

Het Wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer: een valse start?

1. Inleiding

Eind juli van dit jaar is het wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer bij de Tweede Kamer ingediend¹. Doel ervan is de opneming in de Awb van een algemene regeling over de elektronische communicatie in het bestuursrecht. Tevens werkt het voorgestelde regime in de Awb door in de regeling van de aanvraag, zienswijze-procedures, terinzagelegging, bekendmaking en het indienen van een bezwaar-, administratief beroep- of klaagschrift. Het wetsvoorstel normeert de elektronische communicatie met en door bestuursorganen, in het bijzonder via e-mail en (interactieve) websites. Het begrip elektronische communicatie ziet echter ook op het geautomatiseerde gegevensverkeer en het gebruik van informatiedragers als diskettes en cd-roms. Het elektronisch verkeer met de bestuursrechter is bewust buiten de regeling gehouden, in afwachting van een voor de gehele rechtspraak te treffen voorziening². In de tussenliggende periode is de rechtsontwikkeling op dit punt overgelaten aan de rechter in de verwachting, dat deze de uitgangspunten van dit wetsvoorstel in zijn jurisprudentie verdisconteert. Aan het wetsvoorstel ligt een breed verspreid en becommentarieerd voorontwerp³ ten grondslag. In het uiteindelijke wetsvoorstel heeft met name het advies van de Raad van State belangrijke sporen getrokken.

Het plan van behandeling kent een drietal invalshoeken. In paragraaf 2 komen enkele inleidende thema's aan de orde. Allereerst de door de Raad van State opgeworpen vraag of de voorgestelde regeling nu al in de Awb moet worden opgenomen (2.1). De suggestie van de Raad om te kiezen voor een experimenteerwet als tussenvorm heeft een principiële discussie uitgelokt over plaats en functies van de Awb in het bestuursrecht en de verhouding van rechtsvorming door wetgever en rechter. Die krijgt nog eens extra reliëf omdat met dit wetsvoorstel voor het eerst uniformerende Europese regelgeving in de Awb wordt geïmplementeerd (de elektronische handtekening). Vandaar dat de discussie zich toespitst op de ex ante-harmonisatiefunctie van de Awb. Vervolgens wordt het wetsvoorstel gesplaatst in het perspectief van de huidige ontwikkeling van een elektronische overheid (eGovernment) en het nationale en communautaire beleid. De bij dit wetsvoorstel te hanteren kwaliteitscriteria: rechtszekerheid, deugdelijkheid en bestendigheid, zijn mede hierdoor ingekleurd (2.2). In dit type wetgevingskwesities kan rechtsvergelijking een nuttige functie vervullen. Vandaar dat kort de Duitse bestuursrechtelijke regeling van deze materie wordt beschreven, onder meer via een aanpassing van het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (2.3).

In paragraaf 3 wordt het wetsvoorstel in zijn verschillende onderdelen besproken. De voorgestelde regeling blijkt een veel ruimere werkingssfeer te hebben dan gegevensverkeer via internettoepassingen als e-mail en websites, want betreft tevens het geautomatiseerde berichtenverkeer (3.2). Door het ruime begrip burger ziet deze regeling derhalve ook op het (structurele) gegevensverkeer met het bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties en het

¹ TK 2001-2002, 28483, nrs. 1-3.

² Zie MvT, nr. 3 p. 10. Hiervan is de regeling van het interne bestuur van de gerechten te onderscheiden. Vgl. e-mail als communicatiemedium in het Bestuursreglement gerechtshof 's-Gravenhage, Stct. 2002, 92 en het Bestuursreglement rechtbank Zwolle, Stct. 2002, 96. Ingevolge art. 1:1, tweede lid, Awb vallen de gerechten immers niet onder de Awb.

³ Zie de publicatie van het voorontwerp van wet in NTB 2001/7, p. 169 e.v. Zie voorts de bijdragen aan dit themanummer van: F.J. van Ommeren, Het voorontwerp voor een Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, p. 182 e.v. en Marga Groothuis en Wim Voermans, Het voorontwerp voor de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer: ruim baan voor een elektronische tweewegenleer?, p. 172 e.v. Zie ook de uitgebrachte adviezen, MvT, nr. 3, p. 4 en 5, waaronder het Advies Voorontwerp Wet elektronisch bestuurlijk verkeer van de Raad voor het openbaar bestuur van 21 juni 2001 (elektronische publicatie op de website van de ROB). Zie voor het verslag van de studiemiddag van de VAR op 27 juni 2001: M.M. Groothuis, Studiemiddag VAR: voorontwerp Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, NTB 2001, p. 192 e.v.

interbestuurlijke berichtenverkeer. Niet naar inhoud, maar wel naar vorm en medium. Door het elektronisch verkeer aan voorwaarden en (ruime) bevoegdheden van afzonderlijke bestuursorganen te binden, vormt dit wetsvoorstel het juridische kader van de elektronische infrastructuur in de publieke sector. Dat geldt in het bijzonder voor het regime van elektronische bereikbaarheid en toegankelijkheid van bestuursorganen (3.3). Ook behoort de regeling van de elektronische handtekening daartoe, als uitvoering van de communautaire regelingsplicht (3.4 en 3.5). Gezien de functie ervan uit een oogpunt van waarborgen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid komt aan de orde of opnemings van parallelle bepalingen, die een op deze elementen toegesneden zelfstandige beveiligingsplicht in het bestuursrecht introduceren, wel zinvol is (3.6). Dit mede tegen de achtergrond van de brede invoering van de elektronische handtekening via uitgifte van een elektronische identiteitskaart. Naast een herdefiniëring en aanpassing van vertrouwde elementen in het bestuursrecht, zoals een functionele interpretatie van het begrip schriftelijk (3.1), de vervangbaarheid van schriftelijke stukken door elektronische, aanpassing van de regeling van de aanvraag van een beschikking en de ontvankelijkheid van een bezwaarschrift (3.8) alsmede aanvulling van de termijnenregeling (3.9), heeft de voorgestelde regeling ook betrekking op elektronische (openbare) kennisgevingen en bekendmakingen, derhalve op niet-geadresseerde berichten en mededelingen (3.7 en 3.8). Hieruit blijkt dat het wetsvoorstel (onbedoeld) restrictief uitpakt voor het elektronisch publicatiebeleid via (interactieve) websites, in het bijzonder voor de categorie onverplichte elektronische publicaties, hetgeen haaks staat op het huidige beleid, waarin een actievere openbaarmaking en interactieve beleidsvorming prioriteit hebben (3.7). Deze paragraaf wordt afgerond met een bespreking van het rechtsbeschermingsaspect, met name de uitsluiting van geweigerde elektronische berichten van bezwaar en beroep en alternatieven om kwesties van elektronische bereikbaarheid aan de rechter voor te leggen (3.10).

In paragraaf 4 worden de normatieve uitgangspunten van het wetsvoorstel: het beginsel van nevenschikking van conventioneel en elektronisch verkeer (4.2) en het facultatieve karakter van de regeling (4.3), nog eens kritisch tegen het licht gehouden. Hierbij staat de vraag centraal of deze beginselen zich nog wel verdragen met de huidige en voorziene ontwikkeling van de elektronische overheid, zowel op nationaal als op communautair niveau. In het verlengde hiervan wordt een meer ontspannen en realistische kijk op de gevreesde verdringing van het conventionele door het elektronische verkeer met bestuursorganen bepleit. Vanwege de infrastructurele aspecten in de regeling, gaat het tevens over de wenselijkheid van opnemings van voorzieningen van centrale sturing en coördinatie. Daarin wordt het standpunt ingenomen, dat de noodzaak van uniformering van elektronische voorzieningen op gespannen voet staat met de ruime beleidsvrijheid van afzonderlijke bestuursorganen in het wetsvoorstel. In de afrondende paragraaf 5 zijn bevindingen en conclusies opgenomen.

2. De regeling van elektronische communicatie in de Awb

2.1 Premature wetgeving? Over plaats en functies van de Awb in het bestuursrecht

De voorgestelde regeling van het elektronisch verkeer in de Awb, in de combinatie van opnemings van een nieuwe afdeling in hoofdstuk 2 en enkele wijzigingen en aanvullingen in volgende hoofdstukken, heeft een principiële discussie uitgelokt met de Raad van State over het karakter van de Awb en aan nieuw op te nemen onderdelen te stellen eisen van “rijpheid”. Zoals uit het advies en het nader rapport⁴ blijkt is de Raad zeer kritisch over het wetsvoorstel. Dat de tijd nog niet rijp is voor een dergelijke regeling in de Awb vormt de kern van zijn bezwaren, “dit mede gezien de aard van deze wet als een wet die beproefde algemene regels van bestuursrecht codificeert” (p. 1). Om die reden spreekt de Raad een voorkeur uit voor een experimenteerwet, als aanknopingspunt voor nadere rechtsvorming in wisselwerking tussen praktijk en jurisprudentie. Omdat het wetsvoorstel als prematuur wordt gezien, adviseert de Raad

⁴ TK 2001-2002, 28483, A. Het advies van de Raad van State dateert van 23 april 2002, het nader rapport van 12 juli 2002.

tot heroverweging - de facto terugtrekking - van het wetsvoorstel (p. 2). De minister⁵, daarin gesteund door de commissie-Scheltema, wil echter niet weten van een dergelijke beperkende visie op de Awb, met een impliciete prioriteit van de jurisprudentie als rechtsbron van algemene regels van bestuursrecht. In het nader rapport wijst hij op de behoefte aan normatieve sturing op hoofdlijnen in de wetgevingspraktijk en de gebleken behoefte aan bij wet vastgelegde randvoorwaarden met het oog op nieuwe sectorwetgeving. “Beleid en wetgeving zijn geen volledig gescheiden trajecten en dienen in wisselwerking met elkaar tot stand te komen”, aldus de minister (p. 12). Eerder was al gebleken, dat ook de Tweede Kamer voor een volwaardige wettelijke regeling kiest⁶. De kern van zijn weerwoord is het beroep op de doelstellingen van de Awb, “die – naast codificatie van jurisprudentie – inhouden: het bewerkstelligen van eenheid van wetgeving, systematiseren en vereenvoudigen en het treffen van algemene voorzieningen”⁷. Deze harmonisatiedoelstelling kent niet alleen een re-actieve, maar ook een pro-actieve component: “De Awb is niet alleen een wet die vastlegt wat inmiddels tot de gevestigde verworvenheden van het algemeen deel van het bestuursrecht behoort, maar ook een wet die kan bijdragen aan het proces van harmonisatie. Juist door niet te dwingend te zijn, kan men vernieuwingen beproeven en, afhankelijk van de ervaringen die worden opgedaan, verder gaan met de harmonisatie”, aldus het Nader rapport. Daarbij wordt gewezen op de evaluatiebepaling, artikel 11:1 Awb, en de mogelijkheid van wetsaanpassing bij in de uitvoeringspraktijk gebleken knelpunten (p. 13).

De motivering van de opportuniteit van de voorgestelde regeling in de memorie van toelichting: het verzekeren van rechtszekerheid op hoofdlijnen en het bevorderen van eenheid en eenvoud van de bestuursrechtelijke wetgeving (p. 2), vormt de weerslag van deze discussie. Anders dan met betrekking tot het faxverkeer is gebeurd, waarin de wetgever bij de rechtsvorming het voortouw aan de rechter heeft gelaten, dienen rechter en sectorwetgever zich bij voortgezette rechtsvorming over de elektronische communicatie te voegen naar het in de Awb op te nemen algemene wettelijke kader.

Terecht heeft de minister gewezen op de dubbele doelstelling van de Awb: codificatie en harmonisatie, waarbij het uniformeringsaspect zowel een ex post- als een ex ante-component kent. Daarbij is te verwachten dat de tweede doelstelling steeds belangrijker zal worden, simpelweg omdat de codificatie van uitgekristalliseerd jurisprudentierecht bij de verdere ontwikkeling van de Awb uit de aard der zaak van afnemende betekenis is. Het ligt daarom in de lijn der verwachting, dat de Awb steeds meer “instrumenteel” recht zal gaan bevatten, mede als normering van primaire rechtsvorming door de (sector)wetgever⁸. Een dergelijke, op de formulering van algemene regels toegespitste insteek past bij een efficiënt en effectief wetgevingsbeleid, gericht op rechtszekerheid en bestendigheid van regelgeving, mede door terugdringing van de noodzaak van aanpassingswetgeving. De opneming van algemene regels in de Awb fungeert dan als zodanig weer als opmaat tot verdere rechtsontwikkeling, waarbij periodieke evaluatie kan resulteren in nadere aanpassing, in wisselwerking van rechtsvorming door rechter en wetgever. Het wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer past bij uitstek in deze benadering.

2.2 Kwaliteitseisen: rechtszekerheid, deugdelijkheid en bestendigheid

Behoud van het gezag van het algemeen deel van het bestuursrecht vergt echter tevens, dat in de Awb wordt gewaakt voor een te sterke instrumentalisering op onderdelen of zelfs potentieel “wegwerprecht”, al dan niet met een evaluatie als tussenstap. Ook de regeling van de

⁵ Het nader rapport is ondertekend door de minister van Justitie, mede namens de ministers van BZK en GSI.

⁶ Zie de mondelinge behandeling van de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg, TK 1998-1999, 25880, nr. 5, Verslag van een notaoverleg van 14 april 1999.

⁷Wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht (Eerste Tranche), TK 1988-1989, 21221, nr. 3, p. 3 e.v. En PG Awb I, hoofdstuk I, Doelstellingen van de wet.

⁸ Zie ook de fasegewijze ontwikkeling van de voormalige Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, de voorloper van de Wet milieubeheer.

elektronische communicatie door en met bestuursorganen moet aan deze maatstaf voldoen en dus de toets op voldoende rechtszekerheid, deugdelijkheid en bestendigheid kunnen doorstaan.

Want het risico van premature regelgeving is niet denkbeeldig. De ontwikkelingen zijn stormachtig en we zitten er middenin. Het gebruik van internet is veel sneller gegroeid dan enkele jaren terug nog voor mogelijkheid werd gehouden, evenals de toeneming van “digitale vaardigheden” en de ontwikkeling van elektronische producten en diensten. Ook beginnen de contouren van de elektronische overheid zich nu duidelijker af te tekenen door de omzetting van nota’s en pilots in structurele voorzieningen⁹. Er staat bovendien druk op de modernisering van werkprocessen binnen de publieke sector omdat de transformatie naar een ICT-georiënteerde overheidsadministratie een voorwaarde is om centrale beleidsdoelstellingen te kunnen realiseren, zoals een efficiëntere overheidsadministratie, verbetering van de dienstverlening aan de burger (servicegerichte overheid) en vermindering van de administratieve lastendruk. Het aan het kabinet-Balkenende ten grondslag liggende Strategisch Akkoord continueert op deze punten het onder vorige kabinetten uitgestippelde beleid. Een elektronische overheid is bovendien een voorwaarde voor een verdere ontwikkeling van het bestuursrecht, zoals de realisering van een regeling omtrent samenhangende besluiten¹⁰.

Het nationale tempo van bestuurlijke veranderingsgezindheid in de richting van een elektronische overheid is geen kwestie van nationale keuzes, maar in sterke mate onderworpen aan dwingende prikkels vanuit Brussel¹¹. En die zijn steeds ambitieuzer en concreter van aard. De Europese Commissie fungeert als aanjager op basis van een periodiek vernieuwd commitment van de Europese Raad. Tijdens de Europese Raad van Sevilla van 21 en 22 juni 2002¹² is door de lidstaten ingestemd met de doelstellingen van het “actieplan eEuropa 2005: Een informatiemaatschappij voor iedereen”¹³ van de Europese Commissie, toegespitst op het realiseren van een concurrerende kenniseconomie in de EU (Lissabon-strategie). De lidstaten hebben zich in Sevilla erop vastgelegd, dat dit nieuwe plan vóór eind 2005 volledig wordt uitgevoerd, met een tussentijdse evaluatie in 2004. Één van de vier in dit actieplan uitgewerkte actielijnen betreft een snelle realisering van moderne on line overheidsdiensten via: (a) het aansluiten van overheidsdiensten op breedbandnetwerken en (b) het aanbieden van interactieve overheidsdiensten die toegankelijk zijn voor iedereen en via diverse platforms¹⁴. De effectuering van dit eGovernment-beleid in de lidstaten en door de Europese instellingen is normatief

⁹ Zie de nota Bouwstenennotities Informatie- en communicatietechnologie, Brief van de ministers van EZ, GSI en OCenW en de staatssecretarissen van V&W en van OcenW van 17 oktober 2001, TK 2001-2002, 26643, nr. 32 en de laatstverschenen uitvoeringsrapportage van het Actieprogramma Elektronische overheid 1999-2002 over 2001, TK 2001-2002, 26387, nr. 13. Vergelijk voorts het kabinetsstandpunt op het rapport van de commissie ICT en Overheid (commissie-Docters van Leeuwen), TK 2001-2002, 26387, nr. 16.

¹⁰ Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling over samenhangende besluiten, voorontwerp van wet van 8 maart 2000.

¹¹ Vergelijk de drang en dwang van de open coördinatiemethode op basis van benchmarking, gezamenlijk vastgestelde doelstellingen en openbaarmaking van onderzoeksrapportages.

¹² Zie de Conclusies van het voorzitterschap Europese Raad van Sevilla 21 en 22 juni 2002, hoofdstuk V.

¹³ Dit is de opvolger van het succesvol geoordeelde Actieplan eEurope 2002. Met betrekking tot eGovernment is derhalve op EU-niveau sprake van beleidsontwikkeling en –realisering op basis van voortschrijdende planning.

¹⁴ Zie de volgende door de Europese Raad geaccordeerde acties in paragraaf 3.1.1. Moderne online overheidsdiensten: “Vóór eind 2003 zal de Commissie een goedgekeurd interoperabiliteitskader ter ondersteuning van de levering van pan-Europese overheidsdiensten aan burgers en ondernemingen publiceren. Daarin zal worden ingegaan op de informatie-inhoud en zullen aanbevelingen worden gedaan voor technische beleidskwesties en specificaties voor het koppelen van overheidsinformatiesystemen in de gehele EU. Het zal worden gebaseerd op open standaarden en het gebruik van open source software zal daarbij worden aangemoedigd. Vóór eind 2004 moeten de lidstaten ervoor hebben gezorgd dat de basisdiensten van de overheid, voor zover relevant, interactief zijn, toegankelijk zijn voor iedereen en volop gebruik maken van de mogelijkheden van breedbandnetwerken en van multiplatformtoegang. Hiervoor is een back-office reorganisatie noodzakelijk, waarop zal worden ingegaan in het kader van de activiteiten op het gebied van goede praktijken (...).”

ingekaderd via richtlijnen en verordeningen en ondersteund door Europese subsidieprogramma's en ondersteunende activiteiten.

Op basis van het voorgaande moet het wetsvoorstel een voldoende scoren op een drietal criteria: rechtszekerheid, deugdelijkheid en bestendigheid. Bij de deugdelijkheid en bestendigheid gaat het vooral om de vraag of de regeling een toereikend bestuursrechtelijk kader biedt ter facilitering van de op nationaal niveau beoogde en communautair verplichte transformatie naar een elektronische overheid. Deugdelijkheid heeft betrekking op: een juist begrip van het regelingsobject, het gestelde doel en de te verwachte werking van de voorgestelde regeling. De achterliggende normatieve uitgangspunten (beginselen) zijn daarbij een belangrijk aandachtspunt. Bestendigheid ziet op de functionele werking van de nieuwe regeling in de tijd, dat wil zeggen dat in het deugdelijkheidsonderzoek tevens in de (afzienbare) toekomst te verwachten ontwikkelingen worden meegenomen¹⁵. Uitgaande van de inmiddels overeengekomen resultaatsverplichtingen in communautair verband en het gebruikelijke tempo van (aanpassings)wetgeving, evaluatie en herziening van de Awb, ligt een keuze voor het jaar 2010 als ankerpunt in de rede. Vanuit dit toekomstgeoriënteerde wetgevingsperspectief komt aan een verwijzing naar de uit begin 1998 daterende nota "Wetgeving voor de elektronische snelweg"¹⁶, die ingevolge aanwijzing 7a van de Aanwijzingen voor de regelgeving als normatief oriëntatiekader voor de (sector)wetgeving fungeert, slechts beperkte betekenis toe¹⁷. Sindsdien heeft zich een versnelling in ontwikkelingen voorgedaan. Bovendien is het regelingsobject van het wetsvoorstel – anders dan deze wetgevingsnota - niet beperkt tot de elektronische snelweg, een inmiddels verouderd begrip voor open netwerken (internet), maar elektronische communicatie in brede zin¹⁸, terwijl de communautaire regeling van de elektronische handtekening voor een nieuwe dimensie zorgt.

2.3 Vergelijking met het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz*

Dat de noodzaak van specifieke regelgeving via algemene regels van bestuursrecht breed wordt gedragen, blijkt ook uit het Duitse voorbeeld: de vaststelling door de Bundestag op 21 augustus van dit jaar van het "Dritter Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften"¹⁹. Deze wet voorziet in een op elektronische communicatie en het gebruik van de elektronische handtekening toegesneden aanvulling en wijziging van de drie wetten met algemene bepalingen van – ten dele sectoraal - bestuursrecht: het *Verwaltungsverfahrensgesetz*, het *Sozialgesetzbuch* en de *Abgabenordnung* (belastingrecht) en in aanpassingswetgeving in 67 sectorregelingen. Net als het wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer gaat ook deze wijzigingswet voor het algemeen deel van het bestuursrecht uit van een combinatie van invoering van een zelfstandige paragraaf over elektronische communicatie en actualisering van een aantal bestaande bepalingen. De noodzaak van een dergelijke wetgevingsoperatie is te overtuigender omdat de Duitse wetgever niet van grote veranderingszin beticht kan worden. Bij het *Verwaltungsverfahrensgesetz* gaat het om de derde wijziging sinds de invoering ervan in

¹⁶ Nota "Wetgeving voor de elektronische snelweg", TK 1997-1998, 25880, nrs. 1-2 en 8.

¹⁷ Zie echter de MvT, nr. 3, pp. 1 en 2 en Van Ommeren a.w. p. 183, waarin deze nota als grondslag van het wetsvoorstel noemt.

¹⁸ Zie de nieuwe generatie EG-richtlijnen op de elektronische communicatie, ter vervanging van de richtlijnen inzake telecommunicatie. Dit regelgevingskader, bestaande uit een algemene en vier specifieke richtlijnen, gaat uit van de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie, waarbij de regelgeving inzake transmissie wordt gescheiden van de regelgeving inzake inhoud. Zie met name de Kaderrichtlijn elektronische communicatie, 2002/21/EG, PbEG 2002, L108.

¹⁹ BGBl. I S. 3322. Zie: Martin Eifert, Clarisse Giro, Marga Groothuis, Corien Prins en Wim Voermans, *Taking Administrative Law to the Digital Era, Regulatory Initiatives in France, Germany, Norway and the United States*, Den Haag, 20001; J.E.J. Prins, *Het elektronisch overheidsbesluit: buitenlandse ontwikkelingen*, NTB 2001/7, p. 187 e.v. en M.M. Groothuis en J.E.J. Prins, *De elektronische overheid en het elektronisch overheidsbesluit: een analyse in het licht van buitenlandse ontwikkelingen*, *Computerrecht*, 2002/2, p. 67 e.v. De beschrijving van de Duitse rechtsontwikkeling is reeds enigszins gedateerd, omdat de auteur van de oorspronkelijke studie, Martin Eifert, nog niet kon beschikken over het volledige wetsontwerp, met inbegrip van de relevante aanpassingswetgeving.

1976. Dat nu tot wetgeving is besloten hangt samen met de positie van de wet en de noodzaak van regeling van de elektronische handtekening in het Duitse bestuursrecht, in aanvulling op nieuwe wetgeving daaromtrent.

3. Het wetsvoorstel naar inhoud, doel en strekking

3.1 Functionele interpretatie van het begrip schriftelijk

Op advies van de Raad van State is in het wetsvoorstel uitgegaan van een functionele interpretatie van de begrippen “schriftelijkheid” en “geschrift”²⁰. Deze termen en samenstellingen ervan, zoals afschrift, bezwaarschrift en klaagschrift, zien derhalve mede op vastlegging in een elektronisch document, dat wil zeggen op registratie van schrifttekens op een elektronische informatiedrager²¹. De aard van de informatiedrager - conventioneel of elektronisch - is dus niet relevant mits de functionaliteit ervan in geval van vormvoorschriften, uit een oogpunt van communicatie, bewijs en afbakening, toereikend is (MvT p. 7)²². Voorzag het voorontwerp in artikel 1:3, eerste lid, Awb nog in een aanvulling van de definitie van het begrip besluit met de term “elektronisch vastgelegde beslissing”, door deze verruimde interpretatie van het begrip schriftelijk is hiervan in het wetsvoorstel afgezien. Evenmin wordt de term “elektronisch besluit” in de Awb geïntroduceerd. Het regelingsobject is immers de elektronische communicatie en niet het besluit als uitkomst van een geautomatiseerd besluitvormingsproces. Deze ruime uitleg van het begrip schriftelijk in het bestuursrecht impliceert, dat schriftelijk verkeer met bestuursorganen in beginsel langs elektronische weg kan plaatsvinden. Of dit ook in concreto is toegestaan hangt echter af van de in het wetsvoorstel geformuleerde, in de Awb op te nemen voorwaarden.

3.2 Toepassingsbereik

Het wetsvoorstel voorziet in de opnemng van een nieuwe afdeling 2.3 “Verkeer langs elektronische weg” in hoofdstuk 2 van de Awb, als aanvulling op de algemeen bedoelde voorschriften in deze afdeling over de wijze waarop bestuur en burger zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. De kernbepaling is artikel 2:13, eerste lid: “In het verkeer tussen burgers en bestuursorganen kan een bericht elektronisch worden verzonden, mits de bepalingen van deze afdeling in acht worden genomen.” De regeling maakt geen onderscheid tussen elektronisch verkeer in de relatie overheid-burger en het interbestuurlijk berichtenverkeer en differentieert evenmin in categorieën van burgers, zoals bedrijfsleven, maatschappelijke instellingen en individuele burgers.

Onder verkeer langs elektronische weg wordt in de toelichting het gebruik van e-mail, websites alsmede berichtenverkeer via intra- en internet e.d. verstaan. Voorts valt het gebruik van sms-berichten onder het begrip elektronisch bestuurlijk verkeer, evenals het faxverkeer (pp. 6 en 7). Afgezien van het on line gegevensverkeer heeft de voorgestelde regeling ook betrekking op het gebruik van zelfstandige elektronische informatiedragers met een communicatiefunctie, zoals diskettes en cd-roms, alsmede op kennisneming van informatie via een computerscherm²³. De regeling ziet derhalve op een ruim uitgelegd (koepel)begrip elektronische communicatie, dat zowel geadresseerd als niet-geadresseerd berichtenverkeer (elektronische publicaties²⁴) omvat. Deze ruim bemeten werkingssfeer heeft als consequentie, dat ook het omvangrijke, in sectorwetgeving geformaliseerde en geautomatiseerde (inter)bestuurlijke gegevensverkeer via gesloten netwerken²⁵ onder het beoogde regime komt te vallen. De toelichting gaat echter

²⁰ Zie advies en nader rapport, pp. 2 t/m 4 en de MvT, nr. 3, pp. 6 en 7.

²¹ Vergelijk de jurisprudentie inzake het schriftelijkheidsvereiste in het besluitbegrip in art. 1:3, eerste lid, Awb, waarin de functionele benadering overheerst. Zie ook de jurisprudentie inzake het faxverkeer.

²² Hoewel niet als zodanig genoemd is hierbij ook te denken aan op diskettes en cd-roms vastgelegde informatie.

²³ Zie de ontwikkeling van digitale balieapplicaties als complementaire voorziening ten behoeve van burgers die niet beschikken over zelfstandige toegang tot een elektronisch communicatiekanaal.

²⁴ Zie art. 2:14, tweede lid, met een verbod op uitsluitend elektronische publicatie.

²⁵ Zie de Wet GBA, de Kadasterwet en de Handelsregisterwet, de informatieregimes in het communautaire recht en het internationale verdragsrecht alsmede de informatieparagrafen en wettelijke

vrijwel voorbij aan deze variëteit in (wettelijk) informatiebetrekkingen, toegespitst als deze is op internettoepassingen in het berichtenverkeer van de overheid met individuele burgers²⁶.

Ingevolge het tweede lid van artikel 2:13 is elektronisch verkeer niet toegestaan indien dit bij of krachtens wettelijk voorschrift, met inbegrip van een beschikkingsvoorschrift, is bepaald. Geeft de sectorwetgeving geen uitsluitel over de toelaatbaarheid van elektronische communicatie, dan moet in concreto alsnog worden getoetst of een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet. Criterium daarbij is of het elektronisch alternatief, afgemeten aan het doel van een schriftelijkheidsvereiste als vormvoorschrift, functioneel voldoende equivalent is (MvT pp. 37 en 38). Omdat nog niets bekend is over de aanpassingswetgeving, is thans nog niet duidelijk in hoeverre de wetgever de functionele uitleg van begrippen als “schriftelijk” en “geschrift” in de sectorwetgeving aan bestuursorganen en de bestuursrechter zal overlaten. Om reden van rechtszekerheid zullen de relevante vormvoorschriften op het niveau van de wet herijkt dienen te worden. De Duitse aanpassingswetgeving is een helder voorbeeld van een dergelijke exercitie.

Omdat een belangrijk deel van het (inter)bestuurlijk berichtenverkeer reeds wettelijk geregeld en verplicht elektronisch (geautomatiseerd) van aard is, kan de gelding van het voorgestelde regime in de Awb op onderdelen beperkt zijn door derogerende sectorregelingen, zoals de Wet GBA. Wat de categorie persoonsgegevens betreft zal als regel tevens sprake zijn van samenloop met het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens jo. de achterliggende Europese richtlijn²⁷. Als element van gegevensverwerking normeert deze wet immers tevens (elektronische) gegevensverstrekking in de vorm van “doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling” (art. 1, sub b, Wbp).

3.3 Elektronische bereikbaarheid en toegankelijkheid van bestuursorganen en burgers

De rechtmatigheidsvoorwaarden voor het gebruik van de elektronische weg in het bestuurlijk verkeer zijn opgenomen in de artikelen 2:14 tot en met 2:16 Awb. Ingevolge artikel 2:14, eerste lid, kan een bestuursorgaan een bericht elektronisch verzenden indien de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt aldus bereikbaar te zijn. De regeling stelt geen nadere eisen aan de wijze van kenbaarmaking. Evenmin zijn voorschriften opgenomen over de weigering van een elektronisch bericht door de ontvanger, eventueel zelf ook bestuursorgaan. De concretisering van dit element van het beginsel van nevenschikking van het elektronische en het conventionele berichtenverkeer is daarmee volledig overgelaten aan de uitvoeringspraktijk (MvT, p. 38).

Wat de elektronische bereikbaarheid van bestuursorganen betreft, geldt artikel 2:15, eerste lid, als spiegelbepaling. Ook hier is de voorafgaande kenbaarheid van elektronische bereikbaarheid als toelatingsvoorwaarde bepalend, nu van het aldus te benaderen bestuursorgaan zelf. Bovendien kan een bestuursorgaan aan zijn elektronische bereikbaarheid nadere eisen verbinden. Hierbij is zowel te denken aan technische eisen omtrent verwerkbaarheid van het elektronische berichtenverkeer als organisatorische betreffende de beheersmatige stroomlijning ervan, bijvoorbeeld door het gebruik van specifieke elektronische postadressen voor te schrijven. Het begrip “nadere eisen” is echter een open begrip, zodat door het bestuursorgaan ook nog andere voorwaarden aan elektronische communicatie (internetverkeer) gesteld kunnen worden, bijvoorbeeld op het punt van betrouwbaarheid en veiligheid, het gebruik van elektronische

informatieverplichtingen en -bevoegdheden in de bestuursrechtelijke sectorwetgeving. Het vereiste van een (formeel-)wettelijke grondslag is gebaseerd op art. 10 Grw., het legaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de gedecentraliseerde eenheidsstaat.

²⁶ Vergelijk de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg en de toelichting van Van Ommeren op het voorontwerp a.w. p. 183.

²⁷ Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Zie ook richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende privacy en elektronische communicatie, waarvan de implementatietermijn op 31 oktober 2003 eindigt. Deze richtlijn vervangt richtlijn 97/66/EG, waaraan uitvoering is gegeven in de Telecommunicatiewet.

formulieren en de weigering van elektronische bijlagen (attachments) die een bepaalde omvang te boven gaan (MvT, pp. 13 en 39). Hoever deze bevoegdheid gaat is op voorhand niet te zeggen. Evenmin is het rechtskarakter ervan helder. Aannemelijk is dat we hier te maken hebben met een wettelijke grondslag ex artikel 4:81, tweede lid, Awb tot het stellen van beleidsregels²⁸. Deze doelgebonden bevoegdheid mag de naleving van het materiële recht niet bemoeilijken en kan derhalve geen vrijbrief zijn voor het onnodig frustreren van wettelijke meldings-, mededelings- en informatieverplichtingen. De uitoefening van deze bevoegdheid is onderworpen aan het (mede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omvattende) behoorlijkheidscriterium, met name van het daarin te onderscheiden criterium van redelijkheid (MvT, p. 14)²⁹. Voorzover deze nadere eisen betrekking hebben op de aspecten: belasting van het apparaat en betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid, kan niet-naleving ervan resulteren in een weigeringsbeslissing op grond van artikel 2:15, tweede en derde lid.

Ingevolge artikel 2:15, tweede lid, zijn bestuursorganen uitdrukkelijk bevoegd om elektronisch verschaft gegevens en bescheiden te weigeren, voor zover de acceptatie ervan tot een onevenredige belasting van het apparaat zou leiden. Het bestuursorgaan beschikt in art. 2:15, derde lid, over eenzelfde weigeringsbevoegdheid voor zover de betrouwbaarheid of vertrouwelijkheid van een bericht onvoldoende is gewaarborgd. Op deze wijze hebben bestuursorganen ook verweer tegen vormen van elektronische obstructie en overmatige inzet van e-mail als actiemiddel³⁰. Een weigering moet aan de afzender worden meegedeeld (artikel 2:15, vierde lid) en is niet appellabel door een hierna nog te bespreken aanvulling van artikel 8:4 Awb.

3.4 De introductie van de elektronische handtekening in het bestuursrecht

Artikel 2:16 heeft betrekking op het gebruik van een elektronische handtekening als alternatief voor de (wettelijk) verplichte handgeschreven ondertekening op papier³¹. Dit artikel vormt de implementatie in het bestuursrecht van de Europese richtlijn elektronische handtekeningen³². De richtlijn verbindt rechtsgevolgen aan een tweetal nader gedefinieerde typen: (a) de elektronische handtekening in algemene zin³³ en (b) de geavanceerde elektronische handtekening³⁴. Met deze richtlijndefinities is bedoeld aan te sluiten bij hetgeen in de ICT-sector als elektronische handtekening geldt, mede toegesneden op de ontwikkelingspotentie ervan³⁵.

²⁸ Vergelijk het verschil in formulering met de delegatiegrondslag in artikel 2:16, laatste zin.

²⁹ Zie art. 26, eerste lid, Wet Nationale ombudsman en (in te lezen) art. 9:12, eerste lid, Awb. Vergelijk No 27 augustus 1999, AB 1999, 435 inzake de belastingaangifte per diskette. Hierin ging het om de vraag of de belastingdienst ook een aangifteprogramma zou moeten ontwikkelen voor gebruik op een Apple Macintosh computer. Uit een oogpunt van kosten en baten werd dat niet verantwoord geacht. De No acht het aanvaardbaar dat wordt afgezien van investeringen, die niet in een redelijke verhouding tot het daarmee beoogde doel staan. Zie ook art. 6 Wbp, dat verplicht tot een behoorlijke en zorgvuldige gegevensverwerking.

³⁰ Zie ook Pres. Rb. Almelo 13 september 2002, Rechtspraak.nl, zaaknr. 52430 betreffende een verbod op verzending van (spam) e-mail aan tweede-kamerleden, overheidsinstanties en ambtenaren, opgelegd aan een bedrijf in vitaminepreparaten.

³¹ Het ondertekeningsvereiste heeft m.i. geen betrekking op het vrije berichtenverkeer met het bestuur. Iets anders is, dat een bestuursorgaan uit een oogpunt van behoorlijkheid niet verplicht is om anonieme brieven c.a. in behandeling te nemen.

³² Richtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, Pb EG 2000, L 13. De implementatietermijn van deze regeling is op 18 juli 2001 verstreken.

³³ De elektronische handtekening wordt in art. 2, eerste lid, van de richtlijn omschreven als: "elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie." Deze definitie is overgenomen in het hierna nog te bespreken art. 3:15a, vierde lid, BW.

³⁴ Zie de definitie van de geavanceerde elektronische richtlijn in de artt. 2, tweede lid, en 5, eerste lid, richtlijn en art. 3:15a, tweede lid, BW.

³⁵ Vgl. het karakter van de richtlijn elektronische handtekeningen: initiërend, faciliterend en sturend, in samenhang met de afgesproken Lissabon-strategie, de versnelde overgang van de EU naar een

De eerste categorie omvat een breed spectrum van soorten elektronische handtekeningen, variërend van typen die louter betrekking hebben op het ondertekeningaspect, als voorzieningen met garanties omtrent de betrouwbaarheid van de handtekening en de vertrouwelijkheid (integriteit) van bericht of document. De richtlijn bepaalt in artikel 5, tweede lid, dat een elektronische handtekening in rechte als potentieel equivalent aan de conventionele handtekening is te erkennen, uitgaande van een omgekeerde bewijslast: weigeren mag, echter slechts gemotiveerd, op basis van nader onderzoek.

De tweede categorie, de geavanceerde elektronische handtekening, is een gekwalificeerde variant met extra waarborgen, gebaseerd op een elektronische identiteit, asymmetrische encryptie (versleutelingstechniek via sleutelparen) en een open infrastructuur, onder inschakeling van externe (geaccrediteerde) certificaatsdienstverleners en toezicht van overheidswege. Door de combinatie van: elektronische ondertekening (smartcard met pincode of biometrisch kenmerk), identificatie van de ondertekenaar op afstand (controle) en versleuteling van het bericht (gebruik encryptie)³⁶ waarborgt de geavanceerde elektronische handtekening in hoge mate zowel de authenticiteit van de ondertekening (betrouwbaarheid) als de integriteit van bericht of document (vertrouwelijkheid). De meerwaarde van de geavanceerde elektronische handtekening is de onderliggende, algemeen toegankelijke communicatie-infrastructuur. Dit in tegenstelling tot uit beveiligingsoogpunt vergelijkbare ad hoc voorzieningen - zoals de regeling van de elektronische belastingaangifte op basis van een vooraf aangevraagde "vergunning" met pincode³⁷ - met een (inherent) besloten (partij)karakter op basis van een specifiek, wederkerig arrangement. Ingevolge artikel 5, eerste lid, richtlijn is de geavanceerde elektronische handtekening qua rechtsgeldigheid gelijkgesteld aan de handgeschreven handtekening, ook in gerechtelijke procedures. Wel mogen de lidstaten op grond van artikel 3, zevende lid, van de richtlijn omtrent het gebruik van elektronische handtekeningen in de openbare sector nog aanvullende eisen stellen. Dit restant van nationale regelingsautonomie is echter beperkt door nadere voorwaarden.

De implementatie van deze richtlijn in het nationale recht loopt over twee sporen: (a) de Wet elektronische handtekeningen³⁸, thans nog in behandeling bij de Eerste Kamer, toegespitst op een regeling in BW (met algemene werking door de opgenomen schakelbepaling) en Telecommunicatiewet en (b) het daarbij aansluitende artikel 2:16 in dit wetsvoorstel. Kern van artikel 2:16 is de hiervoor beschreven tweeslag: de combinatie van een algemene en een - derogerende - bijzondere voorziening. "Aan het vereiste van ondertekening kan door het gebruik van een elektronische handtekening worden voldaan, mits de gebruikte authenticatiemethode voldoende betrouwbaar is, afgemeten aan de aard en inhoud van het elektronische bericht en het gebruiksdoel ervan", aldus artikel 2:16, eerste zin³⁹. Hiermee wordt in de Awb vastgelegd, dat een elektronische handtekening als juridisch gelijkwaardig aan een handgeschreven handtekening geldt indien deze, gelet op alle omstandigheden van het geval, met een voldoende mate van betrouwbaarheid dezelfde functionaliteit heeft als een handgeschreven ondertekening op bericht of document. Daarnaast voorziet artikel 2:16, tweede zin, in een

kenniseconomie/informatiesamenleving. De richtlijn is een voorbeeld van ex ante-normering, van technologische "ontwikkelingen in de steigers".

³⁶ Vergelijk Groothuis en Voermans a.w. pp. 177 en 180, met hun kritiek op nut en noodzaak van de regeling van de elektronische handtekening omdat de ondertekening in het bestuursrecht een non-issue zou zijn. Zij gaan daarmee voorbij aan de tweede functie van de (geavanceerde) elektronische handtekening: de inherente beveiliging van het elektronisch berichtenverkeer.

³⁷ Zie hoofdstuk II. Aangifte van de Algemene wet inzake rijksbelastingen jo. de Wijziging Uitvoeringsregeling van 28 september 1999, Stcrt. 1999, 187 en 191. De belastingdienst werkt met ondertekening via een (tevorens "bij vergunning" toegekende) persoonlijke code en voorgestructureerde diskettes. Zie ook kamervragen, TK 2001-2002, Aanhangsel Handelingen, nrs. 1329 en 1494.

³⁸ Wetsvoorstel elektronische handtekeningen, TK 2000-2001, 27743, nrs. 1-3; EK 2001-2002, 27743, nr. 265a (Voorlopig verslag).

³⁹ Vergelijk het min of meer overeenkomende art. 3:15a, eerste lid, BW, waarin is bepaald dat een elektronische handtekening onder genoemde voorwaarde dezelfde rechtsgeldigheid heeft als een handgeschreven handtekening. Zie m.b.t. de redactie van art. 2:16, eerste zin: MvT, nr. 3, pp. 18 n 41.

schakelbepaling: de via de Wet op de elektronische handtekeningen in Boek 3 BW op te nemen artikelen 3:15a, tweede tot en met zesde lid, en 3:15b zijn van overeenkomstige toepassing in het bestuursrecht, voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet. In artikel 3:15a, vierde en vijfde lid, BW zijn de begrippen elektronische handtekening (in algemene zin) en ondertekenaar gedefinieerd, corresponderend met de betekenisbepalingen in de richtlijn. Deze, ook in het bestuursrecht doorwerkende begripsomschrijvingen zijn derhalve bepalend voor de betekenis van artikel 2:16, eerste zin. Tevens effectueert de schakelbepaling in artikel 2:16, tweede zin, Awb de bestuursrechtelijke incorporatie van de – aan artikel 2:16, eerste zin, derogerende - regeling van de geavanceerde elektronische handtekening in artikel 3:15a, tweede lid, BW. Indien een elektronische handtekening overeenkomstig de hierin vastgelegde methode is aangemaakt en aldus is gekwalificeerd als geavanceerde elektronische handtekening, wordt deze ingevolge artikel 2:16, eerste zin geacht voldoende betrouwbaar en – zonder nader onderzoek - rechtsgeldig te zijn. Het derde lid van artikel 3:15a BW is een uitwerking van de algemene regel in artikel 3:15a, eerste lid (en artikel 2:16, eerste zin), verzekert immers dat een niet als geavanceerd gekwalificeerde elektronische handtekening alsnog op voldoende betrouwbaarheid onderzocht dient te worden (MvT p. 18 en 19)⁴⁰. Hiermee is zowel in het BW als in de Awb gekozen voor een zeer complexe implementatiemethode, die – zonder kennisneming van de achterliggende richtlijn - weinig begrijpelijk is en de uitvoeringspraktijk onvoldoende rechtszekerheid biedt. Dat het anders en veel duidelijker gekund had laat het Duitse Signaturgesetz zien⁴¹.

In aanvulling op het voorgaande bepaalt artikel 2:16, derde zin, dat bij wettelijk voorschrift aanvullende eisen kunnen worden gesteld⁴². Uit een oogpunt van rechtszekerheid is deze bepaling naar bevoegdheid en toepassingsbereik onvoldoende concreet geformuleerd. Aannemelijk is, dat deze bepaling ziet op artikel 3, zevende lid, richtlijn, de bevoegdheid van de lidstaten om in openbare sector omtrent het gebruik van de elektronische richtlijn nadere eisen te stellen. Niet duidelijk wordt aan wie deze nadere regelingsbevoegdheid toekomt, terwijl het toepassingsbereik – anders dan in de richtlijn – niet is beperkt tot het gebruik van de elektronische handtekening. Het kan toch niet zo zijn dat hier een algemene delegatie-grondslag bedoeld is, die elk bestuursorgaan met elektronische communicatie met de burger regelingsbevoegd maakt op het punt van gebruik van typen elektronische handtekening⁴³. Dit zou met recht de opmaat zijn tot de zo gevreesde “digitale sleutelbos”, waarbij elk bestuursorgaan eigen eisen stelt aan de elektronische communicatie met de burger.

Ook overigens zijn er in de tekst van artikel 2:16 nog enkele onduidelijkheden te signaleren. Allereerst de betekenis van het algemeen geformuleerde voorbehoud bij de schakelbepaling in de tweede zin: “voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet”⁴⁴. De toelichting geeft op dit punt geen uitsluitel. Een dergelijk voorbehoud staat op gespannen voet met het systeem van de richtlijn, dat terzake van de geavanceerde elektronische handtekening in een acceptatieplicht voorziet, en is evenmin herleidbaar op de (resterende) regelingsbevoegdheid in artikel 3, zevende lid, richtlijn. Ook kan deze zinsnede niet worden gebaseerd op het voorbehoud in artikel 3:15c, de corresponderende privaatrechtelijke schakelbepaling in het BW⁴⁵. Een tweede punt van kritiek is het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 3:15a, zesde lid, BW, dat bepaalt dat partijen van het materiële regime in het tweede en derde lid van dit artikel kunnen

⁴⁰ Zie hieromtrent de MvT bij het Wetsvoorstel elektronische handtekeningen, TK 2000-2001, nr. 3, pp. 3 e.v. en 16 e.v.

⁴¹ Vgl. het relatief heldere systeem van de richtlijn en de uitwerking daarvan in het Duitse Signaturgesetz van 16 mei 2001, BGBl 2001, 876.

⁴² Vergelijk art. 2:15, eerste lid, tweede zin: “Het bestuursorgaan kan nadere eisen stellen aan het gebruik van de elektronische weg”.

⁴³ Vergelijk de Wet elektronische aangifte, Stb. 1995, 606, ten behoeve van de aanpassing van de belastingwetgeving.

⁴⁴ Deze zinsnede lijkt overgenomen uit de schakelbepaling artikel 3:15c BW, mist echter in dit kader relevantie.

⁴⁵ Deze bepaling luidt als volgt: “Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze afdeling overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.”

afwijken en bij overeenkomst een hoger of een lager betrouwbaarheidsniveau kunnen overeenkomen voor juridische gelijkstelling van een elektronische handtekening aan een handgeschreven handtekening⁴⁶. Deze accentuering van de privaatrechtelijke contractsvrijheid staat echter haaks op het karakter van de Awb jo. het bijzondere deel van het bestuursrecht, het regime in de artikelen 2:14 en 2:15 en de nadere regelingsbevoegdheid in artikel 2:16, derde zin, waarin partijautonomie niet het leidend beginsel is. Dit onderdeel dient dan ook in bestuursrechtelijke zin te worden aangepast. Vergelijk op dit punt de eerder besproken wijziging van het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz*, waarin uit een oogpunt van rechtszekerheid het type te gebruiken elektronische handtekening bij de elektronische communicatie van beschikkingen en in geval van een specifiek schriftelijkheidsvereiste in de wet zelf is vastgelegd (artikelen 3a, tweede lid en 69, tweede lid).

Afgezien van artikel 2:16, zal het gebruik van de elektronische handtekening ook op andere punten doorwerken in de uitleg en toepassing van de Awb. Dat geldt vooral voor de mandaatsregeling. Met name het ondertekeningsmandaat ex artikel 10:11 Awb krijgt er een geheel nieuw – elektronisch - toepassingsveld bij.

3.5 De beschikbaarheid van de elektronische handtekening: Public Key Infrastructure

Zoals hiervoor beschreven, veronderstelt de geavanceerde elektronische handtekening de beschikbaarheid van een technische en organisatorische infrastructuur. Deze wordt voor de overheidssector ontwikkeld in de taskforce “Public Key Infrastructure (PKI)”, onder verantwoordelijkheid van de minister van BZK⁴⁷. Uitgangspunt is een beslissing van de ministerraad om de geavanceerde elektronische handtekening te baseren op een “smartcard” in combinatie met een pincode of liever nog: een biometrisch kenmerk. Via een aan deze smartcard gekoppeld “stamcertificaat”⁴⁸ waarborgt de overheid de elektronische identificatie op persoonsniveau. Wat de ontwikkeling van deze smartcard betreft voorziet het plan van aanpak in een relatie met de identificatiefunctie van de reisdocumenten. Beide lijnen komen samen in het voornemen van uitgifte aan de burger van een elektronische identiteitskaart (eNIK)⁴⁹. De regeling van artikel 2:16 is in die zin prematuur, dat de technische en organisatorische infrastructuur voor de geavanceerde elektronische handtekening nog niet beschikbaar is. Dat geldt overigens ook voor een brede toepasbaarheid van biometrie als identificerend kenmerk. Wel is inmiddels in pki-verband voorzien in een programma van eisen met (technische) specificaties van de elektronische handtekening binnen de overheidssector - als opmaat tot de ontwikkeling van de producten en diensten door marktpartijen⁵⁰ - en de aanbesteding van de ontwikkeling van het stamcertificaat, de grondslag van het hiërarchisch ingerichte betrouwbaarheidsstelsel⁵¹.

Inmiddels heeft het huidige kabinet nadere besluiten genomen over de wijze van invoering van de PKI en daarmee over de toekomstige beschikbaarheid van de geavanceerde elektronische

⁴⁶ TK 2000-2001, 27743, nr. 3, pp. 16 en 17. Zie ook MvT, nr. 3, p. 41.

⁴⁷ Onder het kabinet Paars II behoorde de pki tot de portefeuille van de minister van GSI. Zie voor het plan van aanpak: TK 1999-2000, 26387, nr. 5. De uitvoering vindt plaats binnen de Stichting Ictu, als implementatie-organisatie. Zie TK 2000-2001, 27510, nr. 1.

⁴⁸ Dit stamcertificaat wordt tevens aangeduid met de term “rootcertificaat”.

⁴⁹ Zie de brief van de minister van GSI inzake biometrie in reisdocumenten en de elektronische identiteitskaart van 11 mei 2001, bzk0000535, het verslag van het overleg over deze brief met de vaste kamercommissie voor BZK van 16 juli 2001, TK 2000-2001, 25764, nr. 17 en twee vervolgbrieven onder de nrs. 18 en 19 alsmede de voorgestelde Wijziging van de Paspoortwet, onder andere in verband met het toepassen van biometrie in reisdocumenten, TK 2001-2002, 28342 (R 1719), nrs. 1-3.

⁵⁰ Zie de in de richtlijn voorgeschreven marktwerking van de certificaatdienstverleners. De realisering van de elektronische handtekening is daardoor een verplicht public private partnership-project.

⁵¹ Zie omtrent de pki de publicaties op de website, www.pkioverheid.nl en de Bijlage bij Binnenlands Bestuur van 11 oktober 2002, De elektronische handtekening: de volgende stap in overheidscommunicatie.

handtekening voor het elektronisch bestuurlijk verkeer. De Tweede Kamer is hierover bij brief van de minister van BZK van 17 oktober 2002 geïnformeerd⁵². Hieruit blijkt, dat het centrale deel van de Overheids-PKI begin 2003 operationeel zal zijn, zodat marktpartijen en (toekomstige) overheidsgebruikers zich hierbij kunnen aansluiten (zwaan-kleef-aan). De inspanningen vanuit BZK om gebruikers onder deze infrastructuur te brengen worden geconcentreerd op de communicatierelaties overheid-bedrijfsleven en overheid-overheid (het interbestuurlijk gegevensverkeer). Als streefcijfer wordt hierbij aangehouden, dat eind 2003 bij (tenminste) 5 % van alle mogelijke elektronische transacties in deze domeinen gebruik wordt gemaakt van een PKI-ondersteunde elektronische handtekening. Vanwege gebrek aan financiële dekking en ervaringen in eerdere praktijkproeven, wordt echter voorlopig afgezien van invoering van deze geavanceerde elektronische handtekening in het verkeer van overheid en individuele burger en dus ook van de daarmee samenhangende introductie van een elektronische identiteitskaart⁵³. Deze temporisering is niet van invloed op de (beoogde) groei in elektronische dienstverlening (35 % in 2003 en 55% in 2006). Hieruit volgt dat de elektronische identificatie op andere wijze dan met behulp van een elektronische identiteitskaart moet plaatsvinden.

Juridisch betekent dit, dat de in het verkeer met de overheid en (individuele) burgers te gebruiken elektronische handtekening voorlopig beperkt is tot het in artikel 2:16, eerste zin, bedoelde type, gebaseerd op specifieke, tevoren overeengekomen of wettelijk voorgeschreven arrangementen. Van te meer belang is daarom de vraag naar de precieze betekenis van de voorgestelde regelingsbevoegdheid in artikel 2:16, derde zin, Awb.

3.6 Het vereiste van betrouwbare en vertrouwelijke communicatie

Aan het bestuursorgaan als afzender worden in het voorgestelde artikel 2:14, derde lid, Awb eisen gesteld uit een oogpunt van voldoende betrouwbare en vertrouwelijke communicatie, toegesneden op de aard en inhoud van het bericht en het doel waarvoor dit wordt gebruikt⁵⁴. De toelichting legt een bodem in de uitleg: “Van voldoende mate van betrouwbaarheid is sprake indien de veiligheid even groot is vergeleken met de situatie dat er van de conventionele weg zou worden gebruik gemaakt” (MvT p. 39)⁵⁵. Conform geldend recht ligt ook hier het risico in beginsel bij de afzender (MvT p. 39). Complementair bepaalt artikel 2:15, derde lid, dat het bestuursorgaan als geadresseerde – ook technisch - bevoegd is om een elektronisch verzonden bericht of document te weigeren, indien dit niet aan overeenkomstige eisen van betrouwbaarheid of vertrouwelijkheid voldoet. Dat hieromtrent ingevolge artikel 2:15, eerste lid, aan de burger nadere eisen gesteld kunnen worden kwam hiervoor reeds ter sprake. Hoever deze bevoegdheid gaat als grondslag van aan burgers op te leggen verplichtingen is echter niet duidelijk⁵⁶. Evenmin is helder of de weigeringsbevoegdheid als zelfstandige wettelijke grondslag van verplichtingen kan gelden⁵⁷.

⁵² Brief van de minister van BZK van 17 oktober 2002, TK 2002-2003, 28600 VII, nr. 7. Deze brief is mede een uitvloeisel van de paragraaf Informatiebeleid openbare sector in de MvT bij de begroting voor 2003 van BZK. Zie TK 2002-2003, 28600 hoofdstuk VII, nr. 2, p. 121 e.v.

⁵³ In de praktijkproeven is onder meer geconstateerd, dat er in onvoldoende mate elektronische diensten beschikbaar zijn waarvoor elektronische identificatie noodzakelijk is. Bovendien is de contact-frequentie bij veel diensten laag te noemen, brief a.w. p. 2.

⁵⁴ Zie met betrekking tot de veiligheidsproblematiek in het elektronisch verkeer, de nota Kwetsbaarheid op internet (KWINT), TK 2000-2001, 26643, nr. 30.

⁵⁵ Beide vormen van communicatie kennen hun eigen risicoprofiel. Vergelijk ook het zoekraken c.q. niet aankomen van postzendingen.

⁵⁶ Zie de (partiële) samenloop met beveiligingsverplichtingen in andere wetten, zoals art. 18.8 Telecommunicatiewet, artt. 6 en 13 Wbp en art. 31 Wet GBA. Het regime in de Telecommunicatiewet zal ingrijpend worden aangepast, in het verlengde van nieuwe communautaire regelgeving inzake de elektronische communicatie. Zie met name de artt. 4 en 5 in Richtlijn 2002/58/EG (beveiliging en vertrouwelijk karakter van de communicatie), art. 8, vierde lid, sub f. van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG en art. 23 van de Universeledienstrichtlijn 2002/22/EG.

⁵⁷ Vgl. verplichtingen tot gebruik van bepaalde soft- en hardware en het treffen van bepaalde organisatorische voorzieningen.

De kern van mijn twijfel is hoe bestuur en rechter deze wettelijke criteria van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid gaan invullen en toepassen⁵⁸. Is op wel voldoende kennis aanwezig? En is met de voorgestelde regeling, waarin het beslismoment bij de afzonderlijke bestuursorganen wordt gelegd, het risico van rechtsverscheidenheid en -ongelijkheid niet te groot? Wat de concretisering betreft verwijst de toelichting naar de destijds door Franken geformuleerde beginselen van behoorlijk IT-gebruik als bestuursrechtelijk relevante uitwerking van deze criteria⁵⁹. Dat verbaast, omdat het bij de beginselen van Franken primair gaat om een aantal, aan de accountancy en EDP-auditing ontleende gezichtspunten en controlemaatstaven, die primair zien op de vakmatige beoordeling op functionaliteit van (grootschalige) systemen van gegevensverwerking en die niet zonder meer samenvallen met een concretisering van de beveiligingseis in het wetsvoorstel. Wel kan aan de hand hiervan een indruk worden opgedaan van de deelaspecten van de begrippen betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid⁶⁰. De terminologie is qua betekenis echter onvast. Deze beginselen zijn ook niet geoperationaliseerd in de jurisprudentie. Bij de noodzakelijke omzetting van de wettelijke criteria in concrete eisen en voorschriften bieden ze daarom nauwelijks of geen steun. Het kan niet anders dan dat onder de huidige omstandigheden opnemings van dit type open geformuleerde verplichtingen in de Awb rechtsonzekerheid schept. Dat geldt vooral voor de burger (bedrijfsleven, maatschappelijke instellingen en individuele burgers) om wie het tenslotte is begonnen.

De primaire kwestie is echter, hoe en met welke middelen de (individuele) burger de verplichtingen in artikel 2:15, derde lid, terzake van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van het elektronische verkeer met de overheid kan nakomen. Het antwoord is simpel: door in het bestuurlijk verkeer gebruik te maken van een elektronische handtekening in de hiervoor beschreven varianten. Het alternatief van elektronisch verkeer via beveiligde verbindingen en (gesloten) netwerken staat slechts open voor enkele gesloten gebruikersgroepen⁶¹. Vanwege het wederkerige karakter van de elektronische communicatie is de burger daarom aangewezen op en afhankelijk van een van overheidswege gecreëerde infrastructuur. Het daartoe aangewezen instrument is de elektronische handtekening in zijn geavanceerde vorm met een voldoende mate van gebruiksgemak. Thans bestaande, eveneens als elektronische handtekening te categoriseren ad hoc-voorzieningen van identificatie en beveiliging, zoals de elektronische belastingaangifte en de partijafpraak over encryptiegebruik, waarbij de wederzijdse gebruiksverplichtingen berusten op wettelijk voorschrift of overeenkomst, vormen door hun bilaterale karakter een onvoldoende alternatief. Hiervoor zagen we, dat de “uitrol” van de open infrastructuur van de elektronische handtekening pas in 2003 (beperkt) van start gaat. De prioriteit van invoering ligt bij het grootschalige berichtenverkeer (interbestuurlijk gegevensverkeer en informatierelaties met het bedrijfsleven), terwijl de introductie in de relatie overheid-individuele burger voorlopig is uitgesteld. Dit betekent dat in de Awb verplichtingen worden gecreëerd, terwijl de middelen van naleving voor de kring van individuele burgers grotendeels ontbreken.

In de huidige opzet van het wetsvoorstel is sprake van een belangrijke overlapping qua regelingsobject van de artikelen 2:15, derde lid en 2:16, toegesneden op een relatieve, met aard en doel van bericht of document corresponderende, indirecte gebruiksverplichting van de elektronische handtekening. In eerstgenoemde bepaling is deze gebruiksverplichting bij

⁵⁸ Zie de hierna te bespreken uitsluiting van een weigeringsbeslissing ex art. 2:15, derde lid, van bezwaar en beroep door aanvulling van art. 8:4 Awb. Dit betekent dat de gewone rechter terzake bevoegd is.

⁵⁹ Zie H. Franken, Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen in: Beschikken en automatiseren, VAR-reeks 110, Alphen aan den Rijn 1993.

⁶⁰ Franken gaat uit van de overkoepelende termen: “authenticiteit en integriteit”, nader onderverdeeld in aspecten van: authenticiteit, integriteit, onweerlegbaarheid, transparantie, beschikbaarheid, flexibiliteit en vertrouwelijkheid. In de oorspronkelijke vorm werd als beginsel ook privacy nog genoemd. Zie voor een kritische bespreking van deze IT-beginselen: G. Overkleef-Verburg, Enkele bestuursrechtelijke aspecten van kennissystemen bij de overheid, NTB 1993, p. 311 e.v.

⁶¹ Zie de ontwikkeling van het rijksoverheidsintranet, waarop in 2003 80 % van de rijksambtenaren aangesloten zou moeten zijn, TK 2002-2003, 28600 VII, nr. 2, p. 124 en 129. Vgl. ook inrichting en beveiliging van het berichtenverkeer in de GBA, zowel interbestuurlijk als met geautoriseerde afnemers in de particuliere sector.

elektronische communicatie inherent aan de weigeringsbevoegdheid van het bestuursorgaan, in artikel 2:16 is deze verplichting bij elektronisch verkeer een uitvloeisel van het wettelijk ondertekeningsvereiste. Een dergelijke samenloop is ongewenst, vanwege het risico van fricties in de uitvoering. Daar komt nog wat bij. Eerder zagen we dat de elektronische handtekening de nodige variaties in waarborgen kent. Onder de huidige omstandigheden is de uitwerking van het “resultaatselement” in de voorgestelde artikelen 2:14, derde lid, en 2:15, derde lid, in uitvoeringspraktijk en jurisprudentie onvoorspelbaar. De Duitse wetgeving over het elektronisch bestuurlijk verkeer volstaat daarentegen met een uitgewerkte gebruiksverplichting van de geavanceerde elektronische handtekening, onder meer bij de kennisgeving van beschikkingen⁶². Deze aanpak lijkt te sporen met sectorvoorzieningen op communautair niveau⁶³. Dat ook het faxverkeer als elektronisch berichtenverkeer is aan te merken wordt blijkbaar niet als een belemmerende factor gezien. Ik denk terecht. Qua functionaliteit en verschijningsvorm heeft het faxverkeer veel gemeen met het conventionele berichtenverkeer. Weliswaar doen zich ook hier problemen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid voor. Het zou echter te ver voeren om voor deze categorie een algemene voorziening in de Awb op te nemen. Daar komt nog bij dat slecht voorstelbaar is hoe deze criteria in relatie tot het faxverkeer geconcretiseerd moeten worden⁶⁴.

Opnemning van een min of meer open geformuleerde beveiligingsplicht is ook riskant uit een oogpunt van - aldus aangescherpte, immers geconcretiseerde - aansprakelijkheid⁶⁵. Weliswaar ontkent de toelichting de vestiging van een dergelijke aansprakelijkheid, een relatie met artikel 6:162 BW is niettemin terecht gelegd (MvT p. 4)⁶⁶.

Op basis van het voorgaande verdient de voorgestelde opnemning van een zelfstandig regime omtrent betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van het elektronisch verkeer met de overheid, naast de regeling van de elektronische handtekening, dringend heroverweging. Met de opnemning van artikel 2:16 is in voldoende waarborgen voor een integer berichtenverkeer voorzien. Dat de beschikbaarheid van de elektronische handtekening nog op zich laat wachten, is een andere zaak.

3.7 Het verbod op exclusief elektronische publicaties via websites

In aanvulling op het wettelijk stelsel, dat primair over persoonsgerichte communicatie gaat, bevat artikel 2:14, tweede lid, een verbod op uitsluitend elektronische publicaties. Verzending van niet-geadresseerde berichten mag niet exclusief elektronisch plaatsvinden, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald⁶⁷. Dit betekent dat bij openbare bekendmaking van een besluit (art. 3:42 Awb) en een verplichte terinzagelegging, met name in de openbare voorbereidingsprocedure, in beginsel niet kan worden volstaan met de plaatsing ervan op een (interactieve) website. Dergelijke stukken moeten derhalve steeds op papier beschikbaar en toegankelijk zijn (MvT pp. 38 en 39). Ook vloeit uit deze regel voort, dat de kennisgeving van terinzagelegging niet uitsluitend elektronisch gepubliceerd mag worden⁶⁸. Gezien de betekenis van deze vormen van actieve openbaarheid voor de zorgvuldigheid van de bestuurlijke besluitvorming, de democratische controle op het bestuur en de effectuering van rechtsbescherming, zal van dit uitgangspunt niet licht bij wettelijk voorschrift afgeweken mogen worden. Een uitzondering lijkt me slechts denkbaar voor gesloten gebruikersgroepen met een hoge graad van elektronische participatie. Continuering van het vereiste van schriftelijke

⁶² Vgl. par. 69, tweede lid, Verwaltungsverfahrensgesetz: “Ein elektronischer Verwaltungsakt nach Satz 1 ist mit einer dauerhaft überprüfbaren qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen.”

⁶³ Zie Richtlijn 2001/115/EG betreffende vereenvoudiging, modernisering en harmonisering van de voorwaarden inzake de facturering op het gebied van de btw.

⁶⁴ Het gebruikelijke faxprotocol voorziet niet in mogelijkheden van encryptie van het berichtenverkeer. De elektronische handtekening is daarom niet bruikbaar, ook niet als faxberichten via de pc worden verstuurd.

⁶⁵ Deze betreft openbare lichamen, publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen die tevens zbo zijn.

⁶⁶ Daarbij is te denken aan schade door (nadien onrechtmatig gebleken) afgedwongen investeringen, vertragingsschade en door derden geclaimde schade als gevolg van onvoldoende naleving door het bestuursorgaan van deze wettelijke verplichtingen.

⁶⁷ Zie ook de hierna nog te bespreken aanvulling van art. 3:42 Awb (openbare kennisgeving).

⁶⁸ Zie ook MvT, nr. 3, p. 24.

publicatie verzekert niet alleen duidelijkheid omtrent de aanvang van termijnen, maar tevens duurzaamheid als kenbron. Dat geldt vooral voor publicaties in de Staatscourant⁶⁹. Tenzij opgenomen in een min of meer duurzaam elektronisch bestand⁷⁰, zijn elektronische publicaties via websites vaak vluchtiger van karakter dan papieren bronnen.

Niettemin doet zich hier een belangrijk probleem voor. De formulering van artikel 2:14, tweede lid, is zodanig ruim dat deze - naast verplichte bekendmakingen op grond van de Awb - tevens onverplichte elektronische publicaties via websites betreft. Plaatsing in hoofdstuk 2 resulteert immers in een breed toepassingsbereik van deze nieuwe afdeling. Gezien de bewoordingen van deze bepaling kan hieronder ook actieve elektronische openbaarmaking op basis van (mede) de Wet openbaarheid van bestuur⁷¹ begrepen worden. Een verbod voor deze categorie elektronische publicaties staat echter haaks op het kabinetsbeleid, dat in internet een middel ziet om een ruimer openbaarheidsbeleid van overheidswege te kunnen effectueren. Dit beleid is vastgelegd in het kabinetsstandpunt omtrent het advies van de tijdelijke Adviescommissie Toekomst Overheidscommunicatie “In dienst van de democratie” (commissie-Wallage)⁷² en het Actieprogramma Overheidscommunicatie 2002-2006⁷³. Het kabinet-Balkenende wil de omvorming van de Wob tot een Algemene wet toegankelijkheid overheidsinformatie onderzoeken⁷⁴, mede in het licht van het plan van het vorige kabinet om een nieuw klassiek grondrecht op (actieve) openbaarheid van overheidsinformatie in de Grondwet op te nemen⁷⁵. Het is aannemelijk dat een volgend kabinet deze lijn doortrekt. Het kan niet zo zijn dat bestuursorganen die thans via onverplichte elektronische publicaties op websites een ruimer (inter)actief openbaarheidsbeleid kunnen voeren, uit kostenoverwegingen van deze relatief goedkope publicatievorm zouden moeten afzien, immers hierdoor verplicht zouden worden om de betreffende publicaties ook in papieren vorm voor het publiek beschikbaar te houden.

Een ander voorbeeld van mogelijke fricties betreft de zich ontwikkelende praktijk van het uitbrengen van wettelijk verplichte jaarverslagen in een combinatievariant van een schriftelijk en een elektronisch deel. Zo heeft de Nationale ombudsman zijn wettelijk verplichte jaarverslag over 2001 in een dergelijke verschijningsvorm uitgebracht⁷⁶. Het in schriftelijke vorm verschenen kernjaarverslag is aangevuld met een op cd-rom vastgelegd deel. Het volledige jaarverslag is tevens raadpleegbaar (en uitprintbaar) via de website van de No⁷⁷. Weliswaar valt de No ingevolge artikel 1:1, tweede lid, Awb niet onder de werkingssfeer van deze regeling, andere bestuursorganen met eenzelfde publicatiebeleid, zoals de Mededingingsautoriteit, doen dat wel. Om deze redenen is een heroverweging van de afbakening van artikel 2.14, tweede lid, Awb aangewezen, toegespitst op het onderscheid in verplichte en niet verplichte bekendmaking aan niet-geadresseerden, waarbij de eerste categorie nader wordt ingeperkt tot Awb-bekendmakingen. Zie hieromtrent ook de hierna nog te bespreken aanvulling van artikel 3:42 Awb.

⁶⁹ Zie de mogelijkheid van elektronische kennisgeving van in de Staatscourant gepubliceerde regelingen en besluiten via Opmaat.

⁷⁰ Zie het elektronische wettenbestand, Rechtspraak.nl en de toegankelijkheid via internet van elektronische archieven van organen en instellingen.

⁷¹ Zie het voorstel tot incorporatie van de Wob in afdeling 2.3 van de Awb in het Voorontwerp Vierde tranche.

⁷² Brief van de minister-president, minister van AZ en de minister van GSI, TK 2001-2002, 26387, nr. 12. Zie ook het kabinetsstandpunt over het advies van de commissie ICT en Overheid (commissie-Docters van Leeuwen), “Burger en overheid in de informatiesamenleving; de noodzaak van institutionele innovatie”, TK 2001-2002, 26387, nr. 16.

⁷³ Brief van de minister-president, minister van AZ, TK 2001-2002, 26387, nr. 15.

⁷⁴ TK 2002-2003, 28600 VII, nr. 5, pp. 3 en 4.

⁷⁵ Zie de brief van de minister van BZK van 16 oktober 2000, TK 2000-2001, 27460, nr. 1, Grondrechten in het digitale tijdperk, p. 30 e.v. Het beoogde grondrecht luidt als volgt: “1. Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt. 2. De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.”

⁷⁶ Zie artikel 28, eerste lid, van de Wet Nationale ombudsman.

⁷⁷ Zie ook Jaarverslag Nationale ombudsman 2001, TK 2001-2002, nr. 1-2.

3.8 Wijziging van bestaande Awb-bepalingen

Naast de invoeging van de hiervoor besproken paragraaf in hoofdstuk 2 Awb wil het wetsvoorstel tevens een aantal bestaande bepalingen wijzigen. Zo krijgt artikel 3:42 Awb een nieuw tweede lid, onder vernummering van het bestaande. Volgens deze bepaling geschiedt bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, niet elektronisch, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Deze voorziening vormt een toespitsing van artikel 2:14, tweede lid. Het doel ervan is helder te maken, dat een elektronische publicatie, anders dan die in schriftelijke vorm, niet als bekendmaking in de zin van de wet geldt. Aldus is verzekerd dat de datum van de schriftelijke publicatie bepalend blijft voor de aanvang van wettelijke termijnen. Beide regels zijn een exponent van het beginsel van nevenschikking⁷⁸. Ik vraag me af of dit doel niet beter en directer bereikbaar is. Daarbij denk ik aan een aanvulling van artikel 3:42 met de bepaling dat een niet-geadresseerde bekendmaking van besluiten niet uitsluitend elektronisch mag plaatsvinden in combinatie met het voorschrift dat bij toepassing van termijnbepalingen slechts wordt gelet op de bekendmaking in schriftelijke vorm. Met de voorgestelde regeling dreigt het kind met het badwater te worden weggegooid. Bij dit type besluiten kan elektronische publicatie via een website onder omstandigheden een grote toegevoegde waarde hebben. Dit geldt temeer als de kring van belanghebbenden niet op voorhand bepaalbaar is.

De regeling van de aanvraag van een beschikking in afdeling 4.1.1. zal worden aangevuld met een nieuw artikel 4:3a, dat het bestuursorgaan verplicht om de ontvangst van een elektronisch ingediende aanvraag te bevestigen⁷⁹. Tevens wordt het eerste lid van artikel 4:5 aangevuld. Kan in de thans bestaande regeling een bestuursorgaan beslissen tot het buiten behandeling stellen van een aanvraag wegens onvolledigheid, in de nieuwe versie is deze weigeringsgrondslag aangevuld met twee nieuwe gronden: (a) de aanvrager heeft niet voldaan aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de aanvraag en (b) de aanvraag is geheel of gedeeltelijk geweigerd op grond van artikel 2:15. Het nieuwe eerste lid van artikel 4:5 kent aldus in het geval van een elektronische aanvraag een herkansing op het niet of onvoldoende in acht nemen van de voorschriften van artikel 2:15 Awb. Overeenkomstig huidig recht kan een bestuursorgaan onder het nieuwe regime pas besluiten de aanvraag niet te behandelen, indien de aanvrager de gelegenheid heeft gekregen tot verzuimherstel binnen een nader te stellen termijn. Bovendien heeft dit traject gevolgen voor de rechtsbescherming. Een ingevolge artikel 4:5, eerste lid, Awb genomen besluit om een aanvraag tot het geven van een beschikking niet in behandeling te nemen is appellabel, in tegenstelling tot de zelfstandige weigeringsbeslissingen ingevolge artikel 2:15. Door aanvulling van artikel 8:4 in de vorm van een toevoeging onder l. kan onder het nieuwe regime geen bezwaar en beroep worden ingesteld tegen een weigering op deze grond. Artikel 2:16 over de elektronische handtekening werkt in de regeling van de aanvraag door via het ondertekeningvereiste in artikel 4:2 Awb jo. artikel 4:5, eerste lid, sub a.

Het wetsvoorstel voorziet tevens in een met artikel 4:5 vergelijkbare aanpassing van artikel 6:6 Awb. Het bezwaar of beroep kan na inwerkingtreding van de nieuw geformuleerde en aangevulde bepaling tevens niet-ontvankelijk worden verklaard indien de ontvangst ervan geheel of gedeeltelijk is geweigerd op grond van artikel 2:15, echter niet dan nadat gelegenheid tot verzuimherstel is geboden. Artikel 2:16 over de elektronische handtekening krijgt op identieke wijze doorwerking via de artikelen 6:5 jo. 6:6 Awb. Opmerkelijk is, dat de weigeringsbeslissing op grond van artikel 2:15 niet is herleid tot het tweede en derde lid. Dit betekent dat in de nieuwe artikelen 4:5 en 6:6 ook een de facto weigering ingevolge het eerste lid kan worden meegenomen. Is het niet via gelijkenschakeling met een wettelijke weigeringsbeslissing, dan komt wel toepassing van de voorwaarde dat niet is voldaan aan enig wettelijk voorschrift in aanmerking.

⁷⁸ MvT pp. 25 en 26.

⁷⁹ Zie ook de toezegging van de minister van GSI dat hij gaat kijken naar de haalbaarheid van een door de vaste kamercommissie voor BZK gewenste e-mailbevestiging door gemeenten. Actieprogramma Elektronische Overheid, Verslag van een algemeen overleg, TK 2001-2002, 26387, nr. 14, p. 6.

Afgezien van de toelichting op de voorgestelde nieuwe en te wijzigen bepalingen in de Awb, bevat de memorie van toelichting tevens een meer algemene behandeling van de betekenis van dit wetsvoorstel voor de communicatie-elementen in een aantal rechtsfiguren en voorzieningen in de Awb⁸⁰. Het verdient opmerking, dat in de transformatie naar een elektronische overheid het geldende recht op onderdelen een betekenisverandering ondergaat in een combinatie van wetswijziging en door de wetgever geautoriseerde, op de actualiteit van het elektronisch bestuurlijk verkeer toegesneden interpretaties van bestaande regelingen. De door de rechter aan de historische uitleg van de Awb toegekende betekenis krijgt hiermee een nieuwe, geactualiseerde dimensie.

3.9 Aanvulling van de termijnenregeling

Artikel 2:17 introduceert in het bestuursrecht een zelfstandige termijnregeling voor elektronische communicatie. Ingevolge het eerste lid geldt als tijdstip van elektronische verzending door een bestuursorgaan het tijdstip waarop het bericht een gegevensverwerkend systeem in de macht van een derde bereikt. Dat kan het systeem van de geadresseerde zijn, maar ook dat van een (intermediaire) serviceprovider, met als consequentie dat een bericht ook als verzonden geldt indien het (nog) niet bij de geadresseerde is aangekomen (MvT p. 42). Maken het verzendende bestuursorgaan en geadresseerde gebruik van hetzelfde systeem, dan is het beslissende tijdstip dat van toegankelijkheid van het bericht voor de geadresseerde. Volgens de toelichting impliceert een abonnement van afzender en ontvanger bij dezelfde serviceprovider nog geen gedeeld systeem (MvT p. 42). Aan deze voorziening kleefde het bezwaar, dat het begrip gegevensverwerkend systeem in een dubbele betekenis wordt gebruikt, afhankelijk van de vraag of sprake is van intern of extern gegevensverkeer.

Als tijdstip van elektronische ontvangst geldt ingevolge het tweede lid van artikel 2:17 het tijdstip waarop het bericht het systeem van het bestuursorgaan bereikt. Of en wanneer een bericht wordt geopend doet niet terzake, want heeft geen invloed op het tijdstip van ontvangst. Gaat er iets fout in de communicatie, bijvoorbeeld bij de serviceprovider, dan is dat voor rekening van de afzender. Overigens is niet te verwachten dat met deze termijnenregeling alle kou uit de lucht is. Met name door de weigeringsbevoegdheid van het bestuursorgaan ex artikel 2:15 kunnen zich nieuwe rechtsvragen aandienen, zoals omtrent de rechtmatigheid van weigering van een bericht en de gevolgen van een systeemtechnische weigering, terwijl de toepasselijkheid van blokkerende vormvoorschriften ex artikel 2:14, tweede lid, en de elektronische ondertekening op grond van artikel 2:16 eveneens potentiële stof voor geschillen levert.

3.10 Rechtsbescherming

Als sluitstuk op het materiële regime wordt artikel 8:4 Awb aangevuld met een nieuw onderdeel l., op grond waarvan geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit “inhoudende een weigering op grond van artikel 2:15”. Niet duidelijk is of het gaat om de weigeringsbeslissingen in de zin van het tweede en derde lid, dan wel dat deze uitsluiting ook andere weigeringshandelingen betreft, waaronder die gebaseerd op het eerste lid van artikel 2:15. Opmerking verdient, dat dit type beslissingen in het wetsvoorstel blijkbaar als besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb wordt opgevat. Dat is een keuze die niet zonder meer uit de huidige jurisprudentie omtrent de status van informatiebeslissingen en schriftelijke reacties van overheidswege op de naleving van wettelijke meldings- mededelings- en informatieverplichtingen voortvloeit. Het besluitkarakter ervan, eventueel als bestuurlijk rechtsoordeel, wordt niet snel aangenomen⁸¹. Veelal worden deze geduid als feitelijke handelingen of, zoals in het geval van reacties op meldingen c.a., als mededeling van informatieve aard⁸².

⁸⁰ MvT, nr. 3 pp. 22 t/m 34.

⁸¹ Om die reden zijn in de Wet bescherming persoonsgegevens vanuit rechtsbeschermingsoogpunt in art. 40 een zestal typen beslissingen omtrent de informatiepositie van de geregistreerde door bestuursorganen expliciet als besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb aangemerkt.

⁸² Zie vooral de jurisprudentie omtrent de registratie van varkensrechten, CBB 1 juni 1999, AB 1999, 315, m.nt. JHvdV, JB 1999, 208 en CBB 8 mei 2002, JB 2002, 178 alsmede CBB 8 mei 2002, JB 2002, 213 en Rb. Den Haag 22 mei 2002, JB 2002, 179 m.nt. MP. Zie ook de jurisprudentie omtrent de acceptatie van een melding ex art. 8.41 Mw, vgl. ABRvS 22 mei 2001, JB 2001, 189 m.nt. MP.

De betekenis van deze aanvulling van artikel 8:4 is beperkt tot de uitsluiting van rechtsbescherming omtrent een weigeringsbesluit inzake elektronische communicatie als zodanig. Deze voorziening staat er derhalve niet aan in de weg dat rechterlijke toetsing op andere wijze wordt uitgelokt. Daarbij is het uitgangspunt de doorwerking van communicatieproblemen in de toepassing van het bestuursrecht en daaruit resulterende rechtsvragen. De belangrijkste kwamen hiervoor al aan bod. Dat zijn de onvolkomen elektronische aanvraag en het onvolkomen bezwaar- of beroepschrift. Voor deze categorieën zijn in de artikelen 4:5 en 6:6 nadere voorzieningen getroffen. Fricities in het elektronisch verkeer kunnen voorts resulteren in een beweerde weigering een besluit te nemen (artikel 6:2)⁸³ en verschoonbaarheid van termijnoverschrijding (artikel 6:11).

De uitoefening van bevoegdheden op grond van de artikelen 2:15 en 2:16 kunnen ook aan de orde komen in het kader van toetsing van sanctiebesluiten inzake niet- of niet-tijdige of niet-volledige nakoming van wettelijke meldings- en mededelingsplichten⁸⁴. Een onderdeel daarvan is de beoordeling op de (mate van) verwijtbaarheid van de “overtreder” van een wettelijke informatieplicht, al dan niet als onderdeel van de toetsing op evenredigheid van feit en sanctie⁸⁵. De uitspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven van 12 februari 2002 (AB 2002, 174 m.nt. JHvdV, JB 2002, 134) is hiervan een treffende illustratie. Inzet was de rechtmatigheid van een aan de eigenaar van een wegens varkenspest besmet verklaard en geruimd bedrijf opgelegde straffkorting op de schadevergoeding ex artikel 86 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, wegens enkele te late meldingen van wijzigingen in de varkenspopulatie. Door persoonlijke omstandigheden (overlijden echtgenote) had betrokkene deze mutaties niet tijdig doorgegeven. Zijn poging om dit verzuim in een later stadium te herstellen ketste af op het zodanig geprogrammeerde computersysteem bij het Identificatie- en Registratiebureau Varkens van het ministerie van LNV, dat meldingen van transporten van 30 en meer dagen tevoren niet meer werden geaccepteerd. “Het niet meer kunnen melden van die eerdere aanvoeren kan derhalve moeilijk alleen aan appellant worden verweten”, oordeelde de rechter, resulterend in de uitspraak dat het i.c. genomen besluit tot oplegging van straffkorting was genomen in strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Een niet-tijdige melding kan ook materiële gevolgen hebben, zoals rechtsverwerking⁸⁶. Andere reeds gebleken kwesties in het elektronisch verkeer betreffen de elektronische bewijsbaarheid van de verzending, zowel aan de kant van het bestuursorgaan als bij de burger⁸⁷.

Een en ander overziende dringt de vraag zich op wat nut en noodzaak is van een aanvulling van artikel 8:4 Awb zoals hier voorgesteld. De parallel met de uitsluiting van rechterlijke toetsing van de voorbereidingsbeslissing in artikel 6:3 Awb gaat slechts gedeeltelijk op, omdat de voorgestelde uitsluiting, anders dan genoemde bepaling, geen uitzondering kent. De winst uit een oogpunt van beperking van de werklast van de rechter lijkt gering. Daar staat een verlies aan mogelijkheden om specifiek op het elektronisch verkeer toegespitste jurisprudentie te ontwikkelen tegenover. Een terrein van nieuw te ontwikkelen recht, waarbij aan het bestuur ruime bevoegdheden zijn gelaten en de wettelijke regeling weinig rechtszekerheid biedt. Vanwege dit zelfstandige belang pleit ik ervoor om de voorgestelde uitsluiting van rechtsbescherming via aanvulling van artikel 8:4

⁸³ Vergelijk de categorie verzoeken om een handhavingsbesluit te nemen.

⁸⁴ Zie voor een oplegging last onder dwangsom wegens niet-tijdige melding: ABRvS 16 januari 2002, JB 2002, 39 m.nt. Z. en intrekking subsidie wegens niet-nakoming meldingsplicht: ABRvS 20 maart 2002, JB 2002, 159. Vgl. ook de bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden m.b.t. nieuwe meldingsplichten in de Wbp (art. 27 e.v.) en het financieel-economisch bestuursrecht.

⁸⁵ Zie algemeen: ABRvS 25 maart 1999, AB 1999, 229 en m.b.t. inlichtingenplichten in de sociale zekerheid: CRvB 7 september 1999, AB 1999, 455, CRvB 6 november 2001, USZ 2002, 19, CRvB 5 juni 2002, USZ 2002, 245, CRvB 3 april 2002, USZ 2002, 143 en CRvB 23 januari 2002, USZ 2002, 103.

⁸⁶ Zie CBB 8 mei 2002, JB 2002, 178 (geen correctie geregistreerde varkensrechten wegens niet-tijdige melding).

⁸⁷ Zie voor de bewijskracht van een elektronisch postboek m.b.t. de verzending van een bezwaarschrift: CRvB 23 mei 2001, JB 2001, 183 en de betekenis van de toezending van “schermprijntjes” m.b.t. de verzending van beschikkingen: HRT (belastingkamer) 7 juni 2002, JB 2002, 183.

te heroverwegen. De transformatie naar een elektronische overheid behoeft zorgvuldige, mede op de casuïstiek van het openbaar bestuur toegesneden rechtsvorming, derhalve in wisselwerking van wetgever en bestuursrechter. Deze functie kan niet geheel worden overgelaten aan het complementaire intern en extern klachtrecht.

4. Terug naar de normatieve uitgangspunten

4.1 Algemeen

Zoals hiervoor al enkele malen bleek, is het wetsvoorstel gebaseerd op een tweetal normatieve uitgangspunten. Het beginsel van nevenschikking van conventioneel (schriftelijk) berichtenverkeer kwam hiervoor bij de bespreking van enkele bepalingen aan de orde. Het bewust facultatieve karakter van de regeling is als tweede uitgangspunt in de toelichting minder geprofileerd, echter evenzeer van belang uit een oogpunt van kwaliteitstoetsing⁸⁸.

Vandaar dat deze beginselen in dit onderdeel van mijn bijdrage nog eens zelfstandig onder de loep worden genomen, toegespitst op het bredere perspectief van mogelijke (ongewenste) neveneffecten van de voorgestelde regeling. Daarbij wordt bij het beginsel van nevenschikking vooral gelet op de effecten ervan op de modernisering van de overheidsadministratie. Het flexibiliteitsbeginsel wordt afgezet tegen de noodzaak van ontwikkeling en onderhoud van een deugdelijke elektronische infrastructuur in het publiek domein.

4.2 Het beginsel van nevenschikking van conventioneel en elektronisch gegevensverkeer

Het in artikel 2:13 van het wetsvoorstel geconcretiseerde beginsel van nevenschikking correspondeert met het in de nota “Wetgeving voor de elektronische snelweg” uit 1998 vastgelegde uitgangspunt, dat de “elektronisering van de samenleving” niet ten koste mag gaan van hen die (nog) geen toegang hebben tot het elektronisch verkeer⁸⁹. “De elektronische weg komt naast en niet in plaats van het conventionele verkeer”, aldus de toelichting (p. 8). Zoals we eerder zagen ligt dit normatieve uitgangspunt ook ten grondslag aan de verdere regeling van het elektronisch verkeer, waarbij de schriftelijke vorm immers het ijkpunt van toelaatbaarheid is.

Gezien de zich thans doorzettende ontwikkelingen is de codificatie in de Awb van een dergelijk normatief uitgangspunt echter kwetsbaar. Het beginsel van nevenschikking impliceert immers, dat bestuursorganen weliswaar hun werkprocessen mogen vernieuwen in de richting van een elektronische overheid, echter tevens het bestaande, conventionele gegevensverkeer onverkort in stand moeten laten. Binnen door het bestuur gecreëerde voorzieningen is het immers in beginsel de burger die bepaalt of de communicatie schriftelijk of elektronisch verloopt. De hieruit resulterende bestuurlijke verplichting tot het onderhouden van een volledig en gelijkwaardig dual berichtverkeer - zowel schriftelijk als elektronisch - staat op gespannen voet met de beoogde modernisering van werkprocessen binnen de overheid. De huidige transformatie naar een elektronische overheid verloopt via streefdoelen op het punt van on line publieke dienstverlening aan de burger⁹⁰, de terugdringing van de administratieve lastendruk en het efficiencystreven van de overheid.

⁸⁸ In de toelichting op het wetsvoorstel wordt nog een vierde uitgangspunt genoemd: de techniek-onafhankelijke formulering van wettelijke voorschriften (MvT, nr. 3, p. 5 en 8). Dit is een breed gedragen beginsel van wetgevingsbeleid ter bevordering van de bestendigheid van wetgeving, dat als zodanig niet van principiële betekenis is.

⁸⁹ TK 1997-1998, nr. 2, p. 175: “Deze nota gaat uit van een niveau van “nevenschikking”, waarin elektronische diensten een grote maatschappelijke en economische betekenis hebben, maar waarin geen *verdringing* van traditionele middelen plaatsvindt”. Zie omtrent dit aspect van overheidswaarborgen tegen verdringing tevens de pp. 176, 181 en 185 (onderdeel 2.1 van het toetsingskader) van deze nota. Zie ook aanwijzing 7a in de Aanwijzingen voor de regelgeving, dat tot doorwerking van deze nota verplicht.

⁹⁰ Eind 2003 moet minimaal 35% van de totale publieke dienstverlening elektronisch uitvoerbaar zijn, terwijl voor 2006 wordt uitgegaan van 55%. Daarnaast zijn in de begroting van BZK voor 2003 streefwaarden vastgesteld voor (interactieve) websites van bestuursorganen: 100% in 2005 m.b.t. de toegankelijkheid van democratische basisinformatie en 25% in 2003 t.a.v. interactieve beleidsvorming.

Het wetsvoorstel spoort op dit punt dan ook niet met het door de Tweede Kamer geaccordeerde kabinetsbeleid in het Actieprogramma Elektronische Overheid⁹¹ en de nota “De kenniseconomie in zicht”⁹², als uitvloeisel van de – nationaal omarmde - Lissabon-strategie van de EG⁹³. Het is reëel ervan uit te gaan, dat het elektronisch berichtenverkeer in toenemende mate zowel een verdringend⁹⁴ als een aanvullend⁹⁵ effect heeft op het papieren berichtenverkeer. Het informatiebeleid, zowel nationaal⁹⁶ als Europees, is daar ook op gericht. Die verdringing heeft drie redenen: (a) dekking van investeringskosten uit besparingen elders, (b) het belastende karakter van een volwaardige parallelle gegevensstroom voor de overheidsorganisatie en (c) het innoverend karakter van de internetrevolutie zelf.

Die “verdringingseffecten” zullen zich niet in alle sectoren even sterk of snel voordoen. Wat de regelgeving betreft is daarom te differentiëren binnen het bestuursrechtelijke (koepel)begrip burger, globaal in de categorieën: bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties, andere bestuursorganen en individuele burgers. Naar huidig recht is het op wettelijke basis verplichten van bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties en andere bestuursorganen tot elektronisch (geautomatiseerd) berichtenverkeer met de overheid toegestaan. Daar is ook niets mis mee, zelfs niet indien deze organisaties de facto tot systeemaanpassing of uitbesteding worden gedwongen. De “codificatie” in de Awb van een beginsel van nevenschikking is voor deze categorieën als waarborg onnodig en zelfs riskant, kan immers de noodzakelijke vernieuwing frustreren. In de communicatie met de individuele burger liggen de kaarten echter anders. Naar verwachting zal het papieren berichtenverkeer met de overheid voor deze categorie belangrijk blijven. Echter ook individuele burgers kunnen onder omstandigheden tot elektronische communicatie worden verplicht, mits voldoende compenserende voorzieningen beschikbaar zijn⁹⁷. Dat zien we ook nu al gebeuren in de vorm van (uitsluitend) elektronische beschikbaarheid van overheidsinformatie via websites in combinatie met een versterking van de informatiefunctie van openbare bibliotheken⁹⁸.

Bron: MvT bij de begroting voor 2003 van BZK, Artikel 7: Informatiebeleid openbare sector, TK 2002-2003, 28600 VII, nr. 2, p. 121, alsmede de brief van de minister van BZK onder nr. 7.

⁹¹ Zie het Actieprogramma Elektronische Overheid, kamerstuk 26387, met name de nrs. 8 (nota “Contract met de Toekomst”), 9, 13 en 14. Zie voorts het kabinetsstandpunt op het advies van de commissie ICT en Overheid (Commissie-Docters van Leeuwen), TK 2001-2002, 26387, nr. 16.

⁹² TK 2000-2001, 27406, nrs. 1-2. Zie ook de notitie “De Digitale Delta: e-Europe voorbij”, TK 2000-2001, 26643, nr. 14. Ter afronding van het debat over de regeringsverklaring van het kabinet-Balkenende is met algemene stemmen in de Tweede Kamer de motie-De Graaf aangenomen, die de regering oproept bij de aanbidding van beleidsplannen duidelijk te maken hoe een toekomstgerichte ontwikkeling van de kenniseconomie ondersteund gaat worden; TK 2001-2002, 28375, nr. 35 en Handelingen TK 2002, 92, p. 5531. Zie ook de Bouwstenennotities ten behoeve van het nieuwe kabinet, TK 2001-2002, 26643, nr. 32.

⁹³ Zie de verslagen van bijeenkomsten van de Europese Raad in Lissabon en Barcelona, kamerstuk 21501-20, nrs. 115 en 189.

⁹⁴ Zie als voorbeeld van verdringing: de vervanging van het jaarlijkse – papieren - inventariserend Subsidieoverzicht Rijksoverheid (SOR) door een elektronische publicatie op de website van het ministerie van Financiën (www.minfin.nl), brief van de minister van Financiën van 17 september 2002 (ru000044).

⁹⁵ Vgl. de nieuwe mogelijkheden van toegankelijkheid van overheidsinformatie en interactieve beleidsvorming.

⁹⁶ Zie de volgende subsidieregelingen: Wijziging Stimuleringsregeling Interactieve besluitvorming, Stcrt. 2002, 159, Stimuleringsregeling Pro-actieve Dienstverlening 2002, Stcrt. 2002, 28, Stimuleringsregeling gemeentelijke produktencatalogus op het Internet, Stcrt. 2000, nr. 200 en het Convenant elektronische dienstverlening in super-pilot gemeenten, Stcrt. 2001, 193.

⁹⁷ Zie de huidige voorzieningen voor (functionele) analfabeten, anderstaligen, ouderen en gehandicapten. Vgl. de ongedacht snelle verspreiding van digitale vaardigheden en de ruime beschikbaarheid van pc's met internettoegang in de privésfeer.

⁹⁸ Zie ook de beleidsbrief “Bibliotheken in beweging” van de staatssecretaris van OCenW en de latere aanvulling daarop, kamerstuk 28330, nrs. 1 en 2.

Het beginsel van nevenschikking wordt in de literatuur breed gesteund⁹⁹. Ook de Raad voor het openbaar bestuur onderschrijft de keuze voor nevenschikking. Niettemin moet worden vastgesteld, dat de opneming in de Awb van een beginsel van nevenschikking op gespannen voet staat met het vigerende informatiebeleid. Een heroverweging van het wetsvoorstel op dit punt ligt daarom in de rede.

4.3 Het facultatieve karakter van de regeling

Een tweede, aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende uitgangspunt betreft het facultatieve karakter van de voorgestelde regeling. "Het wetsvoorstel heeft niet tot doel om aanspraken te vestigen op communicatie langs elektronische weg, noch voor de burger noch voor bestuursorganen", aldus de toelichting (p. 2). Betrokkenen, zowel overheidsinstanties als burgers, hebben keuzevrijheid zowel wat hun elektronische bereikbaarheid als actief gebruik van elektronische communicatie betreft (MvT, p. 9). De wet biedt aldus een kader voor elektronisch verkeer, geen verplichting daartoe, ook niet aan de zijde van het bestuur. De beleidsvrijheid van bestuursorganen is – zoals we eerder zagen - vastgelegd in de artikelen 2:13, eerste lid, 2:14, eerste lid, 2:15, eerste en tweede lid, jo. de artikelen 4:5, eerste lid, en 6:6 Awb. Tevens voorzien de artikelen 2:15, eerste lid, en 2:16, derde zin, in een nadere regelingsbevoegdheid op uitvoeringsniveau, naast de algemene bevoegdheid ex art. 4:81, eerste lid, Awb tot het vaststellen van beleidsregels. Op deze wijze wordt de beleidsvrijheid van afzonderlijke bestuursorganen omtrent een belangrijk onderdeel van het informatiebeleid in de Awb verankerd. Weliswaar wordt hiermee tegemoetgekomen aan de behoefte tot beheersbaarheid van het elektronisch verkeer en temporisering van de overgang naar een elektronische overheid, of het verstandig is deze bestuurlijke wens aldus te honoreren is een tweede.

Zo dringt de vraag zich op of het wetsvoorstel op dit punt niet te behoudend is. Naar mijn inschatting zijn de ontwikkelingen reeds nu al zover, dat van een bestuursorgaan – als eis van behoorlijk bestuur - kan worden gevergd elektronisch, via e-mail en (interactieve) website(s) voor de burger bereikbaar en toegankelijk te zijn. Mocht ik voor dit moment uitgaan van een (nog te) rooskleurige insteek, aannemelijk is dat deze uitspraak in ieder geval geldend is op het verwachte tijdstip van invoering van deze Awb-regeling. Het wetsvoorstel zorgt voor inconsistentie in beleid. Gaan kabinet en parlement uit van als prestatienormen gekwantificeerde groeicijfers in elektronische dienstverlening aan de burger, tegelijkertijd onderneemt de Awb-wetgever stappen om de elektronische keuzevrijheid van de afzonderlijke bestuursorganen in de Awb te codificeren. Zodoende draagt de voorgestelde regeling bij tot continuering van de bestaande elektronische lappendeken en de ontwikkeling van een digitale sleutelbos. Want de verwachting dat een voldoende uniforme elektronische infrastructuur alleen op basis van positieve (financiële) prikkels kan worden gerealiseerd lijkt me te optimistisch. Het risico is dus niet denkbeeldig, dat de invoering van een elektronische overheid door deze beleidsvrijheid van afzonderlijke bestuursorganen, met name in de overgang van de informatie- naar de transactiefase, geremd wordt, met een groeiende weerstand tegen deze bestuurlijke versplintering bij burger en bedrijfsleven als gevolg.

De vraag is hoe om te gaan met wens en noodzaak van centrale sturing, vooral in relatie tot de inrichting van de elektronische infrastructuur in de openbare sector. De noodzakelijke coördinatie en sturing kan via een drietal alternatieven in de wet worden gerealiseerd. In de eerste plaats door een herziening van de voorgestelde regeling in de Awb, afgestemd op het concept van de elektronische overheid. Daarnaast kan aan een aanvulling van afdeling 2.3 met een (of enkele) delegatiebepaling(en) worden gedacht. Dan is er nog een derde mogelijkheid: de opneming van aanvullende of afwijkende voorzieningen over het elektronisch berichtenverkeer in de sectorwetgeving¹⁰⁰. Wellicht is een combinatie van deze varianten het meest werkzaam. Hoe dan ook, de inrichting van de elektronische infrastructuur in de publieke sector is geen

⁹⁹ In een later artikel zijn Goothuis en Prins echter kritischer, *Computerrecht a.w.* p. 73.

¹⁰⁰ Vgl. het wetsvoorstel Herzieningswet Kadasterwet I, TK 2001-2002, 28443, nrs. 1-3. Zie ook art. 51 van de Tijdelijke referendumwet, Stb. 2001, 388.

onderwerp dat aan het vrije spel van bestuurlijke en maatschappelijke krachten kan worden overgelaten. Een heroverweging van het wetsvoorstel op dit punt verdient dan ook aanbeveling.

5. Bevindingen en conclusies

In het geheel van de Awb als voortschrijdend wetgevingsproject is het wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer een wat vreemde eend in de bijt. Niet alleen vanwege het onderwerp: de bestuursrechtelijke rechtsgevolgen van de huidige transformatie van een traditionele overheidsadministratie in een elektronische overheid. Maar ook omdat hiermee voor het eerst een Europese richtlijn in de Awb wordt geïmplementeerd, in dit geval over acceptatie en bewijs van de elektronische handtekening. Gezien de voortrekkersrol van het communautaire recht in de overgang naar kenniseconomie en informatiesamenleving, zal het daar niet bij blijven. Mede om die reden is de door het wetsvoorstel uitgelokte discussie van Raad van State en minister van justitie over de functie van de Awb in het bestuursrecht ook zo van betekenis. Wat de uitbreiding van de Awb betreft moet overigens scherp worden onderscheiden tussen de algemene discussie over de opportuniteit van een verdere uitbouw van de Awb met nieuwe tranches en aanvulling ervan met voorzieningen die de functionaliteit van de Awb als algemeen deel raken. Het in deze bijdrage besproken wetsvoorstel is een voorbeeld van de tweede categorie. Aan een keuze voor een experimenteerwet als opmaat tot een definitieve regeling in de Awb, zoals voorgesteld door de Raad van State, kleven teveel nadelen. In de eerste plaats vanwege het risico van gebrekkige gelding ervan als “proefrecht”, maar ook omdat de Awb hierdoor in vergelijking met het BW in een afwijkende positie gemanoevreerd zou worden. De spanning tussen bestaand, uitgekristalliseerd recht en nieuw, initiërend, faciliterend en sturend (communautair) recht doet zich immers ook in het burgerlijk recht voor. Een te kieskeurige invulling van de Awb doet mogelijk afbreuk aan de centrale positie ervan in het bestuursrecht. Evenmin is sprake van premature wetgeving. Weliswaar loopt de feitelijke technologische ontwikkeling soms achter bij (te optimistische) bestuurlijke aannames en de retoriek van het publieke debat, tegelijkertijd zijn de trends helder, is het regelingsobject van het elektronisch verkeer inmiddels goed in kaart te brengen en is sprake van een sterke behoefte aan “sturende” (of “randvoorwaardelijke”) wetgeving. Daar komt bij, dat bij keuze voor een experimenteerwet als tussenstadium, het Awb-wetgevingstraject wel erg lang zou worden. De voorbereidingsprocedure kent immers al extra waarborgen in de vorm van een breed uitgezet voorontwerp. Dat de Duitse wetgever inmiddels het algemeen deel heeft aangepast, is ook niet zonder betekenis. Om genoemde redenen ben ik van mening dat de keuze voor aanvulling en aanpassing van de Awb een juiste is, mede als aanknopingspunt voor verdere rechtsvorming door de rechter.

Iets anders is of het wetsvoorstel voldoet aan daaraan te stellen kwaliteitseisen van rechtszekerheid, deugdelijkheid en bestendigheid. Hiervoor is gebleken dat ik niet zonder kritiek ben. Dat heeft echter niets te maken met het karakter van de regeling. Een experimenteerwet zou aan dezelfde eisen moeten voldoen als waaraan thans een regeling in de Awb wordt gemeten.

Met het oog op de inhoud van het wetsvoorstel kom ik tot de volgende conclusies.

Het wetsvoorstel is mede belangrijk om wat het niet regelt maar als uitgangspunt autoriseert: de functionele interpretatie van het schriftelijkheidsvereiste in het bestuursrecht. Dat het elektronisch bestuurlijk verkeer de Awb hierop aansluitend nader wordt geregeld, zowel in een afzonderlijke paragraaf als door aanpassing van enkele bestaande bepalingen, is positief.

Door de opzet ervan, komt de rechtszekerheid er in de voorgestelde regeling bekaaid af. Deze kritiek geldt vooral de regeling van de vormvoorschriften. Tenzij een wettelijk voorschrift uitsluit geeft, is het immers primair aan het bestuursorgaan om te bepalen of een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet (artikel 2:13, tweede lid, sub b). Hoe lang duurt het en met welke kosten voor deze bepaling via rechtspraak voldoende is uitgekristalliseerd? De vele “kan-bepalingen”, gekoppeld aan min of meer open begrippen als kenbaarheid, betrouwbaarheid, vertrouwelijkheid en onevenredige belasting, lokken vergelijkbare kritiek uit. Bij vergelijking blijkt, dat de Duitse wetgever veel meer knopen zelf heeft doorgemaakt, terwijl de voorgestelde regeling meer een kader voor nadere besluitvorming en voortgezette rechtsvorming biedt. Dat mag aantrekkelijk lijken, niet te ontkennen is dat deze aanpak ook

bezwaren kent, zoals een verminderde rechtszekerheid. Om die reden is ook gepleit voor niet te krap bemeten aanpassingswetgeving.

Ook wat het deugdelijkheidsaspect betreft lokt het wetsvoorstel kritische kanttekeningen uit. Zo staat het in artikel 2:14, tweede lid, opgenomen verbod van exclusief elektronische publicaties via (interactieve) websites haaks op het streven om door gebruik van websites als laagdrempelig en relatief goedkoop publicatiemedium een actief elektronisch openbaarheidsbeleid te voeren. De voorgestelde uitbreiding van artikel 3:42 Awb met een (volledig) verbod op elektronische publicatie van openbare bekendmakingen van besluiten, lijdt aan hetzelfde euvel. Deze bepalingen zijn onvoldoende op werking en ongewenste neveneffecten doordacht. Gezien de negatieve “bijwerkingen” moeten deze bepalingen worden herzien.

De regeling van de elektronische handtekening ontkomt evenmin aan bezwaren. Het meest sprekende punt is de samenloop in normering van de elektronische handtekening en de parallelle introductie van een zelfstandige, op betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van berichten en documenten toegespitste beveiligingsplicht. Vanwege de communautaire regelingsplicht staat de noodzaak van een regeling van de elektronische handtekening in het algemeen deel van het bestuursrecht buiten kijf. Mijn aarzeling geldt dan ook vooral de (relatieve) beveiligingsplicht in de artikelen 2:14, derde lid, en 2:15, derde lid. Daar komt bij, dat de infrastructuur voor individuele burgers om deze verplichting na te leven: de elektronische identiteitskaart, vooralsnog ontbreekt en de noodzaak ervan inmiddels wordt gerelativeerd. Een tweede element van kritiek is de op dit punt aan bestuursorganen toegekende beleids- en beoordelingsvrijheid, die zich niet verdraagt met de communautaire regeling van de elektronische handtekening. Dit onderdeel vergt derhalve heroverweging.

Een laatste hier nog te noemen punt zijn de in het wetsvoorstel via een aanvulling van artikel 8:4 Awb opgenomen uitzondering op de rechtsbescherming van weigeringsbesluiten van elektronische berichten. Die keuze begrijp ik niet. Juist bij een transformatieproces als thans gaande in het openbaar bestuur, dient rechtsvorming een gezamenlijk project van rechter en wetgever te zijn, als voorwaarde voor een soepele aanpassing van het bestuursrecht. Hoewel, naar hiervoor is uiteengezet, verschillende alternatieve routes naar de bestuursrechter beschikbaar zijn, is het signaal zelf onjuist. Het verdient daarom aanbeveling om de voorgestelde beperking in de toegang tot de rechter ongedaan te maken.

Gezien de huidige ontwikkelingen is er reden het onderliggende beginsel van nevenschikking opnieuw te bezien. Dat geldt ook voor het facultatieve karakter van de voorgestelde regeling, zoals uitgewerkt in een aantal bestuurlijke bevoegdheden. Beide uitgangspunten staan op gespannen voet met de toenemende betekenis van internettoepassingen in de publieke sector en het op een snelle overgang naar een elektronische overheid toegespitste (ook communautaire) informatiebeleid.

Dit wetsvoorstel raakt bovendien aan de bestuurlijke verhoudingen binnen onze gedecentraliseerde eenheidsstaat. Door in de Awb bestuurlijke bevoegdheden over elektronische bereikbaarheid, toegankelijkheid en openbaarheid in het verkeer met de burger te regelen, is indirect tevens het bevoegdheidspatroon inzake de elektronische infrastructuur in de publieke sector vastgelegd. Deze bestuurlijke pendant is echter onderbelicht gebleven.

Het voorgestelde regime gaat uit van bevoegdheden op het niveau van de afzonderlijke bestuursorganen, zonder dat in enigerlei vorm van (dwingende) centrale sturing en coördinatie is voorzien. Vanwege de infrastructurele betekenis van internet als communicatiekanaal in de publieke sector is echter aannemelijk, dat binnen afzienbare tijd bestuurlijke verplichtingen omtrent toegang en gebruik ervan geïntroduceerd gaan worden. De vraag is dan welke wet hiervoor de grondslag gaat bieden¹⁰¹. Die keuze hoeft thans nog niet te worden gemaakt. Wel kan van de voorgestelde regeling in de Awb worden verlangd, dat deze geen bestuurlijke

¹⁰¹ Het regelingsprobleem zit vooral bij het rijk en de zelfstandige bestuursorganen. Zie de informatieparagrafen in de organieke wetten.

informatiebetrekkingen vastlegt die op gespannen voet staan met het informatiebeleid op nationaal en communautair niveau¹⁰².

Resteert nog een beoordeling van de voorgestelde regeling op het element bestendigheid. Het wetsvoorstel is (mede) een uitvloeisel van het door de Tweede Kamer geaccordeerde wetgevingsprogramma in de kabinetsnota “Wetgeving voor de elektronische snelweg” uit begin 1998¹⁰³. Deze nota is echter door feitelijke ontwikkelingen achterhaald. Van een door de minister toegezegde actualisering is het niet gekomen¹⁰⁴. Om die reden komt aan een verwijzingen geen beslissende betekenis toe. Het beoogde regime moet daarentegen voldoen aan het vereiste van een voldoende (toekomstige) functionaliteit, dat wil zeggen tot het jaar 2010. Eerdere kritische kanttekeningen maken duidelijk, dat het wetsvoorstel op onderdelen heroverweging behoeft.

Prof.mr. G. Overkleeft-Verburg
hoogleraar Staats- en Bestuursrecht
FRG/EUR

¹⁰² Zie in het bijzonder het onderdeel Informatiebeleid openbare sector in de MvT bij de begroting van BZK voor 2003, TK 2002-2003, 28600 VII, nr. 2, p. 121 e.v. Opmerkelijk is de mate van continuïteit in het informatiebeleid sinds medio jaren tachtig, onafhankelijk van de kleur van de zittende kabinetten.

¹⁰³ Vergelijk aanwijzing 7a van de Aanwijzingen voor de regelgeving die tot deze doorwerking verplicht.

¹⁰⁴ Zie de actualisering van het actieplan bij brief van de minister van Justitie van 15 september 1999, TK 1998-1999, 25880, nr. 8. Tot de hierin geformuleerde speerpunten (nr. 6) behoort de actualisering van deze wetgevingsnota.