

Vergaderjaar 2009–2010

31 358

Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer

D

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 30 september 2009

De memorie van antwoord bij dit wetsvoorstel heeft de commissie aanleiding gegeven de volgende vragen en opmerkingen aan de regering voor te leggen.

De commissie wil allereerst opmerken dat het haar is opgevallen dat in het wetsvoorstel een bepaling voorkomt die de regering machtigt bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen die afwijken van de wet. Artikel II, onderdeel C (over wijziging van Boek 7 BW) stelt immers dat artikel 7:933, tweede lid, BW komt te luiden: «Bij algemene maatregel van bestuur kunnen van lid 1 afwijkende regels worden gesteld ten aanzien van de verzending van mededelingen langs elektronische weg. Daarbij kunnen ook regels worden gesteld ten aanzien van de verzending aan de verzekeraar langs elektronische weg van mededelingen waartoe de bepalingen van deze titel of de overeenkomst aanleiding geven». Ook in het huidige artikel 7:933 BW komt reeds een «afwijkingsbepaling» voor. De commissie brengt bij de regering in herinnering dat de Eerste Kamer in 2007 een motie-Jurgens aannam (26 200 VI, nr. 65/21 109, D) waarin zij uitsprak dat zij voornemens is wetsvoorstellen waarin dergelijke bepalingen voorkomen niet langer te aanvaarden.

Over de uitvoering van de motie-Jurgens is uitvoerig met de regering gecommuniceerd. De minister van Justitie heeft bij brief van 1 september 2008 (26 200 VI nr. 65/21 109/30 800 VI, F) aan de Eerste Kamer een overzicht verschaft van afwijkingsbepalingen in de geldende wetgeving, deze bepalingen in drie categorieën ingedeeld en per categorie aangegeven welke actie zou worden ondernomen. De afwijkingsmogelijkheid van het thans geldende artikel 7:933 BW wordt overigens in het overzicht niet genoemd. Het komt de commissie voor dat de afwijkingsbepaling in het huidige wetsvoorstel in categorie 2 valt («pseudo-afwijken»): er wordt weliswaar van *afwijkende* regels gesproken, maar feitelijk is bedoeld *nadere* regels te stellen. De minister stelde in de brief van 1 september 2008 dat in dit soort gevallen zou worden volstaan met schrapping van de afwijkingsmogelijkheid. Kan de regering aangeven of zij ook ten aanzien van het onderhavige wetsvoorstel dergelijke plannen heeft?

De commissie constateert ten slotte dat de algemene maatregel van bestuur die is gebaseerd op het huidige artikel 7:933, tweede lid, BW –

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Dölle (CDA), Tan (PvdA), Van de Beeten (CDA) (voorzitter), Broekers-Knol (VVD), De Graaf (VVD), Kneppers-Heynert (VVD), Kox (SP), Westerveld (PvdA) (vice-voorzitter), Doek (CDA), Engels (D66), Franken (CDA), Peters (SP), Quik-Schuijt (SP), Haubrich-Gooskens (PvdA), Ten Horn (SP), Jansse de Jonge (CDA), Koffeman (PvdD), Böhler (GL), Van Bijsterveld (CDA), Strik (GL), Lagerwerf-Vergunst (CU), Vac. (PvdA), Duthler (VVD) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

zijnde het Besluit van 8 februari 2008 houdende regels inzake de verzending van mededelingen langs elektronische weg in het kader van een verzekeringsovereenkomst (Stb. 2008, 45) – slechts één artikel bevat. Kan de regering aangeven waarom het bezwaarlijk zou zijn de in het Besluit van 8 februari vervatte materie op wetsniveau te regelen?

Algemeen

De leden van de fractie van het **CDA** hebben met belangstelling van de memorie van antwoord kennisgenomen. Zij maken daarbij nog enkele opmerkingen.

De leden van de fractie van de **PvdA** hebben van de memorie van antwoord kennisgenomen. Zij werden eerst recent attent gemaakt op enige losse eindjes in de gelijkstelling van rechtshandelingen via schriftelijk verkeer en langs elektronische weg. Zij noemen als voorbeeld de artikelen 3:317 (stuiting), 6:82 (ingebrekestelling), 6:221 (geldigheidsduur aanbod) en 7:942 BW (stuiting en aangetekende brief). De artikelen 6:227a en 6:227b BW bieden volgens deze leden voor deze rechtshandelingen onvoldoende uitsluitel. Deze leden zullen hun standpunt hieronder nader uiteenzetten.

Uitzonderingen op de mogelijkheid van elektronisch verkeer

Lezing van de memorie van antwoord geeft de leden van de fractie van het **CDA** de indruk, dat de gekozen invalshoek die is van de juridische dogmatiek, terwijl in het voorlopig verslag door de leden van de CDA-fractie vooral aandacht is gevraagd voor de rechtssociologische aspecten. Daarbij speelt niet alleen de bewijskracht van een akte een rol, maar ook de wijze waarop justitiabelen te werk gaan. De wet houdt daar al rekening mee door voor specifieke rechtshandelingen een schriftelijk stuk te verlangen. Achterliggend motief voor die eis is in de meeste gevallen primair die van bescherming van de justitiabelen – in het bijzonder de zwakkere partij – en subsidiair het belang van rechtszekerheid in het rechtsverkeer, waarmee ook de bewijsfunctie van een schriftelijk stuk is verbonden.

Wanneer het nu gaat om de koopovereenkomst, hebben de leden van de CDA-fractie de indruk, dat de regering in haar beantwoording – juist vanwege de gekozen invalshoek van de juridische dogmatiek – teveel waarde toekent aan de bedenktijd van artikel 7:2, 2c lid, BW. Indien een koopovereenkomst in elektronische vorm is opgemaakt en ondertekend, zo is de opvatting van deze leden, is de wijze van kennisneming een andere dan de wijze van kennisneming bij een schriftelijk stuk (*hard copy*). Zelfs indien een kopende partij een print maakt van een elektronisch hem toegezonden concept voor een koopovereenkomst zal in het algemeen kennisneming van de inhoud minder grondig zijn dan wanneer formeel een concept voor een koopovereenkomst ter ondertekening – in fysieke zin – wordt voorgelegd. Daar komt bij, dat voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst vaak concepten worden gewisseld waarbij aanvankelijk alleen de belangstelling uitgaat naar enkele bijzondere bepalingen, zonder dat al teveel acht wordt geslagen op de overige bedingen in een contract, zodat vaak ook om die reden bij elektronische wisseling van informatie de neiging om zeer selectief te lezen (kijken) erg sterk is. Deze overwegingen gelden ook en in het bijzonder de toestemming die een echtgenoot ex artikel 1:88 BW van de andere echtgenoot behoeft voor bepaalde rechtshandelingen.

De leden van de CDA-fractie zouden de regering willen verzoeken te overwegen op deze twee onderdelen een uitzondering te maken in dit wetsvoorstel. Daarbij vragen zij de regering in haar reactie uiteen te zetten

welke bezwaren er zouden bestaan tegen dergelijke uitzonderingen, in feite neerkomend op schrapping van het slot van het tweede lid van artikel 6:227a BW. De leden van de fractie van de **ChristenUnie** sluiten zich bij deze opmerkingen aan.

Geldigheidsduur elektronisch aanbod

De leden van de fractie van de **PvdA** constateren dat artikel 6:221 BW wel een regeling van de geldigheidsduur van een mondeling en een schriftelijk aanbod bevat, maar niet van een elektronisch aanbod. Dit lijkt onevenwichtig en schept toch onzekerheid, indien partijen geen uitdrukkelijke regeling hebben getroffen. Kan door de regering worden aangegeven of een elektronisch gedaan aanbod dezelfde geldigheidsduur dient te hebben als een schriftelijk gedaan aanbod (redelijke termijn)? Zo nee, wanneer gaat zij dan artikel 6:221 BW aan wetsvoorstel 31 358 aanpassen?

Elektronische ingebrekestelling

Artikel 6:82 BW kent alleen een schriftelijke ingebrekestelling en maakt (nog) niet de elektronische ingebrekestelling mogelijk. Een ingebrekestelling is veelal vereist om te bereiken dat de schuldenaar in verzuim raakt met als uiteindelijk rechtsgevolg dat de overeenkomst ontbonden kan worden. Zien de leden van de fractie van de **PvdA** het juist dat bijvoorbeeld een – ingevolge artikel 6:267 lid 1 BW langs elektronische weg tot stand gekomen – overeenkomst in beginsel onder toepassing van artikel 6:227a lid 1 BW door middel van een elektronische verklaring kan worden ontbonden maar dat de noodzakelijk daaraan voorafgaande ingebrekestelling slechts schriftelijk kan plaatsvinden? Is de regering het met deze leden eens, dat de wet, die wél uitdrukkelijk regelt dat partijen langs elektronische weg kunnen contracteren, maar dit niet regelt voor de ingebrekestelling en beëindiging van die overeenkomst, enigszins onevenwichtig overkomt? Is dit geen los eindje in het stelsel van regelend contractenrecht? Wordt elektronische communicatie door de wetgever nog niet als een aan schriftelijkheid gelijkwaardige vorm van communicatie beschouwd?

Elektronische stuiting

Omtrent de stuiting langs elektronische weg heeft de regering geantwoord, dat dat denkbaar is, ook als een schriftelijke vorm is voorgeschreven, zo constateren de leden van de fractie van het **CDA**. De regering denkt dan aan voorwaarden die vergelijkbaar zijn aan die opgesomd in artikel 6:227a, 1e lid BW. De vraag is echter, of op dit punt de wetgever die twijfel zou moeten wegnemen door een eenduidige regel daarvoor te stellen. Het komt de leden van de CDA-fractie voor, dat dit een te belangrijk onderwerp is om maar aan de rechtsvorming via de jurisprudentie over te laten.

Het een en ander klemt temeer, omdat de minister in het antwoord op vragen omtrent artikel 156a, 2e lid, Rv met verwijzing naar de contractsvrijheid de mogelijkheid uitdrukkelijk aanvaardt, dat bijvoorbeeld aanbieders van verzekeringen verzekerden dwingen om vooraf in te stemmen met elektronische contractering. De vraag is of dat maatschappelijk gewenst is met betrekking tot een belangrijk fenomeen als het sluiten van verzekeringen, temeer omdat het langs elektronische weg tot stand komen van verzekeringen met zich mee zal brengen, dat in toenemende mate tussenpersonen die in dit opzicht nog een belangrijk adviserende rol zouden kunnen vervullen voor potentiële verzekeringnemers, buiten spel zullen komen te staan. Overigens blijven de leden van CDA-fractie bedenkingen houden bij kwalificatie van de assurantietussenpersoon als doorgaans optredend voor de verzekeringnemer. Het is toch immers altijd de

verzekeringssmaatschappij die via provisieregelingen feitelijk de verzekeringstussenpersoon betaalt? Afzonderlijke facturering voor adviezen door een verzekeringstussenpersoon aan verzekeringnemers komt, voor zover de leden van de CDA-fractie bekend, niet voor.

Ingevolge artikel 3:317 BW kan de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis slechts schriftelijk worden gestuit en is de elektronische stuiting nog niet mogelijk. Ook volgens artikel 7:942 lid 2 BW kan de verjaring van een vordering tegen de verzekeraar tot uitkering slechts door middel van een schriftelijke mededeling worden gestuit. Is zeker ten aanzien van verzekeringsovereenkomsten deze onmogelijkheid van stuiting langs elektronische weg niet strijdig met de oorspronkelijke bedoeling van dit wetsvoorstel (verzekeren langs elektronische weg mogelijk maken), zo vragen de leden van de fractie van de **PvdA** zich af.

Elektronische aangetekende brief

Eenzelfde vraag wilden de leden van de fractie van de **PvdA** stellen met betrekking tot het afwijzen door de verzekeraar van een aanspraak op uitkering. Ingevolge artikel 7:942 BW dient de verzekeraar bij aangetekende brief de aanspraak op uitkering af te wijzen. Daarmee behoort de elektronische brief niet tot de wettelijke mogelijkheden. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de verzekeringnemer worden afgeweken. Wil de regering ook hierop eens reageren?¹

De leden van de PvdA-fractie vragen zich af of het de uitdrukkelijke bedoeling van de regering is de hiervoor gesignaleerde onevenwichtigheden in de wet te laten voortbestaan en de genoemde rechtshandelingen ongereguleerd te laten, zodat de genoemde rechtshandelingen bij dwingend recht in het geheel niet langs elektronische weg kunnen worden verricht, en in gevallen van regelen recht slechts bij overeenstemming door partijen. Zo ja, wil de regering dit dan beargumenteren in haar nadere memorie van antwoord? Zo nee, zou dan een mededeling van de regering in de nadere memorie van antwoord volstaan, dat overall in de wet waar gesproken wordt van het schriftelijk verrichten van rechtshandelingen tevens wordt bedoeld het langs elektronische weg verrichten van rechtshandelingen? Zo dit niet zou volstaan, wanneer denkt de regering dan de wet en met name boek 6 en boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan deze omissies aan te passen?

Verzekeringen en elektronische algemene voorwaarden

De leden van de **CDA**-fractie hebben met betrekking tot verzekeringen en elektronische algemene voorwaarden nog de volgende vraag. In de memorie van antwoord (31 358, C, pagina 2) valt te lezen: «Denkbaar is dan dat de algemene voorwaarden na inzending van het aanvraagformulier, maar voor de acceptatie per e-mail aan de verzekeringnemer ter beschikking worden gesteld.» Bij de acceptatie gaat het dan dus om de acceptatie door de verzekeraar. Tevens betekent een en ander, dat bij inzending van het aanvraagformulier de verzekeringnemer nog geen gelegenheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Onder die omstandigheden kan toch moeilijk worden volgehouden, dat de verzekeringnemer bij of voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst in de gelegenheid is gesteld om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Bovendien impliceert een en ander, dat dan van de verzekeringnemer het initiatief wordt verlangd dat deze zijn aanbod – neergelegd in het aanvraagformulier – intrekt. Graag ontvingen de aan het woord zijnde leden hierop een reactie.

¹ Zie ook Mr. H.P.A.J. Martius, «Hoe schriftelijk is elektronisch? Over post, e-post en e-akte», WPNR 12 mei 2007.

Verderop wordt opgemerkt, dat geen verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen en de premie ten onrechte is afgeschreven in het daar bedoelde geval, tenzij de verzekeringnemer alsnog aanvaardt. Dit roept de vraag op of dit dan ook stilzwijgend kan door te aanvaarden dat voor de tweede maal premie wordt afgeschreven. Dit alles roept natuurlijk ook vragen op met betrekking tot het aanwezig zijn van een dekking. De verzekeraar zou zich er immers op kunnen beroepen, dat weliswaar premie is ontvangen (via automatische afschrijving), maar wegens het ontbreken van een acceptatie er geen verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen en er dus ook geen dekking is. Is dit wel een wenselijk uitkomst?

De regering gaat er in haar antwoord verder van uit, dat een verzekeringnemer die ermee instemt de overeenkomst langs elektronische weg tot stand te brengen daarmee ook impliciet te kennen geeft instemming te verlenen aan verstrekking van de algemene voorwaarden langs elektronische weg. De vraag is echter waarop deze aanname precies is gebaseerd. De wet zelf zegt dat niet en het maatschappelijk verkeer laat zien, dat verschillende vormen van communicatie veelvuldig naast elkaar worden gebruikt, respectievelijk door elkaar heen. Ook verzekeraars zullen niet afzien van papieren brieven, al was het maar in het kader van hun marketingacties, terwijl omgekeerd het verschijnsel van spam met zich meebrengt, dat het risico dat een elektronische mededeling van een verzekeraar hetzij wordt uitgefilterd, hetzij per abuis als spam wordt weggegooid groter is dan bij papieren brieven. De argumentatie van de regering kan deze leden dan ook niet overtuigen.

De regering wijst verderop in haar antwoord op het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen. Ingevolge artikel 60, 2e lid van dat besluit kan de verzekeraar bij een levensverzekering de algemene voorwaarden na de totstandkoming van de overeenkomst verstrekken, nog uiterlijk tegelijk met het verstrekken van de polis. Hoe verhoudt deze bepaling van gedelegeerde wetgeving zich met artikel 6:233 BW, bepaling in een wet in formele zin?

Al met al roept een en ander de vraag op of verzekeraars er niet verstandig aan doen om voor acceptatie van een aanvraag om een verzekeringsovereenkomst aan te gaan een bevestiging te vragen van de aanvragen van de ontvangst van de algemene voorwaarden.

De leden van de CDA-fractie waren er niet van overtuigd, dat het digitaal bewaren van documenten minder kwetsbaar is dan het fysiek bewaren van een papieren document. Deze leden hadden de indruk, dat de regering daarmee voorbijgaat aan de eigen aard van digitale opslag, met name indien dit gebeurt in het kader van netwerken waarin ook internet een belangrijke rol speelt. Te denken valt voorts aan de zorgen van bijvoorbeeld archivariissen omtrent het verdwijnen van digitale bronnen en de gevolgen daarvan voor geschiedschrijving, alsmede de reconstructie van historische gebeurtenissen.

De leden van de vaste commissie voor Justitie zien de reactie van de regering met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie,
Van de Beeten

De griffier van de vaste commissie voor Justitie,
Kim van Dooren