

Vergaderjaar 2008–2009

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

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 5 juni 2009

Graag ga ik hierna in op de vragen die in het voorlopig verslag zijn gesteld over het vereiste van schriftelijkheid in relatie tot de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer. Aangezien alle vragen afkomstig zijn van de leden van de CDA-fractie wordt op die leden gedoeld waar in het vervolg van deze memorie van antwoord wordt gesproken over «de leden».

De leden vragen de regering in te gaan op het verschil tussen digitaal verkeer en schriftverkeer. De genoemde leden stellen dat impulsiviteit bij de elektronische totstandkoming van een koopovereenkomst of verzekeringsovereenkomst veel eerder aan de orde is dan bij het sluiten van een overeenkomst langs schriftelijke weg. Zij stellen voorts dat een elektronische handtekening lichtvaardiger wordt gezet dan een schriftelijke handtekening. Het sluiten van een overeenkomst is in beginsel vormvrij. Partijen kunnen dus kiezen of zij mondeling, schriftelijk of langs elektronische weg een overeenkomst aangaan. Die keuzevrijheid geldt naar huidig recht onder meer bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst en bij het sluiten van de meeste koopovereenkomsten. In de praktijk komen verreweg de meeste koopovereenkomsten mondeling tot stand. Zij worden dan ook niet schriftelijk vastgelegd. De huidige wet schrijft voor slechts een gering aantal overeenkomsten voor dat zij schriftelijk tot stand komen. Voor een deel van de overeenkomsten waarvoor de wet voorschrijft dat zij schriftelijk tot stand komen, geldt nu al dat zij ook elektronisch tot stand kunnen komen (artikel 6:227a BW). Het wetsvoorstel brengt daarin geen verandering, behoudens dat het aantal overeenkomsten dat naast schriftelijk ook elektronisch tot stand kan komen, wordt uitgebreid. Zo kunnen overeenkomsten die onder het erfrecht of het familierecht vallen en waarvoor de wet vereist dat zij schriftelijk tot stand komen, op grond van het wetsvoorstel ook langs elektronische weg tot stand komen. Het wetsvoorstel verplicht partijen echter niet om een dergelijke overeenkomst langs elektronische weg te sluiten. Indien partijen vertrouwd zijn met de schriftelijke vorm, dan staat het hen vrij daarvoor te kiezen. Voor de volledigheid merk ik nog op dat de wet reeds een bepaling kent die een particulier beschermt tegen een impulsieve beslissing om een woning te kopen. Artikel 7:2, tweede lid, BW geeft voor die situatie een wettelijke bedenktijd van drie dagen. Het onvoldoende doordacht aangaan van een overeenkomst tot koop van een woning kan

zich zowel voordoen ingeval van een schriftelijke als ingeval van een elektronische overeenkomst. Om die reden beschermt artikel 7:2, tweede lid, BW de koper van een woning zowel bij het schriftelijk als elektronisch aangaan van de overeenkomst.

De leden wijzen voorts op het belang van een schriftelijk stuk met het oog op de bewijsfunctie. Ik erken het belang van een schriftelijk stuk als bewijsmiddel. De bewijskracht van een schriftelijk en een elektronisch stuk is echter gelijk. Voor beide geldt in beginsel dat daaraan vrije bewijskracht toekomt (artikel 152, tweede lid, Rv). Wanneer een schriftelijk stuk wordt ondertekend, is sprake van een onderhandse akte. Aan onderhandse akten komt dwingende bewijskracht toe. Dat geldt zowel voor schriftelijke onderhandse akten als, na inwerkingtreding van het wetsvoorstel, voor elektronische onderhandse akten. Op de elektronische handtekening wordt hierna nog nader ingegaan.

De leden zijn uitgebreid ingegaan op de vraag op welke wijze en op welk tijdstip een verzekeringsovereenkomst tot stand komt. Dit mondt uit in een aantal vragen en opmerkingen. Alvorens daarop in te gaan, hecht ik eraan eerst enkele algemene opmerkingen te maken.

Een verzekeringsovereenkomst komt zoals iedere overeenkomst, volgens het regime van aanbod en aanvaarding tot stand. Als hoofdregel, waarop uitzonderingen mogelijk zijn, geldt het volgende.¹ Doorgaans wordt gebruik gemaakt van een door de verzekeraar beschikbaar gesteld aanvraagformulier. Het aanvraagformulier bevat vragen over het te verzekeren risico en de persoon van de verzekerde. Het verschaft de verzekeraar de informatie die hij nodig heeft om te kunnen beoordelen of en onder welke voorwaarden hij de verzekering zal sluiten (vgl. artikel 7:928, eerste lid, BW). Het inzenden van het ingevulde vragenformulier door de verzekeringnemer vormt dan het aanbod tot het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. De verzekering komt tot stand zodra de mededeling van acceptatie de verzekeringnemer bereikt (artikel 6:217 jo. 3:37, derde lid, BW). Zie ook HR 11 april 1997, NJ 1998, 111 (totstandkoming transportverzekering). Indien de verzekeraar de hem aangeboden risico's slechts met beperkingen accepteert, behoeft dat niet aan de totstandkoming van de overeenkomst in de weg te staan. Dit is afhankelijk van de vraag in welke mate de aanvaarding door de verzekeraar van het aanbod afwijkt. Zie artikel 6:225 BW. De wijze waarop de verzekeraar de verzekeringnemer laat weten dat hij de verzekering accepteert, kan verschillen. Dit geschiedt doorgaans door een schriftelijke mededeling. Niet ondenkbaar is verder dat de verzekeraar bij zijn schriftelijke mededeling van acceptatie ook tevens de polis verschaft. In verband met het bepaalde in artikel 6:234 BW dient de verzekeraar zich er voordien rekenschap van te hebben gegeven dat hij de algemene voorwaarden tijdig ter beschikking heeft gesteld, bijvoorbeeld tegelijkertijd met het aanvraagformulier. Het wetsvoorstel maakt het in ruimere mate mogelijk dat de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter beschikking worden gesteld. 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. Het onderhavige voorstel maakt het voorts onder voorwaarden mogelijk om de polis langs elektronische weg te verschaffen.

De opmerking van de leden dat het feitelijk zo lijkt te zijn dat in zeer veel gevallen de verzekeringsovereenkomst pas tot stand komt indien de verzekeringnemer – na ontvangst van de polis en de bijbehorende voorwaarden – overgaat tot betaling van de premie, kan ik in zijn algemeenheid niet onderschrijven. Zoals hierboven is opgemerkt, komt de overeenkomst doorgaans tot stand zodra de mededeling van acceptatie de verzekeringnemer bereikt. Zou de acceptatie door de verzekeraar op meer dan ondergeschikte punten afwijken van het aanbod van de verzekeringnemer, dan geldt dat ingevolge artikel 6:225, eerste lid, BW als een nieuw aanbod. Denkbaar is vervolgens dat de verzekeringnemer dit aanbod

¹ Zie over deze hoofdregel en de uitzonderingen daarop, Asser-Clausing-Wansink 5-VI (De verzekeringsovereenkomst), nr. 115. Een voorbeeld van zo'n uitzondering is de zorgverzekering. De ingevolge de Zorgverzekeringswet op de zorgverzekeraar gelegde acceptatieplicht heeft tot gevolg dat een beslissing tot acceptatie irrelevant is. De Zorgverzekeringswet bepaalt in artikel 5 lid 1 dan ook dat de zorgverzekering ingaat op de dag waarop de verzekeraar het «verzoek» ontvangt om een verzekering te sluiten.

aanvaardt, en de verklaring daarvan besloten ligt in de eerste premiebetaling (artikel 3:37, eerste lid, BW). In de door de leden geschetste situatie waarbij de premie krachtens een incassomachtiging automatisch wordt afgeschreven, kan die betaling echter niet worden aangemerkt als zo'n van de verzekeringnemer afkomstige verklaring van aanvaarding. In dat geval is er geen overeenkomst tot stand gekomen en is de premie ten onrechte afgeschreven, tenzij de verzekeringnemer alsnog aanvaardt. Opgemerkt zij overigens nog dat in veel polissen is bepaald dat de dekking niet eerder ingaat dan wanneer de eerste premie is voldaan. Dat moment valt doorgaans echter niet samen met het moment waarop de overeenkomst tot stand komt; de overeenkomst bestaat dan eerder dan de dekking.

De leden beschrijven voorts de situatie waarbij de verzekeraar de voorwaarden van een reeds gesloten verzekering wijzigt, zoals een premiewijziging. Deze leden merken op dat de verzekeringnemer door stil te zitten en niet tot opzegging over te gaan, dan wordt geacht te hebben ingestemd met de nieuwe overeenkomst. Dergelijke wijzigingen berusten doorgaans op de zogenaamde in polissen voorkomende en bloc-clausules. De verzekeraar is krachtens deze clausule bevoegd om eenzijdig de inhoud van de verzekering te wijzigen. Voor een dergelijke wijziging is dan ook geen wilsovereenstemming vereist, al is de verzekeringnemer bij een voor hem ongunstige wijziging wel bevoegd om gedurende een bepaalde periode de overeenkomst op te zeggen (artikel 7:940, vierde lid, BW). Het betreft evenwel de wijziging van de bestaande verzekering. Een nieuwe overeenkomst komt niet tot stand.

De leden veronderstellen dat de in het voorstel geboden mogelijkheid om algemene voorwaarden elektronisch ter beschikking te stellen de positie van de verzekeringnemer verslechtert. De verzekeringnemer zou actief op zoek moeten gaan naar de tekst van die voorwaarden, alvorens de overeenkomst tot stand komt. Het voorgestelde derde lid van artikel 234 van Boek 6 BW verlangt de uitdrukkelijke instemming van de verzekeringnemer met het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden langs elektronische weg, tenzij de overeenkomst zelf ook langs elektronische weg tot stand komt. De verzekeringnemer die niet wil dat de algemene voorwaarden langs elektronische weg worden verschaft, kan dat voorkomen door daarvoor geen instemming te geven. Verder mag worden aangenomen dat een verzekeringnemer die heeft ingestemd met de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst langs elektronische weg, er geen bezwaar tegen heeft dat de algemene voorwaarden dan ook langs elektronische weg worden verstrekt. Aan welke wijze van ter beschikking stellen een verzekeringnemer de voorkeur geeft, zal per persoon verschillen. Degenen die bijvoorbeeld bedrevener zijn in het elektronisch archiveren dan het archiveren van papieren stukken, zullen juist gebaat zijn bij de mogelijkheid om algemene voorwaarden elektronisch te ontvangen. Opgemerkt zij nog dat in het geval een verzekeringnemer actief op zoek moet gaan naar de tekst van de algemene voorwaarden, dat niet is aan te merken als een in de zin van artikel 6:233 BW bedoelde redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31 358, nr. 3, p. 9–10. De verzekeraar loopt dan het risico dat de overeenkomst om die reden aantastbaar is.

De leden stellen vervolgens de vraag of het bezwaarlijk is dat niet geheel duidelijk is voor de verzekeringnemer wanneer hij gebonden wordt aan de verzekeringsovereenkomst en op welk moment hij dan ook kennis had moeten nemen van de inhoud van de algemene voorwaarden.

Artikel 6:234 BW verlangt dat de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter beschikking zijn gesteld. De verzekeringnemer dient derhalve vóórdat hij gebonden wordt de mogelijkheid te hebben gehad om van die voorwaarden kennis te nemen. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij de verzekeraar. Daarbij is niet relevant op welk

moment de overeenkomst tot stand komt. De verzekeraar dient er immers in alle gevallen op bedacht te zijn dat hij tijdig de algemene voorwaarden ter beschikking stelt. Deze waarborg is in artikel 6:233, onder b, BW langs de weg van een vernietigingsgrond gerealiseerd.

De leden wijzen in het verlengde hiervan op de situatie waarbij de polis met bijbehorende voorwaarden na ontvangst ongelezen worden opgeborgen zonder dat daar verder naar wordt gekeken. Indien in deze situatie de algemene voorwaarden door de verzekeraar tijdig ter beschikking zijn gesteld, is het verder aan de verzekeringnemer of hij daarvan ook kennis wil nemen. Indien de algemene voorwaarden tegelijkertijd met de polis zijn ontvangen, is dat doorgaans niet tijdig. Artikel 7:932 BW verplicht de verzekeraar immers om zo spoedig mogelijk nadat de overeenkomst tot stand is gekomen een polis af te geven. Indien de algemene voorwaarden worden verstrekt nadat de overeenkomst tot stand is gekomen, zijn deze ingevolge artikel 6:233, onder b, BW, vernietigbaar. Volledigheidshalve valt nog te wijzen op artikel 60, tweede lid, van het Besluit Gedrags-toezicht financiële ondernemingen (Stb. 2008, 283). Ingevolge deze bepaling kan de verzekeraar bij een levensverzekering de algemene voorwaarden na de totstandkoming van de overeenkomst verstrekken, doch uiterlijk tegelijk met het verstrekken van de polis, in welk geval de verzekeringnemer evenwel de bevoegdheid heeft om de overeenkomst binnen 30 dagen te ontbinden. De verzekeringnemer heeft in dat geval zowel de mogelijkheid om de algemene voorwaarden te vernietigen, als de mogelijkheid om binnen 30 dagen de overeenkomst te ontbinden. Bij schadeverzekeringen ontbreekt ingevolge het genoemde Besluit de mogelijkheid om nog na de totstandkoming van de overeenkomst algemene voorwaarden te verstrekken.

De leden vragen of de verzekeraars hetzij voorafgaand aan verzending van de polis, hetzij bij gelegenheid van toezending van de polis, erop moeten wijzen dat een verzekeringnemer de mogelijkheid heeft om af te zien van het sluiten van de verzekering. Zoals hierboven is opgemerkt, wordt de polis doorgaans verschaft nadat de overeenkomst tot stand is gekomen. De verplichting van de verzekeraar om nog voordat de overeenkomst tot stand is gekomen de verzekeringnemer erop te wijzen dat hij nog van het sluiten van de verzekering kan afzien, is in verband met het in artikel 6:219 BW bepaalde, niet nodig. Deze bepaling geeft de verzekeringnemer immers de mogelijkheid om zijn aanbod te herroepen, zolang de verzekeraar nog niet heeft aanvaard. Een verplichting van de verzekeraar om nog voor zijn acceptatie hierop te wijzen, heeft dan geen toegevoegde waarde. De leden stellen de vraag of voor de verzekeringsbranche de elektronische verstrekking van een polis wel voordelen oplevert en of met name de praktijk van contractsluiting hierdoor niet leidt tot verzwakking van de bescherming van particuliere verzekerden. Hierboven is er reeds op gewezen dat de polis doorgaans wordt verschaft nadat de overeenkomst tot stand is gekomen. De praktijk van contractsluiting wijzigt derhalve niet door de mogelijkheid van het elektronisch verschaffen van de polis. Ook in de situatie dat de polis reeds met het bericht van acceptatie aan de verzekeringnemer wordt verschaft, heeft dit naar mijn mening geen invloed op de praktijk van contractsluiting. Bedacht zij daarbij dat een verzekeringnemer daaraan voorafgaand al uitdrukkelijk moet hebben ingestemd met een verschaffing langs elektronische weg. De vraag of voor verzekeraars de elektronische verschaffing van de polis voordelen biedt, kan bevestigend beantwoord worden. Voor een berekening van de te verwachten besparingen zij verwezen naar Kamerstukken II 2007/08, 31 358, nr. 3, p. 2.

De leden merken terecht op dat de afgifte van de polis geen constitutief vereiste is voor de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst, maar zien dat wel als voorwaarde voor de verzekeraar om zich te kunnen beroepen op de inhoud van de overeenkomst zoals die blijkt uit de polis. De verplichting tot afgifte van een polis strekt ertoe dat de verzekering-

nemer steeds kan beschikken over schriftelijk bewijs van de inhoud van de overeenkomst. Het is dan ook ten behoeve van de verzekeringnemer dat een polis wordt verstrekt. De polis levert ten behoeve van hem dwingend bewijs op, doch niet ten behoeve van de verzekeraar. Bedacht zij dat de polis een door de verzekeraar zelf opgesteld geschrift is en dus niet te zijner gunste tot bewijs kan dienen. De verzekeraar is evenwel niet beperkt in zijn mogelijkheden om het bestaan en de inhoud van de verzekeringsovereenkomst met andere middelen te bewijzen. Dat de verzekeraar geen polis heeft verstrekt, doet aan die mogelijkheid niet af.

De leden merken verder nog op dat polissen nog zelden van een originele handtekening zijn voorzien. Deze leden vragen of een polis die voorzien is van een machinale handtekening wel is aan te merken als een ondertekend geschrift in de zin van artikel 156 Rv. De ondertussen gangbare praktijk dat veel polissen worden voorzien van een voorgedrukte handtekening in plaats van een handmatig geplaatste handtekening, ontnemt naar mijn mening aan het document niet het karakter van een onderhandse akte.

Ook in de literatuur wordt dit aangenomen. Zie Kamphuisen, AV&S 2005, p. 195 e.v. en Asser-Clausing-Wansink, no. 137.

De leden vragen in te gaan op de mogelijkheid dat een elektronisch document verloren gaat en op de beveiliging van elektronische documenten.

Het verliezen van een bewijsstuk is zowel mogelijk in geval van een schriftelijk als in geval van een elektronisch stuk. Voor beide documenten geldt, helaas, ook dat niet uitgesloten is dat onbevoegden zich toegang weten te verschaffen tot de inhoud van het document. Of een papieren of een elektronisch document veiliger is, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Dat hangt onder meer af van de wijze van administratie van de houder van de documenten en de mogelijkheden die onbevoegden hebben zich toegang te verschaffen tot een bepaalde fysieke of digitale ruimte. Juist vanwege het bestaan van deze verschillen biedt het wetsvoorstel partijen de mogelijkheid te kiezen voor de vorm (schriftelijk of elektronisch) die in hun situatie de meeste zekerheid en het grootste gebruiksgemak biedt. De wet biedt overigens wel een aantal bepalingen waarop beroep kan worden gedaan, mocht een papieren of elektronisch bewijsstuk verloren gaan. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 7:932, derde lid, BW dat recht geeft op een nieuwe polis na verlies van een eerder afgegeven polis. Een ander voorbeeld is artikel 843b Rv dat recht geeft op inzage, afschrift of uittreksel van een verloren gegaan bewijsmiddel jegens degene die de beschikking heeft over bescheiden die tot bewijs kunnen dienen van enig feit waarop het verloren bewijsmiddel betrekking had, of die zodanige bescheiden onder zijn berusting heeft. In artikel 843b, eerste lid, Rv staat uitdrukkelijk dat onder bescheiden mede worden verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens.

De genoemde leden informeren of de regering er vanuit gaat dat de verzekeringnemer ook altijd een papieren uitdraai van een elektronische polis zal maken. Dat is niet het geval. De verzekeringnemer is daartoe niet gehouden. Van belang is dat een verzekeringnemer de originele polis bewaart. Het originele stuk heeft namelijk dwingende bewijskracht. Een papieren uitdraai van de originele elektronische polis heeft slechts vrije bewijskracht. Mocht een verzekeringnemer een papieren uitdraai maken van een elektronische polis, dan doet de verzekeringnemer er dus goed aan het elektronische origineel te bewaren. Indien de verzekeringnemer kiest voor een schriftelijke polis, heeft die schriftelijke polis dwingende bewijskracht.

De leden wijden enkele opmerkingen aan de elektronische handtekening. Zij menen dat een elektronische handtekening in vergelijking met een handtekening op papier complex is. Zij verwachten dat niet-professionele partijen geen gebruik zullen maken van een gekwalificeerde elektronische handtekening. De mogelijkheid van een elektronische handtekening wordt niet bij dit wetsvoorstel geïntroduceerd maar staat reeds in de wet (artikel 3:15a e.v. BW). Deze bepalingen vormen de implementatie van de richtlijn

elektronische handtekening.¹ Er bestaan verschillende vormen van elektronische handtekeningen. De meest vergaande vorm, een gekwalificeerde elektronische handtekening, is inderdaad veel complexer dan een schriftelijke handtekening. Mede om die reden stelt de wet niet in alle gevallen een gekwalificeerde elektronische handtekening verplicht. In het wetsvoorstel wordt alleen voor de elektronische polis een gekwalificeerde elektronische handtekening vereist. Voor de ondertekening van andere elektronische stukken staat het partijen vrij een lichtere vorm van een elektronische handtekening te kiezen, bijvoorbeeld een ingescande handtekening. Een dergelijk handtekening is ook voldoende voor een akte van kwijting.

De leden hebben bedenkingen bij de opening van de mogelijkheid om ook transacties inzake woningen onder de werking van het voorstel te brengen. Deze leden stellen dat de gemiddelde mens makkelijker kennis neemt van een schriftelijk stuk dan van een document dat vanaf een scherm moet worden gelezen. Zij vrezen dat de bedenktijd geen afdoende bescherming biedt, zeker indien in de koopovereenkomst wordt verwezen naar algemene voorwaarden die door de koper actief moeten worden opgezocht. De koopovereenkomst in geval van koop van een woning door een consument kan reeds op grond van het huidige recht langs elektronische weg plaatsvinden. Artikel 6:227a, tweede lid, BW staat dat alleen niet toe indien in een concreet geval de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet. In de praktijk is gebleken dat onduidelijk is wanneer daarvan sprake is. Met het oog op de rechtszekerheid en een ordelijk rechtsverkeer is dat onwenselijk. Het zou immers tot gevolg kunnen hebben dat nadat een woning is verkocht, het transport bij de notaris heeft plaatsgevonden, alsmede de inschrijving in het kadaster, een van de partijen die nadien spijt heeft van de koop, zich erop kan beroepen dat de koopovereenkomst nietig is omdat deze niet in de juiste vorm is opgemaakt (artikel 3:39 BW). Ook kan het de koper of verkoper in een dwangpositie brengen in die zin dat achteraf door de wederpartij een verhoging of verlaging van de koopprijs kan worden bedongen. Dit alles is aanleiding om de thans onduidelijke beperking in artikel 6:227a, tweede lid, te schrappen, zodat het uitgangspunt dat de koop van een woning door een consument ook langs elektronische weg kan plaatsvinden, onverkort geldt. Indien een koper liever kennis neemt van een schriftelijk stuk, geldt dat de voorgestelde regeling er niet aan in de weg staat om een papieren uitdraai te maken. Nog belangrijker is dat nimmer tegen de wil van de koper de koopovereenkomst langs elektronische weg tot stand kan komen. Aan welke wijze van totstandkoming een koper de voorkeur geeft, zal per persoon verschillen. Dit zal mede afhankelijk zijn van de vertrouwdsheid en de vaardigheden van een persoon met het elektronische verkeer. Opgemerkt zij ook dat indien een koper actief op zoek moet gaan naar de tekst van de algemene voorwaarden, dat niet is aan te merken als een in de zin van artikel 6:233 BW bedoelde redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

De leden veronderstellen dat het wetsvoorstel niet de mogelijkheid opent om een verjaring langs elektronische weg te stuiten, terwijl dat volgens deze leden onder omstandigheden zeer gewenst kan zijn. Deze leden vragen de opvatting van de regering hierover. Het feit dat de wet voor een rechtshandeling de schriftelijke vorm voorschrijft, behoeft er niet aan in de weg te staan dat aan die eis kan worden voldaan langs elektronische weg. Zie Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 6. Zie ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 218, waarin erop wordt gewezen dat onder omstandigheden een elektronische verklaring met een geschrift kan worden gelijk gesteld. Als voorwaarden waaraan een rechtsgeldige stuiting langs elektronische weg moet voldoen, kan gedacht worden aan vergelijkbare voorwaarden als die zijn opgesomd in artikel 6:227a, eerste lid, BW.

¹ Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, PbEG L van 19 januari 2000, pp. 12–20.

Artikel 156a, tweede lid, Rv

De leden vragen of een partij bij een te sluiten overeenkomst vooraf te kennen kan geven dat hij niet bereid is om een schriftelijke overeenkomst aan te gaan, doch uitsluitend een elektronische.

In het contractenrecht geldt het beginsel van contractsvrijheid, wat mede inhoudt dat het een ieder vrij staat om al dan niet een overeenkomst aan te gaan. Het staat eenieder ook vrij om slechts een contract te (willen) sluiten indien die langs elektronische weg wordt aangegaan. Het voorgestelde artikel 156a Rv maakt elektronische onderhandse akten mogelijk. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat onderhandse akten waarvoor de wet voorschrijft dat zij moeten worden verschaft alleen elektronisch mogen worden verschaft met uitdrukkelijke instemming van degene voor wie de akte is bedoeld.

De leden stellen de vraag of een instemming niet uitdrukkelijk is, indien een aanvraagformulier voor een verzekering voorgegeven geeft, dat ingestemd wordt met elektronische vastlegging van de overeenkomst, tenzij de aanvrager uitdrukkelijk op het aanvraagformulier aangeeft daarmee niet in te stemmen. Daarnaast wordt de vraag gesteld wat wordt bedoeld met «een afzonderlijk formulier». Het verlenen van instemming vergt een verklaring. Artikel 3:37, eerste lid, BW bepaalt dat verklaringen in iedere vorm kunnen geschieden en in een of meer gedragingen besloten kunnen liggen, tenzij anders is bepaald. Instemming kan in beginsel dus uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. In de wet kan echter worden bepaald dat een instemming alleen uitdrukkelijk kan worden gegeven. Het voorgestelde artikel 156a, tweede lid, BW is een voorbeeld van een dergelijke bepaling. Dit artikel vereist dat de instemming met een elektronische onderhandse akte die op grond van de wet moet worden verschaft, alleen uitdrukkelijk kan worden gegeven. Uitdrukkelijke instemming vereist, anders dan een stilzwijgende instemming, een handeling van degene die de instemming geeft. Een aanvraagformulier voor een verzekering waarin staat dat ingestemd wordt met een elektronische polis tenzij de aanvrager uitdrukkelijk op het aanvraagformulier aangeeft daarmee niet in te stemmen, is een voorbeeld van stilzwijgende instemming. Deze wijze van instemming voldoet dus niet aan de eisen van het voorgestelde artikel 156a, tweede lid, Rv. Van uitdrukkelijke instemming is wel sprake wanneer op een aanvraagformulier een verklaring staat opgenomen die luidt dat de verzekeringnemer instemt met een elektronische polis en daarachter een hokje staat dat wordt aangevinkt door de verzekeringnemer.

De verwijzing naar een «afzonderlijk formulier» in de memorie van toelichting dient als voorbeeld van een manier waarop de uitdrukkelijke instemming met een onderhandse akte in elektronische vorm tot uiting kan worden gebracht. Men denke hierbij aan een formulier dat de verzekeringnemer stuurt en waarop staat dat de verzekeringnemer verklaart dat hij instemt met een elektronische polis. Wanneer de verzekeringnemer dit formulier ondertekent, stemt hij uitdrukkelijk in met een elektronische polis.

Artikel 1:88 BW

Artikel 1:88 BW geeft aan voor welke rechtshandelingen een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot nodig heeft. Op grond van het huidige derde lid van artikel 1:88 BW moet die toestemming schriftelijk worden verleend, indien de wet voor het verrichten van de betreffende rechtshandeling een vorm voorschrijft. Het onderhavige wetsvoorstel staat voor deze gevallen ook elektronische toestemming toe.

De leden stellen dat artikel 1:88 BW bedachtzaamheid verlangt bij het verlenen van toestemming door de andere echtgenoot. Zij uiten de zorg dat die bedachtzaamheid tekort wordt gedaan als de toestemming langs elektronische weg kan worden verleend. In beginsel is een verklaring

vormvrij, tenzij anders is bepaald (artikel 3:37, eerste lid, BW). Het huidige artikel 1:88, derde lid, BW is een voorbeeld van een situatie waarin de wet anders bepaalt. De op grond van artikel 1:88, eerste lid, BW voor een aantal rechtshandelingen vereiste toestemming van de echtgenoot dient schriftelijk te zijn indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Door het vereiste van een schriftelijke toestemming kan ook achteraf worden aangetoond dat de echtgenoot met een bepaalde rechtshandeling heeft ingestemd. Met een mondelinge toestemming is dit, indien geen derden bij het geven van de toestemming aanwezig waren, zo goed als onmogelijk. Deze bewijsfunctie van een schriftelijke toestemming kan ook worden vervuld door een elektronische toestemming. Om die reden staat de voorgestelde wijziging van artikel 1:88, derde lid, BW ook elektronische toestemming toe. Beide vormen van toestemming zijn immers ook achteraf nog raadpleegbaar. De keuze in welke vorm (schriftelijk of elektronisch) de echtgenoot de toestemming wil geven, laat de voorgestelde bepaling aan de echtgenoot. De leden stellen ten aanzien van de regeling van de toestemming tussen echtgenoten de vraag of de onderlinge verhouding tussen echtgenoten meebrengt dat een gekwalificeerde elektronische handtekening moet worden vereist. Artikel 1:88 BW schrijft voor bepaalde rechtshandelingen voor dat de toestemming van de echtgenoot is vereist. De wet vereist echter niet dat die toestemming is ondertekend. Dat geldt zowel voor de huidige schriftelijke toestemming als de toestemming langs elektronische weg waarin het wetsvoorstel voorziet. Mocht een echtgenoot zijn elektronische toestemming desondanks willen ondertekenen dan kan dat met behulp van de verschillende vormen van de elektronische handtekening die artikel 3:15a BW toestaat. De toestemming gevende echtgenoot kan dus kiezen voor een gekwalificeerde elektronische handtekening indien hem dit in het gegeven geval de meest geëigende vorm lijkt.

Artikel 6:227a BW

Artikel 6:227a BW geeft aan onder welke voorwaarden overeenkomsten waarvoor de wet voorschrijft dat zij schriftelijk tot stand komen ook langs elektronische weg tot stand kunnen komen. De leden vragen naar de mogelijke gevolgen van digitalisering van de totstandkoming van overeenkomsten voor de onderlinge verhoudingen tussen partijen. In beginsel is de totstandkoming van overeenkomsten vormvrij. Dat wil zeggen dat overeenkomsten zowel mondeling, schriftelijk als elektronisch tot stand kunnen komen. Voor bepaalde overeenkomsten schrijft de wet voor dat zij schriftelijk tot stand komen. Op grond van het huidige artikel 6:227a BW is reeds uitgangspunt dat overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken en overeenkomsten waarbij persoonlijke of zakelijke zekerheden worden verstrekt door personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf langs elektronische weg tot stand kunnen komen. Voor beide soorten overeenkomsten geldt naar huidig recht dat zij alleen niet langs elektronische weg tot stand kunnen komen voor zover de aard van de overeenkomst of de rechtsbetrekking zich daartegen verzet. Vanwege de onzekerheid die laatstgenoemde voorwaarde kan veroorzaken, wordt deze met het wetsvoorstel geschrapt. Op grond van het wetsvoorstel kunnen overeenkomsten waarbij persoonlijke of zakelijke zekerheden worden verstrekt door personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf dus te allen tijde langs elektronische weg tot stand komen. Dit komt – zoals ik hieronder nog zal toelichten – de rechtszekerheid ten goede.

De in het huidige derde lid van artikel 6:227a BW opgenomen uitzondering voor overeenkomsten die onder het familierecht of het erfrecht vallen, was behouden in het wetsvoorstel zoals dat aan de Tweede Kamer is aangeboden. Deze uitzondering is geschrapt door de Tweede Kamer op

basis van een amendement (15) van het lid Van Vroonhoven-Kok (CDA). Het voorgestelde artikel 6:227a BW staat dientengevolge ook voor overeenkomsten die onder het erfrecht of het familierecht vallen en waarvoor de wet elders het vereiste van schriftelijkheid stelt, toe dat deze langs elektronische weg tot stand komen. Of een overeenkomst waarvoor de wet het vereiste van schriftelijkheid stelt, langs schriftelijke of elektronische weg tot stand komt, is een beslissing van beide partijen gezamenlijk. Een elektronische vorm van een overeenkomst is niet eenzijdig door een van partijen aan de andere partij op te leggen. Een overeenkomst veronderstelt immers de instemming met die overeenkomst door twee partijen. Wanneer een van de beoogde partijen bij een overeenkomst op het terrein van het erfrecht of familierecht die overeenkomst niet langs elektronische weg maar schriftelijk tot stand wil laten komen, zal die overeenkomst dus niet langs elektronische weg tot stand komen.

Artikel 7:932 BW

Artikel 7:932 BW bepaalt dat de verzekeraar zo spoedig mogelijk een polis afgeeft. De verzekeraar mag op grond van het voorgestelde artikel 156a Rv ook een elektronische polis afgeven, mits de verzekeringnemer met die elektronische vorm instemt. De leden stellen dat een NAW-adres (naam-adres-woonplaats) betrouwbaarder is dan een e-mailadres en vragen de regering daarop nader in te gaan. Bij zowel een NAW-adres als een e-mailadres is niet uitgesloten dat een verzonden bericht niet wordt ontvangen. Zowel een schriftelijk als een elektronisch bericht kan onderweg verloren gaan en bij zowel een NAW-adres als een e-mailadres kan de situatie zich voordoen dat de geadresseerde dit adres niet meer gebruikt. Welk soort adres van de geadresseerde de verzender van een bericht de meeste zekerheid biedt, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Dat verschilt per geadresseerde. Juist om die reden biedt het wetsvoorstel de keuzemogelijkheid tussen een schriftelijke en een elektronische polis. Verder zij erop gewezen dat de eis van een ontvangstbevestiging voor verzekeraars een nauwkeurige administratie vergt en aldus de administratieve lasten doet toenemen. Voorts is het niet bij alle email-services mogelijk om een automatische ontvangstbevestiging te verzenden, zoals bij hotmail. Dit zou betekenen dat ondanks dat de wederpartij heeft ingestemd met een elektronische polis, de verzekeraar nimmer aan zijn verplichting om een polis te verschaffen, kan voldoen. Ten slotte is nog het volgende van belang. Het uitgangspunt van het oorspronkelijke artikel 156a, derde lid, Rv was dat in het geval de verschaffer van de akte geen ontvangstbevestiging kan overleggen, er geacht wordt niet te zijn voldaan aan de wettelijke verplichting om de akte af te geven. Zonder deze bepaling rust evenwel de bewijslast dat de polis is afgegeven op de verzekeraar. Indien bijvoorbeeld een verzekeringnemer ontkent een polis te hebben ontvangen, dan rust op de verzekeraar de bewijslast dat de polis wel aan hem is afgegeven. Slaagt hij daarin niet, dan is de verzekeraar zijn verplichting tot afgifte niet nagekomen en is hij aansprakelijk voor de eventuele schade die de verzekeringnemer daardoor lijdt. Zie HR 8 juli 1982, NJ 1983, 456 (Ago-Guliker II). Een ontvangstbevestiging biedt dan ook niet zozeer de verzekeringnemer, maar vooral de verzekeraar de nodige duidelijkheid en zekerheid. Deze laatste heeft evenwel de keuze om al dan niet om een ontvangstbevestiging te vragen. Er is geen noodzaak om zo'n bevestiging verplicht te stellen.

De leden vragen naar aanleiding van een opmerking daarover in de nota naar aanleiding van het verslag, wat de regering voornemens is te bezien in het kader van de voorgenomen wijziging van het Besluit houdende regels inzake de verzending van mededeling langs elektronische weg. In het bijzonder vragen deze leden of de eis van een ontvangstbevestiging nu wordt geschrapt of gehandhaafd. Tijdens de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer heb ik opgemerkt dat het, mede met

het oog op papieren communicatie, in het geheel van wat maatschappelijk normaal wordt gevonden, het passend is om dit vereiste te laten vervallen. Dit kan worden opgevat als een aankondiging dat bij gelegenheid van de hierboven genoemde wijziging van het Besluit dit vereiste zal vervallen.

De leden stellen de vraag of een assurantietussenpersoon een hulppersoon is van de verzekeringnemer of van de verzekeraar. Deze leden stellen in dit verband voorts de vraag of de ontvangst door een tussenpersoon van de polis kan worden beschouwd als ontvangst door de verzekeringnemer. Tevens vragen zij of dit ook geldt voor mededelingen die leiden tot het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. De vraag of een assurantietussenpersoon een hulppersoon is van de verzekeringnemer of van de verzekeraar is niet eenduidig te beantwoorden. Doorgaans plegen assurantietussenpersonen te bemiddelen ten behoeve van verzekeringnemers. Zij bemiddelen dan bij het tot stand komen van verzekeringen in opdracht van de verzekeringnemer. Heeft de tussenpersoon zich tegenover de verzekeringnemer verbonden tot het sluiten van een verzekering, dan bevat de overeenkomst van opdracht doorgaans ook een volmacht om in naam van de verzekeringnemer een verzekering te sluiten. In dat geval verricht de tussenpersoon de rechtshandeling die uiteindelijk tot het sluiten van de verzekering moet leiden. Indien de overeenkomst van opdracht geen volmacht behelst, dan is het de verzekeringnemer zelf die door het inzenden van het door hem ingevulde vragenformulier deze rechtshandeling verricht. Indien een assurantietussenpersoon van een verzekeraar volmacht heeft gekregen om namens hem verzekeringen af te sluiten, doet hij dat als hulppersoon van de verzekeraar. De verplichting van de verzekeraar om zo spoedig mogelijk na het sluiten van de verzekering een polis af te geven, is een verplichting jegens de verzekeringnemer. De polis dient dan ook aan de verzekeringnemer te worden afgegeven. Dat is ingevolge artikel 7:943, eerste lid, BW een verplichting waarvan niet kan worden afgeweken. De verzekeraar heeft niet aan deze verplichting voldaan indien hij de polis aan de tussenpersoon verstrekt. Dit is hooguit anders indien de tussenpersoon door de verzekeringnemer volmacht is verleend om de polis in ontvangst te nemen. Naar mijn waarneming komen dergelijke volmachten in de praktijk echter niet voor. Een eventuele volmacht om in naam van de verzekeringnemer een verzekering te sluiten, behelst niet zo'n volmacht.

Artikel 6:234 BW

Artikel 6:234 BW geeft aan op welke wijzen de gebruiker van algemene voorwaarden de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van die algemene voorwaarden kennis te nemen. De leden vragen of overhandiging van algemene voorwaarden die op een USB-stick, DVD of CD-ROM staan, voldoet aan de eisen van het voorgestelde artikel 6:234 BW. Onder de in het voorgestelde artikel 6:234, tweede lid, BW geboden mogelijkheid van het langs elektronische weg ter beschikking stellen van algemene voorwaarden moet ook worden begrepen de overhandiging van een USB-stick, DVD of CD-rom met daarop de algemene voorwaarden in digitale vorm. Voor deze wijze van terbeschikkingstelling van de algemene voorwaarden is op grond van het voorgestelde artikel 6:234, tweede lid, BW vereist dat de wederpartij met deze wijze heeft ingestemd indien de overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand is gekomen (zie het voorgestelde derde lid van artikel 6:234 BW). Dit vereiste van instemming is redelijk omdat iemand die geen gebruik maakt van computers anders geen redelijke mogelijkheid zou worden geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden, zoals artikel 6:233 onder b BW vereist. De gebruiker moet zich er wel van vergewissen dat met de gehan-

teerde gegevensdrager de wederpartij een redelijke mogelijkheid wordt geboden kennis te nemen van de algemene voorwaarden.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin