

De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen

Matthias E. Storme

hoogleraar KU Leuven, advocaat Brussel*

Inleiding

1. Op 20 oktober werd de “Wet tot introductie van nieuwe telecommunicatiemiddelen in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure” (Wet-Bourgeois) afgekondigd, en op 9 juli 2001 de “Wet houdende vaststelling van bepaalde regels i.v.m. het rechtelijk kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten” (hierna genoemd “Wet certificatediensten”, *B.S.* 29 september 2001). Voor 17 januari 2002 moet in beginsel nog een wet volgen tot omzetting van de Richtlijn elektronische handel.

De Wet-Bourgeois houdt een reeks niet te onderschatten wijzigingen in, zowel in het materiële privaatrecht als in het gerechtelijk recht. Deze bijdrage bespreekt slechts één enkele bepaling ervan – het nieuwe art. 1322 lid 2 B.W., in werking getreden op 1 januari 2001 (d.i. 10 dagen na publikatie in het Staatsblad). In een andere bijdrage (<http://www.storme.be/2281.pdf>) bespreek ik de overige bepalingen van deze wet. De wet handelt namelijk over twee onderscheiden vraagstukken, in het oorspronkelijke voorstel enkel vragen van geldigheid van rechtshandelingen (wijzigingen aan het Ger.W. voor proceshandelingen, nieuw art. 2281 B.W; voor rechtshandelingen in het algemeen), die in mijn andere bijdrage worden besproken, door latere toevoeging echter ook sommige vragen van bewijsrecht (wijziging van art. 1322 BW), met name de waarde van een elektronische handtekening (hierna afgekort “EH”), die het voorwerp vormt van deze bijdrage.

Aangezien het onderscheid tussen beide soorten vragen¹ minder voor de hand ligt, maar wel van belang is om de werking van de nieuwe bepalingen te begrijpen, wordt aan dat onderscheid in deze bijdrage ook een algemene beschouwing gewijd (onder I.), vooraleer nader in te gaan op de elektronische handtekening en het bewijsrecht (II. en v.).

2. De nieuwe wet lost zeker niet alle problemen op die met de behandelde communicatiemiddelen (vnl. fax en e-post) gepaard gaan; de ervaring leert dat het allicht jaren meer zou hebben geduurd indien men had gewacht op een meeromvattende hervorming. Een aantal andere vragen wordt intussen geregeld door de Wet certificatediensten, die tezamen met art. 1322 lid 2 bedoeld is als omzetting van Richtlijn

* met dank aan Rogier de Corte.

¹ Het onderscheid tussen beide vragen heb ik eerder uitgewerkt in een bijdrage betreffende het gebruik van de telefax in het procesrecht : M.L. STORME & M.E. STORME, “De telefax in het procesrecht”, in *Liber amicorum Marcel Briers*, en in mijn bijdrage “De ontvangstleer bij derdenbeslag en andere kennisgevingen die de betalingsverplichting van een schuldenaar wijzigen, en de verzendingsleer bij rechtshandelingen die een termijn doen ingaan, *R.W.* 1999-2000 nr. 39, 1338 v.

1999/93 “betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen”². Naast deze bepalingen zijn er nog vele andere nodig om het elektronisch rechtsverkeer (modieus en oppervlakkig “*e-justice*” en “*e-government*” genoemd) daadwerkelijk op grote schaal ingang te doen vinden; sommige van deze bepalingen komen in deze bijdrage zijdelings ter sprake.

I. Het onderscheid tussen de bewijsproblematiek en de geldigheidsproblematiek.

3. Oorspronkelijk beoogde het voorstel-Bourgeois niet zozeer vragen van bewijsrecht (onder a) te regelen, maar wel vragen van geldigheid van rechtshandelingen (vormvereisten) (onder b). Het is eerst door de wijziging van art. 1322 BW dat de bewijsproblematiek ook rechtstreeks betroffen is (naast de onrechtstreekse weerslag van de andere wijzigingen). Strikt genomen gaat het niet helemaal om een onderscheid tussen bewijsrecht en geldigheidsvoorwaarden, maar veeleer daarom, onder welke voorwaarden de ene partij zich jegens de andere op een bepaald stuk of bepaalde mededeling kan beroepen.

(a) In het eerste geval gaat de betwisting over de **gebondenheid** (door een rechtshandeling) **van de persoon aan wie het stuk wordt toegerekend**. De **ontvanger** - de partij die het stuk of de mededeling ontvangen heeft - beroept zich daarop **tegen de afzender** (om er rechten uit af te leiden); de afzender (of zijn rechtsopvolger) betwist zijn gebondenheid (bv. door zijn handtekening te ontkennen).

(b) In het tweede geval gaat de betwisting over de **effectiviteit van een rechtshandeling of andere kennisgeving tegen de ontvanger**. De **afzender** (of zijn opdrachtgever) beroept zich erop door middel van het stuk of de mededeling een bepaalde rechtshandeling of andere kennisgeving te hebben gesteld en de **bestemming betwist** dat een dergelijke handeling op geldige wijze is gesteld (dat hij daardoor gebonden is) - bv. door te betwisten dat ze schriftelijk is gebeurd, dan wel ondertekend is, dan wel dat het een authentieke akte is (telkens waar dit vereist wordt), enz³.

² Te vinden op http://europa.eu.int/eur-lex/nl/lif/dat/1999/nl_399L0093.html. Voor een algemeen overzicht van de materies geregeld in deze richtlijn, zie M. ANTOINE & D. GOBERT, “La directive européenne sur la signature électronique. vers la sécurisation des transactions sur l’Internet ?”, *J.T.D.E.* 2000, 73 v.; P. VAN EECKE, “Bewijsrecht en digitale handtekeningen : nieuwe perspectieven”, in *Tendensen in het bedrijfsrecht 10: de elektronische handel*, Bruylant Brussel / Kluwer Antwerpen 1999, p. 213 v. Deze richtlijn is op zijn beurt geïnspireerd door de UNCITRAL-modelwet Elektronische handel van 1996 (in 1998 aangevuld met art. 5 bis), <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>, en het Duitse *Informations- und Kommunikationsdienstegesetz* van 22 juli 1997 (waarvan het *Signaturgesetz* deel uitmaakt).

³ De bestemming kan ook betwisten de kennisgeving ontvangen te hebben. in dat geval gaat het om een vraag van bewijs van een rechtsfeit (dat in ons recht in beginsel niet gereguleerd is).

Regels die op de eerste vraag (a) betrekking hebben, zijn regels die gelden ter bescherming van de “verzender”. Het zijn voornamelijk bewijsregels (vormen *ad probationem*), doch hieronder vallen ook regels die pleegvormen opleggen *ad validitatem* mits de *ratio legis* erin bestaat de integriteit van de wil van de handelende partij te verzekeren⁴. Zij worden onder II. besproken.

Regels die op de tweede vraag (b) betrekking hebben, zijn regels ter bescherming van de ontvanger of bestemming, soms ook van derden. Het zijn omzeggens altijd regels die bepaalde vormen *ad validitatem* voorschrijven, maar dan wel om de ontvanger te beschermen tegen een te gemakkelijke ingreep in zijn rechts sfeer. Deze regels betreffen dan ook in de meeste gevallen eenzijdige rechtshandelingen, en voornamelijk rechtshandelingen die de uitoefening van een recht, meestal een zgn. “*Gestaltungsrecht*” uitmaken (bv. dagvaarding, ontslag, opzegging, enz.), betreffen. Zij worden in een andere bijdrage besproken (<http://www.storme.be/2281.pdf>).

4. Daarmee is niet gezegd dat beide vragen totaal gescheiden kunnen worden : vele rechtshandelingen brengen namelijk een zekere gebondenheid van beide partijen met zich mee, en het is dan ook zinvol om te vermijden dat dit een *negotium claudicans* is, d.w.z. een handeling die wel door de ene partij tegen de andere kan worden ingeroepen, maar niet omgekeerd. In de andere genoemde bijdrage ga ik dan ook na in hoever dit vraagstuk al dan niet wordt opgelost. Daarbij raken we ook aan een derde soort vraag, waarbij vorm- of bewijsvereisten een rol spelen, namelijk die van de *legitimatie* van een persoon.

II. Enkele basisonderscheidingen in ons bewijsrecht.

5. Wenden we ons nu tot de eerste vraag. De enige uitdrukkelijke wijziging van ons bewijsrecht betreft de verruiming van het begrip handtekening. Hoewel er plannen zijn geweest voor een verdergaande aanpassing van de bewijsregels in het B.W., is uiteindelijk alleen art. 1322 B.W. gewijzigd, door de toevoeging van een tweede lid dat het begrip handtekening en daarmee ook het begrip akte uitbreidt naar elektronische handtekeningen. De precieze werking van het nieuwe art. 1322 lid 2 van het B.W. kan evenwel niet worden begrepen zonder enige voorkennis van de algemene opbouw van ons bewijsrecht.

Uit die structuur volgt namelijk dat er voor de bewijswaardering steeds minstens twee stappen vereist zijn.

⁴ In sommige gevallen is een akte (en dus een handtekening) *ad validitatem* voorgeschreven - b.v. art. 970 B.W. voor het eigenhandig testament, of art. 931 B.W. voor de schenking(sbelofte) -, doch dit verandert niets aan het situeren van het probleem. Vgl. M. van QUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", *R.C.J.B.*, 1985, (65) 67 nr. 3; mijn "Goede trouw in geding en bewijs", *TPR* 1990, randnr. 98 en 121.

A. Kwalificatie van het bewijsmiddel en toepassing van de bewijswaarde als twee stappen in de bewijswaardering.

1. Eerste stap : de kwalificatie als een bepaald middel; uitwendige bewijskracht van sommige middelen.

6. Ons stelsel van bewijsrecht is dusdanig dat elk mogelijk bewijsmiddel éerst moet worden **gekwalificeerd** als een bepaald bewijsmiddel⁵ (zgn. authentieke akte, onderhandse akte, geschrift, getuigenverklaring, deskundigenbericht, aanwijzing waaruit een vermoeden kan worden afgeleid, enz.); een *numerus clausus* dus, zij het dat sommige bewijsmiddelen zeer “open” omschreven zijn⁶. De bewijswaarde van een mogelijk bewijsmiddel verschilt namelijk naargelang de kwalificatie. Om een mogelijk bewijsmiddel te kwalificeren als een bepaald bewijsmiddel moet nagegaan worden of het voldoet aan de voor die kwalificatie voorgeschreven vorm- of andere voorwaarden. Dit vereist op één of andere wijze een zekere “**verificatie**” van het bewijsmiddel (hier in de algemene zin van het woord gebruikt).

7. Sommige bewijsmiddelen hebben daarbij reeds een zgn. “**uitwendige bewijskracht**”⁷ – d.w.z. de uitwendige vorm van het middel levert op zichzelf een voldoende bewijs op van de kwalificatie en de rechter is verplicht om deze kwalificatie te erkennen. Bij andere middelen moet er een verificatie plaatsvinden vooraleer de kwalificatie vaststaat. Indien het niet om een akte of ander geschrift gaat, wordt daarbij in de meeste gevallen ook vereist dat het eerst op schrift wordt gesteld (bv. de getuigenverklaring, het plaatsbezoek, het deskundigenonderzoek, enz.)⁸ – uitgezonderd de vermoedens.

Onder III. en volgende gaan we na aan welke eisen een mogelijk bewijsmiddel moet voldoen om een akte of een ander geschrift te kunnen zijn (aangezien het nieuwe art. 1322 B.W. neerkomt op een verruiming van deze begrippen).

⁵ Zie J. EGGENS, *N.K.F. Lands Verklaring van het burgerlijk wetboek, deel 6* : Boek IV, titel I-VI (bewijsrecht), Bohn Haarlem (2) 1933, o.m. p. 26 v.

⁶ Onze lijst van bewijsmiddelen is in wezen al zeer oud. Men vindt reeds een zeer gelijkaardige lijst bij Aristoteles. Deze onderscheidt in zijn I, 2 en 15 net dezelfde bewijsmiddelen en onderscheidt de feiten die een rechterlijk vermoeden kunnen leveren dan nog in middelen tot ethisch bewijs of gezagsbewijs, middelen tot gevoelsbewijs, middelen tot voorbeelden, en middelen tot enthymemen vanuit I, 12 tot 14 en II van ARISTOTELES, de *Topica* van CICERO, en *De institutione oratoria* van QUINTILLIANUS. Een overzicht vindt men bij J. Ph. LEBY, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in *La preuve en droit*, Travaux du CNRL, Bruylant Brussel 1981, 27 v.

⁷ Zie Bv. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 742; F. LAURENT, *Principes de droit civil* XIX, Brussel 1878, nr. 130; W. van GERVEN, *Beginselen van belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Gent 1969, nr. 118.

⁸ Vgl. E. CAUSIN, “La preuve et l’interprétation en droit privé”, in *La preuve en droit*, Travaux du CNRL, p. (197) 200 v.

2. Tweede stap : materiële bewijswaarde van dat middel.

8. Na de kwalificatie kan de **bewijswaarde** van het middel worden bepaald, d.i. kan worden bepaald welke rechtsfeiten of rechtsgevolgen uit dat middel kunnen of moeten worden afgeleid (bv. gebondenheid aan de beschikking, juistheid van de verklaring tot tegenbewijs, vermoede feiten, enz.). Hieronder gaan we dus ook na wat de bewijswaarde is van een akte of ander geschrift, bewijswaarde die verschilt naargelang de aard van het *probandum*. Sommige bewijsmiddelen hebben voor bepaalde feiten een verplichte bewijswaarde (onder meer partij-akten en zgn. authentieke akten), anderen slechts een vrije bewijswaarde.

3. Bewijsuitsluitingsregels

9. Sommige bewijsmiddelen anderzijds hebben voor bepaalde feiten géén bewijswaarde. Ons bewijsrecht kent namelijk uitsluitingsregels, waardoor bepaalde soorten rechtsfeiten of rechtsgevolgen slechts met bepaalde bewijsmiddelen kunnen bewezen worden. Zo krijgt het schriftelijk bewijs (akte of ander geschrift) bijna een monopolie voor het bewijs van de meeste rechtshandelingen van niet-handelaars (behoudens uitzonderingen, zoals de onmogelijkheid zich een schriftelijk bewijs te verschaffen). Men spreekt hierbij vaak ook verwarrend van de “toelaatbaarheid” van bewijsmiddelen - verwarrend omdat het hier niet om een procesrechtelijke vraag maar om een materieelrechtelijke vraag gaat⁹ (het gaat niet over de toelaatbaarheid van een bepaalde vordering in rechte, i.h.b. een vordering van een bewijsmaatregel, maar om de vraag of een bepaald soort bewijsmiddel al dan niet tot bewijs van bepaalde feiten kan leiden).

4. Besluit

10. De kwalificatie van een mogelijk bewijsmiddel tot een bepaald bewijsmiddel kan dus als gevolg hebben dat het middel verplicht bewijs oplevert van het betwiste (rechts)feit (dwingende bewijswaarde), dat het ervan bewijs kan opleveren (vrije bewijswaarde) of dat het uitgesloten is voor het bewijs ervan. Het kan ook gevolgen hebben voor de middelen waarmee tegenbewijs kan worden geleverd (vrij tegenbewijs of gereguleerd tegenbewijs).

Bij akten valt er veel te zeggen over de kwalificatie als akte, en is de regeling van de bewijswaarde betrekkelijk eenvoudig. Bij andere bewijsmiddelen, waar de kwalificatie minder streng gereguleerd is, is er meer aandacht nodig voor de bewijswaardering in enge zin.

⁹ Zie voor meer uitleg mijn “Goede trouw in geding en bewijs”, *TPR* 1990, (353) 489 v. nr. 95-96.

B. Bewijs van rechtshandelingen en bewijs van rechtsfeiten.

11. Verder moet men er zich ook van bewust blijven dat er een groot verschil is tussen het bewijs van rechtshandelingen ((en daardoor aangegane verbintenissen) en dat van andere rechtsfeiten, en dit in *twee* opzichten.

Op de eerste plaats is het eerste gereguleerd door de genoemde uitsluitingsregels. Wie zich op een rechtshandeling van een wederpartij niet-handelaar wil beroepen, d.i. wie aanspraken uit rechtshandeling verwoordt tegen zo'n partij - bv. om de uitvoering van een overeenkomst te eisen - moet zichzelf eerst een schriftelijk bewijs verschaffen. Het gaat hier om wat ik eerder al beschreven heb als een "materieelrechtelijke bewijslast (*Obliegenheit*)"¹⁰. Wie zich géén schriftelijk bewijs verschaft, kan achteraf de verklaringen van de wederpartij misschien wel als een feit inroepen waaruit bv. een aanspraak op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad volgt, maar niet als een rechtshandeling waarmee de wederpartij vrijwillig verbintenissen is aangegaan, tenzij hij eerst bewijst dat hij in de onmogelijkheid verkeerde zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (anders gezegd : dat hij verplicht was om de tegenpartij krediet te geven vooraleer een akte te bemachtigen)¹¹ of het om een handelaar gaat. Deze onmogelijkheid is natuurlijk nog niet aanwezig door het loutere feit dat men elektronisch contracteert : men verkeert dan immers helemaal niet in een toestand waarin men de andere partij willens nillens krediet moet geven¹².

12. Maar er is een tweede, belangrijker verschil : het gaat in wezen om twee geheel verschillende zaken of een bewijsmiddel rechtstreeks een rechtshandeling bewijst, dan wel rechtsfeiten bewijst – waaruit verder mogelijks rechtshandelingen kunnen worden afgeleid.

¹⁰ Zie mijn "Goede trouw in geding en bewijs", *TPR* 1990, (353 v.) randnr. 116 en 124 v., in het bijzonder 126.

¹¹ Vgl. mijn ontleding van art. 1341 B.W in "Het vertrouwensbeginsel in het belgisch verbintenissenrecht", preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland 21 november 1997, *TPR* 1997, p. 1861 en v., randnr 45.

¹² Tegen de redenering dat men zich bij elektronisch contracteren in zo'n toestand zou bevinden o.m. ook M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Story Brussel / CRID Namen 1992, p. 207-208; E. MONTERO, "Internet et le droit des obligations conventionnelles", in *Internet sous le regard du droit*, Jeune Barreau Brussel 1997, randnr. 15 p. 55, in hun kritiek op de Franse Wet van 12 juli 1980 tot wijziging van art. 1348 C.C.; G.L. BALLON, "Informatica in het licht van het contractenrecht", in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII, De jurist en de informatica-invasie*, Kluwer Antwerpen 1996, p. (3) 21; Y. POULLET, "Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve", eveneens in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII, De jurist en de informatica-invasie*, p. (39) 43; P. VAN EECKE, in *Tendensen in het bedrijfsrecht 10: de elektronische handel*, Bruylant Brussel / Kluwer Antwerpen 1999, p. (213) p. 225. Soepeler nog L. CORNELIS & L. SIMONT, "Bewijsrecht en technologische evolutie : enkele overwegingen", in *Technologie en recht*, Kluwer Antwerpen 1987, 158.

Op die grond moet men bij bewijsmiddelen in het algemeen, en bij akten (*instrumenta*) in het bijzonder, een fundamenteel onderscheid maken¹³ tussen :

- dispositieve of beschikkende akten of partij-akten. Dit zijn *instrumenta* waarmee men een rechtshandeling aangaat¹⁴ (d.i. een handeling waarmee de ondertekenaar over zijn rechten of zijn vrijheid beschikt). De inhoud van een dergelijke akte kan niet worden herleid tot een “mededeling” van wat dan ook, maar houdt een beschikking in, waarmee men zich verbindt (tot bepaalde rechtsgevolgen : een verbintenis, een eigendomsoverdracht, een afstand, enz.)¹⁵. In die zin gaat het om “performatief” taalgebruik¹⁶. Het gaat hier niet om de “juistheid” van de akte, maar om de gebondenheid eraan (het **gelden** van de erin aangegeane verbintenissen). Wat precies de inhoud van deze verbintenissen is, is een vraag van uitleg van de akte (*interpretatio ab probatione*), die moet geschieden volgens de regels eigen aan rechtshandelingen van die aard¹⁷. De bewijswaarde van deze akten is ten aanzien van de partijen een “onmiddellijke” (rechtsgevolgen, met name verbintenissen) en geen “middellijke (rechtsfeiten)¹⁸. Het kan hier gaan om een onderhandse akte, dan wel om een zgn. authentieke akte, doch in het laatste geval gaat het enkel om het partij-gedeelte van die zgn. authentieke akte (wat de partijen ten overstaan van de notaris ondertekenen).
- enunciatieve (mededelende) of beschrijvende akten of proces-verbaal-akten. Dit zijn akten waarmee men bepaalde waarnemingen – zintuiglijk waarneembare feiten – vaststelt of meedeelt. Zoals verder wordt uiteengezet, hebben ze slechts een

¹³ Dat ook in art. 1320 B.W. is terug te vinden; zie mijn “Het vertrouwensbeginsel in het belgisch verbintenissenrecht”, *TPR* 1997, p. 1861 en v., randnr 33. E. CAUSIN, “La preuve et l’interprétation en droit privé”, in *La preuve en droit*, Travaux du CNRL, p. (197) 206 v. wijst erop dat het onderscheid ook leidt tot verschillende beginselen voor uitleg van de ene dan wel de andere akten; deze worden zo dadelijk aangegeven.

¹⁴ Natuurlijk weet ik dat men het *instrumentum* (bewijsmiddel) moet onderscheiden van het *negotium* (de rechtshandeling). De redenen daarvoor zijn dat 1° een rechtshandeling in beginsel geen akte vereist voor haar geldigheid (behoudens de “plechtige” rechtshandelingen), en 2° de akte niet voldoende is voor een rechtshandeling, aangezien er ook substantiële vereisten zijn waaraan moet zijn voldaan. Maar dit belet niet dat indien er een akte wordt opgemaakt, het kunstmatig is om die te zien als het bewijsmiddel voor een reeds gestelde rechtshandeling : de ondertekening en terbeschikkingstelling van de akte *is* in dat geval de rechtshandeling. Zie ook M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.*, 1985, (57) 70 nr. 5.

¹⁵ Zie verder mijn “Het vertrouwensbeginsel in het belgisch verbintenissenrecht”, *TPR* 1997, p. 1861 en v., randnr 33.

¹⁶ Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, 24 v.

¹⁷ Zie voor de algemene regel art. 1157 e.v. B.W. en in de Beginselen van Europees overeenkomstenrecht art. 5:101 PECL.

¹⁸ Zie A. PITLO m.m.v. T.R. HIDMA, *Het Nederlands burgerlijk wetboek, deel 4, Bewijs en verjaring*, Gouda Quint Arnhem (6)1981, 44.

bijzondere bewijswaarde wanneer de vaststellingen gedaan zijn door een openbaar ambtenaar *ex propriis sensibus* binnen zijn bevoegdheid. Reproductieve akten¹⁹ (fotos, geluids- en beeldbanden e.d.m.) hebben dezelfde – beschrijvende - functie (maar slechts een vrije bewijswaarde)²⁰. Het gaat hier bij deze categorieën van stukken geenszins om “wilsverklaringen”, maar om “wetensverklaringen”. De auteur van de akte verbindt zich als dusdanig niet tot een prestatie, maar kan wel aansprakelijk zijn indien de verklaring onjuist is²¹. Voor zover deze stukken een bewijswaarde hebben gaat het om een zgn middellijke bewijswaarde : ze leveren bewijs van feiten waaruit rechtsgevolgen kunnen worden afgeleid, maar geen bewijs van rechtsgevolgen. Wanneer deze akten moeten worden uitgelegd, gaat het dan ook om een *interpretatio ad probationem*, een uitleg om tot de vastgestelde feiten te komen; deze uitleg geschiedt helemaal niet volgens de uitlegeregels voor rechtshandelingen, maar in beginsel letterlijk (volgens de normale betekenis), gecorrigeerd door de regels van de historische kritiek.

De uitdrukking “schriftelijk bewijs” is misleidend door zijn dubbelzinnigheid : er is namelijk een hemelsbreed verschil tussen enerzijds **een schriftelijk bewijs van het feit dat iemand iets verklaard heeft**²², en anderzijds **het bewijs dat iemand iets schriftelijk heeft verklaard**. Het tweede vormt namelijk schriftelijk bewijs van een rechtshandeling, het eerste in het geheel niet (en levert enkel dwingend bewijs op wanneer het om een verklaring in rechte gaat en niet om een buitengerechtigde

¹⁹ De terminologie komt van J. SIMONS, "Photographie, cinéma et télévision : l'avenir de la preuve par l'image", *J.T.* 1988, 613 v.

²⁰ Zij hebben op de eerste plaats geen uitwendige bewijskracht, d.w.z. hun “echtheid” (niet gemanipuleerd zijn) kan worden betwist (tenzij ze gemaakt zijn door een ambtenaar in de uitoefening van zijn ambt); staat de echtheid vast, dan is het moeilijk om de ermee vastgestelde waarnemingen te ontkennen - wel kan men betogen dat de waargenomen beelden, geluiden e.d. uit hun kontekst zijn gehaald (er kan dus inhoudelijke manipulatie zijn op een ander vlak ...). Opvallend is echter dat de discussies bij de bewijswaardering van reproductieve stukken zelden betrekking hebben op de realiteit van de gereproduceerde feiten, op de intrinsieke waarde van de reproductie (bv. op de datum van de opname, op mogelijke trucage), maar des te meer op de zogezegde wettelijkheid van de opname zelf, d.i. op uitwendige kenmerken (niet-tegensprekelijk opgenomen, enz.). Zie over deze discussie reeds L. CORNELIS & L. SIMONT, in *Technologie en recht*, (135 v.) i.h.b. 159 v.

²¹ In sommige gevallen wordt een wetensverklaring evenwel met een wilsverklaring gelijkgesteld. De regel vinden we ten dele reeds in art. 1320 B.W. Meer in het algemeen wordt een verklaring omtrent het voorwerp van een overeenkomst uitgelegd als een impliciete waarborg van de juistheid ervan. Zie bv. art. 6:101 PECL (Beginselen van Europees overeenkomstenrecht) : “A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances”

²² Bv. een gerechtsdeurwaardersexploot waarin mondelinge verklaringen worden geakteerd.

verklaring; in het laatste geval gaat het ten aanzien van die rechtshandeling zelfs niet om een begin van schriftelijk bewijs²³, maar louter om een getuigenverklaring).

* *
*

13. Hieronder bespreken we voor de verschillende soorten documenten achtereenvolgens de kwalificatie als bewijsmiddel en de bewijswaarde van het bewijsmiddel.

Om te beseffen wat de nieuwe wetgeving precies gewijzigd heeft, wordt eerst nagegaan wat de regels betreffende de uitwendige bewijskracht en de materiële bewijswaarde van traditionele geschriften zijn en welke vragen daarbij rijzen, waarbij we overeenkomstig het hierboven aangegeven onderscheid afzonderlijk de dispositieve documenten bespreken (onder IV.) en de beschrijvende (en reproductieve) documenten (onder III.). daarna pas bespreken we de elektronische documenten (onder V.).

III. De uitwendige bewijskracht en (formele of middellijke) bewijswaarde van niet-elektronische beschrijvende documenten.

A. Authentieke akten

14. Waar het onderscheid tussen authentieke partij-akten en onderhandse partij-akten minimaal is (zie verder randnr. 30), wordt in ons recht aan niet-dispositieve documenten over het algemeen slechts een bijzondere bewijswaarde gegeven wanneer het gaat om een zgn. authentieke akte, d.i. een akte waarmee een openbaar ambtenaar binnen zijn bevoegdheid bepaalde vaststellingen doet *ex propriis sensibus*²⁴. Deze vaststellingen kunnen betrekking hebben op het feit dat bepaalde partijen, waarvan de identiteit al dan niet is nagegaan, bepaalde verklaringen hebben afgelegd of bepaalde dingen hebben gedaan (bv. hun handtekening hebben gezet onder een document), of op andere waarneembare feiten. Het kan ook gaan om een proces-verbaal van een getuigenverhoor, e.d.m.

²³ Cass.fr. 10 april 1986, *Bull.civ.* III nr. 40 p. 31. Vgl. J. RONSE, *Wisselbrief en orderbriefje*, nr. 1980 v. Ten onrechte veeleer anders H. De PAGE, *Traité*, III 892 p. 913-914; L. CORNELIS & L. SIMONT, in *Technologie en recht*, nr. 14.

²⁴ In het gebruik van het woord “authentiek” heeft er een betekenisverschuiving plaatsgevonden. Oorspronkelijk betekende het immers “eigenhandig”, en meer algemeen “echt” of “origineel”; de akte waarvan de eigenhandigheid door een derde verzekerd is, is veeleer een geauthentificeerde akte. Nadat men deze ook “authentiek” is gaan noemen, is men later elke door een openbaar ambtenaar opgestelde akte “authentiek” gaan noemen, ook al gaat het niet meer om een akte waarin de authenticiteit van een verklaring of handtekening van een partij wordt gecertificeerd, maar een akte waarvan de authenticiteit van de handtekening van de ambtenaar zelf *prima facie* vaststaat. Een omgekeerde etymologie geeft daarentegen J.F. TAYMANS, “Recueillir et authentifier le consentement : l’expérience notariale confrontée à la certification électronique”, in *Le consentement électronique*, p. (347) 349.

Om te bepalen of een bewijsmiddel een dergelijke zgn. authentieke akte is, mag in beginsel op de uitwendige verschijningsvorm ervan worden voortgegaan : een akte die er uitziet als een authentieke akte van een openbaar ambtenaar, door hem ondertekend lijkt en op het eerste gezicht geen tekenen van uitwendige vervalsing vertoont, geldt ook als authentieke akte van die ambtenaar tot tegenbewijs van (materiële) valsheid. Zij heeft uitwendige bewijskracht tot tegenbewijs. Het gaat hier om een vermoeden van echtheid (*Echtheid*). Voor de uitwendige bewijskracht van kopies verwijs ik naar de bespreking daarvan hieronder bij de dispositieve documenten.

In zoverre de openbare ambtenaar daarin bepaalde vaststellingen relateert die hij zelf heeft waargenomen (inbegrepen de datum), zijn die vaststellingen “authentiek” in een geheel andere betekenis, niet van “echt”, maar van “verzekerd”: deze akte heeft een inhoudelijke bewijswaarde – met name een dwingende bewijswaarde tot tegenbewijs van valsheid (in dit geval gaat het niet om materiële maar om intellectuele valsheid). Hier gaat het niet om een vermoeden van echtheid van het bewijsmiddel, maar van - intellectuele - juistheid van de inhoud (*Richtigheid*).

B. Andere akten.

15. Schriftelijke verklaringen van beschrijvende aard of reproductieve documenten die uitgaan van privé-personen (geen openbaar ambtenaar) hebben geen bijzondere bewijswaarde. Het zijn in beginsel ook geen akten, omdat dergelijke stukken maar akten zijn indien ze een beschikkende inhoud hebben (inbegrepen een verklaring die een erkenning inhoudt). Bewijsrechtelijk gaat het om “aanwijzingen” die een vermoeden kunnen opleveren. Bovendien kan de auteur in beginsel steeds gevraagd worden zijn verklaring als getuige te bevestigen, in welk geval het een getuigenverklaring oplevert.

Sommige van dergelijke verklaringen, meer bepaald wanneer het gaat om verklaringen waarbij de auteur uitdrukkelijk bepaalde feiten “certificeert”, hebben daarnaast wel materieelrechtelijke gevolgen : zij kunnen bv. een aansprakelijkheidsgrond vormen wanneer de gecertificeerde feiten onjuist blijken te zijn. Verderop, bij de bespreking van de elektronische akten, bespreken we meer in het bijzonder een bepaald soort certificaat (het certificaat van elektronische handtekening).

IV. De uitwendige bewijskracht en (materiële of onmiddellijke) bewijswaarde van niet-elektronische dispositieve documenten.

A. De uitwendige bewijskracht

16. Bij dispositieve documenten spelen vier bestanddelen een rol in het antwoord op de vraag of een niet-elektronisch document een partij-akte is of niet - dus voor de bepaling van de uitwendige bewijskracht van zo een document :

- (1) het document moet minstens impliciet een “beschikking” inhouden, en dus niet louter een beschrijving van feiten bevatten; om een beschikking te kunnen inhouden moet er sprake zijn van woorden of andere tekens waarmee men zich in het maatschappelijk verkeer engageert, en die leesbaar zijn;
- (2) het document moet over het algemeen rechtens bestemd zijn voor de persoon die er zich op beroept;
- (3) het moet kunnen worden toegerekend aan de persoon tegen wie men het inroept, en
- (4) het moet sinds dat toerekeningsmoment inhoudelijk ongewijzigd zijn²⁵.

1. Leesbare tekens waarmee men zich in het maatschappelijk verkeer engageert.

17. Toegankelijkheid of leesbaarheid is een eis die voor elk geschrift geldt. Dit sluit niet uit dat het geschrift gecodeerd kan zijn, mits de sleutel voor ontcijfering voorhanden is.

Dat het gaat om woorden of andere tekens waarmee men zich in het maatschappelijk verkeer engageert, sluit aan bij het bijzondere kenmerk van dispositieve akten, waarop hierboven reeds werd gewezen. Dit is een eis die niet enkel voor akten geldt, maar voor elk geschrift dat voor het bewijs van een rechtshandeling wordt gebruikt. In ons recht is men hiervoor niet beperkt tot het gebruik van welbepaalde woorden (zoals “*spondeo*” - ik beloof - in de romeinse *stipulatio*), zolang het maar om “performatief” taalgebruik gaat.

2. Het rechtens voor de ontvanger bestemd zijn (finaliteit).

18. De “finaliteit” van de akte vloeit niet voort uit de handtekening zelf, maar uit de omstandigheden waarin deze werd toegevoegd²⁶. Finaliteit is immers geen eis die aan de handtekening wordt gesteld; de handtekening doet juist de finaliteit vermoeden²⁷, tenzij de ondertekende akte in het bezit is gebleven van de ondertekenaar (of zijn lasthebber).

²⁵ Het tweede en derde bestanddeel zijn een herverwoording van wat traditioneel de identificatie- en de afsluitingsfunctie van de handtekening worden genoemd, het vierde bestanddeel betreft veeleer de functie van de drager (het papier). Terecht heeft de recente rechtsleer ook het vierde bestanddeel benadrukt - bv. D. GOBERT & E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l’approche fonctionnelle”, *DAOR* 2000, nr. 53, p. (17) 23 v. (“La vérification de l’intégrité”) (ook verschenen in *Le consentement électronique, Actes du Colloque de Bruxelles des 23 et 24 septembre 1999*, red. B. D NAYER & J. LAFFINEUR, Centre de droit de la consommation Louvain la neuve / Bruylant Brussel 2000, p. 275 v. en in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID Namen / Bruylant Brussel 2000, p. 53 v.); Y. POULLET & M. ANTOINE, “Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique”, in *Authenticiteit en informatica*, Congres KFBN, Kluwer/Bruylant 2000, (345) 349 v.

²⁶ F. STEVENS, “IT en burgerlijk recht : rechtshandelingen via elektronische weg”, in *Advocaten, spitstechnologen ?* Advocatendag Vereniging van Vlaamse balies 5 mei 2000, (50) 58.

²⁷ Vgl. B. VUYLSTEKE, “Het voorontwerp van wet over de herziening van het bewijsrecht”, in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht* (red. J. Dumortier), Die Keure Brugge 1999, (27) 50.

Indien de ondertekening op zichzelf nog geen bezorging aan de wederpartij inhoudt (en dat is bij papieren documenten normaal nog niet het geval, tenzij die het papier als het ware vasthoudt terwijl de ondertekenaar tekent) is er nog iets meer vereist om de instemming van de ondertekenaar (en dus de rechtshandeling) te bewijzen : dat de akte ook vrijwillig uit handen is gegeven. Zo vormen zelfs ondertekende stukken in beginsel geen bewijskrachtige akten (d.i. akten met de daaraan verbonden bijzondere bewijswaarde) tegen de auteur of ondertekenaar ervan, zolang ze in diens bezit zijn gebleven²⁸. Men zou kunnen zeggen dat het bezorgen van de akte deel uitmaakt van de rechtshandeling zelf en aldus de eigenlijke “afsluiting” ervan vormt.

Omgekeerd levert de afgifte van een geschrift aan een wederpartij, of het laten acteren van een verklaring door een notaris in een openbare akte, evenmin een bewijskrachtige akte op tegen de auteur ervan, zolang hij ze niet op rechtstreekse wijze²⁹ heeft ondertekend (zodat er een “fysieke” band is tussen de ondertekening en het gehele document). Zonder handtekening wordt het geschrift geacht mogelijks geen definitief karakter te hebben, maar slechts een ontwerp te zijn³⁰. Maar eigenlijk is daartoe beide vereist (handtekening en terbeschikkingstelling).

Een document verkrijgt zijn bijzondere rechtelijke waarde dus eerst door het publiek verlijden (bij zgn. authentieke akten) *c.q.* de (rechtstreekse) ondertekening én afgifte (bij onderhandse akten)³¹, waarbij men in het laatste geval bijkomend rekening moet houden met de voorwaarden die art. 1325 en 1326 B.W. opleggen voor bepaalde soorten rechtshandelingen³² (maar die wel kunnen vervangen worden door het gebruik van een aan de wederpartij gerichte brief of andere vormen³³). Deze regels vormen de

²⁸ Vgl. R.J. POTHIER, *Traité des obligations* nr. 748 (“les actes sous seing privée ne font pas foi contre celui qui les a souscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession”); vgl. o.m. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau, Paris 1923-1933, II 540 bis en 553 ter; J. EGGENS, *N.K.F. Lands Verklaring van het burgerlijk wetboek* (bewijsrecht), 81; A. PITLO, *Bewijs en verjaring*, p. 40-41; P. van OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence. Les obligations”, *R.C.J.B.* 1975 nr. 130 en *R.C.J.B.* 1986 nr. 56;

²⁹ Een handtekening doorgedrukt door middel van een carbonpapier biedt dan ook niet dezelfde waarborg en het aldus ondertekende papier is geen onderhandse akte – zie Cass. 28 juni 1982, *Arr.* 1367 nr. 649 = *RCJB* 1985, 57 n. M. van QUICKENBORNE, m.b. randnr. 30.

³⁰ Vgl. M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.*, 1985, (57) 69-70; M. VOLLKOMMER, *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*, 260-268. Men spreekt ook van de “valideringsfunctie” (W. WILMS, “Van handtekening naar elektronische notaris - de validering van elektronische communicatie”, *R.W.* 1995-96, (837) 839 v.

³¹ Traditioneel wordt onvoldoende de band gelegd tussen deze twee vereisten, die allebei te maken hebben met de finaliteitsfunctie van de handtekening.

³² Waaruit men soms afleidt dat een geschrift slechts een akte is indien het ook is opgemaakt in een vorm die tot bewijs strekt.

³³ Zie onder meer H. DE PAGE, *Traité* III 804 A, 3°, 809, 845 v.; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, p. 396; P. van OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975 nr. 130 en *R.C.J.B.* 1988 nr. 248; Hof Bergen 19 maart

bewijsrechtelijke tegenhanger van de ontvangstleer in het overeenkomstenrecht. Een uitzondering op die eis van afgifte geldt dan ook slechts in de uitzonderlijke gevallen waarin de handeling niet “ontvangstbehoevend”³⁴ is, zoals het testament (waar dan andere bijkomende vormvereisten gelden - zie art. 970 B.W.). Bij het ontbreken van het ene en/of het andere kan het document slechts als een begin van schriftelijk bewijs gelden, mits op een andere wijze kan worden aangetoond dat het “uitgaat” van de partij tegen wie men het inroept, of dat deze het zich “eigen” heeft gemaakt³⁵, behoudens bijzondere gevallen (m.n. de boekhouding of huishoudelijke papieren tegen de auteur ervan, zie art. 1330 tot 1332 B.W.).

19. De partij die zich op een akte beroept, moet dus in beginsel die akte in haar bezit hebben, dan wel kunnen aanwijzen onder de minuten van een openbaar ambtenaar, dan wel kunnen aantonen dat de (onderhandse) akte publiek is gemaakt³⁶.

Heeft zij de akte in bezit, dan wordt tot tegenbewijs wel vermoed dat zij rechtmatig in dat bezit is gekomen. Een nadere “verificatie” van het rechtmatig karakter van het bezit door middel van een of andere techniek bestaat niet.

Uitdrukkelijke regels in dit verband kennen we in ons recht voor toonderpapieren, omdat daar de eigendom van het papier (die vermoed wordt in hoofde van de bezitter) een verstrekkender betekenis heeft (nl. dat het ook de begunstiging – het recht – overdraagt op een nieuwe rechthebbende). Maar dit vermoeden geldt algemeen. Het is de partij tegen wie het wordt ingeroepen die desgevallend moet bewijzen, ofwel dat zij onvrijwillig buiten bezit van het stuk is gesteld (verloren of gestolen of per vergissing verzonden), ofwel dat de tegenpartij misbruik van vertrouwen heeft gemaakt. Men mag er immers van uitgaan dat men een stuk slechts ondertekent wanneer men zich inderdaad ook wil verbinden (wanneer er een “*Erklärungswille*” bestaat, te onderscheiden van de *Geschäftswille* of vraag of men wel die rechtsgevolgen heeft gewild die uit die verklaring voortvloeien³⁷).

1980, *RNot.B.* 257 n. Jean SACE; R. MOUGENOT, *Répertoire notarial, La preuve*, Larcier Brussel (2) 1997 p. 155 nr. 133; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Larcier Brussel 1991, p. 245 nr. 519 en p. 295 nr. 639.

³⁴ *nicht empfangsbedürftig, acte non réceptice*. Bij een testament is de rechtshandeling geheel belichaamd in het stuk zelf en vereist ze geen verdere veruitwendiging (verzending of overhandiging).

³⁵ Vgl. Cass. 19 januari 1939, *Pas.* 37, verwerping; De PAGE, *Traité* III 894 B, 3°; P. van OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1988 nr. 240.

Een interessante toepassing vinden we in Hof Gent 28 juni 1973 en Cass. 6 juni 1975, *Pas.* 960 (verwerping) m.b.t. een verslag van een technisch raadgever van een partij waarvan de advocaat van die partij in zijn besluiten de juistheid erkende.

³⁶ Dit laatste vinden we in het bijzonder wanneer het gaat om een belofte aan het publiek.

³⁷ Bij dwaling of bedrog is er een probleem met de *Geschäftswille* : men heeft weliswaar een verklaring willen afleggen, maar deze is aangetast door een wilsgebrek; wanneer men een akte ondertekent maar nog niet de bedoeling heeft ze af te geven is er nog geen *Erklärungswille*.

20. Of het stuk dat men rechtmatig bezit een origineel is of een kopie, is geen vraagstuk van bestemdheid, maar van conformiteit, vraagstuk dat hieronder ter sprake komt. Zo bv. voldoet een per fax ontvangen stuk niet minder aan de eis van bestemdheid als een per post ontvangen stuk. In tegendeel kan bij een ontvangen fax vaak juist met grotere zekerheid worden bepaald dat deze inderdaad voor de ontvanger bestemd was, aangezien het ontvangen hebben van de fax zelf een bijzondere wijze van verzending ervan bewijst, en veelal aan de hand van de faxhoofding dan wel het journaal van de ontvanger de afzender (althans zijn toestel) kan worden vastgesteld³⁸. Indien de verzender de juistheid van het journaal van de ontvanger betwist, dient hij dit in beginsel slechts te kunnen door zijn eigen journaal daartegenover te plaatsen, zodat beide kunnen worden vergeleken. Faxjournaals kunnen overigens beschouwd worden als een moderne variatie op de “kerfstokken”, waarmee volgens art. 1333 B.W. leveringen in het klein – en zijn telefaxen dat niet – kunnen worden bewezen, wanneer het om een gebruikelijk middel gaat³⁹.

Hiertegen kan niet worden opgeworpen dat de verzending per telefax meer mogelijkheden van misbruik zou openlaten als de verzending per brief. Het gevaar dat een reeds ondertekende akte tegen de wil in van de ondertekenaar zou verzonden worden is bij een brief wezenlijk hetzelfde als bij een telefax. In ieder geval dient het risico daarvoor bij de ondertekenaar te liggen, die een ontwerp eerst en vooral heeft ondertekend en bovendien ook nog laat rondslingeren. Hij heeft minstens de schijn veroorzaakt dat de akte definitief werd meegedeeld, en is daardoor gehouden aan de akte jegens derden die daar rechtmatig op vertrouwd⁴⁰ (wat wil zeggen dat zij de vergissing niet hadden moeten inzien).

3. Toerekening (identificatie).

21. Naast de finaliteit moet als derde vereiste ook de oorsprong van het stuk en/of de handtekening kunnen worden vastgesteld. Het stuk moet uitgaan van de persoon tegen wie men het inroept (art. 1347 lid 2 B.W.) en voor de kwalificatie als akte moet het ook daadwerkelijk ondertekend zijn geworden door de persoon aan wie men het toerekent. Het gaat hier om de oorspronkelijke echtheid (ten tijde van het opmaken van het stuk).

³⁸ Los van de functie van het origineel, heeft de ontvangen fax dus mogelijks een bijkomende bewijswaarde van materiële feiten, nl. op welk ogenblik en vanaf welk toestel het document werd verzonden.

³⁹ Alleen al om deze reden zou het pedagogisch niet verantwoord zijn art. 1333 B.W. op te heffen. Over de geschiedenis van de kerfstok, zie C. WYFFELS, “De kerfstok in onze gewesten”, in *Academiae analect*, 50. *Mededelingen van de Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België. Klasse der letteren* 1988, nr. 1.

⁴⁰ Vgl. met de rechtspraak inzake schijnvertegenwoordiging, nl. het arrest-*Cuivre-et-Zinc*, Cass. 20 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN en Cass. 20 januari 2000, *Arr.* 54.

Onder ondertekening verstaat men een handschrift⁴¹ dat verwijst naar de naam of een naam waarmee de betrokkene zichzelf gewoonlijk identificeert⁴² (het kan dus ook een pseudoniem zijn).

Veelal kan de oorsprong op een technische manier geverifieerd worden, nl. door schriftonderzoek. Er bestaan natuurlijk ook minder gebruikelijke methoden om een identificatie aan te brengen op een document, zoals bv. een vingerafdruk of een ander biometrisch gegeven, doch zij gelden niet als handtekening omdat zij naar algemeen gebruik geen aanduiding vormen voor de “finaliteit” van het stuk⁴³.

22. In de meeste gevallen zal een technische verificatie evenwel niet nodig zijn.

1° Indien in een zgn. authentieke akte (die niet materieel vals is) door een openbaar ambtenaar is vastgesteld dat een persoon de voor hem verleden (partij-)akte heeft ondertekend, staat de ondertekening van die (partij-)akte door die persoon – dus de echtheid van de handtekening - vast (tot tegenbewijs van intellectuele valsheid van die authentieke akte)⁴⁴ – zoals ook vaststaat dat die akte “finaal” is -. Het gaat hier om die gevallen waarin éénzelfde akte zowel een beschikking door één of meer partijen bevat, die deze ondertekend hebben (partij-gedeelte), als vaststellingen van de openbare ambtenaar zelf (ambtelijk gedeelte). Het ambtelijk gedeelte kan overigens ook andere vaststellingen bevatten dan enkel het feit van de ondertekening door een bepaalde persoon (bv. andere attributen van die persoon die eveneens geverifieerd werden door de openbare ambtenaar, het feit dat de ondertekenaar geïnformeerd of gewaarschuwd is geworden voor de ondertekening, enzovoort).

2° Indien een document er *prima facie* uitziet als een door een bepaalde persoon ondertekende (partij-)akte, maar de echtheid van die handtekening niet door een openbaar ambtenaar is vastgesteld in een zgn. authentieke akte, is de persoon aan wie ze wordt toegeschreven volgens art. 1323 B.W. “*verplicht zijn schrift of handtekening op stellige wijze ter erkennen of te ontkennen. Zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden kunnen volstaan met te verklaren dat zij het schrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet kennen*”. Bij ontkenning *c.q.* verklaring van niet kennen ligt de bewijslast van de echtheid van de handtekening bij diegene die zich op de akte beroept. Het bewijs van die echtheid wordt normaal geleverd door middel van een

⁴¹ Behalve in de uitzonderlijke gevallen waar de wet een gedrukte of gestempelde handtekening aanvaardt - bv. art. 466 Wb.Venn.

⁴² Vgl. de - al bij al vrij beperkende - opvatting van Cass. 7 januari 1955, *Ann.not.* 1955, 307, besproken door M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.* 1985, (57) 73 nr. 10. De Franse rechtspraak is sinds lang een stuk ruimer : Cass. Fr. 24 juni 1952, *S.J.* 7179 n. P. VOIRIN = *D.* 513 = *R.T.D.C.* 531 n. R. SAVATIER, dat model heeft gestaan voor de criteria die worden vereist voor de elektronische handtekening.

⁴³ Vgl. M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.*, 1985, (65) 85 nr. 25.

⁴⁴ De uitwendige bewijskracht (materiële echtheid) en de dwingende bewijswaarde (intellectuele juistheid) van een authentieke akte werden hierboven (III.) besproken.

schriftonderzoek (art. 1324 B.W.). Maar het feit van de ondertekening door die partij is een feit dat met alle middelen mag worden bewezen, ook al wordt de akte ingeroepen om een rechtshandeling te bewijzen voor het bewijs waarvan getuigen en vermoedens zouden zijn uitgesloten⁴⁵.

Bij gebreke aan handtekening kan een document nog een geschrift zijn, mits men kan aantonen dat het geschreven is door, of minstens uitgaat van, de persoon tegen wie men het inroept⁴⁶. De bewijslast rust op de partij die het stuk inroept en dat bewijs kan met alle middelen worden geleverd.

4. Blijvende integriteit (betrouwbaarheid).

a) Algemeen : origineel en kopie; integriteit en stabiliteit.

23. Naast de finaliteit en de toerekening (identificatie) kan tenslotte ook de oorspronkelijkheid (originaliteit) in een andere zin, nl. die van integriteit van het stuk, betwist zijn. Hier gaat het om de vraag of het stuk bij of sedert de ondertekening niet werd vervalst, of de inhoud nog volledig en ongewijzigd is

24. De vraag kan op de eerste plaats rijzen wanneer het origineel zelf wordt voorgelegd. Het is immers denkbaar dat het stuk na de ondertekening werd gemanipuleerd, wat ook een vorm van materiële vervalsing is. Het is ook om deze reden dat andere stukken dan papieren stukken traditioneel géén akten kunnen vormen⁴⁷, maar hooguit een begin van schriftelijk bewijs (dat dan wel zo ruim geïnterpreteerd wordt dat het bv. ook geluids- of beeldbanden kan omvatten⁴⁸ - als kerfstokken geschriften zijn in de zin van art. 1316-1317 BW, dan zijn bandopnames, foto's en films dat ook) - dit laatste op voorwaarde dat het uitgaat van de partij tegen wie het wordt aangevoerd of die partij het zich eigen heeft gemaakt.

⁴⁵ M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.* 1985, (65) 68 en noot 5 met verwijzingen. Deze regel wijst er m.i. nogmaals op dat de ondertekening van een akte niet als iets zuiver bewijsrechtelijks mag worden gezien, maar nauw verbonden is met het materiële recht inzake totstandkoming van rechtshandelingen.

⁴⁶ Art. 1347 lid 2 B.W.

⁴⁷ Er bestaan natuurlijk ook andere dan papieren dragers, die slechts éénmaal beschreven kunnen worden (bepaalde types platen en CD's en andere schijven); het probleem daar is niet de integriteit van de drager, maar wel de ondertekening. Voor de kwalificatie als akte zal er dan ook een elektronische handtekening vereist zijn, en die heeft tot gevolg dat niet langer de drager maar de inhoud ervan als "akte" wordt gekwalificeerd.

⁴⁸ J. SIMONS, *J.T.* 1988, 613 v.; M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La preuve en droit*, Colloque UC Louvain-la-neuve 12-13 maart 1987, p. 8 en 27; M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, 101; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, p. 168.

25. Bij akten rijst deze vraag meestal slechts wanneer niet het origineel wordt geproduceerd, maar een “kopie”, d.w.z. een stuk waarvan wordt aangevoerd dat het dezelfde inhoud heeft als een ander stuk, maar niet de handtekening draagt van dezelfde persoon⁴⁹. Heel vroeger ging het daarbij letterlijk om afschriften, waarbij een derde de inhoud van de akte overschrijft (zonder de handtekening); daar heeft de mogelijke twijfel betrekking op de betrouwbaarheid van de kopiist. Tot voor enkele jaren ging het daarbij meer bepaald om kopies die door fotografische middelen s.l. werden gemaakt (foto, fotokopie, microfilm of microfiche), later ook om magnetische kopieën, sinds enige jaren kan het ook om een elektronische of digitale kopie gaan (niet grafisch opgeslagen op een of andere vorm van papier of kunststof, maar in elektronische vorm - dus “ingescand”). Ook in deze gevallen bestaan er natuurlijk manipulatiemogelijkheden.

26. Naast de integriteit in enge zin kan men ook de eis van stabiliteit vermelden. Algemeen gesproken kan een kopie slechts bewijskracht hebben wanneer de drager van de kopie zich in een voldoende stabiele toestand bevindt. Wanneer de drager totaal onbetrouwbaar is geworden (zoals het oude thermische faxpapier na enige jaren)⁵⁰ voldoet het document niet meer aan de eisen van integriteit, ook al zou het nog leesbaar zijn en werden er sinds de ondertekening geen wijzigingen aan aangebracht. Instabiliteit van de drager leidt tot de noodzaak om een nieuw exemplaar aan te maken, dat dan - zo het niet door dezelfde personen ondertekend is (akten) of van dezelfde persoon uitgaat (andere geschriften) - geen origineel is.

b) Bijzondere bepalingen.

27. De wetgever heeft in een aantal gevallen kopies dezelfde bewijskracht gegeven als originelen, zoals de notariële afschriften in de gevallen van art. 1335,1° en 2° B.W., kopies van stukken gemaakt door de Post⁵¹, door kredietinstellingen of verzekeringsondernemingen⁵², door effectenbeurzen of bemiddelaars⁵³, en door een reeks overheidsdiensten⁵⁴ en sociale zekerheidsinstellingen⁵⁵. Veelal zijn er een aantal nadere voorwaarden bepaald, zoals onder meer dat de kopie voor eensluidend is

⁴⁹ Is een “kopie” getekend, dan is het immers een origineel (bv. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, nr. 417).

⁵⁰ Zie in dat verband Kh. Dendermonde, afd. St-Niklaas, 29 september 1992, *T.G.R.*, 1993, 64 nr. 35 noot D. HEIRBAUT en V. PICAUVET, "De duurzaamheid van de dagvaarding".

⁵¹ Art. 19 postchequewet 2-5-1956.

⁵² Art. 196 van de W. 17 juni 1991 kredietinstellingen, zoals gew. W. 22 juli 1991.

⁵³ Art. 103 *bis* Beurswetboek zoals ingevoegd bij W. 28 juli 1992.

⁵⁴ Onder meer de Dienst tegemoetkoming gehandicapten (art. 18 bis W. 27-2-1987 ingevoegd W. 22-12-1989) en de kinderbijslaginstellingen (art. 173 ter Kinderbijslagbesluit 19-12-1939 gew. W. 29-12-1990).

⁵⁵ Art. 8 Wet 22 maart 1993.

afgestempeld. Het begrip kopie wordt in al die recente of relatief recente wetten wel telkens ruim omschreven⁵⁶.

In al deze gevallen gaat het erom dat een betrouwbare geachte persoon of instelling verklaart dat de kopie eensluidend is met het origineel (d.i. het ondertekende exemplaar, of het exemplaar dat “uitgaat” van de partij tegen wie het wordt ingeroepen), dus de conformiteit “certificeert”. Deze eensluidendverklaring heeft op dit punt dezelfde functie als een zgn. authentieke akte (zij het daarom nog niet precies dezelfde waarde)⁵⁷. Het is jammer dat de wetgever niet de voorkeur heeft gegeven aan één algemene bepaling in het B.W., zoals bv. in art. 1348 Luxemburgs B.W.⁵⁸.

28. In alle andere gevallen mag men toch niet vergeten dat een kopie dezelfde bewijskracht heeft als het origineel waarvan het als kopie wordt ingeroepen, zolang die conformiteit niet wordt betwist⁵⁹, waarbij doorgaans ook nog wordt aanvaard dat die betwisting ook gemotiveerd moet worden. Het komt aan de rechter toe te oordelen of de betwisting ernstig kan worden genomen, en aldus de uitwendige bewijskracht (d.w.z. de kwalificatie als een bepaald bewijsmiddel) te bepalen.

c) De telefax

29. Een heel bijzondere vorm van kopie, waarvan de bewijswaarde tot dusver niet wettelijk geregeld is, is de *telekopie of telefax*⁶⁰ (de geldigheid van handelingen per fax

⁵⁶ Voor een kritische bespreking, zie J.P. BUYLE, “Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents”, *J.T.* 1993, p. 197 v.

⁵⁷ De door een notaris voor echt verklaarde fotokopie van een onderhandse akte werd echter slechts als een vermoeden beschouwd door Cass. 8 mei 1980, *Pas.* 1111 = *R.W.* 81-82, 252 = *JT* 577 (verwerping van een voorziening tegen Hof Luik 5 december 1978) - wat *in casu* bewijs kon opleveren op grond van art. 1348, 4° BW (hetgeen precies in het middel betwist werd). Het bestreden arrest had veeleer gesteld dat de door de notaris voor echt verklaarde kopie (volledige) bewijskracht had omdat de handtekening erkend werd en de kopie niet van valsheid werd beschuldigd - wat o.i. als motivatie te verkiezen is.

⁵⁸ Krachtens hetwelk micrografische of elektronische reproducties tot tegenbewijs geacht worden conform te zijn aan het origineel indien dit laatste vernietigd werd in het kader van een regelmatig gevolgde werkwijze die beantwoordt aan de maatstaven vastgelegd in een groothertogelijk uitvoeringsbesluit. Vgl. voor de bespreking van gelijkaardige bepalingen B. VUYLSTEKE, in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht*, (27) 36 v.

⁵⁹ Vgl. Cass 21 februari 1964, *Pas.*, I, 664, verwerping; Hof Brussel 6 juni 1973, *J.T.* 73, 498; L. CORNELIS & L. SIMONT, in *Technologie en recht*, 152-153, nr. 16, 2; G.L. BALLON, "Het bewijs en de moderne technieken", *D.A.O.R.*, nr. 14, p. 92 randnr. 63; uitdrukkelijk art. 2712 Italiaanse C.C. De regel dat een kopie dezelfde bewijswaarde heeft als het origineel, zolang de conformiteit niet wordt betwist, wordt door sommige auteurs over het hoofd gezien.

⁶⁰ Reeds besproken door onder meer B. AMORY & X. THUNIS, "Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur", in *D.A.O.R.* 1988 nr. 7, 47 v. en *Dr. Inform.* 1988 / 4, 35 v.; G.L. BALLON, *D.A.O.R.*, nr. 14,

daarentegen is door de Wet van 20 oktober 2000 wel wettelijk geregeld; dit vraagstuk komt zoals gezegd in een andere bijdrage aan bod, zie <http://www.storme.be/2281.pdf>).

Vergeleken met de gewone kopie zijn de kansen op vervalsing bij een telefax die van de betrokkene afkomstig is evenwel juist geringer. En het feit zelf van de verzending door die betrokkene is, zoals hierboven gezegd, vaak beter te bewijzen dan bij een “originele” brief. De telefax is helemaal niet een kopie, die na het gemaakt zijn ervan wordt verzonden, en nog veel minder een kopie, die door de ontvanger van een stuk zou zijn gemaakt, het is **integendeel een kopie die eerst door de verzending van het origineel wordt geproduceerd**⁶¹. En zoals hoger gezegd, is de verzending juist déél van de rechtshandeling, zodat er geen onderscheid zou mogen worden gemaakt tussen akten die in origineel worden verzonden én aankomen en akten die in origineel worden verzonden en per fax aankomen. Bij de fax is weliswaar geen openbaar ambtenaar of andere door de wet aangeduide derde die de conformiteit van het ontvangen document met het verzonden document certificeert, maar het is wel met redelijke zekerheid bewijsbaar dat de kopie door de verzender werd gemaakt én voor de ontvanger werd bestemd.

Wanneer de fax verzonden is door de ondertekenaar ervan, dient de uitwendige bewijskracht van de fax dan ook anders te worden beoordeeld dan bij een ander soort kopie: de ondertekenaar-afzender kan de gelijkstelling van de fax met het/een origineel enkel gemotiveerd betwisten. Hij moet bewijzen dat de fax na ontvangst werd gemanipuleerd⁶² dan wel aannemelijk maken dat hij voor de verzending werd vervalst. En hoewel het nieuwe art. 2281 B.W. zoals gezegd deze vraag niet uitdrukkelijk regelt (en de fax ook niet onder de definitie van de elektronische handtekening valt, zie art. 1322 lid 2 B.W.), is de gelijkstelling - door de wetgever - van een gefaxte kennisgeving met een schriftelijke kennisgeving, toch wel een ernstig argument om ook in het bewijsrecht de fax tot tegenbewijs gelijk te stellen met een origineel. En zelfs indien de fax niet zou kunnen gelden als onderhandse akte, gaat het minstens om een geschrift dat uitgaat van de verzender en dus een “begin van schriftelijk bewijs” tegen hem vormt⁶³.

B. De materiële bewijswaarde.

p. 93 randnr. 64; M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, 97 v.

⁶¹ Vgl. in die zin ook P. EBNET, "Rechtsprobleme bei der Verwendung von Telefax", *NJW* 1992, (2985) 2986 : de verzending is geen kopie van de wilsverklaring maar de wilsverklaring zelf.

⁶² De mogelijkheid daartoe wordt groter wanneer de fax per computer wordt ontvangen en niet via een toestel dat rechtstreeks telefaxen uitprint.

⁶³ De kwalificatie als geschrift werd bv. erkend door Cass.Fr. (com.) 2 december 1997, *D.* 1998, 192, ook besproken door W. ROSCH & H. KLINGENFUSS, "Zessionsakzept per telefax ? Schriftform- und Zugansproblematik bei Willenserklärungen im französischen recht", *ZEuP* 2000, 310 v. (het betrof hier inderdaad een bewijsvraag). Voor Belgische rechtspraak, zie bv. kh. Doornik, 7 oktober 1997, *J.T.* 1998, 11 (geschrift); Voor een telex, zie bv. Rb. Turnhout 21 mei 1987, *T.B.B.R.* 1989, 171.

30. Zoals hoger reeds gezegd gaat het bij een dispositieve of partij-akte niet om een stuk waaruit het bewijs van bepaalde rechtsfeiten wordt afgeleid, waaruit dan verder aan de hand van rechtsregels bepaalde rechtsgevolgen zouden kunnen worden afgeleid; partij-akten hebben een onmiddellijke materiële bewijswaarde: zij bewijzen de aangegane verbintenissen, de inhoud van de contractuele regeling. Er is niet nog eens een ander rechtsfeit dan de ondertekende akte zelf nodig om tot dat besluit te komen. Wat de materiële bewijswaarde betreft is er in beginsel ook géén verschil tussen een authentieke en een onderhandse partij-akte.

Bij deze akten kan er dus wel een vraag rijzen van materiële valsheid (*Unechtheit*), zoals hierboven besproken, maar niet van intellectuele valsheid (*Unrichtigheid*) : wanneer iemand een belofte doet en een verbintenis aangaat, gaat het er niet om of zijn verklaring waar is of niet, maar of hij eraan gebonden is en wat precies de verbintenissen zijn die men eruit kan afleiden (vgl. hoger het verschil tussen de *interpretatio ad probationem* en de *interpretatio ab probatione*).

Deze “materiële” bewijswaarde is een dwingende bewijswaarde: de rechter is verplicht – behoudens tegenbewijs met daartoe geëigende bewijsmiddelen – om de in de akte opgenomen verbintenissen of contractuele regeling als jegens de ondertekenende partij bewezen te erkennen.

C. De middellijke bewijswaarde voor rechtsfeiten – de vaste datum.

31. De contractuele regeling die tussen partijen is overeengekomen, is ten aanzien van derden een rechtsfeit. Zo een akte een onmiddellijke materiële bewijswaarde heeft tussen partijen, d.w.z. dat er (hoofdzakelijk) verbintenissen mee worden bewezen, dan is het ontstaan van die verbintenissen ten aanzien van derden een rechtsfeit dat evenzeer bewezen is – in die zin heeft een dispositieve akte ook een middellijke bewijswaarde. Aangezien het hier om een rechtsfeit gaat, kan het tegenbewijs door derden wel met alle middelen worden geleverd.

Het tijdstip evenwel van dit rechtsfeit wordt ten aanzien van derden niet door de eenvoudige onderhandse akte bewezen. Hier is immers een intellectuele valsheid (*Unrichtigheid*) mogelijk. Ik herinner aan art. 1328 B.W., volgens hetwelk onderhandse akten jegens derden eerst een vaste datum verkrijgen door de “registratie” ervan dan, wel het overlijden van een van de ondertekenaars, dan wel de vaststelling van hun bestaan (met overname van de hoofdinhoud) in een “authentieke” akte.

V. De uitwendige bewijskracht en de bewijswaarde van elektronische documenten.

A. De uitwendige bewijskracht

1. Inleiding.

32. Tot voor de inwerkingtreding van het nieuwe art. 1322 kon een elektronisch document in ons recht niet als een akte gelden, wegens de beperkende definitie van de handtekening⁶⁴. In het kader van gesloten netwerken kon men zich behelpen door aan bepaalde elektronische gegevens contractueel de waarde van een handtekening te geven (EDI-overeenkomsten, vgl. verder). Een wettelijke regeling van de waarde van een EH in het licht van bewijs- of vormvoorschriften is vooral noodzakelijk geworden door de opkomst van “open” netwerken (zoals internet).

Door de genoemde Europese Richtlijn 1999/93 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen werd een rechtelijk kader uitgewerkt waarmee ook elektronische documenten als (onderhandse⁶⁵) akten dan wel als andere geschriften kunnen worden gekwalificeerd, met de bewijswaarde *c.q.* verbindende kracht die daaruit voortvloeit. De RL heeft er - terecht - voor gekozen om de EH ook op een positieve wijze te regelen (en niet alleen door een versoepeling van bewijsuitsluitingsregels, zoals sommige wetgevers eerder hadden gedaan). De wet van 20 oktober 2000 heeft met het nieuwe art. 1322 lid 2 B.W. een eerste stap gezet in de omzetting van de RL en dus verwezenlijking van dit kader. Complementaire bepalingen, die de Richtlijn voor het overige omzetten, zijn opgenomen in de Wet certificatediensten, die niet alleen de bewijswaarde van elektronische handtekeningen regelt, maar ook nadere regels omvat voor het functioneren van een EH als legitimatiemiddel en een reeks aanverwante vragen (zoals de aansprakelijkheid van certificatedienstverleners).

Art. 1322 lid 2 B.W. bepaalt namelijk : “*Kan, voor de toepassing van dit artikel, voldoen aan de vereiste van een handtekening, een geheel van elektronische gegevens dat aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoont*“. Deze toevoeging maakt de gelijkstelling van een EH met een gewone handtekening - en daarmee van een elektronisch document met een akte - mogelijk, maar ze bepaalt nog niet op beslissende wijze onder welke voorwaarden deze gelijkstelling ook daadwerkelijk plaatsvindt en welke verificatietechnieken daarvoor worden gebruikt. Het is de Wet certificatediensten die daarvoor de nadere regels bevat. Ingevolge die regels hangt de waarde van een EH bij afwezigheid van een contractuele regeling op de eerste plaats af van de “geavanceerdheid” van die handtekening en verder onder meer van het gecertificeerd zijn ervan door een derde⁶⁶.

⁶⁴ Een bijzondere bepaling was wel te vinden in art. 16 bis van de Wet van 15 januari 1990 Kruispuntbank sociale zekerheid

⁶⁵ De elektronische onderhandse akte is *de lege lata* nog steeds uitgesloten. Zie hierover B. VUYLSTEKE, “Op weg naar elektronische authenticiteit”, *Not.Fisc.M.* 1999, 235 v.

⁶⁶ Dit laatste maakt dat het onderscheid tussen “open” en “gesloten” netwerken toch niet zo scherp is : een EH gebaseerd op een certificaat veronderstelt immers dat er een overeenkomst is tussen de certificaathouder en de certificaat-uitgever; het is immers omdat de certificaathouder zich krachtens de overeenkomst met de certificaat-uitgever verbindt (zie verder) dat aan zijn EH door de wet een uitwendige bewijskracht wordt gegeven.

33. Net zoals bij niet-elektronische documenten bespreken we hier voornamelijk dispositieve akten. Overigens hebben de RL en de nieuwe wetsbepalingen rechtstreeks enkel betrekking op dispositieve akten.

Ook hier spelen voor de beantwoording van de vraag of een elektronisch document een (dispositieve) akte is (of een ander dispositief geschrift) of niet, vier elementen een rol :

- de leesbaarheid (en voor een partij-akte een dispositieve inhoud) (onder 2),
- de identificatie van de ondertekenaar (onder 3),
- het behoud van de integriteit van het document (onder 4), en
- de “finaliteit” van de ondertekening (onder 5).

Bij het eerste punt bespreken we ook de techniek van de elektronische handtekening.

De gelijkstelling met een akte geldt zowel wanneer de akte *ad validitatem* is voorgeschreven als wanneer ze slechts *ad probationem* wordt gebruikt. De EH vervangt evenwel niet gebeurlijke andere – bijkomende – vormvereisten die zijn opgelegd opdat een akte zou kunnen worden ingeroepen tegen de ondertekenaar (al rijst er wel de vraag of die bijkomende vereisten niet strijdig zijn met andere regels van gemeenschapsrecht, zie verder).

2. De eis van leesbaarheid of toegankelijkheid.

34. Voor de gelijkstelling van tekens of gegevens met een akte of ander geschrift is algemeen gesproken minstens vereist dat het om visualiseerbare tekens gaan, die in taal zijn gesteld of kunnen worden omgezet^{67,68}. Een onmiddellijke leesbaarheid is immers niet vereist om van een geschrift te kunnen spreken⁶⁹. Het gebruik als bewijsmiddel veronderstelt daarenboven natuurlijk dat de tekens ook bewaard zijn (zij het niet noodzakelijk in onmiddellijk gevisualiseerde vorm). Voor de gelijkstelling met een partij-akte is verder natuurlijk ook vereist dat de inhoud van de akte een beschikking is, dus bestaat uit woorden of andere tekens waarmee men zich in het maatschappelijk verkeer engageert (vgl. hoger voor niet-elektronische documenten).

Leesbaarheid sluit niet uit dat een bestand ge-encrypteerd is (versleuteld), mits de sleutel om het te ontcijferen voorhanden is. De “ondertekening” van elektronische documenten

⁶⁷ Vgl. de definitie van geschrift in art 6 UNCITRAL-modelwet Elektronische handel.

⁶⁸ Dit zou op termijn tot moeilijkheden aanleiding kunnen geven indien men na verloop van tijd niet meer over de apparatuur en programmatuur zou beschikken nodig om vele jaren eerder aangemaakte bestanden te openen. Vgl. J.L. SNYERS, “De notariële certificatie en de elektronische authentieke akte”, in *Authenticiteit en informatica*, Congres KFBN, Kluwer/Bruylant 2000, (383) 406 v.; B. VUYLSTEKE, “Cybernotary”, eveneens in *Authenticiteit en informatica*, p. (453) 472 v.

⁶⁹ Vgl. M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, 40 ; en de nadere bespreking door G.L. BALLON, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII, De jurist en de informatica-invasie*, p. (3) 16 v.

geschiedt overigens in beginsel door middel van een bepaalde vorm van cryptografie, die zo dadelijk beschreven wordt.

3. Identificatie of toerekening - de techniek van de elektronische handtekening in het algemeen.

a) De techniek van de digitale handtekening.

35. Het “ondertekenen” van een document met een elektronisch bestand, dat enerzijds leesbaar moet zijn voor de ontvanger, maar anderzijds niet namaakbaar mag zijn (slechts maakbaar door één persoon), is mogelijk gemaakt door de techniek van de asymmetrische cryptografie. Deze werd oorspronkelijk ontwikkeld om precies het tegenovergestelde vraagstuk op te lossen, dat rijst bij de vercijfering (encrypteren) van berichten om ze onleesbaar te maken voor iedereen behalve de bestemming. Daar is het immers zo dat het gecodeerde bestand mogelijks door iedereen moet kunnen worden gemaakt, maar enkel door de bestemming gelezen. Wanneer de ontcijfering met dezelfde sleutel kan gebeuren als de vercijfering⁷⁰, blijft het vraagstuk dat men de sleutel zelf op een veilige manier moet kunnen meedelen aan de wederpartij (het vraagstuk van de “sleutelbeheersing”). De asymmetrische cryptografie lost dit vraagstuk op door te werken met twee verschillende sleutels (sleutelpaar). Daarbij wordt aan het publiek, d.i. mogelijke verzenders van een bericht, een “sleutel” gegeven (een datacombinatie) waarmee men een bericht kan vercijferen - de zgn. publieke sleutel - dat slechts door middel van een tweede, geheim gehouden sleutel - de zgn. private sleutel - kan worden ontcijferd. Deze sleutel kan maar geheim zijn indien hij onmogelijk kan afgeleid worden van de publieke sleutel⁷¹, terwijl omgekeerd de publieke sleutel wel kan worden afgeleid van de private sleutel. De verhouding tussen beide sleutels is asymmetrisch, vandaar de benaming asymmetrische cryptografie⁷².

36. Bij de zgn. digitale handtekening (d.i. een bepaalde techniek van EH) wordt de asymmetrische cryptografie in omgekeerde richting gebruikt : daar wordt de private

⁷⁰ De vercijfering of versleuteling gebeurt immers aan de hand van een algoritme (een procedure) en een sleutel (datacombinatie waarmee men deze procedure in werking zet).

⁷¹ Met onmogelijk wordt bedoeld : niet met de bestaande of binnen afzienbare tijd te ontwikkelen middelen. Maar in werkelijkheid zijn er niveaus van veiligheid, naargelang de complexiteit van de versleuteling; dat is de reden waarom de uitgever van een certificaat vaak ook de maximumwaarde aangeeft waarvoor de handtekening wordt gecertificeerd, naargelang het veiligheidsniveau. Deze mogelijkheid is uitdrukkelijk voorzien in Bijlage I van de RL en van de Wet certificatie diensten. Vgl. reeds E. DAVIO, “Preuve et certification sur Internet”, *T.B.H.* 1997, p. (660) 669.

⁷² Een standaardwerk over de geschiedenis van de cryptografie, waarin ook de ontwikkeling van de asymmetrische cryptografie uitvoerig en begrijpelijk wordt uiteengezet is S. SINGH, *The code book* (London 1999), ook verschenen in Nederlandse vertaling (*Code : de wedloop tussen makers en brekers van geheime code en cijferschrift*), Arbeiderspers Amsterdam 1999) en in Franse vertaling (*Histoire des codes secrets*, uitg. Lattès 1999).

sleutel gebruikt om het bericht te vercijferen - wat dus slechts door één persoon kan - terwijl eenieder het bericht kan ontcijferen met de publieke sleutel van de ondertekenaar, die van die private sleutel is afgeleid, en waardoor men de zekerheid heeft dat het bericht inderdaad aan de hand van die specifieke private sleutel is aangemaakt⁷³.

Meer bepaald is het zo dat aan het te ondertekenen elektronisch document een kleiner elektronisch bestand wordt gehecht, dat een afgeleide is van het te ondertekenen document en ervan een unieke kenmerking vormt - de *hashingcode* of “digitale vingerafdruk” van het document -. Elke wijziging van het bestand resulteert na *hashing* in een andere code, zodat aan de hand van die code ook kan worden nagegaan of het bestand sinds de *hashing* ongewijzigd is. De “ondertekening” met een digitale handtekening bestaat vervolgens in de versleuteling van dit aangehechte bestand aan de hand van een “private sleutel” (ook de “aanmaakgegevens” genoemd) door middel van een geconfigureerd computerprogramma of apparaat (ook “aanmaakmiddel” genoemd) (het bestand wordt dus in beginsel niet in zijn geheel versleuteld). Men heeft dus zowel de sleutel nodig als de programmatuur (of apparatuur) om met die sleutel te kunnen ondertekenen. Indien de sleutel waarmee “ondertekend” wordt een unieke datacombinatie is, kan men door de ontsleuteling of ontcijfering van het aangehechte bestand (aan de hand van de publieke sleutel) bovendien ook met zekerheid bepalen aan de hand van welke sleutel het bestand versleuteld is, dus van wie het afkomstig is. Op die manier kan, behalve de integriteit van het document, ook de identiteit van de ondertekenaar geverifieerd worden. Aangezien beide elementen ook wel “authenticiteit”

⁷³ De algemene techniek van de elektronische handtekening is ook in onze rechtsleer reeds herhaaldelijk beschreven. Zie onder meer M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, 27 v.; W. WILMS, *R.W.* 1995-96, (837) 840 v.; Y. POULLET, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII, De jurist en de informatica-invasie*, p. (39) 48 v.; B. van OPSTAL, “Is er een notaris op het Internet”, *Not.Fisc.M.*, 1998, nr. 6 p. 139 v.; M. ANTOINE & D. GOBERT, “Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification”, *T.B.B.R.* 1998, 292 v.; B. VUYLSTEKE, *Not.Fisc.M.* 1999, 235 v.; J. DUMORTIER & P. van EECKE, “De nieuwe wetgeving over digitale en elektronische handtekening”, in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht* (red. J. Dumortier), Die Keure Brugge 1999, 1 v.; F. STEVENS, in *Advocaten, spitstechnologen ?* Advocatendag Vereniging van Vlaamse balies 5 mei 2000, (50) 60 v.; J. DUMORTIER, *Informatica- en telecommunicatierecht, syllabus 2000*, <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/papers/doctrine/syllabus2000.pdf>; Y. POULLET & M. ANTOINE, in *Authenticiteit en informatica*, (345) 350 v.; E. MONTERO & A. WALLEMACQ, “La responsabilité du notaire comme auteur, récepteur ou utilisateur du document informatique”, eveneens in *Authenticiteit en informatica*, p. (425) 439 v. Vgl. ook M. HOGG, “Secrecy and signatures - Turning the legal spotlight on encryption and electronic signatures”, in L. Edwards & Ch. Waelde, *Law & the internet. A framework for electronic commerce*, Hart Oxford 2000, 37 v., en “Law reform of electronic signatures and encryption – A Scottish perspective”, in *European private law. Articles on International commercial contracts and intellectual property, e-commerce issue, Molengrafica* 1999/2000, Vermande Lelystad 2000, 25 v.

worden genoemd⁷⁴ (naamauthenticiteit *c.q.* inhoudsauthenticiteit), noemt men dit bijkomend bestand ook een middel voor “authenticatie” (d.i. verificatie van de authenticiteit).

Beide technieken van asymmetrische cryptografie kunnen ook worden gecombineerd, dit om zowel de confidentialiteit als de “authenticiteit” te garanderen (dit is bv. wat gebeurt met het programma *Pretty Good Privacy* (PGP))⁷⁵.

b) Nieuw wettelijk kader - een functionele definitie van de handtekening.

37. Het nieuw wettelijk kader⁷⁶ houdt een regeling in van de “elektronische handtekening” op twee vlakken :

- de “geavanceerde elektronische handtekening gerealiseerd op basis van een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt door een veilig middel” (hierna door mij verkort aangeduid als “gekwalificeerde EH”), die verplicht met een gewone handtekening wordt gelijkgesteld (besproken onder 3°), en
- elke andere elektronische gegevensverzameling die worden gebruikt als middel voor “authenticatie” (van de identiteit en integriteit), die mogelijks met een gewone handtekening kan worden gelijkgesteld (besproken onder d).

Het nieuwe artikel 1322, 2 B.W. maakt het inderdaad mogelijk om een elektronisch document als een “akte” (d.i. een ondertekend geschrift) te beschouwen, mits er een EH aan is “vastgehecht”. Wat een elektronische handtekening is, wordt in art. 1322 B.W. “functioneel omschreven” als *een geheel van elektronische gegevens dat aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoon*“. Art. 1322, 2 B.W. is bedoeld als de omzetting van art. 5 § 2 RL 1999/93, die een mogelijke erkenning voorziet zodra het gaat om “*elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie*” - dus eveneens een “functionele” omschrijving⁷⁷. Door deze functionele omschrijving wordt het begrip EH

⁷⁴ Zoals hoger gezegd is het woord “authentiek” hier zelfs correcter gebruikt dan in het begrip “authentieke akte”, en is de notarieel verleden partij-akte veeleer een “geauthenticeerde” akte, d.i. een akte waarvan de authenticiteit geverifieerd of gecertificeerd is.

⁷⁵ Het gebruik van cryptografie is onbetwist vrij in België sedert 1 januari 1998 (art. 109ter F Overheidsbedrijvenwet 21 maart 1991, ingevoegd bij art. 79 Wet van 19 december 1997).

⁷⁶ Met name Art. 5 RL 1999/93 en de omzetting daarvan in enerzijds art. 1322 lid 2 B.W. en anderzijds art. 4 § 4 en 5 Wet certificatediensten.

⁷⁷ Een functionele omschrijving vindt men ook in de UNCITRAL-modelwet Elektronische handel, art. 7. Deze verruiming van het begrip handtekening beantwoordt aan de stelling die eerder al door een deel van de rechtsleer werd verdedigd op grond van de bestaande teksten, door aan art. 1322 e.a. een “functionele” interpretatie te geven. Zo bv. M. ANTOINE & M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, p. 64 v.; Y. POULLET, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII, De jurist en de informatica-invasie*, p. (39) 44 v.; D. GOBERT & E. MONTERO, *DAOR* 2000, nr. 53, p. 17 v. met

dus niet noodzakelijk beperkt tot de digitale handtekening, d.i. de bewerking van een document gebaseerd op asymmetrische cryptografie, zoals hierboven beschreven, en worden andere bestaande of nieuwe technische ontwikkelingen niet *a priori* uitgesloten (onder meer de reeds bestaande biometrische authenticatiemethoden). Wel is het zo dat de digitale handtekening op dit ogenblik de enige vorm van EH is die ook beantwoordt aan de definitie van “geavanceerde elektronische handtekening”, die hieronder verder wordt toegelicht.

c) De “gekwalificeerde EH”.

38. De “geavanceerde elektronische handtekening gerealiseerd op basis van een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt door een veilig middel” wordt door de wet⁷⁸ verplicht gelijkgesteld met een handgeschreven handtekening, en het ermee ondertekende bestand dus met een onderhandse akte (en levert aldus dwingend bewijs op *c.q.* voldoet aan de vormvereiste van een akte). De verschillende hierbij genoemde elementen worden in de Richtlijn en de Wet certificatediensten uitvoeriger gedefinieerd en uitgewerkt.

1° De geavanceerde elektronische handtekening.

39. Een EH wordt “geavanceerd” genoemd indien zij :

- *op unieke wijze aan de ondertekenaar is verbonden;*
- *het mogelijk maakt de ondertekenaar te identificeren*
- *tot stand komt met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; en*
- *op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft verbonden is, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord*⁷⁹.

Zoals gezegd vinden we een dergelijke handtekening vandaag enkel in de op asymmetrische cryptografie gebaseerde digitale handtekening. Door de “ondertekening” met een dergelijke handtekening (die dus de toevoeging inhoudt van een bestand dat “elektronische handtekening” wordt genoemd) is het mogelijk nadien na te gaan 1° door wie het document “ondertekend” is en 2° of het sinds de ondertekening al dan niet gewijzigd is. Deze verificatie achteraf geschiedt zoals gezegd door middel van de zgn. “publieke sleutel” van de ondertekenaar, die een afgeleide is van de private sleutel aan de hand waarvan de digitale handtekening werd aangemaakt.

eerdere verwijzingen in voetnoot 8; en rechtsvergelijkend C. HULTMARK, “Requirements of writing and signature in relation to electronic means of communication”, in *European private law. Articles on International commercial contracts and intellectual property, e-commerce issue*, Molengrafica 1999/2000, Vermande Lelystad 2000,45 v. Zie over de voordelen van een functionele omschrijving o.m. ook B. VUYLSTEKE, in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht*, (27) 42 v.

⁷⁸ Art. 5 lid 1 RL 1999/93, omgezet in art. 4 § 4 Wet certificatediensten.

⁷⁹ Art. 2, 2 RL 1999/93 en art. 2,2, 2° Wet certificatediensten.

2° De certificatie van de handtekening

40. Om een échte verificatie kan het maar gaan als men er zich ook van kan verzekeren dat de publieke sleutel inderdaad “gekoppeld” is aan de desbetreffende persoon. Het is deze verzekering nu die wordt gegeven door een gespecialiseerde derde – de certificatie-autoriteit of uitgever van het certificaat – door middel van een (elektronisch) “**certificaat**”, d.i. een elektronisch gegeven waarmerk of bevestiging⁸⁰. Dit certificaat of waarmerk maakt de verbinding tussen de publieke sleutel en de identiteit van de certificaathouder. Indien de aan de gegevens verbonden EH verwezenlijkt is op grond van een certificaat, dan kan de ontvanger naderhand aan de hand van de dat certificaat, en meer bepaald de daarin opgenomen “publieke sleutel”, de oorsprong van de EH verifiëren, d.i. vaststellen of ze aan een bepaalde persoon is “verbonden” in die zin dat ze is aangemaakt met gegevens die zijn toevertrouwd⁸¹ aan die persoon als “certificaathouder” – met name met diens “private sleutel”. De ontvanger kan met name verifiëren of de publieke sleutel waarmee hij het bericht kan decoderen inderdaad de sleutel van de beweerde verzender is, waardoor komt vast te staan dat het daarmee gedecodeerde bericht slechts met de private sleutel van die persoon kan zijn aangemaakt. Het certificaat wordt normaal door de ondertekenaar meegezonden met het elektronisch ondertekende bestand. Bovendien houdt de certificaat-uitgever een consulteerbaar bestand van de uitgegeven certificaten, waarin ook de geldigheidsduur en de gebeurlijke herroeping van de certificaten wordt vermeld. De “publieke” identiteit kan zowel de werkelijke naam zijn als een pseudoniem⁸².

41. Het certificaat wordt als een “gekwalificeerd certificaat” erkend indien het aan een reeks voorwaarden voldoet, opgesomd in Bijlage I van de RL en van de Wet certificatediensten (zo moet het de ondertekenaar identificeren, gegevens bevatten om die identificatie te verifiëren (d.i. de publieke sleutel), een geldigheidsduur vermelden en zelf elektronisch ondertekend zijn door de uitgever ervan en deze identificeren), en is afgegeven door een certificatie-autoriteit die eveneens aan een reeks eisen voldoet, opgesomd in Bijlage II van de RL en van de Wet certificatediensten⁸³. De certificatie-autoriteit mag een dergelijk certificaat (met sleutelpaar) maar afgeven nadat hij de

⁸⁰ Zie de omschrijving van certificaat in Art. 2, 3 RL en 2, 2, 3° Wet certificatediensten : “een elektronische bevestiging die de gegevens voor het verifiëren van de handtekening (publieke sleutel) koppelt aan een natuurlijke persoon of een rechtspersoon en de identiteit van die persoon bevestigt”

⁸¹ Het kan zowel gebeuren dat de certificaathouder zelf het sleutelpaar aanmaakt, en de publieke sleutel meedeelt aan de certificatie-autoriteit, als dat deze laatste het sleutelpaar maakt. In het laatste geval is het hem verboden de private sleutel op te slaan (Bijlage II, j. van de RL en Wet certificatediensten).

⁸² Mogelijkheid die uitdrukkelijk wordt aangegeven door art. 8 lid 3 RL 99/93 en onrechtstreeks in art. 5 § 2 Wet certificatediensten.

⁸³ Art. 2, 4 RL en 2, 2, 4° Wet certificatediensten. Bijlage II legt aan de dienstverlener onder meer op om betrouwbare systemen en producten te gebruiken, de identiteit van de certificaathouder met passende middelen te controleren, alle relevante informatie over een gekwalificeerd certificaat gedurende 30 jaar te bewaren om een certificatiebewijs te kunnen voorleggen, e.d.m.

identiteit van de certificaathouder, die hij certificeert, ook daadwerkelijk is nagegaan⁸⁴. Voor zover het enkel om de identiteit gaat, kan dit bv. gebeuren met de medewerking van de gemeente waar de persoon is ingeschreven, of van een notaris. Certificatie van attributen (zie daarover verder meer) moet normaal gebeuren in samenwerking met de overheid die voor de erkenning daarvan instaat (zo bv. kan de Orde van advocaten aan de certificaat-uitgever bevestigen dat een bepaalde persoon als advocaat is ingeschreven bij die Orde, zodat de uitgever een certificaat met een dergelijk attribuut kan uitgeven).

De certificatie-autoriteit speelt bij elektronische documenten dus een gedeeltelijk gelijkaardige rol als de notaris bij papieren documenten : hij bevestigt de identiteit (en gebeurlijk andere attributen) van de ondertekenaar. Onder c) wordt erop gewezen dat hij ook de conformiteit bevestigt van het aangekomen document met het verzonden document. Anderzijds heeft hij geen informerende of waarschuwende rol.

Het gekwalificeerd certificaat is zelf een (elektronische) beschrijvende akte; het gaat hier natuurlijk om een verklaring en niet om een partij-akte. Aangezien de akte van een derde uitgaat, gaat het hier om een soort schriftelijke getuigenverklaring van bepaalde feiten, op de eerste plaats het feit dat een bestand is aangemaakt met de private sleutel van een welbepaalde persoon.

3° Het “veilig aanmaakmiddel”.

42. Om de vertrouwelijkheid van de private sleutel te verzekeren, wordt die natuurlijk niet in een rechtstreeks “leesbare” vorm meegedeeld of opgeslagen, en kan aan de hand ervan slechts ondertekend worden mits gebruik van een “aanmaakmiddel” : een apparaatje (*hardware*) of een computerprogramma (*software*). De sleutel kan onder meer worden opgeslagen op een computer of op een chipkaart, en het gebruik ervan - de toegang ertoe – kan op zijn beurt beveiligd worden door middel van een toegangscode (pincode, paswoord, eventueel een biometrisch gegeven zoals een vingerafdruk).

Om als een “veilig” aanmaakmiddel te worden beschouwd, dient de programmatuur of apparatuur waarmee de EH wordt aangemaakt (aan de hand van de private sleutel) volgens Bijlage III minstens te waarborgen dat :

- *de gegevens voor het aanmaken van handtekeningen in de praktijk slechts één keer kunnen voorkomen (uniciteit) en de vertrouwelijkheid daarvan redelijkerwijs gegarandeerd is;*
- *de gegevens voor het aanmaken van handtekeningen, met redelijke zekerheid, niet kunnen worden afgeleid en dat de handtekening beschermd is tegen vervalsing met de thans beschikbare technieken (i.h.b. mag men aan de hand van de publieke sleutel niet op de private sleutel kunnen komen); en*

⁸⁴ In de praktijk hanteren de certificaat-uitgevers meerdere niveaus van controle, naargelang de beperkingen (in geldsom) van het aangevraagde certificaat.

- *de gegevens voor het aanmaken van handtekeningen door de legitieme ondertekenaar op betrouwbare wijze kunnen worden beschermd tegen gebruik door anderen (beveiligingsmogelijkheid).*

De beste beveiliging of bescherming van de private sleutel bestaat uit biometrische gegevens (wat de handgeschreven handtekening in zekere zin ook is). Vandaar wordt er ook gedacht aan aanmaakmiddelen die dergelijke gegevens vereisen (vingerafdruk of stem). De digitalisering daarvan is vooralsnog vrij duur en ingewikkeld. Voorlopig moeten we het doen met een paswoord of pincode.

4° Gevolgen voor de uitwendige bewijskracht (kwalificatie als akte).

43. Waar het risico op eigenlijke vervalsing van de handtekening bij gebruik van “veilige” aanmaakmiddelen omzeggens uitgeschakeld is, komt in de plaats daarvan natuurlijk het risico op onbevoegd “plaatsen van de handtekening” (door het bemachtigen van paswoord of andere toegangscode), of doordat de certificaathouder een “intelligente elektronische agent” (*software agent*) heeft ingeschakeld⁸⁵. En hiervoor bestaat er géén verificatiemogelijkheid. Het risico voor onbevoegd gebruik (misbruik) van een geavanceerde elektronische handtekening gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat ligt krachtens de wet dan ook bij de “certificaathouder”, d.i. de persoon aan wie het certificaat is afgegeven. Deze is alleen verantwoordelijk voor de betrouwbaarheid van de private sleutel⁸⁶ en de aan de hand daarvan op basis van het certificaat gerealiseerde handtekening wordt dan ook aan de certificaathouder toegerekend⁸⁷.

De rechtelijke grondslag hiervan is een toepassing van het vertrouwensbeginsel, zeer gelijkaardig aan die van de toerekening van handelingen gesteld door een schijnvertegenwoordiger⁸⁸. Het gaan om een objectieve gebondenheid, zonder dat *in concreto* een fout van de certificaathouder moet worden aangetoond. In de hierboven

⁸⁵ Zie over dit vraagstuk M. van HUFFEL, “Le droit communautaire”, in *Le consentement électronique*, p. (23) 30-31; Y. POULLET, “La conclusion du contrat par un agent électronique”, in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, 129 v.; J. PRINS en S. GIJATH, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Tjeenk Willink Zwolle 2000, p. 127 v.; en over *software agents* in het algemeen bv. Jeffrey M. BRADSHAW, *Software Agents*, 1997; en de informatie op <http://agents.www.media.mit.edu/groups/agents/projects/>, <http://www.agentbase.com/survey.html>, en <http://www.jura.uni-muenster.de/eclip/forum/1st/electronicagents.htm>, meer bepaald E. WEITZENBOECK, “Electronic Agents and the Formation of Contracts”.

⁸⁶ Art. 19 § 1 Wet certificatie diensten.

⁸⁷ Kritisch over deze risicoverdeling onder meer B. DE NAYER, “Evolution technique des systèmes probatoires et transformation de la relation de consommation”, in *Le consentement électronique*, p. 325 v., i.h.b. 333 v.

⁸⁸ Zie daarvoor het arrest-*Cuivre-et-Zinc*, Cass. 20 juni 1988, RW 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN, en Cass. 20 januari 2000, Arr. 54. Voor de vergelijking, zie bv. reeds G.L. BALLON, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII*, p. (3) 11; Y. POULLET, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII*, p. (39) 52.

aangegeven voorwaarden is er, zoals bij schijnvertegenwoordiging, sprake van een rechtmatig vertrouwen van de ontvanger, dat aan de certificaathouder kan worden toegerekend. Deze heeft immers de mogelijkheid om op elk ogenblik de herroeping van zijn certificaat aan te vragen bij de uitgever ervan⁸⁹.

Het risico voor ondertekeningen voortgebracht door een “elektronische agent” (*software agent*) dient evenzeer te berusten bij diegene die deze “agent” heeft ingezet; dit wordt niet uitdrukkelijk geregeld, maar volgt evenzeer uit de aangegeven redenering (toepassing vertrouwensbeginsel, schijnvertegenwoordiging)⁹⁰.

44. De certificaat-uitgever anderzijds waarborgt de juistheid van de door een gekwalificeerd (of anderszins gewaarborgd) certificaat bevestigde gegevens (waaronder de identiteit van de certificaathouder en de integriteit van het elektronisch ondertekende bestand), althans behoudens bewijs van gebrek aan fout⁹¹. Hij is ook aansprakelijk bij niet-registratie van de herroeping van het certificaat, eveneens althans behoudens bewijs van gebrek aan fout⁹². De dienstverlener kan wel gebruiksbeperkingen aanbrengen op het certificaat zelf – waaronder ook een maximumbedrag – en is natuurlijk niet aansprakelijk voor zover die beperkingen enerzijds herkenbaar zijn en anderzijds overschreden zijn⁹³.

Er zijn met andere woorden de volgende mogelijkheden :

- ofwel gaat het om de eigen verantwoordelijkheid van de certificaathouder, nl. wanneer de ondertekening inderdaad met zijn unieke private sleutel is gebeurd, en vooraleer zijn certificaat werd herroepen, en dan is hij eenvoudigweg gebonden;
- ofwel klopt het gekwalificeerd of gewaarborgd certificaat niet of was de herroeping ervan niet geregistreerd, en dan is de certificaathouder niét gebonden en de certificaat-uitgever jegens de ontvanger aansprakelijk voor het beschaamde vertrouwen, tenzij bewijs van overmacht;

⁸⁹ Art. 12 § 1 Wet certificatediensten. Ter vergelijking kan men wijzen op de regels die het risico van misbruik van kredietkaarten e.d. verdelen, zoals bv. art. 81 Wet Consumentenkrediet 12 juni 1991 (in beginsel is het risico voor de kaarthouder tot aan de kennisgeving van verlies of diefstal, maar beperkt tot een bepaald bedrag (6000 BF), vergelijkbaar met de vrijstelling bij een verzekering, behoudens bij zware fout (hogere limiet, tot kennisgeving) of bedrog door de consument (onbeperkt, ook na kennisgeving).

⁹⁰ Zie Y. POULLET, in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, (129) 141 v. Zie ook Van ESCH, *Electronic Data Interchange en het vermogensrecht*, Kluwer Deventer 1999, 45 v.; KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation. Zurechenbarkeit und Haftung*, München 1991? p. 69 v. Dit wordt wel uitdrukkelijk geregeld in de reeds genoemde UNCITRAL-modelwet elektronische handel, art. 13 (2) : “As between the originator and the addressee, a data message is deemed to be that of the originator if it was sent (b) by an information system programmed by, or on behalf of, the originator to operate automatically”.

⁹¹ Art. 14 § 1 Wet certificatediensten, art. 6 lid 1 RL 1999/93.

⁹² Art. 14 § 2 Wet certificatediensten, art. 6 lid 2 RL 1999/93.

⁹³ Art. 14 § 3 en 4 Wet certificatediensten, art. 6 lid 3 en 4 RL 1999/93; zie ook Bijlage I punten i. en j.

- de ontvanger tenslotte draagt het risico wanneer hij het certificaat of de gebruiksbeperkingen ervan niet in acht heeft genomen (niet goed heeft gelezen), wanneer hij voortgaat op een *niet* gekwalificeerd noch gewaarborgd certificaat, alsook in geval van overmacht van de certificatie-autoriteit.

45. De praktische vraag is natuurlijk op welke wijze in geval van geschil kan worden vastgesteld dat het door de ontvanger aangevoerde certificaat inderdaad een gekwalificeerd certificaat is, en dat de gecertificeerde handtekening inderdaad met een veilig middel is aangemaakt. Daarom bepaalt de RL zowel als art. 17 en 18 Wet certificatediensten dat de overheid “accreditaties” kan toekennen, waarmee wordt bevestigd dat aan alle eisen van Bijlage I, II en III is voldaan. Bij gebrek aan accreditatie wordt het moeilijker. Of aan de eisen voor een “gekwalificeerd certificaat” is voldaan, is wel redelijk gemakkelijk na te gaan, aangezien het hier in wezen gaat om een reeks vermeldingen die het certificaat moet bevatten, en bovendien de uitgever/verlener van het certificaat alle terzake informatie gedurende 30 jaar moet opslaan⁹⁴. Die informatie bevat ook de gegevens over het gebruikte aanmaakmiddel. Of dit middel ook “veilig” is in de zin van de wet, wordt verondersteld (en moet dus niet nader bewezen worden) wanneer het aan de Europese normen voldoet⁹⁵, en kan verder ook blijken uit een bevestiging door de door de nationale overheid (in België het Ministerie van Economische Zaken) aangewezen “bevoegde instelling”⁹⁶, maar is daarbuiten natuurlijk niet eenvoudig aantoonbaar.

46. De hoger aangegeven risicoverdeling heeft natuurlijk zijn weerslag op de mogelijkheid tot ontkenning van handtekening, die in deze kontekst natuurlijk een heel andere invulling moet krijgen dan die van art. 1323 en 1324 B.W. bij manuele handtekeningen⁹⁷ :

1° De certificaathouder die zijn certificaat niet herroepen heeft, kan namelijk niet inroepen dat iemand anders van zijn private sleutel gebruik heeft gemaakt. Ontkennen dat men zelf zijn handtekening heeft gebruikt, heeft dus geen gevolg ten aanzien van de wederpartij (de certificaathouder zal zich zelf moeten keren tegen de persoon die misbruik heeft gemaakt van zijn private sleutel).

2° Heeft de betwisting daarentegen betrekking op de vraag of het stuk met zijn EH (dus door middel van zijn private sleutel) ondertekend werd, dan speelt art. 1323 B.W. wel nog. Er dient aan de certificaat-uitgever te worden gevraagd een certificatiebewijs voor te leggen, bij gebreke waarvan de aansprakelijkheid van de certificaat-uitgever zelf in het gedrang komt. Zelfs indien de certificaat-uitgever geaccrediteerd is, bewijst het

⁹⁴ Bijlage II (RL en Wet certificatediensten) punt i.

⁹⁵ Zie art. 6 Wet certificatediensten, Art. 3 lid 5 RL 99/93.

⁹⁶ Zie art. 7 Wet certificatediensten, Art. 3 lid 4 RL 99/93.

⁹⁷ Vgl. hierover ook F. STEVENS, in *Advocaten, spits technologen ?* Advocatendag Vereniging van Vlaamse balies 5 mei 2000, (50) 103 v.

certificaat niét op “authentieke” wijze dat het document met de handtekening van de certificaathouder is ondertekend in de zin waarin “authentieke akten” dat doen: de geaccrediteerde certificaat-uitgever is nog niet gelijkgesteld met een notaris of een ambtenaar van de burgerlijke stand (het gecertificeerde is overigens niet zintuiglijk – *de visu et auditu, ex propriis sensibus* – vastgesteld). Maar m.i. moet het certificatiebewijs van de geaccrediteerde certificaat-uitgever wel gelden tot tegenbewijs (enkel is daartoe geen valsheidsprocedure vereist). De geloofwaardigheid van de derde die het certificaat heeft afgegeven, maakt dat de certificaathouder, met wiens sleutel het bestand is ondertekend, niet meer kan ontkennen dat er een akte is die uiterlijk zijn handtekening draagt in de zin van art. 1322 B.W.⁹⁸ (met andere woorden : een dergelijk certificaat geeft aan de EH een “uitwendige bewijskracht”). Hij heeft enkel nog het recht door middel van een “ontkenning van handtekening” in de zin van art. 1323 B.W. een gerechtelijk onderzoek in de zin van art. 1324 B.W. uit te lokken over de vraag of die handtekening al dan niet met zijn private sleutel is aangemaakt⁹⁹. Volgens de memorie van toelichting¹⁰⁰ zou het hier moeten gaan om een schriftonderzoek volgens de procedure van art. 883 v. Ger.W., wat evenwel gezien de aard van de betwisting praktisch onmogelijk is en dus absurd is.

Wordt de veiligheid van de EH na het aanmaken ervan aanvaard, dan ligt het risico dus wel geheel bij de certificaathouder, risicoverdeling die slechts aanvaardbaar is omdat de certificaathouder van zijn kant het certificaat ook op eenvoudige wijze kan herroepen.

d) Alle andere elektronische gegevensverzamelingen die worden gebruikt als middel voor authenticatie van de identiteit.

47. Uit art. 4 § 4 Wet certificatediensten zou men - ten onrechte – *a contrario* kunnen afleiden dat alle andere elektronische handtekeningen niet voldoen aan de definitie van handtekening in art. 1322 B.W. In het licht van andere bepalingen is deze uitleg onjuist (zie onder 2°), en bovendien is er in heel wat gevallen een conventionele regeling (1°).

1° Conventionele regeling

48. Vooreerst is het natuurlijk zo dat tot op heden, bij gebreke aan wettelijke regeling, het gebruik van elektronische handtekeningen en de bewijswaarde ervan, vaak contractueel werd vastgelegd (overeenkomsten voorafgaand aan EDI - *Electronic Data Interchange*). Dit gebeurt zelfs met elektronische gegevens die geen elektronische handtekening

⁹⁸ Hoewel de rechtshandeling door middel van een ondertekening plaatsvindt, is het feit zelf dat er een elektronische handtekening is geplaatst met een bepaalde private sleutel, een rechtsfeit, dat dus met getuigen en vermoedens mag worden bewezen. Vgl. hoger.

⁹⁹ Voor een overzicht van de mogelijke zwakheden van digitale handtekeningen, zie F. STEVENS, in *Advocaten, spitstechnologen ?* Advocatendag Vereniging van Vlaamse balies 5 mei 2000, (50) 59 v.

¹⁰⁰ MvT amendement nr. 6, *Parl. Stukken Kamer* 1999-2000 nr. 0038/6, p. 12.

vormen omdat ze niet “vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn” met het bestand dat ermee wordt ondertekend, zoals de pincode van een bankkaart.

Zo wordt bij afgifte van een kaart met een elektronische functie bedongen dat elk gebruik ervan (behoudens na aanvraag tot blokkering) aan de kaarthouder wordt toegerekend : de door middel van een dergelijke kaart aangegane verbintenissen (bv. meer bepaald de debitering van een rekening) verbinden krachtens die overeenkomst de kaarthouder, ook wanneer het niet gaat om een geavanceerde elektronische handtekening, waarvan elk gebruik door een derde (de certificaat-uitgever) wordt geregistreerd, en de beveiliging dan ook vaak rudimentair is (bezit van de kaart plus pincode).

Partijen kunnen inderdaad conventioneel aan een EH die niet aan art. 4 § 4 voldoet, een dwingende bewijswaarde toekennen¹⁰¹. In dat geval dient de rechter níet te oordelen of aan de eisen van art. 1322 lid 2 is voldaan, maar wel of aan de conventionele voorwaarden voor die bewijswaarde is voldaan¹⁰². Daartoe moet in geval van betwisting natuurlijk eerst wel worden bewezen dat die bewijswaarde overeengekomen is. Dit veronderstelt dus in beginsel dat partijen voordien een daartoe bestemde al dan niet elektronische akte hebben ondertekend.

2° Wettelijke regeling

49. Art. 1322 lid 2 B.W. houdt in dat andere elektronische handtekeningen (dan gekwalificeerde in de hierboven aangegeven betekenis) *in concreto* door de rechter kunnen worden erkend als een handtekening, met de bijzondere bewijswaarde die daaruit voortvloeit. Deze andere elektronische handtekeningen hebben evenwel niet automatisch dezelfde “uitwendige bewijskracht”; zolang niet *in concreto* is geoordeeld dat deze handtekening aan de tegenpartij kan worden toegerekend (en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoon) kan deze partij zich in beginsel beperken tot een algemene betwisting en is zij niet verplicht over te gaan tot een formele ontkenning van handtekening in de zin van art. 1323 B.W. Met andere woorden : de

¹⁰¹ Het beginsel wordt ook uitgesproken in overweging 16 van RL 1999/93. Vragen bij de geldigheid van dergelijke bewijsovereenkomsten kunnen enkel rijzen wanneer in verbruikersovereenkomsten een beding wordt opgenomen dat bepaalde middelen (voor tegenbewijs) uitsluit - zie art. 32, 18 WHPC 1991.

¹⁰² Zie over dit alles onder meer reeds D. SYX, “Naar nieuwe vormen van handtekening?”, *Computerrecht* 1986, 153; J.P. BUYLE, “La carte de paiement électronique”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Jeune Barreau Brussel 1986, 471; H. CROZE, “Informatique, preuve et sécurité”, *D.* 1987 C. XXXI, (165) nr. 6-24; M. FONTAINE, in *La preuve en droit*, 37 v.; X. THUNIS & M. SCHAUSS, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Story-Scientia, 1988; M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, 104 v.; G.L. BALLON, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII*, p. (3) 18 v.; Y. POULLET, in *Tendensen in het bedrijfsrecht VII*, p. (39) 58 v.; D. GOBERT & E. MONTERO, *DAOR* 2000, nr. 53, p. (17) 19 v.

uitwendige bewijskracht is vrij (niet geregeld), maar éénmaal die vaststaat is de materiële bewijswaarde dwingend.

Het is dus niet zo dat andere elektronische handtekeningen nooit als een handtekening in de zin van art. 1322 kunnen worden erkend. Art. 4 § 5 Wet certificatediensten¹⁰³ bepaalt juist uitdrukkelijk zoals art. 5 lid 2 RL 1999/93 dat aan andere elektronische handtekeningen niet om die reden alleen rechtsgeldigheid of gebruik als bewijsmiddel kan worden ontzegd¹⁰⁴. Art. 1322 eist wel voor de gelijkstelling met een handtekening dat de EH aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoon, wat er eigenlijk op neerkomt dat enkel de “geavanceerde elektronische handtekening” als een handtekening kan worden beschouwd¹⁰⁵.

50. In geval van betwisting moet ook hier desgevallend een technisch onderzoek worden bevolen. Dit onderzoek naar de uitwendige bewijskracht in geval van betwisting dringt zich op zodra het gaat om een EH in de zin van art. 2.1. Richtlijn 1999/93 en art. 2, lid 2, 1° Wet certificatediensten, namelijk “*elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie*”. Dit leidt tot de volgende mogelijkheden :

aa) Uit de voorgelegde stukken kan zonder nader onderzoek worden afgeleid dat de EH voldoet aan de normen van art. 1322 B.W. (nl. ze kan aan die persoon worden toegerekend en toont het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aan), bv. omdat de handtekening gebaseerd is op een certificaat dat is uitgegeven door een geloofwaardige certificaat-uitgever, en de rechter dit als een voldoende bewijs van de ondertekening aanvaardt. Dan is er uitwendige bewijskracht. Een verder onderzoek dringt zich dan slechts op na een formele ontkenning van handtekening in de zin van art. 1323 B.W. Het risico van misbruik van de private sleutel ligt bij de certificaathouder. Tenzij het nader onderzoek na een formele ontkenning tot een ander besluit zou leiden, is het document een onderhandse akte in de zin van art. 1322 en heeft het ten gevolge daarvan precies dezelfde (wettelijk dwingende) bewijswaarde als elke andere onderhandse akte.

¹⁰³ § 5 werd eerst ingevoegd na de evocatie door de Senaat, amendement nr. 13, *Parl. Stukken Senaat* 2000-2001 nr. 2-662/3.

¹⁰⁴ Deze regel uit de RL wordt wegens zijn onzekerheid bekritiseerd door M. ANTOINE & D. GOBERT, *J.T.D.E.* 2000, (73) 75 nr. 8, hernomen door D. GOBERT & E. MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.* 2001, p. (114) 116. Criteria voor deze waardering vinden we onder meer opgesomd in de Gids bij de UNCITRAL-modelwet 1996, p. 38-39.

¹⁰⁵ Art. 1322 lid 2 B.W. lijkt daardoor strenger te zijn dan art. 5 lid 2 Richtlijn, waardoor twijfel is geuit over de conformiteit ervan met de richtlijn (door Y. POULLET & M. ANTOINE, in *Authenticiteit en informatica*, (345) 358). Evenwel sluit art. 5 lid 2 niet uit dat men die eisen stelt; art. 5 lid 2 bepaalt enkel dat ook een EH zonder gekwalificeerd certificaat of zonder een *a priori* veilig aanmaakmiddel *in concreto* moet worden gewaardeerd. In die zin lijkt er geen strijd te zijn tussen beide bepalingen.

bb) De EH is betwist en voldoet niet *prima facie* aan de eisen van art. 1322 B.W., zodat een nader onderzoek nodig wordt geacht, en hieruit wordt *in concreto* afgeleid dat de EH aan die persoon kan worden toegerekend (misbruik van de private sleutel geleverd door de uitgever van een certificaat blijft ook hier voor rekening van de certificaathouder, maar dat geldt niet meer indien de handtekening niét op een certificaat is gebaseerd) en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte is aangetoond. Ook hier is het document een onderhandse akte in de zin van art. 1322 B.W. en heeft het precies dezelfde (wettelijk dwingende) bewijswaarde als elke andere onderhandse akte.

cc) De EH is betwist en de rechter komt tot het besluit dat de elektronische gegevens *in concreto* niet voldoen aan de eisen gesteld door art. 1322 lid 2 B.W.¹⁰⁶ Daarmee komt vast te staan dat het daarmee “ondertekend” stuk bewijsrechtelijk geen “(onderhandse) akte” is in de zin van art. 1322. Als het uitgaat van de persoon tegen wie men het inroept en toch voldoet aan redelijke eisen van integriteit of conformiteit (ongewijzigd zijn), kan het nog steeds als een louter geschrift, of, in de terminologie van het B.W., een “begin van schriftelijk bewijs”, worden aanvaard. Is ook dat niet het geval, dan is het document uitgesloten voor het bewijs van die rechtshandelingen waarvoor het bewijs door getuigen en vermoedens niet mogelijk is.

e) De toerekening aan een rechtspersoon - elektronische handtekening van rechtspersonen.

51. Zonder dat dit op een rechtstreekse wijze wordt bepaald, voert de Wet certificatediensten ook de elektronische handtekening van rechtspersonen in. Art. 2, 5° en 8 bepalen immers dat certificaten ook kunnen worden afgegeven aan en gehouden door rechtspersonen. Art. 4 § 4 bepaalt dat bij de gekwalificeerde elektronische handtekening geen onderscheid wordt gemaakt naargelang deze van een natuurlijke of rechtspersoon is. Uit het geheel van de bepalingen volgt wel dat er slechts sprake kan zijn van een “ondertekening” door een rechtspersoon indien de handtekening gebaseerd is op een certificaat dat aan die rechtspersoon is uitgegeven. In dergelijk geval is het dus de rechtspersoon die volgens de hierboven reeds beschreven regels aan de handtekening gebonden is.

52. De vraag rijst hoe het gebruik van die handtekening door een natuurlijke persoon kan worden gekwalificeerd. Niet dat de idee zelf van een ondertekening door een rechtspersoon een breuk zou vormen met onze opvattingen over de rechtspersoonlijkheid.

¹⁰⁶ Een voorbeeld vinden we in een arrest van het Hof van beroep van Besançon d.d. 20 oktober 2000, betreffende een document voorzien van een afdruk van een ingescande handtekening, becommentarieerd door E. WERY op http://www.droit-technologie.org/fr/1_2.asp?actu_id=-1911002492 en door J.L. TAGLIAMONTE op http://www.droit-technologie.org/fr/1_2.asp?actu_id=1303057641.

Men mag immers niet vergeten dat de ondertekening een rechtshandeling is¹⁰⁷, zodat de ondertekening zoals elke rechtshandeling inderdaad in beginsel door elke persoon kan worden gesteld – ook door een rechtspersoon - het waren enkel de “manuele” vormvereisten die dit tot nu toe dit praktisch onmogelijk maakten. Maar de vraag rijst natuurlijk hoe een natuurlijke persoon, door ondertekening met de handtekening van de rechtspersoon, zich als rechtspersoon kan uitgeven in het rechtsverkeer.

Art. 3 lid 1 Wet certificatediensten zegt uitdrukkelijk dat geen afbreuk wordt gedaan aan de regels inzake bevoegdheid tot het stellen van rechtshandelingen. Art. 66 Wb.Venn. nu bepaalt dat “de vennootschappen handelen door hun organen waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het doel en de statuten”. Deze organen kunnen daarnaast natuurlijk ook volmachten geven voor het stellen van rechtshandelingen als lasthebber (in naam van de rechtspersoon). Het verlenen van de mogelijkheid om te tekenen aan een natuurlijke persoon die geen orgaan is, dient inwendig als een volmacht(verlening) te worden beschouwd. In de uitwendige verhouding rijst echter wel de vraag of een orgaan dan wel een lasthebber in naam van een rechtspersoon kan handelen zonder zijn persoonlijke identiteit bekend te maken. Wat de ondertekening betreft zou men in het gemeen recht een negatief antwoord kunnen afleiden uit een ouder Frans cassatie-arrest¹⁰⁸ betreffende een geval waarin een lastgever zijn secretaris opdracht had gegeven om in zijn plaats zijn naam (d.i. die van de lastgever) te plaatsen onder een akte (*in casu* van borgtocht) : de ontkenning van handtekening werd aanvaard, maar de lastgever werd wel aansprakelijk gesteld wegens het veroorzaken van een ongeldige akte. Evenwel is het anderzijds ook zo dat er dagelijks door anonieme lasthebbers rechtshandelingen worden gesteld in naam van een rechtspersoon (bestelling op naam van een firma bv.). Ook is een persoon gebonden wanneer hij blanco tekent met opdracht aan een lasthebber om het document aan te vullen en te overhandigen¹⁰⁹. Bij het laten gebruiken van de handtekening van de rechtspersoon lijkt het dus wel zo te zijn dat de nieuwe wet aanvaardt dat een orgaan of lasthebber, die zich als vertegenwoordiger van de rechtspersoon – of misschien kan men zeggen als “handtekeningsbevoegde” – kan legitimeren, niet ook nog eens zijn persoonlijke identiteit bekend moet maken.

Wel volgt uit de definitieve versie van art. 8 § 3 Wet certificatediensten (na evocatie door de Senaat) dat er per natuurlijke persoon die de rechtspersoon vertegenwoordigt een afzonderlijk certificaat moet worden uitgegeven en dat de certificaat-uitgever een register moet bijhouden waarin de identiteit van deze natuurlijke persoon kan worden

¹⁰⁷ Ik misken hiermee niet dat er een verschil is tussen *negotium* en *instrumentum* – maar het feit dat er een rechtshandeling kan zijn zonder ondertekening, sluit niet dat de ondertekening ofwel de manifestatie is van een rechtshandeling die men daardoor stelt ofwel de bevestiging van een reeds eerder gestelde rechtshandeling.

¹⁰⁸ Cass. Fr. 22 februari 1922, *D.P.* I 201 n. SAVATIER = *S.* I 108, besproken door M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.*, 1985, (65) 84 nr. 24.

¹⁰⁹ Zie door M. van QUICKENBORNE, *R.C.J.B.*, 1985, (65) 101-102 nr. 44.

achterhaald. De eerdere bepaling dat dit register enkel toegankelijk is op verzoek van een rechter, werd geschrapt.

4. Het behoud van de integriteit van het document.

53. Behalve de identiteit van de ondertekenaar moet volgens art. 1322 lid 2 B.W. voor de gelijkstelling van een elektronisch document met een akte ook - het behoud van - de integriteit van het document kunnen worden geverifieerd.

Bij een gevanceerde E.H. is dit geen vraagstuk, aangezien deze per definitie een EH is die onder meer “op zodanige wijze aan de gegevens is verbonden, dat elke latere wijziging van de gegevens kan worden opgespoord¹¹⁰. De digitale handtekening staat los van de drager en is het resultaat van een verwerking van de inhoud van de akte, zodat een document met zo’n handtekening noodzakelijk een “origineel” is¹¹¹. Indien ze gerealiseerd is op grond van een gekwalificeerd certificaat, kan men aan de hand van dat certificaat (wat de hulp van de certificatie-autoriteit vereist, die immers de gegevens moet opslaan) ook de integriteit van de gegevens verifiëren (nl. door na het decrypteren van het aangehecht bestand met de digitale vingerafdruk van het document (de *hashingcode*), die *hashingcode* opnieuw te laten uitrekenen – bij vele internettoepassingen doet het programma dat automatisch). Bij een gekwalificeerd certificaat is het de certificaat-uitgever die als gespecialiseerde derde de conformiteit / integriteit van het document bevestigt. Waar het behoud van de integriteit van het document bij papieren documenten niet door de handtekening wordt verzekerd, maar door het papier (en gebeurlijk door een bijkomende verzegeling en/of een bijkomend origineel), wordt zij bij elektronische documenten dus verzekerd door de “verzegeling” van de digitale vingerafdruk (de *hashingcode*) met de handtekening.

54. Bij andere elektronische gegevensverzamelingen die worden gebruikt als middel voor authenticatie van de identiteit moet in geval van betwisting *in concreto* worden nagegaan of de integriteit van het bestand gevrijwaard is.

55. Een vraag van originaliteit rijst wel wanneer de data dienen te worden omgezet om met latere software leesbaar te blijven¹¹².

5. De finaliteit van het document.

56. Net zoals bij papieren documenten is er voor de bindende kracht ervan ook een “*Erklärungswille*” vereist, de bedoeling een wilsverklaring af te leggen. Opnieuw is het

¹¹⁰ Art. 2 lid 2, 2° d Wet certificatediensten.

¹¹¹ MvT amendement nr. 6, *Parl. Stukken Kamer* 1999-2000 nr. 0038/6; D. GOBERT & E. MONTERO, *J.T.* 2001, p. (114) 127.

¹¹² Vgl. J.L. SNYERS, in *Authenticiteit en informatica*, (383) 407 v.; B. VUYLSTEKE, eveneens in *Authenticiteit en informatica*, p. (453) 472 v.

niet uitsluitend de ondertekening die daarvan bewijs oplevert, maar spelen de omstandigheden van ondertekening een rol. Zoals hoger gezegd vloeit het “finale” karakter van de akte niet voort uit de handtekening zelf, maar uit die omstandigheden. Ook hier doet de handtekening de finaliteit vermoeden¹¹³, tenzij de ondertekende akte nooit vrijwillig “verzonden” of afgegeven is.

Er kan natuurlijk nog een probleem met de *Erklärungswille* rijzen indien de ondertekenaar beweert niet te hebben beseft dat hij tekende en verzond. Een dergelijke bewering kan steekhoudend zijn indien de constellatie misleidend was. Om die reden gelden bij overeenkomsten op afstand bijkomende verplichtingen, die hieronder kort ter sprake komen.

6. Bijkomende vormvereisten voor bepaalde types overeenkomsten.

a) Algemeen

57. Art. 1 RL 1999/93 bepaalt dat “*Deze richtlijn heeft geen betrekking op aspecten die verband houden met de totstandkoming of geldigheid van contracten of andere wettelijke verbintenissen waarvoor het nationale of het Gemeenschapsrecht vormvereisten voorschrijven en laat de regels en beperkingen onverlet die het nationale of het Gemeenschapsrecht voorschrijven voor het gebruik van documenten*”. Dat betekent dat art. 5 RL op zichzelf geen afbreuk doet aan bijkomende vormvereisten of zelfs bewijsvereisten, andere dan de ondertekening.

De vraag moet echter ook worden gesteld of deze bijkomende eisen de toets kunnen doorstaan van de intussen eveneens uitgevaardigde RL 2000/31 (“richtlijn inzake elektronische handel”)¹¹⁴, die voor 17 januari 2002 moet worden omgezet. Art. 9 lid 1 van die RL verplicht de lidstaten ervoor te zorgen “*dat de regels met betrekking tot de totstandkoming van contracten geen belemmering vormen voor het gebruik van langs elektronische weg gesloten contracten*” (art. 9 lid 1). Deze versoepeling is volgens art. 9 lid 2 niet verplicht voor :

- contracten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, andere dan huurrechten,
- contracten voor persoonlijke en zakelijke zekerheden welke gesteld worden door personen die handelen voor doeleinden buiten hun handels- of beroepsactiviteit, en
- contracten die onder het familierecht of het erfrecht vallen (bv. testament).

Daarnaast kan een lidstaat nog altijd de tussenkomst van een rechtbank, overheid of beroepsgroep die een publieke taak uitoefent (*in casu* notariaat) – dus een authentieke akte – eisen, maar ze moet dit wel kunnen verantwoorden tegenover Europa¹¹⁵.

¹¹³ Vgl. B. VUYLSTEKE, in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht*, (27) 50.

¹¹⁴ Te vinden op http://europa.eu.int/eur-lex/nl/lif/dat/2000/nl_300L0031.html.

¹¹⁵ Vijfjaarlijkse verslaglegging, art. 9 lid 3 RL 2000/31.

Vanaf 17 januari 2002 is er dus voor alle andere overeenkomsten een versoepeling vereist, en vanaf die datum dient het bestaande recht zoveel als mogelijk richtlijnconform te worden uitgelegd.

b) Toepassing wanneer een zgn. authentieke akte wordt vereist.

58. De huidige tekst van - art. 1322 van - het B.W. sluit een elektronische notariële partij-akte niet langer uit; op grond van de bepalingen van de notariswet kan deze voorsnog evenwel enkel op (zegel)papier worden aangemaakt¹¹⁶. Daaraan wordt op dit ogenblik noch door de nieuwe bepalingen, noch door RL 1999/93, noch door RL 2000/31 afbreuk gedaan¹¹⁷. Het notariaat is vragende partij voor een verandering.

Overigens zou de afschaffing van het papiervereiste nog niet inhouden dat daarmee ook de vereiste persoonlijke verschijning voor de notaris is afgeschaft; ook in andere landen waar de notariële akte reeds elektronisch kan worden gemaakt, is die vereiste - terecht - behouden¹¹⁸.

c) Toepassing t.a.v. de bepaling van 1326 B.W.

59. Ook de bepaling van art. 1326 B.W. – volgens hetwelk een document dat een éénzijdige verbintenis tot betaling van een geldsom of waardeerbare zaak inhoudt, geheel met de hand van de ondertekenaar moet geschreven zijn, dan wel een handgeschreven “goed voor” met het bedrag in letters moet bevatten om een onderhandse akte te vormen¹¹⁹ (en dus dwingend bewijs op te leveren) - wordt niet terzijde gesteld. Deze bepaling moet wel voor 17 januari 2002 worden aangepast aan de RL elektronische handel, voor zover zij betrekking heeft op andere overeenkomsten dan de hierboven genoemde. De belangrijkste gevallen zijn de borgtocht, de pandbelofte en de hypotheekbelofte in het kader van een niet-commerciële beroepsbedrijvigheid¹²⁰. Verder zou het nog kunnen gaan om een bruikleenbelofte, een schuldbekentenis wegens lening of bewaargeving, een belofte tot inbreng in een vzw, of een belofte tot kosteloze dienstverlening. Zou de bepaling van art. 1326 niet tijdig aangepast zijn, dringt een richtlijnconforme interpretatie zich op.

¹¹⁶ Zie voor details J.L. SNYERS, in *Authenticiteit en informatica*, (383) 398 v.

¹¹⁷ Zie art. 1 laatste zin van RL 1999/93 en art. 9 lid 2 b) van RL 2000/31 en de commentaar hierboven.

¹¹⁸ Zie voor details J.L. SNYERS, in *Authenticiteit en informatica*, (383) 402 v. Zie in dit verband ook over de rol van de notaris J.F. TAYMANS, in *Le consentement électronique*, p. (347) 355 v.

¹¹⁹ De akte zal toch als onderhandse akte gelden ondanks het ontbreken ervan, wanneer ze uitgaat van kooplieden, ambachtslieden, landbouwers, wijngaardeniers, dagloners of dienstboden (art. 1326 lid 2 B.W.).

¹²⁰ Voor personen die handelen buiten hun handels- of beroepsbedrijvigheid staat art. 9 lid 2 RL 2000/31 immers een uitzondering toe, en voor handelaars geldt art. 1326 ook nu al niet.

d) Toepassing t.a.v. de bepaling van art. 1325 B.W.; andere vereisten bij overeenkomsten op afstand

60. Noch de wet-Bourgeois, noch de Wet certificatediensten wijzigt iets aan art. 1325 B.W., dat bij wederkerige overeenkomsten voor de kwalificatie als onderhandse akte vereist dat ze is opgemaakt in evenveel originelen als partijen met onderscheiden belang en het aantal originelen vermeldt. Evenwel is sinds lang aanvaard dat art. 1325 B.W. niet van toepassing is bij overeenkomsten die tot stand komen op afstand, door middel van de verzending van aanbod *c.q.* aanvaarding¹²¹. Bij elektronische handel wordt alle twijfel weggenomen vanaf 17 januari 2002, aangezien een richtlijnconforme interpretatie van art. 1325 in ieder geval tot de niet-toepasselijkheid ervan bij elektronische handel zal leiden (behoudens de uitzonderingen hierboven vermeld)¹²². Ook geldt art. 1325 niet wanneer het bewijsstuk door een onpartijdige derde wordt bewaard¹²³: zoals de bepaling niet geldt voor een voor een notaris verleden akte die onder de minuten wordt bewaard, kan ze ook niet gelden voor een elektronisch ondertekend document dat door de certificaat-uitgever, die de handtekening heeft gecertificeerd, elektronisch is opgeslagen.

61. Bij op afstand gesloten overeenkomsten komen er in de plaats van art. 1325 B.W. andere vereisten die ten dele dezelfde *ratio legis* hebben, maar materieelrechtelijk gesanctioneerd worden (en niet door de elektronische akte die niet aan de voorwaarden zoals die van art. 1325 voldoet, als bewijsstuk te weren) (niet-nakoming kan verder ook de gelding of inhoud van de overeenkomst beïnvloeden). Deze verplichtingen, die we nu reeds vinden voor de meeste verbruikersovereenkomsten in art. 78 en 79 WHPC in uitvoering van RL 97/7¹²⁴, krijgen in uitvoering van RL 2000/31 een ruimer toepassingsgebied. Zij zijn dwingend t.g.v. consumenten, en onder RL 2000/31 ook suppletief t.a.v. niet-consumenten:

1° Enerzijds gaat het om een vrij klassiek gegeven, nl. een voorcontractuele informatieplicht over de inhoud van het aanbod - art. 4 RL 97/7 en art. 78 WHPC bij consumentenverkoop op afstand. Bij e-handel bepaalt art. 10 lid 1 b) RL 2000/31 algemeen dat de dienstverlener de afnemer moet inlichten omtrent de vraag of het afgesloten contract door de dienstverlener zal worden gearhiveerd en of het toegankelijk zal zijn.

¹²¹ Zie hoger randnr. 18 en voetnoot.

¹²² Er zijn weliswaar bepalingen betreffende een orderbevestigingsplicht, die zo dadelijk ter sprake komen, maar die vereisen niet dat de overeenkomst in meerdere originelen is opgemaakt.

¹²³ Vgl. N VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, p. 249; M. ANTOINE, M. ELOY en J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, 54 – maar anders op p. 190; E. DAVIO, *T.B.H.* 1997, p. (660) 666.

¹²⁴ zoals gewijzigd bij Wet van 25 mei 1999 tot omzetting van RL 97/7 van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.

Verder bevat art. 79 WHPC nog een vormvereiste, in die zin dat het herroepingsrecht of ontbreken ervan op opvallende wijze (vetgedrukt in een kader) moet worden aangegeven (de sanctie op de miskennis van die vormvereiste is dat de herroepingstermijn eerst na 3 maanden en 7 dagen verstrijkt in plaats van na 7 dagen)¹²⁵.

2° Anderzijds gaat het om een contractuele bevestigingsverplichting, die zowel betrekking heeft op het order als op de inhoud ervan en de door de prestatieverlener verstrekte informatie betreffende de prestatie¹²⁶. Art. 5 RL 97/7 en art. 79 § 1 WHPC bepalen dat deze informatie “schriftelijk of op een andere duurzame drager, te zijner beschikking staand en voor hem toegankelijk” moet worden ontvangen¹²⁷. Art. 11 RL 2000/31 schrijft bij e-handel een elektronische orderbevestiging voor¹²⁸ wanneer een order niet door individuele communicatie (zoals elektronische post) is geplaatst (maar bv. door het invullen van een webformulier). Bij verzending per e-post beschikt de verzender immers over het origineel van zijn zending. Bij het invullen van een webformulier daarentegen bestaat de mogelijkheid iets te ondertekenen zonder dat men over een exemplaar beschikt¹²⁹.

B. De materiële bewijswaarde van het als dispositieve akte gekwalificeerde elektronisch document.

62. Eenmaal een elektronisch document als een dispositieve of partij-akte is gekwalificeerd op grond van de hierboven besproken regels, heeft het precies dezelfde dwingende bewijswaarde als een manueel ondertekende akte¹³⁰. Het bewijst rechtstreeks de aangegane verbintenissen, de inhoud van de contractuele regeling. Zoals gezegd rijzen er daarbij ook geen vragen van intellectuele valsheid (*Unrichtigheid*).

¹²⁵ RL 97/7 bepaalt enkel dat de informatie over het herroepingsrecht op duidelijke en begrijpelijke wijze moet worden verstrekt. (art. 4).

¹²⁶ L. CORNELIS & P. GOETHALS, “Contractuele aspecten van e-commerce”, in *Tendensen in het bedrijfsrecht nr. 10, De elektronische handel*, Bruylant Brussel / Kluwer Antwerpen 1999, p. (1) 15 v., spreken van een “informatiebevestigingsplicht”; het gaat daarnaast ook om een orderbevestigingsplicht.

¹²⁷ Er is een uitzondering voor informatiele diensten, d.i. diensten die bij de aankoop onmiddellijk elektronisch worden verstrekt (bv. het afladen van informatie of van computerprogrammatuur).

¹²⁸ Zie over deze discussie M. van HUFFEL, in *Le consentement électronique*, p. (23) 32 v. In Art. 2:201 PECL (Beginselen van Europees overeenkomstenrecht) wordt wel een eenvormige definitie van het aanbod voorgesteld, geïnspireerd op het Weens kooprecht, doch met de aanvulling dat “(3) *A proposal to supply goods or services at stated prices made by a professional supplier in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is presumed to be an offer to sell or supply at that price until the stock of goods, or the supplier's capacity to supply the service, is exhausted*”.

¹²⁹ De Wet certificatediensten vereist om te kunnen spreken van een “veilig aanmaakmiddel” dat de te ondertekenen tekst voor de ondertekening aan de ondertekenaar wordt “voorgelegd” - zie Bijlage III art. 2 c) -, maar niet dat deze over een exemplaar ervan beschikt.

¹³⁰ Kritisch hierover B. DE NAYER, in *Le consentement électronique*, p. (325) 336 v. en 340 v.

C. De middellijke bewijswaarde van elektronische documenten, waaronder het elektronisch certificaat – de certificatie van “attributen”.

63. In het oorspronkelijk voorstel was bepaald dat de orderbevestiging een totstandkomingsvereiste was, en het order dus slechts een aanbod van de afnemer aan de dienstverlener vormde. In de uiteindelijke RL is aan het lidstatelijk recht overgelaten of het order reeds de aanvaarding is van een aanbod van de dienstverlener, dan wel slechts een aanbod van de afnemer aan de dienstverlener.

1. De middellijk bewijswaarde van partij-akten – de vaste datum.

63. Ook de bewijswaarde ten aanzien van de overeenkomst als een rechtsfeit ten aanzien van derden is dezelfde als bij niet-elektronische onderhandse akten. Enkel bestaat er nog geen middel om aan een elektronische akte een vaste datum te verlenen door registratie, zoals art. 1328 B.W. vereist. Daartoe moet de akte eerst nog eens manueel ondertekend worden (en geregistreerd) of authentiek verleden. Ook hieraan wijzigt de wet certificatediensten niets, hoewel het technisch volmaakt mogelijk is om de datum van een elektronisch document te laten certifiëren (al dan niet door een openbaar ambtenaar of een openbare dienst). En al is deze toestand niet in strijd met de RL certificatediensten, zij komt wel in strijd met het reeds genoemde art. 9 lid 1 van de RL elektronische handel (behoudens de types overeenkomsten waarvoor deze versoepeling volgens art. 9 lid 2 van die richtlijn niet verplicht is). De wetgever moet hieraan dus voor 17 januari 2002 een oplossing geven, en de mogelijkheid scheppen van een elektronische registratie van de datum van een elektronisch document. Aan de RL zou reeds voldaan zijn indien men de mogelijkheid schept van elektronische certificatie door een notaris¹³¹. Maar het valt toch te overwegen om ook een “tjdstempel” zoals die nu reeds wordt verschaft door certificatedienstverleners¹³², minstens als deze geaccrediteerd is, dezelfde waarde te geven.

2. De bewijswaarde van het elektronisch certificaat en de aansprakelijkheid van de uitgever – de certificatie van attributen.

64. Daarmee komen we bij de bewijswaarde van het elektronisch certificaat als een *species* van een mededelend elektronisch document. Het gekwalificeerd elektronisch certificaat van handtekening is het enige mededelend elektronisch document dat in ons bewijsrecht een bijzondere plaats inneemt. De bewijswaarde ervan werd hoger reeds besproken, aangezien ze zich volledig bevindt op het vlak van de “uitwendige bewijskracht” : het gekwalificeerd certificaat bewijst namelijk – binnen het hoger aangegeven kader - de identiteit van de ondertekenaar met de EH. Strikt genomen heeft het certificaat op zichzelf nog niet die bewijswaarde, aangezien het een element is dat slechts tezamen met bepaalde andere tot die kwalificatie leidt.

¹³¹ J.L. SNYERS, in *Authenticiteit en informatica*, p. (383) 393.

¹³² W. WILMS, *R.W.* 1995-96, p. (837) 842.

Net als niet-elektronische certificaten hebben elektronische certificaten voornamelijk waarde op materieelrechtelijk vlak: zij kunnen een aansprakelijkheidsgrond vormen wanneer de gecertificeerde feiten onjuist blijken te zijn. De uitgever van het certificaat “beloofd” niets, maar engageert zijn aansprakelijkheid tegenover derden die door de – ontorechte - afgifte van het certificaat schade hebben geleden wanneer de gecertificeerde gegevens onjuist blijken te zijn.

65. De Wet certificatediensten bevat trouwens enkele zeer interessante aanzetten voor de elektronische certificatie van een aantal voor het rechtsverkeer belangrijke of nuttige rechtsfeiten, meer bepaald zogenaamde “attributen” van de ondertekenaar. Dit is een belangrijke vernieuwing: de niet-elektronische certificatie wordt in ons recht immers als dusdanig niet geregeld (wel zijn er een reeks bijzondere regels in verband met welbepaalde soorten certificaten in bepaalde sectoren van het economisch recht) – tenzij dan de “certificatie” door een openbaar ambtenaar in een authentieke akte.

De meest voor de hand liggende toepassing van certificatie van attributen betreft trouwens die “attributen” die in een authentieke partij-akte door de notaris worden geverifieerd – eveneens op straffe van aansprakelijkheid -: naast de identiteit van partijen ook hun geboortedatum, handelingsbekwaamheid, e.d.m.

Hoewel dit nergens expliciet is voorgeschreven moet de uitgever van een certificaat van EH verifiëren of de certificaathouder op het tijdstip van de uitgifte van het certificaat handelingsbekwaam was. Hij garandeert evenwel niet het voortduren van de handelingsbekwaamheid op het ogenblik waarop het certificaat wordt gebruikt. De vragen die hier rijzen zijn gelijkaardig aan die bij het wegvallen van de bekwaamheid van de lastgever, die in de inwendige verhouding de vertegenwoordigingsbevoegdheid beëindigt, doch waarbij deze beëindiging slechts werkt tegenover derden die er kennis van moesten hebben (zie art. 2008-2009 B.W.). Naar analogie dient de certificaathouder dan ook gebonden te zijn door het gebruik van het certificaat, zolang het niet herroepen is, tenzij de wederpartij niet te goeder trouw is.

66. De certificatie van een attribuut strekt normaal niet tot bewijs tegen de ondertekenaar, maar wel daartoe, dat de ondertekenaar voldoet aan door de ontvanger gestelde eisen voor bv. legitimatie (toegang tot bepaalde diensten). Daarnaast bewijst het certificaat alleen dat de ondertekenaar iets verklaard heeft; is die verklaring onjuist, dan kan de ondertekenaar daarvoor aansprakelijk zijn; daarnaast kan ook de certificaat-uitgever aansprakelijk zijn, indien hij het attribuut niet heeft geverifieerd. Certificatie van attributen is een alternatief voor publikatie van dergelijke attributen in elektronisch raadpleegbare openbare registers, meer bepaald omwille van de beperkingen die aan het laatste zijn opgelegd door de privacywetgeving; zonder die beperkingen zou men openbare registers kunnen inrichten waarin bv. de handelingsbekwaamheid of

solvabiliteit van de wederpartij elektronisch raadpleegbaar zijn (elektronische burgerlijke stand e.d.)¹³³.

67. Certificatie van attributen kan zeer uiteenlopende vormen aannemen. Zo kan een certificatie-autoriteit ook de kwaliteit van een leverancier, een webstek e.d. certifiëren (“labelling”, keurmerken voor diensten)¹³⁴. Een dergelijk certificaat kan het recht geven om onmiddellijke betaling te vragen, waar dit anders bij verkoop op afstand niet is toegestaan (zie art. 80 WHPC)

VI. Slotbeschouwing.

Een aantal traditionele regels van ons bewijsrecht zijn in belangrijke mate gewijzigd door de invoering van de EH. Ons bewijsrecht is geen rustig bezit meer. De concrete regels zullen de komende jaren zeker nog meermaals moeten worden aangepast. Maar een aantal basisstructuren en basisbegrippen van ons bewijsrecht zullen hoe dan ook nuttige instrumenten blijven om deze boeiende tak van ons recht te beoefenen. Een commentaar bij het nieuwe art. 1322 B.W. dient m.i. dan ook deze bepaling te confronteren met die basisstructuren en basisbegrippen.

¹³³ Over de meerwaarde die meer bepaald het notariaat kan bieden t.a.v. andere certificatedienstverleners, zie J.L. SNYERS, in *Authenticiteit en informatica*, (383) 386 v.

¹³⁴ Zie hierover M. ANTOINE, D. GOBERT, A. SALAÛN, “Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance”, in *Droit des technologies de l’information. regards prospectifs*, Bruylant Brussel / CRID Namen 1999, (3) 11 v., Th. VERBIEST en E. WERY, le droit de l’internet et de la société de l’information, Larcier Brussel 2001, p. 557 v., en de stukken van de Workshop on Codes of Conduct and Labels as Tools for Consumer Protection in E-Commerce, Palma de Mallorca 23 februari 2001, via <http://www.jura.uni-muenster.de/eclip/workshop/6th/consumerprotection.htm>.