

Elektronisch ondertekenen in de financieringspraktijk. Een riskante onderneming?

R. van Buuren

1 Inleiding

De financieringspraktijk is een documentatie-intensieve praktijk. Een transactie van enige omvang vereist al gauw de ondertekening van tientallen documenten, waaronder uiteraard de *facility agreement*, maar ook bijvoorbeeld een *intercreditor agreement*, een achterstellingsakte, pandovereenkomsten, instapovereenkomsten, *duty of care*-overeenkomsten, *fee letters*, besluitvorming en allerlei certificaten.¹ Al deze documenten dienen uiteindelijk op *financial close* te zijn ondertekend. Vaak worden gescande PDF-kopieën van de handtekeningenpagina's vooruitlopend op de *signing date* uitgewisseld en 'in *escrow*' gehouden totdat de deal is beklonken en de handtekeningenpagina's door de begeleidende advocaten kunnen worden vrijgegeven. In toenemende mate passeren ook andere vormen van elektronisch ondertekenen de revue, zoals bijvoorbeeld ondertekening door middel van DocuSign of Adobe Sign. De originelen van de overeenkomsten met de handgeschreven handtekeningen worden in het beste geval naderhand uitgewisseld, maar dat blijft ook nogal eens achterwege. Een fysieke bijeenkomst waarbij partijen overeenkomsten met handgeschreven handtekeningen uitwisselen is bij dit soort transacties tegenwoordig een zeldzaamheid. De vraag rijst daarmee ook of, en in welke mate, de verschillende vormen van elektronisch ondertekenen aanvaardbaar zijn in de financieringspraktijk. Er zitten wel enkele haken en ogen aan. Is deze vorm van ondertekenen wel voldoende betrouwbaar? Loopt een financier extra risico bij de vestiging van zekerheden? Heeft elektronische ondertekening nog gevolgen voor de *legal opinion*?

In deze bijdrage zal ik aandacht besteden aan de onzekerheden die elektronisch ondertekenen met zich meebrengt in de financieringspraktijk. Ik zal daarbij ook ingaan op de vraag in hoeverre dit gerechtvaardigde onzekerheden zijn. Eerst zal ik aangeven wat eigenlijk de functie van de handtekening is (par. 2). Dit is nodig voor een beter begrip van de onderhavige problematiek. Daarna zal ik kort het juridisch kader van de elektronische handtekening schetsen (par. 3) en ook dieper ingaan op de verschillende vormen van elektronische ondertekening (par. 4). De hoofdvraag van deze bijdrage komt vervolgens aan de orde in paragraaf 5 en paragraaf 6: in hoeverre is de gebruikelijke vorm van ondertekenen voldoende betrouwbaar? Tot slot besteed ik aandacht aan de rol van de *legal opinion* (par. 7). De relevante jurisprudentie en wetsgeschiedenis komen uiteraard ook aan de orde. In deze bijdrage

1 Daarnaast zijn vaak notariële akten vereist voor de vestiging van een pandrecht op aandelen of een hypotheekrecht. Deze notariële akten blijven in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

R. van Buuren

ga ik steeds uit van financieringsdocumentatie die wordt beheerst door Nederlands recht.

2 De functie van de handtekening

Een rechtshandeling komt tot stand door wilsovereenstemming die zich door een verklaring openbaart (art. 3:33 Burgerlijk Wetboek (BW)). Deze verklaring is vormvrij en kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden (art. 3:37 lid 1 BW). Het plaatsen van een handtekening onder een document is op zichzelf dus geen vormvereiste voor de totstandkoming van een rechtshandeling. De wet bevat hierop uitzonderingen. Het is bijvoorbeeld een voorwaarde voor de vestiging van een bezitloos pandrecht dat partijen een authentieke of geregistreerde onderhandse akte aangaan.² In het algemeen is echter het voornaamste belang van de handtekening in het rechtsverkeer om het bestaan van de rechtshandeling eenvoudiger te kunnen bewijzen. Art. 157 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bepaalt namelijk dat een onderhandse akte dwingend bewijs oplevert tussen partijen van de inhoud van de akte. Dit wil zeggen dat de rechter verplicht is de inhoud van de onderhandse akte als waar aan te nemen.³ Een onderhandse akte is een ondertekend geschrift (art. 156 Rv). Het plaatsen van een handtekening is dus van belang om van een onderhandse akte te kunnen spreken waardoor het document dwingende bewijskracht verkrijgt. Een onderhandse akte verliest echter deze bewijskracht indien de ondertekening door een partij wordt betwist. De wederpartij dient dan de echtheid van de handtekening te bewijzen.⁴ Als hij daarin niet slaagt dan is er geen sprake van een onderhandse akte, maar van een geschrift. Een geschrift heeft vrije bewijskracht en de waardering daarvan is aan het oordeel van de rechter overgelaten (art. 152 lid 2 Rv). Het nadeel daarvan is dat de benadeelde partij dient te bewijzen dat er een overeenkomst tot stand is gekomen tussen partijen. Naast het feit dat eiser dient aan te tonen dat door de bevoegde personen is ondertekend, dient tevens duidelijkheid te worden verschaft over het document zelf. In geval van een geschil is dat niet altijd een eenvoudige opgave.

Voor een elektronisch ondertekend document is een soortgelijke regeling opgenomen in art. 156a Rv. Op grond van deze bepaling kan een onderhandse akte namelijk ook op een andere wijze dan bij geschrift worden opgemaakt (bijvoorbeeld in elektronische vorm). Ook deze akte zal nog steeds dienen te worden ondertekend (bijvoorbeeld door middel van een elektronische ondertekening). Deze bepaling noemt elektronisch ondertekende documenten weliswaar niet, maar op grond van deze bepaling kan ook een elektronisch ondertekend document een onderhandse akte zijn en kan daaraan dus dwingende bewijskracht toekomen. Er dient dan ove-

2 Zie art. 2:237 lid 1 BW en art. 2:239 lid 1 BW.

3 Op grond van art. 151 lid 2 Rv staat tegenbewijs, ook tegen dwingend bewijs, echter vrij, tenzij de wet het uitsluit. Dit geldt dus ook als de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen. Overigens zijn er nauwelijks wettelijke uitsluitingen van tegenbewijs (zie voor voorbeelden Asser Procesrecht/Asser 3, 2017/59).

4 Zie art. 159 lid 2 Rv.

rigens wel aan de daarin genoemde aanvullende voorwaarde te worden voldaan dat 'het degene ten behoeve van wie de akte is opgesteld, in staat stelt om de inhoud van de akte op te slaan op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd, en die een ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt'.

3 Het juridisch kader voor de elektronische handtekening

De wettelijke basis voor de elektronisch handtekening was aanvankelijk gebaseerd op Richtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (hierna: de Richtlijn). Het doel van de Richtlijn was om het gebruik van elektronische handtekeningen te vergemakkelijken en tot de wettelijke erkenning ervan bij te dragen. Daarnaast ging de Richtlijn verschillen in wet- en regelgeving in de diverse lidstaten op dit terrein tegen. Uiteenlopende regels voor de wettelijke erkenning van elektronische handtekeningen kunnen immers belemmeringen opwerpen voor het vrije verkeer van diensten langs elektronische weg, zo was de gedachte.⁵

Art. 5 van de Richtlijn schreef voor dat een elektronisch geavanceerde handtekening die voldeed aan de voorgeschreven normen juridisch gelijkwaardig was aan een handgeschreven handtekening en dus dezelfde rechtsgevolgen had.⁶ Aan andere elektronische handtekeningen kon verder geen rechtsgeldigheid worden ontzegd en zij konden niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures worden geweigerd, op grond van het feit dat het een elektronische handtekening was. De Richtlijn is in de Nederlandse wet geïmplementeerd door de Wet elektronische handtekeningen en opgenomen in art. 3:15a e.v. BW.⁷ Op grond van dit artikel verkreeg een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening indien de methode die daarbij gebruikt werd voor authenticatie voldoende betrouwbaar was, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval. De wetgever nam in dit artikel een algemene norm op die de rechter een grote mate van flexibiliteit bood. Dit werd nodig geacht in verband met de veelheid aan situaties waarin elektronische handtekeningen in het maatschappelijk verkeer worden gebruikt. Hiermee werd ook aangesloten bij mondiale ontwikkelingen op dit gebied.⁸

Op 1 juli 2016 is de Richtlijn ingetrokken en vervangen door Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende

5 Vergelijk ook overweging 4 van de Richtlijn.

6 De eisen waaraan de geavanceerde elektronische handtekening als bedoeld in art. 5 lid 1 van de Richtlijn moest voldoen, stonden in art. 2 lid 2, 6 en 10 van de Richtlijn. Mede door de verwijzing naar de bijlagen I, II en III van de Richtlijn ging het in totaal om ongeveer dertig vereisten.

7 Wet van 8 mei 2003, Stb. 2003, 199.

8 De in art. 3:15a BW opgenomen implementatie van de Richtlijn was gemodelleerd naar de Model Law on Electronic Commerce (1996) dat een soortgelijke regeling bevat. Ook veel andere geïndustrialiseerde landen buiten de Europese Unie hebben zich hierdoor laten inspireren. Zie ook Kamerstukken II 2000/01, 27743, nr. 3, p. 4.

R. van Buuren

elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van richtlijn 1999/93/EG (eIDAS-Verordening). De eIDAS-Verordening beoogt de verworvenheden van de Richtlijn te versterken en uit te breiden. Naast een verdere invulling van de elektronische ondertekening, voorziet de eIDAS-Verordening, onder andere, ook in een gemeenschappelijke grondslag voor veilige interactie tussen burgers, bedrijven en overheden. Zo bevat de eIDAS-Verordening ook regels met betrekking tot eID's.⁹

De terminologie is in de eIDAS-Verordening aangepast, hetgeen nogal eens tot misverstanden kan leiden: de term gekwalificeerde elektronische handtekening is geïntroduceerd en dit is de betrouwbaarste elektronische handtekening. Voorheen was dit de geavanceerde elektronische handtekening. Dit begrip is in de eIDAS-Verordening gereserveerd voor een andere, iets lager gekwalificeerde vorm van elektronische handtekeningen.

De eIDAS-Verordening heeft rechtstreekse werking en deze bepalingen zijn toepasselijk in alle lidstaten. Er was wel een aanpassingswet nodig om onder meer het Burgerlijk Wetboek, de Algemene Wet Bestuursrecht en de Telecommunicatiewet in lijn met de eIDAS-Verordening te brengen.¹⁰ De elektronische handtekening is daarbij nagenoeg geheel uit het BW gehaald en men zal daarvoor dus in de eIDAS-Verordening moeten kijken.

De marktbehoefte en de technologische ontwikkelingen zijn sinds de inwerking-treding van de eIDAS-Verordening geëvalueerd. Een verdere harmonisatie voor een digitale identiteit en de beveiliging en controle daarvan maken aanpassingen van de eIDAS-Verordening noodzakelijk. Het Europees Parlement heeft op 3 juni 2021 een voorstel voor een verordening tot wijziging van de eIDAS-Verordening gepubliceerd.¹¹ De Europese Commissie beoogt hiermee burgers, andere ingezetenen en bedrijven toegang te geven tot een 'digitale portemonnee'. De persoonsgegevens uit de digitale portemonnee kunnen onder meer worden gedeeld met derden en worden gebruikt als authenticatie voor de toegang tot online of offline diensten in de Europese Unie (EU). Deze digitale identiteit moet rond 2030 gereed zijn en burgers en bedrijven in staat stellen in de gehele EU makkelijk en met respect voor privacy (online) diensten te kunnen benutten. Alle aspecten van de digitale identiteit (en controle en beveiliging daarvan) worden hierin opgenomen. Het idee is dat burgers, andere ingezetenen en ondernemingen zich online op een veilige, gemakkelijke en uniforme manier in de gehele EU kunnen identificeren om toegang tot publieke en particuliere diensten te krijgen. Dit voorstel betreft dus een uitbreiding van de harmonisatie van de digitale identiteit. De regeling van de elektronische handtekening wijzigt hier niet mee en ik zal daarom dit voorstel verder niet behandelen in deze bijdrage.

9 Met een eID kan een burger inloggen bij de online portalen van (semi)publieke diensten, zoals de Belastingdienst. Een voorbeeld van een eID's is de door de Nederlandse overheid uitgegeven DigiD.

10 Wet van 21 december 2016, inwtr. 23 februari 2017 (Stb. 2017, 13, inwtr. Stb. 2017, 81).

11 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU) nr. 910/2014 betreffende een Europees kader voor een digitale identiteit.

4 Wat is elektronische ondertekening

De wet kent drie vormen van elektronische ondertekening die zich onderscheiden in een toenemende mate van betrouwbaarheid en daarmee gepaard gaande waarborgen. Dat zijn de *elektronische handtekening*, de *geavanceerde elektronische handtekening* en de *gekwalficeerde elektronische handtekening*. Ik bespreek hieronder deze drie verschillende soorten van elektronische handtekeningen. Deze handtekeningen bouwen op elkaar voort: de elektronische handtekening maakt onderdeel uit van de andere twee elektronische handtekeningen. De geavanceerde elektronische handtekening is een onderdeel van de gekwalficeerde elektronische handtekening.

- a *de elektronische handtekening*: de eIDAS-Verordening definieert die als gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm, en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen.¹² Dit kan van alles zijn, zoals een scan van een handgeschreven handtekening (zie hierover verderop in deze bijdrage), een getypte naam onder een e-mail of onder een mailing.
- b *de geavanceerde elektronische handtekening*: een elektronische handtekening is een geavanceerde elektronische handtekening indien zij voldoet aan de volgende eisen: (1) zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden, (2) zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren, (3) zij is tot stand gekomen met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden, en (4) zij is op zodanige wijze aan de ondertekende gegevens verbonden dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord.¹³ Het verschil met de gewone elektronische handtekening is dat de identiteit van de ondertekenaar op enig moment wordt gecontroleerd. In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet elektronische handtekeningen werd opgemerkt dat de ‘digitale handtekening’ een veel gebruikte techniek voor het aanmaken van een geavanceerde elektronische handtekening is en werd uiteengezet hoe deze digitale handtekening tot stand komt.¹⁴ Kort gezegd komt dat erop neer dat de ondertekenaar het te verzenden bericht versleutelt met een (geheime) private sleutel. Dit levert een bericht op dat bestaat uit een reeks getallen, die pas leesbaar wordt na ontcijfering. De ontvanger van dit bestand kan slechts met de bijbehorende publieke sleutel verifiëren of het bericht ongewijzigd is en afkomstig is van de bezitter van de desbetreffende private sleutel. Met alleen kennis van de publieke sleutel kan geen versleuteld bericht worden gemaakt.¹⁵
- c *de gekwalficeerde elektronische handtekening*: een gekwalficeerde elektronische handtekening wordt op dezelfde manier beveiligd als een geavanceerde elektronische handtekening, maar er gelden strengere eisen wat betreft het sleutelbeheer. De gekwalficeerde elektronische handtekening is een geavanceerde

12 Zie art. 3 onder 10 eIDAS-Verordening.

13 Zie art. 3 onder 11 eIDAS-Verordening.

14 Kamerstukken II 2000/01, 27743, nr. 3, p. 2. Wetvoorstel ter uitvoering van Richtlijn 1999/93/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (de voorloper van de eIDAS-Verordening).

15 Vergelijk ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Vermogensrecht, art. 3:15a BW, aant. 6.2.

R. van Buuren

elektronische handtekening aangemaakt met een gekwalificeerd middel en gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat.¹⁶ Het gekwalificeerde certificaat wordt uitgereikt door een gekwalificeerde vertrouwensdienst. Deze vertrouwensdiensten staan onder publiekrechtelijk toezicht en dienen aan specifieke technische en procedurele eisen te voldoen. Een gekwalificeerde vertrouwensdienst kan de specifieke ondertekenaar koppelen aan de handtekening en achterhalen of de handtekening nog geldig is op het moment van tekenen. Elke lidstaat kent een zogenoemde vertrouwenslijst waarop de weinige partijen staan die hiervoor gecertificeerd zijn.¹⁷ Daarbij geldt dat wanneer een elektronische handtekening in één lidstaat op een gekwalificeerd certificaat is gebaseerd, deze ook in de andere lidstaten als gekwalificeerde elektronische handtekening wordt erkend.¹⁸ Een gekwalificeerde elektronische handtekening is onder meer te herkennen aan het feit dat het certificaat is afgegeven als een *'qualified certificate for electronic signature'*.¹⁹ Op het moment van schrijven zijn er 227 gekwalificeerde vertrouwensdiensten voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen gecertificeerd.²⁰

Ingevolge art. 25 lid 2 eIDAS-Verordening wordt in ieder geval een gekwalificeerde handtekening onder alle omstandigheden gelijkgesteld aan een handgeschreven handtekening. De Nederlandse wet vult de eIDAS-Verordening aan met art. 3:15a BW waarin is geregeld dat eenzelfde gelijkstelling ook geldt voor andere, niet gekwalificeerde elektronische handtekeningen indien deze voldoende betrouwbaar zijn, gelet op het doel en de omstandigheden van het geval. Er kan dus niet in het algemeen worden vastgesteld of een bepaalde elektronische handtekening voldoende betrouwbaar is. Er moet altijd worden gekeken naar de concrete toepassing (het doel en de omstandigheden van het geval). Uit de wetsgeschiedenis volgt dat voor bepaalde transacties alleen een gekwalificeerde elektronische handtekening in voldoende mate betrouwbaar zal worden geacht, terwijl voor andere transacties een gewone elektronische handtekening zal volstaan. Tussen deze beide uiteinden bevindt zich een glijdende schaal, waarbij de elektronische handtekening met meer waarborgen zal moeten worden omgeven naarmate het belang van de rechtshandeling toeneemt. Bij de beoordeling van het belang van de rechtshandeling zullen partijen naar verwachting meer rekening houden met de hoogte van de economische waarde die met die rechtshandeling is gemoeid.²¹ De wetgever geeft geen aanwijzingen wanneer een gewone elektronische handtekening of een geavanceerde elektronische handtekening aan de open norm van art. 3:15a BW voldoet. Er wordt hier rekening gehouden met de voortschrijdende technologische ontwikkelingen.²²

16 Zie art. 3 onder 12 eIDAS-Verordening.

17 Zie het EU Trust Services Dashboard: <https://esignature.ec.europa.eu/efda/tl-browser/#/screen/home>.

18 Zie art. 25 lid 3 eIDAS-Verordening.

19 Zie annex I eIDAS-Verordening.

20 Waarvan acht Nederlandse partijen (d.d. 19 september 2022).

21 Kamerstukken II 2001/02, 27743, nr. 6, p. 2.

22 Vergelijk ook de soortgelijke opmerking in dit verband in Kamerstukken II 2015/16, 34413, nr. 3, p. 2.

Het is dus aan de rechter om deze open normen verder in te vullen. De rechtspraak op dit punt is tot dusver beperkt en bestaat veelal uit lagere rechtspraak.

De status van de verschillende vormen van elektronische ondertekening is vooral van belang in verband met de bewijskracht. Indien de overeenkomst wordt ondertekend door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening of een andere vorm van elektronisch ondertekenen die aan de open norm van art. 3:15a BW voldoet, dan is deze overeenkomst een onderhandse akte en levert zij dus dwingend bewijs op.²³

5 De status van een PDF-scan en ondertekening met DocuSign

Partijen wisselen in veel gevallen, al dan niet via de begeleidende advocaten, een gescande versie van de door hen getekende overeenkomsten uit.²⁴ Een PDF-scan van een handgeschreven handtekening kwalificeert als een gewone elektronische handtekening. In de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie wordt deze vorm van ondertekenen ook als zodanig erkend.²⁵

Een andere veel voorkomende methode is ondertekening via DocuSign of Adobe Sign. Het gaat hier niet om één vaststaande methode van elektronisch ondertekenen. DocuSign en AdobeSign kennen verschillende vormen van ondertekening, variërend van de gewone elektronische handtekening tot de gekwalificeerde elektronische handtekening.²⁶ Een veel voorkomende manier van ondertekenen is de *two-factor authentication*. De ondertekenaar ontvangt dan een SMS-code of een e-mail met een link naar de overeenkomst die dient te worden ondertekend. De ondertekenaar kan deze overeenkomst vervolgens ondertekenen door met de muis, op een touchscreen of op een andere manier een naam op te geven of een handtekening te plaatsen. De ondertekening via een *two-factor authentication* van DocuSign of Adobe Sign is vooral in de lagere rechtspraak meermaals aan de orde gekomen.²⁷ Het draaide daarbij herhaaldelijk om de vraag of de handtekening on dubbelzinnig naar de beoogd ondertekenaar kon worden herleid. In de eerste plaats volgt uit deze jurisprudentie dat *two-factor authentication* geen geavanceerde elektronische ondertekening is, maar ook een vorm van gewone elektronische ondertekening. De rechter kwam bij ondertekening met behulp van een telefonische verificatie waarbij een code per SMS naar het opgegeven telefoonnummer werd verzonden namelijk herhaaldelijk tot de conclusie dat niet onomstotelijk kon worden vastgesteld dat de ondertekenaar ook werkelijk was geïdentificeerd. Het is on-

23 Zie art. 156a en 157 lid 2 Rv.

24 Dit geldt uiteraard niet voor notariële akten die door de notaris worden gepasseerd al dan niet op basis van een (notariële) volmacht.

25 Kamerstukken II 2006/07, 30815, nr. 3, p. 14-15, Kamerstukken I 2008/09, 31358, C, p. 6 en bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9529 en, zij het enigszins impliciet, HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957.

26 Zie bijvoorbeeld www.docusign.nl/producten/elektronische-handtekening.

27 Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817 en Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242.

R. van Buuren

voldoende gebleken dat het telefoonnummer waarop de betreffende codes werden ontvangen ter uitsluitende beschikking van de betreffende ondertekenaars stonden. Verificatie via een SMS-code is derhalve geen gegeven dat de ondertekenaar ‘met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken’, aldus, herhaaldelijk, de rechtbank. Er was daarmee niet voldaan aan de voorwaarde van een geavanceerde elektronische handtekening als opgenomen in art. 26 sub c eIDAS-Verordening.

Het gebruik van de gekwalificeerde elektronische handtekening is weliswaar in opkomst, maar komt minder vaak voor. De drempel daarvoor lijkt simpelweg nog te hoog: het authenticeren van de ondertekenaars bij deze vorm van ondertekenen is minder toegankelijk.

6 Is de gewone elektronische handtekening voldoende betrouwbaar?

Een PDF-scan of een met DocuSign of Adobe Sign ondertekende overeenkomst is dus een gewone elektronische handtekening. Deze heeft alleen dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening indien ze voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval (art. 3:15a BW). De betrouwbaarheid van een PDF-scan behoeft bijzondere aandacht, want de handtekeningenpagina’s kunnen relatief eenvoudig worden gekopieerd op andere documenten dan degene die de ondertekenaar werkelijk beoogt te ondertekenen. De rechter heeft bij de ondertekening van een koopovereenkomst voor een woning al eens expliciet geoordeeld dat een gescande handtekening een onbetrouwbare methode is. De ingescande handtekeningen en de parafen waren in dat geval onder de betreffende overeenkomst ‘geplakt’ waarbij de beoogd ondertekenaar ontkende dat hij zijn handtekening en parafen zelf onder de overeenkomst had gezet.²⁸ In de rechtspraak is verder herhaaldelijk geoordeeld dat *in die specifieke casus* de gewone elektronische handtekening niet voldoende betrouwbaar was.²⁹ Dit betrof overeenkomsten op grond waarvan grote geldbedragen konden worden overgemaakt, zoals een factoringsovereenkomst of een overeenkomst van borgtocht. Toch was de casus in die gevallen steeds anders dan waar het hier over gaat.

Het is naar mijn mening zeer verdedigbaar dat in de financieringspraktijk ‘de omstandigheden van het geval’ een PDF-scan als voldoende betrouwbaar kunnen kwalificeren.³⁰ Er moet dan wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan waarmee tegemoet wordt gekomen aan de punten waardoor de rechter de gewone elektronische

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

29 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 11 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8755, Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817 en Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242.

30 Ik beperk mij hoofdzakelijk tot de uitwisseling van PDF-scans, maar hetzelfde gaat op voor ondertekening via DocuSign of Adobe Sign voor zover dat ook kwalificeert als gewone elektronische ondertekening.

ondertekening in de eerder genoemde jurisprudentie als onvoldoende betrouwbaar aanmerkte.³¹

In de eerste plaats zullen partijen moeten overeenkomen dat zij een PDF-scan als voldoende betrouwbaar kwalificeren. In de memorie van toelichting bij art. 3:15a BW merkt de minister op dat het partijen vrijstaat afspraken te maken over het betrouwbaarheidsniveau van gewone en geavanceerde elektronische handtekeningen.³² De partijafpraak is een omstandigheid die in aanmerking wordt genomen bij het oordeel over de betrouwbaarheid van de methode die bij ondertekening is gebruikt, aldus de memorie van toelichting.³³ Partijen kunnen dus contractueel afwijken van de eisen die zijn gesteld aan de gewone en de geavanceerde elektronische handtekening en, bijvoorbeeld, een hoger of een lager veiligheidsniveau overeenkomen. Onder het oude recht was de wijze waarop dit overeengekomen kon worden vormvrij.³⁴ Er is geen reden om aan te nemen dat dit onder de huidige regeling anders is.

In veel financieringstransacties maken partijen impliciet of expliciet deze afspraken bij de afstemming van de *signing* instructies waarin wordt aangegeven dat partijen PDF-exemplaren van de overeenkomsten zullen retourneren aan de coördinerende advocaat. De rechter kan hierbij naar mijn mening niet makkelijk voorbijgaan aan de afspraken die partijen hebben gemaakt over de wijze van ondertekening. Dit geldt zeker bij professionele partijen die een financieringsovereenkomst aangaan en zijn bijgestaan door juridische adviseurs. Er vinden in dat geval doorgaans een hele reeks *checks and balances* plaats rondom de ondertekening. Partijen hebben elkaar verder voorafgaand aan de ondertekening van de overeenkomsten veelvuldig (virtueel) ontmoet in het kader van de onderhandelingen over de voorwaarden van de financiering. Er wordt verder pas tot ondertekening overgegaan nadat alle partijen schriftelijk *sign-off* hebben gegeven op de documentatie en er dus geen misverstand meer kan zijn over de vraag welke overeenkomsten partijen op welk moment wensen aan te gaan. De begeleidende advocaten controleren verder de identiteit van de ondertekenaars. Zij gaan na of de feitelijke ondertekenaars bevoegd zijn de geldnemer te vertegenwoordigen, op basis van statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid of op basis van een volmacht.³⁵ De advocaten ontvangen daarnaast ook een voorbeeld van de handtekening van degenen die bevoegd zijn de

31 Zie, onder andere, de uitspraken die zijn genoemd in voetnoot 29.

32 De eIDAS-Verordening laat het bepalen van de rechtsgevolgen van beide categorieën elektronische handtekeningen aan de lidstaten (zie overweging 49 en art. 25 van de eIDAS-Verordening) en laat daarmee ruimte voor afspraken tussen partijen op dit terrein. Dit geldt niet voor de gekwalificeerde elektronische handtekening aangezien de eIDAS-Verordening het rechtsgevolg daarvan bepaalt.

33 Kamerstukken II 2015/16, 34413, nr. 3, p. 63.

34 Kamerstukken I 2002/03, 27743, nr. 35, p. 9.

35 Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817 waarin de rechter opmerkte dat het verificatieproces vooral ziet op de contracterende onderneming en in mindere mate op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de afsluiter (r.o. 4.6).

R. van Buuren

vennootschap te vertegenwoordigen.³⁶ De handtekening onder aan de overeenkomst dient identiek te zijn aan de handtekening die de ondertekenaar in het *director certificate* en kopie legitimatiebewijs heeft verstrekt.³⁷ De hele transactie, en ook de ondertekening, wordt door de betrokken advocaten van alle partijen dus met de grootst mogelijke zorgvuldigheid begeleid en gecheckt.³⁸

Bij een geschil zal de rechter toetsen aan de norm van art. 3:15a BW, dus of de methode van ondertekening voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens worden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval. In de rechtspraak is daarbij herhaaldelijk geoordeeld dat *in die specifieke casus* de gewone elektronische handtekening niet voldoende betrouwbaar was.³⁹ Het ontbrak in de onderliggende casussen echter steeds in meer of mindere mate aan de bovengenoemde *checks and balances*. Dit is vaak het geval bij kleinere financieringen. Er wordt dan vaak gebruikgemaakt van (niet onderhandelbare) standaardleningsdocumentatie, partijen ontmoeten elkaar dan niet of nauwelijks en worden doorgaans niet, of slechts beperkt, bijgestaan door juridische adviseurs.

In de jurisprudentie is vaak opgemerkt dat bij gewone elektronische ondertekening zonder de beschikbaarheid over de originelen met de handgeschreven handtekeningen niet ondubbelzinnig kan worden vastgesteld dat de ondertekenaar ook werkelijk de handtekening onder de betreffende overeenkomst heeft gezet.⁴⁰ Het plakken en knippen maakt verwisselen van de handtekeningen eenvoudig, en de betrouwbaarheid dus laag. Ook een telefonische verificatie met een SMS-code biedt onvoldoende zekerheid dat de juiste persoon ook werkelijk heeft getekend. Het zal zelden ondubbelzinnig blijken dat het telefoonnummer waarop de betreffende code werd ontvangen ter uitsluitende beschikking van de ondertekenaar stond. Een digitale tekensessie zou de betrouwbaarheid van de gewone elektronische handtekening aanzienlijk vergroten, maar dat is onpraktisch in verband met de veelheid aan documenten. Deze onzekerheid gaat naar mijn mening niet op bij

36 Deze voorbeeldhandtekening kan worden verstrekt door middel van een kopie van het paspoort van de vertegenwoordigingsbevoegde, maar vaak wordt dit ook expliciet opgenomen in een afzonderlijk document (bijvoorbeeld het *management certificate*).

37 In een procedure aangespannen door Van Ganswinkel stond de vraag centraal of een overeenkomst met DocuSign was ondertekend. De gedaagde stelde dat hij geen overeenkomst had ondertekend. Het argument waar de rechter het meest gewicht aan toekent, houdt in dat de op de documenten opgenomen handtekening niet lijkt op de handtekening op de identiteitskaart van gedaagde. Zie Rb. Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6370.

38 Analooq hieraan kan worden gekeken naar de rechtspraak omtrent de taalkundige uitleg van overeenkomsten. Het vraagstuk is weliswaar een compleet andere, maar ook hier liet de rechter meewegen dat het (1) een commerciële overeenkomst betrof, (2) die was aangegaan door professionele partijen die zich hadden laten bijstaan door professionele adviseurs. Zie bijvoorbeeld HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178 (Meyer Europe /Pontmeyer), HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909 (Derksen Homburg) en HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (Coface Intergamma).

39 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 11 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8755, Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817 en Rb. Rotterdam 18 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3242.

40 Zie, onder andere, de uitspraken die zijn genoemd in voetnoot 29.

de grotere financieringstransacties. De partijafspraken over de betrouwbaarheid van de tekenprocedure, de voorbereiding, de intensieve betrokkenheid van alle partijen (inclusief de adviseurs) en de transparantie van het gehele onderteekingsproces laten weinig twijfel over de vraag of de juiste persoon ook daadwerkelijk de documentatie heeft ondertekend. Deze intensieve begeleiding biedt meer zekerheid dan een SMS-code. Het is moeilijk denkbaar dat een overeenkomst door een andere persoon dan de bevoegd ondertekenaar wordt ondertekend. Het zijn deze factoren die *onder deze omstandigheden* een gewone elektronische onderteekening voldoende betrouwbaar maken. Bij een intensief proces als dit zouden er juist bijkomende omstandigheden moeten zijn die twijfel oproepen over de betrouwbaarheid omtrent de onderteekening. Een reële aanwijzing dat mogelijk sprake is van valsheid in geschrifte lijkt mij een bijkomende omstandigheid.

Volgens de parlementaire geschiedenis zal een elektronische handtekening met meer waarborgen moeten worden omkleed, 'naarmate het belang van de rechtshandeling toeneemt'.⁴¹ Het voorbeeld dat daarbij wordt genoemd is dat bij de koop van een boek of een cd langs elektronische weg doorgaans met het gebruik van een gewone elektronische handtekening kan worden volstaan. Bij grotere transacties, zoals de koop van een huis of een auto langs elektronische weg zal dan eerder gebruik worden gemaakt van een elektronische handtekening die met de meeste waarborgen is omgeven. In de parlementaire geschiedenis werd hier echter een verwachting uitgesproken. Ik zou menen dat ook een gewone elektronische onderteekening met zoveel waarborgen kan worden omkleed dat deze vorm van ondertekenen als voldoende betrouwbaar kwalificeert bij grotere financieringstransacties.

Wat nu als de gewone elektronische onderteekening ook met deze omstandigheden van het geval bij een grote financieringstransactie desondanks toch als onvoldoende betrouwbaar zou worden aangemerkt? De elektronische handtekening heeft in dat geval niet dezelfde rechtsgevolgen als de handgeschreven handtekening. De documenten die aldus zijn ondertekend hebben dus geen bijzondere bewijskracht: ze kwalificeren niet als een onderhandse akte. Een geschil over de overeenkomst zou de eisende partij wellicht een aanzienlijke bewijslast opleveren, ook over de vraag of de overeenkomst wel rechtsgeldig is ondertekend. Toch wordt de soep bij een financieringstransactie niet zo heet gegeten. Het aangaan van de financieringsdocumentatie wordt namelijk zelden tot nooit betwist. De rechten en verplichtingen van de leningsdocumentatie worden na onderteekening nageleefd: de lening wordt verstrekt, rente en aflossingen worden voldaan en de *information undertakings* worden nagekomen. Mocht de gewone elektronische onderteekening van de leningsovereenkomst toch niet voldoen aan de normen van art. 3:15a BW dan blijkt de wilsovereenstemming van partijen naar mijn mening uit de naleving van de gemaakte afspraken.⁴² De naleving van de leningsovereenkomst is een omstan-

41 Kamerstukken II 2001/02, 27743, nr. 6, p. 2.

42 Er zal vaak geen sprake zijn van bekrachtiging op grond van art. 3:69 lid 1 BW. Dit artikel veronderstelt dat duidelijk is wie als pseudogevolmachtigde optreedt. In casu is dat echter vanwege de onbetrouwbaarheid van de onderteekening meestal niet duidelijk.

R. van Buuren

digheid die ook hoort mee te wegen bij de beoordeling (ex post) van de betrouwbaarheid van de elektronische handtekening.

Hoe zit het met een garantie of onderhandse zekerheden? Het risico is groter bij partijen die verder van de transactie afstaan. Dit geldt bijvoorbeeld voor een partij die alleen een borgtocht of een garantie afgeeft. Deze partijen hebben zich in het recente verleden met succes op het standpunt gesteld dat zij geen overeenkomst zijn aangegaan. De gewone elektronische handtekening werd in die gevallen als onvoldoende betrouwbaar gekwalificeerd.⁴³ De jurisprudentie had echter betrekking op relatief eenvoudige transacties waarbij partijen elkaar niet kenden en vrijwel niet hebben onderhandeld voor de ondertekening van de betreffende overeenkomsten. Veel zal dus afhangen van de vraag in hoeverre bovengenoemde argumenten toepasselijk zijn op de borgtocht of de garantie. Het argument dat wilsovereenstemming blijkt uit de naleving van de overeenkomst gaat bij een borgtocht of garantie naar mijn mening niet op aangezien er doorgaans pas een verplichting voor de borg of garantiegiver ontstaat indien een beroep op de borgtocht of garantie wordt gedaan. Dat zal vaak vele jaren later zijn en in die situatie zal de borg of garantiegiver iedere kans aangrijpen om onder zijn verplichtingen uit te komen.

De gewone elektronische handtekening levert ook bij aangaan van een onderhandse pandakte een extra risico op. Een pandrecht komt tot stand bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte.⁴⁴ Indien deze niet rechtsgeldig is ondertekend dan is er geen sprake van een onderhandse akte en dan is dus niet voldaan aan een van de voorwaarden voor de totstandkoming van het pandrecht.⁴⁵ Er komt dan dus geen pandrecht tot stand en dit kan niet worden verholpen door de blijk van wilsovereenstemming na de (vermeende) ondertekening.⁴⁶ Het wachten is op de eerste curator die dit in een faillissement gaat testen en de financier zo onder druk gaat zetten.

Het verdient dan ook aanbeveling om na ondertekening *altijd* de originelen van de ondertekende documenten met een handgeschreven handtekening uit te wisselen. Er is weliswaar veel voor te zeggen dat bij een financieringstransactie van enige omvang toch sprake is van een gewone elektronische handtekening die voldoende betrouwbaar is, maar helemaal zeker is dat niet. De financier loopt dan bovendien een risico dat er geen onderhandse zekerheden blijken te zijn gevestigd.

7 De legal opinion

De advocaat van de financier geeft doorgaans een *legal opinion* af waarin hij bevestigt dat de ondertekening van de financieringsdocumentatie volledig en correct is

43 Zie Rb. Amsterdam 11 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8755 en Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817.

44 Art. 2:237 lid 1 en 2:239 lid 1 BW.

45 Art. 156 en 156a Rv.

46 Zie ook Asser/Van Mierlo & Krzeminsky 3-IV 2020/27.

(de *validly signed opinion*). De *legal opinion* neemt de onzekerheid over de vraag of de ondertekenaar ook werkelijk de overeenkomst heeft ondertekend echter niet weg. De *legal opinion* gaat over de juridische realiteit, en de juistheid van feitelijkheden ligt veelal buiten de onderzoeksmacht van de advocaat. De juistheid daarvan kan derhalve worden aangenomen in *assumptions*.

Het is een gangbare *assumption* dat de handtekeningen onder de overeenkomst ook werkelijk door de ondertekenaar zijn gezet of dat hij daarmee heeft ingestemd (de *genuineness of signatures assumption*). De opiniegever dekt zich hiermee in tegen valsheid in geschrifte. Eerder kwam al aan de orde dat in veel gevallen niet ondubbelzinnig kan worden vastgesteld dat de ondertekenaar ook werkelijk de handtekening heeft gezet. De opinie gaat hier dus aan voorbij. Het betreft hier een feitelijke aangelegenheid die alleen door een advocaat zou kunnen worden nagegaan indien hij van de fysieke ondertekening getuige is geweest, hetgeen tegenwoordig nog maar zelden voorkomt. Deze *assumption* is echter volstrekt gebruikelijk en wordt opgenomen zowel bij handgeschreven handtekeningen als elektronische handtekeningen. Voulon en Van Balen zijn van mening dat een dergelijke *assumption* onwenselijk is bij elektronische ondertekening met behulp van DocuSign of AdobeSign. De risico's die deze *assumption* afdekt, zijn bij een handgeschreven handtekening niet hetzelfde als bij een elektronische handtekening: een handgeschreven handtekening kan door een deskundige na onderzoek worden gerelateerd aan een bepaalde persoon. Een DocuSign-handtekening kan slechts worden gerelateerd aan alle personen die toegang hadden tot de telefoon waarmee de SMS-code werd verstuurd of het e-mailbericht waarmee de uitnodiging tot ondertekening werd verzonden.⁴⁷ Dit is vanuit het perspectief van de geadresseerde van de *legal opinion* inderdaad onwenselijk, maar het betreft een feitelijke aangelegenheid die niet door de opiniegever kan worden geverifieerd. Ik ben het eens met Voulon en Van Balen dat deze *assumption* een grotere onzekerheid afdekt dan bij handgeschreven handtekeningen en dat is voor de financier inderdaad onwenselijk.

Van belang bij ondertekening door middel van een gewone elektronische handtekening of een geavanceerde elektronische handtekening is verder of voor deze beide vormen van elektronische ondertekening de methode voor ondertekening voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval. Het gebrek aan handvatten van de wetgever op dit punt en de beperkte jurisprudentie hierover zal de advocaat noodzaken tot een conservatieve inschatting. De *legal opinion* zal daarom een voorbehoud maken bij de *validly signed* opinie, bijvoorbeeld door de kwalificatie op te nemen dat geen uitspraak wordt gedaan over de vraag of sprake is van voldoende betrouwbaarheid. De financier krijgt op dit punt dus geen uitsluitsel. Het risico voor de financier is echter beperkt, zoals ik hierboven al aangaf. Een dergelijke kwalificatie wordt doorgaans dan ook geaccepteerd.

47 Zie hierover ook S. van Balen & M. Voulon, De elektronische handtekening. Tekent de ondertekenaar zelf?, AA 2020/1164.

R. van Buuren

8 Conclusie

De meest voorkomende vormen van elektronische ondertekening in de financieringspraktijk, de uitwisseling van PDF-scans of ondertekening via DocuSign, kwalificeren als een vorm van gewone elektronische ondertekening. Het is zeer verdedigbaar dat bij grote financieringen ‘de omstandigheden van het geval’ met zich meebrengen dat deze vorm van gewone elektronische ondertekening met voldoende waarborgen is omgeven zodat deze ondertekening voldoende betrouwbaar is. Partijen moeten dan wel overeenkomen dat zij deze manier van ondertekenen ook als voldoende betrouwbaar kwalificeren. De intensiteit van de transactie, het feit dat sprake is van professionele partijen en de vele *checks and balances*, maken de gewone elektronische handtekening in deze omstandigheden naar mijn mening voldoende betrouwbaar. Deze intensieve betrokkenheid waarborgt namelijk voldoende dat een PDF-scan tot de tot ondertekening bevoegde persoon is te herleiden.

De wetgever laat zich er echter niet over uit en de rechtspraak daarover is beperkt. Er blijft dus enige onzekerheid bestaan op dit punt. Dit leidt tot risico's die een financier niet hoort te nemen. De gevolgen zijn voor de leningsovereenkomst zelf nog te overzien: het aangaan van de financieringsdocumentatie staat zelden of nooit ter discussie en de naleving van de leningsovereenkomst door partijen levert naar mijn mening voldoende bewijs op dat sprake is van wilsovereenstemming. Bij een garantie, een borgtocht en een stil of bezitloos pandrecht zijn de risico's voor de financier groter. De wilsovereenstemming wordt bij een garantie of een borgtocht pas getest op het moment dat een beroep op de borgtocht of de garantie wordt gedaan, vaak vele jaren later en in een situatie dat een borg of garantieggever er graag onder uit zou willen. Een pandrecht komt tot stand bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Indien de elektronische handtekening niet als voldoende betrouwbaar wordt gezien is dus geen sprake van een onderhandse akte en dan is niet voldaan aan een van de voorwaarden voor de totstandkoming van het pandrecht. Een financier zou dit risico niet moeten willen lopen aangezien iedere curator dit onmiddellijk ter discussie zal stellen in een faillissement van de pandgever.

De *legal opinion* biedt minder zekerheid voor de geadresseerde bij de *validly signed* opnie. De onzekerheid dat de ondertekenaar ook werkelijk heeft getekend is een feitelijke aangelegenheid die de advocaat meestal niet zal willen bevestigen, ondanks de intensieve betrokkenheid. Ook over de vraag of een manier van elektronisch ondertekenen als voldoende betrouwbaar kan worden aangemerkt zal de advocaat zich niet uitlaten. De wet en jurisprudentie bieden daarvoor te weinig houvast.

Het verdient vanuit het perspectief van de financier aanbeveling om de risico's bij gewone elektronische ondertekening verder te matigen. Een gekwalificeerde elektronische ondertekening zou aan alle onzekerheid een einde maken. Ik vrees echter dat dit nog een brug te ver is. Het verdient aanbeveling dat partijen overeenkomen dat zij de gewone elektronische ondertekening als voldoende betrouwbaar be-

Elektronisch ondertekenen in de financieringspraktijk. Een riskante onderneming?

schouwen in deze omstandigheden. Uiteraard zouden ook originelen moeten worden uitgewisseld, zeker van de zekerheden. Hoe dan ook, de betrouwbaarheid van de gewone elektronische ondertekening blijft nog wel even ter discussie staan. Deze vorm van ondertekening blijft vanuit het standpunt van de financier, ook bij de grote financieringspraktijk, minder waterdicht dan de handgeschreven handtekening of de gekwalificeerde elektronische handtekening. Er is eerst meer inzicht van de wetgever of de rechtspraak nodig over de invulling van de open norm van art. 3:15a BW voordat aan alle onzekerheid een einde komt. De financier zou zich daar in de praktijk meer rekenschap van moeten geven.