



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De koop van een woning door een particulier: digitaal of toch maar op papier?

Weijers, H.J.

Citation

Weijers, H. J. (2022). De koop van een woning door een particulier: digitaal of toch maar op papier? *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2022(10), 349-362.
doi:10.5553/MvV/157457672022032010003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513728>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De koop van een woning door een particulier: digitaal of toch maar op papier?

*Mr. H.J. Weijers **

1 Inleiding

Particulieren die een woning kopen en de koop op elektronische wijze sluiten, worden voor praktische problemen gesteld als het gaat om de wijze van elektronische ondertekening. Deze praktische problemen zorgen weer voor de nodige juridische problemen. Deze moeilijkheden zijn in de kern terug te voeren op het bepaalde in art. 7:2 BW, waar de wetgever sinds 1 september 2003 heeft bepaald dat de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan schriftelijk moet worden aangegaan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:2 lid 1 BW).¹

Daarnaast blijkt uit de formulering van art. 7:2 lid 2 BW dat de schriftelijke koopovereenkomst in de vorm van een akte dient te worden opgemaakt om rechtsgeldig tot stand te komen.² De koopovereenkomst dient daarom zowel aan het schriftelijkheidsvereiste als aan het aktevereiste te voldoen. Daartoe moet de op schrift gestelde koopovereenkomst dan ook door de partijen worden ondertekend (art. 156 lid 1 Rv). De koopovereenkomst met betrekking tot een particuliere woningkoop kan ook op elektronische wijze rechtsgeldig tot stand komen, mits aan een aantal vereisten is voldaan (art. 3:15a en 6:227a BW, art. 156a Rv en de eIDAS-verordening³).

Hoewel aan deze hierna nog nader te bespreken vereisten op het eerste gezicht gemakkelijk voldaan kan worden, blijkt uit

(recente) jurisprudentie dat dit lang niet altijd het geval is. Indien partijen zich niet aan dit wettelijk vormvoorschrift houden, is de koopovereenkomst in beginsel nietig. Immers, rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht zijn nietig, zo vloeit uit art. 3:39 BW voort.⁴ Dit betekent onder meer dat aan een mondeling tot stand gekomen koopovereenkomst inzake de koop van een woning door een particulier geen rechtsgevolgen verbonden zijn en partijen niet gebonden zijn aan de met elkaar gemaakte mondelinge afspraken.⁵

Het juridisch kader inzake de elektronische handtekening die noodzakelijk is voor de ondertekening van digitale documenten is door de Europese Unie voor al haar lidstaten geharmoniseerd in de eIDAS-verordening. Daarin worden drie typen elektronische handtekeningen onderscheiden en dit onderscheid is door de Nederlandse wetgever ook omschreven in art. 3:15a BW. Volgens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is elektronisch contracteren vanuit praktisch oogpunt verstandig, nu de koper en verkoper niet meer fysiek langs bijvoorbeeld het makelaarskantoor hoeven om te ondertekenen.⁶ Dit bespaart natuurlijk (reis)tijd, maar of elektronisch contracteren in dit verband ook juridisch verstandig is, valt nog te bezien. Zo is met name het risico op *identiteitsfraude* aanwezig.⁷ Dit risico is groter wanneer partijen van de minder betrouwbare typen elektronische handtekeningen gebruik maken.

* Mr. H.J. Weijers is werkzaam als PhD-fellow bij de afdeling Notarieel Recht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie Stb. 2003, 238 en 239 en voor de inwerkingtreding per 1 september 2003 het KB in Stb. 2003, 272. In het vervolg van deze bijdrage wordt gesproken over de woningkoop of koop van een woning door een particuliere koper. Zie over de betekenis en reikwijdte van art. 7:2 BW nader par. 2 van deze bijdrage.

2 (De vereisten uit) lid 1 en 2 van art. 7:2 BW moeten in samenhang worden gelezen, aldus ook de minister in Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 5 (nadere MvA). Zie ook J.J. Dammingh, Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW, *Vastgoedrecht* 2021, afl. 2, p. 47.

3 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, PbEU 2014, L 257/73 (eIDAS-verordening).

4 De uitzondering (tenzij-clausule) uit art. 3:39 BW gaat in deze context niet op, nu de wet in art. 7:2 BW niet anders bepaalt. Om die reden is een koopovereenkomst die onder het toepassingsbereik van art. 7:2 BW valt en niet op schrift gesteld is noch ondertekend, nietig.

5 Dit kan overigens onder omstandigheden anders zijn, zo blijkt uit HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273 m.nt. J. Hijma (Geschrift bij woningkoop), r.o. 3.9. Hier kom ik in par. 2 nog nader over te spreken.

6 Kamerstukken II 2020/21, 32847, nr. 742, p. 6 (Kamerbrief). Volgens de brief kan de digitale ondertekening van het koopcontract 'betrouwbaar en veilig' op afstand geschieden.

7 R.E. van Esch, Gezichtspunten voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van een methode voor elektronische ondertekening, *FR* 2018, afl. 8-9, p. 400. Terzijde wijs ik erop dat identiteitsfraude ook steeds vaker voorkomt via gehackte dan wel vervalste e-mailadressen. Ook daar speelt het tegengaan van identiteitsfraude in de rechtspraak een belangrijke rol; zie bijv. HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:783, RCR 2021/61 (Hascor/Yildirim).

Per type elektronische handtekening verschilt namelijk de mate van *betrouwbaarheid* en zo kan de rechter bijvoorbeeld de gebruikte elektronische handtekening die noodzakelijk is om de elektronische koopovereenkomst te ondertekenen en daarmee rechtsgeldig tot stand te doen komen, onvoldoende betrouwbaar achten.⁸ In dat geval is er geen geldige koopovereenkomst tot stand gekomen, hetgeen gevolgen heeft voor de eigendomsoverdracht. Zonder geldige titel kan er immers geen overdracht plaatsvinden of heeft deze achteraf gezien niet rechtsgeldig plaatsgevonden (art. 3:84 lid 1 BW). Indien men een zogenaamde ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ gebruikt, is dit risico er niet, omdat deze elektronische handtekening automatisch gelijkgesteld wordt met een schriftelijke.⁹ Een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ wordt, voor zover ik weet, echter maar zelden gebruikt bij een woningkoop door een particulier. Aldus rijst de vraag of het gelet op dit risico verstandig is om een koopovereenkomst met betrekking tot de koop van een woning door een particulier elektronisch aan te gaan. In deze bijdrage staat dan ook de volgende vraag centraal: is het, gelet op de huidige wetgeving inzake elektronisch contracteren en de stand van de jurisprudentie, juridisch verantwoord om als particuliere woningkoper elektronisch te contracteren?

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt de wettelijke regeling inzake de koopovereenkomst met betrekking tot onroerende zaken waarop art. 7:2 BW van toepassing is uiteengezet. In paragraaf 3 komen de elektronische (koop) overeenkomst en de elektronische akte aan bod. De drie typen elektronische handtekeningen en hun toepassing op de particuliere woningkoop worden besproken in paragraaf 4. Ook de rechtsgevolgen van het gebruik van een elektronische handtekening worden daar besproken. Paragraaf 5 behandelt – aan de hand van jurisprudentie – het risico dat het gebruik van een zogenaamde niet-gekwalficeerde elektronische handtekening met zich brengt voor de geldigheid van de koopovereenkomst. Deze bijdrage sluit in paragraaf 6 af met een conclusie en enkele aanbevelingen die de rechtsbescherming en rechtszekerheid met betrekking tot het gebruik van de elektronische handtekening bij elektronische koopovereenkomsten met betrekking tot de koop van een woning door een particulier pogen te vergroten.

2 Toepasselijkheid en betekenis van art. 7:2 BW

Voor de totstandkoming van een overeenkomst in algemene zin geldt in beginsel geen vormvereiste. Dat wil zeggen dat er geen wettelijk vereiste bestaat (in de zin van art. 3:39 BW) dat de totstandkoming van een overeenkomst een bepaalde vorm moet hebben op straffe van – in beginsel – nietigheid. De hoofdregel van art. 3:37 lid 1 BW bepaalt dat verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm kunnen geschieden en zij kunnen bovendien tevens in een of meer gedra-

gingen besloten liggen.¹⁰ De enkele wilsovereenstemming tussen partijen is dan voldoende (art. 6:217 lid 1 jo. art. 3:33 BW). Dit uitgangspunt geldt voor alle overeenkomsten en daarom ook voor koopovereenkomsten. Ook de koop van een onroerende zaak kan op grond hiervan en het in art. 7:1 BW bepaalde bijvoorbeeld mondeling worden gesloten, doordat ook daarvoor geen enkel vormvoorschrift geldt.¹¹ Dit is echter anders wanneer art. 7:2 BW van toepassing is, omdat sprake is van de koop van een woning door een particulier.

Art. 7:2 lid 1 BW bepaalt namelijk dat de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of een bestanddeel daarvan schriftelijk moet worden aangegaan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.¹² Dit brengt met zich mee dat schriftelijkheid vereist is wanneer een particuliere koper een woning koopt van een particuliere of professionele verkoper.¹³ Over het toepassingsbereik van dit eerste lid is veel te doen (gewest).¹⁴ Zo is bijvoorbeeld niet altijd duidelijk wanneer er sprake is van ‘een tot bewoning bestemde onroerende zaak’. Volgens de Minister van Justitie moet het gaan om een gebouw dat woondoeleinden dient en is de feitelijke situatie ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst maatgevend.¹⁵

Daarnaast was lange tijd onduidelijk wat het beschermingsbereik van deze wetsbepaling is. Door onder meer het vereiste van schriftelijkheid verplicht te stellen beoogde de wetgever primair de particuliere koper te beschermen tegen onbezonnen handelen.¹⁶ In 2011 oordeelde de Hoge Raad echter dat ook de particuliere *verkoper* van een woning zich op het ont-

10 Dit wordt wel het beginsel van consensualisme of vormvrijheid genoemd en vormt een belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse overeenkomstenrecht. Zie nader Asser/Sieburgh 6-III 2018/272 e.v. en Asser/Hijma 7-I 2019/8.

11 Zie immers art. 7:1 BW, waar staat: ‘Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen.’ In dit artikel is geen vormvoorschrift opgenomen.

12 Met de zinsnede dat het moet gaan om ‘een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’, wordt de reikwijdte van art. 7:2 BW beperkt tot natuurlijke personen (geen rechtspersonen) die in hun privéhoedanigheid contracteren. Zie bijv. Kamerstukken II 1995/96, 23095, nr. 5, p. 1 (MvA), waar ook wordt gesproken over de ‘consument-koper’. In verband met de mogelijke spraakverwarring met de ‘consumenten-koper’ van art. 7:5 lid 1 sub a BW wordt in deze bijdrage gesproken over de particuliere koper.

13 M.M. van Rossum, Kroniek schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd bij de koop van een woning, TvC 2020, afl. 4, p. 205-214.

14 A.A. van Velten, De onzekerheid van art. 7:2 BW, WPNR 2007, afl. 6711, p. 481-482 en C.G. Breedveld-de Voogd, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning (diss. Leiden; Meijers-reeks, deel 123), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

15 Kamerstukken II 1995/96, 23095, nr. 5, p. 8 en 12 (MvA). Zie ook C.G. Breedveld-de Voogd, Het begrip ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ uit art. 7:2 BW, MvV 2006, afl. 12, p. 223-227.

16 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 2 (MvT).

8 Zie bijv. Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242 (Handtekening via Adobe Sign).

9 Art. 25 lid 2 eIDAS-verordening jo. art. 3:15a BW en zie nader par. 4.

breken van schriftelijkheid kan beroepen.¹⁷ De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.9 en 3.10 van zijn arrest dat:

‘een particuliere verkoper in beginsel tevens een beroep toekomt op art. 7:2 lid 1 BW, *tenzij* onder bijzondere omstandigheden moet worden geoordeeld dat een beroep op het ontbreken van een schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het licht van art. 6:2 lid 2 BW’.¹⁸

Het beschermingsbereik van art. 7:2 BW is daardoor ruimer dan de tekst wellicht na een eerste lezing doet vermoeden.¹⁹ Mede door het ruime toepassingsbereik verschijnt er nog steeds relatief veel jurisprudentie over het al dan niet toepasselijk zijn van art. 7:2 BW in geschillen tussen kopers en verkopers, waarbij dikwijls een van de partijen van de koopovereenkomst af wil.²⁰

Indien art. 7:2 BW van toepassing is, dienen partijen een akte op te stellen. Lid 2 van art. 7:2 BW maakt verder duidelijk dat het moet gaan om *een tussen partijen* opgemaakte schriftelijke akte in de zin van art. 156 lid 1 Rv. Een akte is een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen. Bij het ontbreken van een dergelijke schriftelijke akte is de koopovereenkomst niet geldig tot stand gekomen.²¹

Uit het woord ‘geschrift’ in art. 156 lid 1 Rv is af te leiden dat het gaat om een papieren stuk.²² Nu de wetgever geen notariële akte heeft voorgeschreven in het kader van de koopovereenkomst, volstaat een onderhandse akte in de zin van art. 156 lid 3 Rv.²³ Een onderhandse akte kan blijkens art. 156a lid 1 Rv ook elektronisch worden opgemaakt, indien partijen gebruik maken van een elektronische koopovereenkomst.²⁴ Net zoals bij fysiek contracteren in het kader van art. 7:2 BW zowel een schriftelijke koopovereenkomst als een schriftelijke akte

vereist is,²⁵ geldt dit op grond van het wettelijke systeem ook bij elektronisch contracteren. Ook dan is zowel een elektronische koopovereenkomst als een elektronische akte noodzakelijk voor het rechtsgeldig tot stand komen van een koopovereenkomst.

3 De elektronische koopovereenkomst en de elektronische akte

3.1 De elektronische koopovereenkomst

Indien een particulier een woning koopt, zal de koopovereenkomst moeten voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW. De wetgever heeft het in dat verband wenselijk geacht om het mogelijk te maken dat overeenkomsten waarvoor een schriftelijkheidsvereiste als vormvoorschrift geldt, ook elektronisch opgemaakt kunnen worden (art. 6:227a BW).²⁶ Zo bepaalt art. 6:227a lid 1 BW dat indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt, aan deze eis tevens voldaan is indien de overeenkomst langs elektronische weg is totstandgekomen en voldoet aan de volgende vier vereisten:²⁷

- a. De overeenkomst moet raadpleegbaar zijn door de partijen.
- b. De authenticiteit van de overeenkomst moet in voldoende mate gewaarborgd zijn.
- c. Het moment van de totstandkoming van de overeenkomst moet met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld.
- d. De identiteit van de partijen moet met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld.

Deze vereisten zijn in beginsel cumulatief en gelden ook voor de elektronische koopovereenkomst ten aanzien van een woning door een particulier.²⁸ In de praktijk levert met name het vierde vereiste – de identiteit van partijen – soms problemen op. Denk bijvoorbeeld aan partijen die enkel via de mail com-

17 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273 m.nt. J. Hijma (Geschrift bij woningkoop). Zie daarover ook C.G. Breedveld-de Voogd, De invloed van de onroerendgoedmarkt op het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd, MvV 2022, afl. 7, p. 263-268.

18 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273 m.nt. J. Hijma (Geschrift bij woningkoop), r.o. 3.9 e.v. (curs. HW).

19 Zie ook de bespreking van dit arrest door N.C. van Oostrom-Streep, De koop van een woning na 2003: op weg naar versterking van de positie van de verkoper, AA 2012, afl. 11, p. 824-829.

20 Zie onder meer de uitgebreide overzichten van Van Rossum 2020, I. Visser, Consumenten en de koop van onroerende zaken, TvC 2021, afl. 3, p. 163-173 en Dammingh 2021, p. 43-49.

21 Asser/Sieburgh 6-III 2018/275-276.

22 P.C. van Es, De elektronische onderhandse akte, WPNR 2008, afl. 6764, p. 605-607.

23 Hof Amsterdam (notariskamer) 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1407, r.o. 6.6.

24 Ik merk op dat hoewel in art. 156a Rv niet gesproken wordt over het vereiste van een elektronische handtekening, een voldoende betrouwbare elektronische handtekening wel noodzakelijk is voor de totstandkoming van een elektronische akte. Zie Kamerstukken II 2007/08, 31358, nr. 3, p. 4 (MvA).

25 Hiermee bedoel ik niet dat er twee documenten noodzakelijk zouden zijn. De partijen kunnen de schriftelijke koopovereenkomst gewoon ondertekenen en daardoor wordt het dan tevens een (schriftelijke) akte.

26 Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 2, p. 3-4 (MvA) en Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 7-8 (nadere MvA). Sinds 2010 geldt dit ook voor elektronisch contracteren met betrekking tot onroerende zaken (vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31358, nr. 3, p. 8 (MvT) en Stb. 2010, 222). Dat was voordien uitgesloten in art. 6:227a lid 2 sub a (oud) BW.

27 Deze eisen zijn in andere bewoordingen ook te vinden in art. 156a lid 1 Rv in het kader van de elektronische onderhandse akte. Indien zich eventueel een discrepantie zou voordoen tussen art. 6:227a BW en art. 156a Rv, prevaleert mijns inziens de uitleg van art. 6:227a BW, nu dat artikel het gevolg is van de implementatie van een EU-richtlijn (te weten art. 9 van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Richtlijn inzake elektronische handel)).

28 C.G. Breedveld-de Voogd, Digitale overdracht van woningen, WPNR 2018, afl. 7179, p. 51 en T.J. de Graaf, De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht, MvV 2018, afl. 7-8, p. 245.

municeren en geen identiteitsbewijzen uitwisselen.²⁹ Toch betekent dat niet altijd dat er geen elektronische overeenkomst tot stand is gekomen, want volgens – onder meer – De Graaf en Breedveld-de Voogd kan de rechter concluderen dat gelijkstelling onder bijzondere omstandigheden plaatsvindt als niet aan alle vier de genoemde voorwaarden is voldaan.³⁰ Indien wel aan de genoemde vereisten is voldaan, is er in ieder geval sprake van een geldige elektronische koopovereenkomst.³¹ Dit is echter nog niet voldoende, want de enkele aanwezigheid van een elektronische koopovereenkomst voldoet, vanwege het ontbreken van een elektronische handtekening, nog niet aan het vormvoorschrift van art. 7:2 lid 2 jo. lid 1 BW.

3.2 De elektronische akte

Art. 7:2 BW vereist een schriftelijke akte in de zin van art. 156 Rv of een elektronische akte in de zin van art. 156a Rv (zie het bepaalde in art. 7:2 lid 2 BW). Daarvoor is *ondertekening* van het schriftelijke of elektronische stuk nodig en hierbij wordt aangenomen dat dit één elektronisch stuk dient te zijn.³² Zo blijkt bijvoorbeeld uit de lagere rechtspraak dat een op elkaar aansluitende e-mailuitwisseling tussen partijen niet voldoende is om aan het vormvoorschrift van art. 7:2 BW te voldoen.³³ Er is dan immers geen sprake van één schriftelijk of elektronisch stuk waarin de wilsovereenstemming is vastgelegd. Bovendien is er bij een e-mailuitwisseling geen sprake van ondertekening, waardoor er ook geen akte is.

Uit een recent vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 20 april 2022 blijkt dat twee verschillende ondertekende koopovereenkomsten *toch* één akte kunnen vormen als de inhoud van die koopovereenkomsten identiek is.³⁴ In de casus die aan dit vonnis ten grondslag lag, is door de particuliere kopers en verkopers van een woning – als gevolg van een fout van het betrokken makelaarskantoor – een andere elektronische koopovereenkomst ondertekend. De partijen hebben hun elektronische handtekeningen in andere digitale documenten gezet, doordat het makelaarskantoor abusievelijk het document waarin de verkopers hun handtekening hebben gezet te vroeg had gesloten. De kopers hebben hierdoor vervolgens ie-

der een ander elektronisch document ondertekend. De inhoud van deze documenten is evenwel wel geheel identiek. Vervolgens ontstaat een geschil en willen de verkopers niet langer aan de kopers verkopen, omdat zij ondertussen een hoger bod op de woning van een andere gegadigde hebben ontvangen. De vraag rijst dan ook of de verkopers van deze koop af kunnen komen.

Volgens de verkopers is niet voldaan aan de vereisten die de wet voor de totstandkoming van de koopovereenkomst stelt, nu ondertekening van één akte van de koop ontbreekt. Er zou dan geen sprake zijn van een rechtsgeldige koopovereenkomst. Dit lijkt ook in lijn te zijn met opmerkingen van de Minister van Justitie, die in 2003 aangaf dat op grond van de tekst en strekking van het vormvoorschrift van art. 7:2 BW moet worden aangenomen dat daaraan niet is voldaan in het geval van twee op elkaar aansluitende akten.³⁵ De ratio daarachter is helder: ‘Een andere uitleg zou leiden tot onwenselijke complicaties bij de toepassing van art. 7:2, op grond van welke bepaling de bedenktijd immers pas begint te lopen nadat aan de koper (een afschrift van) de tussen partijen opgemaakte koopakte is ter hand gesteld’, aldus de minister.³⁶

Ik merk hierbij op dat de Minister van Justitie hier doelt op een schriftelijke akte en het bij een elektronische akte dus mogelijk anders is. De rechtbank overwoog dat in casu wel was voldaan aan het aktevereiste, ondanks dat er niet één ondertekende koopovereenkomst was.³⁷ Via DocuSign, de digitale omgeving waarbinnen partijen de documenten hebben ondertekend, was (en is) namelijk tot op de minuut nauwkeurig te achterhalen op welk tijdstip is getekend. Hierdoor is wel degelijk duidelijk op welk moment de wettelijke bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW destijds is aangevangen en staat het feit dat de handtekeningen over twee (identieke) digitale documenten zijn verdeeld aan de totstandkoming van de overeenkomst niet in de weg, aldus de rechtbank.³⁸ Deze gedachtegang lijkt mij juist. Daarnaast is deze uitkomst in deze zaak ook wenselijk, nu het feit dat er in de onderhavige zaak niet een, maar twee digitale koopovereenkomsten zijn ondertekend buiten de macht van partijen lag en zij wel degelijk de bedoeling hadden een rechtsgeldige elektronische koopovereenkomst en elektronische akte tot stand te brengen.³⁹

29 K. Konings, Tekent u op de digitale stippellijn. Online contracteren in het schemergebied van voldoende betrouwbare elektronische handtekeningen, IR 2020, afl. 5, p. 169-170.

30 De Graaf 2018, p. 245. Zie voor enige nuance met betrekking tot de cumulatie van de vereisten ook M.B. Voulon, Automatisch contracteren (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, p. 265, Breedveld-de Voogd 2007, p. 102 en Kamerstukken II 2001/02, 28197, nr. 3, p. 53 (MvT). Toch gaat de praktijk overwegend uit van vier cumulatieve vereisten; vgl. Breedveld-de Voogd 2018, p. 51.

31 Zie bijv. Rb. Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6370, RCR 2018/79, r.o. 4.6.

32 Breedveld-de Voogd 2018, p. 51.

33 Rb. Leeuwarden (vzr.) 29 juni 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AX9937, NJF 2006/542, r.o. 5.3. Zie ook Rb. Limburg 19 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3816, NJF 2018/377, waarin partijen via WhatsApp beloofden te ondertekenen, maar dat vervolgens niet allemaal deden. Volgens de rechtbank werd met de WhatsApp-berichten als zodanig niet voldaan aan het vormvoorschrift van art. 7:2 lid 1 BW, nu niet daadwerkelijk getekend was.

34 Rb. Noord-Nederland 20 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1604.

35 Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 5-6 (nadere MvA).

36 Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 5-6 (nadere MvA).

37 Rb. Noord-Nederland 20 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1604, r.o. 5.5. Bovendien is blijkens r.o. 5.4 aan alle andere wettelijke vereisten uit art. 6:277a BW voldaan.

38 Rb. Noord-Nederland 20 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1604, r.o. 5.5-5.6.

39 Ik merk terzijde nog op dat het in de praktijk bij het gebruik van de ‘natte’ handtekening in zijn algemeenheid ook geregeld voorkomt dat partijen op twee verschillende fysieke documenten tekenen. Fysieke stukken worden vaak naar de verschillende partijen gestuurd en vervolgens door de betrokken juristen weer verzameld tot één stuk. In dat licht sluit de uitkomst van deze zaak daar ook bij aan. Of de in deze voetnoot beschreven werkwijze, gelet op de parlementaire geschiedenis, ook in het kader van art. 7:2 lid 1 jo. lid 2 BW mogelijk is, is niet geheel duidelijk. Mijns inziens is dit gelet op het antwoord van de minister niet het geval.

4 De elektronische handtekening

4.1 De eIDAS-verordening

De eIDAS-verordening maakt het zoals gezegd mogelijk om (digitale) stukken, zoals de koopovereenkomst van een woning door een particulier, te voorzien van een elektronische handtekening. De eIDAS-verordening onderscheidt in dat kader drie typen elektronische handtekeningen, te weten de ‘gekwalificeerde elektronische handtekening’, de ‘geavanceerde elektronische handtekening’ en de ‘andere elektronische handtekening’.⁴⁰ De EU-wetgever bepaalt in art. 3 en 26 eIDAS-verordening wanneer sprake is van welk type elektronische handtekening. Deze omschrijvingen zijn echter abstract en de rechter zal per gebruikte elektronische ondertekeningsmethode aan de hand van de omstandigheden moeten beoordelen van welk type elektronische handtekening gebruik is gemaakt. Per (buitenlandse) aanbieder van elektronische handtekeningen kan dit immers verschillen.⁴¹

Krachtens art. 25 lid 2 eIDAS-verordening heeft een ‘gekwalificeerde elektronische handtekening’ dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening.⁴² Dit kan voor de andere twee elektronische handtekeningstypen ook zo zijn, *mits* de methode die voor ondertekening gebruikt is voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en gelet op *alle overige omstandigheden van het geval*, aldus het slot van art. 3:15a BW.⁴³ In zoverre behelst het artikel daarmee voor de twee laatstgenoemde typen elektronische handtekeningen een open norm.⁴⁴ De rechter dient immers aan de hand van alle omstandigheden van het geval te toetsen of een dergelijke elektronische handtekening voldoende betrouwbaar is.⁴⁵

In dat verband omschrijft de wet slechts één gezichtspunt voor de beantwoording van de vraag wanneer een methode voor ondertekening onder de gegeven omstandigheden voldoende betrouwbaar is, te weten het doel waarvoor de elektronische handtekening wordt gebruikt. Het doel van de partijen zal zo goed als altijd zijn om een elektronische onderhandse akte op te kunnen maken teneinde aan vormvoorschriften te kunnen voldoen of te profiteren van bewijsrechtelijke voordelen (vgl. art. 157 lid 2 Rv). Wat met ‘voldoende betrouwbaar’ verder concreet wordt bedoeld, is onduidelijk. Daarnaast spreekt de wetgever over ‘de omstandigheden van het geval’. Van Esch

reikt in een bijdrage van zijn hand uit 2018 een tiental gezichtspunten aan die behulpzaam kunnen zijn voor het beantwoorden van de vraag of een elektronische handtekening in het kader van art. 3:15a BW voldoende betrouwbaar is.⁴⁶ Daarnaast erkent hij ook dat dit ‘slechts een indicatieve lijst’ is en ‘er ongetwijfeld nog andere gezichtspunten zijn te bedenken’.⁴⁷ Een van de mogelijk relevante omstandigheden die Van Esch niet noemt, zou bijvoorbeeld de aanwezigheid van een partijafspraken kunnen zijn waarin partijen nadere afspraken maken over de betrouwbaarheid van de door hen gebruikte elektronische handtekening.⁴⁸ Doorslaggevend is een dergelijke afspraak overigens niet en deze lijkt ook niet veel gemaakt te worden.⁴⁹ Ook de hoedanigheid waarin partijen de elektronische handtekening gebruiken, is een mijns inziens mogelijk mee te wegen factor.

4.2 De drie typen elektronische handtekeningen

Voor de vereisten en de invulling van de drie typen elektronische handtekeningen dient te worden gekeken naar de eIDAS-verordening, waarin de drie vormen van elektronische handtekeningen in oplopende mate van betrouwbaarheid uiteengezet worden in art. 3 lid 10-12,⁵⁰ zie ook art. 3:15a BW.

De eerste variant is de ‘elektronische handtekening’ uit art. 3 lid 10 eIDAS-verordening. Deze wordt gedefinieerd als bestaande uit ‘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’. De Nederlandse wetgever verwijst in art. 3:15a BW naar deze variant als een ‘andere elektronische handtekening’. Onder deze ‘andere elektronische handtekening’ worden alle overige elektronische handtekeningen verstaan die niet voldoen aan de eisen die gelden voor de gekwalificeerde en de geavanceerde elektronische handtekening, die hierna nader aan bod komen. Dit type handtekening wordt in de literatuur ook wel de ‘eenvoudige’ elektronische handtekening genoemd.⁵¹ Het behelst dus een restcategorie. Voorbeelden van een ‘andere elektronische handtekening’, zoals hier bedoeld, zijn het typen van een naam in een document op de plaats waar moet worden ondertekend, en het ‘plakken’ van

⁴⁰ Zie hierover nader Asser Procesrecht/Asser 3 2017/160. De wetgever gebruikt in art. 3:15a BW deze door de Europese wetgever in de eIDAS-verordening gehanteerde terminologie.

⁴¹ Veel gebruikt worden de elektronische handtekeningen van de aanbieders Adobe, DocuSign en SignRequest.

⁴² Dit is ook door de Nederlandse wetgever herhaald in art. 3:15a BW. Nu de eIDAS-verordening rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, is deze verwijzing overbodig.

⁴³ De EU-wetgever laat de beoordeling van de betrouwbaarheid van de niet-gekwalificeerde elektronische handtekening immers aan de lidstaat; zie ook overweging 15 bij de eIDAS-verordening.

⁴⁴ S.A.K. d’Azevedo, Elektronische handtekeningen in de praktijk, BB 2020/14, afl. 4, p. 82-85.

⁴⁵ Zie daarover nader Van Esch 2018, p. 397-405.

⁴⁶ Van Esch 2018, p. 401-405. Enkele gezichtspunten zijn volgens hem de lengte van de levensduur van de aanmaakmiddelen om een elektronische handtekening te kunnen zetten, de personificatie van deze aanmaakmiddelen en het gebruikte aantal onafhankelijke authenticatiefactoren.

⁴⁷ Van Esch 2018, p. 404-405.

⁴⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34413, nr. 3, p. 63 (MvT) en eerder al onder het oude recht Kamerstukken I 2002/03, 27743, nr. 35, p. 9-10 (MvA).

⁴⁹ Van Esch, in T&C Vermogensrecht, art. 3:15a BW.

⁵⁰ Asser/Hartkamp 3-I 2019/191-197.

⁵¹ Breedveld-de Voogd 2018, p. 50 en 54.

een ingescand exemplaar van een handgeschreven handtekening onder de elektronische koopovereenkomst.⁵²

De tweede variant is de ‘geavanceerde elektronische handtekening’. Krachtens art. 3 lid 11 eIDAS-verordening is dit een elektronische handtekening die voldoet aan de in art. 26 eIDAS-verordening gestelde cumulatieve vereisten. In dat verband gelden de volgende eisen:

- a. De handtekening is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden.
- b. De handtekening maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren.
- c. De handtekening komt tot stand met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken.⁵³
- d. De handtekening is op zodanige wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden, dat elke wijziging achteraf aan de hand van de gegevens kan worden opgespoord.

Indien een particuliere koper een woning elektronisch aankoopt via een makelaar, wordt vaak van dit type elektronische handtekening gebruik gemaakt. Veel makelaarskantoren gebruiken hiervoor het platform iDIN.⁵⁴ Via deze applicatie kunnen woningkopers en -verkopers zich identificeren door bij hun bank in te loggen. Hierdoor worden de persoonsgegevens van de persoon die inlogt gedeeld met de makelaar en kan men vervolgens de elektronische overeenkomst ondertekenen. De gezette handtekening kwalificeert dan als een ‘geavanceerde elektronische handtekening’, nu deze aan de hierboven opgesomde vereisten voldoet.

De derde variant is tot slot te vinden in art. 3 lid 12 eIDAS-verordening. Deze ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ is aangemaakt met een gekwalficeerd middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en is gebaseerd op een gekwalficeerd certificaat voor elektronische handtekeningen. In art. 25 lid 3 eIDAS-verordening voegt de Uniewetgever daaraan toe dat iedere lidstaat een dergelijk gekwalficeerd certificaat kan afgeven en dit in alle andere lidstaten als een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ erkend dient te worden. In Nederland geeft Public Key Infrastructure voor de overheid dit certificaat uit. Via vier commerciële vertrouwensdienstverleners (zogeheten Trusted Third Parties (TTP’s)) is

een dergelijk certificaat verkrijgbaar.⁵⁵ Daartoe moet een aanvrager zich eerst identificeren.⁵⁶ Dit kan meestal via een online videogesprek. Tevens dient er een bedrag te worden betaald om toegang te krijgen tot het gebruik van de ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’.⁵⁷ Het is voor de gemiddelde particulier dan ook niet eenvoudig om over de mogelijkheid te beschikken om een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ te zetten.

4.3 Rechtsgevolgen van het gebruik van een elektronische handtekening

De eIDAS-verordening geeft in art. 25 de *rechtsgevolgen* van een elektronische handtekening aan. Op grond van het eerste lid mag 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 ‘gekwalficeerde elektronische handtekeningen’ voldoet. Positief geformuleerd dienen elektronische handtekeningen daarom in beginsel gelijkwaardig te worden behandeld in vergelijking met de handgeschreven handtekening.⁵⁸ In het tweede lid wordt de ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ (de derde variant) voor de rechtsgevolgen gelijkgesteld met een handgeschreven handtekening.⁵⁹ Over de rechtsgevolgen van de overige twee typen laat de eIDAS-verordening zich niet nader uit; dit is aan de nationale wetgever overgelaten.⁶⁰ De Nederlandse wetgever heeft op grond van de eIDAS-verordening art. 3:15a BW gewijzigd.⁶¹ Door de verwijzing naar de eIDAS-verordening en de voorrang van het EU-recht op nationaal recht is art. 3:15a BW daarmee niet van toepassing op de rechtsgevolgen van de ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’. In de nog te bespreken rechtspraak verwijst de rechter er echter wel stevast naar. Voor de beoordeling van de niet-gekwalficeerde elektronische ondertekeningsmethoden is art. 3:15a BW nog altijd nodig.

Onder de vigeur van het oude art. 3:15a BW was volgens de Minister van Justitie een ingescande papieren handtekening

⁵² S.R.P. Bastiaans, M.T. Spuijbroek & C. Michielsen, Elektronische identificatie en ondertekening conform eIDAS, Computerrecht 2019/174, afl. 5, p. 173-201. Ik merk hier terzijde nog op dat dit iets anders is dan het geval waarbij partijen een fysiek document ‘nat’ ondertekenen en vervolgens inscannen om een digitale versie daarvan te maken. Er wordt in dat kader dan wel gesproken over een elektronisch ondertekend stuk, maar dat is niet het geval. De overeenkomst is dan immers rechtsgeldig schriftelijk tot stand gekomen en fysiek ondertekend. De digitale kopie heeft verder juridisch geen betekenis (vgl. art. 160 lid 1 Rv).

⁵³ Zie nader art. 8 lid 2 sub c eIDAS-verordening.

⁵⁴ Zie nader www.idin.nl/consumenten/hoe-werkt-het/.

⁵⁵ Zie voor nadere praktische informatie www.logius.nl/diensten/pkioverheid/aanvragen. Wel merk ik op dat er ook gebruik gemaakt kan worden van internationale dienstverleners uit andere lidstaten. Zie <https://esignature.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#> voor een lijst met dienstverleners per staat.

⁵⁶ Deze verplichting is vastgelegd in art. 18.15b lid 2 Telecommunicatiewet.

⁵⁷ De hoogte van dit bedrag hangt onder meer af van de aanvrager (natuurlijk persoon of rechtspersoon) en hoeveel elektronische handtekeningen nodig zijn.

⁵⁸ Met dien verstande dat dit op grond van art. 3:15a BW voor de geavanceerde en de andere elektronische handtekening slechts geldt indien deze voldoende betrouwbaar zijn.

⁵⁹ Deze bepaling bevat dwingend recht. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34413, nr. 3, p. 63 (MvT). Deze opvatting wordt ook in de literatuur breed gedragen; zie bijv. Bastiaans, Spuijbroek & Michielsen 2019, p. 180-181. Voor de interessante vraag of een gekwalficeerde elektronische handtekening op grond van art. 159 lid 2 Rv ook stellig ontkend kan worden, zie R.E. van Esch, De stellige ontkenning van een elektronische ondertekening, TCR 2019, afl. 4, p. 153-161.

⁶⁰ Zie overweging 49 uit de preambule van de eIDAS-verordening.

⁶¹ Daarover nader Bastiaans, Spuijbroek & Michielsen 2019, p. 181 e.v. en T.F.E. Tjong Tjin Tai, De eIDAS-verordening en de elektronische handtekening uit het BW, WPNR 2017, afl. 7151, p. 51-52.

overigens voldoende betrouwbaar.⁶² Huijgen vraagt zich wel af in hoeverre – en eventueel onder welke voorwaarden – een ingescande handtekening op een papieren drager, die vervolgens onder een digitaal document wordt geplakt, tegenwoordig nog steeds als een ‘voldoende betrouwbare’ elektronische handtekening in de zin van het huidige art. 3:15a BW kan gelden.⁶³ Uit de jurisprudentie komt het beeld naar voren dat dit soms wel kan,⁶⁴ maar soms ook niet.⁶⁵ In paragraaf 5 wordt hier nader bij stilgestaan.

Partijen moeten dus, om geheel zeker te zijn van de betrouwbaarheid van een niet-gekwalficeerde elektronische handtekening zoals hier aan de orde, bijvoorbeeld ook de (lagere) jurisprudentie raadplegen om te beoordelen of een bepaalde methode voldoende betrouwbaar geacht wordt. Dat is praktisch uiteraard niet altijd mogelijk, mede gelet op de daaraan verbonden kosten van onderzoek. Ook zouden de partijen dan voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst de door hen beoogde elektronische ondertekeningsmethode dienen te toetsen aan de gezichtspunten zoals ik die eerder heb opgeschreven (par. 4.1). Dat kost geld, is tijdrovend, en bovendien kan de rechter altijd nog anders oordelen. Mijns inziens is het alleen al daarom aan te bevelen om in het geval van elektronisch contracteren altijd gebruik te maken van een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’, zeker als de overeenkomsten (grote) financiële consequenties hebben.

4.4 *Het gebruik van een elektronische handtekening bij een particuliere woningkoop*

Indien een particulier elektronisch een woning koopt, dient hij zich ervan bewust te zijn dat het gebruik van een voldoende betrouwbare elektronische handtekening noodzakelijk is. Het is in dit verband wenselijk om de particuliere woningkoper te beschermen tegen het gebruik van een onbetrouwbare elektronische handtekening, nu de financiële gevolgen van een dergelijke koopovereenkomst dikwijls ingrijpend zijn. In dat kader wordt in de literatuur wel gepleit voor een wetswijziging om de ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ voor de ondertekening van elektronische koopovereenkomsten met betrekking tot woningen door particulieren verplicht te stellen.⁶⁶

Op dit moment geldt een dergelijk vormvoorschrift ten aanzien van het te gebruiken type elektronische handtekening bijvoorbeeld ook voor een elektronische verzekeringsovereen-

komst (art. 7:932 lid 1 BW), de elektronische opgave van bepaalde gegevens door een werkgever (art. 7:655 lid 3 jo. lid 1 BW) en een elektronisch arbitraal vonnis van een scheidsrecht (art. 1072b Rv).⁶⁷ Ik merk op dat het hier wel gaat om eenzijdige verplichtingen van professionele partijen, respectievelijk de verzekeringsmaatschappij, de werkgever en de arbiter(s). Het is wetssystematisch echter niet ondenkbaar dat een dergelijke verplichting er ook kan komen voor de ondertekening van elektronische koopovereenkomsten met betrekking tot woningen door particulieren. Dit kan aan art. 7:2 BW worden toegevoegd en is mijns inziens ook wenselijk. Helaas geldt een dergelijke verplichting thans nog niet en kan de particuliere woningkoper dus iedere elektronische handtekening gebruiken die online beschikbaar is, met alle mogelijk nadelige gevolgen van dien.⁶⁸ Het verplicht stellen van het gebruik van een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ kan dit probleem verhelpen en voorkomt volgens Breedveld-de Voogd dat ‘de rechtsbeschermende functie van art. 7:2 BW illusoir zou worden’.⁶⁹

Met Breedveld-de Voogd ben ik het voorts eens dat het feit dat een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ voor de gemiddelde particulier niet eenvoudig verkrijgbaar is, geen reden is om deze dan maar niet voor te schrijven.⁷⁰ Aan het aangaan van een dusdanige ingrijpende rechtshandeling als de aankoop van een woning mogen hoge eisen worden gesteld. Bovendien kunnen partijen – indien zij niet beschikken over de middelen om een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ te kunnen zetten – altijd bij elkaar komen en een schriftelijke koopakte ondertekenen. Een vervelende discussie over de betrouwbaarheid van de gebruikte ondertekeningsmethode kan dan achterwege blijven.

Tot een dergelijke wetswijziging er is, kunnen partijen echter ook gebruik maken van een elektronische overeenkomst die is ondertekend met een niet-gekwalficeerde elektronische handtekening. Wanneer partijen vervolgens bij de notaris verschijnen voor het passeren van een leveringsakte, kan de notaris hierdoor terughoudend zijn. Breedveld-de Voogd stelt in een zodanig geval voor dat

⁶² Kamerstukken II 2000/01, 27743, nr. 3, p. 2 (MvT) en ook later Kamerstukken I 2008/09, 31358, C, p. 6 (MvA).

⁶³ Huijgen 2022, p. 31-32. Vgl. ook T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, Hoe houdbaar is de handtekening in een pdf-document?, *Contracten* 2019, afl. 4, p. 127.

⁶⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9529, r.o. 5.3-5.7 (gewezen onder het oude art. 3:15a BW, maar mijns inziens nog steeds toepasbaar).

⁶⁵ Rb. Noord-Nederland 24 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1715, NTHR 2019/4, r.o. 5.3.2 (derde alinea). Deze uitspraak wordt in par. 5 nader toegelicht.

⁶⁶ Zie bijv. Breedveld-de Voogd 2018, p. 54-55 en 57, Dammigh 2021, p. 48 en Huijgen 2022, p. 31-33.

⁶⁷ Een ontwikkeling die nu speelt, is het voornemen om voor de oprichting van een digitale BV het gebruik van een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ verplicht te stellen in het kader van het ondertekenen van de benodigde elektronische oprichtingsakte. Zie Kamerstukken II 2021/22, 36085, nr. 3, p. 36 (MvT).

⁶⁸ In de discussie die vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw over het beschermen van de particuliere woningkoper in onder meer de parlementaire geschiedenis is gevoerd, is vooral aandacht besteed aan de vraag of de notaris de koopovereenkomst zou moeten opstellen. Zie daarover recentelijk nog A.A. van Velten, Het notariële koopcontract van vastgoed, WPNR 2019, afl. 7240, p. 403-405. De elektronische koop is in die discussie niet of nauwelijks aan de orde gekomen en speelde destijds ook veel minder. Met kritiek geuit door onder meer Van Velten in zijn afscheidsrede heeft de wetgever niets gedaan. Zie A.A. van Velten, Klik zei de muis en weg was het huis (afscheidsrede Amsterdam VU; *Ars Notariatus* 142), Deventer: Kluwer 2009.

⁶⁹ Breedveld-de Voogd 2018, p. 55.

⁷⁰ Breedveld-de Voogd 2018, p. 55.

‘met oog op de *rechtsonzekerheid* die het gebruik van een andere elektronische handtekening met zich brengt, het gerechtvaardigd is dat de notaris in dit geval een uitspraak maakt van het elektronisch ondertekende document en partijen verzoekt dit met een handgeschreven handtekening te ondertekenen’.⁷¹

Een dergelijke handelswijze kan voorkomen dat in een later stadium problemen optreden. Het voorgaande betekent dan uiteraard wel dat partijen ook op kantoor moeten verschijnen, maar gelet op de stand van de notariële tuchtrechtelijke jurisprudentie is dat thans nog immer noodzakelijk.⁷² Bij de levering van een woning waarbij particulieren betrokken zijn, brengt onder meer de wilscontrolerende taak van de notaris met zich mee dat een persoonlijk gesprek met partijen noodzakelijk is, en dit gesprek zal in de regel bij het passeren van de leveringsakte plaatsvinden.⁷³

De Hoge Raad heeft zich over het gebruik van een elektronische handtekening door de particuliere woningkoper nog niet rechtstreeks uitgelaten. Een recent arrest vraagt echter wel de aandacht, want de Hoge Raad heeft in 2019 arrest gewezen over het gebruik van een elektronische handtekening door een geneesheer-directeur met betrekking tot een geneeskundige verklaring over een patiënt. Het is echter niet ondenkbaar dat de redenering die de Hoge Raad uiteenzet ook kan worden doorgetrokken naar het gebruik van elektronische handtekeningen in het kader van een elektronische woningkoop door een particulier in de zin van art. 7:2 BW. Uit de casus – die ging over het verplicht opnemen van een patiënt in een psychiatrisch ziekenhuis, waarvoor een getekende verklaring van de geneesheer-directeur vereist was – bleek dat de Hoge Raad art. 3:15a BW aldus inkleurt dat de digitale handtekening die de geneesheer-directeur in casu diende te zetten, met zodanige waarborgen is omkleed dat:

‘(i) alleen de geneesheer-directeur zelf de elektronische handtekening kan zetten, en (ii) elke wijziging in de geneeskundige verklaring na ondertekening moet kunnen worden achterhaald. Omdat zowel de geavanceerde elektronische handtekening als de gekwalificeerde elektronische handtekening aan deze eisen voldoet, bieden zij vergelijkbare waarborgen als een handgeschreven handtekening. Dat geldt niet voor een gestempelde handtekening (...).’⁷⁴

Daarnaast overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.1.9 dat de feiten-rechter moet onderzoeken of de gebruikte elektronische handtekening een ‘geavanceerde elektronische handtekening’ of een ‘gekwalificeerde elektronische handtekening’ betreft. Indien dat niet het geval is (en er dus sprake is van een ‘andere elektronische handtekening’), staat het de rechter alsnog vrij om de geneeskundige verklaring in aanmerking te nemen als de rechter op andere wijze kan vaststellen dat die verklaring door de geneesheer-directeur zelf is ondertekend.

In dat verband voldoet de ‘andere elektronische handtekening’ in de zin van art. 3:15a BW in beginsel niet automatisch, hoewel de rechter de betrouwbaarheid daarvan kennelijk wel uit de overige omstandigheden van het geval zou kunnen afleiden.⁷⁵ Helaas benoemt de Hoge Raad dergelijke omstandigheden niet, maar denkbaar is dat de verklaring van de geneesheer-directeur ter zitting hierbij een rol speelt. De toetsing van de betrouwbaarheid van de elektronische handtekening vond hier wel plaats buiten het vermogensrecht en de Hoge Raad betrof in het bijzonder de ratio van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) bij zijn beslissing.⁷⁶ Zo dient de geneesheer-directeur ter bescherming van de belangen van de patiënt de geneeskundige verklaring zelf te ondertekenen, zodat zowel blijkt van zijn instemming met de verklaring als van de aanvaarding van zijn verantwoordelijkheid voor de exacte inhoud van de verklaring.⁷⁷

Mijns inziens is het denkbaar dat het arrest ook (analoog) toepasbaar is op de elektronische woningkoop door een particulier. Er is natuurlijk wel een verschil. De geneesheer-directeur kan ter zitting worden opgeroepen en het zetten van zijn elektronische handtekening al dan niet bevestigen. Hij heeft dan hoogstwaarschijnlijk niet ineens een belang om niet de waarheid te spreken. Dat ligt bij vermogensrechtelijke geschillen natuurlijk potentieel anders. Concreet toegepast wil de ene partij vaak eerst wel een overeenkomst sluiten, maar heeft zij daar later spijt van. De geldigheid van de handtekening kan dan een *gelegenheidsargument* zijn en de partij die van de koopovereenkomst af wil, heeft wel een belang om de waarheid niet te spreken. Naar mijn idee is dat op zichzelf echter geen tegenargument. Zo is denkbaar dat de geneesheer-directeur oprecht niet meer weet hoe de feitelijke situatie gelopen is. Zijn verklaring heeft dan weinig meerwaarde. Bovendien betrof de Hoge Raad specifiek de ratio van de onderhavige wet in zijn oordeel. Zo heeft art. 7:2 BW eveneens een bijzondere ratio, te weten de consumentenbescherming. Deze bescherming ziet primair op het voorkomen van het maken van overhaaste beslissingen, maar sluit mijns inziens bescherming tegen identiteitsfraude niet uit. Het is bij de totstandkoming van een koopovereenkomst ten aanzien van een woning door

71 Breedveld-de Voogd 2018, p. 55 (curs. HW).

72 Breedveld-de Voogd 2018, p. 57 met nadere verwijzingen naar jurisprudentie. Tijdens beperkende maatregelen als gevolg van de bestrijding van de coronapandemie kan het gesprek ook digitaal plaatsvinden (vgl. art. 26 Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid).

73 Uiteraard kunnen partijen ook middels een volmacht verschijnen. In dat geval zal dit gesprek op een eerder moment moeten geschieden. Zie nader P. Blokland, De zorg- en informatieplicht van de notaris in het digitale tijdperk, WPNR 2015, afl. 7073, p. 707-714.

74 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957, NJ 2021/4 m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.1.7.

75 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957, NJ 2021/4 m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.1.8.

76 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957, NJ 2021/4 m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.1.7.

77 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957, NJ 2021/4 m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.1.2.

een particulier ook van groot belang dat zowel de koper als de verkoper (of diens vertegenwoordiger(s)) *zelf* de koopovereenkomst ondertekent en met de exacte inhoud daarvan instemt. Dit dient immers het belang van beide bij de koop betrokken partijen, nu tussen deze partijen een koopovereenkomst tot stand dient te komen. Dat is bij gebruikmaking van een ‘andere elektronische handtekening’ in de regel niet of niet goed controleerbaar. In dat verband is het heel wel denkbaar dat de Hoge Raad de hierboven geformuleerde vereisten doortrekt naar de toepassing van de elektronische handtekening in het vermogensrecht, indien een dergelijke casus zich aandient. Dat betekent dat de andere elektronische handtekening wellicht niet langer voldoende zekerheid geeft voor koopovereenkomsten in de zin van art. 7:2 BW en zekerheidshalve vermeden dient te worden.

5 Jurisprudentie over de elektronische handtekening

5.1 Plan van behandeling

Zoals in het voorgaande reeds kort benoemd is, kan het gebruik van een niet-gekwalficeerde elektronische handtekening risicovol zijn, gelet op de betrouwbaarheid daarvan in het kader van art. 3:15a BW.⁷⁸ In deze paragraaf staat dan ook de vraag centraal hoe de rechter de betrouwbaarheid van een gebruikte elektronische ondertekeningsmethode beoordeelt. Ik zal dit aan de hand van een aantal recente rechterlijke uitspraken onderzoeken. Daarbij geef ik de feiten wat uitvoeriger weer dan meestal gebruikelijk is, maar om de toetsing van de rechter aan art. 3:15a BW te begrijpen is dat noodzakelijk. De rechter kijkt immers naar alle feiten en omstandigheden van het geval voor zijn oordeelsvorming inzake de betrouwbaarheidstoets van art. 3:15a BW.

Daartoe wordt ten eerste een recent vonnis besproken waarin een particuliere woningkoper elektronisch een woning kocht en de elektronische koopovereenkomst werd ondertekend door middel van het inplakken van een gescande handtekening (par. 5.2). Vervolgens wordt recente jurisprudentie geanalyseerd op het terrein van het commerciële handelsrecht, nu daar recentelijk diverse uitspraken zijn verschenen die het risico van het gebruik van een niet-gekwalficeerde elektronische handtekening aantonen (par. 5.3). Uit deze jurisprudentie kunnen ook belangrijke lessen worden getrokken voor de particuliere woningkoper die elektronisch contracteert (par. 5.4).⁷⁹ Zo doet de particuliere woningkoper er goed aan onbetrouwbare elektronische ondertekeningsmethoden te vermijden. Hoewel de in paragraaf 5.3 te bespreken jurisprudentie niet rechtstreeks toegepast kan worden op de koop van

een woning door een particulier – nu ook de hoedanigheid van partijen een rol kan spelen in het kader van de beoordeling van de betrouwbaarheid van de gebruikte elektronische handtekening –, zijn er wel degelijk belangrijke lessen te leren door de particuliere woningkoper. De rechter toetst in deze vonnissen immers de betrouwbaarheid van de gebruikte elektronische handtekening in het kader van art. 3:15a BW en de elektronische ondertekeningsmethoden die de commerciële partij en in deze zaken hanteren, kunnen ook door particuliere woningkopers gebruikt worden.

5.2 Het vonnis van Rb. Noord-Nederland 24 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1715

Specifieke jurisprudentie over het gebruik van een elektronische handtekening door de betrokken partijen bij een particuliere woningkoop is schaars. Ik heb slechts één uitspraak gevonden over een situatie waarin de particuliere woningkopers en de verkopers reeds de koopovereenkomst elektronisch ondertekend hadden en de gebruikte elektronische handtekening op betrouwbaarheid werd beoordeeld.⁸⁰

In deze zaak bij de rechtbank Noord-Nederland ging het om het volgende. Verkopers hadden een recreatiewoning te koop gezet in 2017 voor een bedrag van € 1.395.000. Op 13 augustus en 24 september 2017 heeft een man met zijn echtgenote (hierna: de kopers) de woning bezichtigd en vervolgens op 26 september 2017 een bod op de woning uitgebracht. In de dagen daarna heeft de makelaar van de verkopers via de e-mail contact gehad met de kopers. Op 29 september 2017 is door partijen overeenstemming bereikt over de koopprijs en de makelaar ontving via de e-mail scans van de paspoorten van de koper en zijn echtgenote. Op 5 oktober 2017 is vervolgens de koopovereenkomst elektronisch getekend.

De kopers hebben de koopprijs nooit voldaan. De verkopers hebben daarop de koopovereenkomst ontbonden en vorderden betaling van 10% van de koopsom op grond van het in de koopovereenkomst opgenomen boetebeding. De echtgenote van de man liet echter weten dat haar man zonder haar medeweten voor haar haar handtekening heeft geplaatst onder de koopovereenkomst van 5 oktober 2017. De rechtbank overwoog dat

‘gelet op de manier van ondertekenen sprake is van een onbetrouwbare methode en [daarom] kan aan de enkele omstandigheid dat de handtekening (en paraaf) van [de echtgenote] onder de koopovereenkomst(en) staat c.q. staan niet het rechtsgevolg worden verbonden dat [de echtgenote] haar handtekening onder de koopovereenkomsten heeft geplaatst’.⁸¹

Het feit dat de echtgenote tijdens de bezichtiging enthousiast was over de woning, maakte dit volgens de rechtbank niet an-

⁷⁸ Zie nader par. 4.3. Hier komt bij dat de gemiddelde particuliere woningkoper niet weet of een door hem gehanteerde ondertekeningsmethode voldoende betrouwbaar zal zijn in het licht van de eIDAS-verordening.

⁷⁹ Deze selectie is niet uitputtend, maar is illustratief voor de jurisprudentie op dit terrein. Deze is echter wel omstandighedengevoelig, nu de rechter bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van een gebruikte elektronische handtekening immers alle omstandigheden van het geval moet meewegen.

⁸⁰ Rb. Noord-Nederland 24 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1715.

⁸¹ Rb. Noord-Nederland 24 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1715, r.o. 5.3.2.

ders. Enthousiasme betekent immers niet dat de echtgenote de woning vervolgens daadwerkelijk wilde kopen. Ook hebben de verkopers na de bezichtiging uitsluitend nog contact gehad met de man.

Tot slot overwoog de rechtbank dat ook het feit dat de man een kopie van het paspoort van zijn echtgenote heeft opgestuurd, niet haar toestemming impliceerde, want ‘in een gezinssituatie zal het vaak zo zijn dat een gezinslid vrij gemakkelijk de beschikking kan krijgen over de paspoorten van de andere gezinsleden’.⁸² De echtgenote was naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen partij bij de koopovereenkomst. De man zelf was overigens wel partij bij de koopovereenkomst (dit was ook niet in geschil) en diende uiteindelijk de boete te betalen.

De uitspraak illustreert dat het gebruik van een ingescande handtekening als elektronische handtekening problematisch en risicovol kan zijn. Persoonlijk contact tussen de verkopers en de echtgenote ontbrak (in ieder geval na de bezichtiging), waardoor haar elektronische handtekening onvoldoende betrouwbaar bleek, omdat zij het zetten daarvan ontkende.⁸³ In deze zaak konden de verkopers nog wel de man in rechte aanspreken wegens wanprestatie en liep het voor hen goed af. Er zijn echter situaties denkbaar waarin dat niet zo zou zijn geweest. Dit is het geval wanneer de man onvoldoende verhaal biedt. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat de man en zijn echtgenote in deze situatie onder huwelijkse voorwaarden waren getrouwd, waarbij al het vermogen op naam van de vrouw staat.⁸⁴ Juridisch gezien heeft de man dan geen goederen waarop zijn schuldeisers zich kunnen verhalen (art. 3:276 BW). De man biedt dan geen verhaalsmogelijkheid, waardoor de verkopers de verschuldigde boete niet kunnen innen.

Hetzelfde geldt waarschijnlijk wanneer de man wel vermogen heeft, maar in staat van faillissement verkeert. Ook dan vissen de verkopers achter het net, zeker als er veel preferente schuldeisers zijn. In het hierboven besproken vonnis doen deze situaties zich voor zover bekend niet voor, maar het feit dat de vrouw geen partij is bij de koopovereenkomst vormt in het kader van de mogelijkheid om de boete te innen een reëel risico voor de verkopers. Indien de vrouw immers ook partij was bij de koopovereenkomst, konden de verkopers zich ook op haar (privé)vermogen verhalen. Alleen al om die reden is het ook voor verkopers wenselijk dat alle betrokken kopers daadwerkelijk contactspartijen zijn geworden.

5.3 Recente jurisprudentie over het gebruik van niet-gekwalficeerde elektronische handtekeningen

Over het gebruik van een elektronische handtekening in andere situaties dan door een particuliere woningkoper is meer jurisprudentie beschikbaar. Van Balen en Voulon wijzen in hun jurisprudentieanalyse uit 2020 op het risico dat het gebruik van een elektronische handtekening met zich kan brengen.⁸⁵ Zij adviseren aan partijen – en hun eventuele juridische adviseurs – om voor het tekenen van een elektronische overeenkomst grondig onderzoek te doen naar de betrouwbaarheid van de elektronische handtekening die partijen beogen te gebruiken. De kernvraag daarbij blijkt steeds of aangetoond kan worden *wie* heeft getekend, nu de rechter daar veel waarde aan blijkt te hechten.⁸⁶ In de verschenen jurisprudentie die na hun artikel gepubliceerd is, wordt helaas soms pijnlijk duidelijk dat niet alle betrokken partijen dit advies ter harte hebben genomen.

Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817

In de zaak die ten grondslag lag aan het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 7 oktober 2020 speelde het volgende.⁸⁷ De eiser was van 2016 tot november 2018 een van de bestuurders van een vennootschap. In oktober 2018 heeft de vennootschap elektronisch een overeenkomst van geldlening gesloten met kredietverstrekker Swishfund. Daarnaast heeft Swishfund met de eiser – althans dat was de bedoeling – een elektronische borgtochtovereenkomst afgesloten. Begin 2019 ging de vennootschap failliet en was de lening nog niet volledig afbetaald. Swishfund vorderde betaling van het resterende uitgeleende bedrag en sprak daarvoor – op grond van de borgtochtovereenkomst – de eiser aan.

De eiser stelde echter van niets te weten. Naar eigen zeggen heeft eiser noch de geldleenovereenkomst, noch de borgtochtovereenkomst ooit gezien, laat staan ondertekend. De borgtochtovereenkomst was digitaal ondertekend via het programma Adobe Sign. Daarbij was de borgtochtovereenkomst naar het e-mailadres van de aanvrager van de geldlening gestuurd. Om de overeenkomst te kunnen openen, was een code vereist die per sms’je naar het door de aanvrager opgegeven telefoonnummer werd gestuurd. Nadat de aanvrager het document vervolgens heeft geopend, kon hij parafen en een handtekening plaatsen door deze te typen, te tekenen of door een afbeelding in te voegen (zoals een gescande papieren handtekening). Zodra dit is gebeurd, wordt het document door Adobe Sign voorzien van een zegel en kan de inhoud van de overeenkomst niet meer worden gewijzigd.

⁸² Rb. Noord-Nederland 24 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1715, r.o. 5.3.5.

⁸³ Vgl. Van Esch 2019.

⁸⁴ Dit is geen uitsluitend theoretische mogelijkheid. Een situatie als deze komt veelvuldig voor, met name wanneer één echtgenoot een onderneming drijft in een rechtsvorm waar persoonlijke aansprakelijkheid mogelijk is.

⁸⁵ S.N.M.D. van Balen & M.B. Voulon, De elektronische handtekening. Tekent de ondertekenaar zelf?, AA 2020, afl. 12, p. 1164-1172.

⁸⁶ Van Balen & Voulon 2020, p. 1172. Zie ook C.G. Breedveld-de Voogd, De koop van een woning via e-mail, MvV 2005, afl. 2, p. 30-34. De rechter toetst daarbij relatief streng om identiteitsfraude te voorkomen.

⁸⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817, NJF 2020/399.

De handtekening voldeed volgens de rechtbank niet aan de eisen die aan een gekwalificeerde of geavanceerde elektronische handtekening worden gesteld, nu er onder meer geen sprake was van een gekwalificeerd middel of certificaat in de zin van de eIDAS-verordening.⁸⁸ Vervolgens toetste de rechtbank aan de hand van de omstandigheden van het geval of de handtekening voldoende betrouwbaar was. Dat bleek niet het geval, omdat eiser en Swishfund op geen enkel moment direct persoonlijk contact hebben gehad en ook niet was gebleken dat partijen eerder zaken met elkaar hebben gedaan. Verder was het niet duidelijk of de sms-code naar een telefoon is verzonden die uitsluitend aan eiser ter beschikking stond.⁸⁹ Het was derhalve onvoldoende duidelijk of de handtekening door eiser gezet was, zodat de vordering van Swishfund werd afgewezen.⁹⁰ Het gevolg was dat Swishfund met lege handen achterbleef.

De uitspraak toont mijns inziens duidelijk aan dat de rechter het van groot belang acht *wie* er getekend heeft.⁹¹ Dat is in casu niet duidelijk, nu partijen elkaar niet kenden en het ook niet bekend was of de eiser de elektronische overeenkomst ondertekend heeft. Zolang dat laatste niet boven alle twijfel verheven is, is de gebruikte elektronische handtekening onvoldoende betrouwbaar en dus niet rechtsgeldig. Het vonnis illustreert daarmee het risico dat zich hier verwezenlijkt door een elektronische overeenkomst via een applicatie te ondertekenen zonder nader onderzoek te doen naar de identiteit van de ondertekenaar. Ook het gebrek aan persoonlijk contact lijkt een belangrijke factor te zijn die de rechtbank meeweegt.

Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242

Een soortgelijke zaak speelde in het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 18 maart 2022.⁹² De eiser is een kredietverstrekker die door middel van geldleenovereenkomsten krediet heeft verstrekt aan andere ondernemingen. De eiser had in 2018 een bedrag van ongeveer € 25.000 uitgeleend aan bedrijf B. Voor dat bedrag stond een bestuurder van bedrijf B borg via een elektronisch totstandgekomen borgtochtovereenkomst (althans dat was weer de bedoeling). Bedrijf B heeft

ruim € 5000 afbetaald, maar daarna zijn er geen betalingen meer ontvangen door eiser. In 2019 maande de eiser de bestuurder meermaals aan tot betaling, maar er volgde geen reactie. Begin 2020 werd de inschrijving van bedrijf B in het handelsregister beëindigd. De bestuurder ontving in 2021 weer een aanmaning, maar stelde toen van niets te weten. Volgens hem heeft hij helemaal niet getekend. De borgtochtovereenkomst is ook hier digitaal ondertekend via Adobe Sign.

De kantonrechter woog wederom alle omstandigheden van het geval en achtte de gebruikte handtekening niet voldoende betrouwbaar. Zo heeft de bestuurder zijn rekeningnummers aan eiser gemaild en was er daarna via de website van eiser een kredietaanvraag ingediend. Vervolgens heeft de eiser de elektronische overeenkomsten per mail aan de bestuurder verzonden ter ondertekening. Om te kunnen tekenen is een sms-code naar het door de aanvrager opgegeven telefoonnummer gestuurd. Nadat eiser deze overeenkomsten ondertekend had teruggekregen met een kopie van het paspoort van de bestuurder en vanaf een rekening van bedrijf B € 0,01 was overgemaakt, heeft eiser het bedrag van ongeveer € 25.000 gestort op een rekening van bedrijf B. Tussen de eiser en de bestuurder heeft geen persoonlijk contact plaatsgevonden.

Volgens de rechtbank is niet gebleken dat het telefoonnummer waarop de sms-code is ontvangen uitsluitend ter beschikking van de gedaagde stond.⁹³ Van een gekwalificeerde of geavanceerde elektronische handtekening is dan ook geen sprake. Er is nu weliswaar sprake van een ‘andere elektronische handtekening’, maar gelet op voorgaande acht de rechtbank deze niet voldoende betrouwbaar, nu niet duidelijk is of de bestuurder getekend heeft, en de borgstelling ziet op een aanzienlijk bedrag.⁹⁴ De vordering van de eiser wordt afgewezen.

De uitspraak illustreert wederom het grote – en hier ook weer fatale – belang van identificatie van de ondertekenende partij. Het feit dat de eiser beschikt over een telefoonnummer, een e-mailadres en een kopie van het paspoort van de bestuurder, biedt hem geen soelaas. Ook hier lijkt het gebrek aan enige vorm van persoonlijk contact met de bestuurder doorslaggevend te zijn, nu niet duidelijk is of hij ook daadwerkelijk de persoon is met wie de eiser contact gehad heeft.

Hof Amsterdam 12 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1117

In het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 12 april 2022 hebben Ren & Run Houses & Rooms (een makelaarskantoor; hierna: Ren & Run) en Finkle (een factoringbedrijf) een geschil over de vraag of tussen hen een factoringovereenkomst tot stand is gekomen.⁹⁵ Volgens Finkle hebben twee bestuurders van Ren & Run een elektronische factoringovereenkomst

88 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817, Computerrecht 2021/117 m.nt. M.B. Voulon, r.o. 4.3-4.7. Swishfund heeft bovendien in haar dagvaarding naar art. 3:15a lid 1 en 2 (oud) BW verwezen en mede daardoor is volgens de rechter onduidelijk en niet bewezen welk type elektronische handtekening bedoeld is. Er is, mede daardoor, sprake van een ‘eenvoudige elektronische handtekening’.

89 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817, r.o. 4.6 en 4.8-4.10.

90 Het was overigens maar goed dat eiser in verzet kwam tegen het in eerste aanleg door de kantonrechter gewezen verstekvonnis met zaaknr. 7871217 CV EXPL 19-2628 van 3 juli 2019 (niet gepubliceerd). De kantonrechter wees de vordering van Swishfund wel toe.

91 Dat is op zich niet verwonderlijk, nu de functie van een handtekening identificatie van de ondertekenaar beoogt. De wederpartij kan dan met gebruikmaking van de gezette handtekening de ondertekenaar authenticeren. Dit geldt uiteraard voor zowel schriftelijke als elektronische handtekeningen.

92 Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242, NJF 2022/250.

93 Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242, NJF 2022/250, r.o. 5.7.

94 Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242, NJF 2022/250, r.o. 5.8-5.9.

95 Hof Amsterdam 12 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1117.

met Finkle gesloten en deze ondertekend. Na aanmaning geven de twee bestuurders aan niets van een contract af te weten. Zij stellen dat een ander namens Ren & Run getekend moet hebben, die daartoe niet bevoegd was. Dit is waarschijnlijk een oud-werknemer, die enige tijd geleden op het kantoor van Ren & Run werkzaam was.

De rechtbank oordeelde dat de gebruikte elektronische handtekening niet voldoende betrouwbaar was.⁹⁶ Dit is opmerkelijk, nu Finkle wel via de e-mail diverse malen contact heeft gehad met een van deze bestuurders en ook beschikt over onder meer kopieën van hun identiteitsbewijzen. Vervolgens heeft Finkle per mail naar de twee bestuurders de factoring-overeenkomst en een overeenkomst van hoofdelijk schuldenaarschap gestuurd en ondertekend terugontvangen. Volgens de rechtbank is echter onvoldoende vastgesteld of de twee bestuurders ook daadwerkelijk getekend hebben, nu wellicht ook anderen op het kantoor van Ren & Run toegang tot de betreffende mailaccounts hadden.⁹⁷ Bovendien is er geen enkel moment persoonlijk contact geweest tussen alle betrokkenen.

Volgens het hof hebben de twee bestuurders ook voldoende aannemelijk gemaakt dat de oud-werknemer toegang had tot de mailadressen, en is het daarmee niet aannemelijk dat de twee bestuurders zelf ondertekend hebben.⁹⁸ Gelet op de hiervoor besproken jurisprudentie kan deze uitspraak niet verbazen. Waar in de vorige twee uitspraken een code per sms werd verzonden, werden de overeenkomsten hier slechts per e-mail verstuurd. Wel is het spijtig dat het hof in r.o. 4.6 in het midden laat

‘of de door Finkle gevolgde werkwijze in het algemeen voldoende betrouwbaar kan worden geacht als bedoeld in art. 3:15a BW.[⁹⁹; HW] Immers, ook bij handgeschreven handtekeningen kan het voorkomen dat deze worden gezet door iemand die zich als een ander voordoeet.’¹⁰⁰

Hoewel het hof hier uiteraard gelijk heeft, creëert dit wel (nog meer) rechtsonzekerheid over deze methode. Dat is niet wenselijk, en deze ondertekeningsmethode dient dan ook zo veel mogelijk vermeden te worden. Ook hier lijkt het ontbreken van direct persoonlijk contact fataal te zijn, zeker nu dit de eerste keer was dat partijen zaken met elkaar deden.

5.4 Welke lessen kunnen uit bovenstaande jurisprudentie worden getrokken?

De in paragraaf 5.2 en 5.3 beschreven recente jurisprudentie die over het gebruik van de elektronische handtekening verschenen is, toont aan dat het gebruik van een niet-gekwalificeerde handtekening nog altijd zeer risicovol is. Ondanks dat de jurisprudentie inzake het gebruik van niet-gekwalificeerde elektronische handtekeningen door particuliere woningkopers nog slechts uit één (gepubliceerde) uitspraak bestaat en de in paragraaf 5.3 behandelde jurisprudentie louter ziet op professionele situaties in het commerciële handelsverkeer, kan wel de conclusie worden getrokken dat het gebruik van niet-gekwalificeerde elektronische handtekeningen meer dan eens problemen oplevert. Dit is niet anders wanneer de particuliere woning koper elektronisch contracteert.

Uit de analyse blijkt dat de rechter met name aan het gebrek van *persoonlijk contact* tussen de partijen grote waarde lijkt te hechten. De kans op identiteitsfraude is dan immers groter. Zeker wanneer een van de partijen werkzaam is voor een (grote) onderneming, bestaat de kans dat andere personen toegang hebben tot bijvoorbeeld een e-mailaccount.¹⁰¹ Dit zal sneller het geval zijn wanneer het contact tussen de contractspartijen plaatsvindt via een algemeen e-mailadres van bijvoorbeeld een secretariaat en minder snel spelen bij het gebruik van een (zakelijk) privé-e-mailadres. Ik kan deze gedachtegang op zichzelf beschouwd volgen. Impliciet wordt immers gezegd dat een wederpartij er niet zomaar op kan vertrouwen dat de vermeende contractspartij elektronisch heeft ondertekend als hij die partij nooit persoonlijk heeft gesproken. Weliswaar is dat bij elektronische ondertekening nooit 100% het geval en ook niet als er wel persoonlijk contact is geweest, maar hierdoor wordt een contractspartij die te ‘lichtvaardig’ contracteert in zekere zin indirect afgestraft. Hier gaat een zekere disciplinerende werking van uit, nu deze (en hopelijk alle) contractspartijen in het vervolg waarschijnlijk zorgvuldiger zullen handelen inzake elektronisch contracteren.

Het is mijns inziens meer in het algemeen wel de vraag of de rechter niet al te streng oordeelt. Op het eerste gezicht handelen de partijen in de voornoemde rechtspraak niet zonder meer onzorgvuldig. Zo is het opvragen van bijvoorbeeld een kopie van een paspoort in de regel toch een vrij betrouwbare methode om te controleren met welke persoon men te maken heeft. Natuurlijk is het niet ondenkbaar dat een ander ook een dergelijke kopie bezit, maar hoe groot is die kans nu daadwerkelijk? Ook ‘voelt’ het soms alsof een partij van de overeenkomst af wil en haar elektronische handtekening om die reden

⁹⁶ Rb. Amsterdam 11 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8755, JIN 2020/71 m.nt. J. Hament. Zie ook V. van Kampen, De elektronische handtekening in het ondernemingsrecht, TOP 2020, afl. 4, p. 25.

⁹⁷ Rb. Amsterdam 11 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8755, JIN 2020/71 m.nt. J. Hament, r.o. 4.4.

⁹⁸ Hof Amsterdam 12 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1117, r.o. 4.6.

⁹⁹ Deze specifieke rechtsvraag lag ook niet voor, maar het is voor de praktijk wel waardevol om dit te weten.

¹⁰⁰ Hof Amsterdam 12 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1117, r.o. 4.6. Hoewel dit op zichzelf natuurlijk juist is, kan een grafoloog dan nader onderzoek verrichten. Dit kan bij een elektronische handtekening niet.

¹⁰¹ In dit licht kan men zich afvragen of het dan – zeker indien het niet om een algemeen adres gaat – niet een geval betreft waar de schijn van vertegenwoordiging aan de pseudovertegenwoordigde moet worden toegerekend. Dat is niet ondenkbaar, maar in de jurisprudentie wordt dat niet snel aangenomen.

in twijfel trekt.¹⁰² Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid kan ik echter met de jurisprudentie instemmen. Als er maar enige vorm van twijfel bestaat dat een partij niet zelf elektronisch heeft getekend, acht de rechter de handtekening onbetrouwbaar. Door deze benadering beschermt de rechter de rechtszekerheid maximaal, en dat is naar mijn idee prijzenswaardig en ook wenselijk.

Bij de koop van een woning door een particulier zal er in de regel wel sprake zijn van persoonlijk contact tussen de koper en de verkoper. Vaak zal de koper de te koop staande woning bezichtigen en daar de verkoper aantreffen.¹⁰³ Dit hoeft echter niet het geval te zijn. Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat een particuliere woningkoper vanuit het buitenland elektronisch een woning aankoopt, zonder de verkoper persoonlijk gesproken te hebben. Indien er na het (vermeende) sluiten van de koopovereenkomst dan problemen ontstaan, kan een partij wellicht onder de koopovereenkomst uit komen indien de gebruikte elektronische handtekening onvoldoende betrouwbaar blijkt te zijn en de rechter ook tot dit oordeel komt.

Eveneens zou de situatie zich kunnen voordoen dat een particuliere koper interesse toont in een woning en mondeling toezegt deze voor een bepaalde prijs en onder bepaalde voorwaarden te willen kopen. De verkoper stuurt de door hem opgestelde elektronische koopovereenkomst vervolgens naar een door de koper opgegeven werk-e-mailadres. Indien ook andere personen dan de koper tot dat betreffende e-mailadres toegang hebben, is niet ondenkbaar dat de rechter oordeelt dat de gezette elektronische handtekening onvoldoende betrouwbaar is. De kans bestaat dan immers dat een ander dan de geïnteresseerde koper getekend heeft. Denk bijvoorbeeld aan een collega die als ‘grap’ tijdens de pauze van de geïnteresseerde koper via diens mailbox een handtekening zet. Zo een situatie zal zich wellicht niet snel voordoen, maar het is niet ondenkbaar en bovendien achteraf niet altijd goed controleerbaar. En zelfs al gebeurt dit niet, dan kan een achteraf ontevreden koper of verkoper wel twijfel zaaien over de gezette handtekeningen. Om dergelijke vervelende discussies achteraf te voorkomen, is het daarom noodzakelijk om een voldoende betrouwbare elektronische handtekening te gebruiken. Gelet op het feit dat de ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ hetzelfde rechtsgewolg heeft als een handgeschreven handtekening, is het aan te raden om daarvan gebruik te maken.

6 Conclusie en aanbevelingen

Uit de in paragraaf 5 besproken jurisprudentie blijkt duidelijk dat het gebruik van een niet-gekwalficeerde handtekening risico's met zich brengt. In de behandelde rechtspraak blijven de

kredietverleners steeds met lege handen achter. Ook bij de elektronische koop van een woning door een particulier kan zich het risico verwezenlijken dat de rechter achteraf de gebruikte elektronische handtekening onvoldoende betrouwbaar acht in het licht van art. 3:15a BW, met name indien niet of niet met voldoende zekerheid de identificatie van de ondertekenaar gewaarborgd is. Dit bleek uit het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 24 april 2019.

Meestal zullen koper en verkoper bij de koop van een woning – al dan niet via een betrokken makelaar – ten minste eenmaal persoonlijk contact hebben, maar dat is lang niet altijd het geval en is ook niet vereist. Het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 24 april 2019 laat ook zien dat eenmaal persoonlijk contact niet altijd voldoende is. Inschakeling van een makelaar is eveneens niet verplicht en vindt vanwege de kosten ook lang niet altijd plaats. Door de onbetrouwbare handtekening kan de koopovereenkomst – en daarmee de geldige titel in de zin van art. 3:84 lid 1 BW – wegvallen, waardoor er geen eigendomsoverdracht kan plaatsvinden (of heeft plaatsgevonden).

Het is in dat licht van groot belang om voorafgaand aan het tekenen van een elektronische overeenkomst te (laten) onderzoeken of de gebruikte handtekeningmethode voldoende betrouwbaar is om latere juridische problemen en rechtsonzekerheid te voorkomen.¹⁰⁴ Indien partijen het risico van een mogelijk onbetrouwbare elektronische handtekening willen voorkomen, dienen zij een gekwalificeerde elektronische handtekening te gebruiken. Dit geldt in het algemeen, maar in het bijzonder ook bij de koop van woningen door particulieren. De particuliere woningkoper verdient immers bescherming gelet op de ratio van art. 7:2 BW, te weten het onder meer bieden van rechtszekerheid.

In dat verband is het wenselijk dat de wetgever dit type elektronische handtekening dan ook als vormvereiste voorschrijft bij de elektronische woningkoop door een particulier, om zowel de particuliere koper als de verkoper rechtszekerheid te bieden. Daarbij is het wenselijk dat de toegang tot het verkrijgen van de mogelijkheid om een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ te zetten zo veel als mogelijk wordt vereenvoudigd en goedkoper wordt gemaakt. Ook zouden de eventueel bij de koop betrokken (juridische) adviseurs, zoals de makelaar en de notaris, op het gebruik van een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ moeten wijzen en de partijen aanraden om geen ander type elektronische handtekening te accepteren.¹⁰⁵

¹⁰² Bewijs daarvoor ontbreekt echter. Zie in dit kader ook de vrij cynische annotatie van A.J.J. van der Heiden bij Rb. Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6370, Prg. 2018/190 en de annotatie van P.G. van der Putt bij Rb. Amsterdam 2 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:793, IR 2022/3, onder par. 11.

¹⁰³ Dit is vaak anders wanneer de verkoper een makelaar heeft ingeschakeld. De verkoper is dan in de regel niet aanwezig tijdens de bezichtiging.

¹⁰⁴ Hiervoor zal men *in abstracto* de wettelijke vereisten – voor zover die er zijn – moeten afdaan en *in concreto* ook de jurisprudentie moeten raadplegen. Dat is, alleen al in het licht van de kosten, natuurlijk onwenselijk.

¹⁰⁵ Denkbaar is dat deze verplichting reeds voortvloeit uit de op de makelaar (art. 7:401 BW) en de notaris (art. 17 lid 1 Wna) rustende zorgplicht. Mijns inziens zou dat in ieder geval wel zo moeten zijn.

Als alternatief kunnen partijen uiteraard ook de ‘ouderwetse’ papieren handtekening gebruiken of – nog beter – de koopovereenkomst in een notariële akte laten vastleggen. Laatstgenoemde optie biedt bewijstechnisch de hoogst mogelijke vorm van rechtszekerheid, maar is natuurlijk wel minder praktisch en bovendien (relatief) kostbaar. Het lijdt in ieder geval geen twijfel dat ik – anders dan de minister¹⁰⁶ – van mening ben dat het als particuliere woningkoper onverantwoord is om elektronisch te contracteren, tenzij partijen een ‘gekwalficeerde elektronische handtekening’ gebruiken. De wetgever is aan zet om deze wijze van elektronische ondertekening als vormvoorschrift aan art. 7:2 BW toe te voegen.

¹⁰⁶ Zie par. 1.