

Het bewaren van de notariële akte in elektronische vorm

Digitale duurzaamheid in het notariaat

M.C.W.H. van Valburch

scriptie als onderdeel van het doctoraalexamen van de
studie Notarieel Recht aan de Universiteit Leiden

oktober 2004

begeleider: mevr. mr. F.A.M. van der Klaauw-Koops

tweede lezer: Prof. mr. A.H.J. Schmidt

studentnummer: 9806148

studielast: 7,2 ECTS

Inhoudsopgave

Verklaring der afkortingen.....	3
1. Inleiding.....	4
1.1 De digitale revolutie.....	4
1.2 Notariaat en ICT.....	4
1.3 De elektronische notariële akte.....	5
1.4 Digitale duurzaamheid.....	6
1.5 Verschillende fases.....	7
1.6 Plan van aanpak.....	8
2 Een reëel scenario?.....	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Voordelen.....	10
2.3 De elektronische onderhandse akte	16
2.4 Wegnemen van handelsbelemmeringen.....	18
2.5 Andere lidstaten van de Europese Unie.....	19
2.6 Conclusie.....	20
3. Voorwaarden voor de bewaring van de notariële akte.....	21
3.1 Doel van de notariële akte.....	21
3.2 Bronnen van voorwaarden voor bewijs.....	22
3.3 Voorwaarden voor bewijsmiddelen in het algemeen.....	23
3.4 Aanvullende voorwaarde voor de notariële akte.....	25
3.5 Conclusie.....	26
4 Kan aan de voorwaarden voor de bewaring worden voldaan in elektronische vorm?.....	27
4.1 Bestaan	27
4.2 Beschikbaarheid.....	28
4.3 Waarneembaarheid.....	30
4.4 Authenticiteit.....	31
4.5 Integriteit.....	32
4.6 Transparantie.....	34
4.7 Geheimhouding.....	36
5 Conclusie.....	38
5.1 Inleiding.....	38
5.2 Knelpunten.....	38

5.3 Voorzichtigheid.....	39
5.4 Afweging.....	39
5.5 Ten slotte.....	39
Aangehaalde literatuur.....	41

Verklaring der afkortingen

AW	Archiefwet 1995
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BW	Burgerlijk Wetboek
ICT	informatie- en communicatietechnologie
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
oBW	oud Burgerlijk Wetboek
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
VBP	Verordening bewaring protocol, verordening van de KNB van 16 februari 2000, Stcrt. 2000, 182 (met toelichting van 21 juni 2000)
WBP	Wet Bescherming Persoonsgegevens
WNA	Wet op het notarisambt 1999

1. Inleiding

1.1 De digitale revolutie

Door de invloed van ICT is de maatschappij de laatste decennia ingrijpend veranderd. Met het actieprogramma ‘Elektronische overheid’ stortte de overheid zich in 1998 vol overgave in de *digitale revolutie*.¹ Twee jaar later begon het ministerie van Economische Zaken de campagne ‘Nederland gaat digitaal. U toch ook?’ om ook het midden- en kleinbedrijf aan te moedigen de mogelijkheden van ICT ten volle te benutten.

Er werd flink geïnvesteerd en velen hadden alleen oog voor de zegeningen van ICT, tot in 2000 de *dotcom*-zeepbel uiteen spatte. ICT was niet langer een *hype* en overheid en bedrijfsleven gingen kritisch naar de toegevoegde waarde en de kosten kijken. Inmiddels zijn de computer en het internet even vanzelfsprekend en onmisbaar als de telefoon. Een mooi moment om eens terug én vooruit te blikken naar de gevolgen van de digitale revolutie voor het notariaat.

1.2 Notariaat en ICT

De stand van zaken

De tijd van het klassiek ingerichte kantoor waar de notaris de handgeschreven akte met kroontjespen ondertekent en met gesmolten lak van het zegel voorziet is inmiddels lang vervlogen. De notaris is behalve ambtenaar ook steeds meer ondernemer geworden,² en lang voordat de campagnes waren gestart om beide groepen tot digitalisering te verleiden, was de notaris al volop bezig met ICT. De notaris heeft altijd meegespeeld in de voorhoede waar het aankwam op het gebruik van nieuwe technologieën.³ Inmiddels maakt vrijwel ieder notariskantoor gebruik van het KNB-Intranet, wordt de notaris dagelijks door *Notamail* op de hoogte gebracht van de laatste ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving en hebben veel notarissen een website om hun kantoor aan de buitenwereld te presenteren (al dan niet met concurrerende tarieven). Ook bij het voorbereiden van de akte wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheden die ICT biedt. Zo doet de notaris de recherche via *Kadaster on-line*⁴ en wordt de akte doorgaans opgesteld met een tekstverwerker, vaak op basis van een sjabloon dat door de

1 Zie de website Kenniscentrum Elektronische Overheid en *Kamerstukken II* 1998/99, 26387, nr. 1.

2 Mede als gevolg van de vrije(re) tarieven.

3 Van Velten 2000, p. 135-136. Anders: Becker 1993, p. 194 die constateert dat het op dat moment met de automatisering op notariskantoren nog niet wil vlotten.

KNB is aangedragen. Sommige kantoren leggen vervolgens de concept-akte per e-mail aan de cliënt voor.⁵ Aan dit rijtje van ICT-toepassingen in het notariaat is in juni 2003 het elektronisch gewaarmerkte uittreksel van de Kamer van Koophandel toegevoegd.⁶

Mogelijke volgende stappen

Dat het hierbij zal blijven is niet waarschijnlijk. In de literatuur worden al nieuwe toepassingsmogelijkheden van ICT voor het notariaat geopperd. Met name over de T*TP-functie⁷ en de mogelijkheid van *source code escrow* door de notaris wordt vrij enthousiast geschreven.⁸ Deze mogelijkheden sluiten aan bij de huidige rol van de notaris, namelijk die van betrouwbare en onpartijdige figuur respectievelijk die van bewaarder van belangrijke documenten.⁹

Iets voorzichter wordt er gepubliceerd over de mogelijkheid van een *elektronische notariële akte*. In tegenstelling tot de vorige twee noviteiten zou dit niet een aanvulling op, maar een *vernieuwing van* de bestaande werkzaamheden zijn.

1.3 De elektronische notariële akte

Zoals gezegd, wordt bij het voorbereiden van de akte op dit moment al volop gebruik gemaakt van de mogelijkheden van ICT. Deze toepassingen vallen echter niet onder de noemer elektronische notariële akte, omdat zij aan het bestaan van die akte voorafgaan. In deze scriptie wordt met de elektronische notariële akte bedoeld: 1.) een notariële akte¹⁰ 2.) die in elektronische vorm wordt verleden en 3.) in elektronische vorm wordt bewaard. Dat houdt concreet in dat voor alles waarvoor op dit moment nog broederschapspapier¹¹ is voorgeschreven (dus *schriftelijkheid* in de enge betekenis van het woord) straks de elektronische vorm volstaat. De akte wordt als het ware 'gedematerialiseerd'.

4 De recherche is het onderzoek in de openbare registers dat voorafgaat aan de levering van een onroerende zaak. Over de toepassing van ICT bij de openbare registers zie de Herzieningswet Kadasterwet I, *Kamerstukken II* 2001/02, 28443, nr. 1.

5 Artikel 43 lid 1 WNA.

6 Notariaat Magazine 2004-4, p. 7.

7 *Trusted Third Party*, zie Lekkerkerker 1996, p. 165; Lekkerkerker 1997, p. 86-93 en Franken 2001, p. 392 - 398.

8 Heck-Vink 1996.

9 artikel 48 j° 126 WNA.

10 Waar ik in het vervolg spreek van de notariële akte, bedoel ik de *authentieke* notariële akte. Dit in aansluiting op de Wet op het notarisambt: '(...), waaruit volgt dat een notariële akte een voor een notaris verleden authentieke akte is', aldus Kamerstukken II, 1995-96, 23706, nr. 6, p. 32. Zie ook § 2.3. Onder deze definitie valt zowel de minuut als het afschrift.

11 Over het broederschapspapier of *vignet*, zie Huijgen & Pleysier 2001, p. 102-103.

1.4 Digitale duurzaamheid

Een overstap naar de elektronische notariële akte zou betekenen dat inkt op papier wordt vervangen door *bytes*. Daarmee wordt gebroken met een eeuwenlange traditie waarin papier uitermate geschikt is gebleken om bijvoorbeeld overeenkomsten en testamenten vast te leggen, ook voor de lange termijn. De vraag is of de elektronische vorm daartoe net zo geschikt is. De afgelopen decennia heeft de ervaring namelijk geleerd dat de elektronische vorm erg vergankelijk is. Met name doordat de ontwikkelingen op het gebied van *hardware* (apparatuur) en *software*¹² elkaar snel opvolgen en doordat sommige digitale gegevensdragers louter door verloop van tijd (delen van) hun gegevens verliezen, raken veel elektronische bestanden al binnen tien à twintig jaar verminkt of gaan verloren.

Voor de elektronische notariële akte zou dat betekenen dat de akte al na enkele decennia niet meer geraadpleegd kan worden. Dat is moeilijk te rijmen met het voorschrift dat de notariële akte duurzaam op deugdelijk materiaal moet worden gesteld.¹³ Deze constatering geeft aanleiding tot de hoofdvraag van deze scriptie:

- Is een duurzame bewaring van de notariële akte in elektronische vorm mogelijk?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden moeten twee subvragen worden beantwoord:

- Welke voorwaarden moeten worden gesteld aan de bewaring van de notariële akte?
- Op welke manier kunnen deze voorwaarden in elektronische vorm worden vervuld (waarbij rekening gehouden wordt met de specifieke risico's die de elektronische vorm met zich meebrengt)?

Buiten het notariaat is het vraagstuk van de bewaring van elektronische documenten niet nieuw. Het vraagstuk staat daar bekend onder de term *digitale duurzaamheid*. Mede ten gevolge van projecten als de 'Elektronische overheid' is de vraag actueel geworden hoe de duurzaamheid van elektronische documenten kan worden gewaarborgd. In Nederland en daarbuiten zijn tal van initiatieven genomen om te zorgen dat elektronische documenten niet verloren gaan.¹⁴ Het debat daarover wordt onder andere gevoerd in de archiefwetenschap en in de juridische literatuur.¹⁵ Binnen het notariaat lijken elektronische documenten en de duurzaamheid ervan echter nog niet

12 Zowel besturingssystemen als applicaties.

13 Artikel 41 lid 2 WNA. Voor de bewaring wordt een minimale termijn van honderd jaar aangehouden, vergelijk artikel 11 AW dat de eis stelt dat bij het raadplegen van archiefbescheiden na ten minste honderd jaar geen noemenswaardige achteruitgang zal zijn te constateren.

14 In Nederland onder meer het programma 'Digitale duurzaamheid', zie de website Digitale duurzaamheid. In internationaal verband wordt gesproken van *digital preservation*, zie de website UNESCO Archives Portal.

15 Voor een inleidend overzicht zie het Dossier elektronische bewaarvoorschriften.

bepaald te leven. Dat is opmerkelijk, want het notarisambt draait toch voor een belangrijk deel om de bewaring van akten.

1.5 Verschillende fases

‘De elektronische notariële akte’ is een veelomvattend onderwerp. Om overzichtelijk te maken op welke aspecten hiervan deze scriptie betrekking heeft, onderscheid ik ten aanzien van de elektronische notariële akte vijf fases: één voor de *voorbereiding* (fase 1), twee in verband met het *verlijden* van de akte (fase 2 en 3) en twee in verband met het *bewaren* van de akte (fase 4 en 5). Deze scriptie gaat met name over de laatste twee fases. Hieronder worden de vijf fases kort toegelicht:

1. Het voorbereiden van de akte (het adviseren van cliënten, de recherche, het opstellen van de concept-akte, de *Belehrung*, het voorlezen van de akte);¹⁶
2. het verlijden van de akte (het plaatsen van de handtekeningen);
3. het direct na het verlijden verstrekken van afschriften en uittreksels aan cliënten en diensten (bijvoorbeeld aan het kadaster);
4. het bewaren van de akte (wat thans in de kluis van de notaris en in de archiefbewaarplaatsen gebeurt);
5. het na verloop van tijd verstrekken van afschriften en uittreksels aan cliënten en andere belanghebbenden (bijvoorbeeld een afschrift van de akte van huwelijkse voorwaarden als de echtgenoten van elkaar willen scheiden).

Aandacht voor het voorbereiden en verlijden

Hoewel het zwaartepunt van deze scriptie ligt bij de bewaring van de elektronische notariële akte (fase 4) en het verstrekken van afschriften en uittreksels na verloop van tijd (fase 5), zal ook zijdelings worden ingegaan op de eerste drie fases. De bewaring van de akte hangt op sommige punten samen met het verlijden ervan en het verlijden van de akte houdt weer nauw verband met het voorbereiden.

Zo is het elektronisch bewaren van de akte vooral een logische keuze als die akte ook elektronisch is verleden. Daarmee is overigens niet gezegd dat het elektronisch verlijden van de akte een voorwaarde is voor het elektronisch bewaren, want men kan ervoor kiezen om de akte op

¹⁶ Uit artikel 43 WNA valt af te leiden dat de *Belehrung* geen onderdeel uitmaakt van het verlijden, maar daaraan voorafgaat: ‘Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan (...)’. Dit geldt ook voor het voorlezen van de akte. Deze aspecten vallen dan ook niet binnen de hier gehanteerde definitie van elektronische notariële akte. Zie over de *Belehrung* ook § 2.2.

papier te verlijden en daarna te *scannen*.¹⁷ Andersom is het elektronisch kunnen bewaren wel een praktische voorwaarde om de akte elektronisch te verlijden. Ook bij het behandelen van de voordelen en de relevantie van de elektronische notariële akte en de bezwaren van critici (hoofdstuk 2) moet de elektronische notariële akte in zijn geheel worden beschouwd en wordt dus ook ingegaan op het voorbereiden en verlijden ervan. De nadruk zal echter steeds liggen op de bewaring.

1.6 Plan van aanpak

Nu in dit hoofdstuk het terrein enigszins is verkend en is afgebakend tot de *bewaring* van de elektronische notariële akte, zal ik in hoofdstuk 2 kort ingaan op het belang en de relevantie van dit onderwerp. Hiertoe zal ik achtereenvolgens de mogelijke voordelen van de elektronische notariële akte behandelen en aan de hand van de elektronische *onderbandse* akte, de Richtlijn elektronische handel en ontwikkelingen in andere Europese landen aantonen dat de elektronische notariële akte een reëel scenario is.

Vervolgens kom ik in hoofdstuk 3 en 4 tot de kern van de scriptie. In hoofdstuk 3 zal ik bekijken wat het doel is van de notariële akte en welke voorwaarden vervuld moeten worden om dat doel te kunnen realiseren. In hoofdstuk 4 zal ik nagaan hoe aan deze voorwaarden in elektronische vorm kan worden voldaan en of de elektronische vorm specifieke risico's met zich meebrengt die de vervulling van deze voorwaarden bedreigen.

In hoofdstuk 5 zal ik aangeven op welke manier de bewaring van de elektronische notariële akte naar mijn mening het beste kan worden aangepakt. Ten slotte zal ik ik antwoord geven op de hoofdvraag van mijn onderzoek en concluderen of een duurzame bewaring van de elektronische notariële akte mogelijk is.

¹⁷ Zoals dat in Oostenrijk gebeurt, zie § 2.5.

2 Een reëel scenario?

2.1 Inleiding

Over de elektronische notariële akte werd voor het eerst gepubliceerd in het KNB-praeadvies van 1996. Tomlow schetst in zijn futuristische bijdrage een papierloos kantoor waarin een aantal processen volledig geautomatiseerd is en waarbij de akte door de cliënt elektronisch op afstand wordt ondertekend.¹⁸ De lezer van deze *science fiction* wordt echter snel weer met beide benen op de grond gezet door de bijdrage van Prins die onder de titel ‘Waken voor digitaal geheugenverlies’ als eerste binnen het notariaat de kwestie van de digitale duurzaamheid aansnijdt.¹⁹ Ze geeft hierin een analyse van de vragen die met name op het gebied van bewijsrecht rijzen als de notariële akte in elektronische vorm zou worden bewaard. Sindsdien zijn er op dit gebied slechts enkele publicaties verschenen en daarin komt het onderwerp digitale duurzaamheid vaak alleen zijdelings aan de orde.²⁰ Ook de KNB heeft weliswaar enige verkenningen gedaan, maar de resultaten daarvan zijn slechts in beperkte kring gepubliceerd.

Al met al lijkt men in de literatuur niet echt warm te lopen voor de elektronische notariële akte. De weinige publicaties die er zijn, zijn over het algemeen tamelijk sceptisch over de mogelijkheid van een dergelijke akte. Moet daaruit worden afgeleid dat de elektronische notariële akte slechts een ‘wild’ idee was van een kleine groep juristen die in de ban was van de ICT-hype of is deze zwijgzaamheid in de literatuur onterecht en misschien zelfs een stilte voor de storm? Het is van belang om dit vast te stellen vóórdat de bewaring van de elektronische notariële akte nader wordt onderzocht. Als de elektronische notariële akte al bij voorbaat kansloos is, dan is een onderzoek naar de bewaring ervan immers weinig zinvol en blijft het beperkt tot een tamelijk academische exercitie. In dit hoofdstuk zal ik daarom enkele zaken bespreken die erop duiden dat de elektronische notariële akte geen onaannemelijk scenario is. Allereerst zal ik ingaan op de voordelen van de elektronische notariële akte en daarna zal ik enkele ontwikkelingen op het gebied van de elektronische *onderhandse* akte, de elektronische handel en de wetgeving in andere EU-landen bespreken.

18 Tomlow 1996, p. 18-24.

19 Prins 1996, p. 83.

20 Huijgen 1996, Franken 2001, Lekkerkerker 2002-a en 2002-b.

2.2 Voordelen

Een eerste vereiste voor de invoering van de elektronische notariële akte is dat deze akte voordelen heeft boven de akte op papier. Als dat niet het geval is, dan is het onaannemelijk dat de elektronische notariële akte zelfs ook maar zal worden overwogen. Hieronder zal ik daarom de mogelijke voordelen bespreken en waar nodig van een kritische noot voorzien. Sommige voordelen die in de literatuur worden genoemd zijn namelijk niet geheel onbetwistbaar. In paragraaf 1.6 kwam naar voren dat de elektronische bewaring van de notariële akte alleen voor de hand ligt als die akte ook in elektronische vorm is verleden. Daarom blijft het bespreken van de voordelen van de elektronische notariële akte niet beperkt tot de bewaring ervan, maar zal ook worden ingegaan op het voorbereiden en verlijden van de elektronische notariële akte.

Geen lijfelijke aanwezigheid vereist

De partijen die de akte ondertekenen (of hun vertegenwoordigers) dienen te verschijnen voor de notaris.²¹ Eén van de redenen daarvoor is dat de notaris volgens artikel 39 WNA moet vaststellen dat degene die de akte ondertekent ook daadwerkelijk degene is voor wie hij zich uitgeeft. Door de elektronische notariële akte zou lijfelijke aanwezigheid voor deze controle overbodig worden. Artikel 3:15a BW biedt namelijk de mogelijkheid van een *geavanceerde elektronische handtekening* die niet alleen juridisch gelijk staat aan de handtekening op papier, maar ook op unieke wijze aan de ondertekenaar is verbonden zodat het mogelijk is de ondertekenaar daarmee te identificeren.²² Als deze geavanceerde elektronische handtekening onder een elektronische geschrift wordt gezet, is het vaststellen van de identiteit niet langer noodzakelijk en hoeven partijen daarvoor niet meer naar de notaris. De behoefte daaraan bij particuliere cliënten moet niet worden overdreven,²³ maar zal misschien wel leven bij ‘professionele, internationaal opererende partijen die met grote regelmaat rechtshandelingen aangaan waarvoor de notariële akte vereist of gewenst is.²⁴

Tomlow laat in zijn bijdrage een cliënt uit Amsterdam en een cliënt uit Londen verschijnen (of

21 In deze scriptie ga ik uit van de partij-akte. De partij-akte is in feite een proces-verbaalakte met de toevoeging dat de verklaring van partijen erin is weergegeven en dat hij door partijen is (mede)ondertekend. Zie Huijgen & Pleysier 2001, p. 87. Er zijn op het punt van de bewaring van de notariële akte geen zaken die wel bij de proces-verbaalakte spelen, maar niet bij de partij-akte. Door de partij-akte als uitgangspunt te nemen, wordt dus ook de bewaring van de proces-verbaalakte gedekt.

22 De geavanceerde elektronische handtekening wordt gedefinieerd in artikel 2 lid 2 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* 2000 L 13/12.

23 Van Esch 1996, p. 62. Op bijzondere momenten in het leven van de cliënt, bijvoorbeeld bij de levering aan een pas getrouwd stel van hun eerste huis, kan de charme van het ondertekekeningsritueel zelfs gewaardeerd worden door cliënten.

24 zie Melis/Waaijer 2003, p. 159-160.

eigenlijk juist niet) voor een notaris in Heerlen. ‘De akte wordt gepasseerd doordat de notaris de elektronische handtekening van partij(en) en zijn elektronische handtekening toevoegt aan de elektronische ontwerpakte.’²⁵ Partijen hoeven volgens Tomlow niet meer lijfelijk aanwezig te zijn en dat bespaart cliënten, zeker als zij ver weg wonen, een hoop tijd. Als de notaris bij het passeren van de akte problemen voorziet, kan hij desgewenst een videoconferentie organiseren. Was dit in 1996 alleen nog weggelegd voor de ervaren en gefortuneerde computergebruiker, anno 2004 beschikt een groot aantal huishoudens over de faciliteiten om betrekkelijk eenvoudig en goedkoop met de computer of mobiele telefoon een beeld- en geluidsverbinding tot stand te brengen.²⁶

Of een dergelijke verbinding de notaris voldoende mogelijkheden biedt om te voldoen aan de *Belehrungspflicht* moet worden betwijfeld.²⁷ Een deel van de wilscontrolerende functie van de notaris gaat bij een videoconferentie onmiskenbaar verloren. Zo zal de notaris de sterke dranklucht van de cliënt in Londen niet waarnemen en niet zien dat de cliënt in Amsterdam onder schot wordt gehouden door iemand die net buiten beeld staat.²⁸ Men kan daartegen inbrengen dat dit nadeel zich ook voordoet als de cliënt zich laat vertegenwoordigen door een gevolmachtigde en zelfs als de cliënt in persoon op kantoor verschijnt, valt niet uit te sluiten dat hij handelt onder invloed van chantage. De ‘tegenwoordigheid’ van partijen via een beeld- en geluidsverbinding houdt mijns inziens het midden tussen lijfelijke aanwezigheid en vertegenwoordiging door volmacht. Daarmee is dit hulpmiddel niet geheel vrij van risico’s. Want hoewel de volmacht blijkens artikel 44 WNA is toegestaan, dient het uitgangspunt te zijn dat de cliënt in persoon voor de instrumenterende notaris verschijnt.²⁹ Of de videoconferentie in voldoende mate persoonlijk contact biedt is de vraag. Vermoedelijk zal de videoconferentie wel toelaatbaar zijn bij gevallen waarin thans met een volmacht gewerkt mag worden. Dat benadert de lijfelijke aanwezigheid immers meer dan de volmacht en zal daarom zelfs zijn te prefereren. Dat door de videoconferentie de volmacht overbodig wordt, zoals Tomlow meent, is naar mijn mening echter niet het geval. Er zullen situaties blijven bestaan waarin er behoefte is aan de volmacht. Denk bijvoorbeeld aan de vereniging die volgens de statuten door de voorzitter en

25 Tomlow 1996, p. 19. In mijn visie zet niet de *notaris*, maar elke partij zelf zijn elektronische handtekening. ‘Het is een fundamenteel cryptografisch principe dat de privésleutel exclusief bezit is van de eigenaar (...)’ aldus Koops 1997, p. 153.

26 Niet iedereen meent dat het al zover is, vergelijk Lekkerkerker 2004, p. 10.

27 De notaris dient zich ervan te vergewissen dat partijen helder voor ogen hebben wat de gevolgen zijn van de akte die zij ondertekenen. Groningse huwelijksvoorwaarden-arrest (Hoge Raad 20 januari 1989, NJ 1989, 766) en inmiddels gecodificeerd in artikel 43 WNA.

28 Vergelijk Vuylsteke 2003, p. 202.

29 Aldus Notariskamer Hof Amsterdam 22 juli 2004, LJN AQ4770. Echter, ‘Het passeren van akten terwijl één of meer partijen bij volmacht verschijnen, is [wel, MCWH] toelaatbaar indien het initiatief daartoe (...) van de desbetreffende cliënt uitgaat.’ Zie over de *Belehrung* bij de volmacht ook Melis/Waaijer 2003, p. 128-130.

secretaris gezamenlijk wordt vertegenwoordigd. Zonder volmacht zouden zij voor iets betrekkelijk eenvoudig als de levering van een onroerende zaak beiden gelijktijdig ten kantore van de notaris moeten verschijnen of zouden beiden moeten deelnemen aan de videoconferentie.

De wilscontrole in het algemeen en de Belehrung in het bijzonder worden mijns inziens terecht aangemerkt als mogelijke knelpunten bij het *op afstand* verlijden van de elektronische notariële akte. ‘De voorschriften met betrekking tot het verlijden van akten, dienen om te komen tot een zodanige procedure dat daardoor de door de wet aan de akte toegekende bijzondere betekenis, kan worden gerechtvaardigd.’³⁰ Hoewel het op afstand verlijden van de akte in sommige situaties niet geoorloofd zal zijn, zijn er ook gevallen waarin het elektronisch en op afstand verlijden van de akte niet op bezwaren stuit en door de cliënt wordt gewaardeerd.³¹ Hierbij valt te denken aan een bank die dagelijks meerdere hypotheekleningen verstrekt. Nu nog laat die bank zich vertegenwoordigen door kantoorpersoneel van de notaris, hetgeen ik dubieus vind, aangezien de leek hierdoor de indruk kan krijgen dat de notaris aan de kant van de bank staat. Het elektronisch verlijden van de akte door de bank zelf zou hier vanuit dit oogpunt zelfs wenselijk zijn. Voor de situaties waarin lijfelijke aanwezigheid vereist of gewenst is, kan de akte ook ten kantore van de notaris elektronisch worden ondertekend. De hiervoor aangehaalde argumenten staan daaraan niet in de weg.

Archiveren van de minuut

Nadat de akte is gepasseerd en de nodige afschriften zijn gemaakt (zie ook hierna), wordt de minuut toegevoegd aan het protocol van de notaris. Na verloop van tijd wordt een deel van dat protocol overgebracht naar de algemene archiefbewaarplaats en uiteindelijk komen de minuten terecht bij het Nationaal Archief.³² Bij beide overbrengingen moeten allerlei handelingen worden verricht ten aanzien van het protocol, het repertorium en de kaartsystemen en ten slotte moeten de minuten fysiek worden verplaatst.³³ Al met al is dit een tijdrovende en kostbare aangelegenheid. Daar komt bij dat aan alle ruimten waarin het protocol wordt bewaard bijzondere eisen zijn gesteld met betrekking tot brand- en inbraakveiligheid en klimatologische

30 Melis/Waaijer 2003, p. 115.

31 Over het trekken van een grens tussen cliënten die zonder Belehrung kunnen en cliënten die wel in persoon moeten verschijnen, Lekkerkerker 2002-b, p. 46-47.

32 Artikel 58 lid 1 WNA bepaalt dat het deel van het protocol dat ouder is dan 30 jaar wordt overgebracht naar de algemene bewaarplaats; het deel dat ouder is dan 20 jaar *mag* worden overgebracht. Na 75 jaar worden de akten overgebracht naar het Nationaal Archief (voorheen Algemeen Rijksarchief), voor testamenten is die periode 100 jaar. Zie ook Melis/Waaijer 2003, p. 281-281.

33 Welke handelingen precies moeten worden uitgevoerd is beschreven in artikel 58 lid 3 WNA, de Regeling overbrenging notariële archiefbescheiden naar de algemene bewaarplaats (ministeriële regeling van 14 september 1999, Stcrt. 1999, 181), artikel 59 lid 2 WNA en de Regeling overbrenging notariële archiefbescheiden naar de rijksarchiefbewaarplaats (ministeriële regeling van 11 oktober 1999, Stcrt. 1999, 20).

omstandigheden.³⁴

Als de akte direct zou worden opgeslagen in een centraal elektronisch archief, zoals dat in Oostenrijk reeds gebeurt,³⁵ zouden de handelingen die samenhangen met de overbrengingen wegvallen. Bovendien neemt een elektronisch archief veel minder ruimte in beslag. Een en ander leidt tot een structurele besparing van tijd en kosten. Daar staat tegenover dat het opzetten en onderhouden van een dergelijk archief ook kosten met zich meebrengt, mede in verband met de voorwaarden die in hoofdstuk 3 aan de orde zullen komen.

Afschriften

Het elektronisch bewaren van de notariële akte heeft niet alleen voordelen bij het opbergen van de akte, maar maakt ook het raadplegen van de akte aanmerkelijk eenvoudiger. Als alle notariële akten in een centraal elektronisch archief worden bewaard, hoeft de notaris voor de recente akten niet meer zijn kluis in om de minuut op te diepen. Daarnaast heeft hij eenvoudig toegang tot de oudere door hem opgemaakte akten die hij anders bij de archiefbewaarplaats zou moeten opvragen. Zou men de notaris toegang geven tot *alle* akten, dus ook die van zijn vakbroeders, dan zou de cliënt voor een afschrift of uittreksel niet meer langs de notaris hoeven in wiens protocol de akte zich bevindt. Dit zou tot meer concurrentie kunnen leiden op een terrein waar nauwelijks gevaar bestaat dat dit een negatief effect heeft op de kwaliteit van de notariële dienstverlening.

De akte is in elektronische vorm niet alleen sneller te raadplegen, ook het vervaardigen van een afschrift voor partijen (niet alleen direct na het verlijden maar vooral ook na verloop van tijd) zou eenvoudiger worden. Komt daar nu nog wat ‘knutsel-’ en kopieerwerk bij kijken, van een elektronische minuut kan zonder noemenswaardige inspanning per e-mail een elektronisch afschrift naar de belanghebbende worden gestuurd.³⁶ Dit levert een kostenbesparing en tijdwinst op. Zeker bij grote belangen zal de cliënt een vlotte afhandeling kunnen waarderen en bij internationale verzendingen spelen tijdwinst en portokosten des te meer. Voor het verstrekken van een afschrift zou ook een andere weg gekozen kunnen worden. Veel akten worden in de notariële vorm verleden, louter omdat dit een constitutief vereiste is. Bij de particuliere cliënt verdwijnt het afschrift na het verlijden direct in een lade om daar -tenzij er vragen rijzen of

34 artikel 12 WNA en Regeling bouw en inrichting archiefruimten (regeling op grond van de Archiefwet van 6 september 2001, Stcrt 2001, 180).

35 In Oostenrijk worden de akten op dit moment daarbij ook (nog) op papier bewaard.

36 Hoewel een kopie van een digitaal bestand identiek is aan het origineel, blijft het onderscheid tussen minuut en afschrift van belang, omdat steeds duidelijk moet zijn wat het ‘brondocument’ is. Dit brondocument moet immers met bepaalde waarborgen zijn omgeven (zie hoofdstuk 3). In deze scriptie maak ik in beginsel geen onderscheid tussen *elektronisch* en *digitaal*. Strikt genomen is er wel een verschil tussen de digitale en de elektronische *handtekening*, maar dat valt buiten het bestek van deze scriptie.

onenigheid ontstaat- nooit meer uit te komen. Als het afschrift elektronisch wordt afgegeven, zal de cliënt het bestand opslaan op zijn computer. Tegen de tijd dat hij de akte weer nodig heeft om bijvoorbeeld te kijken aan wie hij ook al weer zijn zilveren bestek had gelegateerd, heeft hij al drie keer een nieuwe computer aangeschaft en is het elektronische afschrift niet meer te vinden. Een systeem waarbij de cliënt na legitimatie met zijn (geavanceerde) elektronische handtekening zelf een afschrift kan kopiëren uit het centraal elektronisch archief is dan wellicht een beter optie en bovendien klantvriendelijk. Dat zou echter wel een breuk betekenen met het huidige systeem waarin de notaris de afschriften afgeeft.³⁷

Meer voordeel valt naar mijn mening te behalen bij het akteverkeer tussen het notariskantoor en de verschillende diensten. Tomlow introduceert de mogelijkheid deze processen te automatiseren. In de akte zouden volgens hem codes kunnen worden opgenomen waardoor de akte automatisch naar de juiste instanties wordt gestuurd, zoals de Dienst Registratie & Successie³⁸ en de Dienst van het Kadaster en de Openbare Registers.³⁹ Het automatiseren van deze processen is weer een stap verder dan louter een elektronische akte en zou de notaris een behoorlijke besparing van tijd en arbeid opleveren. De voorgestelde communicatie tussen notariskantoor en diensten is een vorm van *electronic data interchange* (EDI). Praktisch zou dit kunnen worden vormgegeven door gebruik te maken van XML.⁴⁰ Naast de door Tomlow genoemde diensten zou bij uiterste wilsbeschikkingen ook automatisch een bericht naar het centraal testamentenregister (CTR) kunnen worden gestuurd.⁴¹

Voordelen voor ondernemers in het algemeen

De Kroon voert in de inleiding van haar scriptie een aantal voordelen aan die *ondernemers* zouden hebben van digitale archivering.⁴² Deze voordelen (te weten: lage kosten, beschikbaarheid, tijdsbesparing, mobiliteit, klantvriendelijkheid en ruimtebesparing) gelden volgens haar ook voor de notaris. Mijns inziens zijn deze voordelen echter niet onverkort van toepassing op de elektronische bewaring van de notariële akte, en wel om twee redenen.

De eerste reden is dat de notariële akte die wordt gearchiveerd geen *onderhanden werk* is, maar een

37 Vergelijk artikel 160 lid 2 Rv ‘wanneer zij zijn afgegeven door een daartoe bevoegde ambtenaar’ j° 49 WNA.

38 Deze dienst bestaat inmiddels niet meer.

39 Tomlow 1996, p. 19. Voor de goede orde zij vermeld dat het centraal testamentenregister of de openbare registers iets anders is dan de archiefbewaarpplaats of het Nationaal Archief.

40 De *extensible markup language* (XML) is een standaard die kort gezegd de mogelijkheid biedt om gegevens gestructureerd uit te wisselen en te verwerken.

41 Het CTR bewaart zelf geen afschriften van testamenten; het houdt alleen bij *of* iemand een uiterste wilsbeschikking heeft en zo ja, onder welke notaris deze berust.

42 De Kroon, p. 5.

‘eindproduct’. Aan de hand van twee voorbeelden uit de scriptie van De Kroon zal ik aangeven waarom deze constatering van belang is. In het artikel van Timmerhuis⁴³ (waaraan De Kroon de voordelen heeft ontleend) wordt geen onderscheid gemaakt tussen het archiveren van documenten die betrekking hebben op *lopende* projecten en documenten van *afgeronde* projecten. De door Timmerhuis genoemde voordelen zijn op deze laatste groep documenten niet of in mindere mate van toepassing. Zo is ‘beschikbaarheid’ in de zin dat het document op een handige manier vanaf elke aangesloten p.c. raadpleegbaar is, alleen een voordeel als een notariële akte vaak opgezocht of bewerkt moet worden. Bij een eenmaal verleden akte is dat niet het geval. Het incidentele voordeel weegt in dat geval niet op tegen de automatiseringskosten. Het automatiseren van een taak loont alleen als die taak veelvuldig wordt uitgevoerd; incidentele handelingen kan men doorgaans beter handmatig blijven doen. Hetzelfde geldt voor het door De Kroon genoemde voordeel van ‘mobiliteit’ in de zin dat de werknemer vanaf de *flex-plek* het document kan oproepen. Dit voordeel geldt wellicht in de fase van de voorbereiding van de (concept-)akte, maar is wederom op de ‘verleden’ akte niet van toepassing. Met het verlijden van de akte is de zaak immers afgerond en wordt er in beginsel niets meer aan de akte veranderd, laat staan dat er behoefte zou zijn om er met meerdere personen gelijktijdig aan te werken. Daarbij is het de vraag of het met het oog op de geheimhoudingsplicht van de notaris überhaupt wenselijk is dat de (concept-)akte het kantoor verlaat.

Hiermee beland ik bij mijn tweede bezwaar. De notaris mag dan (voor een deel) ondernemer zijn, hij drijft wel een bijzonder soort onderneming. Deze onderneming stelt andere eisen aan een archief. Waar een ondernemer in het algemeen zijn archief vooral nodig zal hebben om enkele jaren (hooguit 7 jaar volgens het rechtspersonenrecht en het belastingrecht)⁴⁴ terug te kunnen kijken, zijn notariële akten vaak ook (of pas) na langere tijd van belang. Denk met name aan testamenten en akten van huwelijkse voorwaarden, maar ook aan de statuten van een vereniging die meer dan honderd jaar oud is. Een ander verschil is dat de documenten in een notarieel archief in mindere of meerdere mate een vertrouwelijk karakter hebben. Waar het bij een ‘normaal’ bedrijf wenselijk is dat gegevens voor alle werknemers eenvoudig toegankelijk zijn, is het in het notariaat juist niet de bedoeling dat alle medewerkers zomaar overal kunnen rondsnuffelen; akten en dossier dienen alleen beschikbaar te zijn op een *need to know*-basis.

De voordelen van het elektronisch archiveren die gelden voor de gewone ondernemer zijn dus niet zonder meer toepasbaar in het notariaat. Wel kunnen ze gelden in de voorbereidende fase

43 Timmerhuis 2001.

44 Artikel 2:10 lid 3 BW en 52 lid 4 AWR.

(de recherche, het opstellen van de concept-akte e.d.), maar dat gebeurt op dit moment al volop met de computer en dat kan niet gelden als argument om een elektronische notariële akte in te voeren, omdat dat onder de huidige wetgeving al probleemloos kan. Men dient deze veronderstelde voordelen dus kritisch te benaderen.

Conclusie

Alhoewel sommige in de literatuur aangedragen voordelen afketsen op problemen van feitelijke of juridische aard, kan worden gesteld dat de elektronische notariële akte zeker enkele voordelen heeft boven de akte op papier. Met name bij veelvoorkomende processen zou automatisering kunnen leiden tot een besparing van tijd en geld. Voor de particuliere cliënt is het aantal voordelen dan misschien beperkt, maar als de elektronische notariële akte aan de kant van de notaris de kosten reduceert, zal ook de cliënt daarvan uiteindelijk de vruchten plukken.

2.3 De elektronische onderhandse akte

Het op afstand ondertekenen van een elektronische notariële akte stuit vooralsnog op bezwaren op het gebied van de wilscontrole en de Belehrung (zie § 2.2). Voor de *onderhandse* akte gelden deze voorschriften uit de WNA echter niet. Doordat de geavanceerde elektronische handtekening onafhankelijk is van papier en tevens de identiteit van de ondertekenaar bewijst, biedt zij bij uitstek mogelijkheden voor *e-commerce*.

Zowel de onderhandse akte als de notariële akte vallen onder het overkoepelende artikel 156 lid 1 Rv dat de akte definieert als een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen. Behalve een elektronische handtekening is er dus ook een elektronisch geschrift nodig om van een elektronische (onderhandse) akte te kunnen spreken.⁴⁵ In de literatuur werd al langer vrij algemeen betoogd dat een geschrift voor wat betreft zijn 'medium' niet beperkt is tot papier en dat onder bepaalde voorwaarden ook bij de elektronische vorm sprake kan zijn van een geschrift.⁴⁶ Omdat juridische bronnen echter geen uitsluitel gaven, was het enige tijd onzeker of men kon spreken van een elektronische onderhandse akte met de bijbehorende bewijskracht van artikel 157 lid 2 Rv. Ook was niet duidelijk of met een elektronisch document kon worden

45 De bewijsbestemming is geen (noodzakelijk) onderdeel van de verklaring, maar eerder een element van de wil. Daarmee is zij onafhankelijk van het gekozen medium (papier of elektronisch) en vormt geen beletsel voor een elektronische akte.

46 Zie voor een bespreking van rechtspraak en literatuur Huydecoper & Van Esch 1997, p. 112-113. Zij komen tot een juridische gelijkstelling van een elektronisch document aan een geschrift onder de voorwaarde dat 'een bepaald elektronisch document met al zijn kenmerken dezelfde functies kan vervullen als die welke de wetgever voor ogen stonden toen hij de schriftelijke vorm voorschreef'.

voldaan aan het totstandkomingsvereiste bij overeenkomsten waarvoor de schriftelijke vorm is voorgeschreven.

In juni 2004 is de heersende leer door artikel 6:227a BW verheven tot wet: indien uit de wet voortvloeit dat een *overeenkomst*⁴⁷ slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt, is aan deze eis tevens voldaan indien de overeenkomst (onder bepaalde voorwaarden) langs elektronische weg tot stand is gekomen.⁴⁸ In combinatie met de eerder ingevoerde elektronische handtekening (artikel 3:15a BW) leidt dit tot het bestaan van de elektronische onderhandse akte. Deze constatering wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis. ‘(...) binnen de grenzen van de artikelen 3:15a en 6:227a BW zal inderdaad voldaan kunnen worden aan de voor een akte gestelde eisen van ondertekening en schriftelijkheid (art. 156, eerste lid, Rv). Gelijkstelling met een akte ligt dan derhalve in de rede, met inbegrip van de daaraan toekomende – binnen de grenzen van art. 157, tweede lid, Rv dwingende – bewijskracht.’⁴⁹

De notariële akte is een *species* van de authentieke akte.⁵⁰ Aan de authentieke akte worden in artikel 156 lid 2 Rv aanvullende eisen gesteld ten opzichte van de onderhandse akte. Zo moet de authentieke akte in vereiste vorm en bevoegdelijk zijn opgemaakt door een ambtenaar aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hem gedane waarnemingen of verrichtingen. Die *vereiste vorm* is voor de notariële akte vastgelegd in de WNA (en de daarmee verbonden KNB-verordeningen) en schrijft nu nog papier voor.⁵¹ Als de elektronische (onderhandse) akte eenmaal in de praktijk is ingeburgerd en de ervaringen met deze akte positief zijn, ligt het in de rede dat de wetgever ook voor de *notariële* akte de elektronische vorm zal overwegen.

47 Deze gelijkstelling geldt uitsluitend voor overeenkomsten. Enkele soorten overeenkomsten zijn in de leden 2 en 3 van artikel 6:227a BW uitgezonderd van de gelijkstelling. Artikel 6:227a BW leidt dus niet tot een algehele gelijkstelling van elektronische documenten met geschriften, zie ook Volgens Horrevorts & Van Esch 2003, p. 25. Mogelijk wordt de toepasselijkheid op korte termijn nog verder uitgebreid, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 6.

48 Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel (Stb. 2004, 210), in werking getreden op 18 juni 2004 (Stb. 2004, 285). Dit artikel geeft uitvoering aan artikel 9 van de Richtlijn elektronische handel.

49 *Kamerstukken I* 2002/03, 27743, nr. 35, p. 10 (Memorie van Antwoord).

50 Andere authentieke akte zijn die van deurwaarders en ambtenaren van de Burgerlijks Stand, aldus Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 101. Daarnaast noemt Morée (Van Nispen, Van Mierlo & Polak 2002, p. 268) nog enkele authentieke akten. Hoewel verreweg de meeste notariële akten authentiek zijn, bestaan er ook onderhandse notariële akten. De onderhandse verklaring van erfrecht is daarvan een voorbeeld, zie Huijgen & Pleysier 2001, p. 113-114.

51 Met name artikel 41 lid 2 WNA j^o Verordening aktepapier, Verordening van de KNB van 21 juni 2000, Stcrt. 2000, 182, goedgekeurd door de Staatssecretaris van Justitie bij brief d.d. 13 september 2000, nummer 5047950/00/06.

2.4 Wegnemen van handelsbelemmeringen

Nederland staat niet op zichzelf met het erkennen van ‘elektronische schriftelijkheid’ en de elektronische onderhandse akte, maar volgt hiermee een internationale tendens. Uit het oogpunt van bevordering van de economie wordt het wenselijk geacht dat zoveel mogelijk belemmeringen van de (internationale en internet-) handel worden weggenomen.⁵² Eén van die belemmeringen wordt gevormd door wettelijke bepalingen op nationaal niveau die voor het sluiten van bepaalde overeenkomsten een vorm van schriftelijkheid *op papier* voorschrijven.⁵³ Door dergelijke voorschriften wordt immers de elektronische handel beperkt in zijn ontwikkelingsmogelijkheden. Reeds in 1996 werd daarom in de UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce het streven naar een *media-neutral environment* opgenomen, wat inhoudt dat (de geldigheid van) overeenkomsten zo min mogelijk afhankelijk moet worden gemaakt van papieren documenten.⁵⁴ Ook de Europese Unie acht dit bevorderlijk voor een bloeiende interne markt en benadrukt in overweging 34 van de Richtlijn elektronische handel dat vormvereisten die een belemmering vormen voor de elektronische handel zoveel mogelijk moeten worden weggenomen uit de wetgeving van de lidstaten.⁵⁵

Hoewel de Richtlijn elektronische handel volgens artikel 1 lid 5 sub d niet van toepassing is op de activiteiten van notarissen ‘voorzover die een direct specifiek verband met de uitoefening van de publieke taken inhouden’ en het verlijden van notariële akten dus niet onder de richtlijn valt, is de richtlijn niet geheel zonder betekenis voor de notariële akte. Voorzover wetgeving van de lidstaten namelijk de notariële akte (op papier) voorschrijft als vereiste voor een bepaalde (handels)overeenkomst, levert deze een belemmering op van de elektronische handel en zou die wetgeving in beginsel moeten worden aangepast.⁵⁶ In Nederland is voor de notariële akte weliswaar papier voorgeschreven, maar dit levert geen bezwaar op (en zou dat ook zonder artikel 9 lid 2 sub b van de richtlijn niet doen), aangezien er geen handelsovereenkomsten zijn waarvoor de notariële akte is voorgeschreven; zelfs voor de koop van een onroerende zaak is geen notariële tussenkomst vereist.⁵⁷ Er zijn echter wel transacties denkbaar waarbij de tussenkomst van een notaris *wenselijk* is. In die gevallen vormt het feit dat de notariële akte op papier moet worden

52 Vergelijk artikel 6 van de doelstelling (*objectives*) van de UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

53 Of meer in het bijzonder de akte, ‘het (koop)contract’, op papier.

54 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998.

55 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‘richtlijn inzake elektronische handel’), *PbEG* 2000 L 178/1.

56 Uiteindelijk laat artikel 9 lid 2 sub b toe dat lidstaten bepalen dat de mogelijkheid van het elektronisch sluiten van overeenkomsten niet geldt voor overeenkomsten waarvoor notariële tussenkomst is voorgeschreven. Nederland maakt van deze mogelijkheid gebruik via artikel 6:227a lid 3 sub a BW.

gesteld wél een belemmering van de handel, zeker bij intracommunautaire transacties. Een buitenlandse partij zal dan immers alsnog het vliegtuig moeten pakken (of een vertegenwoordiger moeten sturen), alleen maar om een akte te ondertekenen. Het is niet uitgesloten dat de Europese Commissie ook dergelijke belemmeringen in de toekomst wil wegnemen.

2.5 Andere lidstaten van de Europese Unie

België en Frankrijk

In België beschrijft artikel 1317 BW de authentieke akte: ‘Een authentieke akte is een akte die in de wettelijke vorm is verleden voor openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opgemaakt.’ In 2003 is dit artikel aangevuld met een tweede lid: ‘Ze mag op elke informatiedrager geplaatst worden, mits ze opgemaakt en bewaard wordt onder de door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, bepaalde voorwaarden.’⁵⁸

Hiermee is de deur naar de elektronische notariële akte weliswaar op een kier gezet, maar zolang er nog geen uitvoeringsbesluit is dat de opmaak en bewaring regelt, is ook het Belgische notariaat nog gebonden aan de akte op papier. Desgevraagd liet de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat weten dat zij op dit moment met Europese zusterorganisaties van gedachten wisselt over de voorwaarden die invulling moeten geven aan artikel 1317 BW, maar dat men nog bepaalde knelpunten ziet. Wel maakt men vorderingen met het elektronische *afschrift* van de notariële akte.

Een soortgelijke regeling als in België is in 2000 in Frankrijk ingevoerd. De authentieke akte mag in elektronische vorm worden verleden, mits hij voldoet aan bij nader decreet te stellen voorwaarden.⁵⁹ Ter voorbereiding van dit decreet is een commissie aangesteld, die onder leiding van I. de Lamberterie een belangrijk rapport heeft gepubliceerd.⁶⁰

57 Voor de *levering* van een onroerende zaak is uiteraard wel een notariële akte vereist, maar dat valt buiten het bereik van de richtlijn. De notariële akte is weer wel voorgeschreven voor bijvoorbeeld de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden (artikel 1:115 lid 1 BW), maar dat is geen *handels*overeenkomst.

58 Deze uitbreiding volgt uit artikel 28 van de Wet elektronische handel (11 maart 2003), maar is niet ingegeven door de Richtlijn elektronische handel. Het is een ‘vrijwillige’ codificatie in het kader van het project ‘e-Justice’ van het Belgische ministerie van Justitie dat ten doel had om interne processen binnen de gerechtelijke organisatie te (kunnen) automatiseren. Zie ook Vuylsteke 2003, p. 197.

59 Artikel 1317 Code Civil aangevuld door LOI n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, artikel 2.

60 I. de Lamberterie, *Les actes authentiques électroniques. Réflexion juridique prospective*, La documentation Française 2002, voor een bespreking daarvan: WWW <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publications/ouvrages/actes-authentiques.htm>> (geraadpleegd 3 oktober 2004).

Oostenrijk en Hongarije

Verder gevorderd is men in Oostenrijk, waar onder de naam Cyberdoc het eerste elektronische *notariële Urkundenarchiv* van Europa reeds een feit is. Alle notariële akten (*Urkunden*) en processen-verbaal (*Protokolle*) die sinds 1 januari 2000 zijn gepasseerd worden in dit centraal elektronisch archief opgeslagen. Wel dient hierbij opgemerkt te worden dat daarnaast de akten ook nog op papier bewaard blijven. Het voordeel van ruimtebesparing vervalt hiermee voorlopig; de toegevoegde waarde is voornamelijk de snelle toegankelijkheid van de akten. Daarnaast is in het verkeer tussen burger en overheid een elektronisch afschrift van de notariële akte een aanvaard bewijsmiddel.

Om de akten in Cyberdoc in te voeren heeft de notaris de beschikking over een p.c., uitgerust met scanner, printer en chip-lezer en een ISDN-verbinding met de centrale server in Wenen. In eerste instantie worden de papieren akten ingescand en als een versleuteld en door de notaris elektronisch ondertekend bestand verzonden naar de *Urkundenserver*. Zodra alle burgers een elektronische handtekening hebben, worden de stappen van het printen, met inkt ondertekenen en inscannen geschrapt en verloopt het proces volledig elektronisch. Sinds 1 januari van dit jaar maakt ook het Hongaarse notariaat gebruik van het Oostenrijkse Cyberdoc.

2.6 Conclusie

De elektronische notariële akte heeft voordelen en kan tijd- en kostenbesparingen opleveren, zowel aan de kant van de (professionele) cliënt als aan de kant van de notaris. Uit het bestaan van de elektronische *onderhandse* akte blijkt dat tegen een elektronische akte *an sich* geen bezwaren zijn. Sterker nog, omdat de elektronische akte de factor afstand in het handelsverkeer wegneemt en daarmee de handel bevordert, is er vanuit de Europese Unie een toenemende druk om zoveel mogelijk handelsovereenkomsten in de elektronische vorm mogelijk te maken. In andere lidstaten van de Europese Unie lijkt men de elektronische notariële akte inmiddels als een serieuze optie te beschouwen. In België en Frankrijk is de wetgeving voorbereid op de elektronische authentieke akte en in Frankrijk heeft een commissie reeds een uitgebreide verkenning gepubliceerd. In Oostenrijk en Hongarije wordt de notariële akte nu reeds in elektronische vorm bewaard. Aangezien in al deze landen de notaris en de notariële akte een vergelijkbare plaats innemen als in het ons recht, is een serieus onderzoek naar de elektronische notariële akte wellicht ook in Nederland op zijn plaats.

3. Voorwaarden voor de bewaring van de notariële akte

3.1 Doel van de notariële akte

Om de vraag te kunnen beantwoorden of duurzame bewaring van de notariële akte in elektronische vorm mogelijk is, moet eerst worden vastgesteld aan welke *voorwaarden* de bewaring van de notariële akte moet voldoen. Pas daarna kan worden gezien of (en op welke manier) het mogelijk is om deze voorwaarden in elektronische vorm te vervullen. In het vorige hoofdstuk kwam naar voren, dat de wet op dit moment voorschrijft dat de notariële akte (kort gezegd) op papier in een kluis wordt bewaard. De vraag is nu wat de *ratio* achter deze en andere voorschriften met betrekking tot de bewaring van de notariële akte is. Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet eerst worden gekeken naar het *doel* van de notariële akte.

Om te beginnen is de notariële akte een akte. Een akte is volgens artikel 156 lid 1 Rv de optelsom van een geschrift, een handtekening en bewijsbestemming. In deze beschrijving is het doel van de akte reeds vermeld: de akte is bestemd om tot bewijs te dienen. Omdat de notariële akte door een onpartijdig ambtenaar is opgemaakt, geldt de inhoud ervan (voor wat betreft de waarnemingen en verrichtingen van de notaris)⁶¹ als zeer betrouwbaar. De notaris verschaft zekerheid omtrent de datum, de identiteit van de ondertekenaars en het feit dat partijen zus-en-zo verklaard hebben. Daarmee levert de notariële akte ten aanzien daarvan tegen eenieder dwingend bewijs op, aldus artikel 157 lid 1 Rv. Naast het voorzien in ‘zeer betrouwbaar’ bewijs heeft de notariële akte een tweede doel. Doordat de akte wordt bewaard door de eerder genoemde onpartijdige ambtenaar en aan deze bewaring strikte voorwaarden zijn gesteld, wordt gewaarborgd dat de notariële akte behouden blijft en ook na verloop van tijd (een eeuw) nog als bewijs kan dienen. Het doel van de notariële akte kan aldus worden samengevat als het voorzien in *betrouwbaar* en *duurzaam* bewijs.

Voor de volledigheid zij vermeld dat het doel van de notariële *tussenkomst* veel ruimer is dan dat van de akte alleen. Doordat de notaris bij een rechtshandeling wordt betrokken, ontstaat er een hoge mate van rechtszekerheid. Omdat hij als *legal professional* de akte heeft opgesteld, zullen interpretatiekwesties minder snel aan de orde zijn. Ook zorgt de notaris ervoor dat zaken als beschikkings- en vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn gecontroleerd en als gevolg van de Belehrung en de lijfelijke aanwezigheid van partijen zullen vernietigingsgronden als bedreiging,

⁶¹ Vergelijk artikel 157 lid 1 Rv. De notaris verklaart slechts *dat* partijen zus-en-zo verklaard hebben, hij laat in het midden of hetgeen partijen verklaard hebben ook *waar* is. Huijgen & Pleysier 2001, p. 85.

bedrog en misbruik van omstandigheden minder snel aan de orde zijn.⁶² Zoals gezegd zijn dit enkele doelen van de notariële *tussenkomst* in bredere zin en niet van de akte op zich. Deze aspecten zullen bij het opsommen van de voorwaarden voor de bewaring van de notariële akte dan ook buiten beschouwing blijven.

3.2 Bronnen van voorwaarden voor bewijs

Nu geconstateerd is dat de notariële akte tot doel heeft te voorzien in duurzaam en betrouwbaar bewijs, wordt ook de ratio achter de verschillende voorschriften voor de notariële akte duidelijk. In samenhang met elkaar beogen deze voorschriften de duurzaamheid en betrouwbaarheid van de notariële akte als bewijsmiddel te waarborgen, zodat de daaraan verbonden dwingende bewijskracht⁶³ en de (daarmee samenhangende)⁶⁴ executoriale titel kan worden gerechtvaardigd.⁶⁵

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is welke voorwaarden aan de bewaring van de notariële akte gesteld moeten worden opdat deze duurzaam en betrouwbaar bewijs oplevert. In de literatuur zijn deze voorwaarden in kaart gebracht door Van Esch⁶⁶ en door de werkgroep-Huls,⁶⁷ maar bij geen van beide publicaties is duidelijk of het om een *volledige* inventarisatie gaat. Omdat een uitputtend overzicht van de voorwaarden waaraan een bewijsmiddel in het algemeen dient te voldoen door de wet, literatuur of rechtspraak niet wordt gegeven, zal ik deze voorwaarden aan de hand van twee bewijsmiddelen, geschrift en getuigenis, proberen volledig te inventariseren.⁶⁸ Hierbij maak ik gebruik van de bijdrage van de bijdrage van Van Esch en het MDW-rapport alsmede van de ‘beginselen van behoorlijk IT-gebruik’ die Franken reeds in 1993 formuleerde.⁶⁹ Deze beginselen zijn weliswaar geschreven met het oog op automatisering op het terrein van het bestuursrecht, maar sommige beginselen blijken ook in het bewijsrecht toepasbaar te zijn.

62 Artikel 3:33 BW j° 3:34, 3:44 en 3:61. De notaris heeft weliswaar een wilscontrolerende functie, maar hij doet hiervan doorgaans geen verslag in de akte. Wel houdt hij een dossier bij, waarin hij ondermeer aantekent wat er met de cliënt besproken is. Vergelijk de omgekeerde bewijslast in het nieuwe artikel over schenking, artikel 7:176 BW.

63 Artikel 157 Rv. Zie ook Huijgen & Pleysier 2001, p. 84-86. Over de uitwendige bewijskracht (*acta publica probant sese ipsa*) zie Asser/Anema 1953, p. 145 en over de achtergrond daarvan Vellinga 1987, p. 63.

64 Kraan wijst een verband tussen de bewijskracht van de authentieke akte en de executoriale kracht van de grosse af (met verwijzingen naar auteurs die dit verband juist *vel* zien), Kraan 1984, p. 132.

65 Alleen de grosse waarin een partij belooft iets te geven of te doen (of ‘waarin de partij zichzelf veroordeeld heeft’) heeft executoriale kracht, Huijgen & Pleysier 2001, p. 7 en Melis/Waaijer 2003, p. 178.

66 Van Esch 1996, p. 46-48, aangehaald in Franken 2001, p. 391.

67 MDW-Rapport, p. 22-25. Rapport van de werkgroep Elektronisch verrichten van rechthandelingen onder voorzitterschap van Prof. mr. N.J.H. Huls.

68 Juist voor deze (van de in artikel 1903 oBW opgesomde) bewijsmiddelen is gekozen omdat de notariële akte elementen van beide bewijsmiddelen in zich heeft. Tekst in bredere letter is aangepast n.a.v. de (definitieve) scriptiebespreking op 28 oktober 2004.

69 Franken 1993, p. 18-22.

Ook uit de voorschriften die van toepassing zijn op (de bewaring van) de notariële akte kunnen de voorwaarden worden gedestilleerd waaraan (de bewaring van) de notariële akte moet voldoen, maar dit is een lastige methode.⁷⁰ Ik heb er daarom voor gekozen om eerst de voorwaarden af te leiden uit ‘de aard van bewijs’ en de genoemde literatuur en deze vervolgens aan de hand van de voorschriften die gelden voor de bewaring van de notariële akte (marginaal) te toetsen op volledigheid.

3.3 Voorwaarden voor bewijsmiddelen in het algemeen

Artikel 152 lid 2 Rv gaat uit van een vrije waardering van bewijs door de rechter en geeft daarbij niet aan welke voorwaarden gelden voor een bewijsmiddel. Dat is ook niet nodig, want doorgaans zal de rechter vanzelf tegen deze voorwaarden ‘aanlopen’ als er niet aan is voldaan. Aan de hand van de bewijsmiddelen geschrift en getuigenis zal ik deze voorwaarden in kaart brengen. De hiervoor genoemde literatuur zal ik hierin zoveel mogelijk integreren en daarna zal ik de opsomming toetsen op volledigheid door de WNA na te lopen op voorschriften die niet terug te voeren zijn op een van de hieronder genoemde voorwaarden.

a. Bestaan

Het bewijsmiddel moet bestaan, ook nog op lange termijn. Niet alleen de drager, maar ook de boodschap moet bestaan. De overleden getuige kan geen bewijs leveren, net zo min als de getuige die nog wel leeft maar wiens herinnering is aangetast door dementie. Evenzo zal de verbrande akte weinig meer kunnen bewijzen, maar zelfs als de akte de brand heeft overleefd, is de boodschap verloren als de inkt door het bluswater volledig is uitgelopen. Van Esch en het MDW-rapport noemen deze voorwaarde *duurzaamheid*, maar in mijn optiek is dat eerder een overkoepelend begrip waar meerdere van de in deze paragraaf genoemde voorwaarden onder vallen. Nauwkeuriger is Franken, die de bestaansis ziet als een aspect van de voorwaarde *beschikbaarheid*. In de wet wordt deze voorwaarde gewaarborgd door de artikelen 57, 58 en 59 WNA (de notariële archieven).

b. Beschikbaarheid

De getuige die op reis is gegaan zonder de thuisblijvers te laten weten waarheen, kan geen bewijs leveren, net zo min als de akte die op een verkeerde plaats in het archief is opgeborgen en niet meer terug te vinden is. Ook de getuige die ondanks gijzeling weigert zijn verklaring af te leggen

⁷⁰ Zo ook Aalberts & Van der Hof 2000, p.59 over de ‘functional-analysis test’.

is geen bewijsmiddel.⁷¹ De vindbaarheid en bereidheid om te getuigen zijn aspecten van de voorwaarde dat het bewijsmiddel beschikbaar moet zijn. Franken en het MDW-rapport noemen de beschikbaarheid ook, maar dan in de zin dat informatie toegankelijk moet zijn. Zij leggen dit criterium breder uit dan alleen bewijsrechtelijk en scharen hier kennelijk ook de toegankelijkheid van de akte voor partijen (en derden) onder. In de wet beogen artikel 12 (bewaring protocol), 15 lid 1 (overnemen protocol) en 29 lid 9 WNA (zegel van de vervangen notaris) de vindbaarheid (en daarmee de beschikbaarheid) van de notariële akte te bevorderen. De eis van toegankelijkheid komt ook tot uitdrukking in artikel 1 VBP dat bepaalt ‘dat zijn protocol toegankelijk is en dat daarvan te allen tijde een duidelijk overzicht bestaat.’⁷²

c. Waarneembaarheid

De rechter moet kennis kunnen nemen van de inhoud van het bewijsmiddel. Bij de stomme getuige die niet kan schrijven zal hij daarin lastig slagen. Dit geldt ook voor de akte waarvan de inkt door jarenlange inwerking van zonlicht onleesbaar is geworden. Het vereiste van waarneembaarheid hangt samen met de beschikbaarheid. Van Esch noemt naast *waarneembaarheid* de functie van *publiciteit* en verstaat daaronder dat derden kennis kunnen nemen van de gegevens. In het MDW-rapport wordt dit duurzaamheid genoemd, naar mijn mening ook hier te eng gedefinieerd. Artikel 41 lid 1 sub a WNA (goed leesbaar) waarborgt de waarneembaarheid.

d. Authenticiteit

Is het bewijsmiddel niet authentiek, dan zal de bewijswaarde gering zijn.⁷³ De verklaring van de getuige die iets van ‘horen zeggen’ heeft, is als bewijsmiddel tamelijk waardeloos, zo blijkt uit artikel 163 Rv. Dat geldt ook voor een fotokopie van de akte, aangezien de kracht van het schriftelijk bewijs is gelegen in de oorspronkelijke akte volgens artikel 160 lid 1 Rv. Bij Van Esch en het MDW-rapport komt dit terug in het criterium *originaliteit*. Het origineel dient onderscheiden te kunnen worden van kopieën, aldus het MDW-rapport. Een ander aspect van de authenticiteit is dat vaststaat dat de akte ‘echt’ is. Een akte waaronder een nagemaakte handtekening staat bewijst niets. Ook Franken noemt de voorwaarde van authenticiteit: ‘Het gaat erom of verzonden berichten werkelijk van de afzender afkomstig zijn (...)’ De artikelen 37 lid 2, 43 lid 4 en 51 lid 1 WNA (ondertekening en bezegeling van de akte) dienen om de authenticiteit te onderstrepen.

71 Artikel 173 Rv.

72 Blijkens de toelichting van 21 juni 2000 op artikel 1 VBP geldt dit overigens ook voor de dossiers (niet behorende tot het protocol), niet op basis van deze verordening, maar uit hoofde van de functie van de notaris.

73 Hier wordt *niet* bedoeld op authentiek als tegenhanger van onderhands.

e. Integriteit

Met de authenticiteit hangt de integriteit nauw samen. Ook Franken noemt deze voorwaarde. Het houdt in dat het bewijsmiddel niet gemanipuleerd mag zijn. De getuigeverklaring waarin onder druk van een der partijen opzettelijk bepaalde zaken worden verzwegen, is een slecht bewijsmiddel. Voor de akte betekent integriteit dat de akte onbeschadigd en volledig moet zijn en dat er geen onbevoegde veranderingen in zijn aangebracht. Het MDW-rapport spreekt over 'integriteit en compleetheid', en verstaat daaronder dat de akte niet gewijzigd mag kunnen worden. De akte waarvan blijkens de nummering enkele pagina's ontbreken zal nog maar weinig bewijs opleveren, evenals de akte die deels is opgegeten door ongedierte. Van Esch noemt daarnaast de norm *fraudebestendigheid*. Artikel 41 lid 1 sub b, c en d WNA (onbeschrijfbaar maken van open delen en voluit schrijven van getallen), artikel 43 lid 3 WNA (nummeren van de bladzijden) en 177 lid 2 Rv (de gehele waarheid en niets dan de waarheid) zijn bedoeld om de integriteit van bewijsmiddelen te bevorderen.

f. Transparantie

Transparantie is noodzakelijk om het bewijsmiddel te kunnen toetsen of kwalificeren. Ook Franken noemt deze eis. Zo moet vast te stellen zijn wie de getuige is (177 lid 1 Rv), hetgeen onder meer van belang is om de betrouwbaarheid van zijn verklaring te kunnen inschatten. Van de akte moet bepaalbaar zijn wanneer en door wie hij is verleden. Anders kan immers niet worden vastgesteld dat de akte bijvoorbeeld niet door een notaris, maar door zijn (onbevoegde) klerk is verleden. De artikelen 5 (namenregister), 30 lid 2 (deponeren van de handtekening), 39 lid 1 en lid 2 (getuigen), 40 (inhoud akten), 45 lid 1 (tekstwijzigingen) en 96 lid 4 WNA (inzage in administratie) houden verband met deze voorwaarde.

3.4 Aanvullende voorwaarde voor de notariële akte

g. Geheimhouding

De voorwaarde van geheimhouding geldt niet voor bewijs in het algemeen, maar wel voor de notariële akte. De akte kan namelijk vertrouwelijke gegevens bevatten, bijvoorbeeld over familie, vermogen of bedrijf. De persoonsgegevens die verplicht in de akte worden opgenomen (zoals naam, geboortedatum en paspoortnummer) moeten volgens artikel 13 WBP met een 'passend beveiligingsniveau' zijn omgeven. Artikel 22 (geheimhoudingsplicht) en 3 WNA (eed) zien op de geheimhouding.

3.5 Conclusie

De voorwaarden die ik heb afgeleid uit de bewijsmiddelen geschrift en getuigenis blijken grotendeels overeen te komen met de inventarisatie van de werkgroep-Huls en die van Van Esch. In de WNA heb ik geen voorschriften gevonden met betrekking tot de bewaring van de notariële akte die niet op een of meer van de hierboven geformuleerde voorwaarden zijn terug te voeren. De indeling die ik heb gemaakt wijkt op sommige punten af van die van de andere twee inventarisaties. Dit komt onder meer doordat ik de notariële akte heb benaderd als bewijsmiddel terwijl Van Esch en het MDW-rapport lijken te zijn uitgegaan van de *functies* van de verschillende vormvereisten van de (notariële) akte.⁷⁴ Doordat beide werkwijzen hierboven zijn gecombineerd, is naar mijn mening een volledig overzicht ontstaan van de voorwaarden waaraan de bewaring van de notariële akte dient te voldoen om een *duurzaam* en *betrouwbaar* bewijsmiddel op te leveren. Deze voorwaarden zullen als uitgangspunt dienen in het volgende hoofdstuk.

⁷⁴ ‘Samengevat kan worden gesteld dat de vormvereisten een aantal verschillende *functies* vervullen.’ [cursivering MCWH], MDW-rapport 1998, p. 21. Een andere verklaring kan gevonden worden in het feit dat ik bepaalde begrippen ruimer of juist enger definieer.

4 Kan aan de voorwaarden voor de bewaring worden voldaan in elektronische vorm?

In hoofdstuk 3 zijn de voorwaarden opgesomd waaraan de bewaring van de notariële akte moet voldoen. In dit hoofdstuk wordt nagaan of in de elektronische vorm aan deze voorwaarden kan worden voldaan. Hierbij wordt ook ingegaan op de specifieke risico's die de elektronische notariële akte met zich meebrengt ten opzichte van de notariële akte op papier. Zoveel mogelijk is geprobeerd om bij gesignaleerde (mogelijke) problemen ook een oplossing of oplossingsrichting aan te dragen.

Uit het feit dat door de wet aan de elektronische *onderhandse* akte (onder bepaalde voorwaarden)⁷⁵ dezelfde bewijskracht wordt toegekend als aan de papieren onderhandse akte, kan worden afgeleid dat aan de voorwaarden die noodzakelijk zijn om bewijskracht toe te kennen aan de akte in het algemeen in de elektronische vorm kan worden voldaan. Ik zal mij dan ook concentreren op de aspecten waarin de notariële akte afwijkt van de onderhandse akte. Deze kenmerken zijn onder andere de veilige en langdurige bewaring en het vertrouwelijke karakter van de notariële akte.

4.1 Bestaan

Een eerste voorwaarde die aan de notariële akte gesteld kan worden, is dat hij bestaat. Dit klinkt misschien voor de hand liggend, maar in het geval van de *elektronische* notariële akte is het dat niet. De *papieren* notariële akte heeft in de loop der eeuwen zijn duurzaamheid ruimschoots bewezen. Er zijn weliswaar enkele invloeden die de houdbaarheid van papier kunnen beperken, zoals water, zonlicht, verzuring, brand, schimmels en ongedierte, maar als de akte hiervan gevrijwaard blijft, gaat de papieren notariële akte met gemak honderd jaar mee. Anders is dit bij de notariële akte in elektronische vorm. De elektronische notariële akte is een verzameling bytes die is opgeslagen op een magnetische, optische of andere gegevensdrager (ook wel *medium* genoemd). Met name magnetische en optische media⁷⁶ zijn vergankelijk; hun levensduur is doorgaans beperkt tot slechts tien à twintig jaar.⁷⁷ Daar komt bij dat deze media tamelijk kwetsbaar zijn en

⁷⁵ Artikel 6:277a lid 1 sub a tot en met d.

⁷⁶ Voorbeelden van magnetische media zijn de diskette en de harde schijf. Voorbeelden van optische media zijn de CD (compact disc) en daarvan afgeleide media zoals de CD-ROM (read only memory), CD-R (recordable) en de DVD (digital versatile disc).

⁷⁷ Noordam 1998, p. 163. Het andere probleem dat daar genoemd wordt, dat van de verouderende besturingssystemen en applicaties, komt aan bod in paragraaf 4.6.

dat soms al bij een geringe beschadiging de gegevens verloren gaan of zwaar verminkt raken. Is het bij de papieren akte vooral de gegevensdrager die gevaar loopt (en niet zozeer de tekst), bij de elektronische vorm zijn naast de drager ook de gegevens zelf kwetsbaar. Bedreigingen komen onder andere van computervirussen die bestanden wissen en magnetische straling die de gegevens op een diskette onleesbaar maakt. Maar ook zonder deze inbreuken verliest de diskette of CD-R na verloop van tijd langzaam zijn gegevens; er voltrekt zich als het ware een erosie van de gegevens.

De voorwaarde *bestaan* houdt voor de elektronische notariële akte in, dat hij gedurende honderd jaar niet beschadigt of verdwijnt. Met de huidige gegevensdragers lijkt dat nog een probleem, maar misschien bieden gegevensdragers die gebaseerd zijn op chip-technologie (zoals de *memorystick*) in de toekomst meer duurzaamheid en minder risico op beschadiging en verlies van de gegevens. Als deze duurzame media uitblijven, dan zal de boodschap regelmatig op een nieuwe gegevensdrager moeten worden overgezet om aan het bestaans-criterium te voldoen. Digitale gegevens hebben hierbij een voordeel: omdat een digitale kopie volstrekt identiek is aan het origineel, is er bij het overzetten in theorie geen achteruitgang van originaliteit. Dat neemt niet weg dat de overgezette akte strikt genomen geen origineel *is* en daarom op het gebied van bewijsrecht een probleem zou kunnen hebben. De kracht van schriftelijk bewijs is immers gelegen in de *oorspronkelijke* akte volgens artikel 160 lid 1 Rv. Of zoals Wiersma zo mooi rijmt: ‘Is het origineel verloren gegaan, dan is daarmee ook de dwingende bewijskracht van het afschrift van de baan.’⁷⁸ De wetgeving zou op dit punt aangepast moeten worden in die zin dat onder voorwaarden de identieke kopie van een elektronische akte dezelfde bewijskracht heeft als de oorspronkelijke akte. In dit verband is ook de transparantie van belang (zie § 4.6).

4.2 Beschikbaarheid

De notariële akte die bestaat, kan pas als bewijs dienen als hij ook beschikbaar is. Is de akte zoekgeraakt of kan hij om een andere reden niet aan de rechter worden voorgelegd, dan kan de akte alsnog niets bewijzen. Binnen het notariskantoor worden duizenden akten bewaard en in de archiefbewaarplaats zijn dat er al gauw tienduizenden. Als de cliënt een afschrift van zijn akte wil hebben, moet de akte in kwestie wel gevonden kunnen worden. De notaris gebruikt hiervoor het repertorium, een register waarin van elke minuut enkele kenmerkende gegevens zijn aangetekend.⁷⁹ Aan de hand daarvan kan hij alle akten die voor hem zijn verleden ook na verloop

⁷⁸ Veegens & Wiersma/Wiersma 1988, p. 149. Zie ook Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 65.

⁷⁹ Artikel 1 lid 1 sub d WNA j° artikel 7 en 13 sub e Registratiewet 1970.

van tientallen jaren eenvoudig terugvinden.

In Oostenrijk worden alle notariële akten centraal in elektronische vorm gearchiveerd. Als men in Nederland zou overstappen op de elektronische notariële akte, dan zal men naar mijn verwachting ook hier op een centraal elektronisch archief uitkomen. In dit archief zullen zich al snel meer dan een miljoen akten bevinden. Meer nog dan in de huidige situatie, waar een verkeerd opgeborgen akte binnen een kantoor uiteindelijk nog wel te vinden is, is het bij een dergelijke hoeveelheid akten van belang dat de gezochte akte eenvoudig te vinden is (zie ook artikel 1 VBP). Er staan hiervoor twee wegen open: zoeken op basis van een register of zoeken met behulp van een zoekprogramma. De eerste optie wijkt nauwelijks af van de huidige situatie en kan probleemloos in elektronische vorm worden gerealiseerd. Kiest men voor het zoeken met behulp van een zoekprogramma, dan kan het programma alle akten in het archief doorzoeken naar een of meerdere trefwoorden. De mogelijkheden op dit gebied zijn groot, zo blijkt uit het feit dat een *zoekmachine* uit de miljoenen websites op het internet binnen fracties van een seconde de relevante pagina's weet te vinden. De effectiviteit van een zoekprogramma zou vergroot kunnen worden door zogenaamde *meta-informatie* aan elke akte te koppelen (iets wat nu ook al met veel webpagina's gebeurt). In deze meta-informatie zijn kenmerkende gegevens over de akte opgenomen, zoals de datum van verlijden, de namen van partijen, de naam en vestigingsplaats van de betrokken notaris enz.⁸⁰ Zo zou een zoekresultaat met meer relevantie kunnen worden verkregen. Als het niet wenselijk is dat alle akten voor alle gebruikers van het systeem toegankelijk zijn (mede in verband met de geheimhoudingsplicht), kan diezelfde meta-informatie worden gebruikt om bepaalde gebruikers toegang tot bepaalde akten toe te staan of juist te ontfemen.

Een ander voordeel van de elektronische vorm is dat de minuut niet uit het archief hoeft te worden gehaald om een afschrift te maken. In plaats daarvan wordt een kopie van de minuut uit het archief gehaald zonder dat het originele bestand wordt verplaatst. Het risico dat de minuut op de verkeerde plaats wordt 'teruggezet' is daarmee uitgesloten. De elektronische vorm biedt op het punt van de vindbaarheid meer mogelijkheden dan de akte op papier en levert voor deze voorwaarde dus geen beletsel op.

Als gekozen zou worden voor een centraal elektronisch archief, zijn alle notariskantoren in Nederland afhankelijk van dit archief. Een storing of technisch onderhoud zou betekenen dat in het hele land geen akten kunnen worden opgevraagd of opgeslagen. Dit risico kan worden

80 In dit verband zijn de artikelen 12 lid 1 en 2, 15 lid 1 WNA en 29 lid 9 WNA relevant.

beperkt door het onderhoud 's nachts uit te voeren en een zogenaamde *mirror-server* mee te laten draaien. Dit reservesysteem loopt synchroon met het primaire systeem en neemt de zaken van het primaire systeem over als dit uitvalt. Ook in Oostenrijk heeft men voor deze oplossing gekozen. Aan de kant van het notariskantoor kunnen echter ook problemen ontstaan met de computer of de verbinding. Het notariskantoor wordt op dit punt afhankelijk van een snelle en betrouwbare computer- en netwerkmonteur.

4.3 Waarneembaarheid

Als de gegevensdrager na verloop van decennia nog bestaat en ook beschikbaar is, kan de elektronische notariële akte alsnog niets bewijzen als er inmiddels geen apparatuur meer is om het medium 'af te spelen'. Dit geldt niet alleen voor de hardware (een diskette past niet in een CD ROM-drive), maar vooral ook voor de applicatie waarmee het bestand leesbaar kan worden gemaakt. Dit probleem, dat de kern vormt van de digitale duurzaamheids-kwestie, is te ondervangen door bestanden regelmatig over te zetten op een nieuw medium (zie § 4.1) en te converteren naar een courant bestandsformaat.

De conversie van een bestand houdt in dat het bestand van een oud bestandsformaat wordt omgezet naar een bestandsformaat dat door nieuwere software leesbaar kan worden gemaakt (bijvoorbeeld van Word Perfect 5.1 naar Word 2003). Betrouwbare en zorgvuldige conversie is een dermate specialistische aangelegenheid dat dit mijn inziens niet moet worden overgelaten aan individuele notarissen. Een centrale conversie en centrale opslag door deskundigen op het gebied van recht, archiefwetenschap en informatietechnologie lijkt mij hiervoor de enige wenselijke oplossing.⁸¹ Dit brengt wel regelmatig terugkerende kosten met zich mee, omdat men elektronische notariële akten, in tegenstelling tot papieren notariële akten, niet gewoon 'kan laten liggen'.⁸²

Er is een alternatief voor het regelmatig converteren van het bestand dat de elektronische notariële akte bevat. In plaats daarvan kan men ervoor zorgen dat de *applicatie* die het bestand waarneembaar kan maken blijft draaien op nieuwe computers (en onder nieuwe besturingssystemen). Dit wordt *emulatie* genoemd.⁸³ Het voordeel van deze methode is dat er geen concessies worden gedaan aan de originaliteit van de notariële akte (zie § 4.4). Ook biedt dit

81 Zoals nu ook al de eigenschappen van het papier centraal door de KNB worden gedicteerd.

82 Horsman 1999, p. 43.

83 Noordam 1998, p. 164.

mogelijk een oplossing voor het probleem dat door conversie de handtekening niet meer bij het geschrift past (zie § 4.4 en 4.5). Van hetzelfde uitgangspunt wordt gebruik gemaakt als men de elektronische notariële akte juist in een zo eenvoudig mogelijk bestandsformaat opslaat. Door te kiezen voor een elementair bestandsformaat, zoals (gestructureerde) platte tekst of een andere algemeen aanvaarde standaard, kan het bestand onafhankelijk van de applicatie of het besturingssysteem leesbaar gemaakt worden.

4.4 Authenticiteit

De notariële akte die aan de rechter wordt voorgelegd, moet een authentiek exemplaar zijn. Aan een fotokopie van een notariële akte zal de rechter weinig bewijswaarde toekennen (dit geldt overigens niet voor het afschrift).⁸⁴

In paragraaf 4.1 kwam al naar voren dat een exacte kopie onder bepaalde voorwaarden gelijkgesteld zou kunnen worden aan de oorspronkelijke notariële akte. Wat betreft het overzetten van de elektronische notariële akte op een nieuwe gegevensdrager lijkt het probleem daarmee te zijn opgelost. Daarnaast zal de akte echter ook regelmatig worden *geconverteerd* (zie § 4.6). In tegenstelling tot het overzetten van een bestand resulteert het *omzetten* van een bestand niet in een identieke kopie, maar in een gewijzigd bestand.⁸⁵ Bij iedere conversie gaat daardoor een deel van het oorspronkelijke *karakter* van de elektronische notariële akte verloren. De vraag is wat voor gevolgen dat gegeven heeft voor de bewijskracht van zo'n geconverteerde akte. Meer nog dan bij het overzetten van een bestand zal dit botsen met de regel dat het bewijs is gelegen in het origineel (zie § 4.1). Mijns inziens kan ook hiervoor de oplossing het best worden gezocht in *emulatie* van de applicatie, zoals besproken in paragraaf 4.3.

Naast de originaliteit is een ander aspect van de authenticiteit dat bewezen moet worden dat de akte inderdaad voor de notaris is verleden. Bij de papieren notariële akte kan de handtekening onder het geschrift worden vergeleken met de handtekening die de notaris heeft gedeponneerd bij de griffie (artikel 30 lid 2 WNA). Voor de elektronische handtekening biedt dat op de lange termijn echter geen zekerheid. Met de huidige stand van de encryptie is een vandaag uitgegeven elektronische handtekening weliswaar niet na te maken, maar over tien jaar is de rekenkracht van computers veel groter en is het 'kraken' (van de privé-sleutel) van de handtekening van de notaris

⁸⁴ Artikel 160 lid 2 Rv bepaalt dat grossen en gehele afschriften van een authentieke akte (onder voorwaarden) hetzelfde bewijs opleveren als de oorspronkelijke akte.

⁸⁵ Om de vergelijking met een papieren akte te maken: bij het overzetten wordt een fotokopie van het bestand gemaakt omdat het papier dreigt te verteren, bij een conversie wordt de akte 'vertaald' naar de nieuwe spelling.

vrij eenvoudig. Iemand zou dan een geantedateerde akte kunnen opstellen en kunnen voorzien van de gekraakte (oude) elektronische handtekening van de notaris. Dit probleem zou kunnen worden opgelost door aan de minuut alleen binnen een beveiligd notarieel netwerk bewijswaarde toe te kennen en voor elektronische afschriften te bepalen dat zij na enkele jaren hun bewijskracht verliezen. De minuut is dan niet alleen beveiligd door de elektronische handtekening van de notaris, maar tevens door de beperkte toegankelijkheid van het systeem waarop zij wordt bewaard. Dit is vergelijkbaar met het huidige systeem waarbij de minuut ook extra beschermd wordt tegen onbevoegdelijke wijzigingen doordat de minuut bij de notaris in de kluis wordt bewaard.

Een ander aspect van de problematiek rondom de elektronische handtekening is dat door conversie van het bestand de elektronische handtekening niet meer ‘op’ het geschrift past. Een akte bestaat uit een geschrift en een handtekening. Het elektronisch ondertekenen van een akte houdt in de praktijk in dat aan de hand van het geschrift een unieke code wordt berekend, de *hashwaarde*. Vervolgens wordt deze code met de privé-sleutel van de elektronische handtekening versleuteld. Door de hashwaarde van het bericht te vergelijken met de hashwaarde die tevoorschijn komt als de versleutelde hashwaarde met de publieke sleutel wordt geopend, kan worden vastgesteld of in het bericht wijzigingen zijn aangebracht. De elektronische handtekening is op deze manier op unieke wijze verbonden aan het te ondertekenen geschrift. Zodra in het bestand een wijziging wordt aangebracht, verandert de hashwaarde en past de handtekening niet meer bij het geschrift. Daar nu ontstaat een probleem bij de conversie.⁸⁶ Conversie heeft tot gevolg dat het achter het geschrift liggende bestand wordt gewijzigd. Als dit gebeurt, verandert (afhankelijk van de gebruikte techniek) ook de hashwaarde en past de handtekening niet meer bij het bestand. Hierdoor wordt de elektronische handtekening ‘onder’ het geschrift waardeloos en houdt men in feite een on-ondertekend geschrift over.⁸⁷ De authenticiteit van de notariële akte is dan erg ver te zoeken, maar ook hier zou emulatie een oplossing kunnen bieden.

4.5 Integriteit

Als de akte authentiek is (in de zin van echt en origineel), is de bewijswaarde alsnog in het geding als er in de akte wijzigingen zijn aangebracht of als een deel ervan ontbreekt. Voor partijen is het vrijwel onmogelijk om wijzigingen aan te brengen in de papieren notariële akte. Zelfs als een

⁸⁶ Vuylsteke 2003, p. 206.

⁸⁷ Het probleem is nog iets gecompliceerder dan hier beschreven, omdat niet alleen de hashwaarde wordt versleuteld, maar (vaak) ook het geschrift zelf. Het voert echter te ver om hier dieper op in te gaan.

partij erin zou slagen om de minuut te bemachtigen, dan worden zijn mogelijkheden tot manipulatie beperkt doordat open ruimtes onbeschrijfbaar gemaakt zijn en alle pagina's doorlopend zijn genummerd en zijn voorzien van de paraaf van de notaris (artikel 41 lid 1 sub c en 43 lid 3 WNA).

Een elektronisch document (denk aan een Word-bestand) is in beginsel te wijzigen zonder dat dit direct aan het uiterlijk van het document is te zien. De elektronische notariële akte zal daarom moeten worden beveiligd tegen wijzigingen. De elektronische handtekening biedt daartoe de mogelijkheid. De elektronische handtekening is op unieke wijze verbonden met het ondertekende document en zodra het document wordt gewijzigd, past de handtekening daar niet meer 'op'.⁸⁸ Op dit moment is de elektronische handtekening even betrouwbaar als -zo niet betrouwbaarder dan- de gewone handtekening. Een probleem is echter, zoals hierboven reeds werd aangestipt, dat met het verstrijken van de tijd de rekenkracht van computers enorm toeneemt. De privé-sleutel van een elektronische handtekening is met de techniek van nu niet of nauwelijks te kraken, maar met de techniek van morgen is dat waarschijnlijk kinderspel. Naarmate de encryptiemogelijkheden geavanceerder worden door snellere computers, worden ook decryptiemogelijkheden groter. Zeker als in korte tijd ineens een grote stap voorwaarts zou worden gedaan in de rekenkracht van computers, verliezen alle bestaande sleutels van de ene op de andere dag hun waarde. De akte kan dan worden gewijzigd en er kan een oude elektronische handtekening van de notaris aan worden toegevoegd. Dit gegeven leidt ertoe dat de elektronische handtekening maar een beperkte 'houdbaarheid' heeft en vormt een bedreiging voor de integriteit van de akte op de lange termijn.

Hoe valt de beperkte houdbaarheid van de elektronische handtekening in overeenstemming te brengen met de eis van de eeuwige bewaring van de notariële akte?⁸⁹ Een oplossing zou kunnen zijn dat de elektronische handtekening om de paar jaar wordt 'ververst'. Voordat de oude handtekening is verlopen wordt door de notaris of een betrouwbare derde⁹⁰ een nieuwe handtekening onder het bestand gezet. Een probleem is dat dit proces elke paar jaar herhaald moet worden. Problematischer is echter dat niet alleen de handtekening van de notaris vervalt, maar ook die van partijen (en eventueel die van getuigen). Na tien jaar is hun handtekening onder de akte waardeloos geworden, in die zin dat deze niets meer bewijst, aangezien ze door een derde kan zijn nagemaakt met de nieuwe stand der techniek. Moeten de partijen en getuigen nu om de

88 Zie § 4.4 en voor een duidelijke uitleg Koops 1997, p 151.

89 Vuylsteke 2003, p. 206

90 Deze betrouwbare derde zou een 'bewaarder van het centraal elektronisch archief' kunnen zijn.

paar jaar de akte opnieuw ondertekenen?⁹¹ Vanuit bewijsrechtelijk oogpunt is dit vooral een theoretisch probleem, omdat nu al de notaris met zijn handtekening verklaart dat de handtekeningen van partijen onder de akte ‘echt’ zijn. Toch verandert door deze ontwikkeling de handtekening van partijen van karakter en wordt zij meer een symbool dan een onderdeel van het bewijs. De functies⁹² wilsuiking, bevoegdheid, kennisneming, compleetheid, overijling en waarschuwing worden door deze ontwikkeling niet aangetast, maar de principiële kwestie blijft dat omwille van (de beperkingen van) ICT concessies worden gedaan aan het huidige systeem.⁹³ Een oplossing zou gevonden kunnen worden in het toekennen van bewijswaarde aan de verlopen handtekening binnen het beveiligde notariële netwerk.⁹⁴

Een laatste bedreiging voor de integriteit van de elektronische handtekening is gelegen in de amateuristische wijze waarop cliënten én medewerkers van het notariskantoor omgaan met ICT. Veel computergebruikers hebben virusscanner noch *firewall*⁹⁵ en hebben geen benul van wat er nu eigenlijk gebeurt als ze per elektronische post een bericht verzenden, laat staan dat ze begrijpen wat er gebeurt als ze een akte elektronisch ondertekenen.⁹⁶ Uit gemakzucht of naïviteit worden wachtwoorden niet regelmatig vervangen of zo gekozen dat ze makkelijk te onthouden (lees: te raden of kraken) zijn. De mens is een belangrijke schakel in het proces van de beveiliging van de elektronische notariële akte en er zullen goede organisatorische maatregelen moeten worden genomen om deze zwakke schakel te versterken.

4.6 Transparantie

Of aan de hierboven genoemde voorwaarden is voldaan, moet (ten minste marginaal) door de rechter kunnen worden getoetst voordat hij bewijswaarde hecht aan een notariële akte. Komt een partij enthousiast ter zitting met een minuut, dan staat eigenlijk al direct vast dat er iets niet volgens de regels is gegaan (de minuut blijft immers steeds in de kluis van de notaris, even afgezien van de *in originali*-akte, artikel 38 lid 2 WNA). Ook de notaris zelf zal moeten kunnen controleren of ten aanzien van de akte aan alle eisen is voldaan. Bij de notariële akte op papier is dat geen probleem. Bij een elektronische akte wordt een en ander echter al snel minder

91 En wat gebeurt er als ze dat weigeren?

92 Zie in dit verband ook Van Esch 1996, p. 52 over de functies van de handtekening.

93 Hoewel de elektronische handtekening na verloop van tijd zijn bewijswaarde verliest, blijft het ‘zetten’ ervan van belang vanwege de andere functies van de handtekening, waaronder het bepalen van het moment van totstandkoming van de overeenkomst.

94 Vergelijk de vorige paragraaf.

95 Een firewall beschermt een computer of netwerk tegen ongewenst dataverkeer, waaronder aanvallen van hackers.

96 Franken 1993, p. 15.

overzichtelijk, zeker als gewerkt wordt met versleutelde bestanden.⁹⁷ De notaris met weinig computerervaring dreigt dan het spoor bijster te raken en dat is kwalijk, want hij moet wel tegenover ‘het rechtsverkeer’ en tegenover zijn cliënten instaan voor een juiste vervulling van zijn taken. Hiermee is niet gezegd dat de notaris het systeem tot in de details moet kunnen doorgronden, maar als de notaris bijvoorbeeld een minuut verzendt naar het centraal elektronisch archief, dan moet hij zich er wel van kunnen vergewissen dat de akte daar ook daadwerkelijk is opgeslagen. Enig inzicht in de achterliggende techniek is daarvoor onontbeerlijk. Als de notaris hiervoor afhankelijk zou worden van ICT-specialisten is dat een dubieuze ontwikkeling. Hoe kan hij immers instaan voor hun handelen als hij dat handelen niet kan controleren?⁹⁸

Niet alleen de notaris moet inzicht hebben in het bewaarsysteem, ook de beheerder ervan, ik denk hierbij aan de KNB, moet het bewaarsysteem op zijn werking kunnen controleren en zonodig kunnen verbeteren. Een oplossing zou kunnen worden gezocht in zogenaamde *open source*-software in combinatie met een licentie die eigenhandige verbeteringen door of namens de beheerder toestaat.⁹⁹ Maakt men zich voor het onderhoud en verbeteringen van het systeem afhankelijk van één producent, dan bestaat het gevaar dat deze zijn ‘monopolie’ zal uitbuiten ten nadele van de klant, in dit geval de broederschap.

Zoals gezegd zal naast de notaris en de beheerder van het elektronisch centraal archief ook de rechter verlangen dat het bewijs (ten minste marginaal) toetsbaar is. Als vijftig jaar na het passeren wordt gesteld dat er met de akte geknoeid is, moet aannemelijk gemaakt kunnen worden dat dat niet zo is. Dit is temeer van belang daar bij een elektronisch document wijzigingen kunnen worden aangebracht zonder dat dat aan het uiterlijk van het document te zien is (zie § 4.5). Als de inhoud van een testament wordt betwist, kan men alleen nog terugvallen op de zekerheid dat er niet met de akte geknoeid *kan* zijn (de testateur kan daarover immers niets meer verklaren). De transparantie is ook van belang omdat de akten regelmatig worden overgezet op een nieuwe gegevensdrager of worden geconverteerd (zie hiervoor). Juist op dit punt moet gegarandeerd zijn dat er door of tijdens dit overzetten of converteren niets is veranderd. Er moet duidelijk zijn gedocumenteerd welke ‘bewerkingen’ hebben plaatsgevonden met een akte, zodat men later in ieder geval aannemelijk kan maken dat voldoende zorgvuldigheid betracht is.¹⁰⁰

97 Bij het zetten van de elektronische handtekening wordt de akte versleuteld. Eigenlijk is het niet de akte zelf waarop de (zware) asymmetrische encryptie is losgelaten, maar de hashwaarde van de akte (althans, het geschrift). Daarnaast kan de akte (in lichtere mate) versleuteld zijn. Zie Koops 1997, p. 151

98 Vergelijk artikel 22 lid 1 WNA over personen die onder de verantwoordelijkheid van de notaris werkzaam zijn.

99 De keuze voor open source zou passen binnen het beleid van de overheid ten aanzien van software. Zie ook de website van OSOSS.

100 Noordam 1998, p. 165.

Daarbij moeten ook legale veranderingen automatisch worden bijgehouden.¹⁰¹ Zou men dat niet doen, dan zou het de notaris wel erg verleidelijk worden gemaakt om zijn fouten met *backspace* te verdoezelen.

4.7 Geheimhouding

In beginsel is de minuut niet toegankelijk voor buitenstaanders. De akte wordt opgeslagen in een ruimte waaraan onder andere met het oog op inbraak hoge eisen zijn gesteld. De akte komt alleen buiten de beveiligde ruimtes tijdens het vervoer naar een archief. Pas als de akte na honderd jaar wordt overgebracht naar het Nationaal Archief, wordt de inhoud min of meer openbaar.¹⁰²

De elektronische akte wordt opgesteld op een computer. Als die computer is aangesloten op internet en niet over een goede *firewall* beschikt, kunnen derden reeds in de ontwerpfase kennis nemen van de inhoud. De elektronische akte wordt (mogelijk) op afstand ondertekend door de cliënt en na het ondertekenen zal de elektronische akte worden verzonden naar het centrale archief. Gebeurt dit alles via internet, dan bestaat het risico dat de akte onderweg wordt onderschept (zelfs zonder dat de verzender of ontvanger dit merkt). Eenmaal aangekomen in het centraal elektronisch archief bestaat nog de kans dat *hackers* hier proberen in te breken.

Het is dus duidelijk dat alle betrokken systemen (de computer van de notaris, de verbinding naar het archief, het centraal elektronisch archief zelf en eventueel de computer van de cliënt en de verbinding daarmee) goed zullen moeten worden beveiligd.¹⁰³ Voor het beveiligingsniveau wordt wel eens de stelregel gehanteerd, dat het doorbreken van een beveiliging meer moet kosten (in termen van geld, tijd en moeite) dan dat het kraken ervan oplevert.¹⁰⁴ Deze regel voldoet voor boeven die geld uit een bank willen stelen, maar geldt niet zonder meer voor het internet waar bepaalde lieden hobby-matig beveiligingen proberen te doorbreken om gegevens te stelen of alleen schade aan te richten.¹⁰⁵ Deze *hackers* beschikken doorgaans over veel kennis en ervaring en de factor tijd speelt voor hen vaak een ondergeschikte rol. Een ander punt is dat met notariële akten soms grote bedragen of (bedrijfs- of familie-) geheimen gemoeid zijn.

Waterdichte beveiligingen zijn moeilijk te realiseren. Wel zal een beveiligingsniveau bereikt

101 Dit is trouwens ook een eis van artikel 45 lid 1 WNA: de oorspronkelijke tekst moet leesbaar blijven.

102 Op dit moment geldt voor sommige akten nog een termijn van 75 jaar.

103 Een oplossing zou gezocht kunnen worden in een gesloten netwerk (bijvoorbeeld een Virtual Private Network).

104 Franken 1993, p. 20

105 Omdat sommige hackers alleen schade willen aanrichten moet de beveiliging van het centraal elektronisch archief breder worden gezien dan alleen de vertrouwelijkheid van de akten.

kunnen worden dat hoger is dan het niveau waartoe de huidige papieren akten worden beschermd. De vraag is of dit voldoende is, omdat door de concentratie van alle akten op een centrale server ook het risico groter is: de rechtszekerheid van heel Nederland is in zekere zin afhankelijk van één computer. Hoewel aan de beveiliging daarvan zeer hoge eisen moeten worden gesteld, vermoed ik dat dit in de praktijk geen beletsel zal vormen. Voorwaarde is wel dat de in paragraaf 4.6 reeds genoemde organisatorische maatregelen worden genomen om te voorkomen dat bijvoorbeeld wachtwoorden in handen raken van onbevoegden.

Een andere mogelijke bedreiging van de geheimhouding van de notariële akte is afkomstig van de overheid zelf. Als alle akten elektronisch worden opgeslagen, zal bij Justitie, de belastingdienst en inlichtingendiensten misschien de behoefte ontstaan om gebruik te maken van de mogelijkheid om de akten te scannen op bepaalde (combinaties van) trefwoorden.¹⁰⁶ Er zullen op dit punt vooraf duidelijke regels moeten worden gesteld om conflicten met de geheimhoudingsplicht van de notaris te vermijden.

¹⁰⁶ Uit dezelfde hoek van opsporingsinstanties zou belangstelling kunnen bestaan voor sleutels om berichten te ontcijferen als deze onder de zouden notaris zouden berusten, maar dit is een andere kwestie. Zie Koops 1997, p. 153.

5 Conclusie

5.1 Inleiding

In deze scriptie heb ik geïnventariseerd welke voorwaarden een rol spelen bij de bewaring van de notariële akte. Bij het toepassen van deze voorwaarden op de bewaring van de notariële akte in elektronische vorm is gebleken dat de elektronische bewaring een aantal risico's met zich meebrengt die met name de duurzaamheid en de betrouwbaarheid van de notariële akte kunnen aantasten. Hierdoor wordt de bewijswaarde van de notariële akte na verloop van tijd bedreigd. Tegelijkertijd blijkt de elektronische vorm soms ook juist mogelijkheden te bieden om de gebleken risico's (gedeeltelijk) op te lossen.

5.2 Knelpunten

Naar mijn inschatting is de elektronische notariële akte vanuit het oogpunt van de bewaring technisch haalbaar, mits de genoemde risico's voldoende worden afgedekt. Zoals in hoofdstuk 4 naar voren kwam, levert dat op sommige punten echter nog problemen op. Een pasklare oplossing is hiervoor niet te geven. De problemen zouden gezien hun aard en complexiteit het beste centraal kunnen worden aangepakt en daarvoor is mijn inziens een centraal elektronisch archief de enige verantwoorde oplossing. Daar komt bij dat er door het wegvallen van afstanden als gevolg van ICT geen reden meer is om akten decentraal te bewaren.¹⁰⁷ Het feit dat Hongarije zich heeft aangesloten bij het Oostenrijkse *Urkundenarchiv* is een indicatie dat er geen belangrijke bezwaren kleven aan dit systeem. Toch moeten hieruit geen overhaaste conclusies worden getrokken, want ook in Oostenrijk is nog geen ervaring opgedaan met het bewaren van elektronisch ondertekende akten en de conversie daarvan (zie § 4.3 en 4.4); men werkt daar momenteel nog met ingescande minuten. Van alle mogelijke problemen bij de elektronische bewaring van notariële akten is dit vraagstuk mijns inziens het grootste obstakel,¹⁰⁸ al verwacht ik dat hiervoor te zijner tijd een passende oplossing gevonden zal worden. Zelf neig ik hierbij naar de methode van emulatie, omdat daarmee het oorspronkelijke karakter van de elektronische notariële akte het best behouden blijft en dit ook voor het probleem van de elektronische handtekening oplossingsmogelijkheden biedt.

¹⁰⁷ Ook nu al worden (oudere) akten centraal bewaard, zie artikel 58 en 59 WNA. Anders: Vuylsteke 2003, p. 208

¹⁰⁸ Vergelijk Vuylsteke 2003, p. 206.

Behalve technische maatregelen, moeten er ook qua wetgeving enkele zaken worden aangepast. Voor de hand ligt dat het vormvereiste van de notariële akte wordt verruimd in de zin dat de notariële akte ook in elektronische vorm mag worden verleden en bewaard. Fundamenteler is echter een ingreep in het bewijsrecht die een oplossing biedt voor het ‘verlopen’ van de elektronische handtekeningen onder de minuut. Aan de andere kant zou het *afschrijf* juist in ‘houdbaarheid’ moeten worden beperkt, zodat vervalsing wordt tegengegaan.

5.3 Voorzichtigheid

Deze scriptie begon met een verhaaltje over de *Digitale revolutie*. Dit mag dan een cliché zijn, de term is wel bewust gekozen. In de euforische hectiek van een revolutie vinden soms ontwikkelingen plaats waar men achteraf spijt van heeft. In het notariaat kan men zich een misstap echter niet veroorloven. Het bestaansrecht van de notariële akte is voor een belangrijk deel gelegen in de duurzame en betrouwbare bewaring ervan. Voordat het notariaat breekt met een eeuwenlang beproefde traditie, moet men alle consequenties van deze ingrijpende stap goed voor ogen hebben. De stap kan grote gevolgen hebben voor het vertrouwen in de notariële akte. Dit vertrouwen is over het algemeen groot, maar tegelijk erg kwetsbaar. Voorzichtigheid is dan ook geboden.

5.4 Afweging

Betekent dit nu dat het notariaat alles maar bij het oude moet laten? Misschien wel, maar niet zonder dat eerst een afweging is gemaakt op basis van argumenten. De factor politiek speelt namelijk ook een rol in de keuze voor een elektronische of papieren notariële akte. Nu al is er een zekere druk vanuit Brussel om toch vooral zoveel mogelijk handelsbelemmeringen weg te nemen en ook het ministerie van Economische Zaken lijkt de neiging te hebben om dingen te willen ‘verbeteren’ in het notariaat. Daar komt bij dat de overheid streeft naar zoveel mogelijk elektronische dienstverlening aan de burger. Een keuze voor papier zal derhalve ook naar de politiek toe verantwoord moeten kunnen worden; het onderwerp negeren is zeker geen optie.

5.5 Ten slotte

De elektronische notariële akte is een reëel scenario en biedt onmiskenbaar enkele voordelen (hoofdstuk 2). Daar staat tegenover dat aan de bewaring in elektronische vorm een aantal risico’s

kleven (hoofdstuk 4). Een overstap naar een notariële akte in elektronische vorm moet alleen gemaakt worden als de voordelen opwegen tegen de nadelen en de nadelen geen afbreuk doen aan het ‘instituut’ notariële akte. De stap van kroontjespen naar schrijfmachine was een verbetering omdat het de leesbaarheid en overzichtelijkheid van de notariële akte ten goede kwam zonder dat daar noemenswaardige nadelen tegenover stonden.¹⁰⁹ De stap naar een elektronische notariële akte heeft ook voordelen, maar brengt tegelijkertijd enkele risico’s met zich mee. Eén ding moet men bij het afwegen van die twee goed voor ogen houden: het doel van de notariële akte is te voorzien in duurzaam en betrouwbaar bewijs. ICT is daarbij slechts een middel.

¹⁰⁹ Aanvankelijk waren sommigen huiverig om de schrijfmachine te gebruiken omdat dit in strijd zou zijn met artikel 28 WNA 1842, 986 en 1000 oBW. Zie Van Velten 2000, p. 135.

Aangehaalde literatuur

Aalberts & Van der Hof 2000

B. Aalberts & S. van der Hof, *Digital signature blindness*, Deventer: Kluwer 2000.

Asser/Anema 1953

A. Anema, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel 5. Van Bewijs*, Zwolle: Tjeenk Willink 1953.

Boon 1988

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

Becker 1993

R.W. Becker, 'Dossier juridische automatisering. Werkplekautomatisering voor advocaat en notaris' in: *Computerrecht. Tijdschrift voor informatica en recht* 1993-5, p. 194.

Digitale duurzaamheid

Digitale duurzaamheid, WWW <<http://www.digitaleduurzaamheid.nl>> (geraadpleegd 21 september 2004).

Dossier elektronische bewaarvoorschriften

'Dossier elektronische bewaarvoorschriften' in: *Computerrecht. Tijdschrift voor informatica en recht* 2004-1.

Van Esch 1996

R.E. van Esch, 'Elektronische rechtshandelingen' in: *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer*, Lelystad: Kon. Vermande / 's-Gravenhage: KNB 1996.

Franken 1993

H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen' in: *Beschikken en automatiseren* (preadvies Vereniging voor Administratief Recht 1993-110), Aphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

Franken 2001

H. Franken, 'De notaris in het tijdperk van e-commerce' in: *WPNR* 2001-6443, p. 390-398.

Heck-Vink 1996

C. Heck-Vink, 'Source code escrow' in: *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer*, Lelystad: Kon. Vermande / 's-Gravenhage: KNB 1996.

Horsman 1999

P. Horsman, *Archiveren. Een inleiding*, Amsterdam: Archiefschool 1999.

Huijgen 1996

W.G. Huijgen, 'De notaris en het elektronisch rechtsverkeer' in: *WPNR* 1996-6236, p. 637 - 642.

Huydecoper & Van Esch 1997

S.M. Huydecoper & R.E. van Esch, 'Geschriften en handtekeningen een achterhaald concept?' in: *De digitale handtekening. Juridische en organisatorische aspecten*, Alphen aan den Rijn: Samsom Bedrijfsinformatie 1997.

Kenniscentrum Elektronische Overheid

Kenniscentrum Elektronische Overheid, WWW <<http://www.elo.nl>> (geraadpleegd 18 juni 2004).

Koops 1997

B.J. Koops, 'Notaris, ik houd mijn sleutels liever zelf' in: *Computerrecht. Tijdschrift voor informatica en recht* 1997-4, p. 150 - 153.

Kraan 1984

C.A. Kraan, *De authentieke akte*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

De Kroon 2002

S. de Kroon, *Digitale opslag van notariële akten* (afstudeerscriptie Groningen), WWW <<http://www.rug.nl/rechten/faculteit/vakgroepen/rth/rechtenict/onderzoek/scripties/SdeKroon.pdf>> (geraadpleegd 23 september 2004).

Lekkerkerker 1996

G.J.C. Lekkerkerker, 'Wat verkenningen verzameld. Over het verkeer met de registers, de elektronische akte en 'TTP's' in: *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer*, Lelystad: Kon. Vermande / 's-Gravenhage: KNB 1996.

Lekkerkerker 1997

G.J.C. Lekkerkerker, 'De notaris. Zijn traditie en het elektronisch rechtsverkeer', in: *Justitiële verkenningen. Documentatieblad van het Ministerie van Justitie* 1997-2, p. 82-93.

Lekkerkerker 2002-a

G.J.C. Lekkerkerker, 'Een magnetron is geen gasfornuis. Over het nut van een elektronische notariële akte' in: *Het notariaat en de notariële wetenschap op het breukvlak van twee millennia*, Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap / Deventer: Kluwer 2002.

Lekkerkerker 2002-b

G.J.C. Lekkerkerker, 'De elektronische notariële akte, zin en onzin' in: *In het web van de notaris*, Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap / Deventer: Kluwer 2002.

Lekkerkerker 2004

G.J.C. Lekkerkerker et al., *Rapport UINL-Congres 2004 Mexico-city. Thema II. De rol van de notaris bij het aangaan van overeenkomsten in elektronische vorm*, KNB 2004.

MDW-Rapport 1998

MDW-rapport Elektronisch verrichten van rechtsbandelingen, Den Haag: Ministerie van Justitie 1998.(zie ook: *Kamerstukken II* 1997/98, 24036, nr. 84).

Melis/Waaijer 2003

B.C.M. Waaijer, J.C.H. Melis. *De notariswet*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Nispen, Van Mierlo & Polak 2002

C.J.J.C. van Nispen, A.I.M. van Mierlo & M.V. Polak, *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2002.

Noordam 1998

C.G.M. Noordam, 'Juridische vormgeving Digitale Duurzaamheid bij de overheid', in:
Computerrecht. Tijdschrift voor informatica en recht 1998-4.

Pitlo/Hidma & Rutgers 2004

T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer:
Kluwer 2004.

Prins 1996

J.E.J. Prins, 'Waken voor digitaal geheugenverlies. Het belang van betrouwbaarheid en
duurzaamheid bij bewijs en bewaring met behulp van informatie-systemen' in: *De notaris
en het elektronisch rechtsverkeer*, Lelystad: Kon. Vermande / 's-Gravenhage: KNB 1996.

Programma OSOSS

Open Standaarden en Open Source Software voor de overheid, WWW
<<http://www.ososs.nl>> (geraadpleegd 1 oktober 2004).

Timmerhuis 2001

F. Timmerhuis, 'Ronde hangmappen. Digitaal opslaan van documenten: hoe en waarom?'
in: *Computable* 2001-9. (vervolgd door: 'Juridische bewijskracht elektronisch opgeslagen
documenten is zwak. Het dossier is overal', in *Computable* 2001-10, p. 40).

Tomlow 1996

M.H.J.M. Tomlow, 'Internet of NOT-Internet', in: *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer*,
Lelystad: Kon. Vermande / 's-Gravenhage: KNB 1996.

UNESCO Archives Portal

UNESCO Archives Portal, WWW
<http://www.unesco.org/webworld/portal_archives/pages/Preservation_and_Conservation/Digital_Preservation/index.shtml> (geraadpleegd 22 juni 2004).

Veegens & Wiersma/Wiersma 1988

H.W. Wiersma, *Veegens & Wiersma. Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. Deel 2. Bewijs
door geschriften*, Zwolle: 1988.

Vellinga 1987

E. Vellinga, *Over de structuur van de notariële akte en haar werking als bewijsstuk*, Leeuwarden: Vereniging van Notarissen in het Arrondissement Leeuwarden 1987.

Vuylsteke 2000

Bram Vuylsteke, 'De elektronische authentieke akte', in: *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 2003*, Brugge: Die Keure 2000.

Wilms 1996

W. Wilms, 'Van handtekening naar elektronische notaris. De validering van elektronische communicatie', in: *Rechtskundig weekblad* 1996 - 25, p. 837-841.

© 2004 (3de druk), M.C.W.H. van Valburch