

## Vrij verkeer van diensten

| Besluiten EU

### De richtlijn elektronische handtekeningen

Mr. B.P. Aalberts en mr. M. de Koning<sup>1</sup>

1 De auteurs zijn dank verschuldigd aan mr. C.E. Drion, dr. E.J. Koops en mw. mr. S. van der Hof voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2 Zie [http://www.Penop.com/penop/penop.nsf/html/media/what\\_is\\_penop.html](http://www.Penop.com/penop/penop.nsf/html/media/what_is_penop.html).

**Door de groei van *electronic commerce* is de behoefte aan elektronische alternatieven voor de traditionele 'handgeschreven' handtekening sterk toegenomen. De vraag is welke rechtsgevolgen een elektronische handtekening in het leven roept. Kunnen elektronische verificatie- en identificatiemethoden gelijkgesteld worden met traditionele handtekeningen op papieren documenten? Regelgeving in EU-lidstaten is niet uniform op dit gebied en veel lidstaten hebben (nog) geen specifieke regelgeving.**

*Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot een gemeenschappelijk kader/raamwerk voor elektronische handtekeningen van 13 december 1999, Pb. EG 2000, L 13/12, (hierna de 'richtlijn elektronische handtekeningen' of de 'richtlijn') die op 19 januari 2000 in werking trad.*

#### Inleiding

Er zijn twee soorten elektronische handtekeningen, namelijk de *elektronische handtekening* en de *digitale handtekening*. De elektronische handtekening omvat alle technieken die de handgeschreven handtekening kunnen vervangen, zoals een handtekening door

middel van een pincode of een digitale pen.<sup>2</sup> De digitale handtekening is een specifieke verschijningsvorm van de elektronische handtekening waaraan bepaalde technische vereisten (asymmetrische cryptografie) worden gesteld.<sup>3</sup> Voor digitale handtekeningen is tevens een infrastructuur nodig van certificatenaanbieders, die digitale handtekeningen beveiligen.<sup>4</sup> De begrippen digitale en elektronische handtekening worden veelal abusievelijk door elkaar gebruikt, terwijl in de literatuur algemeen wordt aangenomen dat 'elektronische handtekening' een veel ruimer begrip betreft (waaronder ook 'digitale handtekening' valt).<sup>5</sup>

In dit artikel geven wij een beknopt overzicht van de inhoud van de richtlijn elektronische handtekeningen en plaatsen enkele kanttekeningen daarbij.<sup>6</sup> Onze kanttekeningen zijn onder meer gebaseerd op de voorgeschiedenis van de tekst van de ontwerp-richtlijn, de verhouding van de richtlijn tot andere Europese regelgeving, en wetgevingsinitiatieven in bepaalde lidstaten van de Europese Unie. Wij besluiten dit artikel met enkele conclusies over de betekenis van de richtlijn voor (elektronisch) zakendoen in het algemeen en de taak van de Nederlandse wetgever daaromtrent in het bijzonder.

#### De totstandkoming van de EU-richtlijn elektronische handtekeningen

Door verschillende (wetgevende) instanties en op verschillende niveaus wordt aandacht besteed aan voorschriften ten behoeve van elektronische authenticatie met als doel een betrouwbare omgeving voor

3 Zie B.P. Aalberts en S. van der Hof, Digital Signature Blindness, Analysis of legislative approaches toward electronic authentication, november 1999, elektronisch beschikbaar op: <http://cwis.kub.nl/~frw/people/hof/ds-fr.htm>. Dit onderzoek zal ook in de ITeR-reeks worden gepubliceerd. Zie ook J. Dumortier en P. van Eecke, De Europese ontwerprijrichtlijn over de digitale handtekening: waarom is het misgelopen?, CR 1999-1, p. 3-5. In een eerder concept van de EU-richtlijn werd de term 'digitale handtekening' gebruikt.

4 Zie ook S. van der Hof en S.M. Huydecoper, Zwartepieten met certificaten-aanbieders. De risicoverdeling in de Certification Practice Statement van BelSign, CR 1998/5, p. 214-221.

5 B.-J. Koops, R. van Kralingen en L. van der Wees, De rol van Trusted Third Parties in het elektronisch handelsverkeer, CR 1998/5, p. 206-211. Elektronisch beschikbaar op <http://cwis.kub.nl/~frw/people/koops/pub/ttp-rol.htm>. Het begrippenkader kan ook worden teruggevonden in CR 1998/5, p. 233-234. Zie ook supra noot 6. Zie ook B.P. Aalberts en S. van der Hof, op.cit. (1999).

6 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot een gemeenschappelijk kader/raamwerk voor elektronische handtekeningen, <http://www.ispo.cec.be/eif/policy/#digital>.

7 Zie voor een uitgebreid overzicht de website van S. van der Hof, <http://cwis.kub.nl/~frw/people/hof/>. Op internationaal niveau geldt dit bijvoorbeeld voor de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) en de Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). Op individueel niveau geldt dit voor: Maleisië, Singapore, Australië, Nieuw Zeeland en verschillende staten van de Verenigde Staten. Zie ook de website van de Werkgroep Digitale Handtekeningen van het Internet Recht & Beleid Forum (ILPF): <http://www.ilpf.org/digsig/digsig.htm>.

electronic commerce te ontwikkelen.<sup>7</sup> In Europa hebben, naast de Europese wetgever, Duitsland en Italië (ontwerp)wet- en/of regelgeving met betrekking tot elektronische authenticering voortgebracht.<sup>8</sup> Wetgevers in andere landen, waaronder Luxemburg, Oostenrijk en Denemarken, zijn nog volop bezig met wetgevingsvoorbereidingen op dit punt.<sup>9</sup>

In haar communiqué van 8 oktober 1997 zette de Europese Commissie de eerste stap in de richting van een Europees kader voor digitale handtekeningen en encryptie.<sup>10</sup> Het communiqué werd goed ontvangen: twee maanden later verzocht de Raad de Commissie zo spoedig mogelijk een voorstel voor een richtlijn betreffende de digitale handtekeningen in te dienen. In mei 1998 nam de Commissie een voorstel aan voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische handtekeningen.<sup>11</sup> Medio juni 1998 werd het voorstel ingediend bij de Europese Raad. Het voorstel leek echter met de verkiezingen voor het Europees Parlement op de lange (wetgevings)baan te belanden, toen duidelijk werd dat de Raad in eerste instantie niet tot overeenstemming kon komen.<sup>12</sup> Tijdens de voorbereidende besprekingen kon onder meer geen akkoord worden bereikt over de verwijzingen naar Bijlage III van de richtlijn, die eisen stelt voor veilige middelen ten behoeve van het aanmaken van elektronische handtekeningen.<sup>13</sup> Toch werd met voor het nieuwe millennium, op 30 november 1999, overeenstemming bereikt over de definitieve tekst van de richtlijn.

### Doelstellingen van de richtlijn elektronische handtekeningen en een artikelsgewijze toelichting

Verskillende regelgeving met betrekking tot de wettelijke erkenning van elektronische handtekeningen in de lidstaten van de Europese Unie staat de ontwikkeling en acceptatie van elektronische communicatie en *electronic commerce* in de Europese Unie in de weg. De richtlijn beoogt het gebruik van elektronische handtekeningen te vergemakkelijken en tot de wettelijke erkenning ervan bij te dragen, onder meer door harmonisering van toepasselijke regelgeving in de lidstaten van de Europese Unie.

#### Harmonisatie en toepassingsgebied

De richtlijn roept, zoals verwoord in artikel 1 over het toepassingsgebied, een (geharmoniseerd) juridisch kader in het leven voor elektronische handtekeningen en voor bepaalde certificatediensten om een goed functioneren van de Europese markt te garanderen.<sup>14</sup> Dit artikel bevat echter meteen ook een beperking: de richtlijn is niet van toepassing 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.<sup>15</sup>

Onder Nederlands recht is een handtekening voor het rechtsgeldig sluiten van een overeenkomst geen constitutief vereiste. De handtekening spreekt echter in de handelspraktijk wel een belangrijke rol.<sup>16</sup> De Commissie heeft in haar richtlijnvoorstel (Pb. EG 1999, C 30/4) betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt, (hierna: de 'richtlijn elektronische handel') in artikel 9 een regeling opgenomen met betrekking tot de rechtsgeldigheid van elektronische contracten.<sup>17</sup> De richtlijn elektronische handel laat evenwel de voorschriften met betrekking tot elektronische handtekeningen buiten beschouwing, aangezien de elektronische handtekeningen al onder de reikwijdte van de richtlijn elektronische handtekeningen vallen. Nu deze laatstgenoemde richtlijn de regelgeving met betrekking tot de geldigheid van elektronische contracten buiten beschouwing heeft gelaten, valt op dit punt een vacuüm te constateren in de werking van richtlijn elektronische handtekeningen.<sup>18</sup> Wij menen dat dit in de praktijk minder belangrijk is dan men op het eerste gezicht zou kunnen denken. Bedacht dient te worden dat in het geval van betwisting van de geldigheid van een elektronische handtekening, het Nederlandse bewijsrecht geldt. Vrije waardering van bewijs is daarin de hoofdregel.<sup>19</sup> Dit is vanzelfsprekend anders indien de wet formele vereisten stelt aan rechtshandelingen, zoals bijvoorbeeld in een geval bij overdracht van het auteursrecht.<sup>20</sup>

#### Begrippenkader

De richtlijn spreekt in artikel 2, dat definities bevat, over elektronische handtekeningen in de zin van 'elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticering'.

Zoals reeds in onze inleiding aan de orde kwam, bestaat er enige spraakverwarring met betrekking tot de handtekeningenterminologie. Men kan zich allereerst afvragen of het verstandig is de traditionele benaming 'handtekening' te gebruiken voor het concept van en alle mogelijke (technische) methoden voor het veilig stellen van origine en integriteit van communicatie en informatie in een digitale omgeving.<sup>21</sup> De bedoelde techniek kan immers voor meer doeleinden gebruikt worden dan het zetten van een handtekening in juridische zin. Ook is het denkbaar dat een juridisch geldige handtekening in elektronische context op een andere manier tot stand komt dan middels een digitale handtekening. Hoewel de digitale handtekeningen thans worden beschouwd als een belangrijke en - veilige categorie - elektronische handtekeningen, werd spoedig duidelijk

8 Daarnaast is in België een voorlopige regeling toepasselijk voor de Belgische sociale zekerheid totstandgekomen. Zie F. Robben, Een voorlopige regeling inzake digitale handtekeningen in de Belgische sociale zekerheid, CR 1999/4, p. 209-210.

9 De genoemde wetgevingen, alsook de wetgevingsinitiatieven zijn te vinden op de website van Simone van der Hof, <http://cwis.kub.nl/~frw/people/hof/>.

10 Zorgen voor veiligheid van en vertrouwen in elektronische communicatie – Naar een Europees kader voor digitale handtekeningen en encryptie, COM(97) 0503 def. – C4-0648/97. Zie ook noot 11.

11 Een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, COM(98) 297 def. – C4-0376/98-98/191 (COD).

12 Dumortier en Van Eecke wijten het gebrek aan consensus in deze fase vooral aan spraakverwarring op drie verschillende niveaus, namelijk ten aanzien van het begrip 'digitale handtekening', 'de regulering van de digitale handtekeningen' en 'de juridische erkenning van digitale handtekeningen'. J. Dumortier en P. Van Eecke, op.cit. (1999), p. 3-10.

13 Zie J. Dumortier en P. Van Eecke, op.cit. (1999), p. 9.

14 Zie ook de Toelichting van het gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk kader van elektronische handtekeningen, COM(99) 195 def. – 98/1091 (COD), p. 3.

15 Zie B.P. Aalberts en S. van der Hof, op.cit. (1999).

16 A. Mouritz, Een kwestie van verpakking, Advocatenblad 1999, nr. 5. In een elektronische omgeving wordt wel aangenomen dat deze rol minstens zo belangrijk is, omdat de identiteit van partijen niet onmiddellijk duidelijk is.

dat – gegeven de zich snel ontwikkelende techniek – een Europees regelgevend kader flexibel genoeg dient te zijn om ook met nieuwe technieken om te gaan.<sup>22</sup> Bij het ontwerpen van een wettelijk kader voor handtekeningen wordt dan ook vaak technologie-neutraliteit beoogd.<sup>23</sup>

De richtlijn kent een tweeledig concept: de zogenaamde 'twee-sporenaanpak'.<sup>24</sup> Deze twee-sporenaanpak houdt in dat de wetgever door middel van het voorschrijven van bepaalde technische voorschriften meer rechtszekerheid tracht te bieden. Tegelijkertijd laat de wetgever echter ruimte voor nieuwe technische ontwikkelingen en maakt de wetgeving daarmee meer 'time-resistant'.

De richtlijn maakt geen onderscheid tussen de elektronische en de digitale handtekening<sup>25</sup> maar onderscheidt de elektronische handtekening en de geavanceerde elektronische handtekening. De 'geavanceerde elektronische handtekening' voldoet aan bepaalde eisen (maar is niet gebonden aan bepaalde (encryptie)techniek): zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar gebonden en identificeert deze ondertekenaar<sup>26</sup>, zij komt tot stand met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden, en zij is op zodanige wijze aan de gegevens gebonden dat elke wijziging daarvan achteraf kan worden vastgesteld.

Voorts zijn belangrijke definities in artikel 2 'gekwalificeerd certificaat' en 'certificatiedienstverlener'. Een gekwalificeerd certificaat is een elektronische bevestiging die gegevens voor het verifiëren van een handtekening aan een persoon verbindt en de identiteit van die persoon bevestigt ('certificaat'), waarbij dat certificaat voldoet aan bepaalde vereisten (Bijlage I) en is uitgegeven door een dienstverlener die aan bepaalde eisen voldoet (Bijlage II). Een certificaatdienstverlener is een dienst of een natuurlijke persoon die certificaten uitgeeft of andere diensten in verband met elektronische handtekeningen verleent.

### Markttoegang

Artikel 3 bevat bepalingen met betrekking tot de markttoegang. Lidstaten mogen het verlenen van certificatie-diensten niet afhankelijk stellen van een voorafgaande machtiging. Vrijwillige accreditatie-regelingen mogen wel worden ingevoerd, maar alle voorwaarden moeten objectief, transparant, evenredig en niet-discriminerend zijn. Lidstaten moeten zorgdragen voor een passend systeem van toezicht op de op hun grondgebied gevestigde certificatie-dienstverleners die gekwalificeerde certificaten aan het publiek afgeven.

### Interne markt

Artikel 4 van de richtlijn regelt de beginselen betreffende de interne markt. Dit artikel bepaalt dat elke lidstaat de nationale bepalingen die hij krachtens

deze richtlijn vaststelt toe dient te passen op de op zijn grondgebied gevestigde certificatie-dienstverleners en de diensten die zij verrichten. De lidstaten mogen het verlenen van uit een andere lidstaat aangeboden certificatie-diensten, die binnen de reikwijdte van de richtlijn vallen, niet beperken.

### Rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen

Artikel 5 van de richtlijn heeft betrekking op de rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat geavanceerde elektronische handtekeningen die zijn gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en die door een veilig middel zijn aangemaakt, (1) ten aanzien van gegevens in elektronische vorm voldoen aan alle wettelijke eisen voor een handtekening, net zoals een handgeschreven handtekening dat doet voor gegevens op papieren dragers, alsmede dat (2) deze geavanceerde handtekeningen als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures worden toegelaten. Dit houdt onder meer in dat de rechter in het geval hij een beslissing moet nemen over de rechtskracht van elektronische handtekeningen, zal moeten onderzoeken of de handtekening voldoende betrouwbaar is om daaraan de gevraagde rechtsgevolgen te verbinden.<sup>27</sup> Artikel 5 bepaalt voorts in het tweede lid dat de lidstaten ervoor zorgen dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid wordt ontzegd of als bewijsmiddel in procedures wordt geweigerd louter op grond van het feit dat de handtekening in elektronische vorm is gesteld, het niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat, of op een door een geaccrediteerd certificatie-dienstverlener afgegeven certificaat, dan wel het niet met een veilig middel is aangemaakt.

Over artikel 5 konden verschillende lidstaten in eerste instantie geen overeenstemming bereiken. Dit artikel bevat de crux van de richtlijn; de rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen. Sommige lidstaten meenden dat het geavanceerde karakter van elektronische handtekeningen en de aanwezigheid van een erkend certificaat niet voldoende waren; zij eisten tevens dat de handtekeningen ook met betrouwbare producten – 'inrichtingen' – zouden worden aangemaakt.<sup>28</sup> In Bijlage III staan deze eisen ten aanzien van veilige middelen voor het aanmaken van handtekeningen. Andere landen verzetten zich – met het oog op de vooruitsnellende technologische ontwikkelingen – juist tegen deze Bijlage III, omdat deze vastlegging van eisen zeer technologieafhankelijk is en daardoor al snel achterhaald zal zijn.

17 Zie J.S. van den Oosterkamp, Enkele Richtlijnen bij het richtlijnvoorstel elektronische handel, NTER 1999, p. 145-153 en J.S. van den Oosterkamp, Gemeenschappelijk standpunt over het richtlijnvoorstel elektronische handel aanvaard, NTER 2000, p. 11-14. Zie ook W.G. van Velzen, EU-handel, Computable 23 april 1999, p. 59.

18 Zie ook B.P. Aalberts en S. van der Hof, op.cit. (1999).

19 Artikel 179 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

20 Artikel 2 Auteurswet 1912.

21 J. Dumortier en P. Van Eecke, op.cit. (1999), p. 4. Het belang van veiligheid ten aanzien van origine en integriteit in een digitale omgeving wordt volgens sommige auteurs overtrokken. De vraag rijst of wij niet scherpere eisen aan onze gespreks- en/of contractpartners en de communicatie daarmee stellen bij elektronische handel dan in een klassieke handelssituatie en, indien dat zo is, of dit gerechtvaardigd wordt door de aanwezige risico's. Zie ook P. Kleve, Zijn TTP's nuttig?, CR 1998/5, p. 211.

22 Zie J. Dumortier en P. van Eecke, op.cit. (1999), p. 5. Zie ook de Toelichting van het gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk kader van elektronische handtekeningen, COM(99) 195 def. – 98/1091 (COD), p. 3.

23 Zie ook J. Dumortier en P. van Eecke, op.cit. (1999), p. 5.

24 Zie B.P. Aalberts en S. van der Hof, op.cit. (1999).

25 Vanuit Duitsland werd hiertegen in een eerdere versie (6 maart 1998) bezwaar gemaakt, omdat de richtlijn hierdoor een te brede reikwijdte zou hebben. Men zou een beperking tot 'digitale handtekeningen' hebben geprefereerd. Zie ook de website van Christopher Kuner. Te raadplegen via: <http://www.kuner.com>.

### *Aansprakelijkheid van certificatie dienstverleners*

Artikel 6 bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de certificatie dienstverlener<sup>29</sup>, die een certificaat als een gekwalificeerd certificaat aan het publiek afgeeft of zich daartoe publiekelijk borg stelt, aansprakelijk is voor de schade die diensten of natuurlijke of rechtspersonen, die in redelijkheid op het certificaat vertrouwen ondervinden.<sup>30</sup> Daarbij spelen nog enkele bij name genoemde factoren een rol.<sup>31</sup> Ook voor schade voortvloeiende uit gebreke van inschrijving van de intrekking van een certificaat is de aanbieder aansprakelijk. Voorts is van belang dat de certificatie dienstverlener beperkingen kan opleggen aan een uitgegeven certificaat.<sup>32</sup> Expliciet wordt genoemd het stellen van een maximumgrens aan de waarde van transacties.<sup>33</sup> Voor schade voortvloeiende uit overschrijding van de beperkingen is de aanbieder dan niet aansprakelijk mits de opgelegde beperkingen voor derden herkenbaar zijn. De certificatie dienstverlener heeft overigens de mogelijkheid aansprakelijkheid af te wentelen door te bewijzen dat hij niet 'nalatig' heeft gehandeld.<sup>34</sup>

### *Internationale aspecten*

Artikel 7 bevat internationale aspecten, waaronder gelijkstelling van gekwalificeerde certificaten uitgegeven in een derde land (niet-lidstaat) aan de in het binnenland uitgegeven certificaten, mits aan specifieke voorwaarden is voldaan.<sup>35</sup> Expliciet bestaat ruimte voor de Commissie om passende voorstellen te doen om de effectieve uitvoering van normen en internationale overeenkomsten inzake certificatie diensten te bereiken.<sup>36</sup> Ook kan de Commissie voorstellen doen voor passende onderhandelingsmandaten voor bilaterale en multilaterale overeenkomsten met derde landen en internationale organisaties<sup>37</sup>, al dan niet na in kennis te zijn gesteld van moeilijkheden die lidstaten ondervinden om toegang te verkrijgen tot de markt van derde landen.<sup>38</sup>

### *Privacy*

Artikel 8 bepaalt dat de certificatie dienstverleners en de met toezicht of accreditatie belaste nationale instanties voldoen aan de eisen van de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (hierna: de richtlijn privacy<sup>39</sup>). Artikel 8 lid 2 regelt dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat een certificaat dienstverlener die certificaten aan het publiek afgeeft persoonsgegevens niet kan verkrijgen dan (1) rechtstreeks van de betrokkene zelf of (2) met diens uitdrukkelijke toestemming en slechts (3) voorzover de afgifte en het beheer van het certificaat zulks vereisen. Zonder deze uitdrukkelijke toestemming van

de betrokkene mogen gegevens niet voor andere doeleinden worden verwerkt of verzameld. Lid 3 van Artikel 8 bepaalt tot slot dat lidstaten, onverminderd de rechtsgevolgen van pseudoniemen in het nationale recht, niet mogen verhinderen dat de certificatie dienstverlener op het certificaat een pseudoniem vermeldt in plaats van de werkelijke naam van de ondertekenaar.

### *Comité voor elektronische handtekeningen*

Artikel 9 stelt dat de Commissie wordt bijgestaan door een Comité voor elektronische handtekeningen. In artikel 10 van de richtlijn zijn de taken van dit Comité geformuleerd. Het Comité geeft toelichtingen bij de in de Bijlagen van de richtlijn genoemde eisen, criteria en algemeen erkende normen voor producten van elektronische handtekeningen. Op grond van artikel 11 moeten de lidstaten aan de Commissie informatie geven over nationale vrijwillige accreditatieregelingen, de namen en adressen van instanties, die belast zijn met de accreditatie, alsmede de namen en adressen van alle geaccrediteerde nationale certificatie dienstverleners.

### *Werking van de richtlijn en implementatie*

De Commissie beoordeelt de werking van deze richtlijn en dient uiterlijk op 19 juli 2003 verslag uit te brengen aan de Raad en het Europees Parlement.<sup>40</sup> Bij de beoordeling behoort de Commissie er onder meer rekening mee te houden of commerciële, technologische en juridische ontwikkelingen aanleiding geven tot wijziging(en) in het toepassingsgebied. Het verslag dient met name een beoordeling te bevatten, op basis van de opgedane ervaringen, van aspecten van harmonisatie.<sup>41</sup> In het licht van de gerezen discussie over het belang van technologie-onafhankelijke regelgeving, kan dit een interessant evaluatieresultaat opleveren.

De lidstaten dienen de richtlijn voor 19 juli 2001 te implementeren in nationale wetgeving en zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.<sup>42</sup>

### *Kanttekeningen bij de richtlijn*

#### *Terminologie*

De richtlijn onderscheidt de elektronische handtekening en de geavanceerde elektronische handtekening. De 'geavanceerde elektronische handtekening' voldoet aan bepaalde eisen, maar is niet gebonden aan een bepaalde (encryptie)techniek. De algemeen geaccepteerde definitie van 'digitale handtekening' is wel gebonden aan een bepaalde (encryptie)techniek. Het begrippenapparaat van de richtlijn en de daaruit voortvloeiende reikwijdte van de richtlijn is in de totstandkomingsgeschiedenis voorwerp geweest van kritiek, onder meer vanuit Duitsland. Het belangrijkste kritiekpunt is dat geen aansluiting

26 Het begrip 'ondertekenaar' in de zin van de richtlijn is gedefinieerd. Daarbij moet bedacht worden dat een ondertekenaar een natuurlijke persoon moet zijn (hoewel de Nederlandse tekst van de richtlijn dit niet met zoveel woorden zegt. Zie bijvoorbeeld J. Dumortier en P. van Eecke, op.cit. (1999), p. 4 en <http://www.abora.org>).

27 R.E. van Esch, Overeenkomsten en rechtshandelingen via het Internet en e-mail, Meester over 2000, Meester over IT: Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1999, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 16.

28 J. Dumortier en P. van Eecke, op.cit. (1999), p. 9.

29 In Bijlage II worden de eisen opgesomd die worden gesteld aan certificatie-dienstverleners die gekwalificeerde certificaten afgeven.

30 De vier leden van artikel 6 van de richtlijn doen overigens, volgens artikel 6 lid 5, geen afbreuk aan de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb. EG 1993, L 95/29.

31 Artikel 6 lid 1 (a) (b) en (c) van de richtlijn elektronische handtekeningen.

32 Artikel 6 lid 3 richtlijn elektronische handtekeningen.

33 Artikel 6 lid 4 richtlijn elektronische handtekeningen.

34 Artikel 6 lid 1 en 2 richtlijn elektronische handtekeningen. Het is opvallend dat de Engelse tekst van de richtlijn de term 'negligently' gebruikt. Wij menen dat deze term beter anders vertaald had kunnen worden in de Nederlandse versie van de richtlijn. Wij denken dan bijvoorbeeld aan het begrip 'onrechtmatig', zodat het aspect van verwijtbaarheid in juridische zin doorklinkt.

35 Artikel 7 lid 1 richtlijn elektronische handtekeningen.

is gezocht bij reeds algemeen geaccepteerde begrippen zoals 'digitale handtekening' en het gebrek aan heldere omschrijvingen en oog voor detail (met name meer specifieke technische normen).

### *De rechtsgeldigheid van de elektronische handtekening*

De eenvoudigste weg om de doelstelling van de richtlijn te bereiken zou zijn geweest om de elektronische handtekening, in de ruime definitie zoals hierboven beschreven, als een rechtsgeldige handtekening te beschouwen, en deze derhalve expliciet en zonder beperkingen gelijk te schakelen met een handgeschreven handtekening. Italië koos in nationale wetgeving voor deze oplossing.<sup>43</sup> Gelet op de veelheid aan bedoelingen die de (nationale) wetgever destijds heeft gehad met het opnemen van het ver-eiste dat een (traditionele) handtekening wordt geplaatst, lijkt deze oplossing niet de beste.<sup>44</sup> De richtlijn kiest, naar onze mening, hier dan ook terecht niet voor. Waar de richtlijn rechtsgevolgen van elektronische handtekeningen bespreekt, wordt primair een kader geschapen voor geavanceerde elektronische handtekeningen op basis van een gekwalificeerd certificaat die door een veilig middel (dat voldoet aan bepaalde technische normen), zijn aangemaakt. Voor alle andere elektronische handtekeningen gelden slechts 'bodem'-regels. Lidstaten mogen hun geldigheid niet louter afwijzen op basis van – kortweg – hun elektronische karakter of de afwezigheid van de in deze richtlijn aangeduide technische eisen aan certificaat, dienstverlener of gebruikt middel.

Deze opzet verhoudt zich goed met het uitgangspunt zowel rekening te houden met technologie-neutraliteit in regelgeving, alsook de roep om duidelijke voorschriften.<sup>45</sup> Ten aanzien van veilige middelen, gekwalificeerde certificaten en geaccrediteerde certificatie-dienstverleners gelden specifieke eisen, maar geen bij name genoemde technische standaard. Geconstateerd moet evenwel worden, dat dit als algemeen uitgangspunt voldoet, maar dat op een nationaal niveau specifieke regelgeving noodzakelijk zal zijn omdat de gebruikers anders te snel in een onzekere positie komen te verkeren over de rechtsgeldigheid van door hen gebruikte elektronische handtekeningen. Wij zijn benieuwd welke middelen (wetgeving of zelfregulering) de Nederlandse wetgever zal kiezen om aan de implementatie gehoor te geven.

De verhouding van de richtlijn elektronische handtekeningen tot de richtlijn privacy en de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is expliciet en naar onze mening op logische wijze afgestemd. Ten opzichte van de richtlijn elektronische handel (die een vergelijkbare doelstelling heeft, namelijk *electronic commerce* in de interne markt bevorderen) bestaat echter een leemte omdat beide richtlijnen de rol van elektronische handteke-

ningen bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van elektronische overeenkomsten buiten beschouwing laten. Het ligt voor de hand dat elektronische handtekeningen een belangrijke rol spelen bij elektronisch contracteren en mogelijk kan de Nederlandse wetgever het opvullen van de leemte, althans voorlopig, op zich nemen.

### *Aansprakelijkheid van certificatie-dienstverlener*

Dat certificatie-dienstverlener aansprakelijk worden gehouden voor hun functioneren past niet alleen in het Nederlandse rechtssysteem, maar waarschijnlijk ook in de rechtsstelsels van andere EU-lidstaten. Wie een wanprestatie levert of een onrechtmatige daad pleegt jegens derden, dient de daardoor geleden schade te vergoeden.<sup>46</sup> Dat dit anders is als de aanbieder op voor de betrokken partijen kenbare wijze beperkingen heeft gesteld aan het gebruik van de door hem uitgegeven certificaten en schade voortvloeit doordat de gebruikers deze beperkingen niet respecteren, is ook niet verrassend. Er rijst echter wel een vraag met betrekking tot de mogelijkheid van certificatie-dienstverlener om aansprakelijkheid af te wentelen als zij aantonen dat zij niet nalatig zijn geweest. Hoe wordt beoordeeld of een certificatie-dienstverlener in een concreet geval nalatig is geweest? Alleen de aanbieder zelf zal relevante informatie tot zijn beschikking hebben en deze informatie wellicht ook zeer selectief beschikbaar stellen aan de gelaedeerde. De (bewijs)positie van de gelaedeerde, waaronder ook consumenten, kan onder omstandigheden derhalve slecht zijn.<sup>47</sup> Criteria voor de beoordeling hiervan zullen nog moeten worden ontwikkeld. Certificatie-dienstverlener bestaan nog niet zo lang, en de toepasselijke regelgeving waaronder zij werken, zelfs nog korter. In ieder geval lijkt het onwenselijk als de uitkomst in verschillende lidstaten anders zou zijn.

### **Conclusie**

De richtlijn elektronische handtekeningen ligt klaar. Elke EU-lidstaat is verplicht vóór 19 juli 2001 deze richtlijn te implementeren in nationale wetgeving. Met dit artikel hopen wij een bruikbaar overzicht te hebben geschetst van de inhoud van de richtlijn en de juridische context waarin deze bezien moet worden. Naar onze mening heeft de Nederlandse wetgever nog een pittige taak voor de boeg om de meest geëigende methode (en specifieke formuleringen) te kiezen voor de implementatie van de richtlijn.

36 Artikel 7 lid 2 richtlijn elektronische handtekeningen.

37 Artikel 7 lid 2 richtlijn elektronische handtekeningen.

38 Artikel 7 lid 3 richtlijn elektronische handtekeningen.

39 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober

1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, Pb. EG 1995, L 281/31.

40 Artikel 12 lid 1 richtlijn elektronische handtekeningen; het verslag gaat, in voorkomend geval, vergezeld van wetgevingsvoorstellen.

41 Artikel 12 lid 2 richtlijn elektronische handtekeningen.

42 Artikel 13 lid 1 richtlijn elektronische handtekeningen

43 Artikel 15 lid 2 Italiaanse wet nr. 59, 15 maart 1997. Zie J. Dumortier en P. van Eecke, op.cit. (1999), p. 6.

44 S.M. Huydecoper en R.E. van Esch, Geschriften en handtekeningen een achterhaald concept?, ITeR-serie, nr. 7, Alphen aan den Rijn: Samsom Bedrijfsinformatie bv, p. 69-162. Zie ook J.J. Linnemann,

Elektronische handtekeningen, Computable 17 maart 2000, p. 43.

45 Overigens wordt deze roep om regelgeving en meer specifiek om technische normen, niet algemeen gedragen. Sommige auteurs zijn gekant tegen het aannemen van specifieke wet- en/of regelgeving die een bepaald gebruik en rechtsgevolg van elektronische handtekeningen voorschrijft, omdat dit de ontwikkeling van elektronische handel eerder zou bemoeilijken dan stimuleren.

Zie hierover C. Bradford Biddle, Digital Signature laws and the Electronic Commerce Marketplace: <http://www.w3journal.com/7/s3.biddle.wrap.html>.

46 Artikel 6:162 BW en artikel 6:174 BW.

47 C. Bradford Biddle, op.cit. noot 45.