

Tekent u op de digitale stippelijlijn

Online contracteren in het schemergebied van voldoende betrouwbare elektronische handtekeningen

mr. K. Konings¹

1. Inleiding

De maatregelen tegen COVID-19 hebben voor een beweging van *offline* naar *online* gezorgd. Via het internet wordt nu meer thuis gewerkt, wordt meer onderwijs verzorgd en worden meer zaken gedaan. Ook voor eSignature, oftewel elektronisch ondertekenen, blijkt het coronavirus een katalysator te zijn.² Bij contractsonderhandelingen worden digitale documenten, de conceptovereenkomsten, vaak heen en weer ge-e-mailed. Als partijen er vervolgens uit zijn, dan worden de documenten veelal in tweevoud – voor iedere partij één exemplaar – ondertekend. Deze ondertekening kan op vele manieren – digitaal of op papier – en leidt in de praktijk geregeld tot vragen rondom de geldigheid en de bewijskracht van de elektronisch ondertekende overeenkomst. Dit artikel geeft een overzicht van enkele varianten van ondertekenen met elektronische handtekeningen. De rechtsgeldigheid daarvan in het civiele recht is immers vaak een voorvereiste voor de geldige vorm en dwingende bewijskracht van elektronisch ondertekende overeenkomsten, in het bijzonder wanneer deze in de vorm van een onderhandse akte moeten zijn opgemaakt.

2. De functies van handtekeningen

Het plaatsen van een handtekening, traditioneel handgeschreven op papier, kan meerdere functies

vervullen. Het kan bijvoorbeeld louter een ceremoniële functie vervullen, een schilderij of ander kunstwerk van een herkomstkenmerk voorzien of een verzamelobject in waarde vermeerderen als de betreffende maker er een krabbel op zet. Juridisch gezien had en heeft de handtekening kort gezegd steeds de functie van een authenticatiemiddel van een op schrift vastgelegde verklaring.³ Meer volledig zijn de volgende functies te onderscheiden: die van *identificatie* (wie de ondertekenaar is), die van *authenticiteit* (de integriteit van de verklaring te waarborgen),⁴ die van *wilsuivering* (de kennisgeving van de ondertekenaar gebonden te willen zijn aan de verklaring), die van *bevoegdheid* (de impliciete uiting van de ondertekenaar bevoegd te zijn de rechtshandeling te doen), die van *ontvangstbevestiging* (de impliciete uiting van de ondertekenaar de verklaring te hebben ontvangen), die van *originaliteit* (de ‘natte’ handtekening maakt het exemplaar origineel), en *waarborg tegen overhaasting* (voor de ondertekenaar wordt extra benadrukt dat deze juridisch gebonden zal zijn).⁵

1. Koen Konings is advocaat bij NORD Advocaten en redactiesecretaris van dit tijdschrift.
2. Zie bijvoorbeeld <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/2020/09/03/eSignature+service+used+to+sign+World+Bank+agreement> (laatst geraadpleegd op 7-9-2020).

3. Meer uitleg over het anglicisme ‘authenticatie’ zie R.J. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht* (diss. Nijmegen KUN), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 121.
4. Een voorbeeld uit de rechtsspraak waar dit aspect in de praktijk misliep: HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:641, NJ 2019/188 (Egelinck).
5. Over de functies onder meer S. Huydecoper en R.J. van Esch, ‘Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?’, *ITeR-rapport 7*, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom BedrijfsInformatie 1997, p. 134-140, R.J. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht* (diss. Nijmegen), Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 121-130, M.B. Voulon, *Automatisch contracteren* (diss. Leiden 2010), p. 241-286 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Vermogensrecht*, art. 3:15a

Toegesplitst op het civiele recht gaat het bij de handtekening voornamelijk om de vraag of de betreffende rechtshandeling rechtsgeldig is en wat de bewijskracht is van de verklaring waaruit de beoogde rechtshandeling blijkt. Vertaald naar de praktijk van online contracteren zijn de vragen hetzelfde wanneer het gaat om de elektronische handtekening.

3. Rechtsgeldigheid van elektronisch gesloten overeenkomsten

De vraag naar de rechtsgeldigheid van overeenkomsten hangt sterk samen met de vormvrijheid waarin de meeste rechtshandelingen kunnen plaatsvinden (art. 3:37 lid 1 BW).⁶ Ons recht kent maar weinig vormvoorschriften, als gevolg waarvan vele rechtshandelingen niet alleen schriftelijk, maar ook mondeling of elektronisch kunnen plaatsvinden. Er zijn echter ook gevallen waarin de wet eist dat rechtshandelingen schriftelijk moeten worden verricht, zoals het versturen van een ingebrekestelling (art. 6:82 lid 1 BW).

Deze bijdrage richt zich uitsluitend op het online sluiten van overeenkomsten, zodat niet nader zal worden ingegaan op de mogelijke schriftelijkheidsvereisten van *eenzijdige* rechtshandelingen.⁷ En hoewel de meeste overeenkomsten vormvrij gesloten kunnen worden,⁸ is er ook een aantal gevallen waarin de wet vereist dat een overeenkomst schriftelijk tot stand komt, zoals de koop van een woning (art. 7:2 lid 1 BW), een arbeidsrechtelijk proeftijdbeding (art. 7:652 lid 2 BW) of een deeltijdgebruiks-overeenkomst (art. 7:50c lid 1 BW). De algemene bepaling van art. 6:227a BW voorziet bij die gevallen in algemene zin in een kader waarin gelijkstelling van online overeenkomsten met schriftelijke overeenkomsten mogelijk is.⁹ De hoofdregel van het eerste lid stelt namelijk een langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst gelijk met een schriftelijke overeenkomst wanneer deze:

- a. raadpleegbaar door partijen is;
- b. de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is;

BW, aant. 4.1.

6. Omwille van de omvang van deze bijdrage zal niet nader worden ingegaan op de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 jo. 3:35 BW).
7. Zie hiervoor bijvoorbeeld T.J. de Graaf, 'De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht', *MvV* 2018/7-8, p. 243-244.
8. De term 'vormvrij' betekent uiteraard nog steeds dat er sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding van dat aanbod voor totstandkoming van een overeenkomst conform art. 6:217 BW.
9. Dit wetsartikel werd ingevoerd naar aanleiding van art. 9 lid 1 van 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 (Richtlijn elektronische handel).

- c. het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld; en
- d. de identiteit van de partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.

Het vervelende van de voorgaande criteria is de rechtsonzekerheid die het woord 'voldoende' op drie plaatsen veroorzaakt. Hierdoor is het soms lastig is om met zekerheid te voorspellen of aan de eisen wordt voldaan in bepaalde gevallen van online contracteren.¹⁰

Soms moet de rechtshandeling, behalve schriftelijk, ook met een akte plaatsvinden, bijvoorbeeld bij de levering van rechten door cessie (art. 3:94 lid 1 BW) of bij overdracht van auteursrechten (art. 2 lid 3 Aw). Een akte is op haar beurt weer een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen (art. 156 lid 1 Rv). Het gevolg van het niet naleven van dergelijke wettelijke vormvoorschriften is nietigheid van de rechtshandeling, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 3:39 BW).

Het is dus van belang om – na de algemene eisen aan elektronische overeenkomsten – uitgebreid stil te staan bij de aan rechtsgeldigheid van elektronische handtekeningen gestelde eisen, mede in relatie tot elektronische akten. In paragrafen 5 en 6 van deze bijdrage worden de ondertekeningvereisten van akten tegen het licht gehouden van de specifieke regelgeving voor elektronische handtekeningen.

4. Bewijskracht van elektronisch gesloten overeenkomsten

Nadat de geldigheid van een elektronisch gesloten overeenkomst is vastgesteld, rijst de vraag hoe groot de bewijskracht daarvan is.¹¹ Die vraag is relevant, omdat de wet een onderscheid maakt tussen de bewijskracht van een schriftelijke en elektronische overeenkomst.

Ondertekening van een schriftelijke overeenkomst maakt van een overeenkomst een akte, oftewel een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen (art. 156 lid 1 Rv). In de praktijk zullen dit *onderhandse* akten zijn, wanneer partijen zich niet tot een notaris wenden voor het maken van *authentieke* akten (art. 156 lid 2 en 3 Rv). Een ondertekende overeenkomst levert tussen partijen daarmee dwingend bewijs op van de waarheid van de verklaringen in de overeenkomst, behoudens tegenbewijs (art. 157 lid 2 BW). De rechter is in beginsel verplicht

10. Dit wordt ook gesignaleerd door T.J. de Graaf, 'De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht', *MvV* 2018/7-8, p. 245.

11. Deze bijdrage gaat voorbij aan mogelijke interpretatieverschillen van teksten, nadat de feitelijke tekst van een document is komen vast te staan. Uiteraard dienen overeenkomsten te worden uitgelegd conform de Havitexformule, zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 en voor niet-schriftelijke overeenkomsten zie HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319, *NJ* 2009/397.

de inhoud daarvan voor waar aan te nemen (art. 151 lid 1 Rv). Het is dus relevant om te bezien in hoeverre de praktijk van papieren overeenkomsten zonder verlies aan bewijskracht vertaald kan worden naar online contracteren.¹²

De wet staat onder voorwaarden het opstellen van onderhandse akten toe op andere wijzen dan enkel bij geschrift, waaronder dus mede in de elektronische vorm (art. 156a Rv). Het moet de partijen bij de akte wel in staat stellen om de inhoud van de akte op te slaan op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een passende periode en die ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt (art. 156a lid 1 Rv). Er kan dan worden geprofiteerd van de dwingende bewijskracht. Indien niet aan de voorwaarden wordt voldaan, dan geldt dat de bewijskracht aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten (art. 152 lid 2 Rv).

Om te kunnen profiteren van de dwingende bewijskracht van een elektronische akte, moet ook de elektronische ondertekening daarvan geldig geschieden. Dit staat centraal in de volgende twee paragrafen.

5. Europese regelgeving over elektronische handtekeningen

De eIDAS-verordening regelt de gelijkstelling van een elektronische handtekening met een schriftelijke handtekening.¹³ Deze regeling verving het voorgaande regelgevende kader van de Richtlijn elektronische handtekeningen.¹⁴ Het komt erop neer dat er drie typen elektronische handtekeningen zijn, verdeeld over twee categorieën: enerzijds de *gewone* elektronische handtekeningen en anderzijds de *geavanceerde* elektronische handtekeningen. Een species van de *geavanceerde* elektronische handtekening is de zogeheten *gekwalficeerde* elektronische handtekening. De drie verschillende typen van elektronische handtekeningen op een rijtje zijn:

1. *gewone* elektronische handtekening: gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of

logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen (art. 3 sub 10 eIDAS-verordening);

2. *geavanceerde* elektronische handtekening: een elektronische handtekening die:
 - a. op unieke wijze aan de ondertekenaar is verbonden;
 - b. het mogelijk maakte de ondertekenaar te identificeren;
 - c. tot stand komt met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken; en
 - d. op zodanige wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden is, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord (art. 3 sub 11 jo. 26 eIDAS-verordening);
3. *gekwalficeerde* elektronische handtekening: een geavanceerde elektronische handtekening die is aangemaakt met een gekwalficeerd middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en die gebaseerd is op een gekwalficeerd certificaat voor elektronische handtekeningen (art. 3 sub 12 jo. 3 sub 15 jo. 23 jo. 28 t/m 30 eIDAS-verordening).

Ten aanzien van de *gekwalficeerde* elektronische handtekening bepaalt de eIDAS-verordening dat deze hetzelfde rechtsgevolg heeft als een handgeschreven handtekening. Aan de basis van dit type handtekening liggen de principes ten grondslag van de zogeheten *digitale handtekening*, waarvan de algemeen klinkende naam allicht enige verwarring kan wekken.¹⁵ Hier wordt echter de veilige methode mee bedoeld waarbij de tekst van de overeenkomst door de ondertekenaar eerst verkleind wordt tot een zogenaamde 'hashwaarde' (een unieke code) en vervolgens met de geheime *privésleutel* van de ondertekenaar (een bestandje met een set van unieke tekens, uitsluitend voor gebruik door de ondertekenaar zelf) en met een bepaald algoritme wordt versleuteld tot *digitale handtekening*. De ontvanger kan controleren of de hashwaarde van het document, zoals hij deze zelf narekent, identiek is aan de hashwaarde die volgt uit het ontcijferen van de *digitale handtekening* met behulp van de *publieke sleutel* (een bestandje met een set van unieke tekens die door de ondertekenaar publiekelijk wordt gedeeld). Als de hashwaardes matchen, dan weet de ontvanger a) dat het document is ondertekend met de geheime *privésleutel* van de ondertekenaar (de identiteit is vastgesteld) en b) dat er niets gewijzigd is aan de tekst van de overeenkomst (de integriteit is vastgesteld). Dit zal in de praktijk geautomatiseerd verlopen met behulp van software. De publieke sleutel wordt op zijn beurt in de vorm van een elektronisch certificaat uitgereikt door

12. Overigens kan een stellige ontkenning van de echtheid van de ondertekening leiden tot een bewijsprobleem voor wie zich beroept op de (dwingende) bewijskracht van de betreffende akte (art. 159 lid 2 Rv).

13. Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronisch transacties in de interne markt en tot intrekking van richtlijn 1999/93/EG (*PbEU* 2014, L 257) en zie voor een kritische beschouwing van deze regels J. Dumortier in A.R. Lodder & A. Murray, *EU regulation of e-commerce*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.

14. Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (*PbEG* 2000, L 013) en zie voor een nadere beschouwing van deze regels A.R. Lodder, J. Dumortier & S.H. Bol, *Het recht rond elektronische handtekeningen*, Deventer: Kluwer 2005.

15. R.E. van Esch, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 3 art. 15a (Vertrouwenrecht)', Den Haag: Sdu 2018, onder C.1 en C.2.

een gecertificeerde Trusted Third Party (afgekort 'TTP', ook wel 'gekwalficeerde vertrouwensdienst' in termen van art. 3 sub 16 jo. sub 17 eIDAS-verordening). De TTP kan met een certificaat de link garanderen tussen de gebruikte handtekening en de ondertekenaar, omdat deze de ondertekenaar op betrouwbare wijze (in principe op basis van fysieke aanwezigheid) heeft geïdentificeerd (art. 24 lid 1 eIDAS-verordening). Met het certificaat kan de ontvanger ook achterhalen of die garantie nog geldig is of inmiddels als 'vervallen' of 'ingetrokken' op de *certificate revocation list* (CRL) staat vermeld. Dit systeem met certificaten wordt ook wel *public key infrastructure* (PKI) genoemd.¹⁶

Voor wat betreft de *gewone* en *geavanceerde* elektronische handtekeningen bepaalt de eIDAS-verordening louter dat het rechtsgevolg en de toelaatbaarheid als bewijsmiddel niet mogen worden ontkend, maar worden de verdere rechtsgevolgen overgelaten aan het plaatselijke recht (art. 25 lid 1 eIDAS-verordening).¹⁷ Als voorbeeld van de *gewone* elektronische handtekening kan men denken aan de scan van een handtekening, die in paragraaf 7 wordt behandeld. Een voorbeeld van de *geavanceerde* elektronische handtekening, die niet tevens een *gekwalficeerde* is, is de Digital Signing Service van GlobalSign.¹⁸ De wetgeving kan per lidstaat verschillen, waardoor dit een aandachtspunt blijft bij grensoverschrijdende online overeenkomsten. Anders gezegd kan een *geavanceerde* elektronische handtekening weliswaar als juridisch bewijs dienen, maar ligt de bewijslast van de geldigheid daarvan bij de ondertekenaars.

6. Nederlandse regelgeving over elektronische handtekeningen

De Nederlandse wetgeving voorziet via art. 3:15a BW in de bepaling van de rechtsgevolgen en daarmee ook de mogelijkheid om elektronische aktes te ondertekenen met elektronische handtekeningen.¹⁹ De reikwijdte van het artikel strekt zich in beginsel ook uit tot buiten het vermogensrecht (art. 3:15c BW). Art. 3:15a BW is wellicht wat lastig te lezen, maar stelt dat a) een *gewone* elektronische

handtekening en b) een *geavanceerde* elektronische handtekening, net als de *gekwalficeerde* elektronische handtekening, eveneens dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening hebben. Echter, dat gaat alleen op als voor beide elektronische handtekeningen een methode is gebruikt die voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en op alle omstandigheden van het geval. Ook hier introduceren de woorden 'voldoende betrouwbaar', gevolgd door 'gelet op het doel' en 'alle overige omstandigheden van het geval', een open norm met bijbehorende rechtsonzekerheid. Van tevoren is het dus moeilijk om zeker te zijn over de geldigheid en daarmee de rechtsgevolgen van de elektronische ondertekening. De rechter zal in voorkomende gevallen moeten bepalen – op basis van de gebruikte techniek en de omstandigheden van het geval – of de gebruikte methode voor authenticatie voldoende betrouwbaar is.

De onzekerheid is anno 2020 nog steeds volop aanwezig, aangezien er nauwelijks tot geen rechtspraak over de geldigheid en bewijskracht van elektronische handtekeningen in de praktijk voorhanden is.²⁰ Of een elektronische handtekening voldoende betrouwbaar is om daaraan juridische gevolgen te verbinden blijft dus steeds de vraag. Deze vraag laat zich niet in algemeenheid beantwoorden, maar er moet steeds worden gekeken naar de omstandigheden van het betreffende geval.²¹

Het is overigens mogelijk dat partijen afspraken maken over de rechtsgevolgen die aan hun gebruik van elektronische handtekeningen worden toegekend, mits dit ter vrije bepaling van partijen staat en naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is (art. 153 Rv).²² Hiermee zou enige rechtsonzekerheid over de rechtsgevolgen van door partijen te hanteren elektronische handtekeningen contractueel kunnen worden weggenomen.

Afhankelijk van het belang van de transactie kunnen contractspartijen verschillende maatregelen nemen om de mogelijke betwisting van de authenticiteit van de geplaatste elektronische handtekening te pareren. De wijze waarop de identiteit van de ondertekenaars wordt vastgesteld – in persoon, via een kopie van een identificatiebewijs of enkel met een telefoonnummer of e-mailadres – is dus relevant, omdat koppeling tussen handtekening en ondertekenaar gemaakt moet kunnen worden als men *geavanceerde* elektronische handtekeningen beoogt te gebruiken. Hoe groter het belang van de

16. Op toegankelijke wijze wordt dit in een filmpje uitgelegd op: <https://www.youtube.com/watch?v=sts-Wa9A3sOM>. Zie verder nog https://nl.wikipedia.org/wiki/Asymmetrische_cryptografie, https://nl.wikipedia.org/wiki/Certificate_revocation_list en https://nl.wikipedia.org/wiki/Public_key_infrastructure (laatst geraadpleegd op 8-9-2020).

17. Zo ook S.A.K. d'Azevedo, 'Elektronische handtekeningen in de praktijk', *Bb* 2020/14, p. 82.

18. Zie <https://www.globalsign.com/en/blog/difference-between-eidas-advanced-and-qualified-electronic-signatures> (laatst geraadpleegd op 13-9-2020).

19. Dit artikel is door invoering van de eIDAS-verordening grondig aangepast. Daarvoor behelsde dit artikel een uitgebreide regeling gebaseerd op Richtlijn elektronische handtekeningen (zie voetnoot 14). Deze richtlijn is ingetrokken door de eIDAS-verordening.

20. Zie voor een beknopt overzicht van de jurisprudentie R.E. van Esch, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 3 art. 15a (Vermogensrecht)', Den Haag: Sdu 2018, onder D.

21. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Vermogensrecht*, art. 3:15a BW, aant. 7.2.

22. Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 413, nr. 3, p. 63 (MvT). Partijen doen er allicht verstandig aan om dergelijke afspraken offline via de papieren weg overeen te komen.

transactie is, des te verder zou men moeten gaan met de wijze van identificeren.

Wanneer partijen met zekerheid eenzelfde rechtsgeldigheid als die van een handgeschreven handtekening nastreven, dan dienen zij een *gekwalificeerde* elektronische handtekening te gebruiken. Partijen zijn dan aangewezen op gebruikmaking van een TTP die daarvoor gecertificeerd is. Momenteel zijn er in Nederland slechts een handjevol partijen die op de zogenaamde ‘vertrouwenslijst’ (ook wel ‘Trusted List Browser’) staat,²³ maar er is inmiddels een keur aan internationale eSignature-dienstverleners die de rol van TTP kunnen vervullen.²⁴

7. Varianten van elektronische handtekeningen in de praktijk

In deze paragraaf zal een drietal van in de praktijk veelvoorkomende varianten van elektronische handtekeningen tegen het licht van de hiervoor behandelde regelgeving worden gehouden. Er wordt louter gekeken naar de handtekening en er zal niet worden stilgestaan bij het paraferen van tussentijdse pagina's. Dit laatste gebruik kan overigens bij de *gewone* elektronische handtekening helpen de integriteit van de teksten verdeeld over meerdere pagina's te waarborgen, zeker nu een paraaf gelijkgesteld kan worden met een handtekening.²⁵ Ook wordt voorbij gegaan aan varianten van elektronische handtekeningen die in de praktijk niet of nauwelijks gebruikt worden voor online overeenkomsten, zoals pincodes.

I – Uitgeprinte overeenkomst met handgeschreven handtekening en daarna gescand

De gescande handtekening schaaft zich onder de *gewone* elektronische handtekeningen.²⁶ Deze wijze van ondertekening vormt een veelvoorkomende soort, met name bij ondertekening van onderhandelde overeenkomsten ‘in counterparts’. Partijen ondertekenen in dat geval elk een print van de laatste versie en sturen de contractuele wederpartij per e-mail de scan van het ondertekende contract.²⁷

De ontvangers kunnen elkaars handtekeningen weliswaar beoordelen op gelijkenissen met vorige handtekeningen, maar zeker weten of het de beoogde tekeningsbevoegde persoon is geweest die heeft getekend doet men niet. De betrouwbaarheid van de gescande handtekening is vrij laag, want deze handtekening kan gemakkelijk worden nagemaakt of zelfs één-op-één worden gekopieerd.²⁸ De authenticiteit is bij zo'n gescand document dus moeilijk vast te stellen en het kan raadzaam zijn om – voor het geval partijen in een gerechtelijke procedure terechtkomen – om de uitgeprinte en ondertekende versie van de overeenkomst na het scannen te bewaren als eventueel bewijsmiddel voor de authenticiteit.²⁹ Deze vorm heeft dus geen bijzondere bewijskracht en zal in de meeste gevallen niet ‘voldoende betrouwbaar’ zijn in de zin van art. 3:15a BW, maar dat hangt af van het doel en alle overige omstandigheden van het geval. Deze eenvoudige en goedkope vorm van elektronisch ondertekenen zal zich dus met name kunnen lenen voor transacties met een gering belang.³⁰ In de meeste gevallen zal de ondertekening niet eens ter discussie komen, dus wordt in de praktijk deze mogelijke hobbel vaak stilzwijgend gepasseerd.

II – Getekende of gescande handtekening via tekstverwerker in overeenkomst gevoegd

Veelgebruikte computerprogramma's als Adobe Acrobat of Microsoft Word bieden de mogelijkheid om – al dan niet met een elektronische pen of gewoon de muis – een krabbel te tekenen op het scherm die voor herhaalde toepassing ingevoegd kan worden.³¹ Ook hanteren sommigen het gebruik om een plaatje van een gescande handtekening in het document toe te voegen. Voor al deze varianten geldt in principe hetzelfde als de hiervoor behandelde scan van een handtekening. Deze variant onderscheidt zich van de gescande handtekening hiervoor, doordat deze niet speciaal is ‘getekend’ op een afschrift van de overeenkomst, maar reeds vooraf is opgeslagen en daarmee ook niet uniek zal zijn ten opzichte van vorige versies in andere documenten. Ook deze variant kwalificeert als een *gewone* elektronische handtekening, die een groot

23. Zie <https://www.agentschapelecom.nl/onderwerpen/elektronische-vertrouwensdiensten/statuslijst-van-vertrouwensdiensten> met doorverwijzing naar <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/tl/NL> (laatst geraadpleegd op 7-9-2020).

24. <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/> (laatst geraadpleegd op 7-9-2020).

25. Zie HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6698, NJ 2012/570 (Habel/Grapofex) dat bepaalt dat gelijkstelling van een paraaf met een handtekening kan ‘indien de paraaf de desbetreffende persoon in voldoende mate individualiseert’.

26. Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957, RvdW 2019/710, NJB 2019/1441. Zo vindt ook de Rijksoverheid: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/digitale-overheid/vraag-en-antwoord/wat-is-een-elektronische-handtekening> (laatst geraadpleegd op 7-9-2020).

27. In de literatuur wordt soms de vraag gesteld of een gescande handtekening op papier strikt genomen wel

een elektronische handtekening kan zijn, zie T.H.M. Van Wechem & J.H.M. Spanjaard, ‘Hoe houdbaar is de handtekening in een pdf-document?’, *Ad rem* 2019/4, p. 127, maar mijns inziens past de definitie van art. 3 sub 10 eIDAS-verordening op een gescande handtekening.

28. Er is dan mogelijk wel sprake van het misdrijf valsheid in geschrifte (art. 225 Sr).

29. De originaliteit is relevant, omdat de bewijskracht in de *oorspronkelijke* akte is gelegen (art. 160 lid 1 Rv). Vgl. T.H.M. Van Wechem & J.H.M. Spanjaard, ‘Hoe houdbaar is de handtekening in een pdf-document?’, *Ad rem* 2019/4, p. 126.

30. *Kamerstukken II* 2001/02. 27743, 6, p. 2.

31. Zie bijvoorbeeld <https://www.adobe.com/devnet-docs/acrobat/ios/en/signing.html> en <https://support.microsoft.com/nl-nl/office/een-handtekening-invoegen-f3b3f74c-2355-4d53-be89-ae9c50022730> (laatst geraadpleegd op 7-9-2020).

risico loopt om niet 'voldoende betrouwbaar' te zijn in de zin van art. 3:15a BW. Het risico daarop zal zelfs nog groter zijn dan die van de éénmalig gebruikte gescande handtekening uit het voorbeeld hiervoor. Deze voor hergebruik bedoelde variant is immers niets meer dan een soort stempel, dat gemakkelijk één-op-één te kopiëren is.

III – Gebruik van eSignature-dienstverleners

Anders dan de voorgaande twee varianten, kan het gebruik van elektronische handtekeningen via eSignature-dienstverleners ook minder zichtbaar of niet-grafisch aan documenten worden gehecht.³² Als partijen gebruik maken van een eSignature-dienstverlener, dan dienen zij zich ervan te vergewissen of dit een 'gekwalficeerde vertrouwensdienst' betreft (die aan de eisen van art. 24 eIDAS-verordening voldoet) wanneer zij ondertekening met een *gekwalficeerde* elektronische handtekening nastreven. Een marketingclaim van een leverancier dat een dienst compliant is aan de eIDAS-verordening is weinig zeggend, immers ook de *gewone* elektronische handtekening en de *geavanceerde* elektronische handtekening zijn dat.³³ Daarmee is echter nog niet gelijkstelling van rechtsgevolgen aan de handgeschreven handtekening gewaarborgd en dreigen partijen meteen weer in het schemergebied te komen van onzekerheid omtrent de vraag of de methode 'voldoende betrouwbaar' is, gelet op het doel en de overige omstandigheden (art. 3:15a BW). Als partijen dat willen voorkomen, dan dienen zij bij het selecteren van de specifieke dienst dus goed te blijven letten op de wijze waarop een dergelijke dienst zich kwalificeert en, als de *gekwalficeerde* elektronische handtekening vereist is, of de betreffende dienst op de vertrouwenslijst staat.³⁴ Alleen dan kan er sprake zijn van de gelijkstelling van de rechtsgevolgen met die van een handtekening op papier (art. 25 lid 2 eIDAS-verordening en art. 3:15a BW).

Er zit een grote kloof tussen enerzijds de in de praktijk gehanteerde *gewone* elektronische handtekeningen en anderzijds de *gekwalficeerde* elektronische handtekeningen qua vereisten en technische complexiteit (en daarmee ook de kosten). De meeste overeenkomsten, die geen vormvoorschriften kennen, kunnen ook zonder handtekening tot stand komen en het bestaan daarvan kan aan het oordeel van de rechter worden overgelaten (art. 152 lid 2 Rv). Slechts als het belang van de transactie hoog genoeg is en de papieren weg niet gewenst is, dan zullen partijen zich niet meer willen verlaten op de *gewone* elektronische handtekening. Als partijen

de moeite willen nemen om de methode van de *geavanceerde* elektronische handtekeningen te gaan gebruiken, dan kunnen zij allicht net dat beetje meer doen om de methode van de *gekwalficeerde* elektronische handtekeningen te implementeren. Daarmee hebben ze de zekerheid van de juridische gelijkstelling met de handgeschreven handtekening (art. 25 lid 2 eIDAS-verordening).

8. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat het regelgevend kader van elektronische handtekeningen complex is en veel open normen heeft. Hierdoor is het in de praktijk niet gemakkelijk om vast te stellen of een bepaalde elektronische handtekening een goed alternatief is gelet op de rechtsgeldigheid en de dwingende bewijskracht van digitale akten. Niet iedere overeenkomst heeft een dermate groot belang dat partijen door alle hoepels wensen te springen om via een TTP een *gekwalficeerde* elektronische handtekening te gebruiken bij het sluiten van online overeenkomsten. Dit houdt in dat partijen zich veelal in het schemergebied van de anderszins *geavanceerde* of de *gewone* elektronische handtekeningen begeven. In de literatuur wordt daarom zowel gepleit voor versimpeling (het meer uniformeren van alle regels),³⁵ als voor verduidelijking (het afwachten van nadere rechtspraak).³⁶ Hoe dan ook, juristen kunnen hun cliënten vooralsnog (en zolang de postdiensten goed functioneren) in de meeste gevallen ook adviseren om overeenkomsten dan maar op de klassieke methode *offline* te sluiten met pen en papier. De rechtsgeldigheid van de 'natte' ondertekening loopt in dat geval weinig risico en de kosten daarvan zijn te overzien.³⁷ Voor het merendeel van de online overeenkomsten schiet de complexe regelgeving allicht het doel voorbij. Ondertussen heeft de Europese Commissie ook haar oor te luister gelegd in de markt en heeft een publieke consultatie gelanceerd om de eIDAS-verordening te evalueren.³⁸ Tot 2 oktober 2020 mogen wij onze suggesties daartoe online doen. Het zetten van een elektronische handtekening is daarvoor niet vereist.³⁹

32. Zie ook de uitleg van gekwalficeerde elektronische handtekeningen in paragraaf 5 van deze bijdrage.

33. In een zaak waarin het DocuSign-systeem was gebruikt leidden verschillen in de handtekening en de spelling van de naam gecombineerd met onduidelijkheid over de identificatie van de ondertekenaar tot een niet rechtsgeldig tot stand gekomen overeenkomst (Rb. Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6370).

34. <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/> (laatst geraadpleegd op 7-9-2020).

35. T.J. de Graaf, 'De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht', *MvV* 2018/7-8, p. 247.

36. S.A.K. d'Azevedo, 'Elektronische handtekeningen in de praktijk', *Bb* 2020/14, p. 85.

37. Omwille van de omvang van deze bijdrage zal niet nader worden ingegaan op vraagstukken rondom ondertekening door onbevoegde personen. Zie hiervoor het leerstuk van de onbevoegde vertegenwoordiging (art. 3:61 lid 2 BW). Overigens sluit elektronische ondertekening de risico's op onbevoegde ondertekening niet uit.

38. Zie <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/2020/07/28/Digital+identity+and+trust%3A+Commission+launches+public+consultation+on+the+eIDAS+Regulation> (laatst geraadpleegd op 8-9-2020).

39. Overigens is het aanmaken van een account wel een vereiste: <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/EU-DigitalIdentity2020> (laatst geraadpleegd op 8-9-2020).