

de onderhandse akte als “*een geschrift dat rechtsgevolgen beoogt, dat door de partij(en) ondertekend wordt met de bedoeling om met de inhoud ervan in te stemmen, en dat geen authentieke akte is.*” Artikel 8.18 BW bevestigt dat een onderhandse akte een bewijs oplevert van de overeenkomst die erin vervat is tussen de ondertekenaars van de akte en ten aanzien van hun erfgenamen en rechtverkrijgenden.

Maar voor de onderhandse akte geldt wel de bepaling van artikel 8.19 BW (art. 1323 én 1324 (oud) BW) waarin we lezen dat, “*tenzij de wet anders bepaalt, (...) de partij tegen wie men zich erop beroept, haar handschrift of haar handtekening evenwel (kan) ontkennen.*” Voor de erfgenamen en rechtverkrijgenden geldt zelfs dat deze gewoon kunnen verklaren het handschrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet te kennen. In al die gevallen moet dan de echtheid van het handschrift worden onderzocht volgens de procedure die voorzien is in het Gerechtelijk Wetboek (art. 883 en volgende Ger.W.). Dit is anders bij een authentieke akte (“*tenzij de wet anders bepaalt ...*”), want hier geldt, wat de weergave van de verklaringen en de echtheid van de handtekening van partijen betreft, uiteraard de zeer sterke bewijswaarde van de authentieke akte aangezien het om eigen vaststellingen van de openbare ambtenaar gaat (zie verder).

Er is dus, tussen partijen, geen verschil tussen de bewijswaarde met betrekking tot de inhoud van het geschrift tussen de authentieke akte en de onderhandse akte, maar wel een essentieel verschil tussen de bewijswaarde van het geschrift zelf, en dit door de vorm van het geschrift, met name het optreden van de openbaar ambtenaar, dus van de overheid.

“Geschrift” wordt in Boek 8 “Bewijs” gedefinieerd als volgt (art. 8.1.1° BW): “*een geheel van alfabetische tekens of van enige andere verstaanbare tekens, aangebracht op een drager die de mogelijkheid biedt toegang ertoe te hebben gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen en waarbij de integriteit ervan wordt beschermd, welke ook de drager en de transmissiemogelijkheden zijn.*”.

De vergelijking van deze wettelijke bepalingen laat toe te stellen dat het onderscheid tussen authentieke en onderhandse akten in de eerste plaats gelegen is in de vorm en de tussenkomst van een openbaar ambtenaar. Op het eerste gezicht zou de authentieke akte dus enkel een extra dimensie geven aan het geschrift dat tussen partijen bestaat, juist door de tussenkomst van de openbare ambtenaar en de naleving van bepaalde vormvoorschriften. Er is immers enkel sprake van een authentieke akte in een beperkt aantal gevallen. Enkel wanneer een openbaar ambtenaar, binnen de grenzen van zijn bevoegdheid, een rechtshandeling acteert, kan men te maken hebben met een authentieke akte. Merk het verschil op met een akte die mede-getekend werd door een advocaat: dit blijft een onderhandse akte (Wet 29 april 2013) (artikel 8.23 BW) die weliswaar een sterkere bewijswaarde heeft wat de identiteit van de ondertekenaars betreft. De handtekening (en zo de identiteit) van die ondertekenaars staat vast zodat het louter ontkennen van de handtekening (art. 1323 oud BW of art. 8.19 BW) hier niet meer opgaat.

Er zijn meerdere openbare ambtenaren die drager zijn van het overheidsgezag dat hen toelaat authenticiteit te verlenen aan een akte. De authenticiteit betekent niet meer of niet minder dan dat de akte ‘door de overheid’ werd opgesteld.

In de tweede plaats treedt de openbare ambtenaar op een bijzondere wijze op, door het naleven van een aantal vormvoorschriften. Zoals verder zal blijken hebben deze vormvoorschriften een uiteenlopend karakter: de naleving van sommige raakt aan de authenticiteit, de naleving van andere blijkbaar niet. Op dit vlak is authenticiteit meer dan alleen maar de eigenheid van overheidsgezag en raakt het aan de waarachtigheid van de handeling: de authentieke akte heeft een bijzondere bewijswaarde omdat die de weergave is van de waarheid en deze waarheid door de overheid wordt vastgesteld.

1.1.2. Authentieke akten: geen monopolie voor notarissen

Een authentieke akte moet niet noodzakelijk een wederzijdse overeenkomst bevatten. Het kan ook om een éézijdige verklaring gaan die door de openbare ambtenaar wordt geacteerd, of het kan zelfs een vaststelling zijn die de openbare ambtenaar, binnen de grenzen van zijn bevoegdheid, zelf heeft gedaan zonder dat een partij een verklaring heeft afgelegd. Zo kan de ambtenaar van de burgerlijke stand een geboorteakte opstellen op éézijdige verklaring mits de nodige vormvereisten worden nageleefd; deze geboorteakte is duidelijk een authentieke akte. Een ontvanger van belastingen zal belastingen inkohieren, zonder dat partijen voor hem verschijnen. Het kohier van de belastingen wordt eveneens beschouwd als een authentieke akte. Een gerechtsdeurwaarder zal een vaststelling doen van een handeling die hijzelf heeft gedaan, waarbij hij wel handelt op verzoek van een partij, doch geen verklaring acteert, en in de eerste plaats zijn eigen handeling acteert als openbare ambtenaar; een gerechtsdeurwaardersexploot is ook een authentieke akte.

Op dezelfde wijze kan een openbaar ambtenaar, in een authentieke akte, de wilsovereenstemming tussen twee of meer partijen acteren. Naast de notariële akte, waarover later meer, is een goed voorbeeld hiervan de huwelijksakte die door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt opgesteld en waarbij de huwelijksluiting wordt vastgesteld.

Telkens gaat het om akten, opgesteld door ambtenaren binnen de grenzen van hun bevoegdheid. Telkens gaat het om vaststellingen door de overheid, vertegenwoordigd door de openbare ambtenaar. De openbare ambtenaar is a.h.w. drager van het overheidsgezag dat hem toelaat vaststellingen te doen of verklaringen te acteren als “overheid”. Daardoor krijgt de akte van de openbare ambtenaar die bijkomende waarde die de authentieke akte onderscheidt van een onderhandse akte.

1.1.3. De geldigheid als authentieke akte

Steeds komt de vraag terug naar de bevoegdheid om op te treden als openbare ambtenaar en de naleving van de vormvoorschriften. Een authentieke akte die opgesteld is door een onbevoegd openbaar ambtenaar, of waarbij de juiste vormvoorschriften niet werden nageleefd, is nietig als authentieke akte, wat evenwel nog niet wil zeggen dat de rechtshandeling als dusdanig vernietigbaar is. In sommige gevallen, zoals bij de notariële akte, kan een akte die als authentieke akte nietig is, toch nog wel de bewijswaarde hebben die een onderhandse akte heeft (art. 8.16 BW en 114 O.W.N.). In andere gevallen lopen vormvoorwaarden en grondvoorwaarden op een dusdanige wijze door elkaar dat de nietige authentieke akte ook een nietige rechtshandeling tot gevolg heeft. Dit laatste is alleszins het geval in alle

overeenkomsten waarvoor het adagium “*forma dat esse rei*” geldt en waarbij de wetgever de authenticiteit als dwingend vormvoorschrift vooropstelt, zoals bij notariële testamenten, schenkingen, huwelijkscontracten e.d.

De waarde van de authentieke akte en de toetsing van de authenticiteit van de akte wordt bekeken in functie van de bevoegdheid van de ambtenaar, de specifieke vormvoorschriften en de aard van de rechtshandeling. Voor de notariële akten zijn de beginselen vooral vastgelegd in de organieke wet op het notariaat (O.W.N.).

1.2. De notariële akte als authentieke akte

1.2.1. De wettelijke grondslag

De bevoegdheid van notarissen om authentieke akten op te stellen wordt vastgelegd in art. 1 eerste lid van de organieke wet op het notariaat. “*Notarissen zijn openbare ambtenaren, aangesteld om alle ‘akten en contracten’ te verlijden waaraan partijen de authenticiteit van overheidsakten moeten of willen doen verlenen, de dagtekening ervan te verzekeren, en ze in bewaring te houden.*”

Wanneer de wet spreekt over ‘akten en contracten’ wordt niet bedoeld de rechtshandeling of negotium, maar wel de *titel* voor de rechtshandeling of het “instrumentum”. Nochtans stelt men vast dat de notaris ook betrokken is bij de totstandkoming van het *negotium*, zodat in zekere zin ook de rechtshandeling bedoeld wordt. De bevoegdheid zoals voorzien in art. 1 eerste lid O.W.N., beperkt tot het louter verschaffen van een titel qua vorm, is dan te beperkt. De bevoegdheid op het vlak van het verschaffen van een titel als *instrumentum* is echter primordiaal en impliceert ook de actieve participatie van de notaris bij de redactie van de inhoud, het *negotium* (zie art. 1 derde lid O.W.N.).

Door zijn optreden als openbaar ambtenaar, binnen de grenzen van de bevoegdheid hem toegekend door de wet, wordt de akte een authentieke akte. Er is maar sprake van een notariële authentieke akte in de mate er een optreden is van de notaris, en deze notaris binnen zijn bevoegdheid handelt. Niet iedere handeling van een notaris is een authentieke akte.

1.2.2. Vaststellingen door de notaris en notariële authentieke akten

In de eerste plaats is er de vereiste dat er een geschrift wordt opgesteld, in de vorm door de wet voorgeschreven, om als notariële akte te gelden. Sinds 2009⁴⁹ is in de Organieke Wet Notariaat de mogelijkheid opgenomen om notariële akten in ‘gedematerialiseerde’ of digitale vorm te verlijden en dus niet meer op papier (zie (toekomstig) art. 13 derde lid

49 Zie art. 19, 3° van de wet van 6 mei 2009 (BS 19 mei 2009), nog voor de inwerkingtreding ervan vervangen door art. 197 van de wet van 6 juli 2017 (POTPOURRIWET V) (de inwerkingtreding van dit wetsartikel is nog te bepalen door de Koning).

O.W.N.). Deze algemene bepaling is evenwel nog niet in werking getreden⁵⁰. Het begrip ‘geschrift’ wordt overigens, zoals reeds hoger gezegd, in artikel 8.1.1° BW losgekoppeld van de traditionele drager ‘papier’ en voortaan gedefinieerd als volgt: *“een geheel van alfabetische tekens of van enige andere verstaanbare tekens, aangebracht op een drager die de mogelijkheid biedt toegang ertoe te hebben gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en waarbij de integriteit ervan wordt beschermd, welke ook de drager en de transmissiemogelijkheden zijn.”*

In de tweede plaats is vereist dat de notaris zich het geschrift (of de gedematerialiseerde akte) eigen maakt door de ondertekening door hem. De ondertekening door de notaris is immers een essentieel vormvoorschrift (art. 14 O.W.N.) waarvan de niet-naleving wordt gesanctioneerd met de nietigheid van de akte (als ‘notariële akte’) (zie art. 114 O.W.N.).

Zowel de onderhandse als de authentieke akte moeten worden ondertekend (art. 8.1.6° BW) dus voorzien van een handtekening. Een ‘handtekening’ wordt wettelijk omschreven als *“een teken of een opeenvolging van tekens, aangebracht met de hand, elektronisch of via ieder ander procédé, waarmee een persoon zich identificeert en waaruit zijn wilsuiting blijkt”* (art. 8.1.2° BW). Een ‘elektronische handtekening’ definieert de wetgever als: *“een handtekening conform artikel 3, 10° tot 3, 12° van de Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt (en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG).”*

Deze EU-verordening maakt een onderscheid tussen drie soorten elektronische handtekeningen. Een gewone ‘elektronische handtekening’ doelt in het algemeen op *“gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen”*. Naast die ‘gewone’ elektronische handtekening kent de verordening ook de *“geavanceerde elektronische handtekening”*. Dit is een elektronische handtekening die voldoet aan de vereisten, gesteld in artikel 26 van de verordening hetgeen betekent dat (a) zij op unieke wijze aan de ondertekenaar

50 Merk wel op dat, door de wet van 30 april 2020 houdende diverse bepalingen inzake justitie en het notariaat in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (i.w.getr. 4 mei 2020) een nieuw artikel 18quinquies in de Organieke Wet Notariaat werd ingevoegd. Dit artikel bepaalde dat volmachten – met inbegrip van zorgvolmachten – die krachtens de wet in authentieke vorm moeten worden verleden, voortaan ook louter elektronisch ‘op afstand’ kunnen worden verleden, mits naleving van de voorschriften vervat in dat wetsartikel.

Door de wet van 12 juli 2021 tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt en houdende diverse bepalingen ingevolge de omzetting van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht, (BS 15 juli 2021, i.w.tr. 1 augustus 2021) werd (art. 26) aan artikel 13 O.W.N. o.m. een paragraaf 2 toegevoegd waardoor ook oprichtingsakten van rechtspersonen voortaan louter elektronisch, al dan niet ‘op afstand’ kunnen worden verleden, en werd (art. 28) bepaald dat digitaal verleden volmachten voortaan al dan niet op afstand kunnen worden verleden (gewijzigd art. 18quinquies O.W.N.).

De ‘wet van 22 november 2022 tot wijziging van de Organieke Wet Notariaat’ voorziet dat, met uitzondering van de oprichting van een stichting bij testament, niet alleen oprichtingsakten maar ook alle akten wijziging van de statuten, al dan niet ‘op afstand’ in gedematerialiseerde vorm kunnen worden verleden (art. 13 § 2 O.W.N. zoals gewijzigd door art. 12 van dit wetsontwerp). Deze bepaling (artikel 12 van de wet van 22 november 2022) treedt evenwel pas op 1 januari 2024 in voege, tenzij de Koning een vroegere inwerkingtreding zou bepalen (art. 124 wet 22 november 2022).