

De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht

*Mr. T.J. de Graaf**

1 Inleiding

Naarmate steeds meer rechtshandelingen elektronisch in plaats van schriftelijk worden verricht, rijzen steeds vaker twee vragen ten aanzien van ons burgerlijk recht: is het elektronisch verrichten van rechtshandelingen rechtsgeldig en heeft dat dezelfde bewijskracht als wanneer het schriftelijk zou geschieden?

Het antwoord op de eerste vraag is dat ons recht weinig vormvoorschriften kent en rechtshandelingen in veel gevallen dus net zo goed rechtsgeldig elektronisch kunnen worden verricht als mondeling of schriftelijk. Er zijn echter uitzonderingen: in sommige gevallen eist de wet dat rechtshandelingen schriftelijk moeten worden verricht en in andere gevallen zelfs dat sprake moet zijn van een akte, dat wil zeggen een ondertekend geschrift bestemd om tot bewijs te dienen (art. 156 Rv).¹ Wordt niet aan zo'n vormvoorschrift voldaan, dan is de betreffende rechtshandeling nietig, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 3:39 BW). Voor die gevallen waarin de wet zo'n vormvoorschrift stelt, zal onderzocht worden of er algemene of specifieke wettelijke regelingen zijn op grond waarvan de elektronisch vorm met de schriftelijke kan worden gelijkgesteld, of dat daarover in de parlementaire geschiedenis in algemene of specifieke zin opmerkingen zijn gemaakt. Dat doe ik ten aanzien van overeenkomsten in algemene zin (Boek 3 en 6 BW) en een aantal veel voorkomende eenzijdige rechtshandelingen.²

Het antwoord op de tweede vraag, of het elektronisch verrichten van rechtshandelingen dezelfde bewijskracht heeft als

wanneer dat schriftelijk zou geschieden, geef ik alleen ten aanzien van de onderhandse akte. Als van een zodanige gelijkstelling sprake is, dan kan immers worden geprofitteerd van een bewijsrechtelijk voordeel, te weten de dwingende bewijskracht. Dwingende bewijskracht houdt in dat de in die onderhandse akte opgenomen verklaringen, behoudens tegenbewijs, geacht worden waar te zijn (art. 157 lid 2 jo. art. 151 Rv). Vanwege deze bewijskracht is het beantwoorden van de gestelde vraag relevant, ook in de overgrote meerderheid van de gevallen waarin de wet geen vormvereiste stelt.

2 Schriftelijkheidsvereiste bij eenzijdige rechtshandelingen

Ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen eist de wet soms dat ze schriftelijk moeten geschieden. In 2002 uitte de wetgever het voornemen te bezien of een algemene wettelijke regeling waardoor eenzijdige elektronische rechtshandelingen met schriftelijke gelijk kunnen worden gesteld wenselijk en mogelijk is. In de memorie van antwoord bij de aanpassingswet ter implementatie van de Richtlijn elektronische handel merkt hij daarover het volgende op:

‘Voor een werkelijke gelijkstelling in het vermogensrecht zou het (...) nodig zijn de materie op een algemener niveau, in het bijzonder dat van de rechtshandeling, te regelen en daarbij tevens andere mogelijke belemmerende (vorm)vereisten dan de eis van schriftelijkheid in de beschouwing te betrekken. Aangezien het de bedoeling is de privaatrechtelijke wetgeving zoveel als – mede in het licht van technologische ontwikkelingen bezien – mogelijk is geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer, bestaat het voornemen de wenselijkheid en mogelijkheid van een dergelijke algemene regeling voor het vermogensrecht op korte termijn te bezien.’³

Zo'n algemene regeling is er helaas nooit gekomen. Daardoor kan niet op basis van een wettelijke bepaling worden geconclu-

* Mr. T.J. de Graaf is universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1. In weer andere gevallen verplicht de wet tot het verschaffen van een onderhandse akte. Vanwege de omvang van deze bijdrage wordt daar niet op ingegaan en korthedshalve verwezen naar art. 156a lid 2 Rv.
2. Vanwege de omvang van deze bijdrage blijven buiten beschouwing de benoemde overeenkomsten (Boek 7 BW) en een aantal andere rechtshandelingen zoals bijvoorbeeld de elektronische volmacht, waarover F. Baggerman & L.W. Kelterman, *Nieuwerwetse fratsen 2.0: over digitaal ondertekende volmachten*, WPNR 2016/7123, p. 843-846.

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

deerd dat overal waar de wet een schriftelijkheidsvereiste stelt ten aanzien van een eenzijdige rechtshandeling, aan dat vereiste ook kan worden voldaan door een elektronische eenzijdige rechtshandeling.

Wel is aan een aantal wettelijke bepalingen met betrekking tot eenzijdige rechtshandelingen waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt, een mogelijkheid toegevoegd om die rechtshandeling ook elektronisch te verrichten. Zo vindt een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring plaats door een schriftelijke verklaring (art. 6:267 lid 1 eerste zin BW). Een elektronisch tot stand gekomen overeenkomst kan echter ook door een elektronische verklaring worden ontbonden, op welke verklaring art. 6:227a lid 1 BW (waarover later meer) van overeenkomstige toepassing is.

Als in de betreffende wetsbepaling geen mogelijkheid is toegevoegd die rechtshandeling elektronisch te verrichten, kan toevlucht worden gezocht tot de parlementaire geschiedenis. In algemene zin laat de wetgever weten dat 'voor andere rechtshandelingen dan (verbintenisscheppende) overeenkomsten vooralsnog aan de hand van de bestaande bepalingen zal moeten worden gezien of en onder welke voorwaarden de desbetreffende rechtshandeling ook langs elektronische weg rechtsgeldig kan worden verricht. Het enkele feit dat in de wet het woord «schriftelijk» of een daarvan afgeleid woord is gebruikt, behoeft daaraan overigens niet steeds in de weg te staan.'⁴

Een aantal jaren later buigt de wetgever zich, dankzij vragen uit de Eerste Kamer, over twee specifieke eenzijdige rechtshandelingen waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt: de ingebrekestelling en de stuiting. Elektronische ingebrekestellingen moeten volgens hem met schriftelijke worden gelijkgesteld omdat de in art. 6:82 BW voorkomende term 'schriftelijk' niet zo beperkt moet worden opgevat. Ter onderbouwing merkt hij daarbij op: 'Reeds bij de totstandkoming van deze bepaling is erop gewezen dat deze term ook omvat een telegram en een telexbericht. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 290. Mede gezien de ratio van deze bepaling kan daar ook een langs elektronische weg verzonden aanmaning onder begrepen worden.'⁵ Iets soortgelijks geldt voor elektronische stuitingen (art. 3:317 BW). Voor een gelijkstelling van een elektronische stuiting met een schriftelijke geldt volgens de wetgever het volgende: 'Als voorwaarden waaraan een rechtsgeldige stuiting langs elektronische weg moet voldoen, kan gedacht worden aan vergelijkbare voorwaarden als die zijn opgesomd in artikel 6:227a, eerste lid, BW.'⁶ en die voorwaarden bieden de praktijk naar zijn inschatting 'voldoende houvast'.⁷ De wetgever voegt daaraan toe dat hem geen signalen hebben bereikt dat de praktijk behoefte heeft aan een nadere wettelijke regeling en dat hij daarvoor dan ook geen aanleiding ziet. Interessant is dat vol-

gens de parlementaire geschiedenis voor een elektronische stuiting zwaardere eisen gelden dan voor een elektronische ingebrekestelling. Immers, in het eerste geval wordt verwezen naar de eisen in art. 6:227a BW en in het tweede geval niet.

3 Schriftelijkheidsvereiste bij overeenkomsten

In bepaalde gevallen schrijft de wet voor dat een overeenkomst schriftelijk tot stand moet komen.⁸ Gelukkig is er een algemene bepaling op grond waarvan dat ook elektronisch kan. Deze bepaling is te danken aan art. 9 lid 1 Richtlijn elektronische handel, op grond waarvan de lidstaten ervoor dienden te zorgen dat 'hun rechtsstelsel het sluiten van contracten langs elektronisch weg mogelijk maakt.'⁹ Met name dienden de lidstaten zich ervan te vergewissen dat 'de regels met betrekking tot de totstandkoming van contracten geen belemmering vormen voor het gebruik van langs elektronische weg gesloten contracten, noch ertoe leiden dat dergelijke contracten, omdat zij langs elektronische weg tot stand zijn gekomen, zonder rechtsgevolg blijven en niet rechtsgeldig zijn.' De Nederlandse wetgever nam vervolgens art. 6:227a BW op, waarvan de hoofdregel luidt:

1. Indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt, is aan deze eis tevens voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg is totstandgekomen en
 - a. raadpleegbaar door partijen is;
 - b. de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is;
 - 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.¹⁰

Art. 6:227a BW geldt volgens het tweede lid van dat artikel niet voor overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomenst voorschrijft van een rechter, overheidsorgaan of beroepsbeoefenaar met een publieke taak (bijvoorbeeld notaris). Voor alle duidelijkheid, art. 6:227a BW geldt alleen als de wet voorschrijft dat een overeenkomst 'slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt'. Bij gebreke aan zo'n vormvereiste is een elektronisch gesloten overeenkomst net zo geldig als een schriftelijke of mondelinge overeenkomst.

4. Kamerstukken I 2003/04, 28197, C, p. 6 (MvA).

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

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

7. Kamerstukken I 2009/10, 31358, E, p. 6 (nader MvA).

8. Gedacht kan worden aan het arbeidsrecht, waar een proeftijd schriftelijk wordt overeengekomen (art. 7:652 lid 2 BW) of waarbij het werkgever en werknemer in bepaalde gevallen is toegestaan van een wettelijke hoofdregel af te wijken, mits bij schriftelijke overeenkomst (bijvoorbeeld art. 7:628 lid 5 BW waardoor de werkgever de werknemer in bepaalde gevallen geen loon hoeft te betalen, ook al was de werknemer bereid werk te verrichten).

9. 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).

10. Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, Stb. 2004, 210.

Interessant aan art. 6:227a lid 1 BW is dat door het herhaaldelijk gebruik van het woord ‘voldoende’, de vereisten betrekkelijk vaak zijn. De wetgever formuleert dat als voordeel – ‘Met behulp van het woord «voldoende» kan hier de grens op de juiste plaats worden getrokken»¹¹ –, maar voor contractspartijen (en hun adviseurs) is het daardoor op voorhand lastig te bepalen of aan deze eisen wordt voldaan bij gebruikmaking van ICT-systemen voor het elektronisch sluiten en archiveren van overeenkomsten waarvoor een schriftelijkheidsvereiste geldt. Daar komt bij dat de eisen a tot en met d volgens de wettekst cumulatief zijn, maar dat geeft volgens de wetgever enkel aan dat de bedoelde gelijkstelling in ieder geval plaatsvindt als aan alle eisen wordt voldaan, maar het niet ondenkbaar is ‘dat de rechter daarnaast in een concreet geval tot de conclusie komt dat gelijkstelling op zijn plaats is, ook al is niet aan alle vier genoemde voorwaarden voldaan.’¹²

4 Schriftelijkheids- en ondertekeningsvereiste door aktevereiste

In sommige gevallen vereist de wet een akte, denk aan de cessieakte (art. 3:94 BW), pandakte (onder andere art. 3:237 lid 1 en 3:239 lid 1 BW)¹³ en overdrachtsakte met betrekking tot een auteursrecht (art. 2 lid 3 Aw) of octrooirecht (art. 65 lid 1 ROW 1995). ‘Akten zijn ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen’, aldus art. 156 Rv. Er zijn twee vormen van akten: de authentieke (= notariële) akte en de onderhandse akte (iedere akte die niet authentiek is), zie art. 156 lid 2 respectievelijk lid 3 Rv. Aangezien er nog geen wettelijke mogelijkheden zijn voor een elektronische authentieke akte, zal ik hierna alleen over de elektronische onderhandse akte spreken. Wil een akte elektronisch kunnen worden opgemaakt, dan moeten er wettelijke bepalingen zijn waardoor er ook elektronisch aan het ondertekeningsvereiste én het schriftelijkheidsvereiste kan worden voldaan.¹⁴ Die zijn er, en wel de volgende.

4.1 Ondertekening

Voordat de wettelijke gelijkstelling van een elektronische ondertekening met een schriftelijke wordt besproken, helpt het terug te gaan naar basis: wat is de functie van een handte-

kening?¹⁵ Een handtekening¹⁶ wordt door de degene die hem zet (de ondertekenaar) gebruikt om zich te identificeren: om duidelijk te maken wie hij is. Het is vervolgens aan degene die het aldus ondertekende stuk ontvangt om desgewenst, met gebruikmaking van de aldus gezette handtekening, de ondertekenaar te authenticeren: het betrouwbaar kunnen aantonen dat de ondertekenaar degene is die hij zegt/pretendeert te zijn.¹⁷ Deze functies van een schriftelijke handtekening zijn ook te herkennen in een elektronisch handtekening.

De gelijkstelling van een elektronische ondertekening met een schriftelijke ondertekening is geregeld in de eIDAS-verordening.¹⁸ Er zijn drie soorten elektronische handtekeningen. Van eenvoudig naar complex zijn dat: de gewone, de geavanceerde en de gekwalificeerde. *Gewone* elektronische handtekeningen zijn elektronische gegevens die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere elektronische gegevens en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen (art. 3 sub 10 eIDAS-verordening), bijvoorbeeld een ingescande handtekening. *Geavanceerde* elektronische handtekeningen zijn gewone elektronische handtekeningen die: (a) op unieke wijze aan de ondertekenaar zijn verbonden, (b) het mogelijk maken de ondertekenaar te identificeren, (c) tot stand komen met gegevens die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken en (d) op zodanige wijze aan de ondertekende gegevens zijn verbonden, dat elke wijziging daarvan achteraf kan worden opgespoord (art. 3 sub 11 jo. 26 eIDAS-verordening). *Gekwalificeerde* elektronische handtekeningen zijn geavanceerde elektronische handtekeningen die zijn (a) aangemaakt met geconfigureerde soft- of hardware (i) die wordt gebruikt om een elektronische handtekening aan te maken en (ii) voldoet aan bepaalde eisen (gesteld in bijlage II van de eIDAS-verordening) en (b) gebaseerd op een certificaat voor elektronische handtekeningen (i) dat is afgegeven door een verlener van vertrouwensdiensten die door een toezichthoudend orgaan de status van gekwalificeerde heeft gekregen (een zogeheten Trusted Third Party (TTP)) en (ii) voldoet aan bepaalde eisen (gesteld in bijlage I van de eIDAS-verordening), zie art. 3 sub 12 eIDAS-verordening.¹⁹

Deze drie soorten elektronische handtekening kunnen in twee categorieën worden verdeeld: enerzijds de gewone en de geavanceerde en anderzijds de gekwalificeerde elektronische

11. Kamerstukken II 2001/02, 28197, 3, p. 52-53 (MvA).

12. Kamerstukken II 2001/02, 28197, 3, p. 53 (MvA).

13. Overigens kan een elektronische onderhandse cessie- of pandakte niet elektronisch bij de Belastingdienst worden geregistreerd. Die registratie is wel constitutief voor de cessie of verpanding. Zie voor nieuwe ontwikkelingen op dat vlak De Haan, De ontwikkeling van de verzamelpandakte na invoering van elektronische registratie, WPNR 2016/7095, p. 155-160 en Berleen, Pandaktheregistratie van Belastingdienst naar blockchain: een verkenning, MvV 2018, afl. 3, p. 87-93.

14. Eigenlijk moet ook worden vastgesteld of het elektronisch bestand bestemd is om tot bewijs te dienen, maar in de literatuur en de praktijk wordt aan dat vereiste in de regel voorbijgegaan en dat doe ik hier ook.

15. Zie voor een uiteenzetting van de functies van handtekeningen, en overigens ook geschriften, in het kader van de gelijkstellingsvraag al meer dan twintig jaar geleden S.M. Huydecoper & R.E. van Esch, Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?, ITeR-reeks nr. 7, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom BedrijfsInformatie 1997, p. 71-162.

16. Een paraaf kan tegenwoordig gelijkgesteld worden met een handtekening ‘indien de paraaf de desbetreffende persoon in voldoende mate individualiseert’, zie HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:PR:2012:BV6698, NJ 2012/570 (Habel/Grapofex).

17. Dat kan bijvoorbeeld door een persoon langs te laten komen, vast te stellen dat zijn gezicht overeenkomt met de foto op zijn paspoort en de schriftelijke handtekening die hij ter plekke zet te vergelijken met de handtekening in zijn paspoort. Gewoon fysiek dus.

18. Verordening (EU) 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG (eIDAS-verordening).

19. Zie, meer specifiek, voor de vereisten onder (a) art. 3 onder 23 jo. 29-30 en (b) art. 3 onder 15 jo. 28 eIDAS-verordening.

handtekening. Aan een gekwalificeerde elektronische handtekening moet, zoals we zagen, een TTP te pas komen die een certificaat afgeeft waarmee kan worden vastgesteld dat de ondertekenaar degene is die hij zegt/pretendeert te zijn (authenticeren). Voldoet de gekwalificeerde elektronische handtekening aan de daaraan gestelde eisen, dan heeft die handtekening *automatisch* hetzelfde rechtsgevolg als een schriftelijke handtekening (art. 25 lid 2 eIDAS-verordening). Dat is anders bij de gewone en geavanceerde elektronische handtekeningen: daaraan hoeft geen TTP te pas te komen en die hebben niet automatisch hetzelfde rechtsgevolg als een schriftelijke handtekening, maar hebben alleen hetzelfde rechtsgevolg '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.' (art. 3:15a BW).

Bovenstaande eisen zijn nogal complex. Ten aanzien van het vorige art. 3:15a BW merkten W. Sniijders en H.J. Sniijders op dat 'art. 3:15a uitmunt door vaagheid' respectievelijk dat 'degene die onderzoekt of hij de elektronische handtekening zal gebruiken de moed al in de schoenen zinkt voordat hij halverwege het rijtje van de zes eisen van het tweede lid is gekomen, dat voorziet in een zogenaamde "gekwalificeerde" (...) elektronische handtekening.'²⁰ Contractspartijen hoeven overigens niet altijd te springen met lemen voeten; zij kunnen contractueel (en, voor zover het hen om de bewijskracht gaat: door middel van een bewijsovereenkomst²¹) afwijken van de eisen gesteld aan de gewone en geavanceerde elektronische handtekening (maar niet van de eisen gesteld aan de gekwalificeerde elektronische handtekening, omdat de eIDAS-verordening die ruimte niet biedt).²² Onder het regime van het oude art. 3:15a BW kan die partijafpraak vormvrij worden

gemaakt, onder het huidige regime is dat vermoedelijk ook het geval.²³

4.2 Schriftelijkheid

De gelijkstelling van een elektronisch bestand met een geschrift is geregeld in art. 156a Rv.²⁴ Dit artikel bepaalt dat ook aan het vereiste van een geschrift voldoen kan worden door gebruik van een elektronisch bestand als het degene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert in staat stelt om de inhoud van de akte op te slaan op zodanige wijze dat die inhoud (a) toegankelijk is voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen en (b) ongewijzigd kan worden gereproduceerd. Belangrijk is dat alleen de *mogelijkheid* moet worden geboden het elektronische bestand op zodanige wijze op te slaan op een gegevensdrager dat aan de eisen (a) en (b) wordt voldaan. Degene die de akte opmaakt hoeft zodoende niet in te staan voor de kwaliteit van die gegevensdrager waarop de ander het bestand opslaat. Op de keuze van die drager door degene die het bestand opslaat, heeft degene die de akte opmaakt immers geen invloed.²⁵

Overigens wordt het hulpmiddel waarop de inhoud op zodanige wijze kan worden opgeslagen in andere wetsbepalingen als duurzame gegevensdrager aangeduid, zie bijvoorbeeld art. 6:230g lid 1 sub h BW en art. 1:1 Wft. Duidelijk is dat papier, USB-sticks, cd-roms, dvd's, geheugenkaarten, harde schijven en zelfs e-mails als zo'n hulpmiddel kwalificeren, zie wat betreft de Richtlijn consumentenrechten overweging 23 van die richtlijn.²⁶ De vraag is of ook een website daaronder valt. In het kader van de Richtlijn koop op afstand²⁷ oordeelde het Europese Hof van Justitie in de zaak Content Services dat een duurzame drager functioneel equivalent moet zijn aan een papieren drager en dat de website van Content Services, die voor de consument enkel toegankelijk is door het aanklikken van een medegedeelde hyperlink, niet als zo'n duurzame dra-

20. W. Sniijders, Vormvoorschriften; Summers vs Vranken, in: A.F. Salomons & G.J.P. de Vries (red.), Pro forma? Opstellen over de rol van formele regels en vormvoorschriften in het privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 203 respectievelijk H.J. Sniijders, Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen (I), WPNR 2010/6863, p. 812. Degenen die de moed niet hebben verloren verwijs ik, voor een wat meer technische uitleg van elektronische handtekeningen onder de voorloper van de eIDAS-verordening, naar F. van den Broek & E. Poll, Digitale handtekeningen: nieuwe technologie en nieuwe wet- en regelgeving, P&I 2014, afl. 1, p. 2-10.

21. H.J. Sniijders, Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen (I), WPNR 2010/6863, p. 814, voetnoot 34, die Thoe Schwartzberg dankt voor deze suggestie.

22. Kamerstukken II 2015/16, 34413, 3, p. 63 (MvT), waar ook nogal cryptisch wordt opgemerkt: 'Op grond van het voorgestelde artikel is de partijafpraak een omstandigheid die in aanmerking genomen wordt bij het oordeel over de betrouwbaarheid van de methode die voor ondertekening is gebruikt.' En waarmee hopelijk geen afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid van contractspartijen te bepalen dat 'hun' elektronische handtekening gelijkgesteld wordt met een schriftelijke (behoudens op grond van art. 6:248 lid 2 BW uiteraard).

23. Kamerstukken I 2002/03, 27743, 35, p. 9 (MvA) waar wordt opgemerkt: 'Partijen zijn vrij om onderling overeen te komen of zij elektronisch ondertekende gegevens zullen aanvaarden en zo ja, onder welke voorwaarden, uiteraard in de mate die door het nationale recht wordt toegestaan. Zij kunnen dus zowel een hoger als een lager veiligheidsniveau overeenkomen dan in de leden 2 en 3 van artikel 3:15a BW staat opgenomen. De wijze waarop zij dit overeenkomen is in beginsel niet aan vormvoorschriften gebonden.'

24. Deze bepaling is in ons BW terechtgekomen als gevolg van de wet Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, Stb. 2010, 222.

25. Kamerstukken II 2007/08, 31357, 3, p. 4 (MvT).

26. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn consumentenrechten).

27. Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (Richtlijn koop op afstand).

ger kan worden beschouwd.²⁸ Met Van Esch ben ik van mening dat het HvJ EU niet heeft besloten dat een website nimmer als een duurzame drager geldt.²⁹ Annotator Mok vindt de argumentatie van het Hof niet sterk. Hij wijst erop dat de consument, direct na ontvangst van de hyperlink, die informatie zo kan opslaan dat de verkoper die niet meer kan wijzigen.³⁰ Dat neemt naar mijn idee niet weg dat, tussen het versturen van de hyperlink en het aldus opslaan door de consument, de webpagina van Content Services waarnaar de hyperlink linkt, gewijzigd kan zijn en dat de webpagina zoals deze bestond ten tijde van het sluiten van de overeenkomst dus kan verschillen van de opgeslagen webpagina. Dat leidt op z'n minst tot allerlei bewijsrechtelijke problemen. Om die reden schaar ik mij niet achter de door Mok aangedragen oplossing.

In het kader van de Richtlijn consumentenkrediet verduidelijkt het HvJ EU in de zaak BAWAG dat een website, i.c. een e-bankingwebsite, wél als duurzame drager kwalificeert: 'deze website biedt de gebruiker de mogelijkheid om de aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat deze gedurende een passende termijn kan worden geraadpleegd en ongewijzigd kan worden gereproduceerd, zonder dat de aanbieder of een andere professional de inhoud ervan eenzijdig kan wijzigen.'³¹

Het een en ander komt wat betreft een website waarmee elektronische onderhandse aktes worden opgemaakt erop neer dat, wil de website gelijk kunnen worden gesteld met een schriftelijke onderhandse akte, de betreffende informatie: (a) toegankelijk moet zijn voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen (dus een passende termijn, aldus het HvJ EU) en (b) ongewijzigd kan worden gereproduceerd (dus zonder dat iemand de inhoud van de website kan wijzigen, aldus het HvJ EU).³²

5 Bewijsrechtelijke voordelen van een akte

Hierboven zagen we aan welke eisen een elektronische onderhandse akte moet voldoen, wil ze met een schriftelijke kunnen worden gelijkgesteld en dus aan een wettelijk vormvoorschrift ter zake kan worden voldaan. Ook als geen sprake is van een

vormvereiste, is die gelijkstelling relevant. Immers, als een elektronische onderhandse akte gelijkgesteld kan worden met een schriftelijke, dan komt daaraan dwingend bewijs toe (art. 157 lid 2 Rv): wat de ondertekenaar in de elektronische onderhandse akte heeft verklaard wordt geacht waar te zijn, behoudens tegenbewijs (art. 151 Rv), en kan tegen hem worden gebruikt.³³ Anders gezegd: een rechter moet de inhoud van het in die akte verklaarde als vaststaand aannemen, behoudens tegenbewijs.³⁴

Tegelijkertijd kan men zich afvragen of art. 156a Rv veel toevoegt. Doordat bewijs in de regel door alle middelen kan worden geleverd en de rechter vrij is in de waardering daarvan (art. 152 Rv), zal een partij die de rechter ervan kan overtuigen dat zijn elektronisch bewijsmiddel aan de eisen van art. 156a Rv voldoet, ook wel in staat zijn de rechter ervan te overtuigen dat wat in het betreffende elektronische bestand staat waar is, zelfs als art. 156a Rv er niet zou zijn geweest, aldus Linnemann.³⁵ Toch denk ik dat art. 156a Rv in zoverre nut heeft nu het een aantal handvatten aanreikt aan de hand waarvan een rechter over een gelijkstellingsvraag kan oordelen. Toegegeven zij dat de criteria dermate vaag zijn dat ze weinig houvast bieden, zeker wanneer – zoals we hierboven in een andere context constateerden ten aanzien van de criteria in art. 6:227a BW – wordt gevraagd te adviseren over de bewijskracht van onderhandse aktes die met gebruikmaking van een ICT-systeem elektronisch zullen worden opgemaakt en gearhiveerd.

6 Conclusie

Als de wet eist dat het verrichten van eenzijdige rechtshandelingen of sluiten van overeenkomsten schriftelijk of door middel van een onderhandse akte moet geschieden, is het nog niet zo eenvoudig om vast te stellen of dat ook elektronisch kan. Het antwoord op die vraag is te vinden in een lappendekken aan algemene en specifieke wettelijke gelijkstellingen, maar ook in algemene en specifieke uitspraken in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot twee wetsvoorstellen. Zelfs wanneer de wet een zodanig vormvereiste niet kent, is het relevant die bronnen te raadplegen. Als een overeenkomst immers in een elektronische onderhandse akte wordt gegoten en aan de daaraan gestelde eisen wordt voldaan, dan kan die elektronische onderhandse akte gelijk worden gesteld met een schriftelijke en komt aan haar dwingende bewijskracht toe. Overigens zijn de gestelde eisen vrij algemeen van aard, niet altijd cumulatief terwijl de wettekst dat wel doet vermoeden en soms van overeenkomstige toepassing op situaties waarvoor ze oorspronkelijk niet zijn geschreven. Het is tijd dat die lappendeken eens flink wordt opgeschud en er één coherente regeling komt waarin deze gelijkstelling geregeld wordt, zowel wat vormvereisten als wat bewijskracht betreft. Tot die tijd helpt

28. HvJ EU 5 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:419, NJ 2012/542 m.nt. Mok en Computerrecht 2012/184 m.nt. Van Esch (Content Services/Bundesarbeitskammer). Het Hof oordeelde overigens in overweging 44 ook dat het begrip duurzame gegevensdrager in de Richtlijn koop op afstand geen andere betekenis heeft dan het begrip duurzame drager in de Richtlijn consumentenrechten, ter uitvoering waarvan art. 6:230j lid 1 sub h BW is geïmplementeerd.

29. Computerrecht-noot Van Esch onder 7 (zie voetnoot 28).

30. NJ-noot Mok onder 3 (zie voetnoot 28).

31. HvJ EU 25 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:38, TvC 2017, afl. 4, p. 178-182 m.nt. M.Y. Schaub (BAWAG/Verein für Konsumenteninformation).

32. Hierbij neem ik gemakshalve aan dat de aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU 1:1 kan worden gebruikt voor de uitleg van ons nationaalrechtelijke art. 156a Rv. Dat is weliswaar formeel niet juist, maar materieel acht ik dat gerechtvaardigd, gelet op de duidelijke overeenkomsten tussen de relevante normen.

33. Pitlo/Rutgers & Krans 2014, Bewijs, nr. 74 en M.B. Voulon, Bewijs en bewaren, in: S. van der Hof, A.R. Lodder & G.J. Zwenne (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2014, p. 347-359.

34. Pitlo/Rutgers & Krans 2014, Bewijs, nr. 77.

35. J.J. Linnemann, Uitvoering van de verordening elektronische identificatie en vertrouwensdiensten, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2015, afl. 5/6, p. 180.

onderstaand, samenvattend schema hopelijk deze weerbarstige materie enigszins te doorgronden.

	schriftelijkheidsvereiste eenzijdige rechtshandeling	schriftelijkheidsvereiste overeenkomst	aktevereiste
algemene wettelijke regeling		<ul style="list-style-type: none"> – 4 eisen (6:227a-1 BW), zie echter parl. gesch. hieronder – uitzonderingen: rechter, overheidsorgaan, notaris (6:227a-2 BW) 	3 eisen elektronische onderhandse akte (156 Rv): <ul style="list-style-type: none"> – elektronische handtekening (autogelijkstelling als 25-2 eIDAS-Vo., omstandigheidsengelijkstelling als 3:15a BW) – elektronisch bestand (156a Rv en voor websites HvJ EU Content Services en BAWAG) – bestemd om tot bewijs te dienen
specifieke wettelijke regeling	<ul style="list-style-type: none"> – buitengerechtelijke ontbindingsverklaring ook elektronisch bij elektronische ovk als 6:227a-1 BW (6:267-1 BW) 		
algemene regeling PG	<ul style="list-style-type: none"> – het woord ‘schriftelijk’ hoeft niet aan een gelijkstelling in de weg te staan (KS 28197, C, p. 6) 	<ul style="list-style-type: none"> – rechter heeft vrijheid gelijk te stellen als niet voldaan aan de 4 eisen in 6:227a-1 BW (KS 28197, 3, p. 52-53) 	
specifieke regeling PG	<ul style="list-style-type: none"> – ingebrekestelling ook door elektronische aanmaning (6:82 BW, KS 31358, E, p. 4) – stuiting ook elektronisch als voldaan aan eisen in 6:227a-1 BW (3:317 BW, KS 31358, C, p. 6 en E, p. 6) 		