

# Ad rem

## Wetsvoorstel 31 358: een hamerstuk met losse eindjes

Mr. dr. T.H.M. van Wechem\*

Vrijdag 16 februari 2010 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel 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 (wetsvoorstel 31 358), als hamerstuk aangenomen. In het kort regelt het wetsvoorstel kwesties ter zake van het langs elektronische weg tot stand komen van verzekeringsovereenkomsten, de elektronische akte, het langs elektronische weg toestemming geven door de echtgenoot in het kader van artikel 1:88 Burgerlijk Wetboek (BW) en vragen die in het algemeen kunnen spelen bij 'schriftelijkheidseisen' en een uitbreiding in het kader van het elektronisch ter beschikking stellen van algemene voorwaarden. Voor een nadere beschouwing van het wetsvoorstel verwijs ik naar de eerdere bijdrage hierover van Eva Kraan-Beekman in dit tijdschrift (Contracteren 2009, p. 80 e.v.).

In zijn nadere memorie van antwoord van 5 februari 2010 probeert de minister nog een aantal onduidelikheden in het wetsvoorstel, die – mede – waren ontstaan naar aanleiding van vragen van de diverse leden van de Vaste Commissie voor Justitie van 30 september vorig jaar, weg te nemen.

De minister benadrukt dat de eis van schriftelijkheid die het Burgerlijk Wetboek op een aantal plaatsen stelt, belemmerend kan werken voor de mogelijkheden die het elektronische verkeer biedt. Het is dan ook de bedoeling om de schriftelijkheidseis op een aantal plaatsen ruimer in te vullen, zodat ook elektronische documenten aan die eis voldoen. Tijdens de behandeling vragen de leden van de Vaste Commissie voor Justitie zich af of er niet nog wat

losse eindjes zijn bij het wetsvoorstel. Zij wijzen erop dat het bepaald onduidelijk is dat de wet in artikel 6:267 BW aangeeft dat een langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst ook langs elektronische weg kan worden ontbonden, maar dat artikel 6:82 BW niet – evenzo als artikel 6:267 BW – bepaalt dat een elektronische verklaring voldoende is: met andere woorden, dat er dan ook elektronisch in gebreke gesteld kan worden. De minister geeft aan dat het in het kader van artikel 6:82 BW niet uitmaakt of je schriftelijk of langs elektronische weg in gebreke stelt: dus geen los eindje.

*So far so good* zou men denken, maar is daar nu ook mee gezegd dat de schriftelijk tot stand gekomen overeenkomst nu langs elektronische weg kan worden ontbonden? De ontbinding dient immers krachtens de wet schriftelijk te geschieden. De wetgever heeft aangegeven dat de langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst *ook* langs elektronische weg kan worden ontbonden: de wet is daartoe aangepast bij de implementatie van de richtlijn E-commerce. Maar is daar nu ook mee gezegd dat de schriftelijk of mondeling gesloten overeenkomst door middel van een langs elektronische weg uitgebrachte verklaring kan worden ontbonden? Wat mij betreft toch nog een los eindje, omdat dat nog steeds niet zeker is. Sterker nog: als dat zou kunnen, dan had artikel 6:267 BW in het geheel niet hoeven worden aangepast!

Met de regeling over ingebrekestelling is zeker te leven, maar het wordt ingewikkeld op de plaatsen waar er geen automatische gelijkstelling plaatsvindt tussen de eisen van de elektronisch uitgebrachte verklaring en de schriftelijke. Een stuitingshandeling bijvoorbeeld, dient volgens de tekst van artikel 3:317 lid 1 BW schriftelijk te geschieden. Hierbij is volgens de minister echter geen automatische gelijkstelling met de elektronische mededeling mogelijk: dat hangt af van de omstandigheden. De stuitingshandeling kan onder omstandigheden elektronisch, maar dan

\* Mr. dr. T.H.M. van Wechem is verbonden aan Baker & McKenzie, advocaten, notarissen en belastingadviseurs.

moet er wel goed gekeken worden naar de eisen die artikel 6:227 onder a lid 1 BW stelt. Maar hoe goed er naar dat artikel moet worden gekeken, daar laat de minister zich niet over uit. Artikel 6:227 onder a BW biedt een aantal eisen (in het kort: raadpleegbaarheid, authenticiteit, duidelijkheid omtrent moment van totstandkoming overeenkomst en de identiteit van partijen) waaraan een langs elektronische weg uitgebrachte verklaring dient te voldoen, voordat deze mag worden gelijkgesteld aan een schriftelijke verklaring. De eisen authenticiteit en identiteit zijn zo zwaar dat daar de meeste elektronische verklaringen op 'stuk' zullen lopen. Veelal komt men dan in de ingewikkelde materie van elektronische handtekeningen terecht, waar lang niet iedereen zich van bedient. Onduidelijk is hoe zwaar deze eisen zullen meewegen waar de minister spreekt over 'kan gedacht worden aan de voorwaarden van artikel 6:227 onder a BW' (MvT, p. 6).

Het vorenstaande brengt mee dat in sommige gevallen waar de wet een schriftelijke verklaring voorschrijft de gelijkstelling met de elektronische verklaring wel aanwezig is, maar in andere gevallen daar niet voorshands van mag worden uitgegaan: niet echt handig voor de praktijk dus, die zich in het merendeel van de gevallen dan maar beter van de schriftelijk uitgebrachte verklaringen kan blijven bedienen om niet in het onduidelijke debat terecht te komen wanneer bijvoorbeeld een e-mail wel of wanneer deze niet voldoende is.

Maar dat is nog niet alles.

4 De minister zegt zonder reserve dat de overeenkomst tot koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak langs elektronische weg tot stand kan komen. Artikel 6:227 a wordt mede op dat punt nog wat aangepast. De minister wijst telkens op de bescherming die de koper aan artikel 7:2 lid 2 BW kan ontnemen: de wachttijd van drie dagen. Wat nu bevreedt, is dat bij de parlementaire behandeling van artikel 7:2 BW expliciet is opgemerkt dat een briefuitwisseling waarbij een aanbod en aanvaarding konden worden onderscheiden, niet voldoende is in het kader van het vereiste van schriftelijk (en 'akte'), dat artikel 7:2 BW – naar mijn mening constitutief – stelt. De minister geeft aan zowel voor de schriftelijke als de elektronische overeenkomst tot koop van een woning geldt, dat deze moet worden ondertekend door de koper. Een enkele klik op een website is dus niet voldoende om een overeenkomst tot koop van een woning te sluiten, aldus de minister.

Ik kan mij thans geen voorstelling maken hoe dit digitaal nu in zijn werk zal moeten gaan en meer in het bijzonder op welk moment in de digitale omgeving de koopovereenkomst met betrekking tot een tot bewoning bestemde onroerend zaak *tot stand komt*.

Het had in de lijn gelegen om juist aan dat punt wat aandacht te besteden, omdat de aanwezigheid (of eerder de afwezigheid) van de *door beide partijen* ondertekende schriftelijke overeenkomst (akte) inzet is van een groot aantal procedures.

Onduidelijkheid of wellicht een tweede los eindje?

Maar ik ga verder: de algemene voorwaardenregeling krijgt in artikel 6:234 lid 3 BW een nieuwe dimensie. In een papieren omgeving kan in het kader van de eventuele terhandstellingsverplichting die op de gebruiker van de algemene voorwaarden kan rusten, voldaan worden door de algemene voorwaarden (digitaal) ter beschikking te stellen, mits de wederpartij daarmee uitdrukkelijk instemt. Uit eerdere parlementaire uitlatingen van de minister (ter zake van de digitale akte) kan worden afgeleid dat de wederpartij daartoe een aparte rechtshandeling gericht op het uitdrukkelijk aanvaarden van die mogelijkheid moet verrichten, bijvoorbeeld het aanvinken van een hokje. Het zou mij verbazen als dit systeem in de praktijk werkbaar is te krijgen. Stel het geval dat een leverancier op zijn schriftelijke offerte de volgende bepaling opneemt, in het vet afgedrukt en boven de handtekening: 'Op al mijn leveranties zijn onze algemene voorwaarden van toepassing. Deze voorwaarden zijn u reeds per e-mail toegestuurd. Met deze wijze van ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden bent u uitdrukkelijk akkoord.' Vervolgens verstrekt de opdrachtgever uitdrukkelijk telefonisch de opdracht of hij stuurt een briefje met de tekst 'ik ga akkoord met uw offerte'. Is dit dan nu een geval van uitdrukkelijke instemming van de wederpartij? Let wel: de bewijslast dat de algemene voorwaarden per e-mail zijn verstrekt, rust op de gebruiker van de algemene voorwaarden!

Wanneer de bedoeling is om een handreiking te geven aan de praktijk, dan lijkt dit in orde, maar wanneer men deze vraag 'technisch aanvliegt', dan weer niet. Kortom, het probleem waar de praktijk tegenaan loopt met de terhandstellingsnorm wordt niet opgelost, maar de variabelen worden gewijzigd, zodat de discussie wordt verplaatst. De vraag in procedures zal zich richten op de feitelijke vaststelling of de wederpartij uitdrukkelijk heeft ingestemd met de alternatieve wijze van ter beschikking stellen. Schiet niet echt op zo, lijkt me.

Ik rond dit Ad rem af met een verzuchting. De wetgever heeft een voor de praktijk zeer actueel thema ter hand genomen om hierover nieuwe regels te geven en/of om verduidelijkingen aan te brengen. In dit Ad rem heb ik slechts een aantal punten even uitgelicht. Het is jammer dat op al de door mij gesignaleerde punten nieuwe vragen zijn ontstaan. Wat mij betreft had de Eerste Kamer er beter aan gedaan om dit wetsvoorstel niet als hamerslag goed te keuren en er nog even de nodige aandacht aan te besteden. Er zijn – in weerwil van de opmerking van de minister – wel degelijk nog (te veel) losse eindjes. ■