

# Gelijkstelling elektronisch met schriftelijk laat na 15 jaar nog steeds te wensen over

Computerrecht 2017/1

Editorial

Digitalisering is niet meer weg te denken uit onze samenleving. Steeds meer rechtshandelingen worden elektronisch verricht. Gelukkig bepaalt de wet dat een overeenkomst waarvoor een schriftelijkheidseis geldt, ook elektronisch kan worden gesloten (art. 6:227a BW).<sup>1</sup> De reikwijdte van die regel is echter beperkt. Zij heeft immers alleen betrekking op overeenkomsten (en dus bij voorbeeld niet op eenzijdige rechtshandelingen) en zij geldt alleen als de wet bepaalt dat een overeenkomst schriftelijk gesloten moet worden. Dat werd al in de memorie van antwoord van 31 januari 2002 onderkend en (mede) daarom werd het volgende ambitieuze voornemen geuit:

“Voor een werkelijke gelijkstelling in het vermogensrecht zou het ... nodig zijn de materie op een algemener niveau, in het bijzonder dat van de rechtshandeling, te regelen en daarbij tevens andere mogelijk belemmerende (vorm)vereisten dan de eis van schriftelijkheid in de beschouwing te betrekken. Aangezien het de bedoeling is de privaatrechtelijke wetgeving zoveel als – mede in het licht van technologische ontwikkelingen bezien – mogelijk is geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer, bestaat het voornemen de wenselijkheid en mogelijkheid van een dergelijke algemene regeling voor het vermogensrecht op korte termijn te bezien.”<sup>2</sup>

We zijn inmiddels 15 jaar verder en dus is het een goed moment om te beoordelen wat er van dat voornemen terecht is gekomen.

In 2010 hebben we algemene regels erbij gekregen waarmee een elektronische onderhandse akte met een schriftelijke kan worden gelijkgesteld.<sup>3</sup> Dat kan op grond van art. 156 Rv als voldaan is aan de eisen gesteld in art. 156a Rv en art. 3:15a BW<sup>4</sup> en het elektronisch bestand bestemd is om tot bewijs te dienen. Zo'n gelijkstelling van een elektronische met een schriftelijke onderhandse akte is nuttig omdat daarmee aan het elektronische bestand dwingende bewijskracht toekomt (art. 157 lid 2 jo. art. 151 Rv) en bij voorbeeld auteursrechten op software kunnen worden geleverd (art. 2 lid 3 Aw).

Helaas zijn we er daarmee nog niet. Veel specifieke bepalingen in de boeken 3 en 6 van ons Burgerlijk Wetboek schrijven immers nog steeds voor dat eenzijdige rechtshandelingen schriftelijk moeten geschieden. Art. 6:227a BW, art. 156a Rv en art. 3:15a BW zijn daar strikt genomen niet op van toepassing. Zo kunnen elektronisch gesloten overeenkomsten elektronisch worden ontbonden (art. 6:267 BW), maar als daar een ingebrekestelling aan vooraf moet gaan, dan moet die volgens de letter van de wet nog steeds schriftelijk zijn (art. 6:82 BW). En ook de aanmaning of mededeling waarmee de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit, moet volgens de letter van de wet op schrift zijn gesteld (art. 3:317 BW).

1 Ter implementatie van art. 9 lid 1 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

2 *Kamerstukken II 2001/02*, 28197, 3 (MvA), p. 6.

3 Als gevolg van de 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, *Staatsblad 2010*, nr. 222.

4 Vergelijk ook het ontwerp art. 3:15a BW in de uitvoeringswet Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG (eIDAS verordening), *Kamerstukken II 2015/16*, 34412, 2 (voorstel van wet), p. 11.

Gelukkig hebben we de Eerste Kamer nog. Voordat de mogelijkheid van een elektronische onderhandse akte door de wet elektronisch rechtsverkeer mogelijk werd gemaakt, schoten de leden van de VVD-fractie ons te hulp, bij de implementatie van richtlijn elektronische handtekeningen,<sup>5</sup> door de Minister van Justitie te vragen “of artikel 3:15a BW in samenhang met artikel 6:227a BW van wetsvoorstel 28 197 tot gevolg heeft dat een elektronisch bestand dat voldoet aan de eisen van artikel 6:227a BW en is ondertekend met een elektronische handtekening waarvan de authenticatiemethode voldoende betrouwbaar is conform artikel 3:15a BW wat betreft het wettelijk vormvereiste gelijk kan worden gesteld aan een akte”.<sup>6</sup> De minister antwoordde dat dat inderdaad in de rede lag.

Ook bij de parlementaire behandeling van de wet elektronisch rechtsverkeer hielp de Eerste Kamer een handje. Deze keer waren het de leden van de PvdA-fractie. Zij vroegen zich af of het hiervoor omschreven geval (van een schriftelijke ingebrekestelling die in de regel nodig is om een elektronisch gesloten overeenkomst elektronisch te kunnen ontbinden) een “los eindje is in het stelsel van contractenrecht” is. Hierop antwoordde de minister: “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”.<sup>7</sup>

En met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste bij stuiting constateerden de leden van de CDA-fractie tijdens voornoemde parlementaire behandeling dat het wetsvoorstel geen mogelijkheid bood om een verjaring elektronisch te stuiten en vroegen de regering naar haar opvatting hierover. De Minister van Justitie antwoordde:

“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, 28197, 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”.<sup>8</sup>

De leden van de CDA-fractie lieten het er niet bij zitten en vroegen vervolgens of de wetgever twijfel op dit punt zou moeten wegnemen door een eenduidige regel vast te stellen. Daarop antwoordde de minister, wat mij betreft enigszins verrassend, dat hem geen signalen hadden bereikt dat de praktijk behoefte heeft aan een nadere wettelijke regeling en dat hij daarvoor dan ook geen aanleiding zag.

Als we de balans opmaken, laat de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk na 15 jaar nog steeds te wensen over. Gelukkig zijn er inmiddels twee algemene wettelijke regelingen: één op het niveau van overeenkomsten waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt en één voor de gelijkstelling van elektronische met schriftelijke onderhandse aktes. Een algemene gelijkstelling op het niveau van rechtshandelingen is er echter niet gekomen. Zelfs de wettelijke regelingen inzake de voor de rechtspraktijk belangrijke ingebrekestelling en stuiting bepalen nog steeds dat ze schriftelijk moeten geschieden. Er moet aardig worden gezocht in de parlementaire stukken om de daarvoor volgens de minister geldende gelijkstellingscriteria te vinden. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is dat teleurstellend.

5 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, per 1 juli 2016 ingetrokken en vervangen door de eIDAS verordening.

6 *Kamerstukken I 2002/03, 27743, 35 (MvA)*, p. 10.

7 *Kamerstukken I 2009/10, 31358, E (nadere MvA)*, p. 4.

8 *Kamerstukken I 2009/10, 31358, C (MvA)*, p. 6.