

Genoteerd

De (on)mogelijkheden van elektronische handtekeningen op juridische documenten

In deze uitgave

- Introductie
- De eIDAS-verordening
- Nederlandse wetgeving
- Betrouwbaarheid
- Bewijskracht van elektronische handtekeningen
- Praktijk
- Applicaties
- Conclusie

Introductie

Normaliter wordt een document uitgeprint, bestudeerd, voorzien van een handgeschreven handtekening (hiermee wordt een handtekening gezet met een pen bedoeld) en vervolgens gescand en opgeslagen. Met de opmars van applicaties voor het digitaal ondertekenen van documenten lijken printers en scanners een overbodige luxe te worden in huishoudens. Applicaties zijn de afgelopen jaren ontwikkeld om te voorzien in de behoefte van mensen om ondertekening van elektronische documenten mogelijk te maken. De applicaties zijn in veel gevallen makkelijk te gebruiken en nog belangrijker, ze zijn efficiënt (bijvoorbeeld in spoedsituaties en tijdens vakanties) en duurzaam (een document hoeft namelijk niet meer uitgeprint te worden). Er kunnen veel voordelen worden genoemd om in de moderne wereld alleen gebruik te maken van elektronische handtekeningen, maar de vraag is of de Nederlandse wet daarvoor ook de mogelijkheden biedt. Of dient de ondertekenaar van een document rekening te houden met de onmogelijkheid van een elektronische handtekening op een juridisch document?

De eIDAS-verordening

Met het doel om het vertrouwen in elektronische transacties in de interne markt te vergroten door te voorzien in een gemeenschappelijke grondslag voor veilige elektronische interactie tussen burgers, bedrijven en overheden is op 1 juli 2016 de eIDAS-verordening (*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*) (**Verordening**) in werking getreden. De Verordening biedt een juridisch kader voor onder meer elektronische handtekeningen. Deze Verordening heeft rechtstreekse werking en onderscheidt drie soorten van een elektronische handtekening met een verschillende mate van betrouwbaarheid:

- a. de **elektronische handtekening** (ook wel een “SES” genoemd (afgeleid van Standard Electronic Signature)) staat voor 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 ondertekenen¹. Een scan van een handgeschreven handtekening is een voorbeeld van een elektronische handtekening;



(Afbeelding 1: versimpelde weergave van een ‘gewone’ elektronische handtekening)

- b. de **geavanceerde elektronische handtekening** (ook wel een “AES” genoemd (afgeleid van Advanced Electronic Signature)) is een elektronische handtekening die voldoet aan de volgende eisen: (i) zij is op een unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden, (ii) zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren, (iii) zij komt tot stand met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken en (iv) zij is op zodanige wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord. De geavanceerde elektronische handtekening onderscheidt zich van de ‘gewone’ elektronische handtekening doordat de ondertekenaar op enig moment in het proces wordt geïdentificeerd.

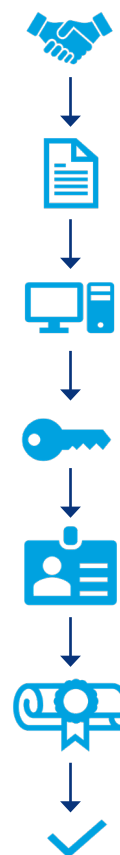
¹ Deze soort van elektronische handtekening zal hierna worden aangeduid als de ‘gewone’ elektronische handtekening.

Een voorbeeld is een elektronische handtekening gezet door de ondertekenaar met gebruik van een applicatie, waarbij de ondertekenaar een SMS ontvangt ter identificatie;



(Afbeelding 2: versimpelde weergave van een geavanceerde elektronische handtekening)

- c. de **gekwalficeerde elektronische handtekening** (ook wel een “QES” genoemd (afgeleid van Qualified Electronic Signature)): hiervoor gelden de meeste eisen. In aanvulling op de eisen van de geavanceerde elektronische handtekening, is dit type handtekening (i) aangemaakt met een gekwalificeerd middel (speciale hardware en software) voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en (ii) gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat voor elektronische handtekeningen. Gekwalificeerde certificaten kunnen slechts worden afgegeven door een gekwalificeerd certificaatdienstverlener². Als bij de ondertekening gebruik wordt gemaakt van bijvoorbeeld een smartcard met pincode of een cryptografisch beveiligde sleutel kan er sprake zijn van een gekwalificeerde elektronische handtekening.



(Afbeelding 3: versimpelde weergave van een gekwalificeerde elektronische handtekening)

Er zijn dus drie soorten waarbij de ‘gewone’ elektronische handtekening aan de minste eisen voldoet, terwijl aan de gekwalificeerde elektronische handtekening de meeste eisen worden gesteld.

In de Verordening is vastgelegd dat een gekwalificeerde elektronische handtekening hetzelfde rechtsgevolg heeft als een handgeschreven handtekening. Een gekwalificeerde elektronische handtekening die op een in een lidstaat afgegeven gekwalificeerd certificaat is gebaseerd, moet ook in alle andere lidstaten als zodanig worden erkend. Voor de ‘gewone’ elektronische handtekening en de geavanceerde elektronische handtekening kent de Verordening echter niet een dergelijke faciliteit en dienen de lidstaten dus zelf de rechtsgevolgen te bepalen³.

² <https://esignature.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#/screen/tl/NL>. Een voorbeeld van een gekwalificeerd certificaat is het PKI Overheid certificaat dat door de Nederlandse overheid wordt gebruikt en waarvoor een aantal certificaatdienstverleners is aangewezen.

³ Wat wel is vastgelegd in de Verordening is dat het rechtsgevolg van een elektronische handtekening en de toelaatbaarheid ervan als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures niet mogen worden ontkend louter op grond van het feit dat de handtekening elektronisch is of niet aan de eisen voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen voldoet. Het feit dat een handtekening elektronisch is gezet, staat dus niet in de weg aan haar rechtsgevolg en bewijskracht; zie verder hieronder de paragraaf ‘Bewijskracht van elektronische handtekeningen’.

Nederlandse wetgeving

In de Nederlandse wet is vastgelegd⁴ dat aan de 'gewone' elektronische handtekening en de geavanceerde elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen toekomen als aan een handgeschreven handtekening, mits de methode die is gebruikt voor ondertekening voldoende betrouwbaar is, gelet op (i) het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en (ii) alle overige omstandigheden van het geval (zoals de economische waarde en de aard van de transactie). De wet geeft geen voorbeelden waarbij een 'gewone' of geavanceerde elektronische handtekening als voldoende betrouwbaar wordt beschouwd en er is bovendien weinig jurisprudentie over dit onderwerp. Uiteindelijk moet in de praktijk van geval tot geval worden beoordeeld in hoeverre het gebruik van een elektronische handtekening in een bepaalde situatie als voldoende betrouwbaar moet worden beschouwd, waarbij alle omstandigheden van het geval in acht moeten worden genomen. Wel wordt aangenomen dat bij een eenvoudige transactie veelal een 'gewone' elektronische handtekening zal volstaan, terwijl bij een meer complexe transactie die meer betrouwbaarheid en veiligheid vereist sneller een geavanceerde elektronische handtekening nodig zal zijn.

Betrouwbaarheid

Aangezien aan de 'gewone' elektronische handtekening de minste eisen zijn verbonden is dit ook de minst betrouwbare vorm van ondertekening, omdat de ondertekenaar van een document niet op enig moment in het proces van ondertekening wordt geïdentificeerd. Aan de gekwalificeerde elektronische handtekening worden de meeste eisen gesteld. Dit is daarom ook de meest betrouwbare vorm van elektronische handtekening. Bovendien staat de betrouwbaarheid van een handtekening al vast. Een nadeel van de gekwalificeerde elektronische handtekening is dat het een gecompliceerde technische infrastructuur vergt die – uiteraard – een financiële investering vergt.

Bewijskracht van elektronische handtekeningen

Een belangrijke afweging om wel of geen gebruik te maken van elektronische handtekeningen, is gelegen in de bewijskracht.

Daarvan is sprake in geval van een ondertekend geschrift bestemd om tot bewijs te dienen, zodat de akte (materieel) dwingend bewijs kan leveren tussen partijen, ook wel een 'onderhandse akte' genoemd.⁵ Het document moet derhalve voldoen aan drie voorwaarden, namelijk (i) ondertekening, (ii) een geschrift en (iii) bestemd om tot bewijs te dienen. Aan de voorwaarde van een geschrift is ook voldaan indien het document op een andere wijze dan door middel van een fysiek geschreven document is opgemaakt, bijvoorbeeld elektronisch, zolang het (i) degene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert, in staat stelt om de inhoud van de akte op te slaan (ii) op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik (iii) gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen, en (iv) die een ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt.⁶ Ondertekening vindt dan eveneens elektronisch plaats.

Een document verliest ('uitwendige') bewijskracht (lees: is de handtekening onder de akte wel of niet echt) zodra de ondertekening door een partij stellig wordt ontkend. Indien dit gebeurt, dient de wederpartij de echtheid van de handtekening te bewijzen. Het bewijs kan dan met alle middelen worden geleverd. Zo kan bijvoorbeeld correspondentie worden aangeleverd, of (dossier) notities en foto's.

Oordeelt de rechter dat een 'gewone' of geavanceerde elektronische handtekening voldoende betrouwbaar is, dan heeft een dergelijke handtekening (net zoals een gekwalificeerde elektronische handtekening) hetzelfde rechtsgevolg als een handgeschreven handtekening. En daarmee wordt het elektronisch ondertekende document als een onderhandse akte aangemerkt en heeft het dwingende bewijskracht. Indien een rechter evenwel zou oordelen dat de door een van de partijen geplaatste 'gewone' of geavanceerde elektronische

4 Artikel 3:15a Burgerlijk Wetboek.

5 Artikel 156 jo. 157 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een onderhandse akte heeft geen formele bewijskracht, aangezien alleen een authentieke akte (in de vereiste vorm en bevoegdelijk opgemaakt door ambtenaren (zoals bijvoorbeeld een notaris), aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen of verrichtingen) formele bewijskracht heeft.

6 Artikel 156a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

handtekening niet voldoende betrouwbaar is, kan het document niet als onderhandse akte worden aangemerkt en heeft het geen dwingende maar slechts vrije bewijskracht en zou aanvullend bewijs moeten worden geleverd om te bewijzen dat de elektronische handtekening wel gezet is door degene wiens naam op het document staat.⁷ Overigens kan ook de authenticiteit van een handgeschreven handtekening worden betwist. In dergelijke gevallen wordt veelal een handschriftonderzoek ingesteld, waarbij bijvoorbeeld wordt gelet op de diepte waarmee de pen in het papier is gezet. Indien een document met een handgeschreven handtekening is ondertekend, is het daarom raadzaam om (ook) altijd het originele document op te vragen.

Een onderhandse akte heeft overigens alleen ‘materiële’ bewijskracht (lees: de inhoud van het document wordt niet betwist) indien geen tegenbewijs wordt geleverd.

Praktijk

Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van het gebruik van elektronische handtekeningen in de praktijk geldt dat het belang van een rechtshandeling bepalend is. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een transactie met een groot (financieel) belang zal een ‘gewone’ of geavanceerde elektronische handtekening zonder aanvullende bevestiging vaak onvoldoende zekerheid bieden dat de ondertekenaar zelf heeft ondertekend.

Aangezien de Nederlandse wet slechts een open norm biedt voor de ‘gewone’ en de geavanceerde elektronische handtekening, kunnen partijen bij een transactie er ook zelf voor kiezen om afspraken te maken over het betrouwbaarheidsniveau van elektronische handtekeningen. Op die manier geven partijen verbintenisrechtelijk invulling aan het betrouwbaarheidsniveau. Die partijafspraken is dan een omstandigheid die in aanmerking genomen wordt bij het oordeel over de betrouwbaarheid van de methode die voor ondertekening is gebruikt. Hierbij is wel van belang dat de afspraken voldoende waarborgen omtrent de betrouwbaarheid bevatten door bijvoorbeeld duidelijk te omschrijven welke varianten, procedures of applicaties zullen of mogen worden gebruikt. Indien in een transactie documenten in verschillende jurisdicties ondertekend moeten worden, dient hier overigens rekening mee te

worden gehouden. De bewijskracht van een elektronisch ondertekend document kan per land verschillen.

Voor een aantal gevallen heeft de ondertekenaar (en uiteraard ook de aanbieder van het document) geen keuze tussen de soorten elektronische handtekeningen, omdat de wet al een soort voorschrijft. Zo bepaalt de wet dat een arbeidsovereenkomst die elektronisch wordt ondertekend, moet zijn ondertekend met een gekwalificeerde elektronische handtekening. Hetzelfde geldt voor een verzekeringspolis; indien de polis elektronisch is ondertekend moet dit zijn gedaan met een gekwalificeerde elektronische handtekening.

Daarnaast worden voor de ondertekening van bepaalde juridische documenten meer voorwaarden gesteld. Een voorbeeld is de ondertekening van een volmacht die verstrekt en verleend wordt aan een notaris. In veel gevallen dient een dergelijke volmacht te worden gelegaliseerd (en indien van toepassing, te worden voorzien van een apostille). Een volmacht die gelegaliseerd dient te worden, kan niet worden ondertekend met een elektronische handtekening. Een ander voorbeeld betreffen documenten die gedeponneerd moeten worden bij de Kamer van Koophandel, zoals een ‘personal datacard’. En ook het Kadaster en bijvoorbeeld de Belastingdienst kunnen voorwaarden stellen aan de ondertekening van documenten.

Applicaties

De ervaring leert dat gebruikers van applicaties vaak in de veronderstelling zijn dat de gezette elektronische handtekening automatisch kwalificeert als een geavanceerde elektronische handtekening en daardoor meer betrouwbaar is. Dit is echter niet altijd het geval. De afgenomen licentie bij de aanbieder van de applicatie bepaalt namelijk welke soort elektronische handtekening gezet kan worden met de applicatie. Na ondertekening van het document ontvangt de ondertekenaar of aanbieder van het document meestal een rapport waarop is weergegeven of een beveiligingsniveau was ingesteld op moment van ondertekening. Indien geen beveiligingsniveau was ingesteld heeft men te maken met een ‘gewone’ elektronische handtekening en niet met een geavanceerde elektronische handtekening. In het rapport bij een geavanceerde elektronische handtekening is opgenomen welke identificatievorm is gebruikt.

⁷ Artikel 152 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Conclusie

Het gebruik van elektronische handtekeningen op juridische documenten biedt een efficiënt en duurzaam alternatief ten opzichte van het gebruik van handgeschreven handtekeningen. Elektronische handtekeningen kunnen in drie soorten worden onverdeeld, namelijk (i) de 'gewone' elektronische handtekening, (ii) de geavanceerde elektronische handtekening en (iii) de gekwalificeerde elektronische handtekeningen, waarbij de 'gewone' elektronische handtekening aan de minste eisen voldoet, terwijl aan de gekwalificeerde elektronische handtekening de meeste eisen worden gesteld. Aan de gekwalificeerde elektronische handtekening komt hetzelfde rechtsgevolg toe als een handgeschreven handtekening, maar voor gebruik van de 'gewone' elektronische handtekening en de geavanceerde elektronische handtekening dient men bedachtzaam te zijn dat aan deze soorten slechts dezelfde rechtsgevolgen toekomen als aan een handgeschreven handtekening, indien de methode die is gebruikt voor ondertekening voldoende betrouwbaar is, gelet op (i) het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en (ii) alle overige omstandigheden (zoals de economische waarde en aard van de transactie) van het geval. Van geval tot geval dient dus beoordeeld te worden welke soort elektronische handtekening gebruikt mag worden. Daarnaast is het niet mogelijk om alle juridische documenten elektronisch te ondertekenen, aangezien bepaalde specifieke Nederlandse wettelijke regels andere eisen kunnen stellen aan de ondertekening van documenten, zoals legalisatie, in welk geval elektronische handtekening zelfs geheel niet mogelijk is. Ook bij het gebruik van een applicatie wordt geadviseerd om eerst te controleren welke licentie bij de aanbieder van de applicatie is afgenomen, omdat gebruik van een applicatie niet automatisch tot gevolg heeft dat de elektronische handtekening een geavanceerde elektronische handtekening is en daardoor meer betrouwbaar is. Indien in een (grote) transactie veel documenten ondertekend moeten worden, is het te overwegen dat partijen afspraken maken over het betrouwbaarheidsniveau van elektronische handtekeningen. Op die manier geven partijen verbintenisrechtelijk invulling aan het betrouwbaarheidsniveau.

Om te voorzien in de behoefte van onze cliënten, kan Loyens & Loeff N.V. ondertekening van juridische documenten via een applicatie aanbieden, uiteraard in de gevallen waar dit toegestaan is.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteur van deze bijdrage is Sadaf Elyaci (sadaf.elyaci@loyensloeff.com).

Redactie

drs. P.G.M. Adriaansen
prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk
prof. dr. R.P.C. Cornelisse
mr. P.E.B. Corten
mr. E.H.J. Hendrix
mr. H.L. Kaemingk
mr. G. Koop
prof. mr. W.J. Oostwouder
prof. mr. dr. F.J. Vonck
mr. K. Wiersma

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Disclaimer

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Loyens & Loeff N.V. en alle andere entiteiten, samenwerkingsverbanden, personen en praktijken die handelen onder de naam 'Loyens & Loeff', geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder hun medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zakendoet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokio, Zürich