

# Langdurige bewaring van elektronische contracten met verwijzingen

Lange tijd was onzeker of langs elektronische weg voldaan kan worden aan de eis van schriftelijkheid die voor bepaalde overeenkomsten geldt. Ruim een half jaar geleden heeft de wetgever met artikel 6:227a BW (Burgerlijk Wetboek) bevestigd dat dat onder voorwaarden<sup>1</sup> het geval is; overeenkomsten die voorheen op papier moesten worden gesloten, kunnen nu ook in elektronische vorm tot stand komen. Daarbij heeft de minister erkend dat een elektronisch geschrift in combinatie met een digitale handtekening<sup>2</sup> tot een (elektronische) *onderhandse akte* kan leiden. Het 'elektronisch contract' is daarmee een volwaardig alternatief geworden voor het contract op papier. Toch kunnen op langere termijn onzekerheden rijzen.

## Vormvrijheid

Het was al mogelijk om langs elektronische weg een overeenkomst te sluiten en van deze mogelijkheid wordt, onder andere door internetwinkels, op grote schaal gebruik gemaakt. Uitgangspunt in ons recht is immers dat een overeenkomst in ieder vorm tot stand kan komen,<sup>3</sup> dus ook door een muisklik. Voor sommige overeenkomsten is evenwel een schriftelijke vorm voorgeschreven.<sup>4</sup> Dankzij artikel 6:227a BW kunnen dergelijke overeenkomsten nu ook langs elektronische weg tot stand komen. Hiermee komt Nederland tegemoet aan de Europese richtlijn inzake elektronische handel.<sup>5</sup>

---

1 Deze voorwaarden staan in artikel 6:227a lid 1 BW.

2 De digitale handtekening is de gekwalificeerde versie van de elektronische handtekening, zie Van Esch 2004.

3 Artikel 6:217 lid 1 j° 3:37 lid 1 BW. Dit uitgangspunt staat bekend als *consensualisme* of *formele contractsvrijheid*.

4 Artikel 7A:1576i lid 1 j° 1576j BW schrijft voor bijvoorbeeld huurkoop een onderhandse of authentieke akte voor.

5 *PbEG* 2000, L 178/1.

## De elektronische onderhandse akte

Van grotere betekenis lijkt echter dat artikel 6:227a in combinatie met de digitale handtekening van artikel 3:15a BW de elektronische onderhandse akte mogelijk maakt.<sup>6</sup> De onderhandse akte (hierna kortweg 'akte') is een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen.<sup>7</sup> Dat kan een contract zijn, maar ook een ondertekende brief houdende een aanbod of een aanvaarding zal doorgaans onder deze definitie vallen. Een belangrijk voordeel van de akte is dat deze tussen partijen *dwingende bewijskracht* heeft.<sup>8</sup> Dat houdt in dat de rechter (behoudens tegenbewijs) voor 'waar' moet aannemen wat ondertekenaars in de akte verklaard hebben. Dat leidt tot meer voorspelbaarheid over de uitkomst van een eventuele rechtszaak en kan daarmee voor partijen een stimulans zijn om zich aan het contract te houden.

Anders is dit bij de overeenkomst die niet is vastgelegd in een akte: komt bijvoorbeeld door een muisklik een koopovereenkomst tot stand tussen een klant en een internetwinkel, dan is de rechter vrij in de waardering van de bewijsmiddelen die door partijen worden aangedragen.<sup>9</sup> Het verloop van een rechtszaak wordt daardoor tamelijk onzeker en dat maakt het minder aantrekkelijk om nakoming van zo'n 'vormvrije' overeenkomst voor de rechter af te dwingen. Dit gebrek aan juridische zekerheid zal met name bij grotere (financiële) belangen bezwaarlijk zijn; bij de verkoop van bijvoorbeeld boeken of CD's speelt dit in mindere mate omdat het daarbij zelden tot een rechtszaak zal komen.

Vóór de invoering van artikel 6:227a BW kon alleen een contract op papier de gewenste zekerheid bieden. Om toch handel van enige betekenis te kunnen drijven via het internet werd óf vooraf een bewijsovereenkomst op papier gesloten óf werd de gesloten overeenkomst na afloop op papier bevestigd. Met de invoering van het elektronisch contract zijn deze omslachtige en tijdrovende handelingen overbodig geworden.

## Het elektronisch contract op langere termijn

Nu de elektronisch akte gelijkgesteld is aan het contract op papier, lijkt op het eerste gezicht niets meer aan elektronisch contracteren in de weg te staan. Toch kunnen met een elektronisch contract op langere termijn onzekerheden rijzen. Deze hangen samen met het vraagstuk van de *digitale duurzaamheid*. Met name bij de overheid is er al langer aandacht voor dit onderwerp, maar door de elektronische onderhandse akte is deze kwestie nu ook voor het bedrijfsleven actueel.

---

6 *Kamerstukken I* 2002/03, 27743, nr. 35, p. 10.

7 Artikel 156 lid 1 j° 3 Rv.

8 Artikel 157 lid 2 Rv; het gaat hier om de zogenaamde *materiële* bewijskracht. De partijverklaringen hebben dwingende bewijskracht. '(...) wijl de partijen ze hebben afgelegd met het doel elkander aangaande haar rechtsbetrekking een 'preuve consituée' te verschaffen en al zo over haar rechtspositie bij voorbaat een beschikking te treffen.' Boon 1988, p. 142.

9 Dit is het uitgangspunt van artikel 152 lid 2 Rv.

Veel contracten hebben nadat ze zijn nagekomen geen functie meer en vormen voor de ondernemer nog slechts een ‘administratieve last’.<sup>10</sup> Van sommige contracten is het echter wenselijk dat ze gedurende langere tijd beschikbaar blijven, omdat zich ook jaren na het sluiten van de overeenkomst nog een juridisch geschil kan voordoen. Bij deze ‘langlopende’ contracten valt te denken aan een verzekeringspolis, een onderhoudscontract, een vrijwaringsbeding of een garantiebeding. Als een dergelijk contract in elektronische vorm wordt bewaard, bestaat het risico dat het contract na verloop van tijd niet meer raadpleegbaar is of een deel van zijn bewijskracht verliest.

### **Contract is niet meer raadpleegbaar**

Om als bewijsmiddel te kunnen dienen, moet een contract raadpleegbaar zijn.<sup>11</sup> De ondernemer die tien jaar na het sluiten van een elektronisch contract een rechtszaak wil beginnen, zal dat contract aan de rechter moeten overleggen. Dat wordt lastig als de computer waarop het contract destijds bewaard werd inmiddels twee keer is vervangen. Zelfs als hij ooit een back-up gemaakt heeft op een recordable CD en zowel het medium als het bestand de tand des tijds (wonderwel) hebben doorstaan, doet zich een probleem voor als blijkt dat tien jaar na dato computers niet meer zijn voorzien van een CD-station. Als het bestand tenslotte na veel moeite op een computer staat, kan nog blijken dat de applicatie het bestand niet meer ondersteunt. In de loop der tijd zal het elektronisch contract dus regelmatig moeten worden overgezet op een nieuw medium en om het document leesbaar te maken moet het misschien ook worden geconverteerd

### **Contract is niet meer origineel**

Als het elektronisch contract eenmaal leesbaar is gemaakt, dient zich de eerste juridische vraag aan. Het overgezette elektronisch contract is een kopie – of liever gezegd een kloon – van de originele akte geworden. De vraag is, hoe dit zich verhoudt tot de regel dat de bewijskracht van een akte is gelegen in de oorspronkelijke akte.<sup>12</sup> Aangezien een digitale kopie identiek is aan haar origineel levert dit waarschijnlijk geen bezwaar op, en zal alleen een gemotiveerde betwisting van de gelijkkluidendheid ertoe leiden dat de rechter nog slechts vrije bewijskracht aan het bestand zal toekennen.<sup>13</sup>

Een conversie daarentegen kan *wel* aanleiding zijn om de gelijkkluidendheid te betwisten. Het ligt voor de hand dat de partij die zich op een geconverteerde akte beroept dan de integriteit ervan moet aantonen. Dat laatste hoeft geen probleem op te leveren, mits ter verificatie van de digitale handtekening het oorspronkelijke elektronisch contract bewaard gebleven is.

---

10 Op grond van het burgerlijk recht (art. 2:10 lid 3 BW) en het belastingrecht (art. 52 lid 4 AWR) zijn organisaties verplicht hun administratie gedurende zeven jaar te bewaren. Zie ook Lejeune 2004, p. 19.

11 Vergelijk 6:227a lid 1 sub a.

12 Artikel 160 lid 1 Rv.

## Integriteit en authenticiteit kunnen worden betwist

De authenticiteit en integriteit van een elektronisch contract worden bewezen door de digitale handtekening.<sup>14</sup> Deze is gebaseerd op de privé-sleutel van de ondertekenaar. De waarborg die deze privé-sleutel<sup>15</sup> biedt zal in de loop der jaren afnemen, aangezien de rekenkracht van computers (en daarmee de decryptiemogelijkheden) voortdurend toenemen.<sup>16</sup> Het is niet ondenkbaar dat iemand na verloop van tijd met een ‘nagemaakte’ privé-sleutel een (geantedateerd) elektronisch contract genereert. In dat geval kan noch de valsheid, noch de echtheid hiervan op basis van het elektronisch contract zelf worden aangetoond.

Het ligt voor de hand dat ondanks het ‘verlopen’ van de digitale handtekening het elektronisch contract materieelrechtelijk gewoon in stand blijft indien het destijds met een ‘geldige’ digitale handtekening is ondertekend.<sup>17</sup> Toch wordt het lastig om het bestaan van de akte aan te tonen, indien een van de partijen zijn digitale handtekening stellig ontkent.<sup>18</sup> De vraag op wie in dit geval de last rust om de echtheid van de handtekening te bewijzen, is door de wetgever of jurisprudentie nog niet beantwoord. De problematiek is van een andere aard dan bij de handgeschreven handtekening, zodat de regels die daarvoor gelden niet zonder meer kunnen worden toegepast.<sup>19</sup>

---

13 ‘Toegegeven dient te worden dat fotocopiëën in veel gevallen zo perfect lijken dat men zou kunnen spreken van een andere vorm van het oorspronkelijke stuk. (...) Daaruit volgt echter niet de conclusie van de vaste commissie dat bij overlegging van een fotocopie het opvragen van de oorspronkelijke akte steeds vexatoir zou zijn tenzij men tevens gemotiveerd beweert dat en waar er in genooid is.’ aldus de minister kort weergegeven in Wiersma & Wiersma 1988. De minister bestrijdt hier voor wat betreft de fotokopie het standpunt van de Vaste Commissie, waarbij hij als argument noemt dat, anders dan bij de authentieke akte doorgaans het geval is, er bij de onderhandse akte geen waarborgen zijn dat de fotokopie ook werkelijk betrekking heeft op het – onvervalste – origineel van de akte. Bij de elektronische akte waarvan de digitale handtekening niet verlopen is, is die waarborg er wel en daar zou het standpunt van de Vaste Commissie (dat in feite inhoudt dat de last om de vervalsing te bewijzen wordt verlegd naar degene die de echtheid van de kopie betwist) m.i. een passende oplossing zijn.

14 Authenticiteit ziet op de vraag of de akte daadwerkelijk door de partij is ondertekend; integriteit ziet op de vraag of met de akte is geknoeid. Vergeerlijk 6:227a lid 1 sub b (de wetgever gebruikt de term authenticiteit om aan te geven wat ik integriteit noem) en sub d (de wetgever spreekt van identiteit; ik noem dit authenticiteit).

15 Zowel de privé-sleutel als het hash-algoritme.

16 Een certificaat heeft om die reden slechts een beperkte geldigheidsduur. Hetzelfde doet zich voor als een privé-sleutel in verkeerde handen valt (en op de *revocation list* terechtkomt) of als de rekenkracht van computers (binnen de geldigheidsduur) ineens een grote sprong voorwaarts maakt.

17 Vergelijk Belinfante 1901, p. 58: ‘Terwijl het een noodwendig vereischte was, dat de huwende partijen waren ‘compos mentis’, werd het huwelijk toch niet ongeldig wanneer latere krankzinnigheid intrad; (...)’. In het geval van het elektronisch contract wordt m.i. niet de akte aangetast, maar slechts de bewijsbaarheid van het bestaan van die akte bemoeilijkt.

18 Als de handtekening niet zou worden aangenomen, dan komt de schriftelijkheid van het elektronisch bestand ook op de toch te staan. Het is dan immers nog maar de vraag of ‘in voldoende mate’ c.q. ‘met voldoende zekerheid’ aan de eisen van artikel 6:227a lid 1 wordt voldaan.

19 Het zonder meer toepassen van artikel 159 lid 2 Rv komt mij onredelijk voor, nu -anders dan bij de handgeschreven handtekening- de echtheid of valsheid niet kan worden vastgesteld.

**NOG AANVULLEN**

Zolang bij een elektronisch contract onduidelijk is of er sprake is van een (echte) digitale handtekening, kan m.i. het bestaan van een akte niet worden aangenomen.<sup>20</sup> Wat overblijft is een elektronisch bestand dat slechts vrije bewijswaarde heeft, met de juridische onzekerheid van dien.

## Oplossingen

Het is daarom zaak de echtheid van de (verlopen) digitale handtekening met andere middelen aannemelijk te maken dan met de handtekening zelf. Een manier om dat te bereiken is het periodiek (telkens voordat de handtekening verloopt) herondertekenen van het elektronisch contract door partijen. Dit houdt echter op indien een van de partijen dat weigert of overleden is.<sup>21</sup> Een oplossing zou kunnen zijn dat niet partijen, maar een TTP (een vertrouwde derde) het elektronisch contract periodiek herondertekent. Dit zal ertoe leiden dat partijen hun digitale handtekening redelijkerwijze niet meer kunnen ontkennen. Ondanks het feit dat de handtekeningen van partijen inmiddels op losse schroeven zijn komen te staan, zal de rechter dan wegens voldoende zekerheid<sup>22</sup> vaststellen dat er sprake is van een akte, met bijbehorende dwingende bewijskracht van de daarin vervatte verklaringen.

## Conclusie

Een elektronisch geschrift dat digitaal is ondertekend leidt tot een (elektronische) onderhandse akte. Door het verlopen van de digitale handtekening blijft de akte weliswaar bestaan, maar wordt het moeilijk om bij betwisting van de digitale handtekening het bestaan van een akte aan te tonen. Een periodieke time-stamp door een TTP kan dit proces keren. Hieraan zijn wel (telkens terugkerende) kosten verbonden. Minder ingrijpend zijn de organisatorische maatregelen die nodig zijn om het elektronisch contract raadpleegbaar te houden.

---

20 Als betwist wordt dat sprake is van een akte, dienen eerst de *prelabelle* vragen te worden beantwoord. 'Voordat de rechter aan een geschrift de bewijskracht van geschrift in het algemeen of van onderhandsche of authentieke akte in het bijzonder kan toekennen, moet dus vaststaan, dat aan de telkens aan zulk een geschrift gestelde vereisten is voldaan; zolang dat niet vaststaat, kan van bewijskracht van het stuk eigenlijk nog niet sprake zijn.', aldus Scheltema 1939, p. 350. 'Pas wanneer degene wiens handtekening onder de akte staat deze erkent of niet stellig ontkent, of wanneer de wederpartij in dat geval slaagt in het bewijs van de echtheid van die handtekening, komt de kwestie aan de orde: wat *bewijst* nu deze akte? Voordien staat immers niet vast of er wel een akte is.', aldus Pitlo 2004, p. 92.

21 Vergelijk Demoulin 2003, p. 108

22 In een civiel proces volstaat een redelijke mate van zekerheid dat de beweerde feiten en rechten in overeenstemming met de waarheid zijn. (Pitlo, *Bewijs*, 1995, p. 7). De maatstaf 'met voldoende zekerheid' komt ook terug in *Kamerstukken II* 2001/02, nr. 3, p. 52.

Al met al is het zaak de voordelen van het elektronisch contract af te wegen tegen de risico's en de kosten. In tegenstelling tot het contract op papier vereist het elektronisch contract regelmatig onderhoud. Hoe de rechter in de praktijk met het elektronisch contract en de verlopen digitale handtekening zal omgaan, zal pas over enkele jaren duidelijk worden; tot die tijd lijkt het elektronisch contract alleen voor de korte termijn voldoende zekerheid te bieden. Wie op de lange termijn geen risico wil lopen doet er daarom verstandig aan zijn overeenkomsten (ook) op papier te blijven vastleggen.

--

mr. Martijn van Valburch schreef onlangs zijn scriptie over *digitale duurzaamheid* in het notariaat. Voor verwijzingen bij dit artikel, zie <http://www.vanvalburch.nl/martijn>.

S.V., 21 december 2004

© mr. M.C.W.H. van Valburch / IT Monitor

## **Aangehaalde literatuur**

Belinfante 1901

E. Belinfante, *Ongeldigheid van rechtshandelingen*, 's-Gravenhage: Belinfante 1901.

Boon 1988

G.J. Boon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Demoulin 2003

M. Demoulin, D. Gobert, E. Montero, *Commerce électronique. De la théorie à la pratique*, Brussel: Bruylant 2003.

Van Esch 2004

R.E. van Esch, 'De Wet elektronische handtekeningen', in: *IT Monitor* 2004-1, p. 8-9.

Lejeune 2004

I. Lejeune, S. Beelen & J.-M. Cambien, 'BTW en het elektronisch bewaren van facturen - de grote stap voorwaarts?', in: *Computerrecht* 2004-5, p. 15-21.

Wiersma & Wiersma

H.W. Wiersma & K. Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijs door geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.