

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Per e-mail

Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Postbus 20011
2500 EA DEN HAAG

onze ref. 11019814

uw ref.

inzake Verzoek beleidsadvies Wet digitale overheid

2 maart 2023

Geachte

Op 21 februari 2023 heeft in de Eerste Kamer de gezamenlijke behandeling plaatsgevonden van het Wetsvoorstel Wet digitale overheid (34.972) en de novelle bij de Wet digitale overheid (35.868).

Naar aanleiding van dit debat hebt u ons de volgende twee vragen gesteld:

- (a) Is de reikwijdte van 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 (hierna: de eIDAS-verordening) beperkt tot gevallen van grensoverschrijdende authenticatie en, zo ja, betekent dit dat de Staat op grond van de eIDAS-verordening dus niet gehouden is om toe te laten dat een Nederlandse burger die bij een Nederlandse overheid inlogt, gebruikmaakt van een authenticatiemiddel dat is erkend in een andere lidstaat overeenkomstig de eisen van de eIDAS-verordening?

- (b) Kan bij het stellen van de zogenaamde "open source-eis" zoals die blijkt uit artikel 9, zesde lid, onder d van de novelle bij de Wet digitale overheid onderscheid worden gemaakt tussen diverse identificatiemiddelen (in het bijzonder huidige en nieuwe identificatiemiddelen)?

Graag beantwoord ik uw vragen in deze brief samen met mijn kantoorgenoten gespecialiseerd in het Europese recht. Gezien de beperkte tijd die voor beantwoording van de vragen beschikbaar was hebben wij ons tot de hoofdlijnen beperkt. Indien gewenst, adviseren wij u in een vervolgadvisie graag nader.

1 Beantwoording van vraag a (de reikwijdte van de eIDAS-verordening)

1.1 Inleiding

Uw eerste vraag is of de eIDAS-verordening een Nederlandse overheidsinstantie ertoe verplicht om te accepteren dat een Nederlands burger een op grond van de eIDAS-verordening door een andere lidstaat aangemeld en door de Europese Commissie gepubliceerd elektronisch identificatiemiddel (hierna: erkend EIM) gebruikt. Deze vraag ziet op de reikwijdte van de eIDAS-verordening.

Onze conclusie luidt als volgt.

- Het toepassingsbereik van de eIDAS-verordening is ons inziens beperkt tot gevallen van grensoverschrijdende authenticatie.
- Een Nederlandse overheidsinstantie dient bij grensoverschrijdende authenticatie op grond van de eIDAS-verordening toe te staan dat een burger een erkend EIM gebruikt. Deze verplichting bestaat niet wanneer geen sprake is van grensoverschrijdende authenticatie.
- Ook als een Nederlands burger gebruik wil maken van een online dienst van de Nederlandse overheid, is mogelijk sprake van grensoverschrijdende authenticatie. In dat geval moet een Nederlandse overheidsinstantie accepteren dat een Nederlands burger gebruik maakt van een erkend EIM.
- Van grensoverschrijdende authenticatie zal ons inziens in ieder geval sprake zijn als een Nederlands burger zich in een *andere* lidstaat bevindt en ten behoeve van een online overheidsdienst wil inloggen bij een overheidsinstantie in Nederland.
- Wij achten het aannemelijk dat het Hof van Justitie in een concreet geval het begrip grensoverschrijdende authenticatie ruim zal (kunnen) opvatten. Daarom moet er rekening mee worden gehouden dat het begrip grensoverschrijdende authenticatie als bedoeld in de eIDAS-verordening ook de situatie omvat waarin een Nederlands burger die bijvoorbeeld beschikt over een dubbele nationaliteit of in een andere lidstaat woont of werkt, gebruik wil maken van een erkend EIM terwijl hij zich in Nederland bevindt.

- In het verlengde hiervan is relevant dat de meeste lidstaten voor het gebruik van de door hen uitgegeven EIM's die op grond van de eIDAS-verordening moeten worden erkend op dit moment voorwaarden hanteren die een (nauwe) band impliceren tussen de burger en de betreffende EU-lidstaat. Gelet hierop is naar de huidige stand van zaken aannemelijk dat de situatie waarin een Nederlands burger gebruik wil maken van erkend EIM doorgaans zal kwalificeren als grensoverschrijdende authenticatie, waarop de eIDAS-verordening dus van toepassing is.
- Los van het voorgaande kan het vanuit het perspectief van gelijke behandeling en praktische uitvoerbaarheid de voorkeur genieten om de eIDAS-verordening ook toe te passen op situaties die mogelijk kwalificeren als zuiver interne situaties (omdat een Nederlands burger over een EIM van een andere lidstaat beschikt zonder dat zich grensoverschrijdende elementen voordoen die maken dat sprake is van grensoverschrijdende authenticatie als bedoeld in de eIDAS-verordening).

1.2 De eIDAS-verordening en het begrip grensoverschrijdende authenticatie

Onze conclusie luidt dat het toepassingsbereik van de eIDAS-verordening beperkt is tot gevallen van grensoverschrijdende authenticatie. Dit lichten wij toe.

Een van de doelstellingen van de eIDAS-verordening is het wegnemen van bestaande belemmeringen voor het grensoverschrijdende gebruik van EIM's die in de lidstaten worden gebruikt om daarmee ten minste ten behoeve van publieke diensten te authenticeren.¹ Door het stellen van eisen beoogt de verordening te waarborgen dat veilige elektronische identificatie en authenticatie voor de toegang tot grensoverschrijdende onlinediensten van de lidstaten mogelijk is. Tegelijkertijd behouden de lidstaten de vrijheid om ten behoeve van elektronische identificatie EIM's voor toegang tot onlinediensten te gebruiken of in te voeren.²

In artikel 6 van de eIDAS-verordening is het beginsel van wederzijdse erkenning neergelegd. Dit beginsel houdt kort gezegd in dat een overheidsinstantie een EIM dat is uitgegeven in een andere lidstaat moet erkennen ten behoeve van grensoverschrijdende onlineauthenticatie. Artikel 6 van de eIDAS-verordening bepaalt onder welke voorwaarden een overheidsinstantie EIM's³ moet erkennen die onder een aangemeld stelsel voor elektronische identificatie⁴ van een andere lidstaat vallen.⁵ Het

¹ Zie overweging 12 van de eIDAS-verordening.

² Zie overweging 13 van de eIDAS-verordening.

³ Een elektronisch identificatiemiddel wordt gedefinieerd als "een materiële en/of immateriële eenheid die persoonsidentificatiegegevens bevat en die gebruikt wordt voor authenticatie bij een onlinedienst" (artikel 3 lid 2 eIDAS-verordening).

⁴ Een stelsel voor elektronische identificatie wordt gedefinieerd als "een stelsel voor elektronische identificatie waarbinnen elektronische identificatiemiddelen worden uitgegeven aan natuurlijke personen, rechtspersonen of natuurlijke personen die rechtspersonen vertegenwoordigen" (artikel 3, lid 3 eIDAS-verordening).

⁵ Vgl. artikel 1 eIDAS-verordening.

moet daarbij gaan om een EIM dat is opgenomen in de lijst die de Europese Commissie heeft bekendgemaakt via het Publicatieblad van de Europese Unie.⁶ Artikel 6 lid 1 van de eIDAS-verordening luidt, voor zover relevant (onderstreping toegevoegd):

1. Wanneer een elektronische identificatie met gebruikmaking van een elektronisch identificatiemiddel en authenticatie vereist is op grond van nationaal recht of door gangbare bestuursrechtelijke praktijk om toegang te krijgen tot een onlinedienst aangeboden door een openbare instantie in een lidstaat, moet het elektronisch identificatiemiddel dat uitgegeven is in een andere lidstaat worden erkend in de eerste lidstaat ten behoeve van de grensoverschrijdende onlineauthenticatie van die dienst, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a) het elektronisch identificatiemiddel is uitgegeven op grond van een stelsel voor elektronische identificatie dat is opgenomen in de lijst die de Commissie uit hoofde van artikel 9 heeft bekendgemaakt;

b) het betrouwbaarheidsniveau van het elektronisch identificatiemiddel is gelijk aan of hoger dan het betrouwbaarheidsniveau dat de bevoegde openbare instantie als voorwaarde stelt voor onlinetoegang tot die dienst in de eerste lidstaat, mits het betrouwbaarheidsniveau van dat elektronisch identificatiemiddel in overeenstemming is met het betrouwbaarheidsniveau substantieel of hoog;

c) de openbare instantie in kwestie gebruikt het betrouwbaarheidsniveau substantieel of hoog voor de toegang tot die onlinedienst.

Artikel 6 van de eIDAS-verordening bepaalt aldus dat, mits aan voorwaarden a t/m c is voldaan (waarbij zij opgemerkt dat voorwaarden a) en b) voorwaarden bevatten met betrekking tot het betrouwbaarheidsniveau van het EIM), een overheidsinstantie een EIM dat is uitgegeven in een andere lidstaat, moet erkennen.

Deze verplichting ziet ons inziens strikt genomen alleen op situaties waarin sprake is van grensoverschrijdende authenticatie. Dit baseren wij op de tekst, de doelstelling, de wetgevingsgeschiedenis en de systematiek van de eIDAS-verordening.

Voor de beantwoording van de vraag of toepassing van de eIDAS-verordening beperkt is tot situaties van grensoverschrijdende authenticatie en wat daaronder moeten worden verstaan, is allereerst de tekst van artikel 6 van de eIDAS-verordening van belang. In dat kader is relevant dat artikel 6 lid 1 van de eIDAS-verordening expliciet voorschrijft dat erkenning van EIM's alleen vereist is ten behoeve van de

⁶ Zie voor de meest recente versie: Stelsels voor elektronische identificatie aangemeld overeenkomstig artikel 9, lid 1, van Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt, PbEU C 407, 24.10.2022, p. 5-10.

"grensoverschrijdende online authenticatie van die dienst", waarbij met de laatste woorden wordt bedoeld op (de toegang tot) een onlinedienst aangeboden door een openbare instantie in een lidstaat. Met andere woorden: het gaat hier om de situatie waarin, om toegang te (kunnen) krijgen tot een online overheidsdienst, de authenticatie grensoverschrijdend is, in die zin dat die authenticatie de toegang tot grensoverschrijdende online dienstverlening van de lidstaten mogelijk maakt.⁷

Ook overweging 12 bij de eIDAS-verordening onderstreept het uitgangspunt dat dit beginsel van wederzijdse erkenning ziet op authenticatie in 'grensoverschrijdende situaties', d.w.z. de situatie waarbij de een burger of onderneming een EIM wil aanwenden voor grensoverschrijdend gebruik c.q. authenticatie voor de toegang tot grensoverschrijdende onlinediensten van een lidstaat:

"12 Een van de doelstellingen van deze verordening is het wegnemen van bestaande belemmeringen voor het grensoverschrijdende gebruik van elektronische identificatiemiddelen die in de lidstaten worden gebruikt om daarmee ten minste ten behoeve van publieke diensten te authenticeren. Deze verordening heeft niet tot doel systemen voor elektronisch identiteitsbeheer en bijbehorende infrastructuren in de lidstaten te beïnvloeden. Het doel van deze verordening is te waarborgen dat veilige elektronische identificatie en authenticatie voor de toegang tot grensoverschrijdende onlinediensten van de lidstaten mogelijk is."

Zie in dit verband ook bijv. artikel 11 en de bijlage van Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1501⁸ waarin regels zijn neergelegd over het minimale pakket persoonsidentificatiegegevens bij elektronische identificatie voor het "gebruik in een grensoverschrijdende context".

Daarnaast vindt de lezing dat het beginsel van wederzijdse erkenning van artikel 6 van de eIDAS-verordening zich beperkt tot gevallen van grensoverschrijdend gebruik van identificatie/authenticatie steun in de overwegingen uit het oorspronkelijke Commissievoorstel⁹ dat heeft geleid tot de eIDAS-verordening. Zo benoemt de Europese Commissie in haar voorstel dat "het uitreiken van identificatiemiddelen een nationale aangelegenheid is" en dat daarom elektronische identificatie "niet op dezelfde generieke manier [kan] worden behandeld als de andere elektronische vertrouwensdiensten", waarvoor het ruimer geldende internemarktbeginsel zoals neergelegd in artikel 4 van de eIDAS-verordening geldt. Het is precies om die reden (dat "het uitreiken van identificatiemiddelen een nationale aangelegenheid is") dat de

⁷ Zie in dit verband ook (onderstrepingen toegevoegd) de Engelse ("for the purposes of cross-border authentication for that service online") en de Franse versie ("aux fins de l'authentification transfrontalière pour ce service en ligne").

⁸ Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1501 van de Commissie van 8 september 2015 betreffende het interoperabiliteitskader bedoeld in artikel 12, lid 8, van Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt.

⁹ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt / COM/2012/0238 final - 2012/0146 (COD).

Europese Commissie in haar voorstel uitlegt waarom "enkel [wordt] ingegaan op de grensoverschrijdende aspecten van elektronische identificatie."

Daar komt bij dat de eIDAS-verordening niet beoogt een systeem van wederzijdse erkenning voor elektronische identificatie te introduceren dat (potentieel) afbreuk zou kunnen doen aan de bevoegdheid van de lidstaten tot het uitreiken van identificatiemiddelen. De uitleg dat het beginsel van wederzijdse erkenning zoals neergelegd in artikel 6 lid 1 van de eIDAS-verordening in beginsel is beperkt tot grensoverschrijdende authenticatie is in lijn met het uitgangspunt dat lidstaten zelf gaan over (de voorwaarden voor) het uitreiken van identificatiemiddelen op hun grondgebied.

Het beginsel van wederzijdse erkenning als bedoeld in artikel 6 van de eIDAS-verordening lijkt ons dan ook primair bedoeld om te voorzien in het gebruiksgemak van burgers en ondernemingen in het kader van grensoverschrijdende online publieke dienstverlening. Dat is ook in lijn met de voorbeelden die de Europese Commissie in haar voorstel heeft genoemd als het gaat om de voordelen die de eIDAS-verordening voor burgers zou moeten meebrengen "bij de afhandeling van administratieve formaliteiten", zoals studenten die zich elektronisch aan een buitenlandse universiteit kunnen inschrijven, burgers die hun belastingaangifte online in een andere lidstaat kunnen indienen of een patiënt die (in het kader van grensoverschrijdende zorg)¹⁰ zijn medisch dossier online wil raadplegen.

Tot slot merken wij op dat ook in de literatuur consensus lijkt te bestaan over het primaire doel van de eIDAS-verordening als het gaat om wederzijdse erkenning van EIM's, namelijk het bewerkstelligen dat burgers hun 'eigen EIM's' kunnen gebruiken ten behoeve van de authenticatie voor de publieke dienstverlening door andere lidstaten.¹¹ Dit lijkt bovendien ook het uitgangspunt waar marktpartijen vanuit gaan.¹²

¹⁰ Zie overweging 10 bij de eIDAS-verordening, waaruit volgt dat daarbij moet worden gedacht aan situaties van grensoverschrijdende zorg.

¹¹ Vgl. J. Schroers, 'The final piece of the eIDAS Regulation', (*CITIP Blog*, 3 oktober 2018) <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-final-piece-of-the-eidas-regulation/>> geraadpleegd op 27 februari 2023; A. Sharif, M. Ranzi, R. Carbone, G. Sciarretta, F.A. Marino, S. Ranine, 'The eIDAS Regulation: A Survey of Technological Trends for European Electronic Identity Schemes', *Applied Sciences* 2022, 12(24), 12679 <https://www.mdpi.com/2076-3417/12/24/12679> > geraadpleegd op 27 februari 2023; J. Dumortier, 'Regulation (EU) No 910/2014 on Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions in the Internal Market (eIDAS Regulation)', 1 juli 2016 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2855484> geraadpleegd op 27 februari 2023 en J. Andraško, 'Mutual recognition of Electronic Identification Means under the eIDAS Regulation and its Application Issues', *ResearchGate* december 2017.

¹² Zie bijv. 'Guide to the eIDAS Regulation and Compliance', (*Sectigo* 17 januari 2022), <<https://sectigo.com/resource-library/what-is-eidas-regulation>> geraadpleegd op 27 februari 2023 en 'Introduction to eIDAS', (*Scrive*), <<https://www.scrive.com/trust-center/eidas-summary/>> geraadpleegd op 27 februari 2023.

1.3 *Tussenconclusie*

Op basis van het voorgaande is onze conclusie dat de eIDAS-verordening in beginsel alleen betrekking heeft op grensoverschrijdende authenticatie. De klassieke situatie die de Europese wetgever daarbij voor ogen heeft gehad is de situatie waarin een burger of onderneming met een erkend EIM dat is uitgegeven in zijn 'eigen' lidstaat wil inloggen bij een overheidsinstantie van een andere lidstaat om zo gebruik te kunnen maken van de online dienstverlening van die andere lidstaat. Denk aan een Duitse burger die met zijn Duitse inlogmiddel bij het Centraal Justitieel Incassobureau wil inloggen om de boete voor een verkeersovertreding in Nederland te betalen.

Concreet betekent het voorgaande dat een Nederlandse overheidsinstantie alleen bij grensoverschrijdende authenticatie verplicht is een erkend EIM uit een andere lidstaat te accepteren. Indien een grensoverschrijdend element bij authenticatie ontbreekt (en dus sprake is van een zuiver interne situatie), geldt deze verplichting niet. Een dergelijke interne situatie beoogt de eIDAS-verordening niet te harmoniseren.¹³

1.4 *Wanneer moet een Nederlandse overheidsinstantie toestaan dat een Nederlands burger gebruik maakt van een erkend EIM uit een andere lidstaat?*

Als gezegd ziet de eIDAS-verordening alleen op grensoverschrijdende authenticatie.

De vervolgvraag is of dit betekent dat een Nederlandse overheidsinstantie mag weigeren dat een Nederlands burger gebruik maakt van een erkend EIM. Dat is niet onder alle omstandigheden het geval. Ook als een Nederlands burger wil inloggen bij een Nederlandse overheidsinstantie, kan namelijk sprake zijn van grensoverschrijdende authenticatie. In dat geval is de Nederlandse overheidsinstantie op grond van de eIDAS-verordening gehouden het gebruik van een erkend EIM, te accepteren.

Dit roept de vraag op wanneer precies sprake is van een grensoverschrijdende authenticatie indien een Nederlands burger met een erkend EIM wil inloggen bij een Nederlandse overheidsinstantie (met als gevolg dat de Nederlandse overheidsinstantie het gebruik van dit EIM moet accepteren).

Van grensoverschrijdende authenticatie zal ons inziens in ieder geval sprake zijn als een Nederlands burger zich in een *andere* lidstaat bevindt en ten behoeve van een online overheidsdienst wil inloggen bij een overheidsinstantie in Nederland. In dat

¹³ Volgens vaste rechtspraak verzet het Unierecht zich er niet tegen dat, in situaties die geen enkel aanknopingspunt hebben met een van de situaties waarop dit recht ziet, en waarvan alle relevante elementen geheel in de interne sfeer van een enkele lidstaat liggen, de staatsburgers van deze lidstaat door deze lidstaat minder gunstig worden behandeld dan de staatsburgers van een andere lidstaat (zie bijvoorbeeld HvJEU 16 juni 1994, zaak C-132/93, EU:C:1994:254, (*Steen*), punt 11).

geval menen wij dat de Nederlandse burger op grond van de eIDAS-verordening aanspraak heeft om gebruik te maken van een erkend EIM.

De vraag is of het begrip grensoverschrijdende authenticatie ook ruimer kan worden opgevat, in die zin dat zij ook ziet op de situatie dat een Nederlands burger met een erkend EIM wil inloggen op Nederlands grondgebied. Die vraag moet ons inziens worden beantwoord in het licht van de doelstelling van de eIDAS-verordening. De doelstelling van het wederzijds moeten erkennen van EIM's die uit hoofde van artikel 9 van de eIDAS-verordening zijn gepubliceerd, is primair het wegnemen van (administratieve) belemmeringen in het kader van grensoverschrijdende online publieke dienstverlening. Daarnaast komt volgens ons in dit verband betekenis toe aan de rechtspraak van het Hof van Justitie over de vraag wanneer sprake is van een grensoverschrijdende situatie.

Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat al snel sprake is van een grensoverschrijdende situatie. Gelet op die rechtspraak – en in het licht van de doelstelling van de eIDAS-verordening als het gaat om de verplichte erkenning van EIM's – menen wij dat het aannemelijk is dat het Hof van Justitie in een concreet geval het begrip grensoverschrijdende authenticatie ruim zal opvatten. Daarom moet er rekening mee worden gehouden dat van grensoverschrijdende authenticatie ook sprake zal zijn als een Nederlands burger zich weliswaar in Nederland bevindt, maar bijvoorbeeld beschikt over een dubbele nationaliteit of in een andere lidstaat woont of werkt en over een EIM uit die andere lidstaat beschikt.¹⁴ Het lijkt ons kunstmatig om in die situaties, waarin een Nederlands burger dus wel over een erkend EIM beschikt, te stellen dat geen sprake is van grensoverschrijdende authenticatie om de enkele reden dat een Nederlandse burger zich (op dat moment) in Nederland zou bevinden. Ook in die situaties maakt de Nederlandse burger ons inziens dan ook aanspraak op het gebruik van een erkend EIM.

Daarbij is de volgende feitelijke achtergrond relevant. Voorwaarde voor het gebruik van een EIM is dat dit EIM is aangemeld door een andere lidstaat en uit hoofde van artikel 9 van de eIDAS-verordening door de Europese Commissie is gepubliceerd (artikel 6 lid 1 sub a eIDAS-verordening). De Nederlandse burger zal dus moeten voldoen aan de voorwaarden voor de uitgifte van het EIM die gelden in die andere lidstaat. Voor het kunnen gebruiken van de huidige aangemelde EIM's gelden in de meeste gevallen voorwaarden die een (nauwe) band impliceren tussen de EU-burger en die lidstaat. Die voorwaarden hebben namelijk doorgaans betrekking op nationaliteit, woonplaats, inschrijving in een register, etc. In de situatie dat een Nederlands burger gebruik wil maken van een erkend EIM gaat het in de huidige praktijk dus om situaties waarin grensoverschrijdende elementen spelen. Gelet op deze huidige voorwaarden die in de meeste lidstaten worden gesteld aan het (kunnen) gebruiken van EIM's, menen wij dat het enkele feit dat een Nederlands burger beschikt

¹⁴ Vgl. in andere context HvJEU 2 oktober 2003, zaak C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 (*Garcia Avello*).

over een EIM uit een andere lidstaat, in de praktijk een belangrijke indicatie zal zijn dat sprake is van een grensoverschrijdende situatie die zal kwalificeren als grensoverschrijdende authenticatie als bedoeld in de eIDAS-verordening. De betreffende burger zal doorgaans een (nauwe) band hebben met de lidstaat waar hij het EIM heeft gekregen. De situatie dat een Nederlands burger met een erkend EIM wil inloggen, terwijl ieder grensoverschrijdend element ontbreekt, zal zich gelet op de voorwaarden die andere lidstaten stellen aan het gebruik van een EIM, in de huidige praktijk niet snel voordoen.

Dit brengt mee dat als een Nederlands burger beschikt over een erkend EIM, op dit moment in veel gevallen sprake zal zijn van grensoverschrijdende authenticatie. In dat geval is een Nederlandse overheidsinstantie dus gehouden het gebruik van een op grond van de eIDAS-verordening erkend EIM te accepteren.

Kortom, een Nederlandse overheidsinstantie is gehouden toe te staan dat een Nederlands burger een erkend EIM gebruikt, als sprake is van een grensoverschrijdende onlineauthenticatie. Gelet op de voorwaarden die andere lidstaten stellen aan het mogen gebruiken van een EIM, zal naar onze inschatting in de huidige praktijk al snel sprake kunnen zijn van grensoverschrijdende authenticatie als een Nederlands burger beschikt over een dergelijk EIM.

Het zal overigens in de praktijk niet eenvoudig zijn om vast te stellen of een Nederlands burger die over een erkend EIM beschikt inderdaad een nauwe band met een andere lidstaat heeft. Mede om die reden kunnen wij ons voorstellen dat het in de rede ligt om de eIDAS-verordening breed toe te passen met als gevolg dat ook Nederlandse burgers in Nederland het recht hebben om gebruik te maken van erkende EIM's.

Volledigheidshalve merken wij nog op dat de verplichting tot erkenning van EIM's uit andere lidstaten, waarvan het stelsel is aangemeld en gepubliceerd door de Commissie, alleen ziet op middelen met een hoog of substantieel betrouwbaarheidsniveau (artikel 6 van de eIDAS-verordening, zie hierboven paragraaf 1.2.) Daarbij geldt dat een Nederlandse overheidsinstantie geen EIM met een lager betrouwbaarheidsniveau hoeft te erkennen dan voor toegang tot de online-dienst wordt geëist.

1.5 *Kan het gebruik van een EIM worden toegestaan als geen sprake is van grensoverschrijdende authenticatie?*

Zoals gezegd is een Nederlandse overheidsinstantie niet gehouden een erkend EIM te accepteren als geen sprake is van grensoverschrijdende authenticatie en (derhalve) sprake is van een zuiver interne situatie.

Voor zover (in de toekomst) sprake zal zijn van een zuiver interne situatie waarin een Nederlands burger over een erkend EIM beschikt zonder dat zich een grensoverschrijdend element voordoet dat zou kunnen maken dat sprake is van grensoverschrijdende authenticatie, zien wij niettemin argumenten om het gebruik van dergelijke EIM's door Nederlandse burgers toe te staan. De eIDAS-verordening staat hieraan niet in de weg.

In de eerste plaats kunnen wij ons vanuit het perspectief van gelijke behandeling voorstellen dat het Nederlandse burgers op dezelfde wijze wordt toegestaan gebruik te maken van erkende EIM's als dat moet worden toegestaan voor EU-burgers in gevallen van grensoverschrijdende authenticatie. Ter illustratie wijzen wij in dit verband op de implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn 2006/123/EG¹⁵ (hierna: de Dienstenrichtlijn). Op grond van de Dienstenrichtlijn moeten de lidstaten over een elektronisch loket beschikken waar dienstverrichters terecht kunnen voor het afwikkelen van administratieve procedures, het opvragen van informatie en het verkrijgen van bijstand. De wetgever heeft dienstverrichters die in Nederland actief zijn gelijk willen behandelen ten opzichte van dienstverrichters die afkomstig zijn uit andere lidstaten en die in Nederland actief willen worden. De wetgever zag geen goede rechtvaardiging voor een situatie waarbij buitenlandse dienstverrichters meer geavanceerde mogelijkheden hebben om contacten met de Nederlandse overheid te hebben dan dienstverrichters uit Nederland.¹⁶ Een vergelijkbare redenering kan ook gevolgd in het kader van het toestaan van het gebruik van erkende EIM's door Nederlandse burgers. Dit geldt temeer nu overweging 8 van de eIDAS-verordening naar de Dienstenrichtlijn verwijst.¹⁷

Een ander argument ziet op de praktische uitvoerbaarheid. Het lijkt het ons als gezegd praktisch gezien niet (altijd) eenvoudig 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). Dit zal afhankelijk zijn van de feiten. Tenslotte sluit het in algemene zin toestaan van het gebruik van EIM's uit andere lidstaten bovendien aan bij de doelstelling van de eIDAS-verordening om belemmeringen voor het grensoverschrijdende gebruik van EIM's zoveel mogelijk weg te nemen.

¹⁵ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376 van 27.12.2006, blz. 36-68).

¹⁶ TK 2008-2009, 31 579, nr. 3, p. 29.

¹⁷ Zie overwegingen 8 en 9 van de considerans.

2 Beantwoording van vraag b (open source-eis)

2.1 Inleiding

In de novelle bij Wet digitale overheid is in artikel 9 lid 6 sub d voorgesteld dat de Minister de erkenning van een privaat identificatiemiddel dient te weigeren indien voor de werking van het betreffende identificatiemiddel naar zijn oordeel onvoldoende gebruik wordt gemaakt van software die onder een open source licentie is gepubliceerd. In de novelle bij de Wet digitale overheid is in artikel 9 lid 1 voorgesteld dat deze regel van overeenkomstige toepassing is op een publiek identificatiemiddel. De novelle bij de Wet digitale overheid bevat in artikel 11 lid 8 sub d een vergelijkbare verplichting voor de Minister voor wat betreft bedrijfs- en organisatiemiddelen. Deze weigeringsgrond duiden wij hierna aan als de open source-eis.

In de huidige tekst van het Wetsvoorstel Wet digitale overheid in samenhang gelezen met de novelle bij de Wet digitale overheid geldt de open source-eis op gelijke wijze voor alle (dus zowel publieke als private) aanbieders van identificatiemiddelen en bedrijfs- en organisatiemiddelen (hierna gezamenlijk: de aanbieders).

2.2 Uitgangspunten bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel

De vraag of het toelaatbaar is om een onderscheid te maken tussen de aanbieders en de door hen aangeboden middelen vergt een toetsing van de toepasselijke regelgeving, waaronder het gelijkheidsbeginsel, zoals dat voortvloeit uit onder meer artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM. Algemeen wordt aangenomen dat ook aan ondernemingen, zoals de private aanbieders, een beroep toekomt op het gelijkheidsbeginsel.

Het gelijkheidsbeginsel brengt mee dat voor een verschil in behandeling van gevallen een redelijke en objectieve rechtvaardiging dient te bestaan. Om te toetsen of een dergelijke rechtvaardiging bestaat, dient nagegaan te worden of voor het onderscheid dat tussen twee gevallen wordt gemaakt, die rechtvaardiging aanwezig is in verband met de verschillen die bestaan tussen die gevallen.

Daarbij moet eerst worden vastgesteld met welk doel het onderscheid wordt gemaakt. Dat doel moet legitiem zijn. Het gemaakte onderscheid moet verder voor het dienen van het doel passend zijn (doelmatig) en noodzakelijk. Deze wijze van toetsen is afkomstig uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en vastgelegd in Europese wetgeving. In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn deze toetsingsmaatstaven aangemerkt als de algemene maatstaven voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.¹⁸

¹⁸ HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0424, NJ 2005/117, HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, NJ 2015/447 en HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206.

2.3 *Toetsing van de open source-eis aan het gelijkheidsbeginsel is alleen mogelijk indien duidelijkheid bestaat over het te maken onderscheid en de rechtvaardiging daarvoor*

Het voorgaande betekent dat ook in het geval waarin in het kader van de open source-eis onderscheid zou worden gemaakt tussen de aanbieders en de door hen aangeboden middelen vastgesteld zou moeten worden of dat onderscheid aan deze maatstaven voldoet. In algemene zin is het niet mogelijk om uitsluitel te geven over de vraag of het maken van een onderscheid juridisch toelaatbaar is. Dat kan alleen indien duidelijkheid bestaat over het precieze onderscheid dat gemaakt zal worden en de objectieve rechtvaardiging die daarvoor bestaat, daarbij rekening houdende met de doelmatigheid en noodzakelijkheid van het te maken onderscheid.

Wij merken op dat onze inschatting is dat het enkele feit dat de huidige aanbieders naar verwachting lang de tijd nodig zullen hebben om aan de open-source eis te voldoen vermoedelijk onvoldoende is om een onderscheid te maken ten opzichte van bestaande aanbieders. Ook nieuwe aanbieders die voor erkenning in aanmerking zullen willen komen, zullen immers mogelijk hun middel in belangrijke mate moeten herbouwen, hetgeen tijd en geld zal kosten. Het maken van een onderscheid tussen bestaande en nieuwe aanbieders, zou daarmee als consequentie kunnen hebben dat nieuwe toetreders hoge kosten zullen moeten maken omdat zij simpelweg in korte tijd een grote transitie zouden moeten doormaken of dat nieuwe toetreders *de facto* lange tijd niet voor erkenning in aanmerking kunnen komen. Op basis van de informatie waar wij op dit moment over beschikken, kunnen wij ons moeilijk voorstellen dat daar een objectieve rechtvaardiging voor is. Mochten er wel gegronde redenen zijn voor dat onderscheid, zou dat anders kunnen zijn.

Het voorgaande geldt zowel voor een eventueel onderscheid dat gemaakt zou worden tussen private aanbieders als tussen publieke en private aanbieders. Ook voor het maken van een onderscheid tussen publieke en private aanbieders zal een objectieve rechtvaardiging moeten bestaan, waarbij rekening wordt gehouden met de doelmatigheid en noodzakelijkheid.¹⁹

2.4 *Mogelijke consequentie ongeoorloofd onderscheid*

Als na inwerkingtreding wordt vastgesteld dat een regeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, dit kan dat als consequentie hebben dat de betreffende regeling door een rechter onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten. Dat zou dus kunnen betekenen dat de Minister (tijdelijk) de open source-eis niet zou kunnen toepassen.

¹⁹ Waarbij het idee is dat tussen publieke en private aanbieders een gelijk moet bestaan. In dat verband is ook de Wet Markt & Overheid relevant, die immers ook beoogt een gelijk speelveld te waarborgen tussen publieke en private aanbieders.

datum 2 maart 2023
onze ref. /11019814

13/13

2.5 *Slotopmerking vraag b*

Wij merken tot slot op dat de vraag of een onderscheid mag worden gemaakt binnen de open source-eis (vraag b) en of de eIDAS-verordening van toepassing is (vraag a), los moet worden gezien van de vraag of het stellen van de open-source eis toelaatbaar is. De open source-eis moet, net als andere eisen die worden gesteld aan de aanbieders, vanzelfsprekend voldoen aan het primaire Unierecht, in het bijzonder het vrij verkeer van diensten. Dit vergt een afzonderlijke toets.

3 **Afsluiting**

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

Met vriendelijke groet,
