

Digitale overdracht van woningen

1. Digital reality

Het woord zegt het al; 'real estate' is geen virtual reality, maar reality. Weinig onderwerpen zijn zo met tastbare materie verbonden als het onroerendgoedrecht. En toch is het onroerendgoedverkeer omgeven met veel digitaliteit: de openbare registers zijn digitaal te raadplegen, een akte van levering kan in elektronische vorm aan het kadaster worden aangeboden, een notaris kan een perceel 'digitaal splitsen' wanneer een zaak gedeeltelijk is verkocht en een executoriale veiling van onroerend goed kan via internet plaatsvinden (art. 519 lid 2 Rv).¹

In deze bijdrage wordt een specifiek traject op digitaliteit geanalyseerd, namelijk de overdracht van een woning. Aanleiding voor dit artikel is het feit dat makelaars en projectontwikkelaars de afgelopen jaren het digitaal ondertekenen van de koopakte van een woning mogelijk maken.² De NVM werkt mee aan het digitaliseren van het proces voorafgaande aan de koopovereenkomst door op *Funda* de functie 'online bieden' beschikbaar te stellen.³ Kort na de invoering van de wet koop van onroerende zaken in 2003 rees al de vraag of aan het schriftelijkheidsvereiste kan worden voldaan door een digitale akte. De hiermee beoogde rechtszekerheid zou hierdoor immers weer onder druk komen te staan.⁴ Van Velten heeft erop gewezen dat ook de rechtsbeschermende functie van art. 7:2 BW wordt ondermijnd, wanneer een elektronische koopakte wordt toegestaan. De aspirant-koper kan zich dan op het internet met eenvoudige elektronische handtekeningen plichten op de hals halen, waarvan hij jaren spijt kan hebben.⁵ De op 1 juli 2016 in werking getreden EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten (doorgaans aangeduid als eidas-verordening) heeft aan deze discussie weer een hoofdstuk toegevoegd.⁶ In dit artikel komt de vraag aan de orde in hoeverre het voor de overdracht van een woning af te leggen traject van koop tot inschrijving van de akte van levering digitaal is af te leggen. De nadruk zal hierbij komen te liggen op de totstandkoming van de koopovereenkomst en de ondertekening van de akte van levering. Op de elektronische aanbidding van de notariële akte van levering aan het kadaster (art. 10b Kadasterwet) wordt niet nader ingegaan. Deze wijze van aanbidding is eerder regel dan uitzondering geworden.

Hierna komt eerst de totstandkoming van de koopovereenkomst aan de orde en daarna de ondertekening van de akte van levering. De focus



Mw. prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd*

zal liggen op de koop van een woning door een particulier, omdat hiervoor het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW geldt. Wanneer de koop van een registergoed niet door deze bepaling wordt beheerst, geldt voor het sluiten van de koopovereenkomst de hoofdregel dat rechtshandelingen vormvrij tot stand komen (art. 3:37 BW). Dat kan dus ook digitaal.

2. Het civielrechtelijke kader voor de digitale koopakte

Bij de beantwoording van de vraag of een koop door een particuliere koper van een tot woning bestemde onroerende zaak digitaal tot stand kan komen, moet onderscheid worden gemaakt tussen de koop die gesloten wordt door het louter uitwisselen van digitale berichten (e-mailberichten) en het digitaal ondertekenen van een digitaal bestand. Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW wordt ingevuld door art.

* Hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1. Zie over de mogelijkheid om via het programma 'Splits' de (voorlopige) grenzen van een perceel vast te stellen: A. van Dijk & T.S. de Lange, 'Nieuwe kadastrale regels gedeeltelijke percelen', *Vastgoed Fiscaal & Civiel*, 2015/2.
2. Zie bijv.: <https://www.makelaarsland.nl/blog/makelaarsland-introduceert-digitaal-ondertekenen-met-bankensysteem-idin/> en <https://fd.nl/economie-politiek/1142796/projectontwikkelaar-bpd-verkoopt-huizen-via-digitaal-winkelmandje> (websites geraadpleegd op 3 november 2017).
3. <https://www.nvm.nl/onlinebieden> (website geraadpleegd op 3 november 2017).
4. C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden 2007), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. 3.10.
5. A.A. van Velten, *Klik zei de muis en weg was het huis*, (Ars Notariatus nr. 142), Deventer: Kluwer 2009, p. 23.
6. Verordening 910/2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG.

7:2 lid 2 BW. Er moet sprake zijn van een ‘tussen partijen opgemaakte akte’, dat wil zeggen één schriftelijk stuk, dat is opgemaakt om tot bewijs te dienen en dat door beide partijen is ondertekend (art. 156 Rv). Dit verband tussen lid 1 en lid 2 is destijds al aangebracht door de minister bij de parlementaire behandeling van de wet koop onroerende zaken en wordt in de literatuur algemeen onderschreven.⁷ Aan het vereiste van één akte is niet voldaan in het geval van twee op elkaar aansluitende eenzijdige akten. Een briefwisseling of een e-mailwisseling volstaat dus niet; ook niet als de betreffende documenten (digitaal) zijn ondertekend.

Het is echter ook mogelijk per e-mail als bijlage één digitaal bestand uit te wisselen of een bestand op een internetsite digitaal te ondertekenen. Kan een overeenkomst die is opgenomen in een dergelijk bestand voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste? Om tot de beantwoording van deze vraag te komen moeten we een viertal artikelen toepassen: art. 6:227a BW, art. 25 eidas-verordening, art. 3:15a BW en art. 156a Rv.

Art. 6:227a lid 1 BW bepaalt dat wanneer de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een schriftelijke vorm eist, aan deze eis tevens is voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg is tot stand gekomen. Voor deze gelijkstelling van een elektronisch document aan een schriftelijk document moet wel aan vier voorwaarden zijn voldaan:⁸ a. de overeenkomst moet raadpleegbaar zijn door partijen; b. de authenticiteit van de overeenkomst moet in voldoende mate zijn gewaarborgd; c. het moment van totstandkoming van de overeenkomst moet met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld; en d. de identiteit van de partijen moet met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld.

Indien de voorwaarden van art. 6:227a BW zijn vervuld, lijkt op het eerste gezicht ook aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW te zijn voldaan. Echter, met dit schriftelijkheidsvereiste wordt meer bedoeld dan alleen een geschreven stuk. Er moet sprake zijn van een onderhandse akte, dat wil zeggen een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen (art. 156 Rv). Het elektronische document moet daarom van elektronische handtekeningen worden voorzien als omschreven in art. 3:15a BW. De vraag is of een elektronisch bestand, dat voldoet aan de vereisten van art. 6:227a BW en is ondertekend met elektronische handtekeningen, al kan worden aangemerkt als een akte in de zin van art. 156 Rv. Van Es heeft duidelijk gemaakt dat dit alleen het geval is indien een elektronisch document ook een geschrift is in de zin van art. 156 lid 1 Rv.⁹ In deze lacune is inmiddels

voorzien door art. 156a lid 1 Rv, dat bepaalt dat onderhandse akten op een andere wijze dan bij geschrift kunnen worden opgemaakt, mits de gene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert in staat wordt gesteld de inhoud daarvan op te slaan op een duurzame drager.

De koopovereenkomst in de zin van art. 7:2 BW kan derhalve digitaal tot stand komen indien deze koopovereenkomst in een elektronisch bestand is neergelegd, dat voldoet aan de vereisten van art. 6:227a BW en art. 156a Rv en dit bestand door beide partijen is ondertekend door middel van een elektronische handtekening. Tot 1 juli 2016 bepaalde art. 3:15a BW aan welke vereisten een elektronische handtekening moest voldoen. Krachtens het oude art. 3:15a lid 1 BW had een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien de daarbij gebruikte methode voor authenticatie voldoende betrouwbaar was, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en gelet op alle overige omstandigheden van het geval. Uit de leden 2 en 3 kon vervolgens worden afgeleid aan welke zes eisen moest worden voldaan om een bewijsvermoeden te mogen aannemen omtrent het voldaan zijn aan de open norm van ‘voldoende betrouwbaarheid’.

Eerder heb ik erop gewezen dat het samenstel van de art. 6:227a BW en het oude 3:15a BW zoveel open en vage normen bevatte dat iemand die via een elektronische weg een overeenkomst sloot waarvoor het schriftelijkheidsvereiste gold, niet met zekerheid kon weten of de overeenkomst geldig en onaantastbaar was.¹⁰ Het oude art. 3:15a BW is inmiddels vervangen door een

7. *Kamerstukken I*, 23095, nr. 38a, p. 5-6 (MvA); Asser/Hijma 7-I* 2013/136; H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties: koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, nr. 541; C.G. Breedveld-de Voogd, diss., par. 3.2 en par. 3.10.1.
8. Dat aan alle vier voorwaarden moet zijn voldaan, lijkt in de parlementaire geschiedenis bij het artikel te worden gerelativeerd (zie C.G. Breedveld-de Voogd, diss., par. 3.2 en par. 3.10.2).
9. P.C. van Es, ‘Enige opmerkingen over de Wet elektronische handtekeningen in het licht van de algemene bewijsrechtelijke bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering’, *WPNR* 2002, afl. 6474, p. 107 en 108 en P.C. van Es, ‘Nadere opmerkingen over de Wet elektronische handtekeningen’, *WPNR* 2002, afl. 6515, p. 857 en 858.
10. C.G. Breedveld-de Voogd, diss., par. 3.10.2. Zie ook H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties: koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, par. 5.4.5, nr. 202.

nieuw art. 3:15a BW en door de eidas-verordening. In de paragraaf 4 zal ik uiteenzetten dat dit vanuit het oogpunt van rechtszekerheid een verbetering betekent.

3. Een nietige digitale koopakte?

Hoe erg is het als bij de koop van een woning een digitale koopakte niet blijkt te voldoen aan de wettelijke vereisten voor gelijkstelling aan een onderhandse akte? Wanneer inmiddels de levering heeft plaatsgehad, is er weinig aan de hand. Aangenomen mag worden dat de leveringsakte naast de goederenrechtelijke overeenkomst ook de koopovereenkomst omvat.¹¹ Hierdoor wordt uiteindelijk aan het vormvoorschrift van art. 7:2 BW voldaan bij de ondertekening van de akte van levering. Dit kan worden aangemerkt als een bekrachtiging in de zin van art. 3:58 BW. Voor reeds overgedragen goederen zullen ‘fouten’ in het digitale traject, die aan het voldoen aan schriftelijkheidsvereiste doen twijfelen, door de akte van levering zijn geheeld.¹²

Wanneer partijen echter voor de levering onenigheid krijgen over de vraag of het digitale document kwalificeert als een onderhandse akte, is de geldigheid van de koopovereenkomst in het geding. Het niet voldoen aan een wettelijk vormvoorschrift leidt immers in beginsel tot nietigheid van de betreffende rechtshandeling (art. 3:39 BW). Naar aanleiding van een vordering tot cassatie in belang der wet heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 9 december 2011 uiteengezet wat de ratio is van het vormvoorschrift van art. 7:2 lid 1 BW en welke consequenties de nietigheidssanctie van art. 3:39 BW in dat verband heeft.¹³ De zaak betrof een particuliere verkoper en een particuliere koper, die mondeling overeenstemming hadden bereikt over de koop van een woonhuis. De verkoper weigerde echter de schriftelijke koopovereenkomst te ondertekenen. De koper vorderde daarom ontbinding van de koop met schadevergoeding. De vordering werd door de rechtbank afgewezen, omdat de koopovereenkomst wegens schending van het vormvoorschrift nietig was. Tot de uitspraak van de Hoge Raad was zowel de lagere jurisprudentie als de literatuur verdeeld over de volgende vraag: kan alleen de koper een beroep op het ontbreken van een akte doen of kan de verkoper zich hier ook op beroepen? De Hoge Raad komt tot het oordeel dat ook de verkoper, mits hij een particulier is, zich erop mag beroepen dat aan de mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt. Dit oordeel is gebaseerd op een van de rationes voor het vormvoorschrift van art. 7:2 BW, zoals die in de parlementaire geschiedenis kunnen worden teruggevonden.¹⁴ De Hoge Raad citeert hier een passage uit de Memorie van Antwoord.¹⁵

‘Zolang het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst nog niet is vervuld, is de overeenkomst niet rechtsgeldig tot stand gekomen. De sanctie op het niet voldoen aan dit vormvereiste, (...), is namelijk nietigheid van de koop, overeenkomstig de hoofdregel van artikel 39 van Boek 3. Het vormvereiste wordt immers niet alleen in het belang van de koper gesteld, maar ook in dat van de verkoper en dat van eventuele andere gegadigden (...).’

Het belang van partijen waarop wordt gedoeld is duidelijkheid met betrekking tot de vraag of en zo ja wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt. Het vormvereiste ziet daarom op een klassieke ratio voor vormvoorschriften: de rechtszekerheid.¹⁶ De handgeschreven handtekening biedt de partijen deze rechtszekerheid en is voor partijen, voor de notaris en voor de rechter goed controleerbaar.¹⁷ Hoewel het middel onderwets is, is de conclusie digitaal: partijen hebben wel of niet getekend. Bij het zetten van een digitale handtekening is deze conclusie minder snel en minder gemakkelijk te trekken. Digitale handtekeningen zijn er in verschillende soorten en kwaliteiten en de wetgever heeft daarom nuances aangebracht in de aan dergelijke handtekeningen toe te kennen rechtsgevolgen.

4. De eidas-verordening en het nieuwe art. 3:15a BW

De vraag in hoeverre een digitale handtekening dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening, wordt sinds 1 juli 2016 beheerst door de eidas-verordening en het nieu-

11. Vgl. art. 3:89 lid 2 BW. Zie voorts C.G. Breedveld-de Voogd, diss., par. 3.9.2.

12. Een hierbij opdoemend probleem is dat de bedenktijd dan eerst de dag na de ondertekening van de akte van levering is gaan lopen (zie par. 6).

13. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273, m.nt. Jac. Hijma (Nietige koopakte).

14. In de parlementaire geschiedenis zijn meer rationes voor het schriftelijkheidsvereiste terug te vinden (zie C.G. Breedveld-de Voogd, diss., par. 3.4.4.).

15. *Kamerstukken II* 1995/96, 23095, nr. 5, p. 13.

16. Dit blijkt onder meer uit een passage uit het verslag van een schriftelijk overleg, waarnaar de Hoge Raad ook verwijst (*Kamerstukken II*, 2000/01, 20095 nr. 10, p. 20).

17. Ook handgeschreven handtekeningen kunnen vervalst worden. Krachtens art. 159 lid 2 BW is ontkenning van de geldigheid van de handtekening mogelijk. Dit geldt m.i. op grond van art. 25 lid 2 eidas-verordening ook voor digitale handtekeningen. Een voorbeeld van een geval waarin de inhoud van een papieren koopakte na ondertekening nog werd gewijzigd biedt HR 14 december 2007, NJ 2008, 8 (Bospercelen).

we art. 3:15a BW.¹⁸ De eidas-verordening kent evenals het oude art. 3:15a BW drie ‘soorten’ elektronische handtekeningen, al naar gelang de graad van betrouwbaarheid. Deze rangorde is met een opklimmend niveau van betrouwbaarheid als volgt. De laagste trede wordt bezet door de niet geavanceerde elektronische handtekening. De ‘elektronische handtekening’ wordt gedefinieerd als ‘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 lid 10 eidas-verordening). Op de tweede trede staat de ‘geavanceerde elektronische handtekening’ zonder gekwalificeerd certificaat. Een geavanceerde elektronische handtekening is volgens art. 3 lid 11 eidas-verordening een elektronische handtekening die voldoet aan de eisen van art. 26 eidas-verordening. Deze eisen zijn: a) zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden; b) zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren; c) 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 d) zij is op zodanige wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord. De derde en hoogste trede van betrouwbaarheid wordt ingenomen door de ‘gekwalificeerde elektronische handtekening’. Deze wordt gedefinieerd als ‘een geavanceerde elektronische handtekening die is aangemaakt met een gekwalificeerd middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en die gebaseerd is op een gekwalificeerd certificaat voor elektronische handtekeningen’ (art. 3 lid 12 eidas-verordening).

Voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een door een digitale handtekening ondertekende akte neemt in de eidas-verordening art. 25 (‘Rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen’) een centrale plaats in. Dit artikel luidt als volgt:

1. Het rechtsgevolg van een elektronische handtekening en de toelaatbaarheid ervan als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures mogen niet worden ontkend louter op grond van het feit dat de handtekening elektronisch is of niet aan de eisen voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen voldoet.
2. Een gekwalificeerde elektronische handtekening heeft hetzelfde rechtsgevolg als een handgeschreven handtekening.
3. Een gekwalificeerde elektronische handtekening die op een in een lidstaat afgegeven gekwalificeerd certificaat is gebaseerd, wordt

in alle andere lidstaten als een gekwalificeerde elektronische handtekening erkend.’

Onder het oude art. 3:15a BW gold dat een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen had als een handgeschreven handtekening indien de methode die daarbij gebruikt is voor authenticatie voldoende betrouwbaar is. Deze methode werd vermoed voldoende betrouwbaar te zijn indien voldaan was aan de vier vereisten zoals deze nu zijn verwoord in art. 26 eidas-verordening (zie hierboven) en bovendien was gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt met een veilig middel. Meer zekerheid dan dit wettelijk vermoeden bood het oude art. 3:15a BW niet. In dit opzicht is de eidas-verordening een verbetering, aangezien art. 25 lid 2 eidas-verordening de gelijkstelling met de handgeschreven handtekening zonder meer toekent aan de ‘gekwalificeerde elektronische handtekening’. Deze gelijkstelling is van dwingend recht.¹⁹ De status van de niet gekwalificeerde elektronische handtekening blijft even onzeker als voor 1 juli 2016. Dit blijkt uit het nieuwe art. 3:15a BW:

‘Evenals een elektronische gekwalificeerde handtekening als bedoeld in artikel 3, onderdeel 12, van 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) hebben een geavanceerde elektronische handtekening als bedoeld in onderdeel 11, en een andere elektronische handtekening als bedoeld in onderdeel 10, van artikel 3 van deze verordening dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien voor deze beide elektronische handtekeningen de methode voor ondertekening die gebruikt is voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval.’

18. Zie over deze wetgeving o.m. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘De eIDAS-verordening en de elektronische handtekening uit het BW’, *WPNR* 2017, afl. 7151. De eidas-verordening is in werking getreden op 1 juli 2016 (art 52 eidas-verordening). Art. 3:15a BW is ingevoerd door de Uitvoeringswet EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten (*Stb.* 2017, 13). Deze wet is in werking getreden op 10 maart 2017 (*Stb.* 2017, 81).

19. *Kamerstukken II* 2015/16, 34413, 3, p. 63 (MvT).

Naar Nederlands recht geldt derhalve dat de eenvoudige elektronische handtekening en de geavanceerde handtekening die niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat dezelfde rechtsgevolgen hebben als een handgeschreven handtekening, maar dan moet wel voldaan zijn aan de open norm van voldoende betrouwbaarheid. Dit laatste biedt naar mijn mening met het oog op de ratio van het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 BW te weinig rechtszekerheid bij de koop van woningen. Bij deze niet gekwalificeerde handtekeningen blijft de kans bestaan dat geen geldige ondertekening van de digitale akte heeft plaatsgehad. Het is weliswaar zo dat een elektronische handtekening pas een elektronische handtekening mag worden genoemd als de gebruikte techniek een binding bewerkstelligt tussen document en de wijze van ondertekening (art. 3 lid 3 eidas-verordening), dat er bij een geavanceerde elektronische handtekening ook een verband is tussen de handtekening en de identiteit van de ondertekenaar (art. 26 eidas-verordening) en dat handtekeningen, die aan deze eisen voldoen, in de regel ook voldoende betrouwbaar zullen zijn.²⁰ Het probleem is echter: hoe weet je als koper, verkoper of notaris nu of het gehanteerde programma die kwalificaties bood? Wanneer de handtekeningen zijn gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat is dit probleem verholpen. Een gekwalificeerd certificaat stelt de partij, die op een elektronische handtekening af wil gaan, in de gelegenheid de echtheid hiervan te controleren. Een certificaat maakt een koppeling tussen de handtekening en de identiteit van ondertekenaar. Een dergelijk certificaat is gekwalificeerd als het uitgifteproces en de vertrouwensdienst die het uitgeeft aan bepaalde eisen voldoen.²¹ Wanneer men dus een gekwalificeerd certificaat kan opvragen met betrekking tot de geplaatste elektronische handtekening, is duidelijk dat er getekend is met een 'gekwalificeerde elektronische handtekening', die aan de daaraan gestelde vereisten voldoet.

De gelijkstelling door art. 25 lid 2 eidas-verordening van de gekwalificeerde elektronische handtekening met de handgeschreven handtekening sluit hierop aan. Staat vast dat partijen hebben ondertekend met een gekwalificeerde elektronische handtekening dan is er in beginsel sprake van een geldige ondertekening. Of het elektronische document gelijkgesteld kan worden met een geschrift en een akte in de zin van respectievelijk art. 6:227a BW en art. 156a Rv blijft naar mijn mening een kwestie van zelfstandige toetsing aan deze bepalingen. Hierbij moet worden aangetekend dat in geval van een ondertekening met een gekwalificeerde elektronische handtekening in de regel ook aan de vereisten van deze artikelen zal zijn voldaan.

5. Pleidooi voor de gekwalificeerde elektronische handtekening bij de elektronische koop van een woning

Op grond van het gegeven dat er weinig jurisprudentie bekend is over digitale koopakten bij de koop van woningen, lijkt deze vorm van het sluiten van de koopovereenkomst nog geen hoge vlucht te hebben genomen. Dat neemt niet weg dat bepaalde makelaarskantoren en projectontwikkelaars de mogelijkheid bieden om een koopovereenkomst te sluiten door een digitaal document, digitaal te ondertekenen.²² Hierbij kan een document bijvoorbeeld worden ondertekend met iDIN, een door banken aangeboden identificatiemiddel, dat vergelijkbaar is met DigiD.²³ Het probleem hierbij is dat voor aspirant verkopers en kopers niet op voorhand duidelijk is of deze wijze van ondertekenen gelijkgesteld kan worden met een handgeschreven handtekening.²⁴ Indien geen sprake is van een gekwalificeerde elektronische handtekening en een geplaatste digitale handtekening onvoldoende betrouwbaar blijkt te zijn, is de koopakte nietig.

Met de invoering van het schriftelijkheidsvereiste in art. 7:2 BW had de wetgever het oog op de aan beide partijen te bieden rechtszekerheid (zie par. 3). Deze rechtszekerheid kan bij het digitaal contracteren het beste worden gediend met de gekwalificeerde elektronische handtekening. Het zou daarom goed zijn als aan art. 7:2 BW wordt toegevoegd dat in geval van digitale ondertekening gebruik moet worden gemaakt van een gekwalificeerde elektronische handtekening. Art. 25 lid 1 eidas-verordening staat hier niet aan in de weg. Zo heeft de Nederlandse wetgever in art. IV van de uitvoeringswet eidas-verordening voor de geldigheid van bepaalde rechtshandelingen een gekwalificeerde handtekening voorgeschreven. Dit zijn art. 7:655 lid 3 BW en art. 7:932 lid 1 BW.²⁵

20. G.J.C. Lekkerkerker, 'Geen notariële akte, maar wél een elektronische koopakte?', *JBN* 2008 (10) 53.

21. F. van den Broek & E. Poll, 'Digitale handtekeningen: nieuwe technologie en nieuwe wet- en regelgeving', *P&I* 2014, p. 2-5.

22. Zie noot 2.

23. <https://www.idin.nl/> (geraadpleegd op 2 november 2017).

24. Zie bijvoorbeeld voor een beantwoording van de vraag of twee in de markt gebruikte methodes aan de betrouwbaarheidsvereisten van art. 3:15 a lid 2 sub a-d voldoen: G.J.C. Lekkerkerker, 'Een digitaal getekende koopovereenkomst', *JBN* 2014(9), 43.

25. In de eerst gemelde bepaling wordt bepaald dat de werkgever aan de werknemer bepaalde gegevens over de arbeidsovereenkomst moet verstrekken (datum indiensttreding, loon, arbeidstijd etc.) en dat als de werkgever dat elektronisch doet, dit ondertekend moet worden door een gekwalificeerde elektronische handtekening. Art. 7:932 lid 1 BW bepaalt voor het aangaan van een verzekeringsovereenkomst dat de verzekeraar zo spoedig mogelijk een akte (polis) afgeeft, waarin de overeenkomst is vastgelegd. Een polis die is opgemaakt op een wijze als bedoeld in art. 156a lid 1 Rv moet zijn voorzien van een elektronische handtekening.

Nu zou tegen een dergelijke toevoeging aan art. 7:2 BW kunnen worden ingebracht dat weinig particulieren de beschikking hebben over een gekwalificeerde handtekening en dat het verkrijgen hiervan bewerkelijk is. De toekomstige 'ondertekenaar' moet hiertoe een gekwalificeerd certificaat ontvangen van een 'gekwalificeerde verlener van vertrouwensdiensten'. Voorafgaande aan de afgifte van het certificaat controleert deze de identiteit van de persoon voor wie het certificaat bestemd is en registreert dit. Deze verificatie moet in fysieke aanwezigheid plaatsvinden.²⁶ De procedure tot het verkrijgen van een gekwalificeerde handtekening is naar mijn mening geen argument om voor het elektronisch ondertekenen van de koopakte dan maar geen gekwalificeerde handtekening te eisen. Om deel te kunnen nemen aan executievelingen via internet of aan de nieuwe dienst van de NVM om via *Funda* online te kunnen bieden, moet de deelnemer zich ook registreren en zich vooraf met een legitimatiebewijs laten identificeren bij een notaris respectievelijk een makelaar. Deze maatregelen zijn voor het deelnemen aan online rechtshandelingen al gebruikelijk.

Met het stellen van de eis dat voor de ondertekening van een digitale koopakte een gekwalificeerde elektronische handtekening is vereist, wordt ook tegemoetgekomen aan het bezwaar dat partijen door een klik van de muis gebonden zouden zijn en de rechtsbeschermende functie van art. 7:2 BW illusoir zou worden. Voor het zetten van een gekwalificeerde elektronische handtekening moet de ondertekenaar bewust enige handelingen verrichten, zodat een dergelijke elektronische ondertekening ook in dit opzicht met een handgeschreven handtekening kan worden vergeleken

6. Notaris en de digitale koopakte

Niet alleen partijen moeten kunnen vertrouwen op de geldigheid van een elektronische handtekening. Wanneer de notaris op basis van een onderhandse koopakte overgaat tot het opmaken van een akte van levering, moet hij nagaan of de koopakte door partijen is getekend.²⁷ Indien dit is gebeurd met een gekwalificeerde elektronische handtekening mag de notaris vertrouwen op de elektronische bevestiging van echtheid door het certificaat die hij als vertrouwende partij ontvangt en die afkomstig is van de gekwalificeerde verlener van vertrouwensdiensten.²⁸ Hij kan op die manier controleren of het document is ondertekend met de gekwalificeerde elektronische handtekeningen van koper en verkoper. Wanneer op deze wijze is ondertekend, staat vast dat de elektronische ondertekening dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening (art. 25 lid 2 eidas-verordening).

Daarnaast zal hij moeten nagaan of de bedenktijd is verstreken.²⁹ Deze begint te lopen op de dag na die waarop de door beide partijen ondertekende akte aan de koper ter hand is gesteld (art. 7:2 lid 2 BW). De vraag is hoe dit aanvangsmoment moet worden vastgesteld bij elektronische contractering. Art. 165a Rv bepaalt dat aan een wettelijke verplichting tot het verschaffen van een onderhandse akte alleen op een andere wijze dan bij geschrift kan worden voldaan met uitdrukkelijke instemming van degene aan wie de akte moet worden verschaft. In de laatste zin van deze bepaling wordt hieraan toegevoegd dat deze instemming niet nodig is indien de akte eveneens is ondertekend door degene aan wie de akte op grond van de wet moet worden verschaft. Dit betekent dat wanneer de koopakte door de koper elektronisch is ondertekend, de akte aan hem ook elektronisch ter hand kan worden gesteld, zonder dat hiervoor nog zijn uitdrukkelijke instemming nodig is.³⁰ De notaris, die wil controleren of de bedenktijd na elektronische ondertekening is verstreken, zal moeten nagaan of de koper deze akte elektronisch of schriftelijk heeft ontvangen en zo ja op welk moment.

26. Art. 18.15b lid 2 Telecommunicatiewet: 'De gekwalificeerde verlener van vertrouwensdiensten die tot afgifte van een op naam van een natuurlijk persoon gesteld gekwalificeerd certificaat overgaat, stelt daaraan voorafgaand de identiteit van die natuurlijke persoon vast aan de hand van de bij artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht aangewezen geldige documenten.'; zie ook: *Kamerstukken II*, 2015/16, 34413, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

27. Met Waaijer ben ik eens dat het 'voortbouwen' door de notaris op een langs elektronische weg tot stand gekomen koopovereenkomst niet impliceert dat hij ervoor kan instaan dat deze elektronische overeenkomst ook door verkoper en koper is getekend (B. Waaijer: 'Een digitale legalisatieverklaring van de notaris van een elektronische handtekening van zijn cliënt?', *WPNR* 2015, afl. 7049, p. 157-158). Dit neemt niet weg dat de notaris op grond van art. 39 Wna bij het verlijden van de op de koopakte volgende akte van levering een eigen verantwoordelijkheid heeft voor het vaststellen van de identiteit van de personen die voor hem verschijnen.

28. *Kamerstukken II*, 2015/16, 34413, nr. 3, p. 5 (MvT).

29. Het passeren van de akte van levering tijdens de bedenktijd is mogelijk, maar brengt onzekerheden met zich (zie hierover o.m. H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties: koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, par. 5.5.5 en C.G. Breedveld-de Voogd, diss., par. 6.6.4.).

30. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31358, nr. 7, p. 6; A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, par. 2.8.3.

De vraag is hoe de notaris moet handelen als er geen sprake is van ondertekening door middel van gekwalificeerde elektronische handtekeningen, maar door een andere minder betrouwbare elektronische handtekening. Strikt genomen mag immers op grond van art. 25 lid 1 eidas-verordening het rechtsgevolg van een elektronische handtekening niet worden ontkend louter op grond van het feit dat de handtekening elektronisch is of niet aan de eisen voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen voldoet. Daarnaast bepaalt art. 3:15a BW dat ook andere elektronische handtekeningen dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening hebben, mits aan de open norm van voldoende betrouwbaarheid is voldaan. Met het oog op de rechtsonzekerheid die een niet gekwalificeerde handtekening met zich brengt, lijkt het mij gerechtvaardigd dat de notaris in dit geval een uitdraai maakt van het elektronisch ondertekende document en partijen verzoekt dit met een handgeschreven handtekening te ondertekenen. Een afschrift van dit op papier ondertekende document kan vervolgens aan beide partijen worden toegezonden. Een dergelijke procedure lijkt mij ook met het oog op het verstrijken van de bedenktijd een praktisch scenario.

7. Digitale akte van levering

Wanneer naast de koopakte ook de akte van levering digitaal tot stand zou kunnen komen, zou het gehele traject voor de overdracht van een woning digitale werkelijkheid zijn. Dit is echter vooralsnog niet het geval. Hiervoor zijn verschillende wettelijke belemmeringen. In de eerste plaats is art. 156a Rv, dat bepaalt dat een akte ook op andere wijze dan bij geschrift kan worden opgemaakt, alleen van toepassing op onderhandse akten. In de tweede plaats is art. 227a BW, dat onder bepaalde voorwaarden een elektronische overeenkomst gelijkstelt met een schriftelijke overeenkomst, niet van toepassing op overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent (art. 227a lid 2 BW). In de derde plaats geldt krachtens art. 41 Wna dat de akte op deugdelijk materiaal moet zijn gesteld en tot slot bepaalt art. 43 Wna dat partijen moeten verschijnen bij het verlijden van de akte.

De vraag is of het wenselijk is deze regels te veranderen om een digitale akte mogelijk te maken. Hierover is al het nodige geschreven.³¹ De drie belangrijkste bezwaren tegen het elektronisch tot stand komen van een notariële akte liggen op het gebied van de archief functie van de akte, de naleving van de Wet ter voorkoming witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) en de uitoefening van de zorgplichten van de no-

taris waaronder de algemene informatieplicht, de wilscontrole en de bijzondere informatie- en waarschuwingsplicht (*Belehrungspflicht*).³² Vooral bij de overdracht van woningen door particulieren dient met het oog op de te bieden rechtszekerheid en rechtsbescherming niet lichtvaardig te worden geconcludeerd dat deze zorgplichten van de notaris ook op afstand kunnen worden uitgeoefend buiten de fysieke aanwezigheid van partijen. De vraag of voormelde zorgplichten op afstand kunnen worden uitgeoefend is dus een van de vragen die positief moet worden beantwoord voordat een digitale notariële akte zou kunnen worden ingevoerd. Om deze reden heeft het bestuur van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) een issuegroep ingesteld om te onderzoeken wat de mogelijkheden en knelpunten zijn van het bevelen op afstand en onder welke voorwaarden dit zou moeten plaatsvinden.³³ Deze issuegroep heeft in

31. R.E. van Esch, 'Elektronische rechtshandelingen', in H. Franken e.a., *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer* (Preadvis KNB 1996), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 57-62; G.J.C. Lekkerkerker, 'Grote stappen ver van huis? Iets over het belang van informatie- en communicatietechnologie in het notariaat', *JBN* 2010/39; M.M.G.B. van Drunen en B. Sniijders-Kuipers, 'De digitale notariële akte', in H.B. Krans e.a. (red), *Digitaal Privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 53-68; PC. van Es, 'Innovaties in het notariaat; een wettelijk en tuchtrechtelijk kader', *WPNR* 2014/7020.
32. Zie over de bezwaren met betrekking tot de archief functie en de bevelingsplicht: A.A. van Velten, *Klik zei de muis en weg was het huis* (Ars Notariatus nr. 142), Deventer: Kluwer 2009, p. 25-37 en (ook over de bezwaren met het oog op de naleving van de WWFT): M.M.G.B. van Drunen & B. Sniijders-Kuipers, 'De digitale notariële akte', in H.B. Krans e.a. (red), *Digitaal Privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 53-68.
33. Deze issuegroep bestond uit de volgende leden: mw. C.G. Breedveld-de Voogd, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden (voorzitter), mw. N. Janssen (secretaris), J. de Kroon, notaris te Zwolle en voorzitter Stichting IT-notaris, R.V. van der Kuijper, namens het bestuur van de KNB, mw. A.M.T. Smelt, namens het bestuur van de KNB, S.A.H. Smits, notaris te Baarle-Nassau en M.C. Stout, notaris te Zevenbergen. De commissie heeft extern advies ingewonnen bij M.J. van Duijn (taal en literatuurwetenschapper en universitair docent aan de Universiteit Leiden) over de waarde die in de communicatiewetenschap wordt gehecht aan de verschillende wijzen en methoden van communicatie.

2016 rapport uitgebracht.³⁴ In dit rapport trok de commissie mede op basis van tuchtrechtelijke jurisprudentie de conclusie dat de wilscontrole-rende taak van de notaris, zijn informatieplicht en bijzondere waarschuwingsplicht in beginsel in een persoonlijk gesprek dienen te worden uitgeoefend, welk gesprek in de regel bij het passeren van de akte zal plaatshebben.³⁵ Wanneer bij het passeren van de akte een partij bij volmacht verschijnt, zal dit gesprek op een eerder moment moeten geschieden. Dit betekent volgens de commissie dat een volledig gedigitaliseerd traject, waarin zowel in de voorfase als in de passerfase geen face-to-face gesprek plaats heeft, vooralsnog niet past in de tuchtrechtelijke jurisprudentie.³⁶ Deze jurisprudentie betrof steeds transacties waarbij particuliere partijen betrokken waren.

Op grond van bovenstaande tuchtrechtelijke jurisprudentie kan ook ten aanzien van de overdracht van woningen waarbij particuliere partijen zijn betrokken, worden aangenomen dat bij het tot stand komen van de notariële akte de beehrungspflicht (in de ruime betekenis van het woord) door de notaris in fysiek samenzijn met partijen moet worden uitgeoefend. Dit alles is uiteindelijk gebaseerd op de zorgplicht die in art. 17 lid 1 Wna is neergelegd, namelijk dat de notaris de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te behartigen. Hij moet er daarom voor zorgen dat de cliënt hem begrijpt en dat zijnerzijds hem geen essentiële informatie ontgaat.³⁷ Dit betekent naar mijn mening dat een digitale notariële leveringsakte bij de levering van woningen door of aan particulieren niet wenselijk is.

8. Digitale overdracht van woningen; conclusie

De onderhandse koopakte van een woning door een particulier kan ook digitaal tot stand komen. Art. 25 lid 2 eidas-verordening bewerkstelligt dat een elektronische akte, die door koper en verkoper is ondertekend met een gekwalificeerde elektronische handtekening, de zekerheid biedt dat deze op rechtsgeldige wijze is ondertekend. Met het oog op de rechtszekerheid en de rechtsbescherming die het vormvoorschrift van art. 7:2 lid 1 BW beoogt te bieden, verdient het aanbeveling voor de ondertekening van elektronische koopakten met betrekking tot woningen wettelijk een gekwalificeerde elektronische handtekening voor te schrijven.

De akte van levering kan op grond van de huidige wetgeving nog niet in elektronische vorm worden opgemaakt. Dit betekent dat niet het gehele traject van de overdracht van woningen digitaal

kan plaatsvinden. Indien een digitale notariële akte in de toekomst al tot de mogelijkheden zou gaan behoren, verdient het de voorkeur met het oog op de uitoefening van de notariële zorgplichten een digitale notariële akte niet toe te staan bij de levering van registergoederen in het geval een of beide partijen niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

34. Het standpunt, dat het bestuur van de KNB op basis van dit rapport heeft ingenomen, is in de ledenraad van 14 juni 2016 onderschreven. Dit standpunt kwam voor wat betreft de volgende twee punten overeen met het standpunt van de commissie: 1 Ook wanneer het contact tussen de notaris en partijen tot stand is gekomen via communicatie op afstand, draagt de notaris er zorg voor dat hij volledig kan voldoen aan zijn onderzoeks- en controleverplichtingen, aan zijn algemene informatieplicht en aan zijn bijzondere waarschuwingsplicht. 2. Het ligt op de weg van de notaris te kiezen voor een vorm van communicatie, die het uitoefenen van voormelde plichten mogelijk maakt. Hierbij moet rekening worden gehouden met de hoedanigheid van partijen en de aard en kwaliteit van de eerdere contacten met de betreffende partijen. Het voorstel van de issuegroep om in beginsel een keer in het traject een persoonlijk gesprek te laten plaatsvinden vindt het bestuur te ver gaan. In sommige gevallen zou volgens het standpunt van het bestuur door de notaris genoegen moeten kunnen worden genomen met een andere vorm van communicatie dan een persoonlijk gesprek.
35. De jurisprudentie waar de commissie haar conclusie op baseert is: Hof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2270 (*Hema*); Hof Amsterdam 8 januari 1998, nr. 649/97, WPNR 98/6299, p. 70-71 (*Samenlevingsovereenkomsten*) en Hof Amsterdam 22 juli 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AQ4770, NJ 2004/577 (*Erfpachconversies*).
36. Deze conclusie wordt ook getrokken door: P. Blokland, 'De zorg- en informatieplicht van de notaris in het digitale tijdperk', WPNR 2015, afl. 7073, p. 707-714 en M.M.G.B. van Drunen en B. Sniijders-Kuipers in 'De digitale notariële akte', in H.B. Krans e.a. (red), *Digitale Privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 60-68.
37. Lekkerkerker heeft er daarom op gewezen dat een digitaal programma dat leidt tot de opstelling van een bepaalde notariële akte, altijd de mogelijkheid moet hebben met de cliënt nader in contact te komen, wanneer de notaris een gebrek in de wilsvorming vermoedt (G.J.C. Lekkerkerker, 'Nieuwe toepassingen van informatie- en communicatietechnologie voor de notaris en zijn client', WPNR 2014, afl. 7013, p. 322-326).