarvan moeten ten kantore van het handelsregister worden gedeponeerd, artikel 403 lid 1 sub g en artikel 404 lid 1; van omzetting en ontbinding moet opgaaf worden gedaan ten kantore van het handelsregister, artikel 18 lid 7 en artikel 19 lid 3.

²⁵ Tk 26 277.

De wijze waarop vennootschappen deze inschrijvingen, deponeringen en opgaven bij het handelsregister kunnen doen, is neergelegd in de Handelsregisterwet 1996 en het daarop gebaseerde Handelsregisterbesluit 1996. Voor het doen van opgaven zijn door de Kamer van Koophandel vastgestelde formulieren beschikbaar, die kosteloos worden verstrekt, artikel 3 lid 1 Handelsregisterbesluit 1996. De Kamer kan ermee instemmen dat een opgave op andere wijze geschiedt dan door middel van formulieren en kan daarvoor regels stellen, artikel 3 lid 2 en 3 van het besluit. Deze bepalingen zijn met name ingevoerd om elektronisch opgaaf doen mogelijk te maken. Het ligt inderdaad erg voor de hand dat de mogelijkheid wordt geboden om elektronisch opgaaf te doen bij het handelsregister, door middel van een elektronisch document op een schijfje of band, of, nog makkelijker, door een *on line*-verbinding met de Kamer van Koophandel. Ook het volledig elektronisch inzage bieden in de bij het handelsregister gedeponeerde gegevens is gewenst. Zo ver zijn we echter nog niet. De Kamers van Koophandel hebben een *on line*-handelsregister gecreëerd, dat het mogelijk maakt informatie in het handelsregister elektronisch in te zien, zie de site www.kvk.nl. Maar niet alle gedeponeerde informatie is elektronisch ter inzage, in feite zijn alleen de uittreksels van de inschrijving van vennootschappen en gescande versies van jaarrekeningen²⁶ elektronisch beschikbaar. De statuten van de vennootschap, alsmede de onderliggende opgaven die hebben geleid tot wijziging in de inschrijving, kunnen niet elektronisch worden ingezien. De Kamers staan inmiddels toe dat eenvoudige wijzigingen per telefoon of fax worden doorgegeven. Minder eenvoudige wijzigingen moeten op briefpapier van de vennootschap en origineel ondertekend worden doorgegeven. Voor bepaalde opgaven zijn formulieren beschikbaar.²⁷ Deze formulieren kan men *downloaden* van de site, maar elektronisch opgaaf doen is nog niet mogelijk. Zo bestaat vandaag de haast ridicul aandoende situatie dat een vennootschap op elektronische wijze documenten opstelt, eventueel daarvoor elektronisch een KvK-formulier downloadt, deze op papier uitprint, ondertekent en verzendt naar de Kamer van Koophandel, die de daarin opgenomen informatie verwerkt in een elektronisch document, het uittreksel, dat vervolgens elektronisch kan worden ingezien. Papier lijkt zo een tamelijk nutteloze fase in een

²⁶ De Kamer van Koophandel mag de gedeponeerde jaarrekening overbrengen op andere gegevensbewaarders, die zij in hun plaats in het handelsregister bewaart, mits die overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd (van zeven jaar, jww) beschikbaar en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt, artikel 2: 394 lid 6. Ik begrijp dat de Kamers nu jaarrekeningen die op papier zijn gedeponeerd scannen om via het internet inzage te kunnen geven.

²⁷ Zie www.kvk.nl/kvk/handelsregister.html, klik door naar Over het handelsregister, Inschrijving wijzigen (tweemaal).

overigens volledig elektronisch proces. Navraag bij de Vereniging van Kamers van Koophandel en een enkele individuele Kamer van Koophandel leert dat men studie maakt van het elektronisch opgaaf doen, maar daarmee nog niet ver is gevorderd.²⁸

Het volledig elektronisch kunnen aanleveren van opgaven bij het handelsregister en het volledig elektronisch kunnen inzien van hetgeen in en bij het handelsregister is ingeschreven en gedeponerd, is natuurlijk onvermijdelijk. Maar de vraag is of zo het meest efficiënte systeem van openbaarmaking van vennootschappelijke gegevens ontstaat. Een meer geïntegreerde behandeling van de informatie die de vennootschap omtrent haarzelf moet openbaar maken lijkt aangewezen en door de moderne technologie mogelijk. Ik kom hierop in paragraaf 6.3 terug.

6.2 Publiceren

Op een aantal plaatsen schrijft Boek 2 BW voor dat, soms naast nederlegging ten kantore van het handelsregister, aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dient plaats te vinden. Zie bij voorbeeld artikel 100 (209) lid 1 voor een besluit tot kapitaalvermindering, artikel 113 (223) lid 2 voor de oproeping voor de algemene vergadering van aandeelhouders, artikel 314 lid 3 en 334h lid 3 voor een besluit tot fusie of splitsing en artikel 404 lid 3 sub c voor de intrekking van een 403-verklaring en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De Ondernemingskamer heeft in 1993 bepaald dat het Nederlands Dagblad, met een abonnementbestand van ongeveer 25.500 en 25 verkooppunten voor losse verkoop, geen landelijk verspreid dagblad is.²⁹ Ik acht het niet uitgesloten dat een dagblad eerder als landelijk verspreid geldt indien het een website heeft, die voor iedereen toegankelijk is. Vandaag de dag staan de aankondigingen van dit type echter niet op de websites van landelijke kranten.³⁰ Indien de web-versies van dagbladen terrein winnen ten opzichte van de papieren versies, zal dit wellicht veranderen.

Daarnaast zorgt de Kamer van Koophandel automatisch voor vermelding in de Staatscourant van het feit dat een vennootschap opgaaf heeft gedaan bij het handelsregister, artikel 17 Handelsregisterwet 1996. De functie van

²⁸ Het lijkt erop dat het Kadaster een stuk verder is. In 1998 sloot het Kadaster een convenant met het notariaat en sindsdien worden proeven genomen met elektronische inschrijvingen in het Kadaster, zie J. de Jong, B. van Loenen, De openbare registers digitaal? WPNR 98/6322, p. 489-491 en M. Evenblij, Mail veilig, of mail niet, Mr. Maart 2001, p.27.

²⁹ OK 29 juli 1993 NJ 1994, 132 (Teletrade).

³⁰ Zie bijv. www.fd.nl, www.volkskrant.nl, www.nrc.nl, www.nd.nl

deze melding en van de aankondigingen door de vennootschap zelf in landelijk verspreide dagbladen, is dat belanghebbenden, in het bijzonder aandeelhouders en crediteuren, opmerkzaam worden gemaakt op de gegevens die de vennootschap openbaar maakt. Ik betwijfel serieus of deze aankondigingen een efficiënte signalerende werking hebben. Dit veronderstelt in ieder geval een dagelijks, nauwgezet lezen van berichten en advertenties in een aantal landelijk verspreide dagbladen en de Staatscourant. Grotere ondernemingen kunnen zich wellicht afdelingen veroorloven die dergelijk monnikenwerk verrichten. Voor vele anderen zal het in een krant tegenkomen van een voor hen relevant bericht van een vennootschap meestal een gelukstreffer zijn. Moderne technologie zou hier kunnen helpen, zie paragraaf 6.3.

Beursvennootschappen tenslotte zijn onderworpen aan publicatieverplichtingen van eigen aard. Zij moeten de markt door middel van een persbericht onmiddellijk informeren omtrent gebeurtenissen die invloed kunnen hebben op de koers van het aandeel, zie artikel 28 h Fondsenreglement. Dit persbericht moet gelijktijdig aan de beurs worden gezonden, artikel 30b Fondsenreglement. Euronext Amsterdam stimuleert actief dit te doen door middel van beveiligde elektronische berichten. Beursvennootschappen moeten meldingen doen omtrent wijzigingen in de zeggenschap in de vennootschap ingevolge de Wet melding zeggenschap 1996 en omtrent bepaalde transacties in effecten ingevolge de Wet toezicht effectenverkeer 1995.³¹ De aan de STE in het kader van deze beide wetten gemelde informatie is on line beschikbaar,³² maar de meldingen aan de STE worden op dit moment nog steeds op papier gedaan, door middel van brieven met formuleren. Ik verwacht dat de STE binnen afzienbare on line meldingen zal toestaan.

6.3 Geïntegreerde vennootschappelijke informatie

De gegevens die vennootschappen op dit moment op basis van wet- of regelgeving moeten publiceren zijn aldus op verschillende plaatsen beschikbaar: het handelsregister, landelijk verspreide dagbladen en de Staatscourant, persberichten die door *news* en *wire agencies* worden overgenomen en vaak zijn terug te vinden op de website van de vennootschap, en registers van de STE. Voor een totaalbeeld moet een belangstellende zo

³¹ De laatst bedoelde regels zullen overigens binnenkort worden verplaatst naar de Wet melding zeggenschap 1996 ingevolge de wet inzake openbaarmaking van individuele beloning van bestuurders en commissarissen, waarvan nu een voorontwerp circuleert.

³² Zie www.ste.nl. Zie over de beperkingen van de on line beschikbare WMZ-meldingen Het Financieele Dagblad 13 maart 2001, p. 13 en 21.

verschillende bronnen raadplegen, die elkaar soms dupliceren (de jaarrekening staat tegenwoordig ook op de website van de vennootschap), en waarbij ook het risico bestaat van verkeerd overgenomen of gereproduceerde informatie. Het zou efficiënt zijn indien alle informatie die een vennootschap op grond van wet- en regelgeving moet publiceren, in ieder geval op één enkele plaats bij elkaar beschikbaar zou zijn. De website van een vennootschap zou daartoe bij uitstek geschikt zijn. De website is voor iedereen toegankelijk en toegang kost bijna niets. Zoals gezegd publiceren beursvennootschappen bepaalde informatie die zij op de hierboven aangegeven wijzen moeten openbaar maken reeds nu ook op hun website. In toenemende mate gebruiken zij hun website om *investor relations* informatie, waaronder koersgevoelige informatie, te publiceren. Via websites zijn investor relations presentaties en conference calls te beluisteren, zowel live als achteraf.³³ Vooralsnog wordt aangenomen dat publicatie op de website alleen niet voldoende is om aan effectenrechtelijke voorschriften tot publicatie van koersgevoelige informatie te voldoen.³⁴ Bij toenemend gebruik van het internet zal dit ongetwijfeld wijzigen. Voor vennootschappen zou het een verlichting betekenen indien zij alle informatie die zij moeten openbaar maken op hun eigen website zouden publiceren, in plaats van opgaven te doen bij verschillende registers en advertenties te plaatsen in dagbladen. Voor degenen die een belang hebben bij een vennootschap en die inzage willen zou zo één duidelijke, voor de hand liggende en zeer toegankelijke bron van informatie beschikbaar zijn, waar alle relevante informatie bijeen is gebracht. Ik zou er veel voor voelen om vennootschappen (beurs- en niet-beursvennootschappen) de mogelijkheid te bieden om aan publicatieverplichtingen op grond van de aangegeven wet- en regelgeving te voldoen door publicatie op hun websites. De vennootschappen die dit niet willen of daartoe niet in de gelegenheid zijn, zouden hun opgaven en aankondigingen moeten kunnen blijven doen bij de openbare registers en dagbladen. Het zou mij niet verbazen dat het internet een zo

³³ Dit kan bijv. via de website van Unilever, www.unilever.com.

³⁴ De Amsterdamse beurs schrijft nog steeds voor dat koersgevoelige informatie door middel van een persbericht moet worden gepubliceerd. Regulation Fair Disclosure (FD) van de Amerikaanse SEC, die in oktober 2000 van kracht is geworden, geeft aan dat de website een belangrijk instrument kan zijn om beleggers tijdig en vooral ook gelijktijdig te informeren. Bij het publiceren van resultaten en het houden van zogenaamde *pre-close briefings* van analisten krijgt de website en de daardoor geschapen openbare toegankelijkheid een pregnante rol, maar de SEC blijft vooralsnog voorschrijven dat een persbericht aan plaatsing van informatie op de website en dit soort uitzendingen via het internet vooraf gaat. Zie voor Regulation FD www.sec.gov/rules/final/33-7881.htm. In deze lijn schrijft de STE voor dat een prospectus bij een beursgang of secundaire emissie op de website mag worden geplaatst, maar tenminste ook op papier moet verschijnen, zie Beleidslijn 99-0003, te vinden op www.ste.nl.

algemeen gebruik krijgt dat de website ook voor niet-beursvennootschappen een geëigend middel wordt om informatie te publiceren.

De relevante wet- en regelgeving (Boek 2 BW, Wte 1995, Wmz 1996, Hrw 1996) zou voorschriften moeten bevatten omtrent de inrichting van de website van de vennootschap en de wijze waarop de te publiceren informatie wordt weergegeven.³⁵ Daarbij is van belang dat de informatie actueel is en door de vennootschap wordt geactualiseerd. Datum en tijd waarop de informatie op de website is geplaatst moeten worden vermeld. De informatie die moet worden gepubliceerd op basis van wet- en regelgeving moet ook duidelijk worden onderscheiden van commerciële informatie van de vennootschap. De signalerende werking die de aankondiging van handelsregisteropgaven en andere gegevens in landelijk verspreide dagbladen en de Staatscourant nu nog heeft, kan eenvoudig en waarschijnlijk meer effectief worden vervangen doordat belanghebbenden zich kunnen abonneren op het automatisch ontvangen van e-mails die met hyperlinks verwijzen naar wijzigingen, nieuwe opgaven en dergelijke op de website van de vennootschap.³⁶ Voor het publiceren van koersgevoelige informatie zou een link moeten bestaan met de beurs(zen) waarop de vennootschap genoteerd is en, waar relevant, hun toezichthouders. Deze moet(en) verwittigd worden indien de vennootschap koersgevoelige informatie op haar website publiceert. Het bericht dat op de website wordt geplaatst wordt gelijktijdig per e-mail verzonden aan de relevante media en nieuwsagentschappen.

Denkbaar is dat de beurs of toezichthouder een centraal databestand aanlegt waarin alle meldingen door beursvennootschappen van koersgevoelige en overige vennootschappelijke gegevens die zij krachtens wet- of regelgeving op hun website plaatsen, worden opgenomen. Dit biedt belanghebbenden de mogelijkheid om in plaats van de individuele websites van allerlei vennootschappen te volgen op een centrale plaats te kijken of relevante meldingen zijn gedaan en deze te analyseren. In de Verenigde Staten bestaat een dergelijk databestand in de vorm van het *EDGAR*-systeem, dat staat voor Electronic Data Gathering, Analysis and Retrieval. In dit systeem worden alle meldingen opgenomen die effecten-uitgevende instel-

³⁵ Zie ook E. Wymeersch, *Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts im Zeitalter des Internets*, in: *Festschrift für Markus Lutter*, 2000, p. 220. Het belang van voorschriften voor het weergeven van de te publiceren informatie moet niet worden onderschat. Zowel vennootschappen en notarissen die opgaven doen bij het handelsregister als medewerkers van Kamers van Koophandel die opgaven verwerken, maken daarbij regelmatig fouten. Om vennootschappen op hun websites op eenduidige wijze informatie te laten publiceren zijn heldere en strakke voorschriften nodig.

³⁶ Zo ook U. Noack, *Moderne Kommunikationsformen vor den Toren des Unternehmensrechts*, ZGR 3/1998, p. 605.

lingen aan de SEC moeten doen.³⁷ *EDGAR* kan on line worden geraadpleegd via www.sec.gov/edgar.shtml. De Australische toezichthouder hanteert vergelijkbare elektronische systemen onder de namen *EDGE* en *eRegister*.³⁸ Indien de eigen website van vennootschappen bij het publiceren van informatie een steeds prominenter rol zal innemen, zal een dergelijk centraal databestand hoofdzakelijk kunnen bestaan uit links met de websites van de genoteerde vennootschappen, met vermeldingen van tijdstippen waarop meldingen van wijzigingen in de vennootschappelijke websites hebben plaatsgevonden.

Voor een door de Kamers van Koophandel gehouden handelsregister blijft in ieder geval voorlopig een rol bestaan voor vennootschappen die niet gebruik maken van de mogelijkheid van publicatie van gegevens op hun website. Zij zouden hun opgaven op de traditionele wijze bij het handelsregister kunnen blijven doen. Het on line te raadplegen handelsregister zou links kunnen hebben met de websites van de vennootschappen die wel op deze wijze gegevens openbaar maken. Belanghebbenden die (nog) niet zelf toegang hebben tot het internet zouden via het handelsregister afschrift op papier kunnen ontvangen van de door de vennootschap op de website gepubliceerde gegevens.

De nu aan inschrijving in het handelsregister gekoppelde bescherming van derden die daarop te goeder trouw zijn afgegaan (artikel 18 Handelsregisterwet 1996) zou ook kunnen worden verleend indien derden te goeder trouw afgaan op deze gegevens die op de eigen website van de vennootschap zijn gepubliceerd. De schakel van het door een onafhankelijke derde gehouden handelsregister is voor het toekennen van die bescherming niet nodig. Indien de te publiceren gegevens inmiddels door een website van de vennootschap algemeen en nagenoeg kosteloos toegankelijk zijn, voegt opneming in een door een derde gehouden openbaar toegankelijk register voor de bescherming van derden niet zoveel meer toe. Het verbinden van de derdenbescherming aan de informatie die de vennootschap zelf op de eigen website publiceert, heeft bovendien als voordeel dat de effectieve bescherming niet mede wordt bepaald door de vervorming van de informatie door onjuiste of ontijdige weergave in het handelsregister. Tijdens het schrijven van dit preadvies verrichtte de Erasmus-universiteit in Rotterdam een onderzoek naar het bestaan en de betekenis van zogenaamde open naamloze vennootschappen die niet zijn beursgenoteerd. Daarbij is mij gebleken dat de door de Kamers van Koophandel gehouden handelsregisters bepaald onnauwkeurig zijn, op talloze plaatsen gebreken vertonen en on-

³⁷ Zie Wymeersch, a.w., p. 219 en Noack, a.w., p. 611.

³⁸ Zie Elizabeth Boros, a.w., p. 26-2.

juiste informatie verschaffen. De derdenbescherming heeft meer betekenis indien derden mogen afgaan op door de vennootschap op de eigen website gepubliceerde gegevens, zonder dat een dergelijke vervorming plaatsvindt.

7. Dematerialisatie van aandelen

Van aandelen op naam in een NV kunnen aandeelebewijzen worden afgegeven, van aandelen op naam in een BV niet, artikel 2: 175 lid 1 BW. Aandelen aan toonder in een NV kunnen uit de aard der zaak uitsluitend bestaan indien aandeelebewijzen aan toonder zijn uitgegeven. Het toonderstuk is een waardepapier, het aandeel wordt erin belichaamd en met het stuk overgedragen. Voor notering aan Euronext Amsterdam van aandelen in Nederlandse naamloze vennootschappen kwamen tot voor kort uitsluitend aandelen aan toonder in aanmerking. De uit te geven toonderstukken behoorden te voldoen aan de bijzondere voorschriften opgenomen in bijlage VII bij het Fondsenreglement, zie artikel 62.1 Fondsenreglement. Deze voorschriften hebben betrekking op de technische uitvoering en tekst van de stukken en de kwaliteit van het te gebruiken papier en bevatten druktechnische voorschriften.

De achtergrond van het voorschrift dat alleen toonderstukken voor notering in aanmerking kwamen was dat toonderstukken efficiënt konden worden verhandeld, nl. door simpele overdracht van het papier, in plaats van door een akte die aan de vennootschap moest worden betekend of door deze erkend, zoals is voorgeschreven voor aandelen op naam. Landen die toonderstukken niet kennen, zoals Engeland en de Verenigde Staten, hebben zich wel met deze formaliteiten gered, maar toonderstukken maakten de afwikkeling van effectentransacties zonder meer sneller en makkelijker. In de Wet giraal effectenverkeer die in 1977 het licht zag is dit bestendigd, doordat alleen een regeling werd getroffen voor het giraal verkeer van toonderstukken die bij aangesloten instellingen in bewaring werden gegeven. Aandelen op naam werden niet door Necigef in het girale systeem opgenomen.

Met de wijziging van de Wet giraal effectenverkeer die in november 2000 van kracht is geworden,³⁹ is hierin verandering gekomen. De wet staat nu ook toe dat aandelen op naam in het girale systeem worden opgenomen en giraal worden geleverd, mits de overdraagbaarheid van die aandelen niet bij de statuten of voorwaarden van uitgifte is beperkt of uitgesloten, artikel 8a.

³⁹ Staatsblad 2000, 485. Zie over het wetsvoorstel E.M. van Pappelendam-Hemmen, Wetsvoorstel 27 164 tot wijziging van de Wge, Ondernemingsrecht 2000/13. P. 376-381.

De voorschriften in het Fondsenreglement over de uitvoering van papieren stukken zullen dienovereenkomstig moeten worden aangepast en beperkt tot die gevallen waarin nog steeds aandelen aan toonder zijn uitgegeven. De wijziging van de Wet giraal effectenverkeer vormt de meest recente stap in een al langer voortgaand proces van dematerialisatie van aandelen. Papier was ooit het meest efficiënte middel om aandelen in te belichamen en te doen overdragen, maar is de laatste decennia alleen maar een belasting geworden. Bij toenemend beursverkeer werd het drukken, bewaren en fysiek leveren van toonderstukken steeds kostbaarder en bezwaarlijker. Bovendien bestaat bij toonderstukken het risico van verlies en diefstal, waarna de vinder of de dief vervolgens eigendom kan doen overgaan op een derde die te goeder trouw de toonderstukken verwerft, vgl. artikel 3: 86 BW. De effectenindustrie streeft er dan ook al lang naar fysieke stukken zoveel mogelijk te beperken of zelfs helemaal uit te sluiten. Dit vond in eerste instantie plaats door stukken te *immobiliseren*.⁴⁰ Fysieke stukken worden tegenwoordig nagenoeg uitsluitend bewaard in kluizen van professionele bewaarbedrijven en in toenemende mate in kluizen van een enkel centraal bewaarbedrijf, in Nederland Necigef. In plaats van eigen stukken houden aandeelhouders een effectenrekening aan bij een bank (aangesloten instelling in de zin van de Wge), waarin hun aandelen zijn geadministreerd. Deze administraties worden tegenwoordig volledig door computers beheerd, zodat we kunnen spreken van *computerised securities*.⁴¹ Aandelen worden geleverd door bijschrijving in de rekening bij de bank, artikel 17 Wge. Een volgende stap is het belichamen van alle effecten van eenzelfde soort in één enkel stuk, de zogenaamde *global*.⁴² Afzonderlijke stukken zijn niet meer beschikbaar. De global wordt bij het centrale bewaarinstituut in bewaring gegeven. Tot de recente wijziging van de Wge leek dit uitgeven van globals in strijd met het recht op uitlevering van afzonderlijke stukken van artikel 26 Wge.⁴³ Lid 1 van dit artikel bepaalt nu dat de uitgevende instelling de uitlevering van effecten onmogelijk kan maken. Werkelijke *dematerialisatie* van aandelen is tenslotte door de wijziging van de Wge mogelijk geworden doordat aandelen op naam waarvoor in het geheel geen fysieke stukken meer worden uitgegeven, in het girale systeem kunnen worden opgenomen en geleverd. Bestaande aandelen op naam kunnen in

⁴⁰ Vgl. R. Goode, *The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities*, in: *The Future of the Global Securities Markets*, 1996, p. 110-112; J. Benjamin, *The Law of Global Custody*, 1996, p. 13.

⁴¹ Benjamin, a.w., p. 12.

⁴² Zie Benjamin, a.w. p. 13 e.v.; F. Christie, H. Dosanjh, *The Practical Elements of Settlement and Custody*, in: *The Future for the Global Securities Market*, 1996, p. 133.

⁴³ Zo J.W. Winter, *Voetbalaandelen*, TVVS 1998/7, p. 191-192; anders M.A. Blom, *Dematerialisatie van effecten en ontwikkelingen rond de Wge*, in: *Onderneming en Effecten*, 1998, p. 191-195.

het girale systeem worden opgenomen. Toonderaandelen kunnen door Necigef op naam worden gesteld, artikel 36 lid 6 Wge. Uit de memorie van toelichting blijkt dat Necigef dit niet zonder medewerking van de uitgevende instelling kan doen.⁴⁴ Indien echter de uitgevende instelling uitlevering van effecten onmogelijk heeft gemaakt op de voet van artikel 26, dient zij bestaande toonderstukken te vervangen door een global of mee te werken aan omzetting in aandelen op naam, vgl. artikel 36 lid 7.

De manier waarop dematerialisatie van beursgenoteerde aandelen door de wijziging in de Wet giraal effectenverkeer gestalte is gegeven, roept veel vragen op. Ik beperk me tot vragen die spelen in de verhouding tussen de vennootschap en de houder van girale aandelen op naam.⁴⁵ Deze vragen zijn bij de totstandkoming van de wijziging van de Wge bijna volledig genegeerd. Het resultaat is dat de wet een nieuwe faciliteit biedt die voor beursvennootschappen aantrekkelijk zou kunnen zijn, maar die zij voorlopig waarschijnlijk nauwelijks zullen gebruiken gezien de daaraan verbonden onzekerheden. Een gemiste kans. Ik zie in ieder geval vijf groepen vragen.

(i) De wet geeft niet aan op welke wijze de vennootschap medewerking kan verlenen aan het op naam stellen van de effecten. Een enkel bestuursbesluit lijkt in ieder geval onvoldoende. De vorm van de aandelen is in het geding en een besluit van de aandeelhoudersvergadering lijkt op zijn minst vereist. De toelichting meldt voor dit op naam stellen een statutenwijziging benodigd kan zijn.⁴⁶ In de nota naar aanleiding van het verslag merkt de minister op dat hiervan sprake zal zijn indien de statuten van de vennootschap nog geen aandelen op naam kennen.⁴⁷ In de praktijk zal een statutenwijziging bijna steeds nodig zijn, ook indien de vennootschap al aandelen op naam kent. De beursvennootschap die haar toonderaandelen wil omzetten in aandelen op naam zal veelal willen uitsluiten dat aandeelhouders nog aandelen aan toonder kunnen houden en daarom in de statuten de toonderaandelen willen afschaffen. Bovendien zal de vennootschap in haar statuten een regeling willen opnemen voor de overgang van aandelen op naam uit het girale systeem naar aandelen op naam die direct in het aandelenregister zijn geregistreerd, zoals thans gebruikelijk is voor de overgang van aandelen uit het girale systeem die in een global zijn

⁴⁴ 27 164, nr. 3, p. 7.

⁴⁵ Er spelen ook allerlei goederenrechtelijke vragen rond de levering ter opname in het verzameldepot. Voor een deel wees de Raad van State daar reeds op. Ook op deze vragen is in de parlementaire geschiedenis weinig aandacht besteed.

⁴⁶ 27 164, nr. 3, p. 7.

⁴⁷ 27 164, nr. 5, p. 4.

belichaamd naar aandelen in het aandelenregister.⁴⁸ Een statutenwijziging is tenslotte doorgaans ook noodzakelijk in verband met dividendbetaling aan houders van giraal geadministreerde aandelen, zie (iii) hierna.

(ii) De wet maakt niet duidelijk wie nu eigenlijk geacht moet worden de houder van de girale aandelen op naam te zijn. Het nieuwe artikel 50a bepaalt dat in het geval aandelen op naam zijn geleverd aan een aangesloten instelling of aan het centraal instituut, in het aandelenregister van artikel 2: 85 BW de aangesloten instelling onderscheidenlijk het centraal instituut kan worden opgenomen, met vermelding van de datum waarop die aandelen zijn gaan behoren tot een verzameldepot onderscheidenlijk girodepot, de datum van de erkenning of betekening, alsmede van het op ieder aandeel gestorte bedrag. Deze bepaling is nogal onduidelijk en creëert daarmee onzekerheid voor de rechtspraak. Uit het tweede zinsdeel (en de toelichting) lijkt te volgen dat bedoeld is op levering van aandelen op naam aan de aangesloten instelling of het centraal instituut ter opname in het verzameldepot of girodepot als bedoeld in artikel 12 lid 1, en niet op levering aan de aangesloten instelling of het centrale instituut ter overdracht in hun eigen vermogen. Vreemd is dat hetzelfde niet is bepaald voor de omzetting van girale toondereffecten in effecten op naam als bedoeld in artikel 36. Ik neem aan dat artikel 50a ook dan kan worden toegepast.

De bedoeling van de bepaling is te voorkomen dat met de voortdurende wijzigingen van aandelenposities in het girale systeem ook het aandelenregister steeds zou moeten worden gewijzigd. Deze bedoeling komt in de bepaling zelf niet goed uit de verf. De bepaling zegt dat het centraal instituut of de aangesloten instelling in het register kan worden opgenomen. Dit hoeft dus kennelijk niet. De vennootschap beslist daarover als beheerder van het aandelenregister. De vennootschap kan beslissen dat niet het centraal instituut of een aangesloten instelling in het aandelenregister wordt opgenomen. Wie dan wel in het aandelenregister moeten komen te staan maakt de wet niet duidelijk, maar ik kan mij niet anders voorstellen dan dat de werkelijke rechthebbenden, de deelgenoten in de verzameldepots in dat geval rechtstreeks in het aandelenregister worden opgenomen. Wie anders? Dit is ook de situatie in Duitsland. Grote Duitse beursvennootschappen hebben recentelijk hun toonderaandelen omgezet in aandelen op naam. In

⁴⁸ Zie J.W. Winter, Voetbalaandelen, TVVS 1997/8, p. 191 e.v. Dit houdt mede verband met het onmogelijk maken van uitlevering door de vennootschap op de voet van artikel 26. Als uitlevering door verkrijging van een stuk niet meer mogelijk is, zal aandeelhouders tenminste de mogelijkheid moeten worden geboden om uit het girale systeem over te stappen naar een directe inschrijving in het aandelenregister. Het onmogelijk maken van uitlevering vereist dus ook een statutenwijziging.

het Duitse systeem worden de rekeninghouders bij banken opgenomen in het aandelenregister van de vennootschap. Een zeer bewerkelijk systeem is opgezet om via de clearingorganisatie van de Duitse beurs de wijzigingen in effectenposities van rekeninghouders bij banken dagelijks aan de vennootschappen door te geven.⁴⁹ De Nederlandse beursvennootschap die haar aandelenregister enigszins accuraat wenst te houden, zal bij deze variant eveneens de aangesloten instellingen moeten verzoeken voortdurend wijzigingen in de administratie van hun verzameldepots aan haar door te geven.

Zijn de aangesloten instellingen verplicht deze wijzigingen in hun administraties aan de vennootschap door te geven? De Wge laat dit helaas in het midden. De aangesloten instellingen kunnen zich, indien zij hun cliëntgegevens niet aan de vennootschap wensen door te geven, in ieder geval niet beroepen op bescherming van de privacy van de aandeelhouders. De aandeelhouders zijn aandeelhouders op naam en behoren derhalve uit de aard der zaak aan de vennootschap bekend te zijn. De aandeelhouders hebben daarmee ingestemd toen zij de omzetting van toonderaandelen in aandelen op naam goedkeurden (zie (i) hierboven). Ik zou menen dat de aangesloten instellingen aan een dergelijk verzoek van de vennootschap moeten voldoen, anders valt niet waar te maken dat de deelgenoten houders zijn van aandelen op naam. Het in de wet uitdrukkelijk opnemen van een verplichting in deze zin zou veel onduidelijkheid wegnemen. Aandeelhouders die daadwerkelijk onbekend wensen te blijven voor de vennootschap, kunnen hun aandelen laten houden door derden, die voor hen als deelgenoten bij aangesloten instellingen zijn geregistreerd. In de V.S. en Engeland zijn dergelijke *nominee*-houders een bekend verschijnsel, vaak overigens niet zozeer om de uiteindelijke belegger onbekend te laten blijven, maar om gebruik te maken van efficiënte structuren voor het houden van aandelen die professionele bewaarbedrijven, *custodians*, aanbieden.

Een alternatief zou kunnen zijn dat de vennootschap in haar statuten bepaalt dat het aandelenregister (ten dele) bestaat uit de administraties van verzameldepots van aangesloten instellingen. Een dergelijke bepaling lijkt mij op zich mogelijk. Artikel 2: 85 lid 1 BW bepaalt dat het bestuur van de vennootschap het aandelenregister moet houden. Dit kan ook omvatten dat het bestuur een gedeelte van het register door aangesloten instellingen laat

⁴⁹ U. Noack, Die Namensaktie – Dornröschen erwacht, BB 1999/25, p. 1306-1310. In Scandinavië worden vergelijkbare systemen toegepast, zie voor Zweden Rolf Skog, Sweden, in: Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, 1999, p. 293 en in dezelfde bundel voor Finland Heikki Toiviainen, p. 86-87.

houden. Dit is nu al de praktijk voor bij voorbeeld beursvennootschappen met een beursnotering in New York, waar ter plaatse een *transfer agent* een deel van het aandelenregister voor houders van in New York verhandelde aandelen houdt. Artikel 2: 85 lid 4 BW schrijft verder voor dat het aandelenregister ten kantore van de vennootschap ter inzage ligt van de aandeelhouders (en stemrechthebbende vruchtgebruikers en pandhouders). Dat valt met de moderne technologie wel te realiseren. Het aandelenregister kan op de website van de vennootschap worden geplaatst, met links naar de verschillende delen die door aangesloten instellingen worden beheerd, zodanig dat het geheel volledig ter inzage is voor aandeelhouders die zich met controle- en persoonlijke identificatienummers kunnen identificeren. De aangesloten instellingen staan ongetwijfeld niet te trappelen om hun administraties op deze wijze openbaar te maken. Men zou daarom kunnen overwegen voor de delen van het aandelenregister gehouden door aangesloten instellingen een uitzondering te maken op het inzagerecht, gelijk aan de bestaande uitzondering voor delen van het register die in het buitenland worden gehouden ter voldoening aan de aldaar geldende wetgeving, lid 4, tweede zin.⁵⁰ Ook is denkbaar dat het inzagerecht van aandeelhouders wordt beperkt tot ieders eigen inschrijving, zoals sinds kort het geval is in Duitsland.⁵¹

Het grootste probleem van dit alternatief is echter dat het zo uitbesteedde deel van het aandelenregister de verantwoordelijkheid van het bestuur blijft. Het bestuur moet daarin te allen tijde inzicht kunnen hebben en daarover controle kunnen uitoefenen. Dat lijkt bij de huidige stand van zaken moeilijk voorstelbaar. Aangesloten instellingen zouden moeten toelaten dat besturen van vennootschappen meebeslissen over de inrichting van hun systemen. Voor besturen van vennootschappen zou ik dit vooralsnog ook geen aantrekkelijke optie vinden. De administratieve systemen van banken verschillen enorm. De ervaringen met het Communicatiekanaal Aandeelhouders hebben laten zien dat die systemen bepaald niet allemaal even efficiënt en foutloos opereren. Het bestuur van de vennootschap kan daarvoor eigenlijk geen verantwoordelijkheid nemen.

Artikel 50a beoogt de voorgaande complicaties te voorkomen door het alternatief mogelijk te maken dat Necigef of de aangesloten instellingen in het aandelenregister worden opgenomen. Maar ook dat levert vragen op. In welke hoedanigheid worden zij in het aandelenregister opgenomen?

⁵⁰ Artikel 85 behoeft ook buitendien wijziging, waar het spreekt van vermelding van de datum van erkenning of betekening, zie lid 1. Bij verkrijging van girale aandelen op naam is geen sprake meer van erkenning door of betekening aan de vennootschap.

⁵¹ Par. 67 Abs. 6 AktG.

Aandeelhouder zijn zij niet, de aandelen op naam behoren niet tot hun vermogen maar tot dat van de deelgenoten in de verzameldepots (afgezien natuurlijk van de aandelen die Necigef en de aangesloten instellingen in hun zogenaamde nostro-bestand zelf houden). De inschrijving in het aandelenregister maakt Necigef of een aangesloten instelling ook geen aandeelhouder. In Anglo-Amerikaanse verhoudingen zou de inschrijving van Necigef of aangesloten instellingen *legal ownership* constitueren, terwijl de deelgenoten in de verzameldepots als *beneficial owners* zouden worden aangemerkt. Wij kennen een dergelijk onderscheid in eigendomsvormen niet. Zijn Necigef en aangesloten instellingen dan vertegenwoordigers van de deelgenoten bij de inschrijving in het aandelenregister? Geeft artikel 50a een wettelijk vertegenwoordigingsrecht in deze zin? Of staan ze ingeschreven als bewaarders, hoewel ze feitelijk niets voor de deelgenoten bewaren en de aandelen op naam ook niet bij hen in bewaring zijn gegeven maar aan hen worden geleverd ter opneming in het giro- of verzameldepot? Het blijft allemaal onduidelijk. Wat de hoedanigheid van Necigef of de aangesloten instellingen ook is, duidelijk is dat de werkelijke aandeelhouders op naam de deelgenoten in de verzameldepots zijn. Ook in deze variant heeft de vennootschap er mijns inziens aanspraak op dat Necigef en de aangesloten instellingen haar melden wie de werkelijke aandeelhouders zijn, om het karakter van naamaandelen waar te maken.

De onduidelijkheden die de Wge op dit punt laat bestaan zijn voor praktijk vervelend.⁵² Dit geldt zeker voor die vennootschappen die hun aandeelhouders op afstand willen laten stemmen via het Communicatiekanaal Aandeelhouders. Tot dusver kunnen zij via het Communicatiekanaal alleen communiceren met effectenrekeninghouders bij aangesloten instellingen die uitdrukkelijk hebben aangegeven deel te willen nemen. De overige effectenrekeninghouders blijven buiten het systeem. Het gevolg is dat de participatiegraad van aandeelhouders nog betrekkelijk gering is. Hun gegevens worden overigens ook niet aan de vennootschappen verstrekt maar aan Euronext Intermediary B.V., een dochter van Euronext Amsterdam N.V., ten dele vanwege vermeende privacybescherming, in de praktijk vooral ook omdat de aangesloten instellingen hun cliëntgegevens zien als hun eigen commerciële bedrijfsinformatie die zij niet met derden willen delen. De invoering van aandelen op naam die ter beurse worden

⁵² Van Pappelendam-Hemmen betoogt om deze en vergelijkbare redenen dat Nederland er beter aan zou doen de Franse weg in te slaan, die het onderscheid tussen effecten aan toonder en effecten op naam bij de in 1983 doorgevoerde dematerialisatie van effecten heeft laten bestaan. Effecten aan toonder worden gehouden in een register bij een aangesloten instelling en de houders daarvan zijn aan de vennootschap niet bekend, effecten op naam worden gehouden in een register dat door de vennootschap zelf wordt gehouden, a.w. p. 379-380.

verhandeld en giraal worden gehouden en geleverd, zou dit probleem kunnen opheffen en daardoor stemmen op afstand enorm kunnen stimuleren, juist doordat de aandeelhouders dan aan de vennootschap bekend zijn, of althans behoren te zijn. De vennootschap zou zo alle aandeelhouders (in Nederland) via het Communicatiekanaal kunnen informeren en op afstand laten stemmen. De onduidelijkheid die de wet op dit punt laat bestaan houdt de vennootschappen en de aangesloten instellingen in een oncomfortabele spreidstand, die de werking en ontwikkeling van het Communicatiekanaal ernstig belemmert.

(iii) Met het voorgaande houdt verband de vraag hoe de deelgenoten in verzameldepots als gerechtigden tot gedematerialiseerde aandelen op naam hun rechten jegens de vennootschap kunnen uitoefenen. Voor de uitoefening van het stemrecht bepaalt artikel 15 Wge dat de aangesloten instelling desgewenst zorg draagt dat de deelgenoten het aan de effecten verbonden stemrecht, ieder tot de hoeveelheid waarvoor hij in de aanwezige effecten deelgenoot is, kunnen uitoefenen. De wet geeft niet aan hoe zij dat moeten doen, in het bijzonder niet hoe de deelgenoten tegenover de vennootschap moeten bewijzen dat zij aandeelhouder zijn en tot hoeveel aandelen zij gerechtigd zijn. De wet geeft evenmin aan op welk bewijs van gerechtigdheid de vennootschap mag afgaan. De toelichting op de wijziging van de Wge meldt dat de aangesloten instellingen de deelgenoten daartoe moeten voorzien van een zodanig bewijs dat hun gerechtigdheid kan worden aangetoond jegens de uitgevende instelling.⁵³ Dat blijft rijkelijk vaag. Sommige beursvennootschappen hebben in de statuten inmiddels een bepaling opgenomen dat de vennootschap mag afgaan op een verklaring van een aangesloten instelling omtrent deelgenootschap. Bij volkomen gedematerialiseerde aandelen is dat ook het enige bewijs dat geleverd kan worden. De rechtszekerheid zou gediend zijn indien de wet zelf zou bepalen dat een verklaring van de aangesloten instelling omtrent het deelgenootschap van een rekeninghouder tegenover de vennootschap tot volledig bewijs zou strekken, zoals de Franse en Belgische regelgeving omtrent gedematerialiseerde effecten bepaalt.⁵⁴

Dividend wordt voor nagenoeg alle bestaande toonderstukken naar de juiste bestemming geleid door middel van het Centrum voor Fondsenadministratie. De thans uitstaande toonderstukken zijn bijna allemaal CF-stukken die

⁵³ 27 164, nr. 3, p. 6.

⁵⁴ Zie voor België artikel 11 van het Koninklijk Besluit van 10 november 1967 en artikel 74 par.1, lid 2 Vennootschapswet, voor Frankrijk, artikel 6 van het Règlement Général Sicovam SA (1996), waarover Van Pappelendam-Hemmen, a.w. p. 380 en Mémento Pratique Francis Lefebvre, Droit des Affaires, Sociétés Commerciales (1998), nr. 1841.

worden gehouden door bij het Centrum aangesloten instellingen. Klassieke K-stukken die door aandeelhouders zelf worden gehouden, zijn door de meeste beursvennootschappen afgeschaft. De vennootschap maakt voor de houders van CF-stukken één betaling aan het Centrum, die deze doorleidt naar de aangesloten instellingen, die op hun beurt het aan iedere deelgenoot toekomende bedrag op hun rekening bijschrijven. Het Centrum gaat voor de bepaling van de bedragen die aan iedere aangesloten instelling moeten worden voldaan, af op de administratie van Necigef. De aangesloten instellingen betalen aan de deelgenoten uit op basis van hun administraties van de verzameldepots. Bij de vaststelling van de stemgerechtigdheid van aandeelhouders voor toepassing van het Communicatiekanaal Aandeelhouders stuiten de deelnemende vennootschappen op allerlei problemen, onder meer verband houdende met de verschillende wijzen waarop de aangesloten instellingen effectentransacties verwerken, praktijken als het uitlenen van effecten en dergelijke.⁵⁵ Dit zou dezelfde complicaties moeten opleveren bij het uitbetalen van dividend, maar daarover heb ik nog nooit horen spreken of zien schrijven. Hoe dat ook zij, bij afschaffing van toonderstukken en overgang naar aandelen op naam, zal betaling niet meer via het Centrum lopen. Bij inschrijving in het aandelenregister van Necigef of de aangesloten instellingen zal de vennootschap aan hen willen betalen. De vennootschap zal in haar statuten willen bepalen dat zij gekwet is van het doen van uitkeringen aan houders aandeel op naam die in het girale systeem zijn opgenomen, door het bedrag van de uitkering ter beschikking te stellen aan Necigef of de aangesloten instellingen.

(iv) Doordat elk verband met fysieke stukken die rechten belichamen is verdwenen en aandelen nog slechts zijn weergegeven in administraties van aangesloten instellingen, lopen goederenrechtelijke en vennootschapsrechtelijke aspecten van aandeelhouderschap uiteen. De goederenrechtelijke aanspraak van een deelgenoot is er één van eigen aard jegens de aangesloten instelling die het verzameldepot beheert.⁵⁶ Deze aanspraken worden door goederenrechtelijke regels beheerst, die los staan van de aan die aanspraken te ontleen vennootschapsrechtelijke bevoegdheden en die met die bevoegdheden ook eigenlijk helemaal geen rekening houden. Dit doet zich vooral voelen indien aandelen worden gehouden in ketens van aangesloten instellingen en andere intermediairs, in het bijzonder wanneer die ketens grenzen overschrijden. De goederenrechtelijke aanspraken stapelen zich

⁵⁵ Zie J.W. Winter, M.J. van Ginneken, Stemmen op afstand van dichtbij bekeken, in: Ongebonden recht bedrijven, NGB-bundel 2000, p. 329-331 en over securities lending J.W. Winter, Grensoverschrijdend stemmen, oratie Rotterdam 2000, p. 40-41.

⁵⁶ E.B. Rank-Berenschot, Het Wge-aandeel: een recht op naam van eigen aard, in: Onderneming en Effecten, 1998, p. 151-152.

dan op en conflicteren dikwijls met elkaar, mede door de internationaal-privaatrechtelijke regels die daarop van toepassing zijn. Welke consequenties dit heeft voor de uitoefening van vennootschapsrechtelijke bevoegdheden is volkomen onduidelijk. Een oplossing voor deze fundamentele problemen kan niet nationaal worden gevonden, maar moet, voor Europa althans, door Europese regelgeving worden gecreëerd.⁵⁷ Het lijkt onafwendbaar dat de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden tot op zekere hoogte worden losgekoppeld van de goederenrechtelijke aanspraken in girale systemen om te bewerkstelligen dat degene die uiteindelijk het economisch belang bij de aandelen heeft, ook gerechtigd is om de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden uit te oefenen. Een dergelijke benadering lijkt ook aangewezen om problemen bij securities lending op te lossen. Het voert in het kader van dit preadvies te ver om nader in te gaan op de wijzigingen in het girale effectenverkeersrecht, internationaal privaatrecht en vennootschapsrecht die in Europees verband nodig zijn om een dergelijke oplossing werkelijkheid te laten worden.

v) In Boek 2 BW wordt op een aantal plaatsen een poging gedaan om besloten vennootschapsverhoudingen te onderscheiden van open vennootschapsverhoudingen en daarop vervolgens verschillende regelingen toe te passen. Daarbij wordt steeds verwezen naar het uitstaan van aandelen op naam of aandelen aan toonder als onderscheidend criterium. Zo bepaalt artikel 335 dat de geschillenregeling van toepassing is op besloten vennootschappen en op naamloze vennootschappen waarvan de statuten uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten en niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven. Spiegelbeeldig bepaalt het wetsontwerp beschermingsconstructies in artikel 359a dat de nieuwe afdeling van toepassing is op de naamloze vennootschap met uitzondering van de naamloze vennootschap waarvan de statuten uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten en niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven. Hetzelfde criterium zal waarschijnlijk worden gebruikt in het aangekondigde wetsvoorstel inzake openbaarmaking van de (individuele) bezoldiging van bestuurders en commissarissen. Artikel 128 bepaalt voor naamloze vennootschappen dat besluitvorming door aandeelhouders buiten vergadering niet mogelijk is indien aandelen aan toonder, of, met medewerking van de vennootschap, certificaten van aandelen zijn uitgegeven.⁵⁸ De verwijzingen naar aandelen

⁵⁷ Zie hierover uitgebreid mijn oratie, Grensoverschrijdend stemmen, a.w.

⁵⁸ Gek genoeg staat hier niet: certificaten aan toonder van aandelen. Als certificaten op naam zijn uitgegeven van aandelen op naam, zou er tegen besluitvorming buiten

en certificaten aan toonder en op naam hebben hun onderscheidende betekenis verloren nu beursvennootschappen door de wijziging in de Wet giraal effectenverkeer nog uitsluitend aandelen op naam of certificaten op naam van aandelen kunnen hebben uitstaan. Deze bepalingen moeten worden aangepast. Daarbij moet opnieuw de vraag gesteld worden welke vennootschappen men nu eigenlijk onder betreffende regeling wil vatten of daarvan wil uitsluiten. De benadering in de huidige bepalingen is dat er kennelijk ook andere open vennootschappen zijn dan beursgenoteerde vennootschappen, waarop het wetsvoorstel beschermingsconstructies en het wetsvoorstel openbaarmaking bezoldiging van toepassing moeten zijn, en de geschillenregeling juist niet. De vraag is of dit werkelijk een relevante categorie vennootschappen is⁵⁹ en of niet beter volstaan zou kunnen worden met het heldere onderscheid tussen vennootschappen waarvan aandelen op een effectenbeurs zijn genoteerd en niet-beursgenoteerde vennootschappen. Indien de wetgever eraan blijft vasthouden dat ook andere open vennootschappen onder bepaalde regelingen moeten vallen en van andere moeten worden uitgezonderd, dan zal hij duidelijker moeten omschrijven wat hij nu eigenlijk onder open of besloten vennootschappen verstaat. Relevant is voor dat onderscheid in wezen alleen of de aandelen van een vennootschap vrij verhandelbaar zijn, of anders gezegd, of de overdraagbaarheid van de aandelen (of certificaten daarvan) in de statuten of bij de uitgifte van de aandelen (of certificaten) is beperkt. Dit criterium wordt gehanteerd in het nieuwe artikel 8a Wet giraal effectenverkeer: effecten waarvan de overdraagbaarheid in de statuten of bij de uitgifte is beperkt, kunnen niet in het girale systeem worden opgenomen. BV's zijn in deze zin steeds besloten omdat een statutaire blokkeringsregeling verplicht is, NV's kunnen open of besloten zijn. Ik zou willen voorstellen dat criterium ook te hanteren in de genoemde bepalingen van Boek 2 BW ter onderscheiding van open en besloten vennootschapsverhoudingen. De beperking van de overdraagbaarheid van aandelen of certificaten daarvan geeft genoegzaam aan dat het gaat om besloten vennootschapsverhoudingen.

vergadering geen bezwaar moeten zijn. De letterlijke tekst van artikel 128 verzet zich daar tegen.

⁵⁹ Vgl. het aan het slot van de vorige paragraaf genoemde empirisch onderzoek door de Erasmus-universiteit te Rotterdam.

III. Tijd en plaats

8. Termijnen in Boek 2 BW

De moderne technologie maakt dat alles sneller gaat. We merken dat van dag tot dag, in allerlei aspecten van ons leven.⁶⁰ Dit verandert ook ons besef van tijd, zoals we dagelijks merken aan onze irritaties over het wachten op een lift, het opstarten van de pc en tien minuten vertraging op het vliegveld. Alles kan sneller, dus alles moet ook sneller. Omdat informatie sneller beschikbaar is, sneller kan worden verwerkt en geanalyseerd en sneller kan worden verspreid, groeit ook de druk om snel beslissingen te nemen, standpunten te formuleren, bezwaar te maken etc. Antwoord per kerende post betekende vroeger tenminste een, maar in de praktijk vaak meer dagen bedenktijd. Per kerende e-mail is de interval vaak nog geen vijftien minuten. De vraag is of ook het vennootschapsrecht zich aan deze versnelling moet aanpassen, in het bijzonder of de termijnen die Boek 2 BW hanteert moeten worden verkort.

Boek 2 BW kent allerlei termijnen. Een vordering tot vernietiging van een besluit moet binnen een jaar na het nemen van het besluit worden ingesteld, artikel 15 lid 5. Na acht weken na de dagtekening van de aangetekende brief van de Kamer van Koophandel aan een inactieve vennootschap dat zij voornemens is haar te ontbinden, ontbindt de Kamer van Koophandel de vennootschap, tenzij voordien is gebleken dat de omstandigheden die tot de ontbinding aanleiding gaven zich niet of niet meer voordoen, artikel 19a lid 4. Een besluit tot uitgifte van aandelen moet binnen acht dagen ten kantore van het handelsregister worden gedeponneerd, artikel 96 lid 3 en van de uitgifte zelf moet eveneens binnen acht dagen opgave worden gedaan, lid 4. Verzet tegen een besluit tot kapitaalvermindering moet binnen twee maanden na aankondiging van dat besluit worden gedaan, artikel 100/209 lid 3. De jaarrekening moet binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar worden opgemaakt, welke termijn de aandeelhoudersvergadering zes twee maanden kan verlengen, artikel 101 (211) lid 1. Tenzij de statuten een kortere termijn stellen, wordt de jaarvergadering binnen zes maanden na afloop van het boekjaar van de vennootschap gehouden, artikel 108 (218). Binnen drie maanden nadat voor het bestuur aannemelijk is dat het eigen vermogen van de naamloze vennootschap is gedaald tot een bedrag gelijk aan of lager dan de helft van het geplaatste kapitaal wordt een aandeelhoudersvergadering gehouden ter bespreking van de te nemen maatregelen, artikel 108a. De oproeping voor de aandeelhoudersvergadering geschiedt

⁶⁰ Zie voor een vermakelijk en ontluisterend beeld van de versnelling van ons leven die wij doormaken James Gleick, *Faster*, 1999.

niet later dan op de vijftiende dag voor die der vergadering, artikel 115/225. Een registratiedatum voor een aandeelhoudersvergadering mag niet vroeger dan op de zevende dag voor de dag van de vergadering worden gesteld, artikel 119 lid 2. Een besluit van de aandeelhoudersvergadering tot het maken van bezwaar tegen de benoeming van een commissaris in een structuurvennootschap moet worden genomen in de eerstvolgende vergadering na het verstrijken van een termijn van veertien dagen na de kennisgeving door de raad van commissarissen welke kandidaat hij wil benoemen; de ondernemingsraad moet het besluit tot het kenbaar maken van bezwaar nemen binnen twee maanden na de kennisgeving, artikel 158 (268) lid 7. Tot een maand nadat alle te fuseren of bij een splitsing betrokken rechtspersonen de deponering van het fusie- of splitsingsvoorstel hebben aangekondigd kan iedere schuldeiser daartegen in verzet komen, artikel 316 lid 2 en 334 lid 1. De jaarrekening moet binnen acht dagen na vaststelling of goedkeuring en uiterlijk twee maanden nadat zij moet zijn opgemaakt, worden gedeponereerd bij het handelsregister, artikel 394 lid 2. Verzet tegen beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid na intrekking van een 403-verklaring moet binnen twee maanden na aankondiging van het voornemen van die beëindiging worden gedaan, artikel 404 lid 5.

'Time is money', zei Benjamin Franklin ooit. Maar dit is nog geen rechtvaardiging om de genoemde termijnen in het algemeen te verkorten omdat moderne technologie nu eenmaal een versnelling van besluitvorming en handelen mogelijk maakt. Met uitzondering van één zijn alle genoemde termijnen maximumtermijnen. Maximumtermijnen vormen geen enkele belemmering om snel te handelen indien dat met behulp van moderne technologie mogelijk is. Het verkorten van de genoemde termijnen zou een grotere druk op betrokkenen leggen om snel te besluiten en te reageren. Dergelijke druk kan leiden tot overhaaste conclusies en onvoldoende doordachte besluitvorming. Het is niet voor niets dat de nieuwe afdeling 'overeenkomsten op afstand' in Boek 7 BW ter uitvoering van de Europese richtlijn inzake transacties op afstand⁶¹, de bepaling bevat dat de consumentkoper de bevoegdheid geeft de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden binnen zeven werkdagen na de ontvangst van de gekochte zaak.⁶²

De uitzondering is het voorschrift dat de oproeping voor de aandeelhoudersvergadering tenminste vijftien dagen voor de dag van de vergadering

⁶¹ 97/7/EG, PbEG L 144/19.

⁶² Artikel 7.1.9A.4 lid 1, wetsontwerp 26681; vgl. J.M. Smits, Europees privaatrecht en rechtsvergelijking, WPNR 00/6399, p. 281-288 en A.F. Salomons, Inpassen of aanpassen? Vermogensrecht voor het digitale tijdperk, WPNR00/6427, p. 901.

moet plaatsvinden. Dit is een minimumtermijn.⁶³ Ik voel er evenmin voor deze termijn te bekorten. Zij is er op gericht om aandeelhouders voldoende tijd te gunnen zich voor te bereiden op de vergadering. Zeker als er contentieuze aangelegenheden besproken moeten worden, is het gunnen van een dergelijke minimumtermijn zinnig. Indien de aandeelhouders het eens zijn, kunnen zij ondanks het niet-inachtnemen van de oproepingstermijn rechtsgeldig beslissen, zie de tweede zin van het artikel.

9. De vennootschappelijke zetel

Recht is van oudsher verbonden met de grond. Recht geldt in een jurisdictie die in plaats bepaald is en waar een staat nationale soevereiniteit kan uitoefenen. Waar geografische locatie niet helder jurisdictie verschaft ontstonden altijd al problemen. Welk recht geldt bij voorbeeld op open zee buiten territoriale wateren, of in de ruimte? In de wereld van de moderne communicatietechnologie is geografische locatie helemaal niet meer relevant. Iedereen kan met iedereen in de hele wereld communiceren, zonder noemenswaardige vertraging en met steeds geavanceerdere middelen. Partijen kunnen vanaf elke locatie onderhandelen, koop- en verkoop-instructies geven, beleggingsbeslissingen nemen, informatie verschaffen en inwinnen etc., hetgeen op andere plaatsen in de wereld tot rechtsgevolgen aanleiding kan geven. Dit roept allerlei internationaal privaatrechtelijke vragen op naar het toepasselijk recht en de bevoegde rechter.⁶⁴

In het vennootschapsrecht speelt plaats ook een rol. Het vennootschapsrecht heeft de vennootschap van oudsher aan een plaats gebonden door voor te schrijven dat de vennootschap een zetel heeft en dat deze in Nederland gelegen moet zijn, artikel 2: 66 (176) leden 1 en 3. Dit heeft zowel in het nationale recht als in het internationale recht een functie. In het nationale recht bepaalt de zetel de woonplaats van de vennootschap, artikel 1: 10 lid 2 BW. De woonplaats bepaalt de relatieve competentie van de rechter in de gevallen waarin de vennootschap in rechte wordt betrokken, zowel in dagvaardingsprocedures als in verzoekschriftprocedures, respectievelijk artikel 126 en 995 Rv. De zetel bepaalt ook bij welke Kamer van Koophandel de vennootschap moet worden ingeschreven in het handelsregister en verdere opgaven en nederleggingen moeten geschieden,

⁶³ De bepaling van artikel 158/268 lid 7, zie hierboven, is een uitwerking van de minimale termijn van vijftien dagen voor de oproeping van een aandeelhoudersvergadering.

⁶⁴ Zie over deze vragen in het algemeen M.V. Polak, Internationaal privaatrecht: vangnet voor het Internet, preadvies NJV 1998, p. 59 e.v. en E.M.L. Moerel, E-commerce vanuit Europees perspectief, Ondernemingsrecht 2000/8, p. 202-209.

artikel 2: 77 (188) BW j° artikel 6 en 7 Handelsregisterwet 1996.⁶⁵ De zetel behoeft niet gelijk te zijn aan de plaats waar de (bestuurs)werkzaamheden van de vennootschap worden verricht.⁶⁶ Het Nederlands recht bevat op dit punt geen belemmeringen voor meer virtuele vennootschapsverhoudingen waarin overwegend of uitsluitend met behulp van moderne technologie ondernemingsactiviteiten worden verricht en geen duidelijke plaats van de ondernemings- en bestuursactiviteiten vast te stellen is. De zetel is zo een betrekkelijk willekeurige plaatsbepaling ter vaststelling van de relatieve bevoegdheid van de rechter. Zolang de rechterlijke macht in afzonderlijke geografische gebieden is verdeeld met in die gebieden exclusief bevoegde rechterlijke instanties, blijft een dergelijke plaatsbepaling door middel van de zetel van de vennootschap relevant. Onder invloed van moderne technologie zou ook die geografisch bepaalde organisatie van de rechterlijke macht kunnen wijzigen, maar het voert te ver hier nader op in te gaan.

Internationaal bepaalt de zetel van de vennootschap welk recht haar structuur en inrichting beheerst. Daaronder moeten in ieder geval worden gerekend de in artikel 3 Wet conflictenrecht corporaties genoemde onderwerpen, kort gezegd: rechtspersoonlijkheid, inwendig bestel van de vennootschap, vertegenwoordigingsbevoegdheid van organen en functionarissen, aansprakelijkheid van bestuurders en anderen jegens de vennootschap, aansprakelijkheid van anderen naast de vennootschap, beëindiging van het bestaan van de vennootschap. Internationaal bestaan twee visies op wat voor de vraag van het toepasselijke recht moet worden beschouwd als de relevante zetel. Nederland huldigt met landen als Engeland en de Verenigde Staten het incorporatiestelsel. Nederland erkent rechtspersonen die geldig bestaan in het land van oprichting, als rechtspersonen in Nederland en acht hen voor hun structuur en inrichting onderworpen aan het buitenlands recht. Andere landen, zoals Duitsland, België en Frankrijk, hanteren het werkelijke-zetelstelsel. Zij schrijven in hun land opgerichte vennootschappen voor dat zij hun werkelijke zetel in dat land moeten hebben. Met de werkelijke zetel doelen zij op de plaats van waaruit de vennootschap werkelijk wordt bestuurd. Een in het buitenland opgerichte vennootschap achten deze landen aan hun eigen vennootschapsrecht onderworpen indien haar werkelijke zetel in hun land ligt. Na het Centros-arrest van het Europese Hof van Justitie⁶⁷ is de vraag of de werkelijke-zetelleer wel in overeenstemming is met het Europees recht, in het bijzon-

⁶⁵ De woonplaats van de rechtspersoon heeft natuurlijk nog meer, maar verder verwijderde consequenties, bij voorbeeld voor wat betreft lokale belastingen, vergunningen en dergelijke.

⁶⁶ Asser-Maeijer 2-II, p. 53.

⁶⁷ Arrest van 9 maart 1999, C-212/97.

der de door het verdrag gegarandeerde vrijheid van vestiging.⁶⁸ Wat daar van zij, ik zou hier willen opmerken dat de werkelijke-zetelleer bij toenemend gebruik van moderne technologie een steeds minder reële aanknoping biedt. Bestuurders, ondersteunende staven en hele ondernemingsorganisaties kunnen over de wereld zijn verspreid zonder dat dit aan de efficiency en effectiviteit van besluitvorming en handelen afbreuk hoeft te doen. De landen die de werkelijke-zetelleer volgen hebben dan de keuze. Zij kunnen vasthouden aan een daadwerkelijke aanwezigheid van een hoofdbestuur en staf, het voorschrijven van een minimumaantal vergaderingen en dergelijke ter plaatse van de zetel van de vennootschap. Aldus zouden zij de mobiliteit van het bedrijfsleven ernstig belemmeren en dit lijkt op termijn niet vol te houden. Het alternatief is accepteren dat de werkelijke zetel steeds minder realiteitsgehalte krijgt, een betrekkelijk willekeurig aangewezen plaats, waar het hoofdbestuur niet noodzakelijkerwijs verkeert en vergadert. Een dergelijke werkelijke zetel onderscheidt zich niet van wat wij ons in Nederland bij de zetel van de vennootschap voorstellen. Noack drukt het mooi uit: "Die mobilitätsverhindernde international-privatrechtliche Sitzungstheorie wird mangels Anknüpfungsgegenstandes ins Leere gehen."⁶⁹ Als de controverse tussen incorporatiestelsel en werkelijke-zetelstelsel niet Europeesrechtelijk in het voordeel van de eerste wordt beslist, zal de moderne technologie dat uiteindelijk waarschijnlijk doen.⁷⁰

⁶⁸ Hans de Wulff, *Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom*, *Ondernemingsrecht* 1999/12, p. 318-324; L. Timmerman, *Conferentie in London over Centros*, *Ondernemingsrecht* 2000/8, p. 218-220; W. Ebke, *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*, *JZ* 1999, p. 656; H.G. Koppensteiner, *Die Sitzverlegungsrichtlinie nach Centros*, in: *Festschrift für Markus Lutter*, 2000, p. 141-156; P. Kindler, *Internationales Gesellschaftsrecht am Scheideweg*, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2000/9, p. 649-653.

⁶⁹ U. Noack, *Moderne Kommunikationsformen vor den Toren des Unternehmensrechts*, *ZGR* 3/98, p. 616.

⁷⁰ In dit licht is het nogal onthutsend dat het statuut van de Europese Vennootschap, waarover de Raad van Ministers eind vorig jaar in Nice overeenstemming hebben bereikt, in artikel 7 voorschrijft dat de Europese Vennootschap haar hoofdbestuur moet hebben in dezelfde lidstaat als haar zetel, en zelfs dat lidstaten mogen voorschrijven dat Europese Vennootschappen hun statutaire zetel en hun hoofdbestuur op dezelfde plaats moeten hebben. Dit voorschrift ontkent de realiteit van moderne communicatiemethoden en de veranderingen in de organisatie van ondernemingen dit dat tot gevolg heeft. Het is, zoals zovele andere elementen van de regeling van de Europese Vennootschap, in het bijzonder de richtlijn over medezeggenschap bij de Europese Vennootschap, een politiek compromis dat slechts met het verleden rekening houdt en de toekomst veronachtzaamt.

IV. Functie

10. Jaarrekening en kapitaalbescherming

De moderne technologie voor het opslaan en verwerken van gegevens en de moderne communicatietechnologie maken het mogelijk om informatie steeds sneller te verwerken, analyseren en verspreiden. Dit heeft onder andere invloed op de financiële informatie die vennootschappen (moeten) publiceren. Ondernemingen verzamelen en verwerken financiële informatie meer en meer in continu werkzame, omvattende elektronische administratieve systemen. Met de ontwikkeling van de technologie komt de financiële informatie van alle bedrijfsonderdelen steeds sneller beschikbaar. Sommige grote multinationals zijn in staat om een week na afsluiting van een boekjaar de jaarresultaten te presenteren. Met de voortschrijding van de technologische ontwikkeling is het niet ondenkbaar dat ondernemingen op enig moment in staat zullen zijn met zeer korte intervallen of wellicht zelfs op continu geactualiseerde basis financiële informatie over zichzelf te produceren.

Dat is een wereld van verschil met de huidige voorschriften voor het verschaffen van financiële informatie. Vennootschappen moeten eens per jaar een jaarrekening opstellen en publiceren.⁷¹ De jaarrekening moet binnen vijf maanden worden opgemaakt, artikel 2: 101 lid 1, en dient uiterlijk twee maanden na de uiterste termijn voor het opmaken te worden gepubliceerd, artikel 2:394 lid 2, of binnen acht dagen na de vaststelling of goedkeuring, indien dat eerder is, artikel 2: 394 lid 1. De aandeelhoudersvergadering kan de termijn voor het opmaken echter met zes maanden verlengen, zodat de uiterste termijn voor het publiceren dertien maanden na afsluiten van het boekjaar is.

De jaarrekening heeft in ons systeem een tweeledige functie. Allereerst is het een document waarmee het bestuur en de raad van commissarissen verantwoording afleggen jegens de aandeelhouders. Vanuit die functie bezien is het niet bezwaarlijk dat aandeelhouders uitstel verlenen voor het opmaken van de jaarrekening zodat de informatie die uiteindelijk beschikbaar komt verouderd is. Verantwoording kan ook nuttig zijn indien de relevante informatie ouder is. De tweede functie is crediteuren te beschermen door

⁷¹ Ik laat hier buiten beschouwing dat beursvennootschappen verplicht zijn halfjaarcijfers te publiceren, zie artikel 29 Fondsenreglement en artikel 2: 103, en in de praktijk dikwijls kwartaalcijfers publiceren. Het gaat mij in dit hoofdstuk om de het verband tussen door het vennootschapsrecht voorgeschreven publicatie van cijfers en het kapitaalbeschermingsrecht.

hun financiële informatie te verschaffen die hun in staat stelt te beoordelen of de vennootschap aan haar schulden zal kunnen voldoen. Dat de jaarrekening daarin misschien niet altijd slaagt drukt de wet zelf al uit in artikel 2: 362 lid 1, door te bepalen dat de jaarrekening een zodanig inzicht moet geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede, *voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat*, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. Duidelijk is in ieder geval dat indien de jaarrekening dertien maanden na afsluiten van het boekjaar beschikbaar is, deze informatie zo verouderd is dat zij crediteuren geen relevant inzicht meer verschaft. Maar ook zonder uitstel biedt de jaarrekening slechts een momentopname van de financiële situatie die bij de vaststelling al enkele maanden oud is en die tot de vaststelling van de volgende jaarrekening een jaar later, het enige openbare financiële document is waarop crediteuren zich kunnen baseren. Dat geeft hen betrekkelijk weinig informatie en bescherming.

Ook het kapitaalbeschermingsrecht beoogt crediteuren te beschermen en staat daarbij in nauw verband met het jaarrekeningrecht. Het kapitaalbeschermingsrecht is gebaseerd op financiële informatie in de jaarrekening. De jaarrekening bepaalt het aanwezige vrije vermogen ten laste waarvan de vennootschap uitkeringen kan doen en aandelen kan inkopen, artikel 2: 105 (216) lid 3 en 98 (207) lid 3. Maar er is ook een ander verband tussen beide. Kapitaalbescherming vervult een zekere functie ter bescherming van crediteuren doordat zij juist bij gebreke van actuele financiële informatie er op mogen rekenen dat tenminste het kapitaal (en de wettelijke en statutaire reserves) van de vennootschap bijeen is gebracht en niet door transacties met aandeelhouders aan de vennootschap wordt onttrokken. Indien crediteuren over meer actuele financiële informatie over de vennootschap zouden beschikken, zou de behoefte aan kapitaalbescherming afnemen.⁷² Actuele en relevante informatie die inzicht verschaft in het vermogen van de vennootschap om haar schulden te voldoen, biedt nog altijd de beste bescherming aan crediteuren die overwegen zaken met een vennootschap te doen of dit reeds gedaan hebben en zich afvragen of zij hun nog onvoldaan gebleven vorderingen moeten innen of daarvoor zekerheid moeten vragen.⁷³ Kapitaalbescherming is enkel surrogaat-bescherming bij gebrek aan informatie.

⁷² In deze zin ook Wymeersch, a.w., p. 221.

⁷³ Zo reeds Geuljans, in zijn proefschrift van 1888 over artikel 47 Wetboek van Koophandel, dat een zeer rigide regel van kapitaalbescherming introduceerde: bij verlies van 75% van het kapitaal was de vennootschap van rechtswege ontbonden. Zie over het proefschrift J.W. Winter, Het fiasco van artikel 47 Wetboek van Koophandel, Ondernemingsrecht 2001/1-2, p. 2-4

Duidelijk is inmiddels dat het kapitaalbeschermingsrecht ook maar een zeer ruwe en ongenueanceerde bescherming biedt. Voor een belangrijk deel is dit te wijten aan het feit dat de normen zijn gekoppeld aan de jaarrekening die een verouderd beeld van de financiële situatie geeft. Zo kan een vennootschap tot achttien maanden na het afsluiten van een boekjaar aandelen inkopen op basis van vermogensruimte die getoond wordt in de jaarrekening over dat boekjaar, mits die jaarrekening binnen zes maanden na afloop van het boekjaar is vastgesteld, artikel 2: 98 (207) lid 3 BW. Er kan een hoop gebeuren in achttien maanden. Los daarvan biedt het kapitaalbeschermingsrecht maar beperkte bescherming omdat het slechts belemmeringen opwerpt voor transacties tussen de vennootschap en aandeelhouders, en niet verliezen tegengaat, en bovendien nog maar voor een beperkt aantal transacties: inkoop, uitkeringen en kapitaalvermindering. Overige transacties tussen aandeelhouders en vennootschap die het kapitaal kunnen uithollen, worden door het kapitaalbeschermingsrecht niet geraakt. Tenslotte schrijft de wet slechts een zeer beperkt minimumkapitaal voor, dat in geen verhouding hoeft te staan tot de bedrijfsactiviteiten van de vennootschap en het daarvoor benodigde eigen vermogen.

Indien wij in de toekomst prijs blijven stellen op het kapitaalbeschermingsrecht (dat bepleit ik niet, zie hierna, maar laat ik voor het moment aannemen dat het kapitaalbeschermingsrecht voorlopig blijft), dan zou de beschermende werking daarvan in ieder geval versterkt kunnen worden door bij de vaststelling van de uitkeringsruimte niet meer af te gaan op de ruimte die bleek in een inmiddels verouderde jaarrekening. Sommigen menen dat het geldend recht is dat een uitkering of inkoop slechts kan plaatsvinden indien op het moment van uitkering of inkoop zelf voldoende vermogensruimte bestaat.⁷⁴ Deze visie botst met de uitdrukkelijke bepaling van artikel 98 (207) lid 3 en artikel 105 (216) lid 3. Het ontbreken van een duidelijk voorschrift op basis waarvan de financiële situatie moet worden vastgesteld, past ook niet in het kapitaalbeschermingsrecht. Het laat teveel onzekerheid in de toepassing om de harde consequentie van ongeldigheid van de transactie te kunnen rechtvaardigen. Maar indien de beschikbaarheid van financiële informatie inderdaad zoveel groter en sneller wordt door toepassing van moderne technologie, zou de wetgever heel goed kunnen voorschrijven dat voor ieder type uitkering, inkoop of kapitaalvermindering een tussentijdse vermogensopstelling wordt gemaakt, die de

⁷⁴ J.N. Schutte-Veenstra, Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, diss. 1991, p. 88-89; H. Beckman, De vrije ruimte van het eigen vermogen, De NV 1986, 139 en J.H. Masschaupt, P.M. Storm, preadvies Vereniging Handelsrecht 1978, p. 145.

financiële positie van niet meer dan bij voorbeeld een maand geleden weergeeft. Artikel 2: 105 lid 4 schrijft voor naamloze vennootschappen thans voor dat zij slechts tussentijds uitkeringen mogen doen indien zij een tussentijdse vermogensopstelling maken, die niet ouder mag zijn dan drie maanden, waaruit blijkt dat er voldoende vermogensruimte voor de uitkering is. Het toepassingsgebied van deze bepaling lijkt echter beperkt tot uitkeringen van interim-dividend, dat wil zeggen van dividend ten laste van vermogensruimte in het lopende boekjaar die nog niet is vastgesteld.⁷⁵ Het toepassingsgebied zou veel algemener kunnen worden gemaakt om te bewerkstelligen dat uitkeringen, inkopen van aandelen en kapitaalverminderingen steeds plaatsvinden op basis van recente financiële gegevens waaruit blijkt dat daarvoor voldoende ruimte bestaat.

De toenemende beschikbaarheid van actuele financiële informatie zou wat mij betreft echter een verderstrekkend gevolg moeten hebben. Ik schreef al dat kapitaalbeschermingsrecht een zekere functie ter bescherming van crediteuren vervult die niet voortdurend een accuraat inzicht in de financiële positie van de vennootschap kunnen hebben. De moderne technologie kan er juist toe leiden dat crediteuren een veel regelmatigere en actuelere inzicht krijgen en doet daarom de behoefte aan kapitaalbescherming juist afnemen. Als het vennoetschappen inderdaad mogelijk wordt met betrekkelijke korte intervallen, bij voorbeeld maandelijks, een verkorte balans en resultatenrekening te publiceren, hebben crediteuren voortdurend een actueel inzicht in de financiële positie van hun (aanstaande) wederpartij. De wet zou tevens kunnen voorschrijven dat het bestuur aan deze informatie een verklaring toevoegt dat de vennootschap verhaal biedt voor al haar schulden en in staat is aan al haar opeisbare verplichtingen te voldoen. Een dergelijke solvabiliteits- en liquiditeitsverklaring zou crediteuren werkelijk relevante informatie verschaffen en het ontbreken daarvan nog meer. De MDW-werkgroep die de tweede fase van wijzigingen van de Faillissementswet voorbereidt, heeft in een discussienota geopperd dat een vergelijkbare, 'going concern'-verklaring aan de jaarrekening wordt toegevoegd.⁷⁶ Een dergelijke verklaring zou veel aan betekenis winnen indien zij regelmatig zou worden afgelegd. Deze gegevens, op basis waarvan crediteuren zich regelmatig een beeld van de solvabiliteit en liquiditeit van de vennootschap kunnen vormen, zijn voor hen veel relevanter dan het al

⁷⁵ In deze zin J.W. Winter, Moet artikel 2: 105 (216) worden verduidelijkt? In: Knelpunten in de vennootschapswetgeving, dl.24 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1995, p. 113-114. Voor andere meningen zie aldaar noot 15.

⁷⁶ Nadere herziening van het Nederlands insolventierecht, p. 32. Het discussiememorandum is beschikbaar op de website www.mdw.ez.nl.

dan niet aanwezig zijn van een bepaalde omvang van het kapitaal. Als de techniek inderdaad zo voortschrijdt, zou de wetgever een dergelijk regelmatig publiceren van verkorte balans en resultatenrekening kunnen voorschrijven, in aanvulling op een eenmaal per jaar te publiceren jaarrekening. De versnelde beschikbaarheid van relevante financiële gegevens zal, zeker indien daaraan een solvabiliteits- en liquiditeitsverklaring wordt toegevoegd, ook leiden tot een verscherping van aansprakelijkheidsnormen (zie paragraaf 12 hierna). Op deze wijze krijgen crediteuren een veel betere bescherming dan de huidige regels van kapitaalbescherming ooit kunnen bieden. Naast die bescherming worden de regels van kapitaalbescherming overbodig. Het kapitaalbeschermingsrecht kan binnen afzienbare tijd mede dankzij de moderne technologie worden afgeschaft.

Tegen het voorschrijven van het bij voorbeeld maandelijks publiceren van een verkorte balans en resultatenrekening en solvabiliteits- en liquiditeitsverklaring zou kunnen worden ingebracht dat dit snel leidt tot vergroting van lasten voor het bedrijfsleven en tot het overvoeren van buitenstaanders met informatie die niet steeds even relevant is en die aanzet tot een overmatige focus op korte-termijnresultaten. Beide argumenten worden ook nu al gehanteerd tegen het (voorschrijven van het) publiceren van kwartaalberichten door beursvennootschappen. Op het eerste punt, de lastenverzwaring, zou ik willen antwoorden dat aannemelijk is dat het door de voortschrijdende technologische ontwikkeling nu juist steeds eenvoudiger wordt om de financiële informatie met een dergelijke regelmaat te publiceren. En tegenover deze verzwaarde publicatieverplichting staat dat vennootschappen verlost worden van het belemmerende kapitaalbeschermingsrecht. Per saldo is dat voor het bedrijfsleven winst. Op het tweede punt, het overvoeren met niet altijd relevante informatie die leidt tot overmatige korte-termijnfocus, zou ik willen zeggen dat we de analyse van die informatie maar moeten overlaten aan de belanghebbenden, de aandeelhouders en crediteuren zelf. Zij zullen wel leren in te zien, zoals ze dat nu ook doen met kwartaalresultaten, dat ze een maandresultaat niet in isolement moeten beschouwen, maar moeten begrijpen in het licht van voorafgaande maandresultaten, de door de vennootschap gegeven prognoses, de aard van de activiteiten van de vennootschap, seizoensinvloeden en dergelijke. Afschaffing van het kapitaalbeschermingsrecht in ruil voor een regelmatige publicatieplicht lijkt mij voor alle betrokkenen uiteindelijk een goede zaak.

11. Vergaderen en besluiten door aandeelhouders

De organen van een vennootschap bepalen haar handelen. De organen moeten daartoe een mening vormen. Wanneer de organen uit meer dan één persoon bestaan, moet uit de visies van de verschillende leden een mening worden gevormd die doorgaat voor de mening, het besluit van het orgaan en daarmee van de vennootschap. De algemene vergadering van aandeelhouders, de naam zegt het al, wordt traditioneel geacht dit te doen doordat een vergadering van aandeelhouders wordt belegd, waarin iedere aandeelhouder het woord kan voeren en vervolgens gestemd wordt over tevoren in de oproeping voor de vergadering opgenomen voorstellen voor besluiten. Hierbij heeft de wetgever zich een fysieke bijeenkomst voorgesteld, die op een bepaalde plaats wordt gehouden, te weten in Nederland ter plaatse bij de statuten vermeld, of anders in de gemeente waar de vennootschap haar woonplaats heeft. Wordt de vergadering elders gehouden, dan kan de vergadering slechts wettig besluiten nemen indien het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is, artikel 2: 116 (226). De aandeelhouders kunnen de vergadering persoonlijk bijwonen of bij een schriftelijk gevolmachtigde, artikel 2: 117 (227) lid 1.

In het vorige hoofdstuk heb ik aangegeven hoe onze concepten van tijd en plaats veranderen als gevolg van de moderne technologie. Dat heeft gevolgen juist ook voor de traditionele benadering van vergaderen en besluitvorming door aandeelhouders. Ik zal eerst ingaan op deze processen bij beursvennootschappen, waar de gedachtenwisseling tussen en besluitvorming door grote aantallen voor elkaar en de vennootschap onbekende aandeelhouders van oudsher tot praktische en juridische complicaties hebben geleid. Moderne technologie kan helpen veel van deze complicaties op een efficiënte wijze op te lossen door bij te dragen aan een geheel nieuwe benadering van gedachtenwisseling tussen en besluitvorming door aandeelhouders. Daarna bespreek ik de algemene vergadering in besloten vennootschapsverhoudingen, waar vooral het concept van besluitvorming buiten vergadering door moderne technologie een andere betekenis zou kunnen krijgen.

11.1 De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap

Beursvennootschappen hebben er van oudsher moeite mee gehad om hun aandeelhouders, die voor hen als houders van toonderaandelen onbekend waren, bij de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering te betrekken. De meeste aandeelhouders bleken weinig belangstelling te hebben voor deelname aan de jaarlijkse algemene vergadering. De typisch

Nederlandse bescherming tegen dit absenteïsme was het invoeren van oligarchische regelingen die het stemrecht van individuele aandeelhouders beperkten (bij voorbeeld certificering van aandelen en stemrechtbeperkingen) en de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering beperkten (bij voorbeeld besluiten door de aandeelhoudersvergadering afhankelijk maken van een voorafgaand voorstel van het bestuur of de raad van commissarissen). Het Nederlands vennootschapsrecht stond dit soort bepalingen ruimhartig toe. Het vennootschapsrecht in Boek 2 BW en de effectenrechtelijke regels van toepassing op beursvennootschappen hebben er tot dusver ook weinig toe bijgedragen dat aandeelhouders nauwer bij de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering worden betrokken. Typierend daarvoor is dat de oproeping voor de vergadering alleen maar in een landelijk verspreid dagblad behoeft te worden gepubliceerd, terwijl de oproeping ermee kan volstaan te melden dat aandeelhouders ten kantore van de vennootschap kennis kunnen nemen van de te behandelen voorwerpen, artikel 2: 114 lid 1 en 2. De jaarrekening hoeft de vennootschap niet aan de aandeelhouders toe te sturen, maar behoeft slechts ter inzage te liggen ten kantore van de vennootschap, artikel 2: 101 lid 1. Het vennootschapsrecht legt het initiatief zo volledig bij de aandeelhouders, die dat initiatief doorgaans slechts bij hoge uitzondering nemen. Het Fondsenreglement van de Amsterdamse beurs verplicht beursvennootschappen evenmin de jaarrekening en overige vergaderstukken toe te sturen. De veronderstelde onbekendheid van de toonderaandeelhouders is aan deze toegelaten vennootschappelijke passiviteit ongetwijfeld debet, maar gek is dat de beursvennootschap deze vergaderstukken ook niet hoeft toe te sturen aan haar aandeelhouders op naam, indien zij die heeft, zoals voor de BV is voorgeschreven in artikel 2: 223 lid 1. Veel beursvennootschappen doen dat inmiddels wel, maar verplicht is het niet. Ook heeft de Nederlandse wetgever de invoering van de Wet giraal effectenverkeer niet te baat genomen om zeker te stellen dat aandeelhouders die deelgenoten in verzameldepots zijn via aangesloten instellingen vergaderstukken ontvangen. De wetgever had de aangesloten instellingen kunnen verplichten vergaderstukken van vennootschappen door te zenden aan deelgenoten en de uitgevende instellingen kunnen verplichten de daartoe benodigde stukken aan de aangesloten instellingen te verstrekken. Dergelijke verplichtingen bestaan bij voorbeeld voor uitgevende instellingen en securities intermediaries in de Verenigde Staten.⁷⁷ Zeker de invoering van de mogelijkheid van het giraal houden en leveren van aandelen op naam had daartoe aanleiding kunnen, en mijns inziens moeten geven, zie paragraaf 7.

⁷⁷ Zie mijn oratie, p. 48 e.v.

Het resultaat van deze door het recht uitdrukkelijk toegelaten vennootschappelijke passiviteit is dat aandeelhoudersvergaderingen van Nederlandse beursvennootschappen op hun best public en investor relations bijeenkomsten zijn voor met name een kleine groep particuliere aandeelhouders. Als procedures voor de gedachtenwisseling tussen aandeelhouders en bestuur en commissarissen en daarop gebaseerde besluitvorming door aandeelhouders zijn zij eigenlijk niet serieus te nemen. Maar de wereld is aan het veranderen, ook in Nederland. Onder de groeiende invloed van de Amerikaanse en Engelse kapitaalmarkten, de wensen van beleggers op die markten, de toegenomen behoefte bij met name institutionele beleggers om binnen de vennootschap invloed uit te oefenen in plaats te stemmen met hun voeten door aandelen op de markt te verkopen, het groeiende inzicht dat bestuurders en commissarissen behoorlijke verantwoording moeten afleggen over het door hen gevoerde en nog te voeren beleid, kortom onder invloed van de corporate governance discussie die langzaam ook het Nederlandse ondernemingsrecht begint te wijzigen,⁷⁸ lijken de aandeelhoudersvergadering en het daadwerkelijk uitoefenen van stemrecht door aandeelhouders sterk aan belang te winnen. Een belangrijke ontwikkeling in Nederland is de mogelijkheid die het Communicatiekanaal Aandeelhouders tegenwoordig biedt aan aandeelhouders om op afstand te stemmen, dat wil zeggen om door middel van steminstructieformulieren aan de besluitvorming in de vergadering deel te nemen zonder zelf of bij een persoonlijk gevolmachtigde in de vergadering aanwezig te zijn. Deze, aanvankelijk met de nodige scepsis bekeken, ontwikkeling wordt inmiddels algemeen ondersteund en gezien als een belangrijk element in de ontwikkeling van het Nederlandse systeem van corporate governance. Het kabinet heeft naar aanleiding van het rapport van de Commissie Peters aangegeven dat het zou bezien wat het zou moeten doen om stemmen op afstand in Nederland mogelijk te maken, met het uiteindelijke doel dat alle beursvennootschappen op termijn stemmen op afstand zullen toepassen, met een toezichthoudende taak voor de STE.⁷⁹ De SER heeft in zijn recente advies over de structuurregeling het belang van stemmen op afstand nog eens onderstreept en uitdrukkelijk de initiatieven ondersteund die de wetgever heeft ontplooid. De SER beveelt het kabinet aan initiatieven te nemen om bestaande belemmeringen in Europees verband te doen opheffen.⁸⁰

Op andere plaatsen ben ik uitgebreid ingegaan op de achtergronden van deze ontwikkeling, de werking van het Communicatiekanaal en de intrige-

⁷⁸ Zie over alle wijzigingen die het Nederlandse vennootschapsrecht ondergaat L. Timmerman, *Vennootschapsrecht*, NJB 2001, p. 470-475.

⁷⁹ Zie TK 25 732, nr. 8.

⁸⁰ SER-advies 01/02, 2001, p. 87-88.

rende problemen die stemmen op afstand oproept en die ten dele in de weg staan aan succesvolle toepassing.⁸¹ Ik zal dat hier niet herhalen. Wel wil ik nog eens benadrukken dat stemmen op afstand de enige mogelijkheid is om bij het toenemend grensoverschrijdend kapitaalverkeer aandeelhouders substantieel bij de besluitvorming door de aandeelhoudersvergadering te betrekken. Het fysiek bijwonen van vergaderingen is in deze tijd een achterhaald concept.⁸² Het is daarom belangrijk dat het systeem voor stemmen op afstand dat wordt ontwikkeld goed en efficiënt werkt.⁸³ Moderne technologie kan daarbij bijzonder behulpzaam zijn.

Bij stemmen op afstand is duidelijk dat de meningsvorming door aandeelhouders niet pas plaatsvindt tijdens de vergadering. Het is daarom belangrijk dat de aandeelhouders alle voor de besluitvorming relevante informatie tot hun beschikking hebben op het moment dat zij op afstand stemmen. Stemmen op afstand veronderstelt daarom, in afwijking van de door het vennootschapsrecht tot dusver toegelaten passiviteit, dat aandeelhouders de relevante vergaderstukken daadwerkelijk toegezonden krijgen. In de huidige opzet van het Communicatiekanaal Aandeelhouders gebeurt dat ook. De vennootschappen die hun aandeelhouders op afstand laten stemmen, sturen aan de deelnemers aan het Communicatiekanaal oproepingsbrieven met agenda's en toelichtingen, alsmede, voor jaarvergaderingen, jaarverslagen en eventueel jaarrekeningen mee. Dit gebeurt thans nog fysiek per post, een tijdrovend en kostbaar proces. De moderne technologie maakt dit alles veel eenvoudiger en goedkoper. De vergaderstukken kunnen allemaal op de website van de vennootschap worden geplaatst. Aandeelhouders kunnen daarvan door e-mails met een hyperlink naar de website van de vennootschap op de hoogte worden gebracht. In de Verenigde Staten zijn beursvennootschappen en het bedrijf ADP, dat voor de meeste banken en effectenkantoren de verzending van vergaderstukken naar de aandeelhouders verzorgt, druk bezig om e-mail-adressen van aan-

⁸¹ Zie Stemmen op afstand via het Communicatiekanaal Aandeelhouders, in: Corporate Governance voor juristen, dl. 30 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1998, p. 81-103; Grensoverschrijdend stemmen, oratie Rotterdam, 2000 en met M.J. van Ginneken, Stemmen op afstand van dichtbij bekeken, in: Ongebonden recht bedrijven, NGB-bundel 2000, p. 325-342.

⁸² Zo ook Oppelaar, Congres Groningen 2000: 'De beursvennootschap', Ondernemingsrecht 2001-3, p. 69.

⁸³ Een element dat daarvoor essentieel is noemde ik al in paragraaf 7: de mogelijkheid voor beursvennootschappen om direct met hun aandeelhouders te communiceren. Aan de invoering van aandelen op naam in het girale effectenverkeer is die mogelijkheid inherent, maar de Wge laat daarover onnodig onzekerheid bestaan, zie par. 7 (ii) hier-voor.

deelhouders te verzamelen om deze on line-oproepingen te kunnen doen. Ruim 10% van de aandeelhouders ontvangt inmiddels al in plaats van papieren vergaderstukken een e-mail met een link naar de website van de vennootschap. Op termijn zullen vergaderstukken waarschijnlijk alleen nog elektronisch beschikbaar worden gesteld.

Voor het kunnen beoordelen van de voorgestelde besluiten is ook belangrijk dat aandeelhouders kennis kunnen nemen van de visie van andere aandeelhouders. Het Communicatiekanaal Aandeelhouders biedt daartoe op dit moment, tijdens de proeffase van het Communicatiekanaal, de mogelijkheid dat aandeelhouders materiaal mee laten zenden met de stukken die de vennootschap naar aandeelhouders uitzendt. In een protocol waarover met vertegenwoordigers van beleggers is overlegd, zijn gedetailleerde regels opgenomen over de voorwaarden waaraan die informatie moet voldoen, welke aandeelhouders materiaal mogen meezenden etc. Een Raad van Toezicht kan een bindend advies geven indien aandeelhouders en de vennootschap van mening verschillen over de toepassing van de regels.⁸⁴ De aan het Communicatiekanaal deelnemende vennootschappen overleggen nader met beleggers over de mogelijkheid van aandeelhouders om ook los van een zending door de vennootschap materiaal aan andere aandeelhouders toe te zenden. Ook hier kan moderne technologie tot een aanmerkelijke vereenvoudiging en verbetering van de communicatie leiden. Vennootschappen zouden met het uitgaan van de oproeping voor de aandeelhoudersvergadering op hun website een *bulletin-board* kunnen openen, waar aandeelhouders reacties op de ontvangen vergaderstukken kunnen plaatsen. Alle aandeelhouders kunnen met controle- en persoonlijke identificatienummers toegang krijgen tot de bulletin-board en zo kennis nemen van de discussie en daaraan deelnemen. De bulletin-board biedt ook de mogelijkheid aan het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap om te reageren op de reacties van aandeelhouders. Ook de reacties van bestuur/raad van commissarissen zijn zo voor alle aandeelhouders beschikbaar. Zo kan een interactieve discussie ontstaan tussen aandeelhouders en bestuur/raad van commissarissen, die veel zou kunnen bijdragen aan de meningsvorming door aandeelhouders omtrent de voorgestelde besluiten. Daarnaast zou een *chatroom* op de website kunnen worden gecreëerd, die de mogelijkheid biedt van *live* on line-discussie tussen aandeelhouders en bestuur en commissarissen. In de Verenigde Staten bestaat hiervoor enige huivering omdat het aandeelhouders en bestuur en

⁸⁴ Zie J.W. Winter, M.J. van Ginneken, a.w., p. 336-340.

commissarissen kan blootstellen aan onbetamelijke, beledigende of anderszins de discussie deraillerende opmerkingen van aandeelhouders.⁸⁵

De stemuitoefening zelf dient naar huidig recht plaats te vinden tijdens de vergadering, de fysieke bijeenkomst van aandeelhouders. Via het Communicatiekanaal Aandeelhouders stemmen de aandeelhouders niet zelf op afstand, maar geven zij volmacht en instructie aan een (door de vennootschap aangewezen) derde die tijdens de vergadering de stemmen uitbrengt. Zoals ik in paragraaf 5.1 al aangaf is voor die volmachtverlening thans nog een schriftelijke volmacht vereist, artikel 2: 117 lid 1. Waarschijnlijk zal het vanaf het vergaderseizoen 2002 ook mogelijk zijn langs elektronische weg volmacht te geven. Aandeelhouders die dan elektronisch een stemvolmacht- en instructie willen geven, kunnen surfen naar een centrale website, die voor elektronisch stemmen bij alle deelnemende vennootschappen wordt ingericht, waar zij zich door middel van hen toegemaïlde controle- en persoonlijke identificatienummers kunnen identificeren en on line hun instructies kunnen geven. Voor Amerikaanse aandeelhouders is daartoe door ADP de website www.proxyvote.com ingericht. Dit elektronisch stemvolmacht en -instructie geven, gecombineerd met het elektronisch beschikbaar stellen van vergaderstukken, zal het stemmen op afstand in de toekomst aanmerkelijk gemakkelijker, efficiënter en goedkoper maken. Het is aannemelijk dat dit zal leiden tot een toenemende participatie van aandeelhouders in de besluitvorming.⁸⁶

Tenslotte kan ook de vergadering zelf een veel ruimere opzet krijgen door toepassing van moderne technologie. Door middel van een *webcast* kan de vergadering live via het internet met beeld en geluid worden gevolgd door aandeelhouders over de hele wereld. Zij kunnen zich ook actief in de discussie mengen.⁸⁷ Dit roept onder de huidige regels wel de vraag op waar, op welke plaats, de vergadering in zo'n geval eigenlijk wordt gehou-

⁸⁵ G.P. Kobler, Shareholder voting over the internet: a proposal for increasing shareholder participation in corporate governance, 49 Alabama Law Review, p. 694.

⁸⁶ Uit een onderzoek van het Electronic Highway Platform Nederland blijkt dat elektronisch stemmen bij verkiezingen tot een hogere opkomst van kiezers zal leiden. Van de door het EHPN ondervraagden die bij de Tweede Kamer-verkiezingen in 2002 niet zouden gaan stemmen, zou een kwart wel gaan stemmen indien dat mogelijk was via het internet. Bijna de helft van de ondervraagden zou liever thuis via de pc stemmen dan op het stembureau, zie NRC Handelsblad, 15 maart 2001.

⁸⁷ Vgl. Noack, a.w., p. 601 en, over vergaderingen met satelietverbindingen, A.F.M. Dorresteyn, Stemmen op afstand en de elektronische snelweg, WPNR 6385 (2000), p. 18.

den, en of de aandeelhouders die de vergadering on-line volgen geacht kunnen worden zelf ook in de vergadering aanwezig te zijn.⁸⁸

De mogelijkheden die ik hier noem zijn alle nog betrekkelijk voor de hand liggend en blijven uitgaan van het bestaande concept van vergaderen en besluitvorming door aandeelhouders, nl. uiteindelijk een fysieke bijeenkomst waarin op één moment stemmen worden uitgebracht.⁸⁹ Maar juist het stemmen op afstand en de moderne technologie die dit efficiënter maakt, laten zien dat de vergadering als fysieke bijeenkomst op termijn helemaal niet meer nodig is om aandeelhouders op geïnformeerde wijze te laten besluiten. In feite vervult het hele proces dat bij stemmen op afstand met moderne technologie aan de vergadering vooraf gaat, de rol die de vergadering oorspronkelijk zelf vervulde. De gedachtenwisseling tussen aandeelhouders en bestuur/commissarissen en tussen aandeelhouders onderling vindt volledig elektronisch plaats, op een voor iedere aandeelhouder toegankelijke manier. De vergadering is ook niet meer nodig om daadwerkelijk tot stemming over te gaan. De stemmen zijn in feite al uitgebracht, op afstand. De vergadering komt als mosterd na de maaltijd. Stemmen op afstand en de daarmee verbonden communicatie tussen aandeelhouders en bestuur/commissarissen kan de vergadering als fysieke bijeenkomst van aandeelhouders volledig vervangen. Zij leveren eerlijk gezegd een veel bevredigender resultaat op dan de vergadering ooit deed: grote aantallen aandeelhouders kunnen zo op efficiënte wijze deelnemen aan een interactieve beraadslaging en geïnformeerd participeren in de besluitvorming. Een dergelijke verbetering van het functioneren van het orgaan de aandeelhoudersvergadering is ook hard nodig. De aandeelhoudersvergadering krijgt in het corporate governance-debat een groeiende rol toebedeeld als orgaan waaraan bestuur en commissarissen serieus verantwoording dienen af te leggen en dat uitdrukkelijker bevoegdheden krijgt om het beleid van bestuur en commissarissen te beoordelen. De SER adviseert bij voorbeeld, en het kabinet heeft dit overgenomen, dat de aandeelhoudersvergadering tevoren goedkeuring dient te geven voor belangrijke transacties die het karakter van de vennootschap ingrijpend wijzigen, waaronder begrepen zijn acquisities of afstotingen van belangrijke deelnemingen.⁹⁰ Dit legt een verantwoordelijkheid op de aandeelhouders om serieus informatie tot zich te nemen, onderling en met bestuur

⁸⁸ Vgl. Elizabeth Boros, a.w., p. 20.

⁸⁹ Zie voor Duitse gedachten over stemmen op afstand langs deze lijnen U. Noack, Die organisierte Stimmrechtsvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, in: Festschrift für Markus Lutter, 2000, p. 1463-1483.

⁹⁰ Zie het genoemde advies 01 /02, p. 83-84. Het standpunt van het kabinet is te vinden in een brief aan de Tweede Kamer, 25 732, nr. 18, p. 3.

en commissarissen te beraadslagen en tot een besluit te komen. Eigenlijk is het nogal onverantwoordelijk deze zware bevoegdheden aan de aandeelhoudersvergadering toe te kennen zolang zij zo gebrekkig functioneert als zij vandaag de dag doet. Met stemmen op afstand met behulp van moderne technologie kan de toenemende verantwoordelijkheid die bij aandeelhouders wordt gelegd op een veel zorgvuldiger manier worden waargemaakt dan met de traditionele vergadering van aandeelhouders.

Een commissie die de laatste jaren in Engeland een uitvoerig consultatieproces heeft gevoerd om te bezien welke modernisering het Engelse vennootschapsrecht behoeft, heeft mede in het licht van dit soort ontwikkelingen voorgesteld om de aandeelhoudersvergadering als bijeenkomst maar geheel af te schaffen.⁹¹ In een later document wordt geconcludeerd dat afschaffing wellicht nog te vroeg is, maar dat de technologische ontwikkeling alternatieven voor de vergadering zou kunnen voortbrengen. De commissie zal in haar eindrapport dat dit voorjaar wordt verwacht, waarschijnlijk voorstellen dat de Secretary of State de bevoegdheid krijgt met secundaire wetgeving beursvennootschappen toe te staan de vergadering van aandeelhouders af te schaffen, mits vennootschappen op een andere, bevredigende wijze voorzien in de besluitvorming door aandeelhouders. Een dergelijk voorstel zou ik ondersteunen. Daarbij teken ik aan dat een bijeenkomst waarbij bestuur en commissarissen persoonlijk aandeelhouders ontmoeten, verantwoording afleggen over hun beleid en hun voorstellen verdedigen, een betekenisvolle rol kan hebben in de gehele procedure van gedachtenvorming, beraadslaging en besluitvorming door aandeelhouders. Zoals de Engelse commissie het uitdrukt: "For directors and senior managers, the need to prepare for unpredictable questions [is] a salutary discipline, even if proceedings [are] perfunctory and actual resolutions unaffected".⁹² De besluitvorming hoeft echter niet noodzakelijkerwijs in die vergadering plaats te vinden. Met Van Ginneken heb ik elders een voorstel gedaan hoe stemmen op afstand gecombineerd zou kunnen worden met een dergelijke informatieve bijeenkomst van aandeelhouders, waarbij de formele stemming op afstand in een periode na die bijeenkomst plaatsvindt.⁹³

⁹¹ Modern Company Law, dl. 2, Company General Meetings and Shareholder Communication, p. 8 e.v.

⁹² Modern Company Law, dl. 5, Developing the Framework, p. 93

⁹³ A.w., p. 341-342. In dat stuk maakten we nog gewag van notulen van de vergadering die binnen 7 dagen na de vergadering elektronisch beschikbaar zouden moeten zijn. Veel eenvoudiger is dat de vergadering via een webcast wordt uitgezonden en de opname daarvan gedurende een zekere periode na de vergadering door aandeelhouders kan worden afgespeeld.

Gedachtenwisseling tussen aandeelhouders en bestuur en commissarissen en besluitvorming door aandeelhouders, waarbij het formele verband met een vergadering volledig wordt losgelaten, vragen om allerlei nieuwe voorschriften. De bestaande op de vergadering gerichte voorschriften volstaan hiervoor niet. De nieuwe voorschriften moeten de oproeping regelen, de (minimale) frequentie van stemprocedures (het loslaten van het verband met een vergadering maakt het mogelijk doorlopend verschillende stemprocedures te houden, zodra onderwerpen opkomen; jaarlijks zou tenminste één stemprocedure ter vaststelling van de jaarrekening moeten plaatsvinden, vgl. artikel 2: 108 (218)), de te verschaffen informatie, de toegang tot een bulletin board of chat-faciliteit, welke informatie wel en niet langs deze weg kan worden uitgewisseld, de in acht te nemen termijnen, de mogelijkheid voor aandeelhouders om een gedachtenwisseling en besluitvorming door aandeelhouders te entameren (vergelijk de oproeping voor een vergadering door aandeelhouders met rechterlijke machtiging, artikel 2: 110-111) en vooral ook de organisatie van de stemprocedure. Op welke wijze moet bij voorbeeld worden vastgesteld dat een besluit is aangenomen? In het systeem van de vergadering bepaalt in beginsel het in de vergadering aanwezige kapitaal welke meerderheid vereist is om tot een geldig besluit te komen. In sommige gevallen dient de meerderheid een bepaalde omvang van het geplaatst kapitaal te vertegenwoordigen, zie bijv. artikel 2:133 voor doorbreking van een bindende voordracht voor de benoeming van bestuurders. In dezelfde lijn zou bij stemmen op afstand een meerderheid van de daadwerkelijk op afstand uitgebrachte stemmen voor de besluitvorming beslissend zijn. Maar een andere benadering is mogelijk. Men zou ook kunnen regelen dat (bepaalde) besluiten geacht worden te zijn aangenomen zodra een zeker percentage van het geplaatst kapitaal op afstand voor het betreffende besluit heeft gestemd.⁹⁴

Wij kunnen bij deze en ongetwijfeld nog vele andere vragen waarschijnlijk alle kanten op. Het is vooral belangrijk dat wij bij het vinden van antwoorden een open instelling houden voor de nieuwe mogelijkheden, ons niet al te zeer gebonden achten aan hoe het altijd is geweest en de vennootschappen en hun aandeelhouders waar mogelijk de flexibiliteit bieden om voor hen de best passende procedures te ontwikkelen.⁹⁵

⁹⁴ In deze zin Wymeersch, a.w., p. 227.

⁹⁵ Een dergelijke faciliterende in plaats van prescriptieve benadering is ook gekozen door de Australische wetgever die reeds verschillende faciliteiten voor elektronische communicatie en on line-vergaderen heeft geboden, zie Elizabeth Boros, a.w.

11.2 De aandeelhoudersvergadering in besloten vennootschapsverhoudingen

Stemmen op afstand bij beursvennootschappen werpt ook een nieuw licht op de wijze waarop aandeelhouders in besloten vennootschapsverhoudingen beraadslagen en besluiten. Ook bij besloten verhoudingen kan stemmen op afstand een efficiënte wijze van besluitvorming door aandeelhouders zijn. Ik zie niet in waarom de faciliteiten die beursvennootschappen in dat verband zullen worden geboden voor de reguliere besluitvorming door aandeelhouders, niet ook in besloten vennootschapsverhoudingen ter beschikking zouden kunnen komen. In besloten verhoudingen zijn aandeelhouders doorgaans betrekkelijk dicht bij de gang van zaken binnen de vennootschap betrokken. Daardoor bestaat dikwijls een bijzondere behoefte aan snelle besluitvorming door aandeelhouders, terwijl het voor hen vaak niet mogelijk is op stel en sprong daadwerkelijk bij elkaar te komen. De formaliteiten van oproeping en een oproepingstermijn van minimaal vijftien dagen, artikel 2: 115 (225), en de voorgeschreven plaats van een aandeelhoudersvergadering, artikel 2:116 (226) vormen belemmeringen voor snelle besluitvorming door aandeelhouders. De wet geeft aandeelhouders in besloten vennootschapsverhoudingen, als alleen aandelen op naam uitstaan en niet met medewerking van de vennootschap certificaten zijn uitgegeven,⁹⁶ de mogelijkheid ook buiten vergadering te besluiten. De statuten moeten dit toestaan, besluitvorming buiten vergadering is slechts mogelijk met algemene stemmen en de stemmen moeten schriftelijk worden uitgebracht, artikel 2: 128 (238). Met name de vereisten dat alle aandeelhouders deelnemen aan de besluitvorming en schriftelijk vóór het besluit stemmen,⁹⁷ werken in de praktijk belemmerend. De ratio van deze voorschriften is dat geen formele oproeping plaatsvindt en besluitvorming buiten vergadering ook kan plaatsvinden zonder dat enig overleg en wederzijdse beïnvloeding van de besluitvorming mogelijk zijn. Indien alle aandeelhouders het besluit aanvaarden worden deze bezwaren opgeheven.⁹⁸ Dezelfde voorwaarden, met uitzondering van het schriftelijkheidsvereiste, gelden voor besluitvorming in een vergadering waarbij de oproepingsstermijn en het agenderingsvoorschrift niet in acht zijn genomen, artikel 2: 114 (224) lid 2 en artikel 115 (225).

⁹⁶ Zie paragraaf 7 (v) hierboven.

⁹⁷ Zie omtrent het schriftelijkheidsvereiste paragraaf 5.1 hierboven.

⁹⁸ Asser-Maeijer 2-III, p. 333-334 en uitgebreid S. Dumoulin, *Besluitvorming door rechtspersonen*, dl. 31 in de serie *Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht*, 1999, p. 78 e.v.

Deze gedachtengang lijkt ook vandaag al achterhaald. Met behulp van al niet eens meer zo heel moderne technologie als telefonische conferenties en video-conferenties kunnen aandeelhouders met elkaar in verbinding staan en met elkaar beraadslagen zonder dat zij fysiek op een bepaalde plaats bijeen zijn. Inmiddels zijn online-vergaderingen door middel van webcasts op het internet eveneens mogelijk. Aandeelhouders kunnen met deze technieken even goed beraadslagen en elkaar beïnvloeden als in een vergadering op een bepaalde plaats. De wet zou aandeelhouders in besloten vennootschapsverhoudingen⁹⁹ daarom de mogelijkheid moeten bieden om op deze wijzen te vergaderen en geldig te besluiten met toepassing van de normale meerderheidsregels. Voor een quorum-eis en agenderingsvoorschrift blijft wel iets te zeggen, om te voorkomen dat bepaalde aandeelhouders volledig buiten de besluitvorming worden gehouden. Maar een quorum-eis zou meer flexibiliteit moeten bieden dan de huidige. Als voorwaarde zou gesteld kunnen worden dat alle aandeelhouders (telefonisch of elektronisch) voor de vergadering worden opgeroepen, van de daarin te behandelen onderwerpen op de hoogte worden gesteld en de gelegenheid wordt geboden daaraan, op de voor de vergadering gekozen wijze, deel te nemen. Besluitvorming kan geldig plaatsvinden indien alle aandeelhouders aan de vergadering deelnemen, danwel aan de vennootschap hebben bevestigd dat zij van deelname afzien. Dit voorschrift betekent dat de oproeping alle aandeelhouders moet hebben bereikt en dat, indien een aandeelhouder zich verzet tegen vergadering en besluitvorming op deze wijze en termijn, geldige besluitvorming alleen op de reguliere wijze, met inachtneming van de bestaande formaliteiten van oproeping, agendering en termijn, kan plaatsvinden. Van deze mogelijkheid kan natuurlijk misbruik worden gemaakt, maar daartegen kan met behulp van artikel 2: 8 worden opgetreden. Indien deze faciliteiten door de wet worden geboden, zal minder behoefte bestaan aan besluitvorming buiten vergadering. Aandeelhouders zullen bijna steeds op moderne wijze *in* vergadering kunnen beraadslagen en besluiten.

⁹⁹ Zie paragraaf 7 (v) voor een omschrijving van besloten vennootschapsverhoudingen.

V. Indirecte gevolgen

12. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen

Moderne technologie heeft op tenminste twee manieren gevolgen voor de verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen en hun mogelijk daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid. Ik doel daarbij niet zozeer op gevolgen die de huidige verantwoordelijkheids- en aansprakelijkheidsregels wijzigen of zouden moeten wijzigen, maar op een andere invulling van die regels.

Ondernemingen worden in toenemende mate afhankelijk van moderne informatie- en communicatietechnologie, voor alle aspecten van hun bedrijfsvoering. Dit raakt het klassieke productie- en verkoopproces, waarbij in computers en communicatietechnologie een steeds grotere rol krijgen bij de besturing van de productiemiddelen, het inkopen van goederen (bij voorbeeld via websites als www.transora.com en www.ariba.com), de nauwkeurige afstemming van de productie op de vraag, de organisatie en planning van de distributie, de innovatie van producten en de marketing en verkoop van producten via eigen en doelgroep-websites en dergelijke. Voor internet-ondernemingen als Amazon.com, World Online en Napster is de moderne technologie de enige *raison d'être*; hun product, hun dienstverlening bestaat uit moderne technologie. Voor alle ondernemingen geldt dat ook de meer down-to-earth aspecten van het ondernemen, zoals de financiering, de financiële rapportage en verslaglegging, het personeelsmanagement, het kennisbeheer, het organiseren van behoorlijke besluitvormingsprocedures, het vastleggen van besluiten, correspondentie en andere gegevens en dergelijke, tegenwoordig plaatsvinden door middel van computers, met gebruikmaking van internet- en intranettechnologie, e-mail, elektronische databestanden etc. De realiteit is dat de meeste van deze activiteiten vandaag de dag al niet meer kunnen worden verricht zonder de beschikking over moderne informatie- en communicatietechnologie.

Dit is een fundamentele ontwikkeling. Nog niet eerder in de geschiedenis zijn ondernemingen (en overigens de gehele samenleving) zo algemeen, zo omvattend en zo ingrijpend afhankelijk geworden van een bepaalde technologie of combinatie van technologieën. De millenniumproblematiek heeft daarvan een treffend voorbeeld laten zien. Wereldwijd zijn miljarden geïnvesteerd om desastreuze gevolgen van een achteraf knullig lijkend programmeertekort te voorkomen. Maar ook verlokkelijke *Koernikova*- en *iloveyou*-virussen, die recentelijk in een oogwenk wereldwijd computer-

systemen teisterden, laten zien dat wij door deze omvattende afhankelijkheid zeer kwetsbaar zijn geworden. Tot dusver bestaat er in het algemeen nog slechts een vaag bewustzijn van de risico's die deze afhankelijkheid van moderne technologie tot gevolg heeft. In de Verenigde Staten is het internet inmiddels tot een zaak van nationaal belang en nationale veiligheid verheven. Nederland loopt ook wat dit betreft achter.¹⁰⁰

In vennootschappelijke verhoudingen behoort dit tot de taak van het bestuur. Het bestuur is verantwoordelijk voor de beheersing van de organisatie van de onderneming.¹⁰¹ Daartoe behoort onder andere de zorg dat de door de onderneming gebruikte technische en organisatorische infrastructuur behoorlijk functioneert en geen voor de onderneming bedreigende risico's met zich brengt. Het bestuur dient er op toe te zien dat de eigen ict-infrastructuur en -organisatie van een zodanige kwaliteit zijn dat risico's tijdig en zorgvuldig worden onderkend, beheersbaar zijn en ook daadwerkelijk worden beheerst. Gezien de toenemende afhankelijkheid van de informatie- en communicatietechnologie valt er veel voor te zeggen dat in het bestuur specifieke deskundigheid op dit gebied aanwezig moet zijn en dat bij voorbeeld één van de bestuurders in het bijzonder de taak krijgt leiding te geven aan de ict-organisatie van de onderneming en daarover aan de overige leden van het bestuur dient te rapporteren. Dit betekent overigens niet dat de beheersing van de ict-infrastructuur uitsluitend tot de werkkring van die bestuurder behoort. De grote afhankelijkheid van de informatie- en communicatietechnologie en de daaraan potentieel verbonden risico's die het succes en de toekomst van de onderneming serieus kunnen bedreigen, maken dat een behoorlijke ict-infrastructuur en -organisatie tot de taak van het bestuur als zodanig behoort, waarvoor alle bestuurders collectieve verantwoordelijkheid dragen. Deze collectieve verantwoordelijkheid laat zich vergelijken met die van alle bestuurders voor het financiële beheer van de vennootschap.¹⁰² Voor individuele bestuurders bestaat mijns inziens weinig ruimte om zich van persoonlijke aansprakelijkheid te bevrijden door te bewijzen dat, indien op dit punt sprake is van een tekortkoming in de zin van artikel 2: 9 en onbehoorlijk

¹⁰⁰ Zie Jannes van der Velde, Instortingsgevaar, Toenemende afhankelijkheid van internet maakt maatschappij kwetsbaar, Forum, 8-3-2001, p. 10-13. Zie ook de website www.informatiebeveiliging.nl.

¹⁰¹ Vgl. OK 3 december 1987, De NV 66/2 (1988), p. 78-80, kenbaar uit HR 10 januari 1990 NJ 1990, 466 m.nt Ma (OGEM). Zie tevens B. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, dl. 10 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1990, p. 171-172.

¹⁰² Zie hierover, naar aanleiding van de misbruikwetgeving, P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, dl. 3 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1987, p. 53 e.v.; zie ook Asser-Maeijer 2-III, p. 434-435, 451.

bestuur in de zin van artikel 2: 138 (248), dit niet aan hem te wijten was. Het betoog dat informatie- en communicatietechnologie niet tot zijn werkring behoorde, is daarvoor in ieder geval onvoldoende. Het toedelen van een specifieke taak aan een van de bestuurders kan een zekere invloed hebben op de intensiteit en bemoeienis met details die van deze en de overige bestuurders mag worden verwacht. Maar het voorkomen dat in de ict-infrastructuur en -organisatie fouten kunnen sluipen met voor de vennootschap desastreuze gevolgen, behoort tot de werkring van iedere bestuurder.

Een vergelijkbare collectieve, maar dan toezichthoudende verantwoordelijkheid rust op de leden van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen dient zich regelmatig door het bestuur te laten inlichten omtrent de ict-organisatie en de beheersing van de daaraan verbonden risico's. Waar de commissarissen van oordeel zijn dat deze te wensen overlaten dienen zij als toezichthouders in te grijpen.

Een tweede, indirect gevolg van de moderne technologie op het punt van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders, vloeit voort uit de toenemende en snellere beschikbaarheid van informatie. Zoals ik in paragraaf 10 al aangaf maakt moderne technologie het waarschijnlijk binnen afzienbare tijd mogelijk dat ondernemingen met zeer korte intervallen of wellicht zelfs op continu geactualiseerde basis omvattende financiële informatie beschikbaar hebben. Daaraan zou een verplichting tot het zeer regelmatig publiceren van een verkorte balans en winst- en verliesrekening met een solvabiliteits- en liquiditeitsverklaring kunnen worden gekoppeld. Met name de verplichting om zo'n verklaring af te leggen zal gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Maar los van een dergelijke verplichting is het gevolg van de snellere beschikbaarheid van financiële informatie binnen de vennootschap dat het bestuur van een vennootschap meer en meer geacht mag worden voortdurend een goed inzicht te hebben in de mate waarin de vennootschap in staat is haar schulden te voldoen. Dit inzicht is relevant voor de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. Bestuurders zijn uit onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk jegens crediteuren van de vennootschap indien zij schulden namens de vennootschap aangaan terwijl zij weten of redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de vennootschap deze niet of niet binnen een redelijke termijn zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor de daardoor door de wederpartij te leiden schade.¹⁰³ In sommige, meer kleinschalige gevallen is wellicht ook zonder moderne technologie al betrekke-

¹⁰³ HR 6 oktober 1989 NJ 1990, 286 (Beklamel) en HR 14 november 1997 NJ 1998, 270, m.nt. Ma (Henkel).

lijk snel een duidelijk beeld te krijgen van de mate waarin de vennootschap haar verplichtingen kan voldoen. Bij een onderneming van enige omvang wordt dit al snel moeilijker, vereist het vergaren en analyseren van relevante informatie meer tijd, rekenkracht en deskundigheid. De moderne technologie zal tot gevolg hebben dat ook bij grotere ondernemingen bestuurders sneller geacht zullen worden te weten of althans redelijkerwijs te behoren te begrijpen dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Wij zien zo ook op dit punt een duidelijke versnelling: in 1888 schreef Geuljans dat het enige moment waarop het bestuur van een vennootschap geacht kon worden bekend te zijn met een verlies van 75% van het kapitaal, was na het opmaken van de jaarrekening, dat wil zeggen eenmaal per jaar.¹⁰⁴ Uit de jurisprudentie van de laatste decennia blijkt inmiddels duidelijk dat onder omstandigheden ook gedurende het boekjaar bestuurders of een moedermaatschappij in concernverhoudingen (voor haar geldt een vergelijkbare norm)¹⁰⁵ geacht kunnen worden te weten dat de (dochter)vennootschap niet aan haar verplichtingen kon voldoen. De snellere beschikbaarheid van financiële informatie met behulp van moderne technologie kan er uiteindelijk toe leiden dat de rechter aanneemt dat het bestuur steeds geacht kan worden te weten of de vennootschap aan haar verplichtingen kan voldoen, of in ieder geval op het bestuur vrij snel de bewijslast legt dat het niet wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat zij haar verplichtingen niet meer kon voldoen. Een dergelijke omkering van bewijslast zou passen in de jurisprudentie van de Hoge Raad om op een bestuurder-enig aandeelhouder onder omstandigheden de bewijslast te leggen dat geen sprake was van betalingsonwil bij de bestuurder of betalingsonmacht bij de vennootschap.¹⁰⁶ Het is denkbaar dat de moderne technologie het dermate eenvoudig maakt voor een bestuurder om aan te tonen wat hij wel of niet wist omtrent de financiële positie van de vennootschap, dat in het licht van het bewijsprobleem van een buitenstaande crediteur een afwijking van het uitgangspunt van artikel 177 Rv. in het algemeen gerechtvaardigd is.

13. Concernverhoudingen

Concernverhoudingen leveren van oudsher intrigerende juridische vragen op. De kern van de meeste van die vragen is de spanning die bestaat tussen

¹⁰⁴ A.w., p. 42-45.

¹⁰⁵ HR 25 september 1981 NJ 1982, 443 m.nt. Ma (Osby) en HR 19 februari 1988 NJ 1988, 487, m.nt G (Albada Jelgersma). Zie tevens L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, dl. 32 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, p. 188.

¹⁰⁶ HR 3 april 1992 NJ 1992, 411 (Van der Vliet) en HR 10 juni 1994 NJ 1994, 766, m.nt Ma (Romme).

de veelheid van juridisch zelfstandige vennootschappen binnen het concern enerzijds en de economische eenheid waarbinnen zij functioneren anderzijds. Allerlei vragen die wij ons in concernverband stellen over bestuurszelfstandigheid, instructiemacht, vennootschappelijk en concernbelang, doeloverschrijding, doorbraak van aansprakelijkheid, vereenzelviging, medezeggenschap etc. zijn in wezen tot die spanning te herleiden. Deze spanning komt ook tot uiting in de standaard-omschrijving die wij voor een concern, een groep hanteren: een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen onder centrale leiding, artikel 2: 24b drukt dat uit met: organisatorisch, zijn verbonden.¹⁰⁷ De centrale leiding creëert een zekere eenheid tussen de afzonderlijke groepsmaatschappijen.

Concerns kunnen enorm van elkaar verschillen in de intensiteit van de centrale leiding en de terreinen waarop die centrale leiding zich uit. Voor elke vorm van centrale leiding is informatie echter belangrijk. De concerntop heeft behoefte aan informatie omtrent de verschillende concernonderdelen om tot afstemming van het functioneren van die onderdelen te kunnen komen, het concernbeleid te kunnen plannen, investerings- en desinvesteringsbeslissingen te kunnen nemen, de financiering van het concern te kunnen optimaliseren, etc. Om behoorlijke concernleiding te kunnen uitoefenen moet de concerntop van de groepsmaatschappijen afdwingen dat zij relevante informatie aan de concerntop verschaffen. Zo overwoog de Hoge Raad in het OGEM-arrest:

“dat de raad van bestuur van OGEM Holding,....., de directie van Omega richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te voeren beleid kon geven, waaraan die directie zich moeilijk kon onttrekken, nu de raad van bestuur van OGEM Holding het in zijn macht had om in te grijpen in die zin dat hij de mogelijkheid bezat de directie van Omega, zo zij zich niet bereid toonde de gevraagde inlichtingen te verstrekken en zich bleef onttrekken aan het toezicht en de leiding van de concerntop, te doen schorsen, dan wel te ontslaan en vervangen door een directie die zich wel zou voegen naar de haar door of vanwege de concernleiding te verstrekken richtlijnen en aanwijzingen.”¹⁰⁸

De Hoge Raad steunde het oordeel van de Ondernemingskamer dat het niet ingrijpen door de concernleiding bij de weigerachtige dochtermaatschappij wanbeleid opleverde.

¹⁰⁷ Vgl. S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, 2000, p. 40 e.v.; M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economisch verschijnsel concern, dl. 33 in de serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, 1989, p. 60-61.

¹⁰⁸ HR 10 januari 1990 NJ 1990, m.nt Ma.

Informatie is dus noodzakelijk voor het kunnen uitoefenen van centrale leiding. De komst van moderne computernetwerken die het mogelijk maakten veel meer informatie van de concernmaatschappijen veel sneller en op uniforme wijze te verkrijgen, heeft in eerste instantie dan ook vooral een versterking van de centralisatie in concerns tot gevolg gehad.¹⁰⁹ De concerntop beschikt daardoor sneller over meer informatie van betere kwaliteit, die het mogelijk maakt effectiever centrale leiding uit te oefenen over de groepsmaatschappijen. Maar de voortgaande ontwikkeling van de informatie- en communicatietechnologie leidt inmiddels tot een tegen-gestelde tendens. Met de internet-technologie en de daarop gebaseerde intranet-technologie kan relevante ondernemingsinformatie die ergens in het concern aanwezig is, betrekkelijk eenvoudig en kosteloos voor alle concernonderdelen beschikbaar komen. Concernonderdelen hebben de concernleiding niet meer nodig om toegang te hebben tot de nieuwste productietechnologieën, de meest efficiënte marketingmethoden, de beste managementtechnieken en dergelijke. De afhankelijkheid van de concernonderdelen van informatie waarover de concerntop beschikt wordt kleiner. Op gedecentraliseerd niveau kunnen daardoor effectiever relevante beslissingen worden genomen. Een behoefte aan coördinatie en afstemming binnen het concern blijft bestaan, maar ook daarvoor is de concerntop minder noodzakelijk. De concerntop wordt meer een investeerder in en financier van ondernemingen die economisch en organisatorisch zijn verbonden. De centrale leiding wordt zo door informatie- en communicatietechnologie minder intensief en komt op grotere afstand te staan.¹¹⁰

Hoe sterk deze tendens zal doorzetten moet nog blijken. Ik kan deze decentraliserende ontwikkeling met behulp van de moderne technologie zelf van dichtbij waarnemen, maar de balans tussen centralisatie en decentralisatie in elk concern wordt door tal van factoren bepaald, niet in het minst door de op enig moment meest populaire management-theorieën,¹¹¹ die tegenwoordig per meter glimmend verpakt op elk vliegveld verkrijgbaar zijn. Bij de trend naar decentralisatie hoort tegenwoordig het dogma van de *empowerment*. Deze term staat voor het proces om operationele zelfstandigheid naar een zo laag mogelijk niveau in de organi-

¹⁰⁹ M.P. van Achterberg, a.w., p. 45 met verwijzing naar het zeer leerzame boek van Brooke en Remmers, *The strategy of multinational enterprise*, 1978, p. 230.

¹¹⁰ Vgl. Th.W. Malone, R.J. Laubacher, *All change for the e-lance economy*, in: *Mastering Information Management*, 2000, p. 137-142.

¹¹¹ Vgl. John W. Hunt, *An appetite for ideas*, *Financial Times* 16 march 2001, p. 10, die schrijft dat Amerikaans onderzoek laat zien dat de levenscyclus van managementtheorieën steeds korter wordt. Aan het eind van de twintigste eeuw was de gemiddelde levenscyclus volgens dit onderzoek nog maar drie jaar.

satie te delegeren en daar beslissings- en winstverantwoordelijkheid te leggen.¹¹²

Als deze decentralisatietendens met behulp van informatie- en communicatietechnologie doorzet, kan dat invloed hebben op de wijze waarop het recht concernverhoudingen tegemoet treedt. Ook in het recht gaan wij veelal uit van de eendimensionale centrale leiding. Wij stellen ons vragen over wat die juridisch inhoudt, waar grenzen liggen, welke gevolgen het uitoefenen van centrale leiding heeft voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en (bestuurders van) de groepsmaatschappijen en dergelijke. Wij denken in het concernrecht steeds in termen van M en D, moeder- en dochtermaatschappij. Bij toenemende decentralisatie is echter sprake van multidimensionale zeggenschapsverhoudingen en besluitvorming, van op elkaar afgestemde gedragingen en beslissingen van de verschillende groepsonderdelen, waarbij de moedermaatschappij niet per definitie een beslissende stem heeft. De besluitvorming is diffuser en minder duidelijk toe te rekenen aan de moedermaatschappij. Bij dergelijke concernverhoudingen moet het recht zich niet zozeer richten op de verhouding tussen moeder- en dochtermaatschappij, op vragen omtrent bestuurszelfstandigheid, instructiebevoegdheid, doorbraak van aansprakelijkheid etc. Het wordt belangrijker de interactie tussen de verschillende groepsmaatschappijen te analyseren, juridisch te duiden en daaraan onder omstandigheden eigensoortige rechtsgevolgen te verbinden. Zowel de vragen van organisatorische aard, over de zeggenschapsverhoudingen en beslissingsbevoegdheden in het concern, als de vragen omtrent derdenbescherming (crediteuren, minderheidsaandeelhouders, werknemers), over de aansprakelijkheid bij insolventie van de groep of groepsonderdelen, krijgen daardoor een andere, veelzijdiger dimensie.¹¹³ Het meer diffuse karakter van besluitvorming en handelen in concernverhoudingen, zou het recht kunnen noodzaken het concern meer als een zelfstandige eenheid te behandelen, in plaats van te proberen eendimensionale juridische verhoudingen tussen de verschillende concernonderdelen te ordenen. Een dergelijke eendimensionale benadering werkt niet meer in gedecentraliseerde concernverhoudingen met diffuse, op elkaar afgestemde besluitvorming en gedragingen van een veelheid van concernonderdelen.

¹¹² Zie voor een overigens betrekkelijk genuanceerd beeld van empowerment Mark C. Scott, *Reinspiring the corporation: the seven seminal paths to corporate greatness*, 2000, p. 47, 91, 115 (gekocht op London City Airport, 19 maart 2001, voor de lieve som van £ 17,99; duur voetnootje).

¹¹³ Zie over deze beide typen vragen in het Duitse concernrecht het doorwrochte betoog van Karsten Schmidt, *Konzerunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis*, in: *Festschrift für Markus Lutter*, 2000, p. 1167-1192.

In het verleden is al eens geopperd het concern als een rechtspersoon te beschouwen. Zonder nadere kwalificatie zegt dat nog niet zoveel. Een mogelijkheid om het concern binnen bestaande juridische kaders juridisch als een samenwerkingsverband te beschouwen zou kunnen zijn door het te duiden als een vennootschap onder firma, een samenwerkingsverband tussen de concernmaatschappijen tot uitoefening van een bedrijf, met het oogmerk het daaruit ontstane voordeel te delen. Dit voordeel is niet zozeer of uitsluitend de financiële winst die uiteindelijk aan de top van het concern wordt vastgesteld en aan aandeelhouders kan worden uitgekeerd, maar kan ook bestaan uit voordelen van verschillende aard die de concernmaatschappijen aan de concernverhouding ontleen (het delen van kennis, financiering, managementorganisatie en dergelijke). De kwantificering daarvan en de noodzaak die voordelen te kwantificeren zouden nader moeten worden onderzocht. Een kwalificatie als vennootschap onder firma, waaraan in de toekomst naar mag worden verwacht rechtspersoonlijkheid kan worden verbonden,¹¹⁴ zou ook een grondslag bieden voor een fenomeen dat vandaag zonder enige rechtsgrondslag wordt toegepast, nl. de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van groepsmaatschappijen. De Faillissementswet gaat uit van een volkomen gescheiden afwikkeling van faillissementen van groepsmaatschappijen, zowel procedureel als materieel. Daarmee wordt abrupt de (financiële) eenheid doorbroken die het concern voorafgaande aan de faillietverklaring vormde. Dit leidt tot willekeurige en onder omstandigheden onaanvaardbare gevolgen.¹¹⁵ De hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten van de vennootschap onder firma geeft een grondslag voor geconsolideerde afwikkeling van de faillissementen waarbij de activa van de gefailleerde vennootschappen tezamen worden verdeeld onder alle crediteuren en onderlinge vorderingen en verplichtingen tussen de gefailleerde vennootschappen worden geëlimineerd. De behandeling van het concern tijdens insolventie wijkt zo niet af van de concernrealiteit voor dat moment. Geïntegreerde concerns, waarin als gevolg en met behulp van moderne technologie besluitvorming op een decentrale, diffuse wijze plaatsvindt, duwen het recht naar een dergelijke multidimensionale benadering van het concern.

¹¹⁴ Naar het zich laat aanzien zal het ontwerp voor titel 13 van Boek 7 BW inzake de personenvennootschappen dat Maeijer voorbereidt, de keuze bieden om aan personenvennootschap de status van rechtspersoon te geven, zie Verslag Vereniging Handelsrecht 6 november 1998, p. 38 e.v.

¹¹⁵ Zie daarover uitgebreid J.W. Winter, Het geconsolideerde faillissement, in: Beschouwingen over concernfinanciering, dl. 18 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 1993, p. 1-15, en TVI 1995/1, p. 3-7; P. van Schilfgaarde, Het geconsolideerde faillissement, in: De curator, een octopus? 1996, p. 31-36; M.W. Josephus Jitta, Gedachten omtrent de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen, in: Herijking van het faillissementsrecht, 2000, p. 103-114.

VI. De Digitale Persoon en de Virtuele Vennootschap

14. De digitale persoon

"Why should I write to the newspapers instead of to the machines themselves, why not summon a monster meeting of machines, place the steam engine in the chair, and hold a council of war?"

Samuel Butler, 1863

Butler schreef dit in een ingezonden brief in een Nieuw Zeelandse krant naar aanleiding van de invoering van de telegraaf in dat land het jaar daarvoor. In 1859 was Darwins *On the Origin of Species* verschenen. Butler was een bewonderaar van Darwin¹¹⁶ en speculeerde vrijmoedig over de evolutie na de mens, in het bijzonder door middel van machines. Hij vroeg zich af of zich niet een nieuwe vorm van intelligentie en bewustzijn kon ontwikkelen, anders dan dat van dieren (met inbegrip van mensen) en planten. Hij voorzag in dezelfde brief de ontwikkeling van wat wij nu noemen *the world wide web*.¹¹⁷ Zeven jaar later schreef hij in zijn roman *Erewhon*: "There is no security ... against the ultimate development of mechanical consciousness, in the fact of machines possessing little consciousness now... Surely if a machine is able to reproduce another machine systematically, we may say that it has a reproductive system. What is a reproductive system, if it be not a system for reproduction? And how few of the machines are there which have not been produced systematically by other machines?"¹¹⁸

¹¹⁶ Maar verfoeide Darwin omdat deze onvoldoende erkende dat hij zijn evolutietheorie ontleende aan het werk van onder andere zijn grootvader, Erasmus Darwin, en anderen voor hem. Om deze reden trok Butler jarenlang heftig van leer tegen Darwin, zie G. Dyson, *Darwin among the Machines* (1996), p. 17-24.

¹¹⁷ Butler schreef: "We will say then that a considerable advance has been made in mechanical development, when all men, in all places, without any loss of time, are cognizant through their senses, of all that they desire to be cognizant of in all other places, at a low rate of charge, so that the back country squatter may hear his wool sold in London and deal with the buyer himself – may sit in his own chair in a back country hut and hear the performance of Israel in Aegypt at Exeter Hall – may taste an ice on the Rakaia, which he is paying for and receiving in the Italian opera house Covent garden. Multiply instance *ad libitum* – this is the grand annihilation of time and place which we are all striving for, and which in one small part we have been permitted to see actually realised."

¹¹⁸ *Erewhon* (1872), Penguin Classics (1985) p. 199 en 210.

Butler zag zeer ver vooruit. Hij was de eerste die deze vragen publiekelijk stelde, in een tijd dat de meest geavanceerde machine inderdaad nog de stoommachine was. Electriciteit had nog nauwelijks praktisch toepassing gekregen. De interne ontploffingsmotor bestond nog niet. De mechanische wereld bestond uit grote fysieke machines met buizen, kleppen en raderen die met gebruik van opgewekte druk mechanische bewegingen sneller, krachtiger en langduriger konden verrichten dan de mens of andere dieren. Van zelfdenkende, intelligente machines was geen sprake.

De twintigste eeuw heeft een ware explosie van technologische ontwikkelingen laten zien. De beide Wereldoorlogen en de daarop volgende Koude Oorlog hebben daarbij een doorslaggevende rol gespeeld. De berekening van banen van artilleriegeschut, het decoderen door de Britten van met de Enigma-machine gecodeerde Duitse berichten en het ontwikkelen van de atoombom en simuleren van haar ontploffing, behoeften enorme rekenkracht. Digitalisering, het opbreken van complexe gedachten, sommen, formules en dergelijke in binaire toestanden van 0 of 1, ('binary digits' ofwel 'bits') en het opeenvolgend en parallel verwerken van reeksen bits met steeds snellere machines, van ponskaartlezers, via vacuum-buizen tot siliconen microprocessors, leverden uiteindelijk de moderne computer op. Ook het concept van het internet is in de VS uit militaire behoefte ontwikkeld, om te voorzien in een communicatienetwerk dat een nucleaire aanval van de Sovjet-Unie zou kunnen overleven.¹¹⁹

Zoals dat ook gaat in de natuurlijke evolutie, worden soms vrij plotseling sprongen gemaakt doordat een voor een bepaald doel ontwikkelde structuur of systeem voor andere doeleinden wordt gebruikt. Computers worden tegenwoordig voor onbeschrijflijk veel en gevarieerde functies in onze maatschappij gebruikt. In steeds toenemende mate nemen computers beslissingen en verrichten zij handelingen die eertijds door mensen werden genomen en verricht. Computers vliegen ons veilig over de oceaan, voorstellen het weer onderweg, besturen kerncentrales, nemen beleggingsbeslissingen op basis van zeer gecompliceerde strategieën, onderwijzen jongeren en volwassenen en verslaan de beste schakers ter wereld.

Tot dusver zijn computers nog in belangrijke mate afhankelijk van menselijke inbreng en programmering en kunnen mensen meestal in de door computers gegenereerde processen ingrijpen. Ondanks voorspellingen van het tegendeel stellen de deskundigen vast dat computers nog bij lange na niet een vorm van intelligentie en bewustzijn generen gelijkwaardig aan die voortgebracht door menselijke hersenen. De computer Deep Blue kan

¹¹⁹ Zie over de ontwikkeling van computers en hun rol in de evolutie het fascinerende boek van George Dyson, *Darwin among the machines* (1996).

Kasparov verslaan,¹²⁰ maar kan niet ook een golfbal slaan, een boek over vogels schrijven en houden van een ander, om maar een paar willekeurige door menselijke hersenen gestuurde activiteiten¹²¹ te noemen en om van alle onbewuste lichamelijke functies die door de hersenen worden bestuurd maar te zwijgen. Uit neurologisch onderzoek wordt inmiddels wel duidelijk dat de processen die zich in de hersenen afspelen op het niveau van neuronen waarschijnlijk niet wezenlijk verschillen van de binaire processen in computers: door wat dan ook geprikkeld flitsen neuronen aan en uit (1 en 0) en geven zo signalen af aan andere neuronen, die door middel van chemische en elektrische reacties leiden tot bewuste of onbewuste verandering in de lichamelijke of geestelijke toestand van de betreffende mens. Er zijn meer parallellen. Deep Blue die Kasparov verslaat loopt voortdurend in een ongelooflijk tempo allerlei mogelijke scenario's na die het gevolg kunnen zijn van de verschillende zetten die gedaan kunnen worden. Uit de aangediende mogelijkheden kiest de computer een zet die op basis van (ten dele voorgeprogrammeerde) statistische schattingen tot het best mogelijke resultaat leidt. De hersenen zijn waarschijnlijk voortdurend bezig vergelijkbare inschattingen omtrent de werkelijkheid te maken op basis waarvan bewust en onbewust gedrag wordt bepaald. De werkelijkheid zoals deze door middel van onder andere zintuiglijke waarneming tot de hersenen komt, staat voor de hersenen niet vast maar wordt voortdurend geïnterpreteerd en als het niet uitkomt of niet lijkt te passen bij andere verkregen informatie of de daarvan gekozen interpretatie, aangevuld, gecorrigeerd en genegeerd. Ontbrekende informatie wordt ingevuld op basis van inschattingen omtrent hetgeen het meest waarschijnlijk is.¹²² Het wezenlijke verschil tussen hersenen en computers zit ergens anders. Computers kunnen soms duizenden of miljoenen keren sneller alternatieven onderzoeken dan biologische neuronen. Maar dit valt in het niet bij het combinatievermogen dat de miljarden neuronen in de hersenen en hun ontelbare onderlinge verbindingen genereren.¹²³ Dit vermogen geeft een voor hedendaagse computers niet te evenaren capaciteit tot leren, aanpassing en bewustzijn.

¹²⁰ Zie www.research.ibm.com/deepblue/home/html/b.html voor een uitgebreid verslag van de tweekamp tussen beide in 1997. De opvolger van Deep Blue is Blue Gene, die 10E15 rekenkundige operaties per seconde (!) kan verrichten, zie www.research.ibm.com/bluegene.

¹²¹ Zie voor de bemoeienis van onze hersenen met liefde T. Lewis, F. Amani, R. Lannon, *A General Theory of Love* (2000).

¹²² Zie voor intrigerende voorbeelden: A. Damasio, *The feeling of what happens, body and emotion in the making of consciousness* (1999) en A.S. Ramachandran, S. Blakeslee, *Phantoms in the brain*, 1998. Zie voor de implicaties hiervan in het recht, bij voorbeeld voor de betekenis die verklaringen van ooggetuigen hebben H.F.M. Crombach, P.J. van Koppen, W.A. Wagenaar, *Dubieuze Zaken*, 1992, p. 270-290.

¹²³ G. Dyson, a.w., p. 110.

Uit wat wij nu lijken te weten komt voor mij, als belangstellende leek, het beeld naar voren van een weliswaar enorm groot maar niet logisch onoverbrugbaar verschil tussen menselijke hersenen en computers. Het kan zijn dat aaneenschakeling van computers in een hiërarchisch gestructureerd netwerk uiteindelijk leidt tot iets van kunstmatige intelligentie en bewustzijn vergelijkbaar met die van menselijke hersenen.¹²⁴ Een andere mogelijkheid is de nieuwe technologie voor de ontwikkeling van zgn. *evolvable hardware* (EHW). Hiermee doelt men op de ontwikkeling van hardware die zichzelf reconfigureert op basis van een zichzelf aanpassend algoritme (*genetic algorithm*), dat voortdurend de volgorde van logische stappen om tot een oplossing te komen aanpast na het razendsnel testen van allerlei willekeurige routes.¹²⁵ Daarnaast is het goed om in te zien dat computers weliswaar (nog) menselijk handelen en inzicht behoeven voor hun ontwikkeling en reproductie, maar dat omgekeerd mensen in hun leven, en derhalve in hun reproductie, steeds afhankelijker worden van computers. Door deze symbiose kunnen we wellicht op enig moment ook zeggen dat kunstmatig leven is ontstaan.

Ik heb geen idee of de technologische ontwikkeling werkelijk ooit zo ver zal reiken en zo ja wanneer en in wat voor wereld we dan zullen leven. Maar zoals Butler ruim een eeuw geleden geloof ik dat de huidige situatie niet de zekerheid biedt dat het nooit zo ver zal komen. De kans dat het wel zo ver komt lijkt mij groter. De definitie van wat kunstmatige intelligentie, kunstmatig bewustzijn en kunstmatig leven is, is natuurlijk arbitrair. Voor het recht lijkt ook niet zo relevant of het werkelijk tot aan de mens gelijkwaardige kunstmatige intelligentie, bewustzijn en leven komt. De voor het recht relevante, intrigerende en op den duur wellicht onvermijdelijke vraag is of de ontwikkeling van computers in de richting van menselijke intelligentie en bewustzijn, gevoegd bij de verdergaande vervanging van menselijke besluitvorming en handeling door die van computers, het op enig moment noodzakelijk of wenselijk maakt om computersystemen¹²⁶ zelf in het recht als rechtssubject te erkennen. Moeten wij op enig moment de digitale persoon als rechtssubject erkennen, naast de natuurlijke persoon en de rechtspersoon? Zou dat kunnen?

¹²⁴ Dyson, a.w. ziet voor de ontwikkeling van dergelijke netwerken vooral een rol weggelegd voor het world wide web en opvolgers daarvan.

¹²⁵ Zie *The Economist Technology Quarterly* March 2001 (*The Economist* 24-31 march 2001), *Machines with minds of their own*, p. 51-52.

¹²⁶ Met de term computersysteem geef ik aan dat we ons daarbij wellicht niet zozeer individuele p.c.'s moeten voorstellen maar wellicht netwerken van aaneengesloten computers. Het geeft ook aan dat het gaat om een combinatie van een machine (hardware) en programma's (software).

Mijn eerste reactie op die laatste vraag zou zijn: waarom eigenlijk niet? Ik geef toe, het is nog al een omwenteling. Recht is van oudsher en tot dusver mensenwerk, het is bedacht en ontwikkeld door mensen, hoe buitenmenselijk (God of de natuur) zij soms ook de oorsprong, de uiteindelijke bron van het recht hebben gedacht. En het recht gaat steeds over de mens. Het recht heeft voortdurend de relatie op het oog tussen de mens en de wereld om hem heen, dat wil zeggen andere mensen, dingen, organisaties, de staat. De mens staat centraal in het recht. In het privaatrecht is dit gestalte gegeven door de mens te beschouwen als persoon in het recht, drager van rechten, verplichtingen en rechtsbetrekkingen, als rechtssubject. Het recht heeft (mensen hebben) er lang over gedaan om de persoonlijkheid van iedere mens als vanzelfsprekend aan te nemen. Vanzelfsprekend was wel altijd dat het niet-menselijke in de wereld in het recht niet als persoon werd erkend. Boon heeft in Nederland ooit eens bepleit dat dieren rechtssubjectiviteit wordt verleend opdat zij civielrechtelijk kunnen worden beschermd, met name tegen de mens.¹²⁷ Dit is geen werkelijkheid geworden, dieren worden beschermd door aan de mens verplichtingen op te leggen, zie hoofdstuk III van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, in het bijzonder artikel 36 en 37,¹²⁸ niet door aan dieren rechten en persoonlijkheid toe te kennen.

De rechtspersoon als constructie van het recht vormt een inbreuk op het uitgangspunt in het recht dat de mens als (enige) persoon daarin centraal staat. Deze inbreuk heeft dan ook aanleiding gegeven tot omvangrijke theorievorming om haar te kunnen duiden.¹²⁹ De inbreuk is echter slechts beperkt. Het handelen van de rechtspersoon is uiteindelijk altijd herleidbaar tot handelen van mensen. Een gesloten stelsel van rechtspersonen die uitsluitend andere rechtspersonen kennen als leden van hun organen, geheel los van mensen, is ondenkbaar, zou in ieder geval niet in staat zijn tot handelen en daarmee in strijd zijn met de openbare orde.¹³⁰ De mens draagt

¹²⁷ D. Boon, *Nederlands Dierenrecht* (1983), p. 321.

¹²⁸ Staatsblad 1992, 585.

¹²⁹ Zie voor een mooi overzicht de theoretische beschouwing van Paul Scholten in Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, p. 1-25; zie tevens P. van Schilfgaarde, *Losbladige Rechtspersonen*, artikel 3, aantekening 4; F.M. Huussen-De Groot, *Rechtspersonen in de 19e eeuw* (1976); L. Timmerman, *Preadvies NJV 2000*, p. 115 e.v.

¹³⁰ Dit geldt zowel voor het ontstaan van rechtspersonen, hun bestuur als (voor kapitaalvennootschappen) voor hun kapitaalverschaffing. Rechtspersonen beginnen per definitie met de mens, die in ieder geval de eerste rechtspersoon moet oprichten, die vervolgens andere rechtspersonen kan oprichten. Hoewel Boek 2 BW dit nergens verbiedt, kunnen twee rechtspersonen niet over weer elkaars enige bestuurder zijn, althans niet zonder ook in de statuten een mens (of een andere, uiteindelijk door een mens bestuurd rechtspersoon) aan te wijzen die tevens namens (een van bei)de rechtspersonen kan optreden. Zonder een dergelijke voorziening kunnen beide rechtspersonen niet handelen, zodat zelfs iets voor het bestaan van de rechtspersoon wezenlijks als de

derhalve uiteindelijk steeds verantwoordelijkheid voor het handelen en nalaten van de rechtspersoon.

Op dezelfde wijze zouden wij kunnen omgaan met computersystemen als digitale personen. De inbreuk op het rechtssysteem van de mens zou beperkt blijven indien wij zouden voorschrijven dat een computersysteem om digitale persoon te kunnen zijn steeds moet worden beheerst door een (of meer) mensen, zijn handelen steeds tot een mens herleidbaar en (onder omstandigheden) aan een mens toerekenbaar moet zijn. De digitale persoon zou simpelweg een nieuwe variant van afgeleide persoonlijkheid zijn, vergelijkbaar met de rechtspersoon. Anders dan bij een rechtspersoon is menselijke beheersing van een digitale persoon niet een logische noodzakelijkheid. Het bijzondere van een computersysteem zou nu juist kunnen zijn dat het ook zonder handelen, zonder beheersing van de mens kan functioneren, ook in rechte. Maar als voorwaarde voor de erkenning van een computersysteem als digitale persoon in het recht zou beheersing door een mens, toerekenbaarheid aan een mens, heel wel denkbaar zijn. Die voorwaarde zou ingegeven kunnen worden door de overtuiging dat recht uiteindelijk zoveel en zo onverbrekelijk een uitdrukking is van menselijke sociale normen, waarden en emoties, dat wij daarin geen ruimte kunnen maken voor zelfstandig opererende entiteiten die niet uiteindelijk door de mens worden beheerst. Die overtuiging lijkt mij vooralsnog zeker legitiem. Zij beantwoordt ook aan een 'onderbuikgevoel' van angst voor een maatschappij waarin het juist de mens is die wordt beheerst door machines, computersystemen, een angst die heeft geleid tot grauwe literaire beschrijvingen als George Orwells '1984' en Eugene Zamiatins 'Wij'.¹³¹ Door deze voorwaarde te stellen kan de mens blijven ingrijpen in het niet-menselijk gedrag en eventueel het bestaan van digitale personen, wanneer het recht dat vordert.

inschrijving in het handelsregister niet kan plaatsvinden. Dergelijke rechtspersonen zijn tot inactiviteit in strijd met de wet gedoemd, en derhalve in strijd met de openbare orde, artikel 2: 20 BW. Twee vennootschappen die over en weer volledig elkaars kapitaal houden botsen al dadelijk met de regels van kapitaalbescherming, zie H.J.M.N. Honée, De verhouding moeder - dochter in het kader van de kapitaalbescherming, in: Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering, dl. 28 in de serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, 1987, p. 55 e.v. Daarnaast is er een principiële onmogelijkheid, dezelfde als die welke verbiedt dat de vennootschap al haar aandelen zelf houdt. In dat geval is er geen sprake meer van kapitaalverschaffing, zodat de vennootschap niet meer voldoet aan haar wezenskenmerk.

¹³¹ Zamiatins boek werd voor het eerst in 1924 in het Westen uitgegeven. Het beschrijft een wereld in de toekomst waarin de 20% van de mensheid die twee honderd jaar oorlog heeft overleefd, als nummers verder een mathematisch volkomen geordend leven leiden. Orwells 1984 is mede op het boek van Zamiatin gebaseerd.

Zal er op enig moment behoefte bestaan aan het toekennen van zelfstandige persoonlijkheid aan computersystemen die uiteindelijk door mensen worden beheerst? Wat is de meerwaarde daarvan? John van Neumann, een van de grote denkers over computers en intelligentie in de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw, toen het potentieel van computers langzaam duidelijk werd, zei eens: "the best we can do is to divide all processes into those things which can be better done by machines and those which can be better done by humans and then invent methods by which to pursue the two."¹³² Ik noem een paar voorbeelden in de ondernemingssfeer waarin computers inmiddels menselijk handelen kunnen overnemen en ten dele al hebben overgenomen. Van Esch spreekt in dit verband van zelfhandelende EDI-systemen, waarbij EDI staat voor Electronic Data Interchange.¹³³

Een reisbureau boekt voor haar klanten reizen. De toegevoegde waarde van het reisbureau bestaat erin dat het relaties heeft met vervoerders als vliegtuig-, boot-, trein- en busmaatschappijen, en met aanbieders van hotel-, appartement- en andersoortige accommodaties in allerlei landen. Het reisbureau kan de klant informeren en adviseren over reisbestemmingen en neemt de klant vervolgens werk uit handen door voor hem reserveringen te maken bij de vervoerders, ruimte in accommodaties te boeken etc. Tussen reisbureau en vervoerders en aanbieders van accommodatie zijn inmiddels uitgebreide en geavanceerde communicatienetwerken ingericht, die het maken, wijzigen en annuleren van boekingen betrekkelijk eenvoudig doen verlopen. De klant betaalt het reisbureau, die vervolgens aan de vervoerder en de verschafter van accommodatie het door het reisbureau met hen afgesproken bedrag doet toekomen. Dit hele proces kan ook vandaag al volledig virtueel plaatsvinden, door middel van computersystemen en het internet.¹³⁴ Er is geen enkel menselijk handelen aan de zijde van het reisbureau vereist om een klant informatie te verschaffen over bestemmingen; de klant kan surfend via hyperlinks op de website van het internetreisbureau informatie krijgen over allerlei bestemmingen en reispakketten; hij kan muisklikkend zijn gewenste reispakket samenstellen; de computer die de website beheert kan via e-mail en andere communicatiesystemen de gewenste reservering maken bij vervoerder en accommodatieaanbieder, die langs dezelfde weg de reservering kunnen bevestigen; de klant kan elektronisch aanbetalen en de volle reissom aan het reisbureau doen overmaken; het

¹³² John van Neumann, *The impact of recent developments in science on the economy and on economics*, voordracht voor de National Planning Association, Washington D.C., 12 december 1955; opnieuw afgedrukt in *Collected Works*, vol. 6 (Oxford, Pergamon Press, 1963), p. 100.

¹³³ A.w., p. 43 e.v.

¹³⁴ Zie www.thomascook.com, www.cheaptickets.co.uk, www.sunweb.nl, www.travelplanet.nl.

reisbureau kan elektronisch een vliegticket uitgeven. Slechts reizen en vakantie houden zal de klant zelf moeten doen.

Het reisbureau, doorgaans in de rechtsvorm van een rechtspersoon, gaat in zijn werkzaamheden allerlei juridische relaties aan: doet een offerte aan een klant voor een bepaalde reis, aanvaardt de opdracht om deze voor de klant te boeken, heeft uit dien hoofde jegens de klant aanspraak op betaling van de reissom, gaat overeenkomsten aan met vervoerders en aanbieders van accommodatie over te maken reserveringen, prijzen en andere voorwaarden, vertegenwoordigt de klant bij het maken van daadwerkelijke boekingen bij deze wederpartijen etc. Deze rechtshandelingen worden door het computersysteem voor het reisbureau gesteld.¹³⁵ Indien geen enkel menselijk handelen is vereist voor het aangaan van al die juridische verhoudingen, waarom zouden die verhoudingen juridisch dan nog via een natuurlijk persoon of een door deze beheerste rechtspersoon moeten lopen? Zou het niet efficiënt zijn het computersysteem dat het digitale reisbureau voert als digitale persoon zelf in deze juridische verhoudingen te laten treden?

Andere voorbeelden komen uit de effectenwereld. In toenemende mate worden transacties in de effectenwereld geautomatiseerd, gedigitaliseerd. Effectentransacties worden door computers tot stand gebracht (de zgn. schermenhandel) en via computersystemen afgewikkeld (clearing en netting). Zoals ik al aangaf in paragraaf 7 worden effecten tegenwoordig nagenoeg uitsluitend gehouden door middel van rekeningen in geautomatiseerde, door computersystemen beheerde administraties en kunnen we daarom spreken van 'computerised securities'. Steeds vaker worden effectentransacties ook geïnitieerd door computersystemen: computersystemen volgen voor bij voorbeeld bepaalde grote beleggingsfondsen het koersverloop van de in portefeuille gehouden effecten en als de koersen kritische waarden onder- of overschrijden worden aan- en verkoopopdrachten door de computersystemen gegeven. Ook daar komt geen menselijk handelen meer aan te pas. Het zijn zo computersystemen die beleggingsbeslissingen nemen, aan- en verkooporders op de beurs bijeenbrengen, als centrale tegenpartij orders omzetten in leverings- en betalingsverplichtingen, transacties afwickelen en het resultaat in administraties verwerken. Deze digitalisering van het effectenverkeer zal alleen maar omvattender worden. De

¹³⁵ In zijn proefschrift gaat Van Esch uitgebreid in op de vraag hoe zelfhandelende EDI-systemen rechtshandelingen kunnen verrichten waaraan een natuurlijk of rechtspersoon gebonden is en hoe leerstukken als geestelijke stoornis, handelingsonbekwaamheid, wilsgebreken en bescherming van derden die te goeder trouw op een EDI-bericht zijn afgegaan, uitwerken bij EDI-systemen, a.w. p. 43-92.

concurrentie in de effectenwereld dwingt om de kosten gepaard gaande met menselijke interventie en conventionele administratie te drukken. Dit proces begint langzamerhand enige juridische consequenties te krijgen. We kennen tegenwoordig *E-brokers*, die via het internet volledig virtueel beleggingsadvies geven en transactieopdrachten ontvangen, uitvoeren en verwerken.¹³⁶ We kennen ook elektronische handelssystemen en beurzen als Terra Nova Trading, Jiway en Instinet.¹³⁷ Het toepassen en handhaven van effectenrechtelijke regelgeving op deze elektronische verschijnselen vergt bijzondere aandacht.¹³⁸

Er zijn nog vele andere ondernemingsactiviteiten te noemen waarin computersystemen reeds nu alle noodzakelijke handelingen kunnen verrichten. We mogen ervan uitgaan dat dit aantal zal groeien en steeds meer complexere ondernemingsactiviteiten zal omvatten naarmate computersystemen (zich) verder ontwikkelen. Tot dusver worden deze elektronische ondernemingsactiviteiten doorgaans verricht in de rechtsvorm van een rechtspersoon, meestal een vennootschap met één of meer aandeelhouders. Om juridisch te kunnen handelen moet ergens in de juridische structuur van de rechtspersoon een mens zijn aangewezen om als vertegenwoordiger van de rechtspersoon op te treden.¹³⁹ Maar er treedt in de praktijk helemaal geen mens op bij het verrichten van de rechtshandelingen namens de vennootschap. Computersystemen klaren de klus. Waarom dan ook niet in het recht een stap verdergaan? Waarom zou een computersysteem dat zonder enige menselijke interventie een reisbureau beheert, *E-brokerage* aanbiedt, een elektronische beurs voert, de centrale tegenpartij bij van beurstransacties is of als bewaarder van computersised securities optreedt, niet zelf digitale persoon kunnen zijn? Als de rechtspersoon nog uitsluitend door middel van een computersysteem handelt, en juist niet meer door de mens, zou het een enorme vereenvoudiging zijn als wij aan het computersysteem zelf persoonlijkheid zouden toekennen. We kunnen het dan zonder de rechtspersoon stellen, de constructie van rechtspersoonlijkheid voegt in die gevallen niets meer toe. Anders gezegd, de digitale persoon is een bepaald soort rechtspersoon die het zonder organen kan stellen, die zelf zijn handelen kan bepalen. De digitale persoon kan de realiteit van handelen door computersystemen verenigen met het aantrekkelijke van de rechts-

¹³⁶ Zie bijv. www.charlesschwab.com en www.wrhambrecht.com, die ook de mogelijkheid bieden om on line in te schrijven op openbare en private emissies.

¹³⁷ Zie bijv. www.jiway.com, www.terranovatradings.com en www.instinet.com.

¹³⁸ Zie het standpunt van de SEC omtrent alternative trading systems, release no. 34-39884, te vinden op www.sec.gov; zie tevens de beleidsnotitie 99-0003 van de STE inzake het Internet in relatie tot het toezicht op het effectenverkeer in Nederland, te vinden op www.ste.nl.

¹³⁹ Zie noot 130 hiervoor.

persoon, nl. het buiten de mens in een afzonderlijk rechtssubject doen
samenkomen van rechten en verplichtingen.¹⁴⁰

Wanneer we op enig moment de digitale persoon willen regelen, zouden we waarschijnlijk vergelijkbare gebieden van regeling moeten ontwerpen als we nu al kennen voor de rechtspersoon. Ik heb geprobeerd me een voorstelling te maken hoe dat bij digitale personen zou kunnen uitwerken. Hierna volgt een eerste aanzet op hoofdlijnen, waarbij ik mij goed realiseer dat ik niet in staat ben alle vragen te verzinnen die wij tegen die tijd zullen moeten stellen en beantwoorden.

Definitie

De wet zal moeten omschrijven wat een digitale persoon eigenlijk is, aan welke voorwaarden een computersysteem moet voldoen om te kwalificeren als digitale persoon. Denkbaar is dat de wetgever beschrijft welke de minimale mathematische en combinatorische capaciteiten van een computersysteem moeten zijn om als digitale persoon te kunnen worden erkend. Nodig lijkt dit niet. De wetgever zou kunnen volstaan met de omschrijving dat de digitale persoon een door één of meer beheerders beheerd computersysteem is dat zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Ik ga voor het gemak hierna uit van één beheerder. De beheerder moet een natuurlijk persoon zijn of een door een natuurlijk persoon beheerste rechtspersoon of andere digitale persoon. Voor het geval een rechtspersoon of digitale persoon de beheerder is, zal een schakelbepaling in de zin van artikel 2: 11 nodig zijn: de aansprakelijkheid van een rechtspersoon of digitale persoon als beheerder van een andere digitale persoon, rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van die aansprakelijkheid van de rechtspersoon of digitale persoon daarvan bestuurder of beheerder is. Zo is de uiteindelijke verantwoordelijkheid van de mens in het systeem vastgelegd.

In theorie is denkbaar dat we tegen die tijd behoefte zullen hebben aan verschillende typen digitale personen, die verschillende materiële kenmerken hebben, zoals wij vandaag verschillende soorten rechtspersonen hebben. Wij zullen moeten zien in hoeverre het maken van categorieën digitale personen en het daaraan verbinden van onderscheiden rechtsgevolgen efficiënt zal zijn. Het voert te ver om daarop nu vooruit te lopen.

¹⁴⁰ Vgl. L. Timmerman in diens preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, 2000, p. 159, die schrijft dat de rechtspersoon op dit moment op zijn hoogtepunt is. Alternatieven voor de rechtspersoon, zoals de gemeenschap, de regeling voor de personenvennootschappen en de erkenning van de trust, zijn in de wetgeving inmiddels beter geregeld. Voor bepaalde door computers gedreven ondernemingsvormen kunnen we daaraan in de toekomst wellicht de digitale persoon als alternatief toevoegen.

Totstandkoming

De digitale persoon komt tot stand door inschrijving in het daartoe bestemde on line-openbare register van digitale personen. Bij de inschrijving moet een beheersovereenkomst tussen digitale persoon en beheerder ter inzage worden gelegd en worden nadere gegevens omtrent de digitale persoon en de beheerder neergelegd.¹⁴¹ Erkenning door de overheid en een notarieel waarmerk van bij voorbeeld de beheersovereenkomst lijken mij onnodig belemmerend, zoals dat vandaag de dag eigenlijk ook al geldt voor de verklaring van geen bezwaar en de notariële akte van oprichting bij rechtspersonen.

Identiteit, woonplaats, rechtsbevoegdheid

De digitale persoon heeft een identiteit nodig, waarmee hij zich in het rechtsverkeer onderscheidt van andere personen. Dit kan een naam in klassieke zin zijn, maar ook een getal of andersoortige mathematische aanduiding, steeds gevolgd door de afkorting D.P. (voor digitale persoon). Een Nederlandse digitale persoon kiest woonplaats in een arrondissement van een rechtbank en onderwerpt zich daarmee aan Nederlands recht en de bevoegdheid van die rechtbank voor zover het betreft de persoonlijkheid van de digitale persoon en de verhouding tussen de digitale persoon en de beheerder. De doelomschrijving als beperking van de rechtsbevoegdheid van rechtspersonen is tegen die tijd ook afgeschaft,¹⁴² de digitale persoon behoeft evenmin een doelomschrijving, maar kan onbeperkt aan het rechtsverkeer deelnemen.

Besluitvorming en vertegenwoordiging

Regels voor de besluitvorming binnen en vertegenwoordiging van een digitale persoon zijn niet nodig. Anders dan de rechtspersoon is de digitale persoon in staat zelfstandig te beslissen en rechtshandelingen te verrichten en is besluitvorming binnen organen en vertegenwoordiging door leden van organen niet nodig. De digitale persoon heeft net als de mens geen organen in deze zin nodig maar besluit en handelt zelf.

Gelijkstelling met natuurlijke en rechtspersoon voor wat betreft het vermogensrecht

De digitale persoon staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijke persoon en een rechtspersoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel

¹⁴¹ Nederlegging kan plaatsvinden door het creëren van een hyperlink in het on line-register naar de website van de digitale persoon waar de relevante stukken zijn gepubliceerd, zie paragraaf 6.3 hiervoor.

¹⁴² Vgl. L. Timmerman, preadvies NJV 2000, p. 141, die op goede gronden pleit voor afschaffing van de verplichte statutaire doelomschrijving voor kapitaalvennootschappen.

voortvloeit vgl. artikel 2: 5. Dit betekent dat de digitale persoon zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is, een vermogen kan hebben, kan optreden als schuldeiser, schulden op zich kan nemen, zekerheidsrechten kan vestigen op zijn vermogensbestanddelen, gerechtigde met betrekking tot door anderen gestelde zekerheden kan zijn etc. Het betekent in beginsel ook dat de beheerder niet zelf (mede) aansprakelijk is voor de schulden die de digitale persoon is aangegaan.

De relatie met de beheerder, de beheersovereenkomst

Belangrijk in de wettelijke regeling van digitale personen waarin een mens of een uiteindelijk door de mens beheerde rechtspersoon of digitale persoon de beheerder moet zijn, is de verhouding tussen de digitale persoon en de beheerder. De wet zou kunnen voorschrijven dat de beheerder en de digitale persoon een beheersovereenkomst aangaan, die bij de inschrijving van de digitale persoon wordt gededponeerd. De beheersovereenkomst geeft de beheerder de bevoegdheid in de inrichting, de programmering van de digitale persoon in te grijpen. De overeenkomst geeft de beheerder een aanspraak op uitkering van het vermogen van de digitale persoon voor zover deze dit vermogen niet nodig heeft om aan zijn schulden te voldoen. De beheerder is verplicht op zodanige wijze in het onderhoud van de digitale persoon te voorzien als vereist is voor een behoorlijke deelname aan het rechtsverkeer. De beheersovereenkomst bepaalt dat de beheerder steeds gerechtigd is de digitale persoon te beëindigen door deze uit het register uit te schrijven.

Vermogensbescherming

Ten tijde van de introductie van de digitale persoon is kapitaalbescherming voor rechtspersonen al afgeschaft. De digitale persoon heeft geen kapitaal, evenmin als een natuurlijke persoon dat heeft. Met zijn gehele vermogen staat de digitale persoon in voor zijn schulden. Daarentegen is sprake van vermogensbescherming: de beheerder mag zich niet vermogen van de digitale persoon doen uitkeren indien de digitale persoon daardoor in een situatie raakt waarin deze zijn schulden niet meer kan voldoen. Evenmin mag de digitale persoon nog schulden aangaan indien hij moet weten dat hij deze niet meer zal kunnen voldoen. Daar de moderne technologie de digitale persoon en de beheerder tegen deze tijd in staat stelt op elk moment precies te weten in hoeverre de digitale persoon zijn schulden kan voldoen, zijn deze normen ook betrekkelijk scherp. De beheerder en de digitale persoon kunnen zich niet verschuilen door te betogen dat relevante informatie niet beschikbaar was, zodat hun handelen in strijd met deze normen niet kan worden verweten.

Financiële informatie

Zoals gezegd moet het mogelijk zijn dat de digitale persoon en zijn beheerder voortdurend een actueel overzicht hebben van de activa en passiva van de digitale persoon. Voorgeschreven zou kunnen worden dat de digitale persoon een dergelijk geactualiseerd overzicht op verzoek van een (potentiële) wederpartij moet verstrekken, naast een verplichting om maandelijks een verkorte balans en winst- en verliesrekening en solvabiliteits- en liquiditeitsverklaring te publiceren.¹⁴³

Aansprakelijkheid van de beheerder

De beheerder is in beginsel niet aansprakelijk voor de schulden van de digitale persoon. De beheerder is echter aansprakelijk indien hij weet dat de digitale persoon schulden aangaat die deze niet zal kunnen voldoen. Op de beheerder rust de bewijslast dat hij die wetenschap niet had. Bovendien is de beheerder aansprakelijk indien hij zich vermogen van de digitale persoon doet uitkeren, of anderszins verhaal aan de digitale persoon onttrekt waardoor deze niet in staat is zijn schulden te voldoen. De beheerder is ook aansprakelijk voor de schade indien de financiële informatie die de digitale persoon publiceert en aan derden verstrekt misleidend is en indien de beheerder nalatig is te voorzien in het onderhoud van de digitale persoon.

Deregistratie en faillissement

De beheerder kan op elk moment besluiten tot deregistratie van de digitale persoon door deze uit te schrijven uit het register van digitale personen. Daardoor komt een einde aan het bestaan in rechte van de digitale persoon. Na uitschrijving dient het vermogen van de digitale persoon te worden vereffend. De beheerder is vereffenaar tenzij in de beheersovereenkomst een andere vereffenaar is aangewezen. De rechtbank kan op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het openbaar ministerie evenzeer de uitschrijving van een digitale persoon bevelen indien aan zijn totstandkoming gebreken kleven, de beheersovereenkomst niet aan de eisen van de wet voldoet, de digitale persoon niet onder de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm valt of deze voor de voor zijn rechtsvorm gestelde verboden overtreedt of in ernstige mate in strijd met de beheersovereenkomst handelt, vgl. artikel 2: 21 BW. De digitale persoon kan worden failliet verklaard en de bepalingen van de Faillissementswet kunnen volledig worden toegepast. Opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel en insolventie leiden tot uitschrijving van de digitale persoon uit het register, vgl. artikel 2: 19 lid 1 sub c BW.

¹⁴³ Zie paragraaf 10 hiervoor.

Groepsverhoudingen, beursnotering

Digitale personen kunnen in groepen zijn verbonden, waarbij digitale personen beheerders zijn van andere digitale personen. Wij zullen wellicht ook een groepsrecht voor digitale personen moeten ontwikkelen. De digitale persoon zoals hier opgezet geeft niet verhandelbare rechten uit die aanspraak geven op het vermogen van de digitale persoon en waaraan zeggenschapsrechten zijn verbonden waarmee de houders van die rechten invloed uitoefenen op het handelen van de digitale persoon instelling. Denkbaar is dat een digitale persoon verhandelbare winst- of schuldbewijzen uitgeeft, waaraan geen zeggenschapsrechten zijn verbonden. Indien ook verhandelbare zeggenschapsrechten zouden moeten bestaan, houdt dat in deze opzet in dat de positie van beheerder verhandelbaar wordt of dat een investeerdersorgaan wordt gecreëerd dat het handelen van de digitale persoon, al dan niet via de beheerder kan beïnvloeden. In die gevallen lijkt een digitale persoon niet veel waarde toe te voegen aan een bestaande naamloze vennootschap waarvan aandelen door beleggers worden gehouden en die zou kunnen handelen uitsluitend door computersystemen.

15. De virtuele vennootschap: cybernetica en governance

Als de digitale persoon eenmaal in het recht wordt aanvaard, zal ook een werkelijk virtuele vennootschap kunnen ontstaan: een vennootschap die bestuurd wordt door een of meer digitale personen, wellicht onder toezicht van andere digitale personen en waarvan een of meer digitale personen aandeelhouder zijn.¹⁴⁴ Etymologisch is de virtuele vennootschap, bestuurd door en ten behoeve van computersystemen, altijd al onvermijdelijk geweest: cybernetica en governance stammen beide af van hetzelfde Griekse woord *κυβερνηθίκα*, dat: bestuur, of: besturing betekent.

Veel concreets valt over deze toekomst op dit moment niet te zeggen, maar misschien wel dit. Als het er ooit van komt dat drie typen rechtssubjecten naast en in relatie tot elkaar functioneren, natuurlijke personen, rechtspersonen en digitale personen, zal het recht en zeker ook het vennootschapsrecht aanmerkelijk ingewikkelder, complexer en onvoorspelbaarder worden. Met een derde type rechtssubject die verbindingen heeft met de bestaande twee neemt de variatie in voorstelbare juridische situaties en daarmee gepaard gaande vragen exponentieel toe. We kunnen daarover

¹⁴⁴ De term virtuele vennootschap is al vaker gehanteerd, maar dan in beperktere zin: een vennootschap waarin de communicatie tussen leden van organen en met de buitenwereld uitsluitend langs virtuele, elektronische weg plaatsvindt. Zie U. Noack, *Moderne Kommunikationsformen vor den Toren des Unternehmensrechts*, a.w.. De virtuele vennootschap waarvan slechts digitale personen deel uitmaken en die ook uitsluitend virtueel besluit en handelt, gaat nog weer een stap verder.

onze hedendaagse vragen stellen, bij voorbeeld omtrent verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de verschillende onderdelen in groepsverbanden van natuurlijke, rechts- en digitale personen, of de vraag of een digitale persoon commissaris kan zijn.¹⁴⁵ De introductie van de digitale persoon zal ongetwijfeld ook volkomen nieuwe vragen oproepen, die wij vandaag helemaal niet stellen.

Die toenemende onvoorspelbaarheid zien sommigen wellicht als een bedreiging. Ik zou haar meer als een uitdaging willen zien, wellicht zelfs als een noodzaak. Hier geldt een algemeen principe, dat Darwins evolutie, kunstmatige intelligentie en recht verbindt. Juist door het onvoorspelbare, doordat organismen niet repliceren (exakte kopieën van zichzelf produceren) maar reproduceren (bij benadering gelijke kopieën maken door replicerende genen die soms willekeurig muteren) is evolutie, is ontwikkeling mogelijk.¹⁴⁶ Kunstmatige intelligentie kan waarschijnlijk nooit ontstaan met enkel binaire, volkomen voorspelbare rekenprocessen met behulp waarvan computers functioneren, hoe groot hun rekenkracht ook is. Om lerend vermogen te genereren dient onvoorspelbaarheid te worden gecreëerd, bij voorbeeld door individuele computers die verschillend zijn geprogrammeerd en verschillende doelstellingen hebben in een netwerk op te nemen en met elkaar in verbinding te brengen of door hardware zich te laten aanpassen na het testen van talloze willekeurige opties voor de beste configuratie. Zo ontwikkelt zich ook het recht juist door het onvoorspelbare, door telkens weer geconfronteerd te worden met nieuwe werkelijkheid die juridische beheersing behoeft. Het recht kan dat alleen als het inherent zelf ook iets onvoorspelbaars en onzekers heeft, als het de ruimte laat voor nieuwe ontwikkelingen die het recht zelf veranderen en als het zich niet bij voorbaat afsluit voor allerlei mogelijke nieuwe vragen, nieuwe regels, redeneringen, methoden en instrumenten voor beheersing van telkens weer opdoemende nieuwe werkelijkheid. Als mij één ding duidelijk is geworden tijdens het schrijven van dit preadvies, dan is het wel dat het recht juist op ontwikkelingen die door moderne informatie- en communicatietechnologie worden ingegeven, op een open, faciliterende en flexibele wijze moet reageren.

¹⁴⁵ Artikel 2: 140 (250) lid 1 bepaalt dat de raad van commissarissen bestaat uit een of meer natuurlijke personen.

¹⁴⁶ Ik gebruik hier uitdrukkelijk niet het woord vooruitgang. De bekende paleontoloog Stephen J. Gould heeft een mooi boekje geschreven, *Life's Grandeur* (1996), waarin hij laat zien dat de grote constante in de evolutie bacteriën en andere microscopische levensvormen zijn, die vanaf het begin en tot aan de dag van vandaag de overweldigende meerderheid van het leven op aarde uitmaken. De ontwikkeling van steeds complexere levensvormen, met de mens misschien als het voorlopige hoogtepunt, is in het licht van het grote geheel een randverschijnsel van de evolutie.

Naar de afschaffing van het papieren cognossement, een case studie

Prof. mr G.J. van der Ziel

Die erste Aufgabe der Verwaltung ist die Feststellung der tatsächlichen Lage der Dinge. Dazu ist es notwendig, dass die Verwaltung sich mit den verschiedenen Interessengruppen auseinandersetzt und deren Bedürfnisse und Interessen kennt. Nur so kann sie in der Lage sein, die richtigen Entscheidungen zu treffen.

Die zweite Aufgabe der Verwaltung ist die Durchführung der Entscheidungen. Dazu ist es notwendig, dass die Verwaltung die richtigen Maßnahmen ergreift und diese auch in der Praxis umsetzt. Dazu ist es notwendig, dass die Verwaltung die richtigen Ressourcen einsetzt und diese auch in der Praxis einsetzt. Nur so kann sie die Entscheidungen in der Praxis umsetzen.

Die dritte Aufgabe der Verwaltung ist die Kontrolle der Durchführung. Dazu ist es notwendig, dass die Verwaltung die Durchführung der Entscheidungen überwacht und die Ergebnisse überprüft. Nur so kann sie sicherstellen, dass die Entscheidungen in der Praxis umgesetzt werden.

1. Inleiding

1.1 Algemeen

Het was eind zeventiger / begin tachtiger jaren dat de automatisering van administratieve bedrijfsprocessen goed op gang begon te komen. De telex begon toen snel terrein te verliezen ten gunste van de computer. Computers bleken namelijk in staat om via telefoonlijnen in hun geheugen ingevoerde gegevens mee te delen aan andere computers. En wanneer binnen een bedrijf regelmatige gegevensuitwisselingen bestaan tussen verschillende bedrijfsonderdelen, kon voor die uitwisseling capaciteit worden gehuurd op vaste telefoonlijnen tussen die bedrijfsonderdelen.

Binnen zeevervoerbedrijven bestaan verschillende van dergelijke gegevensstromen. Zo moeten de gegevens van de boekingen van de verschillende verschepingen, geladen aan boord van hetzelfde schip, verwerkt worden in een zogenaamd manifest. Dat is een document dat de scheepsreis dient te begeleiden en aan de autoriteiten van elke haven, die een schip aandoet, te worden getoond. Zo komt de o.a. de douane te weten wat de lading van een bepaald schip is. Bij vele honderden verschillende ladingen per schip, zoals dat in het lijnvaartvervoer gebruikelijk is, zijn manifesten lijvige documenten. Verder moeten de gegevens over de lading ook ter kennis worden gebracht aan de agent van de vervoerder in de loshaven. Deze moet immers aan alle ontvangers van de lading een zogenaamd aankomstbericht sturen, zodat deze weten waar en wanneer ze de voor hen bestemde lading in ontvangst kunnen nemen. Een andere interne gegevensstroom is die van de ladinggegevens uit de diverse interne administraties naar het computerprogramma, dat de optimale stuwage van al die lading in het schip moet bewerkstelligen.

Geen wonder dus, dat in het zeevervoer, waaronder vooral het lijnverkeer met containerschepen, de interne gegevensverwerking zo veel mogelijk gecomputeriseerd werd zodra de techniek daarvoor beschikbaar kwam.

En niet alleen de *interne* gegevensverwerking binnen het bedrijf. In het containervervoer was het inmiddels gebruikelijk geworden dat vervoerders onderling aanzienlijke ladingpakketten op schepen van collega's boekten. Dit betekende een uitwisseling van de ladinggegevens tussen de verschillende vervoerders. Een *externe* gegevensuitwisseling dus, zij het wel binnen een bedrijfstak.

De volgende stap in de automatisering van deze bedrijfsprocessen zou dan zijn om ook de schriftelijke gegevensverwerking tussen vervoerders en klanten en eventueel andere bij een vervoer betrokken externe partijen, zoals banken en verzekeraars, te computeriseren. Het mooiste zou zijn als de hele ladingdocumentatie, waaronder ook de cognossementen, op elektronische wijze zou kunnen worden afgewikkeld.

En hier stapten de juristen in de discussie. Twee stromingen konden hierbij onderscheiden worden: de ene, de sceptici, was van mening dat de automatisering bij het cognossement zou stoppen. Zij meenden dat dat wel zou moeten, vanwege de symboolfunctie van het papier zelf. Immers, bij een waardepapier is de vordering belichaamd in het papier zelf. En het is dit papier dat de houder ervan legitimeert als de gerechtigde van die vordering. Per definitie, in deze opvatting, valt een waardepapier derhalve niet te elektronificeren.¹

Andere, optimistischer, vond dat verder moest worden gekeken. Al zou misschien niet het waardepapier als zodanig kunnen worden geëlektronificeerd, wellicht dat de functies van het waardepapier konden worden verwerkt in een elektronisch systeem ten dienste van handel en vervoer.

De 'puristen' versus de 'functionalisten'. Om maar meteen kleur te bekennen: in die tijd, twintig jaar geleden, was ik een hartstochtelijk functionalist. Ik ben dat nog wel, maar om een aantal redenen, die, als het goed is, uit dit preadvies naar voren moet komen, ben ik in de loop der jaren toch wel sceptischer geworden.

1.2 *Indeling onderwerp*

Om u een inzicht te geven in de hele problematiek, zal ik in dit preadvies als volgt te werk gaan: eerst ga ik in op de verschillende functies en juridische effecten van het cognossement. Vervolgens zal ik de praktische ontwikkelingen schetsen, die tot een elektronificering van ladingdocumentatie en meer speciaal van het cognossement (hadden) moeten leiden. En tenslotte ga ik wat lijnen doortrekken naar de toekomst.

¹ Bedacht moet worden, dat in die tijd, 15 à 20 jaar geleden, elektronische communicatie alleen mogelijk was via van tevoren geprogrammeerde en vaste verbindingen. Gesloten netwerken dus. Pas begin negentiger jaren begonnen enkele visionairen aan open elektronische communicatie te denken. Het grootschalige gebruik van Internet is nog maar recent!

Ik ga niet in op juridische aspecten, die niet specifiek zijn voor de elektronificering van cognossementen, zoals het handtekeningenvereiste, algemene bewijsaspecten van elektronische berichten, het toerekenen van een elektronisch bericht aan een verzender of aan een ontvanger van dit bericht, de noodzaak van ontvangstbevestigingsberichten, datum en plaats van verzending en ontvangst, de juridische geldigheid van verwijzingen in berichten naar andere berichten of standaardvoorwaarden, enz.

1.3 Enige literatuur

Ondanks het feit dat elektronische cognossementen niet bestaan, is het een dankbaar onderwerp geweest voor vele 'geleerden' om erover te schrijven. Jammer genoeg is de analyse op transportrechtelijk gebied dikwijls wat mager en soms zelfs duidelijk onder de maat. Het beschrijvende element is vaak beter. Sommige auteurs zijn technisch goed op de hoogte, maar juridisch weer wat zwakker.²

² Zonder meer een goed stuk is geschreven door Ph.H.J.G. van Huizen, 'Vervoer en EDI', in R.E. van Esch en C.E. Prins (red), *Recht en EDI*, 1993, p. 127-140.

Ook zeer lezenswaardig is het artikel van W.H. van Boom, 'Certain Legal Aspects of Electronic Bills of Lading', *European Transport Law*, 1997-6, p. 9-24.

In A.N. Yiannopoulos (red) *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems*, 1995, p. 3-54 geeft Yiannopoulos zelf een aardig overzicht van het geheel, terwijl in hetzelfde boek K. Bernauw, *Current developments concerning the form of bills of lading - Belgium*, p.87-125, een gedegen artikel schrijft. Ook de moeite waard is een artikel van een andere Belg, F. Stevens, 'Electronic Bills of Lading', *Rechtspraak van de Haven van Antwerpen*, 1998-1, p. 3-52.

Voor literatuurstudies zijn: M. Schuback, 'Die Entwicklung der elektronisch übermittelten Bill of Lading', *Transportrecht*, 2-1999, p. 41-50, A.M. van Brakel, 'Electronic Bills of Lading. Over een elektronisch equivalent van het papieren cognossement', in *TVR*, 6-2000, p. 129-135, en Caslav Pejovic, 'Main Legal Issues in the Implementation of EDI to Bills of Lading', *European transport Law*, 1999-2, p. 163-186.

In *European Transport Law 1997-6* zijn de presentaties opgenomen, die door A. von Ziegler, G.F. Chandler, J. Gauthier, J. Ramberg, R.I.L. Howland, L. Cova Arria en schrijver dezes op het congres ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het CMI in Antwerpen zijn gehouden.

In 1987/1992 heeft de Europese Commissie een tweetal researchprogramma's opgezet, onder de naam TEDIS I en II, acroniem voor "Trade Electronic Data Interchange Systems", ter bevordering van de elektronificering van handel en vervoer. Van belang voor het vervoer zijn vooral de volgende rapporten geweest:

- Een Franse studie, *Les obstacles juridiques à l'utilisation de l'EDI dans le domaine des transports*, juli 1993,
- Een studie van een Engels research instituut, Marinade Ltd, *Mandate*, april 1995, een gecombineerde juridische/technische studie naar de elektronificering van verhandelbare documenten,
- Een studie onder verantwoordelijkheid van de Engelse 'The EDI Association', *Portia*, inhoudende een evaluatie van de standaard UN/EDIFACT transportberichten vanuit juridisch gezichtspunt, en

2. Functies van het cognossement

2.1 Algemeen

Een cognossement is een multifunctioneel document. Het kan en moet soms verschillende doeleinden dienen. Maar niet alle functies hoeven in een concreet geval relevant te zijn. Hieronder loop ik de verschillende functies en effecten van een cognossement na. Daarbij zal ik, waar mogelijk, ook aangeven of die functie of dat effect zich leent voor elektronificering.

2.2 Gegevensdrager

Allereerst, een cognossement bevat gewoon gegevens: de vervoerde goederen worden erin omschreven, de naam van het schip, de bestemming, de plaats van betaling van de vracht en dergelijke. Dit zijn allemaal gegevens die van belang zijn voor de betrokkenen bij het vervoer. Daarbij moet ook worden gedacht aan zekere overheidsorganen, zoals die verantwoordelijk voor de in- en uitklaring, het opmaken van handelsstatistieken, het toezicht op het vervoer van gevaarlijke stoffen, eventuele valutacontroles of embargo's, enzovoort.

Deze functie leent zich bij uitstek tot elektronificatie: databestanden kunnen elektronisch worden verstuurd.³ In de regel zal het hier niet gaan om te beveiligen informatie.

-
- Een studie onder verantwoordelijkheid van de Universiteit Leiden, *EDIBoL*, waarin de elektronificering van het cognossement centraal staat. Dit rapport bevat vrijwel woordelijk de voortreffelijke doctoraalscriptie van de aspirant secretaris van onze vereniging, R.J.A. Bron-Slis.

Uit de Angelsaksische sfeer vermeld ik de artikelen van Diana Faber, 'Electronic Bills of Lading', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996-2, p. 232-244, Boris Kozolchyk, 'Evolution and Present State of the Ocean Bill of Lading from a Banking Perspective', *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1992-2, p. 161-245, en J. Livermore & E. Krailerk, 'Electronic Bills of Lading: A Progress Report', *Journal of Law and Commerce*, 1997-1, p. 55 e.v.

Verder de boeken: H.B. Thomson & B.S. Wheble (red), *Trading with EDI, The Legal Issues*, Londen, 1989, Toh See Kiat, *Paperless International Trade: Law of Telematic Data Interchange*, Singapore, 1992, P. Todd, *Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits*, Londen, 1998, Chris Reed, Ian Walden & Laura Edgar (red), *Cross-border Electronic Banking, Challenges and Opportunities*, Londen, 2000. In dit laatste boek zijn vooral de hoofdstukken 3 (P. Todd, *Dematerialisation of shipping documents*) en 4 (R. Caplehorn, *The Bolero System*) van belang.

³ Dit wordt anders wanneer publiekrechtelijk de gegevens in documentvorm beschikbaar moeten zijn. In het zeevervoer vragen sommige douanes nog om een cognossement als document. Gelukkig hoeft in het zeevervoer het vervoerdocument de goederen niet te

2.3 *Ontvangstbewijs*

Een cognossement bevat niet alleen een omschrijving van de goederen, maar normaliter ook de datum waarop deze zijn 'received for shipment' of 'loaded on board'. Deze vermelding wordt bevestigd met de handtekening van de vervoerder. Dit zijn de essentiële gegevens voor de ontvangstbewijs-functie van het cognossement.

Deze functie komt overigens niet alleen tot uitdrukking aan het begin van de reis, maar ook aan het einde ervan. Degene, die in de loshaven zijn goederen in ontvangst wil nemen moet aan de vervoerder het cognossement tonen. Tegen inname van het cognossement stelt de vervoerder dan de goederen vrij, waarop de ontvanger van de goederen zijn handtekening op de achterkant van het cognossement zet ten bewijze dat hij de goederen in ontvangst heeft genomen.

Ook de ontvangstbewijs-functie kan worden geëlektronificeerd, zij het niet zo eenvoudig als de in de vorige paragraaf vermelde functie van gegevensdrager. Het document moet worden bewaard in een elektronisch bestand, en wel in een vorm die niet meer kan worden gewijzigd. Partijen bij het vervoercontract moeten toegang hebben tot deze informatie. Verder speelt hier (twee keer) het punt van de handtekening, in die zin dat elektronisch moet komen vast te staan dat één specifiek persoon een bepaalde verklaring heeft afgelegd.

Aan deze ontvangstbewijs-functie zitten dikwijls ook belangrijke handelsfuncties van het cognossement vast. Het moment van inontvangstneming van de goederen door de vervoerder of dat van hun inlading in het schip kan bepalend zijn voor de overgang van het risico onder de koopovereenkomst. Ook kan één van deze momenten het tijdstip van eigendomsoverdracht van de goederen zijn. Verder, door banken wordt dikwijls het aflopen van de geldigheid van een documentair kredietaanbod gekoppeld aan het moment van inontvangstneming dan wel inlading van de goederen door de vervoerder.

Deze handelsfuncties brengen met zich mee dat derden, zoals banken en verzekeraars, een elektronisch 'lijntje' moeten hebben naar het boven-

begeleiden, zoals in het internationale weg- en spoorwegvervoer. In het internationale wegvervoer moet één exemplaar van de CIM vrachtbrief de goederen begeleiden, welk document dan vervolgens een rol speelt bij de controle van de voorschriften voor het vervoer van gevaarlijke stoffen. Voor het internationale spoorwegvervoer geldt hetzelfde. Daar wordt de CIM vrachtbrief gebruikt als douanedocument.

genoemde elektronische bestand. Zo'n uitbreiding van de kring van betrokkenen tot niet-partijen bij het vervoercontract leidt tot praktische complicaties bij de elektronificering.

2.4 Vervoercontract

Al de in het cognossement opgenomen gegevens, met de verbindende tekst en de op de achterkant gedrukte condities, vormen tezamen ook de weergave van een vervoerovereenkomst. Over en weer hebben de vervoerder en de afzender verplichtingen op zich genomen, de één om de goederen te vervoeren en deze aan een door die afzender aan te wijzen persoon af te leveren op de plaats van bestemming, de ander om de vracht te betalen.

Aanbod en aanvaarding kan door middel van elektronische berichten tussen partijen plaats vinden.⁴ Op zich kent de vervoerovereenkomst geen vormvereisten, zodat met betrekking tot de elektronificatie de contract-functie van het cognossement niet tot bijzondere problemen leidt. Wel speelt weer het bewijsaspect een rol. Daarvoor geldt hetzelfde als bij de ontvangst-bewijs-functie: partijen moeten toegang hebben tot het bestand waarin het totstandgekomen contract wordt bewaard, zonder dat partijen zelf aan de inhoud van het bestand iets kunnen veranderen. Hetzelfde geldt voor een bank, die moet checken of het vervoercontract en meer in het bijzonder de goederenomschrijving, voldoet aan de voorwaarden van een documentair krediet.

Bij deze cognossementfunctie moet ik nog op twee aspecten wijzen: Het eerste is, dat het dwingendrechtelijke aansprakelijkheidsregiem in het zeevervoer, de Hague-Visby Rules, slechts van toepassing is op "contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title". Wanneer het elektronisch totstandgekomen vervoercontract zich niet als zodanig kwalificeert (en dat doet het waarschijnlijk niet), moet de toepassing van de Hague-Visby Rules dus uitdrukkelijk overeengekomen worden.⁵

Het tweede aspect is de contractuele positie van de geadresseerde. In Nederland is de heersende leer dat de geadresseerde partij wordt bij het

⁴ F.A.M. van der Klauw-Koops, 'Totstandkoming van een overeenkomst via EDI' in: Van Esch & Prins (red), *Recht en EDI*, 1993. Verder uitvoerig: R.E. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht* (diss. Nijmegen), 1999.

⁵ Dit speelt ook in het internationale spoorwegvervoer. Ook daar is het bestaan van het document constitutief voor het van toepassing zijn van het dwingendrechtelijke aansprakelijkheidsregiem.

vervoercontract door de aanvaarding van een derdenbeding te zijn behoeve. Zo'n beding wordt in een vervoercontract geacht begrepen te zijn. Hoe en wanneer die aanvaarding plaats vindt is een open vraag, waarop het antwoord afhangt van de feiten van het geval.⁶ Die feiten kunnen worden beïnvloed doordat het vervoercontract elektronisch tot stand gekomen is.

2.5 *Positie derde houder*

2.5.1 *Legitimatie*

Hier raken we een kernpunt. Een cognossement legitimeert zijn houder als de rechthebbende op de uit het document kenbare rechten, die overigens gekoppeld kunnen zijn aan verplichtingen. Houder kunnen alléén zijn: een in het document genoemde afzender of ontvanger, dan wel de laatst geëndosseerde bij een ordercognossement, dan wel de toonder bij een toonderstuk en bij - het gebruikelijke geval - een blanco geëndosseerd ordercognossement⁷. Uitsluitend deze persoon⁸ heeft het recht de goederen te vorderen van de vervoerder en, omgekeerd, als de vervoerder aan deze persoon aflevert, heeft hij aan zijn plicht voldaan. Een eigenaar, die niet de beschikking heeft over een cognossement, kan in beginsel niet aan zijn goederen komen.

Het afleveringsrecht ontstaat voor zo'n houder aan het einde van de reis. Hij dient dan één origineel van het cognossement aan de vervoerder te presenteren. Hij heeft echter ook het recht om *tijdens* de reis een vervoerder te instrueren omtrent de goederen. Een bekende instructie aan de vervoerder is om de goederen niet af te leveren, maar deze in de loshaven voorlopig op te slaan, bijvoorbeeld tot de bank bevestigd heeft dat de koopprijs voor de goederen is overgemaakt. Het instructierecht stelt een afzender/cognosse-

⁶ In een recent arrest, HR 22 september 2000, *Eendracht*, NJ 2001, 44, nt. Haak, werd (voor een papieren cognossement) beslist dat de stelling "dat de in een cognossement vermelde geadresseerde niet eerder of anders tot de vervoerovereenkomst terzake waarvan het cognossement is uitgegeven, zou kunnen toetreden dan door het cognossement, na dit ontvangen te hebben, te presenteren", onjuist is. Zie ook mijn artikel over dit arrest in *TVR*, 2001-1, p. 14.

⁷ HR 27 januari 1995, *Heliopolis Star*, S&S 1995, 40 en NJ 1997, 194 nt. M.H. Claringboud. Zie ook mijn commentaar op dit arrest in: K.F. Haak (red), *Uitspraak en Uitleg, rechtspraak zee- en vervoerrecht*, 1998, p.122 - 130.

⁸ Althans naar Nederlands recht. De vraag of en in hoeverre een ander dan de cognossementhouder - deze vraag betreft niet de kwestie van formele of materiële legitimatie - onder omstandigheden ook rechten uit de vervoerovereenkomst onder cognossement kan uitoefenen, wordt in het buitenland wel anders beantwoord dan in Nederland. Er is op dit stuk geen rechtsuniformiteit. Het gevolg is dat die ander dan ook toegang moet kunnen krijgen tot het 'cognossementbestand'.

menthouder ook in staat, al of niet in de oorspronkelijke bestemmingshaven, de goederen weer aan zichzelf te doen afleveren. Om het instructierecht tijdens de reis te kunnen uitoefenen moet een cognossementhouder, wanneer het cognossement in meerdere originele exemplaren is uitgegeven, alle originelen aan de vervoerder kunnen tonen.

Onder een geëlektronificeerd cognossement zou de legitimatiefunctie geïmiteerd kunnen worden door er voor te zorgen dat de voor het toekennen van rechten relevante elektronische berichten slechts de toekomstige rechthebbende kunnen bereiken. En voorts dat deze persoon, wanneer hij die rechten eenmaal heeft verkregen, elektronisch als zodanig 'herkenbaar' is voor de vervoerder. Deze voorwaarde schijnt, bij de huidige stand van de techniek, vrij zware technische en systematische eisen te stellen.⁹

Het lijkt mij onder een elektronisch regiem niet meer relevant om onderscheid te maken tussen één of meerdere originelen. Technisch gesproken, is het elektronisch versturen van een bericht immers het maken van een kopie op afstand. Elk 'origineel' is een kopie. Het is de aard en de mate van beveiliging waarmee een bericht verstuurd wordt, waar het om gaat. Deze beveiliging moet zodanig zijn, dat de ontvanger van het bericht in dezelfde unieke positie komt als de houder van alle exemplaren van een papieren cognossement.

2.5.2 *Conclusive evidence rule*

Een ander punt, dat niet zozeer met de legitimatie als zodanig te maken heeft, maar wel met de unieke positie van een derde cognossementhouder, is de toepassing van de zogenaamde 'conclusive evidence rule'. Deze regel wil zeggen dat een vervoerder tegenover een cognossementhouder, die niet de afzender¹⁰ of een met name genoemde ontvanger is, in beginsel de inhoud van het cognossement niet mag betwisten. Ook deze regel draagt er toe bij dat de derde houder van een cognossement in een sterke positie wordt geplaatst. Juist hierdoor heeft het cognossement zich als een belangrijk handelsdocument kunnen ontwikkelen.

⁹ Voor alle duidelijkheid, uit het feit dat ik over dit onderwerp schrijf, mag niet worden afgeleid dat ik enig verstand van de techniek van elektronische communicatie zou hebben. Ik neem slechts waar, en probeer vervolgens te begrijpen waartoe de techniek wel en niet in staat is. Eerlijk gezegd, ook in dat laatste slaag ik maar in beperkte mate.

¹⁰ Een niet geringe complicatie is, dat de in een cognossement genoemde afzender niet de door wet en verdrag aangeduide afzender, te weten de contractuele wederpartij van de vervoerder, hoeft te zijn.

Overgezet naar het elektronische cognossement, zou deze bewijsregel betekenen dat een vervoerder de juistheid van de gegevens in het 'cognossementbestand' tegenover bepaalde personen niet mag betwisten, respectievelijk dat deze personen op de juistheid van dit bestand mogen afgaan.

Weliswaar zou logischerwijs onder een elektronisch regiem het verschil tussen een cognossement op naam en een ordercognossement verdwijnen - waarover later meer -, maar de regel, dat geen tegenbewijs mag worden geleverd tegenover een bij de 'uitgifte' van het 'e-cognossement' nog niet bekend gemaakt persoon, kan wel in stand worden gehouden. Dat moet dan op de een of andere manier tussen partijen afgesproken blijven. Op zich hoeft zo'n bewijsregel niet door de elektronificatie te worden beïnvloed.

Dat er wellicht dogmatische en praktische bezwaren gaan rijzen tegen een onverkort vast houden aan de 'conclusive evidence rule' is een andere zaak.

2.5.3 Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid

De sterke rechtspositie van de derde houder van een verhandelbaar cognossement komt ook naar voren in de mate waarin hij beschermd wordt tegen beschikkingsonbevoegdheid van voorgaande rechthebbenden met betrekking tot de goederen. Art. 3:86 BW beschermt een derde houder van een cognossement tegen zo'n eventuele beschikkingsonbevoegdheid van een vervreemder van de goederen op dezelfde voet als waarop de bezitter van de goederen zelf zou worden beschermd. Een overdracht van een verhandelbaar cognossement door een beschikkingsonbevoegde vervreemder is geldig, als deze gedaan wordt: (1) anders dan om niet, (2) door middel van een correct uitgevoerd endossement en (3) de verkrijger te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid. Deze bescherming geldt ook als het cognossement, dat wordt overgedragen, een verloren of gestolen exemplaar is. De derde houder daarvan is beschermd tegen een terugvoeringsactie door degene, die het onvrijwillige bezitsverlies geleden heeft.

Als het cognossement geëlektronificeerd wordt, vervalt waarschijnlijk deze derdenbescherming uit art. 3:86 BW en wordt art. 3:88 BW van toepassing: de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder geldt dan alleen als deze veroorzaakt is door een eerdere overdracht, die ongeldig was ten gevolge van een titelgebrek of een leveringsgebrek, maar niet als deze (mede) veroorzaakt is doordat een eerdere vervreemder beschikkingsonbevoegd was.

2.6 Leveringsdocument

Vanuit deze verbintenisrechtelijke sterke positie van de houder van het cognossement heeft het cognossement zijn goederenrechtelijke functie kunnen ontwikkelen.

Zo kunnen goederen, omschreven in een cognossement, door middel van de overdracht van dat document geleverd worden in goederenrechtelijke zin. Art. 8:417 BW formuleert dit aldus: "Levering van het cognossement vóór aflevering van de daarin vermelde zaken door de vervoerder geldt als levering van die zaken." Aandacht verdient dat het cognossement de functie van leveringsdocument slechts heeft gedurende de periode dat de goederen in de feitelijke macht van de vervoerder zijn.

Het beginsel, dat de overdracht van het document gelijk gesteld wordt met overdracht van de goederen zelf, gaat nog een stap verder dan boven aangegeven. Wanneer voor zekere goederen eenmaal een cognossement is uitgegeven, *kunnen*, in beginsel, deze goederen ook alleen maar meer geleverd worden door (in ieder geval óók de) overdracht van dat cognossement.¹¹

Ook onder het Engelse recht, dat voor goederenrechtelijke overdrachten niet het vereiste van levering kent, brengt de overdracht van het cognossement 'constructive possession' van de goederen met zich mee voor de nieuwe houder. Maar in Engeland, waar geen feitelijk handelen maar de intentie bepalend is voor de bezitsoverdracht, gebeurt dit op een andere

¹¹ HR 26 november 1993, S&S 1994, 25 en NJ 1995, 446, nt. Kleijn (*Bosman/Condorkamp*). In dit arrest is dit bepaald voor inpandgeving, maar de Hoge Raad formuleert zo algemeen, dat aangenomen mag worden dat dit uitgangspunt ook voor andere goederenrechtelijke overdrachten geldt: een eigenaar die ermee ingestemd heeft dat voor bepaalde goederen verhandelbare cognossemementen worden uitgegeven, wordt beschikkingsonbevoegd tot - in dit geval - inpandgeving door die goederen zelf en niet de cognossemementen in de macht van de pandhouder te brengen. Zie over deze materie A.J. van der Lelij, *Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier* (diss. Groningen), 1993.

Ik wijs er echter op dat de Hoge Raad de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder relateert: deze geldt slechts tegenover degenen die van het in het verkeer gebracht zijn van de cognossemementen op de hoogte (behoren) te zijn en de verpanding moet strekken ten nadele van latere cognossementhouders. Deze relativering maakt het naar mijn mening mogelijk dat partijen binnen een keten van kopers en verkopers afspreken dat zij beschikkingsonbevoegd zijn elkaar de goederen te leveren zonder het cognossement als leveringsdocument te gebruiken en, aldus, wanneer ook aan het titelvereiste voldaan wordt, elkaar de goederen correct, zij het zonder het cognossement daarvoor te gebruiken, over te dragen. In bepaalde branches is deze praktijk (nog) eerder regel dan uitzondering.

basis dan in Nederland. Onder Engels recht wordt de overdracht van het cognossement geacht de intentie van de overdrager aan te duiden om de 'title to the goods' in handen van de nieuwe cognossementhouder te brengen. En andersom, door een cognossement niet over te dragen wordt een houder geacht zich het eigendom van de goederen te willen voorbehouden.

De functie van leveringsdocument lijkt bij elektronificering te verdwijnen, in de mate waarin het document als iets tastbaars verdwijnt. Als partijen goederen tijdens transport willen leveren, zullen zij dat *longa manu* moeten doen. Daarvoor is slechts een tweezijdige, vormvrije, verklaring nodig, waarbij, na de verklaring, de feitelijke houder van de goederen, de vervoerder dus, de goederen gaat houden voor de verkrijger in plaats van voor de vervreemder. De vervoerder moet de levering erkennen, of, nog eenvoudiger, een mededeling aan de vervoerder door de vervreemder of verkrijger voldoet naar Nederlands recht ook. Het feitelijk handelen wordt bij een levering *longa manu* dus gereduceerd tot communicatie. En deze leent zich uitstekend voor elektronificering.

Ook wanneer, zoals onder Engels recht, de intentie bepalend is voor bezits-overdracht, kan deze intentie heel wel tot uitdrukking worden gebracht zonder dat een document als symbool voor de goederen een rol hoeft te spelen.

2.7 Zekerheidsfunctie

Vooraf bij de handelsfinanciering in de vorm van documentaire kredietverlening dient het cognossement tot zekerheid voor de bank. Het document wordt dan aan de bank overgedragen met de bedoeling de bank daarvoor een pandrecht op de in het document vermelde goederen te geven.¹²

Elektronificering van het cognossement lijkt mij niet tot problemen te leiden. Art. 3:236 BW vermeldt uitdrukkelijk dat pandrecht op een roerende zaak gevestigd kan worden door de zaak te brengen in de macht "van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen". Die derde is in dit geval de vervoerder. Een en ander berust dan op een overeenkomst, welke, in beginsel, elektronisch tot stand kan komen.¹³

¹² Als ik het goed zie gaat het hier om een pandrecht op de *goederen*, dat geleverd wordt door overdracht van het cognossement conform art. 8:417 BW jo. art. 8:416 BW, 3:93 BW en 3:98 BW. Het gaat niet om een verpanding van de *rechten* uit het document. Asser/Mijnssen 1994 (3-III), p. 28 maakt dit onderscheid echter niet.

¹³ Anders dan in Nederland, waar een pandrecht pas geregistreerd hoeft te worden wanneer het pand in de macht van de pandgever blijft, is in het buitenland soms regi-

2.8 *Overige goederenrechtelijke aspecten*

De symboolfunctie van het cognossement komt ook tot uitdrukking wanneer verhaal gezocht wordt op goederen waarvoor een cognossement uitgegeven is. Moeten de goederen beslagen worden, dan is het vaak voldoende om de cognossementen te slaan. Moet het recht van retentie of van reclame worden uitgeoefend ten aanzien van de goederen, dan kan dat recht uitgeoefend worden via de cognossementen.

2.9 *Toepasselijk recht*

De kwestie van rechtskeuze wordt met betrekking tot de verbintenisrechtelijke aspecten van het cognossement niet beïnvloed door de elektronificatie ervan. In de praktijk wordt meestal een contractuele rechtskeuze gedaan. En wanneer dat niet het geval is, geeft het EVO de noodzakelijke regels, die mijns inziens dezelfde uitwerking hebben voor het papieren connossement en voor het geëlektronificeerde.

Dat ligt anders met de goederenrechtelijke aspecten van het cognossement. Daarvoor geldt gewoonlijk - en dikwijls zelfs dwingendrechtelijk - de *lex rei sitae* regel, met dien verstande dat de plaats, waar de goederen zich bevinden, wordt vervangen door de plaats waar de cognossementen zijn. De plaats van de goederen kan op volle zee zijn of een in toevallige tussenhaven, die met de desbetreffende goederen niets uitstaande heeft. Vandaar dat vrij uniform wordt gekozen voor de plaats van de cognossementen, die ook hier weer als substituut beschouwd worden voor de goederen.¹⁴

Het lijkt uitgesloten dat een elektronisch cognossement, hoe dat er ook uit gaat zien, een voor dit doel bruikbare 'plaats' gaat krijgen. Dat brengt onzekerheid met zich mee ten aanzien van de vraag welk recht van toepassing is op goederenrechtelijke handelingen met betrekking tot zaken tijdens hun vervoer. Immers, dan zijn er tenminste vier mogelijkheden verdedigbaar: de toepassing van het recht van het land van de verzending van de goederen, het land van de bestemming ervan, het land van de vlag van het schip, of de toepassing van het recht dat de verbintenisrechtelijke aspecten van het cognossement beheerst.

stratie al vereist wanneer het pand niet in de macht van de pandhouder is gekomen, waarbij dan die registratieplicht weer niet geldt als met betrekking tot het pand order- of toonderpapieren zijn afgegeven en deze documenten in de macht van de pandhouder zijn gekomen. Afschaffing van documenten kan dan in dergelijke jurisdicties tot praktische problemen leiden.

¹⁴ H. Boonk, *Zeerecht en IPR*, 1998, p. 114 - 116.

Overigens, voor gevallen dat geen cognossement is uitgegeven, heeft In Nederland de Staatscommissie IPR¹⁵ gekozen voor de toepassing van het recht van het land van bestemming.

3. De ontwikkelingen in de praktijk

3.1 *ACL's 'Cargo Key Receipt' Systeem*

3.1.1 *Inleiding*

De eerste pogingen om tot vereenvoudiging, respectievelijk automatisering van de ladingdocumentatie te komen, vonden in de zeventiger jaren plaats in het zeeverkeer tussen Noordwest Europa en de Verenigde Staten. Bij dit relatief korte zeetraject, 8 à 10 dagen varen, zijn cognossementen vaak niet op tijd in de loshaven. Verder is de aard van de lading¹⁶ zodanig dat het cognossement veelal geen rol hoeft te spelen bij de betaling van de goederen of bij een eventuele eigendomsoverdracht ervan. Door diverse vervoerders werd dan ook op dit traject getracht het gebruik van niet verhandelbare documenten als zeevrachtbrieven zo veel mogelijk te bevorderen. Een niet onbelangrijk bijkomend aspect was dat in de Verenigde Staten dit type document¹⁷ goed was ingevoerd. Als het enige inde wereld heeft namelijk het Amerikaanse recht de zeevrachtbrief, inclusief de goederenrechtelijke aspecten ervan, vrij volledig wettelijk geregeld.¹⁸

3.1.2 *Beschrijving van het systeem*

In 1971 introduceerde één van de belangrijkste zeevervoerders in de vaart op Noord Amerika, de Zweedse 'Atlantic Container Line', afgekort 'ACL', een elektronisch geproduceerde zeevrachtbrief in dit verkeer. De rederij gaf dit document de handelsnaam 'Datafreight Receipt' mee. Al spoedig werd zij met de beperkingen in het gebruik van dit document geconfronteerd. Een zeevrachtbrief is niet verhandelbaar en representeert de goederen niet. Derhalve is het niet geschikt wanneer de vervoerde goederen onderweg verhandeld en geleverd moeten worden. En voorts niet als het vervoer-

¹⁵ Staatscommissie voor het IPR, Rapport aan de Minister van Justitie, Internationaal Goederenrecht, november 1998.

¹⁶ Merendeels industrieproducten. Zo bestaat de VS-lading vanuit Rotterdam voor meer dan de helft uit bier, veelal naar vaste importeurs. Dat moet vloeiend kunnen gaan.

¹⁷ Aldaar 'straight bill of lading' genoemd. Deze benaming moet niet met 'cognossement op naam' vertaald worden, want het juridische karakter ervan is essentieel anders dan dat het cognossement op naam naar Nederlands recht.

¹⁸ 49 USCS sec 80101 et seq. (1994), oorspronkelijk ingevoerd als de 'Federal Bills of Lading Act, 1916', bekend als de 'Pomerene Act'.

document een rol moet spelen bij de betaling van de goederen. Vandaar dat (onder auspiciën van 'The Swedish Council for Transport Research') juridisch onderzoek¹⁹ werd gedaan, met als doel te komen tot een ruimere toepassing van geautomatiseerde vervoerdocumentatie in het zeevervoer. Uiteindelijk heeft dit onderzoek erin geresulteerd dat ACL rond 1980 een verbeterd documentatiesysteem introduceerde onder de naam 'Cargo Key System'.

Dit zat als volgt in elkaar:

1. Het uitgangspunt was dat de goederen Ex Works, FCA (free carrier named point), of onder een vergelijkbare voorwaarde worden verkocht, waarbij overeengekomen wordt, dat de eigendom van de goederen overgaat ten laatste op het moment dat de verkoper deze betaalt. Voor de betaling van de goederen kan door de koper een documentair krediet worden geopend, met de bepaling dat de adviserende bank mag betalen tegen presentatie van het 'Cargo Key Receipt' door de verkoper aan deze bank. Onder de kredietovereenkomst tussen de koper en de kredietopenende bank wordt dan bepaald dat de te vervoeren goederen worden verpand tot zekerheid voor het documentaire krediet.
2. Nadat de verkoper de vervoerder voorzien heeft van de voor het opmaken van de documentatie nodige gegevens en hem de goederen heeft aangeleverd, krijgt hij een 'Cargo Key Receipt', zijnde de 'first print-out' van een niet-verhandelbaar document, dat geauthenticeerd wordt door de vervoerder ACL.

Alle gegevens van het document zijn opgenomen in het geautomatiseerde bestand van de vervoerder. Deze gegevens zijn minimaal de volgende:

- de kredietopenende bank wordt vermeld als de geadresseerde onder de vervoerovereenkomst, alsmede de koper als de 'notify party'²⁰.
- een z.g. NODISP verklaring, die inhoudt dat de verkoper in zijn hoedanigheid als partij bij de vervoerovereenkomst afstand doet van zijn recht de vervoerder tijdens het vervoer omtrent de goederen te instrueren, zulks ten gunste van de geadresseerde, de bank van de koper,

¹⁹ Dit onderzoek werd verricht onder verantwoordelijkheid van K.Grönfors, die in *Cargo Key Receipt and Transport Document Replacement*, Gothenburg, 1982, hiervan verslag doet. Verder, zie de verdienstelijke studie van R. Henriksen, *The legal aspects of Paper-less international trade and transport*, Kopenhagen, 1982, voor een inzicht in de '1982 state of the art' van de automatisering van zeevervoerdocumentatie.

²⁰ Dit is een in een vervoerdocument vermelde persoon, die, geen partij bij de overeenkomst zijnde of wordende, van de vervoerder op zeker moment het bericht krijgt dat de goederen op een bepaalde tijd en plaats in de loshaven kunnen worden afgehaald, het z.g. aankomstbericht. De geadresseerde zelf krijgt ook een dergelijk aankomstbericht.

- de goederenomschrijving, als vereist in het koopcontract en de L/C,
- een verklaring van de vervoerder, dat hij de goederen houdt als pandhouder tot zekerheid voor het verleende documentaire krediet.

Deze gegevens worden elektronisch door de agent van ACL in de laadhaven naar zijn collega in de loshaven gestuurd. De factuur en eventuele andere documenten worden bij voorkeur rechtstreeks naar de koper gestuurd, maar als de koper deze documenten gecheckt wil hebben door de adviserende bank alvorens deze tot betaling over mag gaan, kan dat natuurlijk ook onder dit systeem.

3. Tegen aanbieding van de Cargo Key Receipt krijgt de koper zijn betaling van de adviserende bank. Deze stuurt de gegevens uit de Cargo Key Receipt (bij voorkeur elektronisch) naar de kredietopenende bank en debiteert deze voor de koopprijs.
4. De kredietopenende bank debiteert de koper conform de L/C.
5. Enige dagen voor aankomst van de goederen ontvangen de kredietopenende bank in zijn hoedanigheid van geadresseerde en de koper als notify partij elk een aankomstbericht. Aan dat van de bank is een print-out van het Cargo Key Receipt gehecht, dat de bank kan cederen aan de koper wanneer de koper aan zijn financiële verplichtingen tegenover de bank heeft voldaan. Tegen inlevering van dit gecedeerde aankomstbericht levert vervolgens ACL de goederen uit aan de koper.

Voor documentaire incasso's werd door ACL op basis van hetzelfde patroon een vergelijkbaar systeem ontwikkeld.

3.1.3 *Commentaar*

Bij dit systeem valt een aantal dingen op.

1. Het nieuwe document, de Cargo Key Receipt, vervult alleen een rol in het betalingsverkeer. De complicaties, die voortvloeien uit de rol van een cognossement bij een eigendomsoverdracht van de goederen, werden door de Zweedse juridisch onderzoekers terdege gerealiseerd, maar bewust buiten beschouwing gelaten. Dat was hen een brug te ver.
2. Het presenteren van het Cargo Key Receipt aan de bank in de laadhaven en de cessie van een tweede print-out ervan door de bank aan de koper in de loshaven, sluit aan bij de patronen van het cognossementvervoer, maar deze handelingen hebben juridisch een beperktere betekenis dan wanneer een cognossement wordt overgedragen. De presentatie in de laadhaven van de eerste print-out geeft slechts de zekerheid dat de goederen door de vervoerder in ontvangst zijn genomen ter vervoer naar de geadresseerde in de bestemmingshaven.

De cessie in de loshaven van de tweede print-out moet juridisch worden opgevat als een cessie van het recht om van de vervoerder de aflevering van de goederen te vorderen ter bestemming.

3. Het juridisch vernieuwende is vooral dat het instructierecht wordt gebruikt als het juridische instrument om de bank de greep op de goederen te geven tijdens het transport. Dit instructierecht vertegenwoordigt aldus ook het corporele element dat in veel jurisdicties nodig is voor de geldigheid van een pandrecht.
4. De verklaring van de vervoerder dat hij de goederen in pand houdt voor de bank tot zekerheid van het documentaire krediet, lijkt vervoerrechtelijk niet strikt nodig. Dit was op verzoek van de Zweedse banken aan het systeem toegevoegd. Kennelijk vertrouwden zij het concept van het instructierecht onvoldoende.

Dat is wel te begrijpen. Voor de niet verhandelbare vrachtbrieven in het lucht-, weg-, en spoorvervoer is het instructierecht in de op deze vervoerwijzen van toepassing zijnde verdragen gebrekkig geregeld.²¹ In het zeevervoer bestond internationaal zelfs geen enkele regeling voor het instructierecht, terwijl ook het nationale recht in veel jurisdicties zich er niet of nauwelijks over uitlaat²².

5. Behalve door middel van cessie had het afleveringsrecht ook op een andere wijze bij de koper kunnen komen. De bank heeft als geadresseerde immers het instructierecht gekregen en kan op grond van dat recht een nieuwe geadresseerde aanwijzen. Dat niet voor deze manier gekozen is, heeft waarschijnlijk ook met het wantrouwen tegen het instructierecht te maken. Of zou een berichtje aan de agent van de vervoerder, die aan de bank bekend is omdat hij van deze agent het aankomstbericht ontvangen heeft, te veel moeite zijn?

In werkelijkheid ging het bij dit Cargo Key System nog niet om papierloos vervoer. Door enige juridische intelligentie aan te wenden, werden de gebruiksmogelijkheden van de niet-verhandelbare vrachtbrief in het zeevervoer vergroot. Wat betreft de automatisering van de gegevensverwerking werd slechts gebruik gemaakt van het interne communicatiesysteem binnen de rederij, dat in de zeventiger jaren in de hele bedrijfstak van het containervervoer al gebruikelijk was geworden.

Het systeem is destijds goed gemarketed, zowel commercieel als politiek/wetenschappelijk, maar in de praktijk is er niet op grote schaal gebruik van

²¹ Zie art. 12 CMR Verdrag, art. 12 Verdrag van Warschau en art. 30 - 32 COTIF-CIM Verdrag.

²² In Nederland wordt bij het zeevervoer de 'aflevering van ten vervoer ontvangen zaken vóór de aankomst ter bestemmingsplaats' geregeld in art. 8:440 BW.

gemaakt. Voor zover ik weet, hebben slechts enkele grote klanten van ACL voor specifieke vervoeren het systeem toegepast. Andere vervoerders hebben ACL niet gevolgd, hetgeen zeker anders zou zijn geweest als het nieuwe systeem een succes was geworden. De ervaring leert dat de klassieke patronen in het zeevervoer dermate zijn ingesleten, dat begrip voor enige afwijking van het bestaande, ook als dit aanmerkelijke voordelen kan bieden, veelal slecht kan worden opgebracht.

3.2 *Seadocs Project*

3.2.1 *Inleiding*

Het Seadocs project had een heel ander uitgangspunt dan de containervaart te bevorderen. Hier waren het de moeilijkheden, die het gebruik van cognossementen in de praktijk van de commodity trade oplevert. Daarbij werd in eerste instantie aan het vervoer van ruwe olie en olieproducten gedacht.

De kern van de problemen met het cognossement in het olievervoer is het conflict dat daar optreedt tussen de zekerheidsfunctie en de legitimerende functie van het cognossement. De werking van het cognossementsysteem is er immers op gebaseerd dat het cognossement eerder in de loshaven arriveert dan het schip met de goederen. Als deze volgorde wordt omgekeerd, loopt het systeem stuk.

Zo'n omkering treedt bijvoorbeeld op als de krediettermijn onder het koopcontract (veel) langer is dan de reis van de goederen duurt. Dit is in het olievervoer vaak het geval. Het gevolg is dan, dat (de bank van) een onbetaalde verkoper nog houder is van het cognossement op het moment dat dit in de loshaven moet worden gepresenteerd om uitlevering van de lading te verkrijgen. In dit soort gevallen is het dan gebruikelijk dat de vervoerder op instructie van de charterer, die op de hoogte wordt gehouden van de voor de aflevering relevante transacties die onderweg plaats vinden, de lading uitlevert aan de koper. Als er sprake is van meerdere verkopen - vaak is dat zo - wordt er uitgeleverd aan de laatste koper. De vervoerder krijgt in ruil voor deze aflevering een vrijwaring van de charterer. Wanneer het goed is, krijgt deze charterer een contra-vrijwaring van degene, die op het moment van uitlevering cognossementhouder is. Verder behoort er een tweede vrijwaring bij dit soort gevallen. De verkopers van de olie vrijwaren hun kopers voor de gevolgen dat de olie verkocht (en geleverd) wordt, zonder dat het voor die olie uitgegeven cognossement een rol speelt.

Kortom, het is een heel gedoe met vrijwaringen, vervat in verschillende garantiebrieven, die in theorie een sluitend alternatief zouden kunnen zijn voor het klassieke cognossementsysteem. Dit alternatief vereist echter meer procedurele discipline en administratieve aandacht dan in de praktijk door de betrokkenen veelal kan worden opgebracht. Allerlei goederen- en verbintenisrechtelijke onzekerheden zijn het gevolg.²³

Overigens, ook diverse andere, moeilijk te vermijden, oorzaken dan de lengte van de betalingstermijn kunnen zich voordoen, waardoor een cognossement niet op tijd in de loshaven is.²⁴

Voor de vervoerder is het gevolg van de geschetste praktijk, dat, wanneer hij onverkort wordt gehouden aan de regel dat hij juridisch verplicht blijft uit te leveren aan de cognossementhouder, hij de facto de koopprijs van de olie garandeert aan de kopers van die olie, zelfs als deze de olie lang vóór de inlading in het schip hebben gekocht. Een cognossement geldt immers als een promesse en, anders dan andere promesses, is het er zelfs een zonder vervaldatum.²⁵ Er is geen vervoerdersverzekering, die dit risico dekt.

Ter verlichting van dit soort problemen heeft in de begin jaren tachtig een Amerikaanse bank, Chase Manhattan, met de support van de vereniging van tankschipeigenaren, 'Intertanko', een registratiesysteem voor cognossementen ontwikkeld onder de naam 'Seadocs'.

3.2.2 Beschrijving van het systeem

Dit werkte als volgt: vervoerders, kopers en verkopers van de lading, en andere bij het vervoer betrokken partijen als banken, verzekeraars, inspectiebedrijven, en dergelijke, sluiten een overeenkomst met Seadocs Registry Ltd., gevestigd in Londen. Daarbij neemt deze organisatie op zich elk door die contractspartners uitgegeven of ontvangen document op hun verzoek in bewaring te nemen, alsmede, als hun vertegenwoordiger, elke handeling met betrekking tot dat document te zullen uitvoeren.

²³ Zie o.a. mijn oratie *Het cognossement, naar een functionele benadering*, 1999, p. 17 e.v.

²⁴ Per Gram, *Delivery of Tanker Cargoes without presentation of bills of lading, Registration of bills of lading as a possible solution*, CMI Colloquium on Bills of Lading, Venetië, 1983.

²⁵ Althans volgens vele schrijvers. Zie voor een uiteenzetting van deze problematiek het *CMI Yearbook 2000*, p. 158 - 160.

Het is de bedoeling dat dit gebeurt in het volgende scenario: onmiddellijk na uitgifte van een cognossement in de laadhaven wordt het document ter bewaring naar Seadocs in Londen gestuurd. Seadocs stelt daartoe eigen agenten aan in de belangrijkste laadhavens. Ook andere documenten (oorsprongcertificaten, hoeveelheidcertificaten, inspectierapporten, etc.) kunnen in beginsel naar Seadocs worden gestuurd. In Londen worden deze documenten bewaard en elke transactie met betrekking tot de lading, bijvoorbeeld een verkoop of een inpandgeving, wordt aan Seadocs gemeld en geregistreerd. Seadocs verricht dan, als vertegenwoordiger van de desbetreffende partij, de voor die transactie noodzakelijke handeling met betrekking tot het document. Seadocs mag aldus cognossementen endosseren. Ook kan Seadocs op verzoek checken of zekere documenten voldoen aan de voorwaarden van een documentair krediet. Wanneer de goederen moeten worden afgeleverd, kan Seadocs, op verzoek van degene aan wie afgeleverd moet worden, het cognossement aan zichzelf als vertegenwoordiger van de vervoerder presenteren en aftekenen, waarna Seadocs aan de vervoerder het groene licht voor lossing kan geven. Het systeem voorziet er in dat alle communicatie op een voldoende beveiligde manier gebeurt.

3.2.3 *Commentaar*

1. Het grote voordeel van het Seadocs systeem is, dat het de bestaande juridische infrastructuur rondom handel en vervoer ongewijzigd laat. Wetswijzigingen of ingrijpende procedurewijzigingen zijn er niet voor nodig.
Er is vergeleken met de bestaande praktijk één belangrijk verschil: alle cognossementen worden fysiek op één plaats bewaard, in Londen. Dat betekent dat Engels recht als de *lex rei sitae* gewoonlijk op de goederenrechtelijke aspecten van het cognossement van toepassing zal zijn. Verder, crediteuren die beslag willen leggen of anderszins een actie tegen de cognossementen overwegen, hoeven niet lang te zoeken om de plaats te vinden, waar dat kan worden gedaan. Of dit een voordeel of een nadeel is, hangt af van welke kant het bekeken wordt.
2. Een verder voordeel is, dat een systeem als dat van Seadocs de potentie had om verder uitgebouwd en geëlektronificeerd te worden, zodra de technieken daarvoor beschikbaar zouden komen en eventuele noodzakelijke wets- of verdragswijzigingen zouden zijn doorgevoerd. Het systeem had zich kunnen ontwikkelen in dezelfde richting als de elektronische aandelenregistratie.
3. Een centraal registratie systeem staat of valt met het vertrouwen dat het systeem weet te ontwikkelen. De communicatiekanalen moeten extreem betrouwbaar zijn en de vertrouwelijkheid van de geregistreerde

gegevens moet absoluut gewaarborgd zijn. Met betrekking tot de eerste voorwaarde kan worden vermeld dat een aantal pilots succesvol waren verlopen. Deze pilots hadden betrekking op de handel in Noordzeeolie, waar het systeem bij uitstek geschikt voor leek.

Aan de eis van vertrouwelijkheid deed het feit, dat één bank alleen-aandeelhouder was van Seadocs, geen goed. Ook mag niet verwacht worden dat collega-banken hun cliënten zullen adviseren van de exclusieve diensten van een concurrent gebruik te maken. Dat gebeurde dan ook niet.

Chase begreep inmiddels dat ze om deze laatste reden dit project niet winstgevend zouden kunnen krijgen en boden het eind 1986 op aantrekkelijke voorwaarden te koop aan. Er was belangstelling voor bij een groep van belanghebbende en kapitaalkrachtige kopers. Deze groep was zo samengesteld dat neutraliteit redelijkerwijs gewaarborgd zou kunnen zijn.

Toch is de verkoop niet doorgegaan. Waarom niet? Omdat de eerste doelgroep, de handel in Noordzeeolie, zich afzijdig hield. De 'sense of urgency' was onvoldoende aanwezig bij veel van de betrokkenen bij die trade.²⁶ Chase liquideerde hierop Seadocs.

3.3 *De CMI Regels*

3.3.1 *Inleiding*

In 1983 hield het CMI²⁷ in Venetië een colloquium over cognossementen. Op aandrang van de belanghebbenden bij het containervervoer, die de bevordering van het gebruik van niet-verhandelbare zeevrachtbrieven in

²⁶ In de literatuur zijn wel meer oorzaken genoemd, zoals moeite die Seadocs zou hebben met het krijgen van een redelijke verzekeringsdekking, de verwachte hoge transactiekosten, e.d. Uit eigen ervaring weet ik dat dit niet echt een rol speelde.

Wel heeft op de achtergrond het algemene gevoel gespeeld, dat het griezelig is wanneer zoveel marktinformatie op één plaats geconcentreerd zou worden. Nieuwsgierige buitenstaanders in het algemeen en belastingautoriteiten in het bijzonder zouden het niet te gemakkelijk moeten krijgen.

Eén van de betrokkenen bij de eindfase van Seadocs heeft erover gepubliceerd: Kathy Love, juriste bij Shell International Petroleum, "The Lessons Learned", *Oil and Gas Law and Taxation Review*, 1992-2, p. 53 e.v.

²⁷ Afkorting voor Comité Maritime International, een privaatrechtelijke vereniging van ruim 100 jaar oud, met als leden personen, die in enigerlei capaciteit bij de juridische aspecten van het zeevervoer betrokken zijn. Het doel van het CMI is de uniformering van het maritieme vervoerrecht te bevorderen. Vrijwel alle privaatrechtelijke zeerechtverdragen zijn door het CMI voorbereid of medevoorbereid. Zie ook www.comitemaritime.org.

hun vaandel hadden, mede omdat dit document gemakkelijker te automatiseren valt dan een cognossement, werd in de eindresolutie²⁸ de aanbeveling opgenomen om uniforme regels op te stellen voor zeevrachtbrieven.

Het CMI toog vervolgens hiermee aan het werk. In de beraadslagingen ter voorbereiding van deze uniforme regels werd van vervoerderszijde voorgesteld om een bepaling op te nemen, dat het instructierecht niet alleen overdraagbaar is bij de uitgifte van de zeevrachtbrief maar ook gedurende de reis, en bovendien ook aan anderen dan de geadresseerde alleen. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan een financierende bank, die een pandrecht krijgt. Hiertegen rees fel verzet. Gemeend werd dat een zeevrachtbrief een eenvoudig document is en dat het dat moet blijven ook. Als het, met het oog op de automatisering, de bedoeling is een cognossement-vervangend document te creëren, zouden daar aparte regels voor moeten worden opgesteld, die los staan van de regels voor de zeevrachtbrief. Aldus geschiedde.

Binnen het CMI werd daarvoor een nieuwe commissie gevormd. Het resultaat van de arbeid van deze commissie waren de 'CMI Rules for Electronic Bills of Lading', die op de 34ste CMI Conferentie, Parijs, 1990, werden aangenomen.²⁹ Deze regels zijn als bijlage 1 bij dit preadvies gevoegd.

3.3.2 *De essentie van de CMI regels*

Tegen deze achtergrond is het dan ook niet verwonderlijk dat de kern van de CMI regels dan ook geworden is, dat de verscheper zijn instructierecht tijdens de reis kan overdragen aan een derde, die, op zijn beurt, dit ook weer kan. Omdat het hier een cessie betreft van rechten, die tegenover de vervoerder kunnen worden uitgeoefend, moet deze van de overdracht van die rechten op de hoogte worden gesteld. Onder sommige jurisdicties is zo'n cessie slechts geldig nadat de vervoerder zo'n cessie heeft erkend, reden waarom de CMI regels voorzien in een bevestiging van de overdracht door de vervoerder. De communicatie, die voor deze cessie nodig is, wordt

²⁸ Aanbeveling 3 en 4 luiden:

3. The practice of issuing a Bill of Lading when a negotiable document is not required should be discouraged.
4. Uniform rules for incorporation in sea waybills should be prepared and their adoption encouraged.

²⁹ CMI Yearbook 1990-II, p. 209-245. Verder: N.Gaskell, *Bills of Lading: Law and Contracts*, Londen, 2000, Appendix D2 en J. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, Londen, 1993, Appendix 6.

elektronisch gedaan³⁰. De overdracht van het instructierecht omvat tevens die van het afleveringsrecht³¹.

Het spreekt vanzelf, dat deze communicatie beveiligd dient te gebeuren. Daarvoor geeft de vervoerder het eerste te beveiligen bericht aan de verscheper, de z.g. receipt message, een 'private key' mee. Deze wordt in art. 2 functioneel gedefinieerd als de technisch passende manier, die partijen overeenkomen om de authenticiteit en de integriteit van een bericht te verzekeren. Wanneer de verscheper het instructierecht wil overdragen aan een derde, krijgt deze derde van de vervoerder een nieuwe 'private key' en wordt de oude door de vervoerder geannuleerd. Wanneer iemand zich vervolgens bij de vervoerder meldt onder gebruikmaking van de 'private key', weet de vervoerder dat hij met een persoon te maken heeft, die gerechtigd is tot het instructierecht. Hiermee is de legitimerende functie van het cognossement geïmiteerd.

De CMI regels gaan ervan uit, dat partijen, naast de vervoerovereenkomst, een communicatieovereenkomst sluiten, waarin wordt overeengekomen hun vervoerovereenkomst conform de CMI regels af te wikkelen. Vandaar dat de CMI regels ook een aantal procedurele bepalingen hebben opgenomen, die gebruikelijk zijn voor communicatieovereenkomsten.

De CMI regels bemoeien zich niet met wat er tussen de verscheper (b.v. in de hoedanigheid van verkoper) en geadresseerde (b.v. in de hoedanigheid van koper) rechtstreeks gecommuniceerd wordt. Wanneer de vervoerde goederen onderweg verkocht worden, mag men verwachten dat de verscheper/verkoper (de inhoud van) de receipt message naar de koper stuurt. Ook houden de CMI regels zich niet met goederenrechtelijke aspecten bezig. De CMI regels bepalen niet dat, na de cessie van het instructie- en afleveringsrecht, de vervoerder de goederen gaat houden voor de nieuwe 'Holder' van dat recht. Maar niet ontkend kan worden, dat aan de CMI regels de achterliggende gedachte ten grondslag ligt, dat een levering van goederen tijdens transport longa manu zal plaats vinden, waarvoor eveneens een notificatie aan de vervoerder nodig is. En dat de gewoonte zich zal ontwikkelen, dat de twee notificaties krachtens een zeker automatisme zullen gaan samenvallen, waardoor weer het verbintenisrechtelijke en

³⁰ Art. 3:94 BW stelt de eis dat een cessie bij akte moet. Verwacht mag worden dat deze belemmering voor e-commerce binnenkort zal worden weggenomen ter gelegenheid van de uitvoering van de EU Richtlijn elektronische handel.

³¹ Het instructierecht wordt gedefinieerd in art. 7 van de CMI regels.

het goederenrechtelijke element van het papieren cognossement elektronisch wordt geïmiteerd.^{32 33}

3.3.3 *Kritiek op de CMI regels*

De CMI regels zijn algemeen erkend als een nuttig theoretisch model, maar werden als een systeem, dat in de praktijk zou kunnen werken, afgekeurd.

Hoewel op dat eerste wel wat af te dingen valt, kan worden gesteld dat met deze erkenning het primaire doel van de CMI regels is bereikt. Dit doel was namelijk de opvatting van de puristen, waar ik in 1.1 aan refereer, te weerleggen door aan te tonen dat er wel degelijk een juridisch model aan te geven is, waarbinnen het mogelijk moet zijn ook een waardepapier als het cognossement te elektronificeren.

Over de kritiek dat de CMI regels als 'systeem' in de praktijk niet zouden kunnen werken kan worden opgemerkt, dat deze regels primair juridisch van aard zijn. Zij zijn opgesteld door vervoerjuristen en niet door systeem-analisten. Verder komt het mij voor dat veel van deze kritiek berust op een onvoldoende vertrouwd zijn met de vervoerpraktijk van degenen, die de kritiek uitten.

De kern van veel kritiek was, dat 'in het CMI systeem' de vervoerder het centrale punt is³⁴. Vervoerders werden bij uitstek ongeschikt geacht om registratiesystemen bij te houden, vervoerders zouden er belang bij hebben om de gegevens te manipuleren, en, vooral, de levering van de goederen onder een koopcontract zou niet afhankelijk mogen zijn van de medewerking van de vervoerder.

³² Eveneens in 1990 werden de Incoterms CFR en CIF zodanig gewijzigd, dat ook de mogelijkheid van doorlevering van de goederen door de koper aan een opvolgende koper via kennisgeving aan de vervoerder als genoegzaam wordt erkend (zie de verplichtingen van de verkoper onder A 8 van de desbetreffende Incoterm). Verder werd ook in 1990 het elektronische equivalent als alternatief voor het papieren cognossement in de Incoterms geïntroduceerd.

³³ Op de laatste moment ter conferentie werd de naam van de regels gewijzigd van "CMI Rules for the electronic transfer of rights to goods in transit" gewijzigd in "CMI Rules for electronic bills of lading". Door deze wat ondoordachte wijziging dekte de titel de inhoud van de regels niet meer, hetgeen naderhand zeker bijgedragen heeft tot onbegrip en geleid heeft tot kritiek op de regels, die zonder titelwijziging vermeden had kunnen worden.

³⁴ O.a. Pejovic, p. 180, 181.

Deze kritiek miskent echter dat een cessie normaliter niet gedaan kan worden zonder mededeling aan de vervoerder. Hetzelfde geldt voor een levering van goederen onderweg. Ook onder een papieren cognossement is de vervoerder het centrale punt, zij het in relatie tot de fysieke goederen. Zonder vertrouwen dat een vervoerder zijn werk doet, staat ook nu niemand zijn goederen af aan vervoerders. Wel is het op zich juist dat het opzetten van registratie systemen geen core business van vervoerders is. Dat geldt voor veel meer handelingen onder de vervoerovereenkomst. Maar niets in de CMI regels belet vervoerders deze taak uit te besteden aan gespecialiseerde firma's, die dan ter zake moeten handelen als vertegenwoordiger van de vervoerder. 'Manipulatie van gegevens' miskent, dat de inhoud van de receipt message door een koper rechtstreeks aan de verkoper bekend gemaakt wordt in het kader van de koopovereenkomst. En wat betreft de afhankelijkheid van de 'medewerking' van de vervoerder, gaat art. 7 van de regels ervan uit, dat de medewerking van de vervoerder een van zijn verplichtingen onder het vervoercontract is.

Een tweede punt van kritiek betreft het gebrek aan beveiliging van de communicatie³⁵.

Echter, in de CMI regels is de 'private key' bewust zodanig algemeen geformuleerd dat elke vorm van beveiliging, die partijen genoegzaam achten, gebruikt kan worden.

Verdere kritiek betreft de regeling van art. 10, de optie om terug te vallen op een papieren cognossement. Deze optie heeft, behalve een praktische reden, ook een juridische achtergrond. Onder art. 3.3 van de dwingend-rechtelijke Hague-Visby Rules is een vervoerder verplicht, wanneer een afzender erom vraagt, een papieren cognossement af te geven. Dat is een verplichting die, naar de heersende opvatting, niet weggecontracteerd kan worden.

Todd merkt nog op³⁶ dat de CMI regels niet voorzien in een overdracht van rechten onder het vervoercontract, waardoor, naar zijn mening, in geval van schade aan de goederen, niet degene aan wie de goederen afgeleverd zijn, maar de afzender het recht heeft de actie tot schadevergoeding in te stellen.

³⁵ Kozolchik, p. 237-240. Todd, p. 160, heeft het steeds over communicatie tussen de ladingbelanghebbende en het schip, hetgeen hem weinig betrouwbaar lijkt. Hij vindt dat het essentiële bezwaar tegen de CMI regels. De elektronische communicatie vindt echter plaats met de organisatie, die een vervoerder aan de wal heeft. Het schip speelt daar geen rol in. Wanneer het schip bij de communicatie betrokken moet zijn, gebeurt dat normaliter via de walorganisatie van de vervoerder.

³⁶ Todd, p.159.

Zijn conclusie lijkt mij onjuist, want art. 7 voorziet specifiek in de overdracht van het afleveringsrecht en daarmee, althans Nederlands recht, ook van het schadevergoedingsrecht. Maar als hij bedoeld zou hebben dat de CMI regels vervoerrechtelijk tekort schieten, zou ik het met hem eens geweest zijn.

3.3.4 *Tekortkomingen van de CMI regels*

Wanneer men aanneemt dat een cognossement slechts geëlektronificeerd kan worden door zijn functies te elektronificeren, is het essentieel dat er zoveel mogelijk uniformiteit moet bestaan ten aanzien van de (juridische) inhoud van die functies. Het cognossementrecht is echter voor een groot deel gebaseerd op (handels)gebruiken en gewoontes, dikwijls geconfirmeerd in rechterlijke uitspraken. Er is veel recht ongecodeerd gebleven, zowel nationaal³⁷, maar vooral in het internationale recht. Het bestaande cognossementverdrag, de Hague Visby Rules, beperkt zich hoofdzakelijk tot de vragen van aansprakelijkheidsrecht en concentreert zich op de verplichtingen van de vervoerder. Als onder een elektronisch cognossement de nadruk komt te liggen op de overgang van rechten (en eventueel verplichtingen), door middel van cessie, novatie of anderszins, moet er duidelijkheid komen welke rechten en verplichtingen dat dan zijn. Gaan alle rechten en verplichtingen van een afzender op een opvolgende 'houder' over, of blijven er sommige bij de afzender hangen? Gaan er rechten voorwaardelijk over? Als verplichtingen overgaan, is er hoofdelijkheid? Heeft een afzender nog rechten of verplichtingen die een afzender niet heeft? Dit zijn allemaal vragen die de structuur van het zeevervoercontract raken, soms medebepalend voor de goederenrechtelijke aspecten van het cognossement ook, en waarover nog geen (begin van) uniformiteit is. Wat rechtens is op deze terreinen hangt vaak af van specifieke contractuele bepalingen (waar een derde cognossementhouder in beginsel buiten heeft gestaan), handelsgebruiken en het van toepassing zijnde nationale recht.

De opstellers van de CMI regels hebben zich deze tekortkomingen wel gerealiseerd. Maar, gelet op het primaire doel van de regels en de tijdsdruk waaronder zij tot stand zijn gekomen, was niet veel meer mogelijk dan een verwijzing te doen naar het geldende recht, hoe dat dan ook luiden moge. Zo vermeldt art. 4.d. dat de informatie, vermeld in de receipt message, dezelfde werking heeft als ware deze opgenomen in een papieren cognossement. Dat is mooi. Maar stel dat de CMI regels (of enige andere regels) eens zo succesvol worden dat het papieren cognossement volledig vervangen wordt, dan wordt in dit artikel verwezen naar iets waar slechts toekomst

³⁷ Sinds de invoering van Boek 8 is Nederland relatief nog een gunstige uitzondering.

stige rechtshistorici nog weet van hebben³⁸. Hetzelfde geldt voor het kern-artikel van de CMI regels, dat over het instructierecht. In art. 7.a.4. wordt ten aanzien van (een deel van) inhoud van het instructierecht verwezen naar het (papieren) cognossementrecht. Idem in art. 7.d. ten aanzien van het juridische effect van de overdracht van het instructierecht. Maar het internationale cognossementrecht bevat geen enkele bepaling ten aanzien van het instructierecht³⁹. Hier regeren vooral handelsgebruiken, die bepaald worden door de (papieren) cognossementpraktijk.

3.4 *UNCITRAL Modelwet, art. 16 en 17*

3.4.1 *Inleiding*

De in de tijd volgende ontwikkeling was de totstandkoming van de UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce in 1996. Deze modelwet bevat een aantal bepalingen, die bedoeld zijn om de ontwikkeling van de functie van het papier in het handelsrecht naar het digitale equivalent van dat papier te bevorderen. De Modelwet bevat een aantal algemene artikelen betreffende het schriftelijkheidsvereiste, de handtekening, het begrip 'origineel', enzovoort. Mede omdat deze bepalingen techniek-onafhankelijk zijn geformuleerd, hebben zij veelal een behoorlijk abstractieniveau.

Daarnaast voorziet de Modelwet in de mogelijkheid bepalingen op te nemen, die, naast en in aanvulling op de algemene artikelen, van toepassing zijn op elektronische handel in een specifieke situaties. Aldus kan worden ingespeeld op de speciale behoeftes van een bepaalde bedrijfstak.

Tot nu toe is slechts voor het vervoer van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Daar werden speciale bepalingen het meest urgent geacht. Deze bepalingen werden opgenomen in art. 17 en 18 van de Modelwet, die als bijlage 2 bij dit preadvies zijn gevoegd.

³⁸ Daar komt nog bij, dat het hier onder meer gaat om de conclusive evidence regel (zie 2.5.2), die nu juist een bepaling is, waarvan men zich af moet vragen of deze in een geëlectronificeerde omgeving gehandhaafd moet blijven.

³⁹ Ook Boek 8 BW zwijgt hierover voor wat het zeevervoer betreft. Alleen verdragen die het niet-zeevervoer betreffen, zie voetnoot 21, kennen bepalingen over het instructierecht.

Een eerste proeve van een regeling van het instructierecht in het zeevervoer vindt men in het CMI Yearbook 2000, p. 161-167.

3.4.2 Art. 16 en 17 inhoudelijk

In art. 16 worden alle acties opgesomd, die in verband met of krachtens een vervoerovereenkomst denkbaar zijn. De lijst is niet-limitatief en heeft betrekking op elk vervoercontract, niet alleen de contracten die in het zeevervoer gebruikt worden. De lijst heeft ietwat het karakter van: 'wie weet er nog meer?' Opvallend is vooral punt (f) van de lijst. Daar gaat het om rechten met betrekking tot de vervoerde goederen in goederenrechtelijke zin, waarbij het vervoerdocument een rol speelt.

In art. 17 wordt vervolgens een aantal specifieke regels gegeven met betrekking tot de handelingen, die in art. 16 opgesomd zijn.

Het eerste lid stelt het schriftelijkheidsvereiste gelijk aan het gebruik van elektronische berichten. Het tweede lid geeft een nadere precisering daarvan: die gelijkstelling is ook bedoeld voor gevallen, waarin de wet niet met zoveel woorden de eis van een akte stelt, maar gevolgen verbindt aan het feit, dat de handeling niet schriftelijk heeft plaats gehad, dan wel dat daarvoor geen papieren document is gebruikt. Deze laatste toevoeging slaat specifiek op de overdracht van ordercognossementen door middel van endossementen. Wanneer een cognossement is uitgegeven, is immers, in beginsel, een goederenrechtelijke overdracht slechts mogelijk door middel van de overdracht van dat cognossement (zie 2.6).

Het derde en vierde lid slaan op de legitimerende functie van sommige vervoerdocumenten. Het woord "unique" vereist hier enige uitleg. Een elektronisch bericht is altijd uniek in technische zin. Er is er maar één van, zelfs als het een duplicaat betreft van een eerder verzonden bericht. Het woord "unique" betekent in dit verband dat het desbetreffende bericht gerelateerd moet kunnen worden aan één bepaald databestand. Dit in dezelfde zin als waarop in de VS de douane autoriteiten verlangen dat elk cognossement een uniek nummer heeft. Dat nummer moet gerelateerd zijn aan de verscheping waar dat cognossement betrekking op heeft, en hetzelfde nummer mag niet binnen een zekere periode wederom door de vervoerder gebruikt worden voor een andere verscheping.

Het vijfde lid is een nuttige samenloop bepaling, die dubbele legitimatie moet voorkomen. In 3.3.3 wees ik er al op, dat de Hague Visby Rules een vervoerder verplichten een papieren cognossement af te geven wanneer zijn contractspartij daarom vraagt. Ook kan om allerlei andere redenen een papieren document soms (onverwacht) gewenst zijn.

Het zesde lid ondervangt het feit dat het cognossement en de spoorwegvrachtbrief constitutief zijn voor het van toepassing zijn van de voor de desbetreffende vervoertak geldende aansprakelijkheidsregels.

3.4.3 Commentaar op art. 16 en 17

Ik vind op zich de benadering, neergelegd in deze twee artikelen, origineel: het vervoercontract ontleden in een groot aantal handelingen en die dan vervolgens wettelijk faciliteren teneinde elektronisch verricht te kunnen worden. Ik betwijfel echter of op deze manier de gewenste functionele equivalentie wordt bereikt.

Dat geldt in de eerste plaats met betrekking tot de goederenrechtelijke functies van het ordercognossement.

Zo lijkt mij het tweede lid van artikel 17 te kort door de bocht. De overdracht van de eigendom van goederen tijdens transport kan elektronisch, maar daar ligt wel een juridisch concept aan ten grondslag, dat meer is dan eenvoudig "using one or more data messages". Dat concept is de cessie van het instructierecht onder het vervoercontract door middel van elektronische berichten en tevens de *longa manu* overdracht van eigendom onder het koopcontract door middel van elektronische berichten, waarbij een synchronisatie van de beide notificaties aan de vervoerder nodig is om een goederenrechtelijke effect te verkrijgen, dat equivalent is aan de overdracht van een geëndosseerd ordercognossement.

Ook het derde lid is wat simpel. Bij de legitimerende functie gaat het er niet alleen om, dat het desbetreffende recht of verplichting bij één bepaalde persoon 'landt', maar óók dat deze persoon als zodanig door de vervoerder elektronisch wordt 'herkend'. En ook hier weer is er meer nodig om hetzelfde juridische effect met en zonder papier te bewerkstelligen dan de pennenstreek van gelijkstelling. Ik wijs op de bescherming tegen onbevoegdheid, die de gelegitimeerde onder een waardepapier geniet, zie 2.5.3.

Verder, de Modelwet gaat voorbij aan het feit, dat met betrekking tot het toepasselijk recht op de goederenrechtelijke aspecten van het vervoerdocument er eveneens verschillen bestaan tussen het papieren document en het elektronische equivalent ervan.

Ook ten aanzien van de verbintenisrechtelijke aspecten wordt volledige equivalentie onder de bepalingen van de Modelwet niet bereikt. Wanneer onder een elektronisch cognossement de (uiteindelijk) afleveringsgerech-

tigde zijn rechten tegenover de vervoerder door cessie van de afzender verkrijgt, geldt, in beginsel, de 'nemo plus' regel, tenzij uitdrukkelijk de handhaving van de 'conclusive evidence rule' wordt afgesproken. Verder vereist de ontvangstbewijsfunctie van het vervoerdocument, dat technisch gewaarborgd blijft, dat het elektronische documentbestand niet gewijzigd kan worden tijdens het transport. En onder een elektronisch systeem wordt een geadresseerde eerder partij bij het contract dan, naar sommiger opvatting, onder een cognossement, zie 2.4.

Mijn conclusie is dat, zonder een verdere bijbehorende materieel/juridische infrastructuur, de bepalingen van de Modelwet de gepretendeerde functionele equivalentie niet bereiken.

3.5 *Bolero*

3.5.1 *Inleiding*

Voortbouwend op de resultaten van de TEDIS studie "Mandate"⁴⁰, werd door de Europese Commissie in het kader van een nieuw research stimuleringsprogramma INFOSEC een subsidie toegekend aan een internationaal consortium om een concreet project op te zetten, dat zou moeten leiden tot een pilot voor een elektronisch alternatief voor maritieme transportdocumenten. Drijvende kracht van het project was Marinade Ltd.⁴¹ Dit bedrijf had een consortium weten te organiseren met een aantal klinkende namen uit de communicatieindustrie. Deloitte & Touche trad op als consortium leider.

De ontwikkelingskosten waren echter veel hoger dan het consortium bereid was te dragen. Daarop hebben in 1996 de TT Club, een grote onderlinge verzekeraar, waar vrijwel alle grote logistieke bedrijven in de wereld bij aangesloten zijn, en SWIFT, de organisatie verantwoordelijk voor de optimaal beveiligde uitvoering van de financiële transacties binnen het wereldwijde bankwezen, het project overgenomen en in een operationele fase gebracht. Eind 1999 was Bolero zover dat het, naar eigen zeggen, 'commercieel' kon gaan draaien.

⁴⁰ Zie voetnoot 2.

⁴¹ Met grote waardering voor de persoon noem ik hier de Zweed Ake Nilsson, die als directeur/aandeelhouder van Marinade Ltd., de 'vader' van het Bolero project geweest is.

3.5.2 Hoe werkt Bolero?

Bolero is een volledig registratiesysteem voor de belangrijkste documenten die in de internationale handel worden gebruikt.⁴² Het beoogt in de technische en juridische infrastructuur te voorzien, die nodig is voor elektronische handel, zij het dat de gebruikers wel speciale software nodig hebben om toegang tot Bolero's faciliteiten te krijgen.

De filosofie achter Bolero is om de huidige documentaire processen, die gebruikt worden in de internationale handel, volledig te imiteren, zonder iets daaraan te veranderen. Het gaat daarbij niet alleen om cognossementen of andere vervoerdocumenten, maar ook overeenkomsten betreffende koop, verzekering, financiering, aankooporders, facturen, verschepingsinstructies en douane documentatie.

Het hele systeem is gebaseerd op drie contracten, twee bilaterale en één multilateraal contract. De eerste twee zijn tussen de individuele gebruiker en de organisatie. Het betreft een soort ballotagecontract en een operationele dienstencontract. Het belangrijkste contract is echter het multilaterale contract, dat geldt tussen alle gebruikers onderling en tussen de gebruikers en de organisatie, waarbij de organisatie mede kan handelen namens één van de gebruikers. Dit laatste contract wordt het 'Rulebook' genoemd⁴³.

Dit Rulebook, inclusief de bijlagen, bevat de volledige regels van het Bolero spel, zowel in juridisch als in operationeel opzicht. Het laat echter de condities van alle onderliggende overeenkomsten tussen de gebruikers onderling, die via Bolero verwerkt zullen worden, volledig intact.

Wat betreft cognossementen, wordt er allereerst onderscheid gemaakt tussen cognossementen al of niet uitgemaakt onder een charterparty. Verder tussen cognossementen op naam, aan order of aan toonder. Al deze cognossementen zijn vervat in een cognossementbericht aan Bolero, dat tenminste de ontvangstbevestiging van de goederen door de vervoerder moet bevatten, alsmede, behalve bij charterparty cognossementen, de condities van de vervoerovereenkomst. Aan deze tweede voorwaarde kan ook voldaan worden door in het bericht een verwijzing op te nemen, waar-

⁴² Een duidelijke uiteenzetting van het hele systeem vindt men in hoofdstuk 4 van Reed, Walden & Edgar (red), *Cross-border Electronic Banking*, Londen, 2000. Dit hoofdstuk is geschreven door een van de juristen van Bolero, R. Caplehorn. Verder is via de websites www.boleroassociation.org en www.bolero.net alle mogelijke informatie te verkrijgen over Bolero.

⁴³ Verkrijgbaar via <http://www.boleronet/downloads/rulebook1.pdf>.

bij aangegeven moet worden hoe en waar van deze voorwaarden kennis kan worden genomen. Dit laatste hoeft dan weer niet voor charterparty cognossementen. Daarvan wordt gezegd in het Rulebook, dat de verwijzing naar de charterparty in het cognossementbericht hetzelfde juridische gevolg heeft als wanneer deze verwijzing zou zijn opgenomen in een papieren cognossement.

Het Rulebook definieert het begrip 'Holder'. Er zijn er zes verschillende soorten van, maar elk van de zes heeft vervoerrechtelijk de controle over de goederen. Wanneer en doordat zo'n houder via een bericht aan Bolero een nieuwe houder aanwijst, wordt "constructive possession of the goods" overgedragen. Daarbij moet de vervoerder erkennen dat hij de goederen voor de nieuwe houder gaat houden. Deze erkenning wordt door Bolero aan de nieuwe houder, als agent van de vervoerder, door middel van een elektronisch bericht afgegeven. Ook als zo'n aangewezen nieuwe houder de "transfer of possession" zou weigeren, wordt het bericht daarvan door Bolero als agent van de vervoerder in ontvangst genomen.

Verbintenisrechtelijk gebeurt er onder Bolero het volgende: tussen een nieuwe houder en de vervoerder ontstaat door novatie⁴⁴ een nieuwe vervoerovereenkomst met dezelfde condities als vermeld in de oorspronkelijke vervoerovereenkomst onder cognossement, zoals deze is geregistreerd door Bolero. Bij cognossementen onder een charterparty, waarbij aangenomen wordt dat het cognossementbericht naar de charterparty verwijst, worden de condities van de charterparty meegenoveerd, alsof deze in het cognossementbericht waren opgenomen. Bij de novatie komt de oude vervoersovereenkomst te vervallen ("shall cease and be extinguished").

Vervallen alle oude rechten en verplichtingen door de novatie? Nee, niet altijd. Als de vorige houder de verscheper is, vervallen slechts de rechten van de verscheper, maar niet zijn verplichtingen. En als de vorige houder de charterer was, blijven zowel zijn rechten als zijn verplichtingen in stand.

Komt er altijd een novatie tot stand? Ook niet. Als de nieuwe houder een tussenliggende houder is, die geen rechten uit de vervoerovereenkomst uitoefent⁴⁵, is er geen novatie. Het gevolg is, dat zo'n houder dan ook geen

⁴⁴ Bolero kiest voor novatie in plaats van cessie, omdat onder een betrekkelijk groot aantal jurisdicties (zoals ook onder Nederlands recht) voor de cessie van vorderingen op naam een akte nodig is.

⁴⁵ Denk aan een bank, die het document slechts tot zekerheid heeft, of aan een handelaar, die de goederen doorverkoop tijdens het transport.

verplichtingen heeft onder het cognossement. Zodra hij wel rechten uitoefent, komt automatisch de novatie tot stand.

Verder is nog een bijzonderheid dat, in gevallen dat een novatie tot stand zou komen, de nieuwe houder 24 uur de tijd heeft om zijn aanwijzing als nieuwe houder te verwerpen. In dit geval wordt de novatie niet geacht plaats gehad te hebben en worden de goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke gevolgen van de aanvankelijke novatie teruggedraaid.

Het instructierecht is slecht uitgewerkt in het Rulebook. Elke holder heeft het recht om de vervoerder een wijziging in het cognossementbericht te verzoeken. Het staat de vervoerder vrij om dit verzoek toe te staan of te weigeren. Ten aanzien van de verscheper/houder wordt iets stringenter geformuleerd: die mag "insist" dat een amendement wordt uitgevoerd door de vervoerder. En wanneer een vervoerder een zeevrachtbrief of een delivery order door middel van een elektronisch bericht aan Bolero creëert, zijn daar dezelfde rechten (waaronder dus het instructierecht) aan verbonden als aan een papieren versie van zo'n document.

Ten aanzien van de aflevering van de goederen door de vervoerder wordt in het Rulebook bepaald dat de vervoerder de goederen uitsluitend zal afleveren aan een houder die het cognossement presenteert. Dat presenteren gaat dan via het systeem. Daarna zijn geen transacties met het cognossementbericht via het Bolerosysteem meer mogelijk.

3.5.2 *Commentaar*

In wezen bouwt Bolero voort op de registratiegedachte van Seadocs en combineert dit met de juridische beginselen zoals neergelegd in de CMI regels. Daarbij is men niet over één nacht ijs gegaan. Er is een juridische haalbaarheidstudie uitgevoerd, waarin voor achttien zorgvuldig geselecteerde jurisdicties het recht met betrekking tot een aantal voor het beoogde systeem relevante juridische aspecten is uitgezocht. Deze aspecten waren: (1) het schriftelijkheidsvereiste voor de contracten waarvan voorzien werd dat die door middel van Bolero tot stand zouden kunnen/moeten komen, (2) het toelaten van elektronische bestanden als bewijs, (3) de overdracht van goederen en rechten, inclusief de zekerheidsfunctie van het vervoercontract, (4) rechtskeuze en bevoegde rechter onder het Rulebook en (5) zaken betreffende cryptografie, elektronische handtekeningen en TTP certificaten. Vooral uit oogpunt van rechtsvergelijking is dit rapport interessante lectuur.⁴⁶

⁴⁶ Het volledige rapport is beschikbaar via <http://www.bolero.net/downloads/legfeas.pdf>.

Mede door deze studie zit de juridische infrastructuur van Bolero dan ook, in het algemeen, goed in elkaar. Als gezegd, men heeft met betrekking tot het cognossementsysteem de huidige praktijk volledig trachten te imiteren. Naar mijn mening is Bolero daar in geslaagd. De basis van het systeem is de novatie en de erkenning van de vervoerder dat hij voor de nieuwe houder de goederen gaat houden. Dit volgt in grote lijnen het CMI patroon, maar gaat verder. Waar de CMI regels zich beperken tot de overdracht van het instructierecht, laat Bolero alle rechten en verplichtingen onder de vervoerovereenkomst overgaan. Daarbij moest bepaald worden dat niet altijd de rechten en/of verplichtingen onder het te noveren contract mochten verdwijnen. De keuzes die Bolero daarbij gemaakt heeft, sluiten aan bij de praktijk.

Maar een punt van kritiek is het volgende: als ik het goed zie, gaan onder Bolero alle afzendersverplichtingen via de novatie óók gelden voor de nieuwe houder (indien die van zijn rechten gebruik maakt). Dit geldt sinds 1992 voor het Engelse recht⁴⁷, maar is allesbehalve de gevestigde praktijk. Een voorbeeld: moet de verplichting van de afzender om de vervoerder de juiste ladinginformatie te geven, bijvoorbeeld met betrekking tot gevaarlijke stoffen, ook gaan rusten op de opvolgende houders?

Een van de zwakke punten van het Rulebook is, dat er niet in gespecificeerd wordt welke rechten en verplichtingen partijen hebben onder de vervoerovereenkomst, terwijl door systematisch of procedureel bepaalde keuzes te maken wel van het bestaan van bepaalde rechten en/of verplichtingen van partijen wordt uitgegaan. Zo wordt het intact laten van alle afzendersverplichtingen beargumenteerd met de noodzaak dat de vervoerder zich tot de afzender moet kunnen wenden wanneer de goederen niet aan een ontvanger kunnen worden afgeleverd. Dit is nu juist in de praktijk een omstreden zaak in het cognossementvervoer.

Verder ontkomt ook het Rulebook er niet aan om met betrekking tot een aantal punten de toevlucht te zoeken tot de 'als-of' methode: iets heeft hetzelfde juridische effect als ware er een papieren document afgegeven⁴⁸. In 3.3.3. heb ik al de bezwaren hiertegen uiteengezet.

⁴⁷ UK Cogsa 1992, sec. 3. Deze bepaling is binnen en buiten Engeland zwaar bekritiseerd. De eerste uitspraken, waarin deze bepaling door de Engelse rechter wordt weggeïnterpreteerd, zijn dan ook al gevallen.

⁴⁸ Ik verwijs naar rule 3.1.3 (conclusive evidence regel m.b.t. de goederenomschrijving), rule 3.2.3 (verwijzing naar de charterparty in het B/L bericht), rule 3.2.4 (van toepassing zijnd aansprakelijkheidsregiem) en rule 3.9 inzake zeevrachtbrieven en delivery orders.

Verder, onder Bolero wordt ook niet de verhoogde derdenbescherming gecreëerd, al moet worden opgemerkt dat dit waarschijnlijk onder geen enkel elektronisch systeem mogelijk is. Met betrekking tot toepasselijk recht wordt gesuggereerd - in de beste Engelse traditie - dat met de keuze in het Rulebook voor Engels recht alles wel in orde is. Wanneer de *lex rei sitae* regel moet worden toegepast op de goederenrechtelijke aspecten van de novatie⁴⁹, is het nog maar de vraag of Londen als de plaats van de (elektronische) registratie van een cognossementbericht onder Bolero gelijkgesteld kan worden aan de plaats van aanwezigheid van een papieren cognossement.

Bovenvermelde juridische bezwaren zullen de handel waarschijnlijk niet zo aanspreken. Voor de gebruiker spelen primair andere zaken. Allereerst het kostenaspect. Door de filosofie achter Bolero - alle cognossementfuncties imiteren plus registratie van allerlei andere handelsdocumenten - is het systeem vrij ingewikkeld en dus duur geworden. Verder wordt van de gebruikers de nodige organisatorische discipline en vaardigheid vereist bij het gebruik van Bolero. Voorts zullen die bedrijfstakken, waar het cognossement - effectief of slechts in perceptie, dat laat ik hier in het midden - nog een rol speelt na de uitlevering van de lading door de vervoerder, zoals de olie-industrie, geen belangstelling hebben voor Bolero. En, last but not least, het algemene gevoel van onbehagen van menige handelaar tegenover centrale registraties zal ook Bolero parten spelen.

4. De toekomst

4.1 Centrale registratiesystemen

De toekomst voorspellen in de wereld van de elektronische handel is een hachelijke zaak.

Bolero is nu bijna anderhalf jaar operationeel, het wordt krachtig in de markt gezet, technisch steeds verder geperfectioneerd, en toch is het nog niet 'doorgebroken'. Kennelijk is de internationale handel toch gedifferentieerder en complexer dan de miljoenen betalingen die SWIFT dagelijks voor de banken verricht. Echter, in Bolero is inmiddels voor tientallen miljoenen US dollars geïnvesteerd, dus eens zal die doorbraak toch wel komen.

⁴⁹ Goed verdedigbaar is ook dat op de goederenrechtelijke aspecten hetzelfde recht wordt toegepast dat op de verbintenissenrechtelijke aspecten van de door Bolero geregistreerde overeenkomst van toepassing is, dit naar analogie van HR 16 mei 1997 (Brandsma q.q. / Hansa Chemie), NJ 1998, 585, nt. ThMdB., in welk arrest zulks voor de cessie beslist is.

Of momenteel nog andere centrale registratiesystemen in ontwikkeling zijn, is mij niet bekend. Maar ik denk het niet.

4.2 *De rol van het cognossement teruggedrongen*

De kracht van Bolero, de volledige imitatie van alle cognossementfuncties, is tevens haar zwakte. Voor geen enkele transactie zijn al die functies nodig. Meestal kan het veel eenvoudiger en dus goedkoper.

De handel heeft in feite een alleen een verhandelbaar document nodig als goederen tijdens een transport geleverd moeten worden, alsmede wanneer het document een rol moet spelen bij de betaling van de goederen.

Wat betreft de rol van leveringsdocument merk ik op, dat het weliswaar nog zeer gebruikelijk is dat goederen onderweg verkocht worden, maar dat in termen van totale vervoerstromen het percentage daarvan duidelijk dalend is. Verder is er een zekere ontwikkeling om levering in de bestemmingshaven af te spreken.

De belangrijkste rol van het cognossement is echter bij de betaling. Het cognossement geeft de zekerheid dat de koopprijs wordt voldaan, want zonder cognossement mag een vervoerder normaliter niet uitleveren. Voor die rol worden momenteel alternatieven ontwikkeld in de vorm van gegarandeerde betalingsystemen, die via Internet op een beveiligde manier kunnen worden afgewikkeld. De grote credit card maatschappijen nemen hier een belangrijke positie in⁵⁰. Aldus kan het klassiek documentaire krediet en de documentaire incasso overbodig worden, en daarmee de rol van het cognossement in het betalingsverkeer.

Een daarbij aansluitende ontwikkeling is de ijver, waarmee alle grote vervoerders momenteel hun best om software te ontwikkelen, die hun klanten in staat stelt rechtstreeks met interne vervoerderssystemen te communiceren⁵¹.

Deze ontwikkelingen betekenen dat in een niet al te verre toekomst het volgende scenario regel wordt: een klant doet bij een zeevervoerder

⁵⁰ Bijvoorbeeld @GlobalTrade, gesteund door Visa International, zie www.CCEWeb.com, en Tradecard, gesteund door Mastercard, zie www.TradeCard.com.

⁵¹ Een belangrijk initiatief is 'Intra', een project waarin alle grote Europese zeevervoerders zich hebben verenigd om een gezamenlijk 'portal' te ontwikkelen, een soort elektronische postbus, die de elektronische post van hun klanten, gestandaardiseerd en aangepast aan interne vervoerderssystemen, naar de vervoerder van de keuze van de klant doorleidt.

elektronisch een boekingsaanvraag en krijgt daarop een elektronische boekingsbevestiging terug. Vervolgens stuur de klant elektronisch de gegevens over de desbetreffende verschepping naar de vervoerder. Nadat vervolgens de te vervoeren goederen fysiek zijn aangeleverd bij de vervoerder, krijgt de klant elektronisch een ontvangstbevestiging met de goederenomschrijving zoals die eerder door hem aangeleverd is, aangevuld met gegevens uit het systeem van de vervoerder betreffende de overige contractuele aspecten.

Wat is er meer nodig? Aan documentatie tussen de partijen bij het vervoercontract eigenlijk niets. Mochten de goederen onderweg verkocht en geleverd moeten worden, dan kan dit plaats vinden door middel van een rechtstreekse communicatie tussen de verscheper/verkoper, koper/ontvanger en de vervoerder conform het concept zoals in 3.4.3 vermeld.

In de loshaven kan men zich dan een vergelijkbaar scenario indenken: de ontvanger krijgt van de vervoerder een elektronisch aankomstbericht met de ladinggegevens zoals die na de boekingsbevestiging waren opgegeven door de verscheper. Vervolgens meldt de ontvanger elektronisch wanneer hij de goederen afgeleverd wil hebben, waarop de vervoerder de goederen door middel van een elektronisch bericht vrijstelt. Als een ontvanger niet in staat is elektronisch te communiceren, kan de afleveringsprocedure natuurlijk ook op de klassieke manier gebeuren.

4.3 *Het CMI project "Issues of transport Law"*

In 3.3.3 heb ik enkele tekortkomingen van het internationale cognossementrecht geschetst, die de CMI regels parten spelen. En hoewel Bolero - veel meer dan de CMI regels doen - een eigen juridische infrastructuur heeft gecreëerd, zou ook Bolero gebaat kunnen zijn bij meer rechtsuniformiteit in het internationale zeerecht. Er zou nieuw verdragsrecht tot stand moeten komen, dat niet alleen het huidige recht, dat geldt voor het papieren cognossement, codificeert, maar dat ook de rechtsverhoudingen onder het zeevervoercontract weergeeft *zonder* dat een papieren vervoerdocument wordt gebruikt. Er zou, kortom, een rechtsuniform basispatroon moeten komen voor het zeevervoercontract. Het huidige zeevervoerrecht richt zich te eenzijdig op aansprakelijkheidsvraagstukken.

Vanuit het CMI is dit bij UNCITRAL aan de orde gesteld. Daarop is door deze organisatie besloten deze lacune in het vervoerrecht op te vullen en werd aan het CMI verzocht een concept voor zo'n nieuw verdrag op te stellen.

Met voortvarendheid is het CMI hieraan begonnen. Op basis van de antwoorden op een uitvoerige questionnaire zijn in de afgelopen anderhalf jaar teksten opgesteld, die in hoog tempo worden uitgebreid en verfijnd. De bedoeling is om begin volgend jaar een eerste concept aan UNCITRAL te kunnen overhandigen ter verdere bespreking binnen die organisatie.

In het kader van dit preadvies kan ik niet uitvoerig op de inhoud ingaan⁵². Maar het zal niet verbazen dat getracht wordt het instructierecht goed te regelen. Wat is de inhoud van dit recht? Aan wie komt het toe? Wanneer begint en eindigt het? Is een vervoerder verplicht het op te volgen? Allemaal vragen waarvan de beantwoording wezenlijk is wanneer het instructierecht de houder ervan verbintenisrechtelijk in een voldoende sterke positie zou moeten plaatsen om ook de goederenrechtelijk 'greep' op de vervoerde goederen te verkrijgen wanneer dat nodig is. Verder moet vast komen te liggen dat de vervoerder de goederen houdt, alsmede voor wie hij houdt en op welk moment. Ook de periode gedurende welke de vervoerder de goederen houdt moet beter worden gedefinieerd. Met name met betrekking tot de aflevering van de goederen heerst er veel onzekerheid. Zijn gemengde vervoer- en expeditiecontracten geoorloofd, en, zo ja, welke zijn de verplichtingen van de vervoerder gedurende het expeditiegedeelte? Ook de rechten en verplichtingen van partijen onder het vervoercontract moeten beter worden vastgelegd dan nu het geval is in het huidige verdrag, de Hague Visby Rules. Voorts moet de al of niet overgang van zekere rechten en/of verplichtingen van de ene partij naar de andere worden geregeld. Wat is de rechtspositie van iemand, die rechten heeft onder de vervoerovereenkomst, maar deze (nog) niet uitoefent? Bij al deze vragen spelen, direct of indirect, goederenrechtelijke aspecten.

Het mag verwacht worden dat een verdrag, dat bovengenoemde, niet uitputtend opgesomde, vragen beantwoordt, over een paar jaar tot stand komt. Eenmaal van kracht, is dan een materiele rechtsbasis gelegd voor (juridisch verantwoorde) e-commerce in het zeevervoer.

4.4 *EU Richtlijn inzake elektronische handel*

In het inleidende hoofdstuk van deze bundel preadviezen wordt melding gemaakt van art. 9 van de vorig jaar aangenomen EU Richtlijn inzake

⁵² Ik verwijs naar CMI Yearbook, p 112-289, voor de besprekingsverslagen en een eerste proeve van verdragsteksten met toelichting. Enigszins buiten het bestek van dit preadvies vallend, vermeld ik nog dat, deze exercitie aan de gang zijnde, door UNCITRAL aan het CMI gevraagd werd in het nieuwe concept tevens een modernisering van het aansprakelijkheidsrecht op te nemen.

elektronische handel. Dit artikel verplicht de EU lidstaten ervoor te zorgen dat hun rechtstelsel het sluiten van elektronische contracten mogelijk maakt.

In de aanloopperiode naar deze richtlijn heeft het Ministerie van Economische Zaken het bedrijfsleven advies gevraagd over het ontwerp van deze richtlijn. Via de geëigende kanalen heb ik destijds geadviseerd voor het vervoercontract voorlopig een uitzondering te maken in de richtlijn. Ondanks dat ik geprobeerd had de complicaties, zoals in dit preadvies geschetst, in een paar zinnen overtuigend samen te vatten, is mijn advies in de Haagse of de Brusselse e-commerce hype kennelijk ten onder gegaan. Het vervoercontract is niet een van de uitzonderingen geworden.

Ik ben benieuwd hoe de EU lidstaten art. 9 ten aanzien van het vervoercontract zullen uitvoeren. Het zal ze niet meevallen.

CMR RULES FOR ELECTRONIC BILLS OF LADING

1. Scope of Application

These Rules shall apply whenever the parties so agree.

2. Definitions

- a. "Contract of Carriage" means any agreement to carry goods wholly or partly by sea.
- b. "EDI" means Electronic Data Interchange, i.e. the interchange of trade data effected by teletransmission.
- c. "UN/EDIFACT" means the United Nations Rules for Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport.
- d. "Transmission" means one or more messages electronically sent together as one unit of dispatch which includes heading and terminating data.
- e. "Confirmation" means a Transmission which advises that the content of a Transmission appears to be complete and correct, without prejudice to any subsequent consideration or action that the content may warrant.
- f. "Private Key" means any technically appropriate form, such as a combination of numbers and/or letters, which the parties may agree for securing the authenticity and integrity of a Transmission.
- g. "Holder" means the party who is entitled to the rights described in Article 7(a) by virtue of its possession of a valid Private Key.
- h. "Electronic Monitoring System" means the device by which a computer system can be examined for the transactions that it recorded, such as a Trade Data Log or an Audit Trail.
- i. "Electronic Storage" means any temporary, intermediate or permanent storage of electronic data including the primary and the back-up storage of such data.

3. Rules of procedure

- a. When not in conflict with these Rules, the Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission, 1987 (UNCID) shall govern the conduct between the parties.
- b. The EDI under these Rules should conform with the relevant UN/EDIFACT standards. However, the parties may use any other method of trade data interchange acceptable to all of the users.

- c. Unless otherwise agreed, the document format for the Contract of Carriage shall conform to the UN Layout Key or compatible national standard for bills of lading.
- d. Unless otherwise agreed, a recipient of a Transmission is not authorised to act on a Transmission unless he has sent a Confirmation.
- e. In the event of a dispute arising between the parties as to the data actually transmitted, an Electronic Monitoring System may be used to verify the data received. Data concerning other transactions not related to the data in dispute are to be considered as trade secrets and thus not available for examination. If such data are unavoidably revealed as part of the examination of the Electronic Monitoring System, they must be treated as confidential and not released to any outside party or used for any other purpose.
- f. Any transfer of rights to the goods shall be considered to be private information, and shall not be released to any outside party not connected to the transport or clearance of the goods.

4. Form and content of the receipt message

- a. The carrier, upon receiving the goods from the shipper, shall give notice of the receipt of the goods to the shipper by a message at the electronic address specified by the shipper.
- b. This receipt message shall include:
 - (i) the name of the shipper;
 - (ii) the description of the goods, with any representations and reservations, in the same tenor as would be required if a paper bill of lading were issued;
 - (iii) the date and place of the receipt of the goods;
 - (iv) a reference to the carrier's terms and conditions of carriage; and
 - (v) the Private Key to be used in subsequent Transmissions.

The shipper must confirm this receipt message to the carrier, upon which Confirmation the shipper shall be the Holder.
- c. Upon demand of the Holder, the receipt message shall be updated with the date and place of shipment as soon as the goods have been loaded on board.
- d. The information contained in (ii), (iii) and (iv) of paragraph (b) above including the date and place of shipment if updated in accordance with paragraph (c) of this Rule, shall have the same force and effect as if the receipt message were contained in a paper bill of lading.

5. Terms and conditions of the Contract of Carriage

- a. It is agreed and understood that whenever the carrier makes a reference to its terms and conditions of carriage, these terms and conditions shall form part of the Contract of Carriage.
- b. Such terms and conditions must be readily available to the parties to the Contract of Carriage.
- c. In the event of any conflict or inconsistency between such terms and conditions and these Rules, these Rules shall prevail.

6. Applicable law

The Contract of Carriage shall be subject to any international convention or national law which would have been compulsorily applicable if a paper bill of lading had been issued.

7. Right of Control and Transfer

- a. The Holder is the only party who may, as against the carrier:
 - (1) claim delivery of the goods;
 - (2) nominate the consignee or substitute a nominated consignee for any other party, including itself;
 - (3) transfer the Right of Control and Transfer to another party;
 - (4) instruct the carrier on any other subject concerning the goods, in accordance with the terms and conditions of the Contract of Carriage, as if he were the holder of a paper bill of lading.
- b. A transfer of the Right of Control and Transfer shall be effected: (i) by notification of the current Holder to the carrier of its intention to transfer its Right of Control and Transfer to a proposed new Holder, and (ii) confirmation by the carrier of such notification message, whereupon (iii) the carrier shall transmit the information as referred to in article 4 (except for the Private Key) to the proposed new Holder, whereafter (iv) the proposed new Holder shall advise the carrier of its acceptance of the Right of Control and Transfer, whereupon (v) the carrier shall cancel the current Private Key and issue a new Private Key to the new Holder.
- c. If the proposed new Holder advises the carrier that it does not accept the Right of Control and Transfer or fails to advise the carrier of such acceptance within a reasonable time, the proposed transfer of the Right of Control and Transfer shall not take place. The carrier shall notify the current Holder accordingly and the current Private Key shall retain its validity.
- d. The transfer of the Right of Control and Transfer in the manner described above shall have the same effects as the transfer of such rights under a paper bill of lading.

8. The Private Key

- a. The Private Key is unique to each successive Holder. It is not transferable by the Holder. The carrier and the Holder shall each maintain the security of the Private Key.
- b. The carrier shall only be obliged to send a Confirmation of an electronic message to the last Holder to whom it issued a Private Key, when such Holder secures the Transmission containing such electronic message by the use of the Private Key.
- c. The Private Key must be separate and distinct from any means used to identify the Contract of Carriage, and any security password or identification used to access the computer network.

9. Delivery

- a. The carrier shall notify the Holder of the place and date of intended delivery of the goods. Upon such notification the Holder has a duty to nominate a consignee and to give adequate delivery instructions to the carrier with verification by the Private Key. In the absence of such nomination, the Holder will be deemed to be the consignee.
- b. The carrier shall deliver the goods to the consignee upon production of proper identification in accordance with the delivery instructions specified in paragraph (a) above; such delivery shall automatically cancel the Private Key.
- c. The carrier shall be under no liability for misdelivery if it can prove that it exercised reasonable care to ascertain that the party who claimed to be the consignee was in fact that party.

10. Option to receive a paper document

- a. The Holder has the option at any time prior to delivery of the goods to demand from the carrier a paper bill of lading. Such document shall be made available at a location to be determined by the Holder, provided that no carrier shall be obliged to make such document available at a place where it has no facilities and in such instance the carrier shall only be obliged to make the document available at the facility nearest to the location determined by the Holder. The carrier shall not be responsible for delays in delivering the goods resulting from the Holder exercising the above option.
- b. The carrier has the option at any time prior to delivery of the goods to issue to the Holder a paper bill of lading unless the exercise of such option could result in undue delay or disrupts the delivery of the goods.

- c. A bill of lading issued under Rules 10(a) or (b) shall include: the information set out in the receipt message referred to in Rule 4 (except for the Private Key); and (ii) a statement to the effect that the bill of lading has been issued upon termination of the procedures for EDI under the CMI Rules for Electronic Bills of Lading. The aforementioned bill of lading shall be issued at the option of the Holder either to the order of the Holder whose name for this purpose shall then be inserted in the bill of lading or "to bearer".
- d. The issuance of a paper bill of lading under Rule 10(a) or (b) shall cancel the Private Key and terminate the procedures for EDI under these Rules. Termination of these procedures by the Holder or the carrier will not relieve any of the parties to the Contract of Carriage of their rights, obligations or liabilities while performing under the present Rules nor of their rights, obligations or liabilities under the Contract of Carriage.
- e. The Holder may demand at any time the issuance of a print-out of the receipt message referred to in Rule 4 (except for the Private Key) marked as "non-negotiable copy". The issuance of such a print-out shall not cancel the Private Key nor terminate the procedures for EDI.

11. Electronic data is equivalent to writing

The carrier and the shipper and all subsequent parties utilizing these procedures agree that any national or local law, custom or practice requiring the Contract of Carriage to be evidenced in writing and signed, is satisfied by the transmitted and confirmed electronic data residing on computer data storage media displayable in human language on a video screen or as printed out by a computer. In agreeing to adopt these Rules, the parties shall be taken to have agreed not to raise the defence that this contract is not in writing.

Part two. Electronic commerce in specific areas

Chapter I. Carriage of goods

Article 16. Actions related to contracts of carriage of goods

Without derogating from the provisions of part one of this Law, this chapter applies to any action in connection with, or in pursuance of, a contract of carriage of goods, including but not limited to:

- (a) (i) furnishing the marks, number, quantity or weight of goods;
- (ii) stating or declaring the nature or value of goods;
- (iii) issuing a receipt for goods;
- (iv) confirming that goods have been loaded;
- (b) (i) notifying a person of terms and conditions of the contract;
- (ii) giving instructions to a carrier;
- (c) (i) claiming delivery of goods;
- (ii) authorizing release of goods;
- (iii) giving notice of loss of, or damage to, goods;
- (d) giving any other notice or statement in connection with the performance of the contract;
- (e) undertaking to deliver goods to a named person or a person authorized to claim delivery;
- (f) granting, acquiring, renouncing, surrendering, transferring or negotiating rights in goods;
- (g) acquiring or transferring rights and obligations under the contract.

Article 17. Transport documents

- (1) Subject to paragraph (3), where the law requires that any action referred to in article 16 be carried out in writing or by using a paper document, that requirement is met if the action is carried out by using one or more data messages.
- (2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for failing either to carry out the action in writing or to use a paper document.
- (3) If a right is to be granted to, or an obligation is to be acquired by, one person and no other person, and if the law requires that, in order to effect this, the right or obligation must be conveyed to that person by the transfer, or use of, a paper document, that requirement is met if the right or obligation is conveyed by using one or more data messages, provided that a reliable method is used to render such data message or messages unique.
- (4) For the purposes of paragraph (3), the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the right or obligation was conveyed and in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.
- (5) Where one or more data messages are used to effect any action in subparagraphs (f) and (g) of article 16, no paper document used to effect any such action is valid unless the use of data messages has been terminated and replaced by the use of paper documents. A paper document issued in these circumstances shall contain a statement of such termination. The replacement of data messages by paper documents shall not affect the rights or obligations of the parties involved.
- (6) If a rule of law is compulsorily applicable to a contract of carriage of goods which is in, or is evidenced by, a paper document, that rule shall not be inapplicable to such a contract of carriage of goods which is evidenced by one or more data messages by reason of the fact that the contract is evidenced by such data message or messages instead of by a paper document.
- (7) The provisions of this article do not apply to the following: [...].

* * * * *

It is suggested that the following information be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956.

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

The following information should be included in the report on the progress of the work during the year 1955-1956:

ISBN 90-271-5319-1
NUGI 697/718



9 789027 153197 >

Eigendom
Ulrike Verboom