

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

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 5 februari 2010

Inleiding

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het nader voorlopig verslag en van de daarin gestelde vragen en gemaakte opmerkingen van de fracties van het CDA, de PvdA en de ChristenUnie.

Alvorens in te gaan op de door de verschillende fracties gestelde vragen, hecht ik eraan nog eens in herinnering te roepen wat met dit wetsvoorstel wordt beoogd. Dit wetsvoorstel biedt ruimte aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer. In de wet is op een aantal plaatsen het vereiste van een geschrift gesteld. Deze eis kan belemmerend werken voor de mogelijkheden die het elektronisch verkeer biedt. Dit wetsvoorstel biedt partijen daarom voor een aantal onderwerpen een (ruimere) keuze tussen een papieren informatie-uitwisseling en een uitwisseling langs elektronische weg. De schriftelijkheidseis vervalt niet maar wordt ruimer ingevuld zodat ook elektronische documenten aan deze eis voldoen. De genoemde onderwerpen betreffen de onderhandse akte, de totstandkoming van overeenkomsten, algemene voorwaarden en de toestemming van echtgenoten. Welke wijze in een gegeven geval het beste is, laat het wetsvoorstel ter beoordeling van partijen. De vrijheid van partijen om te kiezen voor die wijze van informatie-uitwisseling waaraan zij de voorkeur geven, staat dan ook voorop. Om te waarborgen dat de informatie ook na verloop van tijd nog te raadplegen is, stelt de wet wel een aantal eisen aan het gebruik van het elektronisch verkeer.

Op de vragen en opmerkingen in het verslag ga ik hierna graag in.

Het huidige artikel 933, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur van het eerste lid afwijkende regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de verzending van mededelingen langs elektronische weg. In het voorstel wordt daaraan toegevoegd dat daarbij ook regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de verzending aan de verzekeraar langs elektronische weg van mededelingen waartoe de bepalingen van titel 7.17 of de overeenkomst aanleiding geven. De vaste commissie voor Justitie (hierna: de commissie) roept in herinnering dat de Eerste Kamer in 2007 een motie-Jurgens aannam waarin zij uitsprak dat zij voornemens is wetsvoorstellen met zogenaamde afwijkbepalingen niet langer te aanvaarden. De commissie

roept voorts in herinnering dat ik uw Kamer bij brief van 1 september 2008 heb laten weten zogenaamde pseudo-afwijkmogelijkheden te schrappen. De commissie vraagt of de regering ook ten aanzien van dit wetsvoorstel dergelijke plannen heeft.

In het onderhavige artikel 7:933, eerste lid, BW is sprake van een zogenaamde pseudo-afwijking. Er is niet bedoeld af te wijken van de wet, doch slechts om nadere regels te stellen. Bij gelegenheid zal ik de delegatiebepaling uit artikel 7:933, eerste lid, BW, herformuleren. In deze bepaling zal ik opnemen dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld ten aanzien van de verzending van mededelingen langs elektronische weg en dat daarbij ook regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de verzending aan de verzekeraar langs elektronische weg van mededelingen waartoe de bepalingen van titel 7.17 of de overeenkomst aanleiding geven.

De commissie merkt ten slotte op dat de algemene maatregel van bestuur die is gebaseerd op het huidige artikel 7:933, tweede lid, BW, slechts één artikel bevat. De commissie vraagt of het bezwaarlijk is deze materie op wetsniveau te regelen.

Denkbaar is om deze materie op wetsniveau te regelen, doch het nadeel daarvan is dat deze regelgeving niet spoedig kan worden aangepast aan nieuwe technologische ontwikkelingen en mogelijkheden. Ik geef er dan ook de voorkeur aan deze materie bij algemene maatregel van bestuur te regelen, waarbij overigens zij opgemerkt dat een voordracht voor een wijziging hiervan bij beide Kamers der Staten-Generaal wordt voorgehangen.

Algemeen

Uitzonderingen op de mogelijkheid van elektronisch verkeer

De leden van de CDA-fractie, gesteund door de leden van de fractie van de ChristenUnie, geven aan de zorg te hebben dat bij elektronische wisseling van informatie de neiging om zeer selectief te lezen (kijken) erg sterk is. De genoemde leden wijzen hierbij op de koopovereenkomst (van een woning) en de toestemming die een echtgenoot ex artikel 1:88 BW van de andere echtgenoot behoeft voor bepaalde rechtshandelingen. De leden van de CDA-fractie, gesteund door de leden van de fractie van de ChristenUnie, vragen de regering te overwegen voor deze twee onderdelen een uitzondering te maken op dit wetsvoorstel. Daarbij vragen zij de regering uiteen te zetten welke bezwaren er zouden bestaan tegen dergelijke uitzonderingen.

Het huidige artikel 6:227a BW bepaalt dat indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt, aan deze eis tevens is voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand is gebracht, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. In het huidige tweede lid van artikel 6:227a BW staan twee overeenkomsten genoemd die van deze mogelijkheid zijn uitgezonderd voor zover de aard van de overeenkomst of de rechtsbetrekking zich tegen elektronische totstandkoming verzet. Een van deze overeenkomsten betreft de overeenkomst tot koop van een woning. Voorts noemt het huidige derde lid twee overeenkomsten die zonder meer van de mogelijkheid van elektronische totstandkoming zijn uitgezonderd. In het voorliggende voorstel worden alleen overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent, uitgezonderd van de mogelijkheid van totstandkoming langs elektronische weg.

De mogelijkheid tot gebruik van het elektronisch verkeer verplicht partijen uiteraard niet tot gebruik daarvan. Het staat partijen vrij een overeenkomst schriftelijk, of, als de wet geen vormvoorschriften stelt, mondeling

tot stand te laten komen indien zij daaraan de voorkeur geven. Ten aanzien van de overeenkomst tot koop van een woning blijft de huidige geldende hoofdregel in stand, luidende dat dergelijke overeenkomsten ook langs elektronische weg tot stand kunnen komen. Slechts de tot rechtsonzekerheid leidende zin «voor zover de aard van de overeenkomst of de rechtsbetrekking zich tegen elektronische totstandkoming verzet» is geschrapt. Partijen kunnen echter niet worden gedwongen een overeenkomst tot koop van een woning langs elektronische weg te sluiten. Het wetsvoorstel biedt partijen alleen een keuzemogelijkheid tussen een schriftelijke en een elektronische mogelijkheid. Bij het sluiten van overeenkomsten is het in alle gevallen van belang dat partijen zich ervan gewissel waarmee zij instemmen. Om die reden bepaalt artikel 7:2, tweede lid, BW dat de koper van een woning drie dagen bedenktijd heeft. Die bedenktijd geldt zowel indien de overeenkomst schriftelijk als langs elektronische weg tot stand is gekomen. De veronderstelling van de leden van de CDA-fractie dat van een koopovereenkomst die in elektronische vorm is opgemaakt, zelfs indien hiervan een print wordt gemaakt, minder grondig kennis wordt genomen, deel ik niet. Te bedenken valt bovendien dat de huidige praktijk vaak is dat ook indien de koopovereenkomst schriftelijk tot stand komt, de concepten daarvan over en weer per emailbericht zijn verzonden.

Met betrekking tot de toestemming van de echtgenoot geldt naar huidige recht dat die toestemming in beginsel zowel mondeling als schriftelijk of elektronisch kan worden gegeven. Slechts indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm vereist, moet de toestemming schriftelijk worden verleend. Het voorstel maakt duidelijk dat in die gevallen dat een schriftelijkheidseis geldt, de toestemming ook langs elektronische weg kan worden verleend. Ook hier geldt dat de keuze aan partijen is. Indien een echtgenoot er de voorkeur aan geeft de toestemming op papier te zetten, is dat nog steeds mogelijk.

Elektronisch aanbod

De leden van de PvdA-fractie constateren dat artikel 6:221 BW wel een regeling geeft voor de geldigheidsduur van een mondeling of schriftelijk aanbod, maar niet van een elektronisch aanbod. Deze leden vragen of een elektronisch aanbod eenzelfde geldigheidsduur dient te hebben als een schriftelijk gedaan aanbod.

Onder een schriftelijk aanbod in de zin van deze bepaling kan tevens een elektronisch aanbod worden begrepen. In de toelichting op deze bepaling is immers opgemerkt dat onder een schriftelijk aanbod tevens een telegrafisch aanbod dient te worden begrepen. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 885. Elektronische en telegrafische communicatie kunnen in dit verband op één lijn worden gesteld. Daarover zij nog opgemerkt dat artikel 6:221 BW bepaalt dat een schriftelijk aanbod vervalt wanneer het niet binnen redelijke termijn wordt aanvaard en dat het van het geheel van de omstandigheden en bestaande gebruiken afhangt welke termijn als redelijk kan worden beschouwd. Zie eveneens Parl. Gesch. Boek 6, p. 885. Een dergelijke omstandigheid kan ook zijn dat een aanbod niet per post, maar langs elektronische weg wordt gedaan respectievelijk wordt aanvaard.

Elektronische ingebrekestelling

Artikel 6:82 BW bepaalt dat het verzuim van een schuldenaar intreedt wanneer hij in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. De leden van de PvdA-fractie merken op dat ingevolge artikel 6:265 BW de bevoegdheid tot ontbinding in bepaalde gevallen pas ontstaat wanneer de schuldenaar in verzuim is. Deze leden vragen of zij het juist zien dat een ingevolge artikel 6:227a BW

langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst wel ingevolge artikel 6:267 BW langs elektronische weg kan worden ontbonden, maar dat een eventueel noodzakelijke daaraan voorafgaande ingebrekestelling slechts schriftelijk kan plaatsvinden. Deze leden vragen of dit een los eindje is in het stelsel van contractenrecht.

De in artikel 6:82 BW voorkomende term «schriftelijk» dient ook hier niet zo beperkt te worden opgevat. Reeds bij de totstandkoming van deze bepaling is erop gewezen dat deze term ook omvat een telegram en een telexbericht. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 290. Mede gezien de ratio van deze bepaling kan daar ook een langs elektronische weg verzonden aanmaning onder begrepen worden. Daarbij doet niet ter zake of de overeenkomst al dan niet langs elektronische weg tot stand is gekomen.

Elektronische stuiting

In de memorie van antwoord heb ik opgemerkt dat als voorwaarden waaraan een stuiting van de verjaring langs elektronische weg moet voldoen, gedacht kan worden aan vergelijkbare voorwaarden als die zijn opgesomd in artikel 6:227a, eerste lid, BW. De leden van de CDA-fractie vragen of de wetgever twijfel op dit punt zou moeten wegnemen door een eenduidige regel vast te stellen.

De voorwaarden zoals opgesomd in artikel 6:227a, eerste lid, BW bieden de praktijk naar mijn inschatting voldoende houvast. Mij hebben geen signalen bereikt dat de praktijk behoefte heeft aan een nadere wettelijke regeling. Ik zie daarvoor dan ook geen aanleiding.

Deze leden merken voorts op dat ik heb aangegeven dat de contractvrijheid meebrengt dat aanbieders van verzekeringen verzekerden kunnen dwingen om in te stemmen met elektronisch contracteren. Zij achten dit maatschappelijk ongewenst.

Dit berust op een misverstand. Contractvrijheid brengt juist (ook) mee dat verzekerden die geen overeenkomst willen aangaan met een verzekeraar die uitsluitend langs elektronische weg verzekeringen aanbiedt, daar van kunnen afzien. Contractvrijheid houdt immers eveneens in dat het verzekeren vrij staat een overeenkomst te sluiten met wie men wil.

De leden van de CDA-fractie hebben bedenkingen bij kwalificatie van de tussenpersoon als doorgaans optredend voor de verzekeringnemer.

De praktijk is evenwel dat tussenpersonen doorgaans plegen te bemiddelen ten behoeve van verzekeringnemers. Zij bemiddelen dan bij het tot stand komen van verzekeringen in opdracht van de verzekeringnemer. Dat – zoals deze leden terecht opmerken – de tussenpersoon vaak door de verzekeraar wordt beloond, staat daar niet aan in de weg. Zie Asser-Clausing-Wansink, no. 48. Artikel 4:73 Wft verlangt in dat geval van een tussenpersoon dat hij meedeelt op welke wijze hij wordt beloond, zodat voor een verzekeringnemer duidelijk is of de tussenpersoon via betaling door provisie door de verzekeraar wordt beloond, dan wel door een aan de verzekeringnemer in rekening te brengen tarief. Over de opmerking van deze leden dat facturering door een tussenpersoon aan verzekeringnemers niet voorkomt, zij opgemerkt dat de grootste tussenpersoon in Nederland zich per 1 januari 2010 niet meer door provisie van verzekeraars laat belonen, maar door facturering aan een verzekeringnemer zelf. De leden van de PvdA-fractie wijzen op de artikelen 3:317 en 7:942, tweede lid, BW die voor een stuiting een schriftelijke aanmaning c.q. mededeling vereisen. Deze leden vragen of de onmogelijkheid van stuiting langs elektronische weg niet strijdig is met de bedoeling van het wetsvoorstel.

Zoals ik in de memorie van antwoord heb betoogd, behoeft het feit dat de wet voor een rechtshandeling de schriftelijke vorm voorschrijft, er niet aan in de weg te staan dat aan die eis langs elektronische weg kan worden voldaan. Zie Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 6. Zie ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 218, waarin erop wordt gewezen dat onder omstandig-

heden een elektronische verklaring met een geschrift kan worden gelijk gesteld. Als voorwaarden waaraan een stuiting langs elektronische weg moet voldoen om werking te hebben, kan gedacht worden aan vergelijkbare voorwaarden als die zijn opgesomd in artikel 6:227a, eerste lid, BW.

Elektronische aangetekende brief

Ingevolge artikel 7:942 BW dient een verzekeraar een aanspraak op uitkering bij aangetekende brief af te wijzen. De leden van de PvdA-fractie vragen hierop te reageren. Op dit moment is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig dat deze eis laat vervallen. Zie Kamerstukken II 2008/09, 32 038, nrs. 1–3.¹ Daarover zij opgemerkt dat er bij afwijzing ingevolge artikel 7:942 BW een zeer korte verjaringstermijn van zes maanden geldt. Wetsvoorstel 32 038 verlengt deze verjaringstermijn tot drie jaren. De eis van een aangetekende brief en de termijn van zes maanden na afwijzing hangen ten nauwste met elkaar samen. De verzekerde heeft er met zo'n korte termijn een wezenlijk belang bij dat hem onontkoombaar en op indringende wijze duidelijk wordt dat hem een korte termijn resteert en op welk tijdstip die termijn gaat lopen. Dat belang vervalt bij de voorgestelde aanzienlijk langere termijn. Ik acht de voorgestelde wijziging dan ook niet bezwaarlijk.

De leden van de PvdA-fractie vragen of het de bedoeling is de hiervoor gesignaleerde onevenwichtigheden in de wet te laten voortbestaan. Uit mijn antwoorden hierboven mag blijken dat ik meen dat de wet in deze niet onevenwichtig is. Met de term «schriftelijk» wordt niet telkens een geschrift in de zin van een papieren stuk bedoeld. De parlementaire geschiedenis ondersteunt een ruime uitleg van het begrip schriftelijk. Dat blijkt uit de toelichting waarin is opgemerkt dat onder de term schriftelijk ook een telexbericht of een telegram moet worden verstaan.

Verzekeringen en elektronische algemene voorwaarden

In de memorie van antwoord heb ik opgemerkt dat denkbaar is dat de algemene voorwaarden na inzending van het aanvraagformulier, maar voor de acceptatie per e-mail aan de verzekeringnemer ter beschikking worden gesteld. Naar aanleiding daarvan merken de leden van de CDA-fractie op dat onder die omstandigheden moeilijk kan worden volgehouden dat de verzekeringnemer bij of voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst in de gelegenheid is gesteld om van de inhoud van deze voorwaarden kennis te nemen. Dit impliceert volgens deze leden dat van de verzekeringnemer het initiatief wordt verlangd dat deze zijn aanbod intrekt.

Artikel 6:233 BW verlangt dat de gebruiker van algemene voorwaarden de wederpartij een redelijke mogelijkheid biedt om van die voorwaarden kennis te nemen. Het voorgestelde gewijzigde artikel 6:234 BW bepaalt dat een dergelijke redelijke mogelijkheid onder meer is geboden indien de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg ter beschikking zijn gesteld. In de door deze leden geschetste casus zijn de algemene voorwaarden derhalve tijdig aan de verzekeringnemer ter beschikking gesteld en is hem in de zin van artikel 6:233 BW een redelijke mogelijkheid geboden om van die voorwaarden kennis te nemen. De praktijk leert overigens dat van algemene voorwaarden zelden kennis wordt genomen ongeacht de vorm waarin zij worden aangeboden. De artikelen 6:231–234 BW houden met die realiteit rekening doordat hierin het accent vooral ligt op een inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden en niet op het stellen van strenge eisen aan de aanvaarding van deze voorwaarden door de wederpartij. Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581. Zie ook artikel 6:232 BW, dat bepaalt dat de wederpartij ook dan aan de algemene voorwaarden gebonden is als bij

¹ Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven.

het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud daarvan niet kende.

In de memorie van antwoord is opgemerkt dat als er ingevolge artikel 6:225, eerste lid, BW nog geen overeenkomst tot stand is gekomen en desondanks de premie krachtens een incassomachtiging automatisch wordt afgeschreven, de afschrijving ten onrechte is geschied, tenzij de verzekeringnemer alsnog aanvaardt. De leden van de CDA-fractie vragen of in zo'n geval stilzwijgend is aanvaard indien voor een tweede maal de premie automatisch wordt afgeschreven en daartegen niet is geprotesteerd.

Dat lijkt mij niet verdedigbaar. Het zich niet verweren tegen een onterechte afschrijving kan ingevolge artikel 3:37, eerste lid, BW bezwaarlijk worden aangemerkt als een gedraging waarin de verklaring besloten ligt dat degene bij wie zonder grond premies worden afgeschreven, de overeenkomst aanvaardt. Indien een betrokkene aldus niet heeft willen uitdrukken dat hij een aanbod aanvaardt, en er derhalve ook geen verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen, betekent dat vanzelfsprekend ook dat er geen dekking is.

De leden van de CDA-fractie stellen voorts dat de regering ervan uit gaat 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 genoemde leden vragen waarop deze aanname is gebaseerd.

Het voorgestelde artikel 6:234, tweede lid, BW bepaalt dat de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Het voorgestelde derde lid van artikel 6:234 BW bepaalt dat deze elektronische wijze van ter beschikking stellen de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij vereist indien de overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand komt. De eis van uitdrukkelijke instemming is opgenomen om te voorkomen dat een wederpartij die geen gebruik kan of wil maken van computers geen kennis kan nemen van de algemene voorwaarden omdat die langs elektronische weg ter beschikking zijn gesteld. Indien iemand echter een overeenkomst langs elektronische weg tot stand heeft willen laten komen, is niet aannemelijk dat hij geen gebruik kan of wil maken van computers. In die situatie mag daarom worden aangenomen dat hij ook de daarbij horende algemene voorwaarden langs elektronische weg kan en wil ontvangen. Er is dan geen reden om te verlangen dat daarvoor nog separaat instemming wordt gevraagd. Overigens is daarmee niet gezegd dat de gebruiker van algemene voorwaarden deze dan langs elektronische weg beschikbaar moet stellen. Het blijft derhalve mogelijk om, zoals deze leden ook opmerken, verschillende vormen van communicatie naast elkaar te gebruiken.

In de memorie van antwoord is gewezen op artikel 60, tweede lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (Stb. 2008, 283). Ingevolge deze bepaling kan bij een levensverzekering de verzekeraar 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 leden van de CDA-fractie vragen hoe deze bepaling van gedelegeerde wetgeving zich verhoudt met artikel 6:233 BW.

Indien de algemene voorwaarden worden verstrekt nadat de overeenkomst tot stand is gekomen, zijn deze ingevolge artikel 6:233, onder b, BW, vernietigbaar. Artikel 60 van genoemd besluit biedt daarnaast de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden. Een verzekeringnemer

heeft aldus de keuze om de overeenkomst in stand te laten en uitsluitend de algemene voorwaarden te vernietigen, dan wel de overeenkomst te ontbinden.

De leden van de CDA-fractie vragen of verzekeraars er niet verstandiger aan doen om voor acceptatie van een aanvraag om een verzekeringsovereenkomst aan te gaan een bevestiging te vragen van de aanvrager van de ontvangst van de algemene voorwaarden.

Indien een geschil ontstaat over de vraag of de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden kennis te nemen van de algemene voorwaarden berust de bewijslast bij de gebruiker. Hoe hij aan deze bewijslast voldoet, is aan de gebruiker. Een ontvangstbevestiging van de wederpartij kan de gebruiker daarbij zeker helpen. Aan andere bewijsmiddelen kan de rechter echter ook bewijskracht toekennen.

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