

## **Recht heeft EDI weinig te bieden**

Mr P. Kleve RI en Mr J.G.L. van der Wees  
Erasmus Universiteit Rotterdam

### **1. INLEIDING**

Zolang samenwerkende bedrijven het goed met elkaar kunnen vinden, is EDI een smeermiddel. Bij onenigheid wordt het ontbreken van specifieke wetgeving door EDI-gebruikers als een probleem gezien. Regelgeving met betrekking tot EDI is momenteel daarom één van de belangrijkste aandachtsgebieden. Aldus verwoord Frans Vink in *Intermediair*<sup>1</sup> een veelgehoorde opvatting onder EDI-gebruikers. Ook de handelsrecht-commissie van de Verenigde Naties lijkt voor deze opvatting ontvankelijk. De commissie heeft onlangs vastgesteld dat er behoefte is aan een 'edi model law' met behulp waarvan wetgevers in verschillende lidstaten bestaande codificaties kunnen aanpassen aan de ontwikkelingen op het gebied van elektronische berichtenuitwisseling<sup>2</sup>. Volgens Van Steenis daarentegen remmen regels het elektronische verkeer. Zijn conclusie is: elektronische communicatie werkt prima, vooral als je er maar niets voor regelt<sup>3</sup>. Een iets minder regel-vijandige mening lijkt List te hebben als hij stelt dat bureaucratie een rem is op het EDI-gebruik. Hij schrijft in zijn artikel dat deelnemers voorlopig nog met iedere EDI-organisatie afzonderlijk overeenkomsten dienen af te sluiten. Een methode die zijns inziens gebruikersvriendelijker zal moeten worden georganiseerd om in de toekomst knelpunten te voorkomen<sup>4</sup>.

Electronic Data Interchange roept, evenals andere computer-gerelateerde ontwikkelingen, vragen op met betrekking tot regelgeving. In ons land hebben dergelijke vragen, die tot het domein van het informaticarecht kunnen worden gerekend, inmiddels geleid tot antwoorden in de vorm van een Chipswet, een Wet Persoonsregistraties, een Wet Computercriminaliteit en ligt er thans bij de Tweede Kamer een wetsontwerp Softwarebescherming ter behandeling. Dient aan deze lijst regelgeving met betrekking tot EDI te worden toegevoegd? Met andere woorden, brengt EDI problemen met zich mee die nopen tot de ontwikkeling van nieuwe wetgeving? In dit artikel verdedigen wij de stelling dat EDI-wetgeving vooralsnog niet wenselijk is en betogen we tegelijkertijd dat het ontbreken hiervan geen belemmering op de invoering van EDI behoeft te betekenen. Daartoe zullen wij in de volgende paragraaf eerst aandacht besteden aan de vraag naar de rechtsgeldigheid van door middel van EDI totstandgekomen handelsovereenkomsten. In paragraaf 3 gaan we vervolgens in op de zogenoemde 'interchange agreement'. Dit is een overeenkomst waarin EDI-partners afspraken vastleggen met betrekking tot het gebruik van EDI. In

paragraaf 4 tenslotte besteden we aandacht aan conflictbeslechting en wordt een toekomstperspectief geschetst.

## 2. RECHTSGELDIGHED VAN EDI-TRANSACTIES

Partijen die gebruik willen gaan maken van Electronic Data Interchange kunnen daartoe een overeenkomst afsluiten. Een dergelijke overeenkomst wordt een interchange agreement genoemd<sup>5</sup>. In deze overeenkomst kan een aantal onderwerpen worden opgenomen teneinde problemen tijdens de uitwisseling van gegevens te voorkomen, dan wel problemen die daaruit ontstaan uit de weg te ruimen. Deze overeenkomst dient te worden onderscheiden van de (handels)overeenkomst die wordt gesloten met behulp van EDI. In de laatste worden (doorgaans) afspraken vastgelegd omtrent levering en betaling van goederen. Een vraag die hier aan de orde komt, is die naar de rechtsgeldigheid van overeenkomsten in het algemeen en (handels)overeenkomsten gesloten met behulp van EDI in het bijzonder.

### 2.1 Vormvereisten

In beginsel is het Nederlandse contractenrecht vormvrij. ‘Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen in iedere vorm geschieden.....’, aldus artikel 3:37 lid 1 BW. Verklaringen kunnen dus mondeling, schriftelijk, maar ook op elektronische wijze geschieden. Voor handelsovereenkomsten ‘is niet anders bepaald’, dus kunnen deze met behulp van EDI totstandkomen. Wetgeving staat aan het sluiten van dergelijke overeenkomsten niet in de weg. Anders ligt het mogelijk met, bij voorbeeld, een overeenkomst tot overdracht van auteursrecht. Een dergelijke overdracht dient namelijk bij akte te geschieden (art. 2 Auteurswet 1912). Ingevolge artikel 183 lid 1 Rv. zijn akten ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen. Geschriften zijn alle dragers van verstaanbare leestekens<sup>6</sup>. Verstaat men onder een akte een op *papier* geschreven of getypt stuk, dan zou dit tot de conclusie kunnen leiden dat dit soort overeenkomsten niet met behulp van EDI gesloten kunnen worden. Algemeen wordt echter aangenomen dat gegevens vastgelegd op magnetische informatiedragers - mits aan deze vastlegging een zekere duurzaamheid kan worden verbonden - eveneens een geschrift vormen, zodat ten aanzien van dit aspect een overeenkomst tot overdracht van auteursrecht gesloten door middel van Electronic Data Interchange rechtsgeldig kan zijn. De Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration blijkt deze opvatting in artikel 7 lid 2 te onderschrijven: ‘An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement..’.

Het geschrift, de akte, dient evenwel ondertekend te worden en daarvan kan niet zonder meer worden gezegd dat dit elektronisch kan geschieden. Aan een PIN-

code bij voorbeeld, die in het spraakgebruik ook wel doorgaat voor ‘elektronische handtekening’, mag niet dezelfde betekenis worden toegekend als aan een traditionele handtekening. Belangrijke verschillen zijn met name gelegen in de functies die zij vervullen. Bij de traditionele handtekening kunnen een drietal functies worden onderscheiden: identificatie van de ondertekenaar, bevestiging van de inhoud en het bewijs van instemming van de ondertekenaar met de juistheid c.q. volledigheid van de informatie die in het document is vervat<sup>7</sup>. Een ‘elektronische handtekening’ zoals een PIN-code is niet persoonsgebonden en minder ‘uniek’ dan een traditionele handtekening, zodat met een aanzienlijk minder grote stelligheid beweerd kan worden dat de (bevoegde) ondertekenaar deze heeft gebruikt. Belangrijker echter is dat codes veelal de functie van *toegangscode* vervullen. De inhoud van het te versturen bericht staat op het moment van de toegang nog niet vast, laat staan dat er bewijs van instemming met betrekking tot de juistheid van het bericht is. Het lijkt dan ook niet juist hieraan gelijke juridische waarde toe te kennen als aan de traditionele handtekening. Slechts indien ook na opmaak en verzending van het bericht een code gestuurd wordt ter bekrachtiging daarvan, een handeling die qua functie een gelijkenis vertoont met de traditionele handtekening, zal het juridisch verantwoord kunnen zijn een akte elektronisch op te maken en te versturen. Met betrekking tot de toepassing van EDI levert het al dan niet gelijkstellen van een ‘elektronische’ aan een schriftelijke handtekening evenwel geen problemen op, aangezien voor het merendeel van de overeenkomsten die thans met gebruik van EDI-technieken worden afgesloten geen vormvereisten gelden.

## 2.2 *Wilsovereenstemming*

Dat de meeste overeenkomsten vormvrij zijn, betekent overigens niet onmiddellijk dat deze kunnen worden aangegaan door middel van EDI. Een overeenkomst komt namelijk tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan, aldus artikel 6:216 BW. Partijen dienen het eens te zijn over de te verrichten prestaties; er dient wilsovereenstemming te zijn. Zowel aanbod als aanvaarding kunnen in beginsel in iedere vorm geschieden. Bovendien kunnen zij opgesloten liggen in gedragingen. Is er nu bij gebruik van EDI-systemen voor het sluiten van overeenkomsten sprake van een aanbod? Als de voorraad van bedrijf X beneden een bepaald peil zakt waardoor automatisch, middels EDI, een bestelling bij de groothandel wordt geplaatst, is dan een aanbod gedaan? De groothandel heeft niets gedaan. De bestelling is misschien wel ‘s nachts gegenereerd, op een moment dat de groothandel gesloten was. Van een aanbod lijkt geen sprake. Zoals gezegd, kan een aanbod echter ook in de vorm van een gedraging geschieden. In aansluiting op het Ediforum-rapport ‘Juridische aspecten van moderne transactie communicatie’ zouden wij dan ook willen stellen dat het aanbod bij EDI reeds eerder geschiedt in de vorm van de installatie van EDI- hardware en/of -software; een gedraging dus. Met de installatie geeft een bedrijf aan, dat het met geautoriseerde gebruikers een

overeenkomst tot het leveren van goederen wil aangaan. In deze installatie zit tevens de aanvaarding opgesloten. De gebruiker maakt het immers mogelijk dat, wanneer de voorraad tot beneden een door deze gebruiker vastgesteld niveau daalt, automatisch een bestelling wordt geplaatst. Kan bij een bestelling zonder directe menselijke tussenkomst echter wel worden gesproken van wilsovereenstemming? Ook hier moet worden geoordeeld aan de hand van gedragingen. Opnieuw de installatie, maar daarnaast ook het toezicht tijdens het gebruik van het EDI-systeem, maken duidelijk dat er overeenstemming is.

### *2.3 Overige vereisten*

Naast wilsovereenstemming dienen verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar te zijn (art. 6:227 BW). Een bestelling van fietsen is niet bepaalbaar, een bestelling van 30 fietsen wel. Voorts mag een overeenkomst niet in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW), en dienen de sluiters van een overeenkomst handelingsbekwaam te zijn (art. 3:32 BW). Dit laatste betekent dat minderjarigen en onder curatele gestelden (voor zover de wet niet anders bepaalt) geen overeenkomsten mogen afsluiten. Ook voor de totstandkoming van rechtsgeldige overeenkomsten met behulp van EDI dient aan deze eisen te zijn voldaan. Dit lijkt evenwel geen problemen op te leveren. Is één van de partijen bij een EDI-overeenkomst bij voorbeeld handelingsonbekwaam, dan had die partij geen overeenkomst mogen afsluiten en is deze daarom vernietigbaar. Indien dezelfde overeenkomst zonder gebruik van EDI was gesloten, dan zou dit niet tot een andere conclusie leiden. Al met al stelt de toepassing van deze nieuwe techniek de gebruikers nauwelijks voor juridische verrassingen met betrekking tot de eisen waaraan een overeenkomst dient te voldoen. Slechts in sommige gevallen zullen vormvereisten het gebruik van EDI niet zonder meer mogelijk maken, hetgeen mogelijk in de toekomst tot wetsaanpassingen zal nopen.

## **3. INTERCHANGE AGREEMENT**

Als uitgangspunt voor de bespreking van de diverse onderdelen die opgenomen kunnen worden in een interchange agreement nemen wij een EDI-organisatie waarin een VANS-leverancier een centrale rol speelt. Uit cijfers blijkt namelijk dat VANS-leveranciers inmiddels 82% van de EDI-berichten voor hun rekening nemen. Bovendien wordt verwacht dat dit percentage de komende jaren zal groeien<sup>8</sup>, waardoor het niet reëel lijkt de VANS-leverancier te negeren. Toeneming van EDI-gebruik heeft ons er bovendien toe gebracht de leverancier van 'toegevoegde waarden aan het netwerk' een belangrijke rol toe te kennen in de toekomst, zoals in de laatste paragraaf zal worden uitgelegd.

Met betrekking tot de uitwisseling van gegevens door middel van computers dienen partijen duidelijke afspraken te maken. Deels zullen deze afspraken van

technische aard zijn, veelal vastgelegd in een communicatieprotocol, en worden opgenomen in gebruikershandleidingen. Daarnaast zullen partijen in een overeenkomst hun rechten en plichten betreffende het gebruik van EDI dienen vast te leggen; de interchange agreement. Deze overeenkomst kan worden gesloten tussen een toekomstige gebruiker en een VANS-leverancier, maar ook tussen gebruikers onderling. In het eerste geval zal er veelal sprake zijn van een standaard-overeenkomst, die ook met reeds aangesloten partijen is afgesloten. De VANS-leverancier zal immers nieuwe gebruikers niet meer rechten en/of plichten willen geven, dan reeds aangesloten gebruikers. Overigens zal deze overeenkomst worden onderscheiden in een onderdeel betrekking hebbend op de uitwisseling van gegevens tussen de computers van de gebruikers, de interchange agreement, en een onderdeel met betrekking tot het gebruik van het netwerk, de zogenaamde aansluitingsovereenkomst<sup>9</sup>. In het tweede geval zal een nieuwe gebruiker met elke reeds aangesloten partij rond de tafel gaan zitten om afspraken te maken. Nadeel hiervan is dat dit een langdurig en dus kostbaar proces is, en zal kunnen leiden tot overeenkomsten met verschillende inhoud. Ook dan lijkt het gebruik van modelcontracten een effectieve uitkomst te kunnen bieden. Diverse instellingen hebben daarom reeds initiatieven in die richting ontplooid<sup>10</sup>. Voor alle duidelijkheid: indien partijen onderling afspraken maken met betrekking tot de uitwisseling van berichten, behoeven zij met de VANS-leverancier geen interchange agreement af te sluiten. Met de VANS-leverancier is het dan slechts nodig een aansluitingsovereenkomst af te sluiten.

De inspanningen om tot een modelovereenkomst voor het gebruik van EDI te komen, hebben inmiddels tot inzichten geleid welke onderwerpen in een interchange agreement zouden moeten worden behandeld om de uitwisseling van gegevens zo betrouwbaar mogelijk te laten plaatsvinden. Een aantal van deze onderwerpen zal hieronder aan de orde komen.

### *3.1 Identificatie*

EDI-transacties geschieden per computer en zijn dus papierloos. Dit heeft tot gevolg dat bepaalde traditionele mogelijkheden tot identificatie van de afzender van een bericht - briefhoofd en/of handtekening - zijn verdwenen. Uiteraard behoeft het ontbreken daarvan het gebruik van EDI niet in de weg te staan. Telex en telegraaf ontberen dezelfde identificatie-middelen en worden ook (nog) massaal gebruikt. In geval van een eventueel rechtsgeschil kunnen betrokken partijen er echter belang bij hebben aannemelijk te kunnen maken dat een elektronisch bericht ontvangen dan wel verstuurd is. In een interchange agreement dient daarom een paragraaf te worden opgenomen, waarin staat dat partijen zich moeten identificeren, hoe zij dit moeten doen en welke maatregelen genomen moeten worden als identificatie gebrekkig is of geheel ontbreekt.

Partijen kunnen een keuze maken uit verschillende middelen om een tegenpartij te kunnen identificeren: PIN-code, password, encryptie. Daarnaast kunnen zij

bij voorbeeld afspreken dat bij het ontbreken van een (volledig) identificatiemiddel de ontvangende partij, indien mogelijk, contact dient op te nemen met de afzender.

### *3.2 Vertegenwoordigingsbevoegdheid*

Doordat een traditionele handtekening onder een EDI-bericht ontbreekt, kan een ontvanger niet controleren of een bericht is verstuurd door een persoon die ook daadwerkelijk bevoegd was het bedrijf of de instelling te vertegenwoordigen. Een PIN-code is immers makkelijk gereproduceerd. Bevoegdheid is echter wel van belang, want een rechtspersoon is niet gebonden aan een overeenkomst namens deze aangegaan door een onbevoegde. EDI-berichtenverkeer lijkt als gevolg hiervan een riskante onderneming, ware het niet dat op dit beginsel een uitzondering bestaat. Als namelijk het ene bedrijf bij het andere de schijn heeft gewekt dat de persoon met wie gehandeld is, bevoegd was het bedrijf te vertegenwoordigen, dan kan dat (eerste) bedrijf aan de door deze persoon gemaakte afspraak worden gehouden. In het geval van EDI betekent dit dat de ontvanger van een bericht er in beginsel van uit mag gaan dat het bericht, indien voorzien van de code van een bedrijf, verstuurd is door een bevoegde persoon. Het is dus de taak van het versturende bedrijf om misbruik van identificatiemiddelen te voorkomen. De ontvangende partij mag niet de dupe worden van fouten gemaakt bij de versturende partij<sup>11</sup>. Om misbruik minder eenvoudig te maken, zou aan de bedrijfscode een persoonlijke code kunnen worden toegevoegd; een code slechts bekend bij bevoegde personen. Bij het ontbreken van een dergelijke persoonlijke code mag de ontvanger niet zonder meer veronderstellen dat het versturende bedrijf gebonden is, en lijkt het verstandig contact op te nemen. Dit laatste kan, evenals het gebruik van een persoonlijke code naast een bedrijfscode, in de interchange agreement worden afgesproken<sup>12</sup>.

### *3.3 Beveiliging*

Uitwisseling van gegevens met behulp van computers dient volledig betrouwbaar te zijn. Het is immers heel vervelend als bedrijven goederen geleverd krijgen die niet besteld zijn. Ter vergroting van de betrouwbaarheid kunnen partijen overeenkomen hun berichten te beveiligen. In veel gevallen zullen hiervoor technische en organisatorische maatregelen en procedures getroffen dienen te worden. Deze specificaties horen niet thuis in een interchange agreement en worden daarom veelal opgenomen in een aparte gebruikershandleiding. In de beveiligingsparagraaf in de interchange agreement wordt dan, wanneer noodzakelijk, verwezen naar deze handleiding. In de interchange agreement zelf wordt slechts opgenomen dat berichten beveiligd verstuurd moeten worden volgens een bepaalde methode. Aangezien beveiliging kostbaar is, kunnen partijen eveneens overeenkomen alleen een bepaald type bericht beveiligd te versturen. Tevens zullen bepaalde verplichtingen ten aanzien van de beveiliging worden afgesproken. EDI-deelnemers kunnen in de beveiligingspa-

rapportage melding maken van een zorgplicht ten aanzien van de beveiliging: partijen dienen zorgvuldig met de beveiligingsmethode om te gaan. Ontstaan er toch problemen omtrent de beveiliging, of komt bij voorbeeld de beveiligingsmethode in handen van onbevoegden dan kan worden afgesproken dat daarvan onmiddellijk melding wordt gemaakt aan de deelnemers, een meldingsplicht.

### *3.4 Gebreken en procedures*

Het is denkbaar dat, ondanks zorgplicht en beveiliging, bij gebruikmaking van EDI-systemen gebreken in de berichtgeving ontstaan. Een bericht komt in het geheel niet aan, het komt onvolledig aan of mogelijk dubbel. Ter constatering van eventuele gebreken kunnen in de interchange agreement afspraken worden gemaakt over controle van berichten. Partijen kunnen bij voorbeeld overeenkomen dat berichten een volgnummer krijgen. Als een bericht dan niet of dubbel aankomt, mist de ontvangende partij in het eerste geval een bericht en heeft deze in het laatste geval twee berichten met hetzelfde nummer. Indien partijen geen intensief contact hebben zou het echter wel enige tijd kunnen duren alvorens ontdekt wordt dat een bericht niet is aangekomen. In dat geval zou het verstandig zijn dat partijen afspreken, in plaats van volgnummers te gebruiken, over het netwerk een bericht van ontvangst te sturen. Onvolledigheid van een bericht wordt uiteraard niet geconstateerd met gebruik van volgnummers. Om te kunnen controleren of een bericht al dan niet volledig is aangekomen, dienen daarom andere procedures te worden afgesproken. Controle hiervan kan bij voorbeeld plaatsvinden door een berekening los te laten op het totaal aantal karakters van een bericht. Het resultaat van de berekening wordt vervolgens aan het bericht toegevoegd. De ontvangende partij voert dezelfde berekening uit op het ontvangen bericht en kan aan de hand van het meegeleverde getal controleren of het bericht volledig is. Ten aanzien van gebreken dienen partijen tevens af te spreken dat onmiddellijk melding wordt gemaakt van een gebrek. Ook hier dus een meldingsplicht.

### *3.5 Aansprakelijkheid*

Indien geen aansprakelijkheidsparagraaf zou zijn opgenomen, dan zouden fouten in de berichten of tijdens het gebruik van het EDI-systeem in beginsel aan de afzender worden toegerekend. Dit wordt anders, indien de fout is totstandgekomen door toedoen van de ontvanger, een werknemer van de ontvanger, een door de ontvanger ingeschakelde derde, of indien de ontvanger het gebruik van het EDI-systeem aan de afzender heeft voorgeschreven<sup>13</sup>. Het lijkt evenwel verstandiger een regeling op te nemen in de interchange agreement waarin staat dat wanneer één van de partijen de verplichtingen niet nakomt, zoals bij voorbeeld de hierboven genoemde meldingsplicht bij beveiliging, deze aansprakelijk is voor de ontstane schade. Voor eventuele calamiteiten zouden partijen kunnen overeenkomen de schade evenredig over de deelnemers aan het EDI-netwerk te verdelen.

### *3.6 Bewijs*

In een papierloze EDI-omgeving kunnen fouten ontstaan, die mogelijk leiden tot een rechtsgeschil. Kunnen partijen in een geschil de papierloze berichten als bewijs opvoeren, hoe zal de rechter deze berichten waarderen, en wie dient wat te bewijzen? Ingevolge art. 179 lid 1 Burgerlijke Rechtsvordering mag bewijs door alle middelen geleverd worden. Dit zou betekenen dat EDI-berichten vastgelegd op moderne informatie-dragers (tape, diskette) geschikt zijn als bewijsmiddel. Lid 2 van hetzelfde wetsartikel geeft echter aan dat de waardering van het bewijs, de bewijskracht, aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten. Hoewel geschikt als bewijsmiddel, zal een rechter kunnen twijfelen aan de bewijskracht van berichten op tape of diskette. Deze zijn immers 'eenvoudig' te wijzigen zonder sporen na te laten. Een bewijsleverende partij zou de berichten kunnen wijzigen om op die wijze een voor die partij voordelige beslissing te bewerkstelligen. Een rechter zal aan de berichten op tape of diskette niet kunnen zien dat deze zijn gewijzigd.

Partijen kunnen ter voorkoming van terzijdelegging van EDI-berichten als bewijsmiddel, afspreken bepaalde technische en organisatorische maatregelen te nemen die de bewijskracht van deze middelen kunnen versterken. In de interchange agreement kunnen regelingen worden opgenomen aangaande opslag, registratie en beveiliging van ontvangen EDI-berichten. Bedrijven kunnen daartoe afspreken een functie te creëren in de vorm van een bestandsbeheerder, of iemand inhuren die een dergelijke taak op zich neemt<sup>14</sup>.

Bewijskwesties kunnen ook in een aparte bewijsovereenkomst worden geregeld. In dit soort overeenkomsten kunnen partijen regelen dat moderne informatie-dragers als bewijsmiddelen bij een rechtsgeschil toegelaten dienen te worden. Tevens kan worden vastgelegd dat de middelen volledige bewijskracht hebben, mits aan bepaalde procedures ten aanzien van opslag, registratie en beveiliging is voldaan. Tegenbewijs en de bewijslastverdeling worden veelal ook in een bewijsovereenkomst geregeld.

### *3.7 Bewaring*

Tot slot bespreken wij de bewaring van EDI-berichten. Drie verplichtingen ten aanzien van bewaring worden onderkend: de boekhoudplicht, de bewaarplicht en de verplichting tot het verlenen van inzage in de gegevens. Artikel 6 lid 1 Wetboek van Koophandel luidt: 'Ieder, die een bedrijf uitoefent, is verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles, wat zijn bedrijf betreft, naar de eisen van zijn bedrijf aantekening te houden op zodanige wijze, dat uit de gehouden aantekening te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend'. Niets in dit artikel wijst erop dat de genoemde aantekeningen op schrift gesteld moeten worden. Met betrekking tot de boekhoudplicht menen wij dan ook dat onder aantekeningen tevens elektronische berichten verstaan kunnen worden<sup>15</sup>. Dit betekent ook, aldus de Boer in het Nederlands Juristen-

blad van 21 mei 1992<sup>16</sup>, dat de elektronische administratie ‘naar de eisen van het bedrijf’ dient te zijn ingericht. Technische en organisatorische maatregelen (beveiliging, bestandsbeheerder, registratie) dienen genomen te worden teneinde de betrouwbaarheid van de aantekeningen te garanderen. Hoewel dit mogelijk af te leiden is uit het wetsartikel, is het aan te raden de te nemen technische en organisatorische maatregelen in de interchange agreement op te nemen.

Artikel 6 lid 3 WvK spreekt van bewaring van de boeken en bescheiden waarin aantekening is gehouden. Evenals De Boer vinden wij dat in het kader van deze bewaarplicht ook dit wetsartikel dient te worden uitgelegd in het licht van de hedendaagse omstandigheden. De boeken en bescheiden kunnen ook elektronisch zijn. Het artikel zegt bovendien slechts dat er bewaard dient te worden; over de manier waarop wordt geen melding gemaakt. Ter verduidelijking kunnen de artikelen omtrent bewaring aangepast worden, maar deze behoeven op dit moment geen belemmering op te leveren voor EDI-gebruikers. Bovendien zou het onzinnig zijn de elektronische administratie op papier af te drukken om aan de bewaarplicht te voldoen. Kostenbesparing (lagere voorraden, minder administratiekosten) als gevolg van EDI-gebruik zou dan immers voor een deel weer teniet gedaan worden (papier en ruimte voor opslag van de afgedrukte administratie).

In geval van een rechtsgeschil kan de rechter openlegging van de boeken en bescheiden vragen (art. 8 WvK). Aanschaf van nieuwe hard- en/of software zou aan inzage in de weg kunnen staan. Oude gegevens zijn met de nieuwe programmatuur en/of apparatuur mogelijk niet meer te benaderen. Bedrijven dienen daarom maatregelen te nemen om de bewaarde gegevens toegankelijk te houden. Daartoe zou in de interchange agreement de verplichting opgenomen kunnen worden oude gegevens te allen tijde toegankelijk te houden door middel van conversie, of door bewaring van oude hard- en/of software.

#### **4. CONFLICTBESLECHTING**

In paragraaf 2 hebben wij betoogd dat het huidige recht niet in de weg hoeft te staan aan het sluiten van (het merendeel) van transacties door middel van EDI-technieken. Ten aanzien van de voorwaarden waaronder handelspartners kunnen deelnemen aan EDI-verkeer, hebben wij in paragraaf 3 een aantal onderwerpen aangestipt waarvan het wenselijk is deze vooraf te regelen, bij voorkeur in een interchange agreement. Voor zover het EDI-verkeer beperkt blijft tot min of meer besloten systemen, bij voorbeeld in een bedrijfskolom, zal het aangaan van een interchange agreement tussen de VANS-leverancier (of EDI-beheerder) met de verschillende participanten geen noemenswaardige obstakels met zich mee brengen. Dit kan anders zijn, in het geval de ontwikkeling naar meer ‘open’ EDI-netwerken zich in de toekomst zal voortzetten. In

zijn dynamisch geschreven ‘handboek voor revolutionair management’ stelt Tom Peters: “De techniek is een andere autonome variabele, die van invloed is op alle aspecten van het zakenleven. Zoals reeds genoemd heeft die geleid tot een revolutie in het geldwezen, maar ook onderstaande gebieden zijn daardoor voor altijd veranderd: (...).”<sup>17</sup> Het voor ons betoog van toepassing zijnde gebied is dat van de distributie. “Computer- en telecommunicatietechniek maken het mogelijk over de hele wereld een welhaast eindeloze reeks samenwerkingsverbanden aan te gaan.” Voorts zijn er talloze voorbeelden aan te dragen die de toename van internationalisering van het handelsverkeer onderstrepen. Het zou de flexibiliteit die nodig is voor een slagvaardig optreden van ondernemingen aanzienlijk inperken, indien in deze situaties telkens vooraf een interchange agreement zou moeten worden gesloten.

#### *4.1 Recht versus techniek*

Zowel bij besloten als bij open netwerken wordt door EDI-gebruikers en technici verwachtingsvol uitgekeken naar oplossingen van juristen om de hierboven gesignaleerde problemen met betrekking tot het EDI-verkeer weg te nemen. Naar onze opvatting heeft het recht EDI echter weinig te bieden. Natuurlijk zullen er conflicten optreden wanneer men zich bedient van EDI. Nemen wij als voorbeeld problemen terzake van de authenticatie van de afzender, of beweerde discrepanties tussen het verzonden bericht en het ontvangen bericht. ‘Juridisch’ gezien, zijn dit geen onoplosbare problemen. Op basis van huidige rechtsregels, dogmatiek en jurisprudentie zijn juristen (en rechters) heel wel in staat te beoordelen in wiens risicosfeer dergelijke problemen vallen. Al naar gelang de omstandigheden van het geval - Is EDI door een van de partijen voorgeschreven?, Heeft een van de partijen zich niet gehouden aan procedure-afspraken?, Mocht de ontvanger van het bericht in het licht van het voorafgaande EDI-gebruik erop vertrouwen dat het ontvangen bericht inderdaad van de daarop vermelde afzender afkomstig was?, enzovoorts. - zal een partij met de bewijslast worden opgezadeld, waarbij het vervolgens dan niet denkbeeldig is dat hij tengevolge van bewijsnood in het stof zal bijten. *Wetsaanpassingen* - bij voorbeeld een wettelijke gelijkstelling van een ‘elektronische handtekening’ aan een traditionele handtekening, of andere wettelijke maatregelen die tot omkering van de bewijslast zullen leiden - zullen tot een andere verdeling van het risico kunnen leiden, doch zullen niet kunnen voorkomen dat er twijfel blijft bestaan aan de authenticiteit van de afzender, of aan de inhoud van het ontvangen bericht. En aangezien het bedrijfsleven niet gediend is met oplossingen waardoor voortaan niet meer partij A, maar partij B de schade zal moeten dragen - en een dergelijke oplossing evenmin tot stimulering van EDI-verkeer zal leiden - kijken déze juristen (bedoeld wordt de auteurs van deze bijdrage) voor dit soort problemen verwachtingsvol uit naar oplossingen aangedragen door EDI-gebruikers en technici.

Voorts dient de vraag zich aan of (aanpassing van) het nationale recht nog wel adequaat is om de voorwaarden te constitueren waaronder deze ontwikkeling plaats kan hebben, mede gelet op het grensoverschrijdend karakter van EDI. Een ontkennend antwoord roept de vraag op, of internationale verdragen *wel* de juridische aspecten van EDI zouden kunnen bepalen, of dat zij slechts een verschuiving van de problematiek zouden betekenen. Naar onze mening zijn de juridische aspecten van een maatschappelijk fenomeen als EDI niet meer effectief te bepalen door nationale of internationale overheden en zullen betrokkenen - de deelnemers aan EDI - steeds meer hun toevlucht nemen tot de opstelling van eigen, grensoverschrijdende regelingen. Onze verwachting is ook dat de (nabije) toekomst een verschuiving te zien zal geven van intervenirende (nationale) overheidsrechtspraak naar een meer autonoom opererend (internationaal) bedrijfsleven waarbinnen vooraf de 'spelregels' worden vastgelegd op basis waarvan conflictoplossende beslissingen worden genomen.

#### *4.2 EDI-beheerder als conflictbeslechter*

Ook de keuze voor een bepaalde vorm van conflictoplossing kan door rationele criteria bepaald worden, en daarvoor is beslissend de verwachte mate van effectiviteit. Niet-juridiserende vormen van conflictoplossing blijken soms effectiever te kunnen werken dan bij voorbeeld overheidsrechtspraak of formele vormen van arbitrage. Gezien de specifieke eisen ten aanzien van de juridische implicaties die het EDI-verkeer stelt, is het nog slechts een kleine stap om ook de oplossing van mogelijke conflicten die kunnen voortvloeien uit een door middel van EDI gesloten overeenkomst op te nemen in de interchange agreement, dan wel in de 'Algemene Voorwaarden' van de netwerk-beheerder. Deze laatste lijkt vervolgens de aangewezen instantie om de rol van bemiddelaar op zich te nemen, en uiteindelijk ook de beslissing te nemen. De vraag of daarna nog een beroep op de civiele rechter nuttig is, beantwoorden wij vooralsnog ontkennend. Daaraan ligt onder meer de overweging ten grondslag, dat de marktwerking daarbij regelend optreedt. Wanneer de netwerk-arbiter te dikwijls beslissingen neemt die voor een zekere partij onaantrekkelijk zijn, wordt het voor die partij aantrekkelijk zijn EDI-transacties over een ander netwerk te laten lopen.

#### *4.3 Een rechtstoekomstig perspectief*

Het recht is een neerslag van de noden van de tijd. Het is niet per definitie zo, dat de huidige organisatie van het recht ook voor de toekomst het meest effectief zou zijn. Het is zeer wel denkbaar, dat de oplossing van sommige geschillen meer gebaat is bij het passeren van de overheidsrechter. Voor zover daar op dit moment nog sprake van kan zijn, zal een toenemend EDI-gebruik de 'monopolie-positie' van de nationale overheidsrechter meer en meer ter discussie stellen. Ook supra-nationale ontwikkelingen als een verenigd Europa zullen onvoldoende geschikt blijken om de economische ontwikkelingen in

internationaal verband op de oude voet te blijven volgen. Er is nu eenmaal ook een toenemend handels- en dataverkeer met landen buiten de E.G.<sup>18</sup>.

Wij hebben in dit artikel overheidsvertegenwoordigers als marktpartij laten fungeren, met hun ‘aanbod’ van (inter)nationale rechtsregels en overheidsrechters als conflictbeslechtsers<sup>19</sup>. De gedachte dat ook overheidsdienaren rationeel zijn en dus hun eigen belangen trachten te bevorderen is de kern van de ‘public choice’ theorie<sup>20</sup>. Ook in ons ‘rechtsfutuurologisch’ perspectief is deze zienswijze waarschijnlijk uiterst nuttig. Te verwachten is een versterkte, voortgezette strijd tussen internationale bedrijven - die meer en meer ook ‘juridisch’ werk voor hun rekening nemen - en nationale en supra-nationale overheden, waarvan de vertegenwoordigers zullen trachten het verlies van het marktaandeel in conflictbeslechtende produkten zoveel mogelijk te voorkomen. In democratieën zou de strijd aldus moeten verlopen, dat die vormen van conflictoplossing die voor de burgers het nuttigst zijn, beschikbaar zijn en blijven<sup>21</sup>.

## Noten:

1. Vink, Frans, 'EDI: doorbraak blijft (nog) uit', *Intermediair*, 6 maart 1992, 28e jaargang nummer 10, pp.67-69.
2. Pous, Victor de, 'Verenigde Naties wil naar edi modelwetten', *Computable*, 1 mei 1992.
3. Steenis, Hein van, 'Regels remmen elektronisch verkeer', *Computable*, 24 april 1992, p.34.
4. List, drs I.D.A., 'Bureaucratie rem op EDI-gebruik', *Computable*, 14 februari 1992, p.28.
5. Sommige auteurs verkiezen een Nederlandse naam voor dit soort overeenkomsten en noemen deze een samenwerkingsovereenkomst of, meer letterlijk vertaald, een uitwisselingsovereenkomst. Wij menen dat de naam 'interchange agreement' beter aansluit bij de inmiddels ingeburgerde term Electronic Data Interchange.
6. Dijksterhuis-Wieten, Mr.H.L.G., *Bewijsrecht in civiele procedures*, Kluwer, Deventer, 1988, p.68.
7. Schutte, H., C.Stuurman, E.van Spiegel, G.Vandenberghe, *Elektronisch betalingsverkeer en teleshopping*, Kluwer, Deventer, 1988, p.27.
8. 'Ediforum optimistisch over Nederlands gebruik van edi', *Computable*, 23 oktober 1992.
9. Katus, S.H., 'De aansprakelijkheidsaspecten van EDI en het Ediforum Contract', *Computerrecht* 1992/2, pp.59-63.
10. De Europese Commissie, de Verenigde Naties en Ediforum werken aan modelcontracten voor het gebruik van EDI.
11. Esch, Mr R.E. van, 'Het elektronische identificatiemiddel en volmacht', *Nederlands Juristenblad*, 24 september 1992, afl.33., pp.1073-1080.
12. Rapport van de werkgroep 'Juridische aspecten Moderne Transactie Communicatie', Ediforum, p.12.
13. Graaf, F.de, e.a., *Juridische aspecten van netwerken*, Nederlandse Vereniging voor Informatica en Recht, 1990, p.49.
14. Reed, C., 'Authenticating Electronic Mail Messages - Some Evidential Problems', *Modern Law Review*, Sept. 1989.
15. Zie voor een gelijklopende opinie het rapport van de werkgroep 'Juridische aspecten Moderne Transactie Communicatie' van Ediforum, p.26, en De Boer in 'De elektronische schriftelijke vorm', *Nederlands Juristenblad*, 21 mei 1992, afl.21., p.671.
16. Boer, Mr J. de, 'De elektronische schriftelijke vorm', *Nederlands Juristenblad*, 21 mei 1992, afl.21, pp.671.
17. Tom Peters, *Thriving on chaos*, p.21, Veen, Utrecht 1988.
18. Over de gevolgen van informatietechnologie voor de externe verhoudingen stelt de tijdelijke adviescommissie Informatietechnologie en Recht: "Het lijkt aannemelijk dat in verband daarmee nieuwe (internationale) organisatievormen en samenwerkingsverhoudingen zullen ontstaan waarin zowel de publieke sector als de private sector en de middenveldorganisaties een rol spelen.", H. Franken e.a., *Informatietechnologie en recht*, Vermande, Lelystad 1991, p.46.
19. Geheel in lijn met deze opvatting achten wij de waargenomen tendens bij ambtenaren om in de publiciteit uitspraken te doen omtrent hun te voeren beleid, alsmede (het gebrek aan) de middelen waarmee zij dit door hun gewenste beleid gestalte moeten geven. (Zie bij voorbeeld Hessing, korpschef van de Gemeentepolitie te Rotterdam, in zijn nieuwjaarstoespraak.)
20. Zie b.v. J. van den Doel, *Democratie en welvaartstheorie*, Alphen aan den Rijn, 1990 blz. 166 e.v.
21. Vgl. H.O. Kerkmeester, *Recht en speltheorie*, blz. 121-122, Vermande, Lelystad 1989.