

E-COMMERCE IN DE NEDERLANDSE ANTILLEN

‘Een korte juridische verkenning’

Lezing Antilliaanse Juristen Vereniging, Curaçao 24 augustus 2000

Mr K. Frielink, advocaat bij Loyens & Loeff te Curaçao

1. Inleiding

Er wordt veel gesproken over e-commerce: heel veel. Als het aantal uren dat wij met zijn allen besteden aan het *praten* over e-commerce ook tot zakelijk succes zou leiden, dan hoefden wij ons over de toekomst van de Nederlandse Antillen niet zoveel zorgen te maken. Hoewel begrippen als *task force* en *pilot project* doen vermoeden dat wij koplopers zijn bij de ontwikkeling van de tak van sport die e-commerce heet, gebiedt de eerlijkheid te zeggen de vlag er in mijn beleving beduidend minder rooskleurig bijhangt.

De echte *die-hards* onder de optimisten reageren daarop doorgaans met de in hun ogen geruststellende mededeling, dat wanneer je alleen naar de Caribbean kijkt, de Nederlandse Antillen wél bij de kopgroep horen.

E-commerce is echter

- in de eerste plaats een wereldwijde activiteit, waarin de Nederlandse Antillen -als offshore jurisdictie- moeten concurreren met jurisdicties als Singapore, Delaware, Japan, Nevada, Malta, Gibraltar, Liechtenstein, Bermuda, en ga zo maar door (in Singapore heeft de overheid in juni jl. bekend gemaakt \$ 1,5 miljard voor stimulering van e-commerce uit te trekken), en
- pas in de tweede plaats een onderwerp dat in de regionale competitie aan bod komt.

En zelfs in de regionale competitie vrees ik dat we niet als eerste over de finish zullen komen: de recente geluiden vanuit Nederland over de BRK zijn alles be-

halve hoopgevend, en zonder adequate fiscale infrastructuur zijn de Nederlandse Antillen maar moeilijk aan de man te brengen. (En dan laat ik onderwerpen als bandbreedte en prijsstelling maar even onbesproken.)

Er is derhalve, zeker macro-economisch gezien, geen enkele reden voor groot optimisme. Moeten de Nederlandse Antillen dan niets doen en gewoon stil blijven zitten? Zeker niet. Maar het is een illusie om te denken dat e-commerce een wondermiddel is waarmee de economie weer op de been kan worden geholpen. Het is een techniek, een manier waarop zaken kunnen worden gedaan. Maar het is belangrijker dat wordt stilgestaan bij de vraag welke meerwaarde de Nederlandse Antillen kunnen creëren ten opzichte van andere jurisdicties.

2. Ontwerp Landsverordening overeenkomsten langs elektronische weg

Het ontwerp is namens het E-Commerce Platform op 1 mei 2000 aangeboden aan de Ministers van Justitie en van Nationaal Herstel en Economische Zaken. Het ontwerp is eenvoudig van opzet en eigenlijk is de *Memorie van Toelichting* interessanter dan het ontwerp zelf, omdat daaruit pas de reikwijdte van de landsverordening duidelijk wordt en bovendien beargumenteerd uiteen wordt gezet welke onderwerpen géén regeling behoeften.

Om met dat laatste te beginnen: overeenkomsten komen al jarenlang langs elektronische weg tot stand. Zo spannend is dat dus niet en er is wat dat betreft niet zoveel nieuws onder de zon.

De belangrijkste vraag die dan ook vanuit de wetgevingsoptiek moet worden gesteld is of er een noodzaak bestaat om met wetgevingsinitiatieven te komen. Redenen om daartoe over te gaan kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in:

- de bescherming van bepaalde groepen burgers (reguleren reclame-uitingen; verzekeren van toegang tot bepaalde diensten);

- het faciliteren van e-commerce (meestal gaat dat in termen als 'voorwaardenscheppende juridische infrastructuur' of iets dergelijks);

het wegnemen van onzekerheden (zijn elektronische contracten en handtekeningen wel geldig?).

Het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Koophandel van de Nederlandse Antillen bevatten grotendeels technologie-neutrale normen, dat wil zeggen dat deze op een zodanig hoog abstractieniveau zijn geregeld, dat zij kunnen worden toegepast onafhankelijk van de bij de totstandkoming van rechtshandelingen of overeenkomsten gebruikte communicatietechnieken.

Met andere woorden: deze normen gelden in de regel ongeacht de vorm waarin de overeenkomst tot stand is gekomen. In de Memorie van Toelichting wordt vastgesteld dat het bestaande kader aan juridische normen uit de 'fysieke wereld' in beginsel evenzeer van toepassing is in de 'elektronische wereld': gedacht kan worden aan aanbod & aanvaarding, dwaling, bedrog, vertegenwoordigingsbevoegdheid, en ga zo maar door. Er kan dus worden volstaan met een relatief eenvoudige wet.

Voorbeeld: u wilt een auto kopen bij een garage. U noemt het type en de kleur, of desnoods wijst u de auto aan, en komt een prijs overeen, en maakt nog een paar afspraken, en de deal is rond. In plaats van dat u bij een garage staat, zit u achter uw scherm en doet u in feite hetzelfde. Vraag en aanbod komen tot elkaar, zij het langs elektronische weg. (Met enige regelmaat laat ik bloemen en flessen champagne in diverse landen bezorgen die via internet zijn besteld. Over een paar jaar zullen de meeste van onze transacties zo verlopen, met name wanneer wat langere fysieke afstanden in het spel zijn. Het begrip 'thuisbankieren' is in Nederland al redelijk ingeburgerd. Dat doen we binnenkort hier ook met zijn allen. En digitaal je belastingaangifte doen wordt straks ook heel normaal.)

Gelet op de snelheid waarmee technische ontwikkelingen plaatsvinden en de onzekerheid in welke richting e-commerce zich kan en zal ontwikkelen, is gekozen voor een zo flexibel mogelijke opzet van het ontwerp. Enerzijds komt dat tot uitdrukking in het gebruik van algemeen geformuleerde begrippen en bepalingen, en anderzijds in de mogelijkheden om bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, nadere regels omtrent één of meerdere onderwerpen te kunnen stellen. Aldus kan makkelijk op veranderingen, vernieuwingen en knelpunten worden ingespeeld.

In het ontwerp komt eerst de commerciële communicatie aan de orde (artt. 2-4). Dit betreft het aanbieden en aanprijzen van goederen, diensten, personen en bedrijven op in de eerste plaats internet. Vervolgens komt aan de orde:

- wat de aanbieder van commerciële communicatie verplicht moet vermelden (art. 5) onder andere
 - a. zijn identiteit;
 - b. waar hij staat ingeschreven of geregistreerd;
 - c. een duidelijke aanduiding van de producten en diensten;
 - d. de van toepassing zijnde voorwaarden, enz.;(er zijn overigens ook allerlei keurmerken o.a. van de International Gaming Board waarmee vertrouwen wordt gewekt);
- de overeenkomsten langs elektronische weg (art. 6);
- de elektronische handtekening (art. 7);
- de aansprakelijkheid van dienstenaanbieders/service providers (art. 8) en certificatie dienstverleners (art. 9);
- de bescherming van persoonsgegevens (art. 10) en vertrouwelijke informatie (art. 11);
- cryptografie: het versleutelen en ontsleutelen van berichten (art. 12);
- buitengerechtelijke geschillenbeslechting (art. 13)
- en tenslotte zijn er bepalingen inzake toezicht (artt. 14-15), opsporing (art. 16), bestuursdwang (artt. 17-29), door de Minister te geven aanwijzingen (art. 30), strafrechtelijke sanctionering (art. 31) en geheimhouding (art. 32).

Op enkele van deze onderwerpen zal nader worden ingegaan.

Commerciële communicatie

Commerciële communicatie is het verzamelbegrip voor reclame-uitingen en andere commerciële mededelingen die langs elektronische weg de wereld ingaan.

Het gaat onder meer om de webpage van:

- het bedrijf dat producten te koop, te huur of ter leasing aanbiedt;
- degene die aanbiedt tegen betaling toegang tot bepaalde informatie te verschaffen;
- degene die zich als consultant, architect, advocaat of accountant aanbiedt;
- degene die zich als tuinman, schilder of chauffeur aanbiedt;
- commerciële communicatie tussen overheden en tussen de overheid en burgers (voor zover deze niet sepraat zijn of worden gereguleerd);
- de particulier die zijn auto te koop aanbiedt, en
- de religieuze organisatie die geschriften te koop aanbiedt (ook als dat tegen slechts of minder dan de kostprijs is).

Het gaat in deze gevallen om enigerlei vorm van aanbieden en aanprijzen van zaken, diensten, bedrijven en personen, waaronder reclame en direct marketing, langs elektronische weg, direct of indirect bestemd om overeenkomsten langs elektronische weg tot stand te brengen. De Landsverordening regelt dus een heel breed terrein, breder dan waaraan bij het begrip e-commerce in eerste instantie wordt gedacht.

In de Landsverordening is onder meer bepaald dat duidelijk moet zijn van wie de commerciële communicatie afkomstig is. Het maakt voor de meeste mensen uit van wie zij producten of diensten afnemen: met de ene partij wil men wel zaken doen en met de andere niet.

Daarnaast is een regeling opgenomen die het mogelijk maakt iets tegen onge- vraagde berichten te doen: iedereen kent wel de dagelijkse reclame e-mails. Bij de verzender van deze berichten kan bezwaar worden gemaakt tegen dergelijke berichten en daarna is het de verzender verboden om nog langer dergelijke be- richten naar de betrokkene te sturen. Doet hij dat toch dan kan daar in kort ge- ding tegen worden opgekomen of kan aangifte worden gedaan, omdat overtre- ding van het verbod strafbaar is gesteld.

Bij landsbesluit kunnen nadere regels worden gegeven. Zo kan het bijvoorbeeld wenselijk zijn regels te maken voor de verkoop van geneesmiddelen langs elec- tronische weg en elektronische recepten, tabaksreclame gericht op de Neder- landse Antillen kan worden gereguleerd, discriminerende uitingen kunnen aan banden worden gelegd, enzovoort.

Daarbij speelt nog wel dat de handhaving van dergelijke regels soms moeilijk zal zijn, en het verschil maakt of iemand hier op Curaçao iets op zijn scherm tovert wat iemand in de Oekraïne in zijn server heeft gestopt, of dat berichten gericht naar mensen hier worden gestuurd. Dat handhaving soms moeilijk is betekent niet dat er géén regels zouden moeten worden gemaakt. Het zou mooi zijn als te zijner tijd een verdrag tot stand zou komen, waardoor handhaving ook grensover- schrijdend kan plaatsvinden.

De elektronische handtekening

Een bericht kan in een elektronische omgeving makkelijker worden gemanipu- leerd dan in een 'papieren' omgeving, omdat in een elektronische omgeving de gegevens en de drager van de gegevens niet onlosmakelijk met elkaar zijn ver- bonden. In de elektronische omgeving is het des te belangrijker de identiteit van de afzender en de juistheid van het bericht te kunnen vaststellen. Daartoe

kunnen organisatorische, technische en juridische beveiligingsmethoden worden toegepast.

Er is vanaf gezien het begrip elektronische (of: digitale) handtekening wettelijk te omschrijven. Een te specifieke omschrijving is niet wenselijk, omdat we niet weten welke ontwikkelingen de elektronische handtekening nog zal doormaken, terwijl een ruime definitie juridisch nietszeggend is en geen zinnige rol vervult.

Het gaat om een langs elektronische weg verstuurd identificatie van de afzender: de ontvanger kan verifiëren dat de informatie van de verzender afkomstig is én dat de inhoud tijdens de verzending niet is veranderd. Deze identificatie kan plaatsvinden met behulp van zogeheten certificatedienstverleners (TTP: Trusted Third Parties). Dat zijn op betrouwbaarheid getoetste derden.

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat elektronische handtekeningen rehtens worden erkend. Er wordt daarbij uitgegaan van een ruim begrip 'elektronische handtekening'. Daartoe behoren dus ook ook gescande handtekeningen en biometrische identificatiemethoden, zoals gescande oogirissen en vingerafdrukken. Deze gescande 'handtekeningen' kunnen overigens zelf ook weer langs elektronische weg worden verstuurd. U kunt zich voorstellen dat u over een aantal jaar toegang krijgt tot uw bankrekening door het laten scannen van uw vingerafdruk en uw oogiris: pincodes en *passwords* kunnen daardoor misschien wel overbodig worden.

Dat elektronische handtekeningen worden erkend en dezelfde rechtskracht hebben als schriftelijke handtekeningen wil zeggen dat daaraan rehtens dezelfde gevolgen verbonden kunnen zijn: de ene soort handtekening is niet per definitie meer of minder waard dan de andere. In de Nederlandse Antillen bestaat een open systeem van bewijsmiddelen, zodat een elektronische handtekening en een elektronisch document reeds nu als bewijsmiddel in een procedure kunnen worden gebruikt. Maar mogelijke misverstanden hierover zijn met de landsverorde-

ning uit de wereld geholpen. (Misschien -maar dat is toekomstmuziek- dat we nog eens virtueel of *on-line* kunnen procederen.)

Certificaten en certificatiedienstverleners

Er bestaat, zowel bij particulieren (consumenten) maar ook bij een aantal ondernemingen nog het nodige wantrouwen als het gaat om e-commerce en lang niet iedereen durft het aan om elektronisch, bijvoorbeeld via het Internet, transacties te verrichten (aankopen te doen). Hoe komt dat?

- er bestaat onvoldoende vertrouwen in de systemen (veel internetwinkeliers zien door de bomen het bos niet meer: er zijn allerlei betaalsystemen, die lang niet altijd op elkaar aansluiten);
- er bestaat vrees dat creditcardinformatie wordt 'afgetapt' (uit de Financial Times van 21 augustus 2000 blijkt dat creditcard maatschappijen maatregelen nemen om fraude tegen te gaan o.a. door het gebruik van een PIN-code voor te schrijven)? (*Overigens zijn charge-backs wereldwijd een groot probleem: American Express heeft zich teruggetrokken voor creditcard gebruik om toegang tot porno-sites te krijgen: nota bene de meest winstgevende tak van sport op internet*);
- niet duidelijk is wat er met persoonlijke gegevens gebeurt;
- men weet vaak niet wie de wederpartij is en of deze is te vertrouwen (krijg ik wel wat ik heb besteld als ik eerst moet betalen?);
- geniet je wel rechtsbescherming bij dit soort transacties?

Een belangrijk streven is dan ook dat er meer vertrouwen in e-commerce ontstaat: bij consumenten, ondernemingen én de overheid. Dat kan bijvoorbeeld door gebruik te maken van betrouwbare derden, de zogeheten Trusted Third Parties (TTP) en van digitale certificaten. Iemand kan zich legitimeren met een paspoort of rijbewijs, en iedereen weet dat dit legitimatiemiddel meer waarde heeft dan een bibliotheekpas. Dat komt door de achterliggende autoriteit en procedures. Datzelfde geldt voor digitale certificaten.

In de Landsverordening wordt over certificatie­dienstverleners gesproken: dat zijn op betrouwbaarheid getoetste derden. Het Landsbesluit dat hun positie nader regelt wordt op dit moment geschreven. Hun taak bestaat er kort gezegd uit:

- dat de identiteit wordt vastgesteld van degene die een bepaald bericht verstuurt;
- dat zekerheid bestaat over wie kennis kan nemen van een bericht;
- dat zekerheid bestaat over de inhoud van het bericht (dat het onderweg niet is gewijzigd);
- dat duidelijkheid bestaat over de tekenbevoegdheid (is de betrokkene geautoriseerd/bevoegd om het bedrijf voor deze transactie te binden?).

Wie kunnen Trusted Third Party worden? Eigenlijk iedereen die aan de te stellen eisen (betrouwbaarheid) voldoet. Denk aan banken, notarissen, telecommunicatiebedrijven, speciaal daartoe opgerichte vennootschappen, enzovoort. Overigens kan de dienstverlening van deze organisaties zich nog verder uitstrekken: als Trusted Third Party kan een bank betalingen onder zich houden totdat het product is geleverd, zodat de consument zijn geld niet kwijt is voordat hij zijn product heeft ontvangen, en de verkoper weet dat hij zijn geld krijgt als er is geleverd.

Het heeft natuurlijk alleen maar zin van certificatie­dienstverleners gebruik te maken wanneer het opgewekte vertrouwen niet wordt beschaamd, en wanneer dat wel het geval is, iemand voor de daaruit voortvloeiende schade kan worden aangesproken. Daarom is in de Landsverordening bepaald dat certificatie­dienstverleners aansprakelijk zijn voor schade die anderen lijden die in redelijkheid op de juistheid van het certificaat zijn afgegaan, tenzij de certificatie­dienstverlener bewijst dat hij niet nalatig heeft gehandeld. Deze aansprakelijkheidsregeling moet wildgroei voorkomen.

Tot slot

Verwacht wordt dat de Landsverordening op zeer korte termijn in werking zal treden: de inwerkingtreding zelf is echter niet de motor achter e-commerce. Daarvoor zijn andere initiatieven nodig: op lange termijn vooral scholing, en op korte termijn voldoende bandbreedte, concurrerende tarieven, een fiscaal acceptabel regime en niet in de laatste plaats creatieve ondernemers.