

# PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Per e-mail: [redacted]

onze ref. [redacted]

uw ref. [redacted]

inzake Vervolgfragen advies Wet digitale overheid [redacted]

17 maart 2023

Geachte [redacted]

Bij brief van 2 maart jl. heb ik u geadviseerd over het toepassingsbereik van Verordening (EU) nr. 910/2014 (hierna: de eIDAS-verordening)<sup>1</sup> en de mogelijkheid om bij het stellen van een "open source -eis" onderscheid te maken tussen bestaande aanbieders van authenticatiemiddelen enerzijds en nieuwe aanbieders anderzijds.

Deze brief is op 14 maart jl. besproken in de Eerste Kamer. Naar aanleiding daarvan hebt u vier aanvullende vragen aan ons voorgelegd, gebaseerd op de in de Eerste Kamer gestelde vragen (**bijlage**). Graag beantwoord ik deze vragen in deze brief samen met mijn kantoorgenoot gespecialiseerd in het Europese recht. Gezien de korte termijn en de aard van uw verzoek, beantwoorden wij de vragen op hoofdlijnen.

<sup>1</sup> 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 (PB L 257 van 28.8.2014, blz. 73–114).

## 1 Beantwoording van vraag 1

### 1.1 Inleiding

De eerste vraag luidt, samengevat weergegeven, als volgt. In het advies van 2 maart jl. is geconcludeerd dat het toepassingsbereik van de eIDAS-verordening beperkt is tot gevallen van *grensoverschrijdende* onlineauthenticatie. In het advies wordt tevens aangegeven dat het vanuit het perspectief van gelijke behandeling goed voor te stellen is dat het aan Nederlandse burgers in "zuiver interne situaties" op dezelfde wijze wordt toegestaan gebruik te maken van een in andere lidstaat aangemeld en door de Europese Commissie gepubliceerd elektronisch identificatiemiddel (hierna: erkend EIM), als dat moet worden toegestaan aan EU-burgers in gevallen van grensoverschrijdende onlineauthenticatie. Kunt u uitleggen hoe deze twee uitgangspunten zich tot elkaar verhouden? Waarom zou op grond van het gelijkheidsbeginsel moeten worden geconcludeerd dat de Nederlandse overheid ook in een zuiver interne situatie een elders erkend EUM zou moeten accepteren, terwijl de Europese Commissie bij de vormgeving van de eIDAS-verordening het toepassingsbereik nadrukkelijk beperkte tot grensoverschrijdende gevallen?

### 1.2 Antwoord op vraag 1

Het is juist dat wij in de brief van 2 maart jl. hebben geconcludeerd dat het toepassingsbereik van de eIDAS-verordening ons inziens beperkt is tot gevallen van *grensoverschrijdende* onlineauthenticatie. Dit betekent dat een Nederlandse overheidsinstantie op grond van de eIDAS-verordening alleen bij grensoverschrijdende onlineauthenticatie verplicht is een erkend EIM uit een andere lidstaat te accepteren. In een zuiver interne situatie ontbreekt het grensoverschrijdende element en bestaat deze verplichting op grond van de eIDAS-verordening dus niet. Het Unierecht verbiedt een dergelijke omgekeerde discriminatie niet.

Dit laat onverlet dat wij ons mede in het licht van het *nationale* gelijkheidsbeginsel kunnen voorstellen dat ervoor wordt gekozen om aan Nederlandse burgers in een zuiver interne situatie toe te staan dat zij gebruik maken van een erkend EIM uit een andere lidstaat. Aldus worden Nederlandse burgers gelijk behandeld met burgers uit andere lidstaten. Doel hiervan is om de voordelen die het gebruik van een erkend EIM uit een andere lidstaat met zich brengt ook ten goede te laten komen aan Nederlandse burgers. De eIDAS-verordening staat hieraan niet in de weg.

## 2 Beantwoording vraag 2

### 2.1 Inleiding

De tweede vraag ziet op de veronderstelling in de brief van 2 maart jl. dat het praktisch gezien niet (altijd) eenvoudig zal zijn om onderscheid te maken tussen situaties van grensoverschrijdende onlineauthenticatie en zuiver interne situaties. De vraag is of hieruit moet worden geconcludeerd dat het in feite onmogelijk is om de toepassing van de eIDAS-verordening te beperken tot grensoverschrijdende onlineauthenticatie. Of moet het advies zo worden gelezen dat het beperken van verplichte acceptatie van erkende EIM's tot grensoverschrijdende onlineauthenticatie, weliswaar meer uitvoeringskosten met zich mee kan brengen, maar niet onmogelijk is?

### 2.2 Antwoord op vraag 2

In de brief van 2 maart jl. hebben wij in paragraaf 1.4 toegelicht dat al snel sprake is van grensoverschrijdende onlineauthenticatie. Dat kan bijvoorbeeld ook aan de orde zijn indien een Nederlandse burger vanuit het buitenland inlogt bij een Nederlandse overheid of sprake is van een Nederlandse burger met een dubbele nationaliteit. Indien een Nederlandse burger bij de Nederlandse overheid zich authentiseert zal dus niet altijd sprake zijn van een zuiver interne situatie.<sup>2</sup> Om die reden hebben wij in de brief van 2 maart jl. aangegeven dat het ons praktisch gezien niet (altijd) eenvoudig lijkt om onderscheid te maken tussen situaties van grensoverschrijdende authenticatie (waarin wel een erkend EIM uit een andere lidstaat zou kunnen worden gebruikt) en zuiver interne situaties (waarin geen gebruik kan worden gemaakt van een erkend EIM uit een andere lidstaat).

Wij hebben in de brief van 2 maart jl. dus niet aangegeven dat het onmogelijk is om een onderscheid te maken tussen situaties van grensoverschrijdende authenticatie en zuiver interne situaties. Onze inschatting is wel dat als het gebruik van erkende EIM's uit een andere lidstaat in zuiver interne situaties niet zou worden toegestaan, in de gevallen waarin een Nederlandse burger zich met een erkend EIM uit een andere lidstaat authentiseert bij een Nederlandse overheid, een analyse zal moeten plaatsvinden van de situatie van de betreffende burger. Of dat tot hoge uitvoeringskosten zou leiden, is niet iets wat wij kunnen beoordelen.

---

<sup>2</sup> Gelet op de voorwaarden die andere lidstaten stellen aan het mogen gebruiken van een EIM, zal naar onze inschatting in de huidige praktijk zelfs al snel sprake kunnen zijn van grensoverschrijdende authenticatie als een Nederlands burger beschikt over een dergelijk EIM. Zie paragraaf 1.4 van onze brief van 2 maart jl.



datum 17 maart 2023

onze ref. / /

4/6

### **3 Beantwoording vraag 3**

#### *3.1 Inleiding*

De derde vraag ziet op het gebruik van erkende EIM's die niet voldoen aan de zogenoemde "open source-eis". Heeft de invoering van de open source-eis tot gevolg dat Nederlandse overheidsinstanties EIM's uit andere lidstaten die niet zijn gebaseerd op open source, niet meer zullen erkennen? En kan de eerdere erkenning van buitenlandse EIM's zonder open source dan worden ingetrokken?

#### *3.2 Antwoord op vraag 3*


Artikel 6 van de eIDAS-verordening bepaalt onder welke voorwaarden een overheidsinstantie EIM's uit een andere lidstaat moet erkennen. Deze voorwaarden zijn opgenomen in paragraaf 1.2 van de brief van 2 maart jl. Het moet gaan om een EIM dat is uitgegeven op grond van een stelsel voor elektronische identificatie dat is opgenomen in de lijst die de Europese Commissie heeft bekendgemaakt via het Publicatieblad van de Europese Unie. Daarnaast gelden voorwaarden met betrekking tot het betrouwbaarheidsniveau van het EIM. Daarbij geldt dat een Nederlandse overheidsinstantie geen EIM met een lager betrouwbaarheidsniveau hoeft te erkennen dan voor toegang tot de dienst wordt verlangd.

Indien een EIM uit een andere lidstaat aan de voorwaarden zoals opgenomen in de eIDAS-verordening voldoet, moet een Nederlandse overheidsinstantie het gebruik hiervan toestaan als dit ten behoeve van grensoverschrijdende onlineauthenticatie wordt gebruikt. Deze verplichting is gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning. Het is niet mogelijk om voor deze wederzijdse erkenning aanvullende voorwaarden te stellen, zoals de open source-eis. Een Nederlandse overheidsinstantie kan de wederzijdse erkenning van een EIM uit een andere lidstaat ook niet intrekken indien dit niet aan de open source-eis voldoet. De verplichting om het EIM wederzijds te erkennen vloeit immers rechtstreeks voort uit de eIDAS-verordening.

Volledigheidshalve merken wij op dat het voorgaande niet ziet op stelsels voor elektronische identificatie die op nationaal niveau worden gebruikt om toegang te krijgen tot publieke onlinediensten. Volgens overweging 13 van de considerans van de eIDAS-verordening moeten de lidstaten de vrijheid behouden om ten behoeve van elektronische identificatie middelen voor toegang tot onlinediensten te gebruiken of in te voeren.



datum 17 maart 2023

onze ref. 

5/6

#### 4 Beantwoording vraag 4

##### 4.1 Inleiding

De vierde vraag heeft betrekking op het maken van onderscheid bij het toepassen van de open source-eis tussen de huidige en nieuwe aanbieders van identificatiemiddelen die zich aanmelden op grond van de Wet digitale overheid. De vraag is of het juridisch toelaatbaar zou zijn de open source-eis voor de huidige aanbieders van identificatiemiddelen later in te voeren dan voor nieuwe aanbieders van identificatiemiddelen, omdat op dit moment voorzienbaar zou zijn dat het niet-maken van een dergelijk onderscheid in de toekomst zou leiden tot het verlengen van de termijn van inwerkingtreding van de open source-eis, hetgeen onwenselijk wordt geacht. Daarbij wordt gewezen op de maatschappelijke druk die zou kunnen ontstaan indien reeds in gebruik zijnde identificatiemiddelen niet langer worden toegelaten omdat zij op het moment van inwerkingtreding van de open source-eis niet aan deze eis voldoen.

##### 4.2 Antwoord op vraag 4

In de brief van 2 maart jl. hebben wij toegelicht dat het maken van onderscheid tussen aanbieders van identificatiemiddelen uitsluitend mogelijk is indien sprake is van een objectieve rechtvaardiging, waarbij rekening wordt gehouden met de doelmatigheid en noodzakelijkheid van het te maken onderscheid. Wij hebben daarbij aangegeven dat het *in algemene zin* niet mogelijk is om uitsluitel te geven over de vraag of het maken van onderscheid tussen aanbieders van identificatiemiddelen juridisch toelaatbaar is. Dat kan alleen indien een precies beeld bestaat van het te maken onderscheid, alsmede de doelmatigheid en de noodzakelijkheid daarvan. De informatie die in de vierde vraag wordt verstrekt geeft niet een dergelijk volledig beeld. Dat maakt dat wij ook bij de beantwoording van deze vervolgvraag geen sluitend antwoord kunnen geven over de toelaatbaarheid van het te maken onderscheid.

Overigens kunnen wij ons moeilijk voorstellen dat er omstandigheden denkbaar zijn waaronder een onderscheid tussen huidige en nieuwe aanbieders gerechtvaardigd kan worden op basis van het in de vraag geschetste scenario. Dat niet met zekerheid is vast te stellen dat de inwerkingtredingstermijn van de open source-eis in de toekomst zal worden verlengd voor nieuwe aanbieders, maakt het moeilijk om daarop nu al een onderscheid te baseren tussen bestaande en nieuwe aanbieders van identificatiemiddelen, waarbij striktere eisen worden gesteld aan nieuwe aanbieders, zo is onze inschatting.



datum 17 maart 2023

onze ref.

[redacted]

6/6

## 5 Afsluiting

Tot zover. Tot het geven van een nadere toelichting zijn wij graag bereid.

Met vriendelijke groet,





# Eerste Kamer der Staten-Generaal

Staatssecretaris van Koninkrijksrelaties en Digitalisering  
Mevrouw drs. A.C. van Huffelen  
Postbus 20011  
2500 EA Den Haag

Kazernestraat 52  
2514 CV Den Haag  
postbus 20017  
2500 EA Den Haag

telefoon 070 312 92 00  
fax 070 312 93 90

e-mail [postbus@eerstekamer.nl](mailto:postbus@eerstekamer.nl)  
internet [www.eerstekamer.nl](http://www.eerstekamer.nl)

datum 17 maart 2023

betreft Vragen over de juridische analyses van de Landsadvocaat inzake de reikwijdte van de eIDAS-verordening en inzake de open source-eis

ons kenmerk 172911U

Geachte mevrouw Van Huffelen,

De leden van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning hebben kennisgenomen van uw brief van 3 maart met de juridische analyses van de Landsadvocaat inzake de reikwijdte van de eIDAS-verordening en inzake de open source-eis.<sup>1</sup> De leden van de fracties van **GroenLinks** en de **PvdA** gezamenlijk hebben met belangstelling kennisgenomen van de brief en hebben hierover enkele vragen.

In het advies van de Landsadvocaat wordt omstandig aangegeven dat het toepassingsbereik van de eIDAS-verordening nadrukkelijk beperkt is tot gevallen van grensoverschrijdende authenticatie. Dat is naar het oordeel van deze leden toch een slag anders dan het door u hierover ingenomen standpunt in het recente debat in de Eerste Kamer, waarin u stelde dat de eIDAS-verordening er om vraagt dat internationale middelen zouden moeten worden toegelaten voor het contact tussen de Nederlandse burger en de Nederlandse overheid. Op welke wijze heeft het juridisch advies van de Landsadvocaat uw zienswijze doen veranderen inzake de werking van de eIDAS-verordening en welke gevolgen heeft dit voor de Wet digitale overheid?

Die beperking tot grensoverschrijdende gevallen was ook uitdrukkelijk de bedoeling van de Europese Commissie die, zoals het advies op pagina's 5 en 6 aangeeft, van oordeel is dat 'het uitreiken van identificatiemiddelen een nationale aangelegenheid is' en daarom ook 'niet op dezelfde generieke manier [kan] worden behandeld als andere elektronische vertrouwensdiensten'.

Kunt u de Landsadvocaat vragen hoe dit zich verhoudt tot de door hem ingenomen stelling op pagina 10 dat hij vanuit het perspectief van gelijke behandeling zelfs in een 'zuiver interne situatie' (waarin een Nederlandse burger over een erkend buitenlands elektronisch identificatiemiddel (hierna: EIM) beschikt, zonder dat zich een grensoverschrijdend element voordoet) zich kan voorstellen dat Nederlandse burgers op dezelfde wijze wordt toegestaan gebruik te maken van erkende buitenlandse EIM's als dat moet worden toegestaan voor EU-burgers in gevallen van grensoverschrijdende authenticatie? Waarom zou op basis van het gelijkheidsbeginsel moeten worden geconcludeerd dat de Nederlandse overheid ook in een 'zuiver interne situatie' een elders erkend EIM zou moeten

---

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2022/23, 34972, AE.



datum 17 maart 2023

ons kenmerk 172911U

blad 2

accepteren, terwijl de Europese Commissie bij de vormgeving van de verordening het toepassingsbereik nadrukkelijk beperkte tot grensoverschrijdende gevallen?

Een ander argument van de Landsadvocaat om het gebruik van buitenlandse EIM's door Nederlandse burgers toe te staan is de praktische uitvoerbaarheid. Kunt u de Landsadvocaat vragen of hij daarmee eigenlijk concludeert dat de nadrukkelijk door de Europese Commissie in artikel 6 eIDAS opgenomen beperking van verplichte acceptatie van buitenlandse EIM's tot 'grensoverschrijdende authenticatie' in feite onmogelijk is? En is de Landsadvocaat daarmee van oordeel is dat er sprake is van slechte Europese regelgeving, aangezien deze niet uitvoerbaar is? Of moet het advies volgens de Landsadvocaat zo worden gelezen dat het beperken van verplichte acceptatie van buitenlandse EIM's tot 'grensoverschrijdende authenticatie', weliswaar meer uitvoeringskosten met zich kan brengen, maar niet onmogelijk is?

Bent u bereid om – in lijn met de bedoeling van de Europese Commissie - de verplichte acceptatie van het gebruik van buitenlandse EIM's door Nederlanders bij grensoverschrijdende authenticatie, zodanig te beperken dat die niet geldt bij een 'zuiver interne situatie'? Kunt u dan voorbeelden geven van wat wel en wat niet tot een 'zuiver interne situatie' kan worden gerekend? Kunt u tevens aangeven hoe u, met de juridische duidelijkheid over de dwingende verplichting van toelating in Nederland, aankijkt tegen nut en noodzaak van het toelaten van private aanbieders? Bent u bereid om deze keuze van de regering te heroverwegen?

In artikel 6 lid 1 onder b van de eIDAS-verordening (aangehaald in het advies op pagina 4) staat dat acceptatie van een EIM ten behoeve van grensoverschrijdende onlineauthenticatie verplicht is mits is voldaan aan de volgende voorwaarde: het betrouwbaarheidsniveau van het EIM is gelijk aan of hoger dan het betrouwbaarheidsniveau dat de bevoegde openbare instantie als voorwaarde stelt voor onlinetoegang tot openbare diensten in eigen land. In de novelle wordt een aantal eisen gesteld aan EIM dat de voorwaarden in de eIDAS-verordening te boven gaat. Eén daarvan is de open source-eis. Die eis draagt bij aan veiligheid en betrouwbaarheid van het inlogmiddel. De regering wil dat deze eis uiterlijk over vijf jaar volledig geldt. Dat betekent dat de door Nederland erkende inlogmiddelen een hoger betrouwbaarheidsniveau zullen hebben dan buitenlandse EIM's waarvoor de eis van open source niet geldt. Betekent dit dat vanaf het moment dat de open source-eis in Nederland volledig geldt, Nederland nieuwe buitenlandse EIM's die niet zijn gebaseerd op open source niet zal erkennen? En kan Nederland de eerdere erkenning van buitenlandse EIM's zonder open source dan intrekken? Graag hierover het onafhankelijk advies van de Landsadvocaat, alsmede uw reactie daarop.

Ten aanzien van de tweede vraag over het onderscheid maken tussen verschillende aanbieders stelt de Landsadvocaat terecht dat het doel van het onderscheid duidelijk, legitiem, passend en noodzakelijk moet zijn. Dat ligt allemaal voor de hand. Ongeoorloofd onderscheid moet worden voorkomen en niet alleen omdat dat tot consequentie kan hebben dat de regeling door de rechter onverbindend wordt verklaard en dat de open source-eis (tijdelijk) niet zou kunnen worden toegepast. Ongeoorloofd is ongeoorloofd, zo stellen de aan het woord zijnde leden. De bedoeling van deze vraag was natuurlijk om te bezien of er geoorloofde gronden voor het maken van onderscheid kunnen zijn. Daarover ontbreekt advies van de Landsadvocaat. Uit de wetsvoorstellen en uit het parlementaire debat hadden die mogelijke gronden kunnen worden gedistilleerd. Het is immers de uitdrukkelijke bedoeling van de regering om uiterlijk over vijf jaar de situatie te bereiken dat alle aanbieders van inlogmiddelen volledig voldoen aan de open source-eis. Dit doel zou kunnen worden doorkruist door het tijdelijk toelaten van nieuwe aanbieders die op basis van closed source werken, daarmee een cliëntèle opbouwen, maar niet tijdig de transitie doormaken naar open source. De druk zal dan groot worden om ten behoeve van de burgers die klant zijn van die aanbieders de overgangstermijn (mogelijk: aanzienlijk) te verlengen. Daarmee wordt dan niet alleen een uitdrukkelijk door de regering aangegeven termijn doorkruist, maar ook een periode verlengd waarin de betrouwbaarheid en





*datum* 17 maart 2023

*ons kenmerk* 172911U

*blad* 3

veiligheid van inlogmiddelen lager is dan door de wetgever (in de novelle) verlangd wordt. De vraag aan de Landsadvocaat is dan ook of in deze realistische verwachting geen juridische gronden te vinden zijn om onderscheid tussen bestaande en nieuwe aanbieders te maken. De bestaande aanbieders, zoals DigiD, leveren reeds inlogmiddelen en die kunnen niet zomaar worden stopgezet zonder grote maatschappelijke gevolgen. Dat geldt natuurlijk niet bij nieuwe aanbieders, die wellicht nog enige tijd nodig hebben om volledig aan de open source-eis te voldoen. Het dringende verzoek van de leden van de fracties van de PvdA en GroenLinks aan u is dan ook om de Landsadvocaat te vragen zijn advies (ook) op dit punt nader uit te werken en dat via u aan de Kamer te doen toekomen, met daarbij uw reactie.

De commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning ziet met belangstelling uit naar uw reactie en ontvangt deze graag uiterlijk vrijdag 17 maart 2023, 16.00 uur, in verband met de aangehouden stemmingen over het voorstel Wet digitale overheid en de novelle Wet digitale overheid op 21 maart 2023.

Hoogachtend,

mr. B.O. Dittrich

Voorzitter van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis der Koning