



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Risico's van substitutie; Inventarisatie van risico's en handreikingen voor reductie van risico's in geval van substitutie bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Tempelman-Hunen, I.M. van; Mommers, L.; Schmidt, A.H.J.; Zwenne, G.J.

Citation

Tempelman-Hunen, I. M. van, Mommers, L., Schmidt, A. H. J., & Zwenne, G. J. (2007). *Risico's van substitutie; Inventarisatie van risico's en handreikingen voor reductie van risico's in geval van substitutie bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties* (pp. 1-43). Leiden: eLaw@Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13065>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13065>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Risico's van substitutie

*Inventarisatie van risico's en handreikingen voor
reductie van risico's in geval van substitutie bij het
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*

eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij

in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

door

Irvette Tempelman-van Hunen

Laurens Mommers

Aernout Schmidt

Gerrit-Jan Zwenne

mei – september 2007

“Tijdens mijn ambtelijke loopbaan bij Justitie heb ik meegemaakt dat wij van de handgeschreven en getypte vorm overgingen op de computer. Voor de oorlog werden stukken doorgaans zelfs handgeschreven gepubliceerd. Ook werden beschikkingen toen niet gedrukt, maar handgeschreven. In die tijd dacht men namelijk dat dit een grotere zekerheid van authenticiteit bood. Men vreesde dat, als wat handgeschreven was omgezet werd via een typemachine, daar eventueel onduidelijkheden en verlies van authenticiteit in gelegen zouden kunnen zijn.”

Minister van Justitie Piet Hein Donner tijdens de behandeling van de Wet Elektronisch Bestuurlijk verkeer, Handelingen Eerste Kamer, 2003-2004, nr. 26, p. 1313

Inhoudsopgave

0. Managementsamenvatting.....	5
1. Inleiding.....	6
2. Werkprocessen en documenttypen	8
2.1 Werkproces I, Scannen.....	8
2.1.1 Afhandeling ingekomen post door postkamer.....	8
2.1.2 Afhandeling geannoteerde stukken.....	9
2.1.3 Scannen door individuele medewerkers	10
2.2 Werkproces II Registratie-proces DIV (documentaire informatievoorziening).....	10
2.3 Randvoorwaarden scanprocessen	10
2.4 Beveiliging en duurzaamheid	11
3. Bespreking van centrale begrippen.....	12
4. Bewijskracht.....	13
4.1 Bestuursrecht	13
4.1.1 De bestuurlijke fase (besluitvormingsfase en bezwaarprocedure).....	14
4.1.2 De bestuursrechterlijke fase	14
4.1.3 Bewijsbeleid.....	16
4.2 Bewijskracht in het burgerlijk recht.....	18
4.3 Bewijskracht in het strafrecht.....	22
5. Wettelijke bewaarplichten	24
6. Overige relevante bepalingen	26
6.1 Wetgeving voor de elektronische overheid.....	26
6.2 Beperkingen in verband met de Auteurswet	27
6.3 Beperkingen in verband met de verwerking van persoonsgegevens.....	28
6.4 Pilot digitaal procederen Rechtbank Rotterdam.....	29
7. Randvoorwaarden optimalisatie bewijspositie bij substitutie	31
8. Conclusies en aanbevelingen.....	34
Bijlage Topstukken.....	39
Literatuurlijst.....	41
Officiële Publicaties.....	42
Jurisprudentielijst.....	42

0. Managementsamenvatting

Dit rapport is de weerslag van een onderzoek naar juridische risico's voor substitutie: de digitalisering van papieren documenten en de vernietiging van de originelen voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Wij hebben ons geconcentreerd op potentiële bewijsproblemen in de verschillende hoofdgebieden van het recht. Risico's in het kader van de Archiefwet zijn expliciet van het onderzoek uitgesloten, omdat in de evaluatie daarvan is voorzien in de aanvraag voor de Machtiging substitutie.

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat er relatief weinig regelingen zijn die zich expliciet verzetten tegen substitutie. Hoewel in het burgerlijk recht de authentieke akte niet digitaal kan 'bestaan', de dwingende materiële bewijskracht van onderhandse akten verloren gaat na substitutie, en in het strafrecht forensisch onderzoek aan originelen bij substitutie onmogelijk wordt gemaakt, zijn de risico's voor de bewijspositie van het Ministerie relatief beperkt, mede gezien het beperkte aantal aanvragen originelen of kopieën dat daadwerkelijk wordt opgevraagd bij het Ministerie.

Bovendien is het mogelijk de risico's verder te beperken door een aantal maatregelen te nemen. Ten eerste is er de mogelijkheid om in de algemene voorwaarden van het Ministerie bewijsregels op te nemen die de substitutie van bijvoorbeeld contracten gemakkelijker maken. Zo kan voor gesubstitueerde onderhandse akten alsnog een hoger niveau van bewijskracht worden gepostuleerd. Ten tweede kan de substitutie met extra waarborgen worden omkleed. Die waarborgen richten zich op een aantal aspecten van substitutie die zijn neergelegd in de beginselen beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit, flexibiliteit en transparantie.

Beschikbaarheid kan worden gewaarborgd door voldoende te letten op de digitale duurzaamheid van de gesubstitueerde documenten. Vertrouwelijkheid, integriteit en authenticiteit kunnen gedrieën worden gewaarborgd door voldoende organisatorische en technische waarborgen in de werkprocessen en systemen in te bouwen, die ervoor zorgen dat de kansen op manipulatie bij substitutie en bij bewaren van gesubstitueerde documenten geminimaliseerd worden. Flexibiliteit en transparantie kunnen worden bereikt door werkprocessen en systemen zodanig 'open' in te richten (inclusief het gebruik van open standaarden) dat de kans op vendor lock-in minimaal is.

I. Inleiding

eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij, heeft in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties onderzoek gedaan naar de juridische risico's die optreden wanneer (vrijwel) alle binnenkomende stukken bij het Ministerie worden gescand en de originelen vervolgens - onmiddellijk of na een nader vast te stellen termijn - worden vernietigd. In overleg met het Ministerie en met andere betrokken partijen hebben wij de vraagstelling aan het begin van het onderzoek nader gespecificeerd ten opzichte van de vraagstelling uit de offerte. De vraagstelling luidt nu:

Welke juridische risico's zijn verbonden aan de vernietiging van originele documenten na hun opname in de geautomatiseerde systemen van het Ministerie, in het bijzonder de risico's op het vlak van de bewijskracht in de verschillende rechtsgebieden (bestuurs-, civiel en strafrecht), de risico's op het gebied van intellectuele eigendom en op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens?

De risico's kunnen worden onderverdeeld op basis van de (rechts)personen op wie zij van toepassing zijn. Zo kan het Ministerie van BZK zelf het 'lijdend voorwerp' zijn van een verminderde bewijskracht van een substituuut ten opzichte van een origineel, maar kan die verminderde bewijskracht ook bijvoorbeeld een burger of een andere overheidsdienst treffen. De open vraag naar risico's van substitutie is lastig, omdat Nederland meer dan 12 duizend geldende wetten en regelingen telt, en niet licht aan te geven is in hoeverre één of meer daarvan mogelijk een risico kunnen opleveren – nog los van de talloze beleidsregels, de interpretatievrijheid van de rechter en de introductie van nieuwe regelgeving.

In het licht van deze open vraagstelling en de beschikbare tijd en middelen hebben wij voor de volgende werkwijze gekozen. Ten eerste hebben we op basis van een quickscan diverse betrokkenen en deskundigen gehoord en literatuur geanalyseerd omtrent de nader te onderzoeken deelgebieden. Daaruit kwam het bewijsrecht als belangrijkste onderzoeksgebied naar voren. Het bewijsrecht is vervolgens nader onderzocht binnen de drie hoofdgebieden van het recht: bestuursrecht, burgerlijk recht en strafrecht.

Ten tweede hebben wij de complete verzameling van Nederlandse wet- en regelgeving 'gescand' op de aanwezigheid van trefwoorden, die duiden op de aanwezigheid van relevante normen. Bij het aantreffen van deze trefwoorden hebben we geïnventariseerd in hoeverre het normadressaat – al of niet potentieel – het Ministerie van Binnenlandse Zaken was. Indien dit het geval is, hebben we nader bekeken of de formulering van de norm aanleiding gaf een risico te vermoeden bij vernietiging van originelen in geval van substitutie.

Ten derde is op twee punten, te weten het auteursrecht en het privacyrecht, een korte nadere analyse gemaakt van problemen die uit deze gebieden kunnen voortvloeien bij substitutie. De risico's die voortvloeien uit deze gebieden vormen een uitzondering op het uitgangspunt dat alleen naar risico's van substitutie *in enge zin* wordt gekeken.

De vervolgvraag die in dit onderzoek is gesteld, luidt: Indien substitutie risico's oplevert, en hun omvang als meer dan marginaal moet worden aangemerkt, hoe kunnen deze risico's dan met behulp van aanvullende waarborgen worden beperkt? Wij zullen dus aanbevelingen doen met betrekking tot de aard en implementatie van waarborgen om de risico's van substitutie te verminderen.

Tot slot willen wij graag opmerken dat wij de problemen die voortvloeien uit de toepassing van de Archiefwet *niet* hebben meegenomen in ons overzicht. Dit betekent dat specifieke risico's van substitutie, zoals aantasting van erfgoed, niet nader zijn onderzocht. Wij spreken ons in dit rapport dan ook niet uit over omvang en waardering van deze risico's.

Wij danken onze opdrachtgever voor het beschikbaar stellen van de middelen om het onderzoek te verrichten, en voor de hulp die zij, en met hen diverse vertegenwoordigers van overheidsdiensten en ministeries, hebben geboden bij het onderzoek. Daarnaast willen wij graag mr. Ymre Schuurmans van de afdeling

Staats- en bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden bedanken voor haar adviezen inzake het bestuursrechtelijk bewijsrecht.

Irvette Tempelman-van Hunen

Laurens Mommers

Aernout Schmidt

Gerrit-Jan Zwenne

September 2007

2. Werkprocessen en documenttypen

De gehele werkstroom van BZK verloopt digitaal.¹ Dit onderzoek richt zich in de eerste plaats op de specifieke situatie waarin bij het Ministerie van BZK het grootste deel van de inkomende documenten wordt gescand en vervolgens elektronisch wordt gedistribueerd onder de werknemers van het Ministerie. Binnen het Ministerie worden verschillende scanprocessen onderscheiden: het scannen door de postkamer van het Ministerie, het scannen door de digitale balie van het Ministerie, en het scannen door individuele medewerkers.

2.1 Werkproces I, Scannen

2.1.1 Afhandeling ingekomen post door postkamer

Nadat de post is geopend en gestempeld, en is bekeken wat voor soort post het betreft, worden de bij de postkamer ingekomen documenten die archiefwaardig worden bevonden aan de hand van het overzicht *archiefwaardige elektronische documenten voor het elektronisch archief* door medewerkers van de postkamer gescand en opgeslagen in PDF-formaat. Dit zijn alle documenten die een werkproces starten of deel uitmaken van een werkproces. Het gaat daarbij in elk geval om de volgende typen documenten:²

- “Alle documenten die de primaire taken (zowel in beleidsmatige als uitvoerende zin) van een dienstonderdeel betreffen
- Topstukken (zie Bijlage I bij dit onderzoek)
- Brieven van particulieren met inbegrip van behandelings- en tussenberichten
- Beroep- en bezwaarschriften, bedenkingen
- Contracten (met leveranciers) en opdrachten (aan leveranciers) voor de levering van producten en diensten, en alle correspondentie hierover
- Ministeriële besluiten en beschikkingen
- Documenten met betrekking tot het ontwerpen van wetten en Koninklijke Besluiten
- Vergaderstukken (agenda, notulen, documenten ter behandeling).
- Alle binnengekomen documenten ter kennisname.
- Uitnodigingen die ambtshalve worden ontvangen (de uitnodigingen aan MIN, STASS, SG/PSG en DG's)
- Documenten van bedrijven waar ambtenaren of bewindslieden van BZK ambtshalve deel uitmaken van de directie of van de raad van commissarissen.
- E-mail, faxen, memo's, telefoonnotities, geeltjes etc worden door de BZK medewerkers zelf opgenomen: indien ze een werkproces opstarten is het verplicht deze documenten op te nemen. Ook documenten die deel uitmaken van het proces moeten opgenomen worden.”

Stukken die in ieder geval niet worden opgenomen zijn stukken die uitsluitend dienen om informatiesystemen te vullen, zoals reclame, kranten, tijdschriften, bestelbonnen, rittenbriefjes, lunchbonnen, adreswijzigingen en mutaties in het personeelsgegevenssysteem PERCC. Facturen die worden ingeboekt in het systeem CAFAS worden (nog) niet gescand, hiervan worden de originelen bewaard:

“CAFAS is het centrale financiële systeem dat door BZK gebruikt wordt. In CAFAS worden drie administraties onderscheiden, de departementale begrotingsregistratie, de begrotingsboekhouding en een basisadministratie waarin een verplichtingen- en uitgavenadministratie (crediteurenadministratie met een voor-

¹ Doorlichting archiefbeheer Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Rijksarchiefinspectie 20 december 2005; Handboek machtiging, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Digidoc, juli 2006.

² Opsomming overgenomen uit een e-mail van Marjolein Lich van 1 juni 2007 aan Laurens Mommers betreffende werkprocessen.

schottenadministratie) en een ontvangstenadministratie (debiteurenadministratie) is opgenomen. De begrotingsregistratie ondersteunt voornamelijk de beheerprocessen door het verschaffen van financiële informatie ten behoeve van de departementsleiding, FEZ en de budgethouders. De begrotingsregistratie en de begrotingsboekhouding leveren de vereiste financiële informatie voor het DG Rijksbegroting, de Staten Generaal en controlerende instanties, zoals de Algemene Rekenkamer. Deze informatie is noodzakelijk voor het beheersen van de bestedingen. De basisadministratie ondersteunt de operationele processen; het vastleggen en afhandelen van individuele verplichtingen, betaalstukken, voorschotten en vorderingen. Daarnaast levert zij informatie op individueel transactieniveau, onder andere ten behoeve van de controle en voortgangsbewaking.”³

Alle scanwaardige documenten worden scanklaar gemaakt (ontniet, ontkaft en scheidingsbladen en verloopvellen toegevoegd) en samengevoegd in zogenaamde scanbatches per directie of DG en in Digidocwachtrijen geplaatst. Van elke batch wordt bij wijze van steekproef de kwaliteit van de scans bepaald. Voor zover nodig wordt het document opnieuw gescand. De originele papieren stukken worden in ‘dag-dozen’ gestopt en na een week opgenomen in het semi-statisch archief. Na ontvangst van de machtiging tot substitutie is het BZK voornemens de dag-dozen na een maand te vernietigen.

Medewerkers van de afdeling DDC met documentaire informatievoorzieningsrechten, de zogenaamde DIV-medewerkers, kennen vervolgens meta-gegevens toe aan de gescande documenten en sturen ze door naar het betreffende organisatieonderdeel. De meta-gegevens worden op drie niveaus toegekend, namelijk op dossierniveau, envelopniveau en documentniveau.

Dossierniveau betreft de inhoudelijke ontsluiting, archiefbeheer en selectie. In meer specifieke zin worden op dit niveau de volgende kenmerken toegekend: een onderwerp, een meer uitgebreide omschrijving die de inhoud van het document weergeeft, het beoogde organisatieonderdeel, één van de drie beleidsthema’s, een handelingsnummer, een bewaartermijn, een datum van vernietiging, melding welk organisatieonderdeel toegang heeft tot het dossier. Verder wordt er aangegeven of het dossier afgeschermd is, wordt een dossiernummer toegekend, en worden het betreffende bedrijfsproces en werkproceslagen aangegeven. Ten slotte wordt de status van het dossier vermeld, en de data van opening en sluiting.

Op documentniveau worden de volgende gegevens vermeld: onderwerp, afzender, contactgegevens afzender, kenmerk van de afzender, en de datum van de brief, van verzending of van registratie. Op envelopniveau worden een onderwerp, een procesnaam (werkproces) en de behandelende afdeling vermeld. Nota bene: op geen enkel niveau wordt vermeld welke medewerker de scan heeft vervaardigd. In beginsel zijn alle documenten voor een ieder binnen BZK toegankelijk tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld (meta-gegevens ‘afgeschermd voor’ op dossierniveau).

2.1.2 Afhandeling geannoteerde stukken

De uitgeprinte stukken die bewindslieden (SG of de minister) meenemen in hun werktas vormen een uitzondering op het verder digitale werkproces bij het Ministerie. In het geval dat de bewindslieden aantekeningen maken op de papieren uitdraai, worden de geannoteerde stukken bij terugkomst op het Ministerie gescand door de digitale balie van BSG (ondersteunende staf).

Het scannen van geannoteerde stukken wordt door de digitale balie verricht en niet door de postkamer omdat het beheeren van de stukkenstroom voor de bewindslieden de kerntaak is van BSG. Hetzelfde gebeurt met papieren stukken die bestemd zijn voor de directie Koninkrijksrelaties. Aantekeningen of paraaf

³ Email van Marjolein Lich, Adviseur / Servicemanager Digidoc aan Laurens Mommers, gedateerd 1 juni 2007

van minister/SG/PSG worden alle bijgescand. Indien de documenten wel zijn gezien door de bewindslieden maar deze geen paraaf hebben gezet, maakt de beleidsmedewerker een aantekening 'voor gezien' die bijgescand wordt.

2.1.3 Scannen door individuele medewerkers

Voor het scannen door medewerkers geldt een apart scanproces (tot aan de toekenning van de substitutie machtiging worden de papieren dossiers bewaard). Medewerkers kunnen, op eigen verantwoordelijkheid, lokaal stukken aan de hand van het overzicht *archiefwaardige elektronische documenten voor het elektronisch archief* (zie afhandeling post door postkamer) toevoegen aan het elektronisch dossier.

Stukken die onder de regels van een Europese aanbesteding vallen, mogen niet door de postkamer worden opengemaakt. Deze gaan ongeopend naar de geadresseerde. De medewerker zorgt er voor dat de documenten gescand worden. De verantwoordelijkheid voor de volledigheid van dossiers ligt binnen het Ministerie van BZK bij de individuele medewerker. In de praktijk⁴ blijkt dat formele stukken die buiten de reguliere poststroom ontvangen worden, kunnen ontbreken.

Ook de stukken waarop relevante aantekeningen worden gemaakt gaan soms verloren. Niet in alle gevallen vindt herscanning plaats. Ook e-mailberichten worden niet altijd opgeslagen in Digidoc. In de praktijk blijken e-mailberichten die uitgewisseld zijn bij de voorbereiding van stukken veelal te ontbreken. Algemene opvatting is dat nota's, brieven en stukken met parafen onderdeel moeten uitmaken van een dossier. Door sommige medewerkers wordt de persoonlijke schijf gebruikt voor het aanmaken van brieven, voor het aanmaken van opdrachtbrieven en voor het vastleggen van scans van stukken die tijdens vergaderingen ontvangen zijn. Deze stukken worden vervolgens naar Digidoc versleept. Gebleken is dat medewerkers van het Ministerie van BzK nog onvoldoende kennis hebben over de criteria voor het archiveren van documenten.⁵

2.2 Werkproces II Registratie-proces DIV (documentaire informatievoorziening)

Door DIV-medewerkers worden metagegevens toegekend aan de gescande documenten op drie niveaus (zie 2.1). Andere taken van de DIV-medewerkers zijn het opstellen van beheerinstrumenten zoals ordeningsplannen, implementeren van vastgestelde ordeningsschema's in Digidoc, formeel afsluiten van (sub)dossiers en enveloppen in Digidoc, adviseren van medewerkers en controle uitoefenen op het gebruik van Digidoc.

2.3 Randvoorwaarden scanprocessen

Binnen het Ministerie BZK zijn een aantal randvoorwaarden opgesteld waaraan scanprocessen moeten voldoen, dit zijn kort aangeduid authenticiteit, juistheid en duurzaamheid. Deze voorwaarden zijn vertaald naar interne kwaliteitsprocedures, een externe kwaliteitstoets door CAS en keuze voor specifieke hard- en software. De interne kwaliteitsprocedure bestaat uit automatische controle van het scanproces om te beziën of de scans voldoen aan de instellingen, steekproefsgewijze handmatige controle per scanbatch, en een jaarlijkse, maandelijkse en dagelijkse back-up van de systemen.

⁴ zie Doorlichting archiefbeheer ministerie van BZK, Rijksarchiefinspectie, 20 december 2005 Den Haag

⁵ zie Doorlichting archiefbeheer ministerie van BZK, Rijksarchiefinspectie, 20 december 2005 Den Haag

CAS heeft in april 2005 een externe kwaliteitstoets in de vorm van een scan-audit uitgevoerd. Naar aanleiding van de audit heeft CAS opgemerkt dat de kwaliteit van de scans zodanig is dat zij als origineel kunnen worden aangemerkt. Maar men heeft aanbevolen om alle documenten in kleur te scannen om de authenticiteit en integriteit van de scans te verhogen. Ook merken zij op dat de documenten goed toegankelijk zijn, er is geen specifieke software nodig naast de Adobe-pdf reader.

2.4 Beveiliging en duurzaamheid

Tot op heden worden er geen encryptiemogelijkheden van het PDF-formaat gebruikt om de authenticiteit van de scans te waarborgen. Bij het Ministerie werken nu een twaalfstal managers (of plaatsvervangers) met een elektronische handtekening. Het plaatsen de handtekening gebeurt door het kiezen van de betreffende optie en het intypen van een wachtwoord. Tevens wordt een afbeelding van de traditionele handtekening opgenomen.⁶

Het beveiligingsniveau ten tijde van het rapport Doorlichting Archiefbeheer was nog onvoldoende om staatsgeheime informatie en departementsvertrouwelijke informatie te beheren in Digidoc. Het Ministerie is voornemens om alle gerubriceerde stukken (staatsgeheimen) te scannen zodra de informatiehuishouding voldoet aan de voorwaarden die het Voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie (VIR-BI)⁷ stelt.⁸

⁶ Marjolein Lich, e-mail daterend van 1 juni 2007, betreffende werkprocessen, gericht aan Laurens Mommers.

⁷ Staatscourant 2004, 47.

⁸ Handboek Machtiging BZK 2006.

3. Bespreking van centrale begrippen

Omwillen van de duidelijkheid bij het gebruik van specifieke concepten in de rest van dit onderzoeksverslag, leggen wij in deze paragraaf uit wat wij verstaan onder de belangrijkste termen, te weten: 'substitutie', 'scan', 'dynamisch archief', 'semi-statisch archief', 'statisch archief', 'werkproces', 'bewijs', 'schriftelijk' en 'conversie'.

Wij onderscheiden tussen substitutie in brede zin en substitutie in enge zin. Substitutie in brede zin is de digitalisering van originelen naar elektronische documenten. Substitutie in enge zin is de combinatie van substitutie in brede zin, en de intentionele vernietiging van papieren originelen binnen afzienbare tijd (maximaal 5 jaar) nadat digitalisering heeft plaatsgevonden. Wanneer we later in dit rapport over 'substitutie' spreken, dan bedoelen we substitutie in enge zin.

Het is daarnaast van belang vast te stellen wat de termen 'scan' en 'scannen' betekenen. Van Dale definieert de term 'scan' als volgt: *grafische weergave op bv. beeldscherm of papier als resultaat van het scannen*, en onder 'scannen': *optisch lezen, bv. een streepjescode, tekst, afbeelding*.⁹ De Oxford English Dictionary omschrijft de term 'scan' als: "An image, diagram, etc., obtained by scanning". De term 'scanning' wordt vervolgens beschreven als: "to convert (an image) into a linear sequence of signals in this way for purposes of transmission or processing".¹⁰ Probleem van de definitie uit Van Dale is dat deze de scan beschouwt als een beeld, terwijl deze ook kan worden beschreven als een hoeveelheid gegevens die het origineel representeren. De Oxford English Dictionary zit daar qua definitie een stuk dichterbij. Wij verstaan in ons onderzoek onder 'scannen' de digitale vastlegging door middel van optische middelen van een papieren document, waarbij het resultaat, de 'scan', een werkelijkheidsgetrouwe digitale weergave vormt van het origineel.

Onder 'werkproces' verstaan wij een geheel van activiteiten die in het kader van een bedrijfsvoering in een bepaalde volgorde wordt verricht.

Onder 'dynamisch archief' verstaan wij het geheel van stukken door het Ministerie ontvangen of opgemaakt dat deel uitmaakt van een (nog) lopend werkproces. Onder 'semi-statisch archief' verstaan wij het geheel van stukken die zijn overgeplaatst naar een archiefruimte. Onder 'statisch archief' verstaan wij het geheel van stukken die blijvend zijn overgeplaatst naar een archiefbewaarplaats.¹¹

Onder 'bewijs' wordt verstaan datgene waardoor wordt aangetoond dat iets is zoals men beweert of tevooren verondersteld heeft.¹²

Onder 'schriftelijk' verstaan wij iedere weergave van schrifttekens op een willekeurige gegevensdrager.

Onder 'conversie', in het kader van digitalisering, kan men zowel verstaan het omzetten van gegevens van het ene medium naar het andere als het omzetten van gegevens van het ene bestandsformaat naar het andere. In dit onderzoek zal de term conversie worden gehanteerd voor het omzetten van gegevens op een papieren drager naar een elektronisch bestand door het scannen van de gegevens.

⁹ Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 's-Gravenhage, 14^e editie 2005.

¹⁰ Oxford English Dictionary.

¹¹ De Archiefwet 1995 in 100 woorden trefwoorden, pocketreeks informatiebeleid, VNU uitgeverij 2003, Den Haag, ISBN 90-322-7045-1, p. 31-33.

¹² Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 's-Gravenhage, 14^e editie 2005.

4. Bewijskracht

In ons onderzoek willen wij allereerst een antwoord geven op de vraag of documenten hun oorspronkelijke bewijskracht behouden na substitutie en vernietiging van het origineel.¹³ Indien dit niet het geval is, aan welke randvoorwaarden moet dan worden voldaan om de bewijspositie van gescande documenten te optimaliseren? Het risico van verlies aan bewijskracht van gescande documenten behandelen we vanuit drie invalshoeken: het bestuursrecht (inclusief het fiscaal recht en bewijsbeleid), het civiele recht, en het strafrecht. Het bestuursrecht is van groot belang omdat het Ministerie van Binnenlandse Zaken zowel is aan te merken als bestuursorgaan als, in sommige gevallen, belanghebbende en in beide hoedanigheden in een bestuursrechtproces de bewijslast kan dragen.¹⁴

Het fiscaal recht en bewijsbeleid zijn van belang voor het Ministerie in haar hoedanigheid van rechtspersoon met financiële en administratieve verplichtingen die bewijsvoering met zich mee kunnen brengen. Het civiele recht wordt behandeld voor de gevallen dat het Ministerie als civiele partij in het kader van een geschil met de bewijslast is belast. Het Ministerie kan in het kader van de bewijsvoering ook betrokken zijn bij strafzaken, denk hierbij aan bewijslevering door het Ministerie die als werkgever bij een strafzaak is betrokken, bijvoorbeeld tegen een ambtenaar. Voor elk rechtsgebied zal worden gezien of aan specifieke bewijsmiddelen bijzondere bewijskracht toekomt en of die bewijskracht afhankelijk is van het papieren origineel of ook kan worden toegekend aan de gescande versie.

Nadat we deze analyse hebben verricht, behandelen we vervolgens de voorwaarden waaronder de bewijskracht van de gesubstitueerde documenten zo nodig kan worden geoptimaliseerd. Hierbij zullen diverse onderwerpen aan bod komen, zoals: beveiliging om manipulatie van de gegevens te voorkomen, en om de toegang tot de verscheidenheid aan documenten te reguleren. Daarnaast bespreken we de duurzaamheid van gescande documenten met het oog op wettelijke bewaartermijnen, en de gevolgen van het voortschrijden van de techniek voor het beveiligingsniveau van encryptiemethoden op de middellange en lange termijn. Waar van belang zullen we aandacht besteden aan ongeoorloofde openbaarmaking en/of verveelvoudiging (Auteurswet) en verwerking van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens) in het kader van substitutie.

4.1 Bestuursrecht

In het bestuursrecht geldt net als in het civiele recht (zie paragraaf 5.2) de vrije bewijsleer als uitgangspunt.¹⁵ Bevat het civiele recht nog enkele regels van bewijsrecht, de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat in zijn geheel geen regels over bewijsmiddelen, bewijswaardering door de rechter en bewijslastverdeling. Het bewijs kan *in beginsel* door alle middelen worden geleverd. Het bestuursprocesrecht werd van oudsher gekenmerkt door de niet-lijdelijkheid van de rechter. Een rechter hoeft zich dus niet neer te leggen bij de bewijslevering door partijen, hij mag ambtshalve overgaan tot het aanvullen van feiten of verzamelen van bewijsmateriaal.

Volgens zowel Tak als Schuurmans laat de praktijk echter zien dat de rechter zich tegenwoordig voornamelijk lijdelijk opstelt¹⁶ en kan gesteld worden dat de niet-lijdelijkheid meer een historische waarde heeft.¹⁷

¹³ Zie “...Ik ben hier de deskundige...”, Dosis Info Management nr 1 2007, Interview met Maarten van Boven, door Max Beekhuis, directeur Dosis.

¹⁴ Zie ook: Tak 2005, p. 584-592.

¹⁵ A.Q.C. Tak, Het Nederlands Bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, Tweede geheel herziene druk, ISBN 90-5850-134-5, p. 575 e.v.

¹⁶ Schuurmans 2005, p. 2-3, 226.

Een factor waarmee partijen terdege rekening moeten houden in het bestuursprocesrecht is volgens Tak het rechterlijke bewijsvermoeden waarop een bestuursrechter zijn oordeel kan baseren.¹⁸ In het bestuursprocesrecht is men niet gewoon een voorlopig bewijsoordeel aan partijen voor te leggen, zodat een bewijsvermoeden lastig kan worden weersproken noch in dit stadium tegenbewijs kan worden overgelegd. Het is dus van groot belang om het benodigde bewijsmateriaal in een tijdig stadium genoegzaam te leveren.

In de bestuursrechtspraak hebben in beginsel alle bewijsmiddelen dezelfde waarde. Zo komt aan authentieke akten geen dwingend bewijskracht toe zoals wel het geval in het civiele recht. De Awb bevat evenmin bepalingen die toezien op bewijsmateriaal die bestuursorganen kunnen hanteren in de besluitvormingsfase of bezwaarprocedure. Bij gebrek aan wettelijke bewijsregels, stellen bestuursorganen in de praktijk eigen bewijsregels op in de vorm van een bewijsbeleid (zie hierover subparagraaf 5.1.1). In de praktijk zien we dat bestuursorganen vooral omwille van proceseconomische efficiency een bewijsbeleid voeren. Daarin perken zij de te gebruiken bewijsmiddelen in, of verbinden er voorwaarden aan, om aan de gestelde beslistermijnen te kunnen voldoen. Die beslistermijnen staan vaak onder ('opwaartse') druk gezien het grote aantal besluitvormingsprocedures dat een bestuursorgaan doorgaans voert.¹⁹

4.1.1 De bestuurlijke fase (besluitvormingsfase en bezwaarprocedure)

Het bestuursrechtelijk bewijsrecht is in eerste instantie gericht op het te nemen besluit door het bestuursorgaan in kwestie. Het leveren van bewijs speelt dus met name een rol in de besluitvormingsfase van een bestuursorgaan. Bewijs mag in beginsel door alle middelen worden geleverd maar het lijkt in het licht van de aard van het bestuursrecht alleszins redelijk dat een bestuursorgaan voorwaarden kan stellen aan de aan te voeren bewijsmiddelen in de vorm van bewijsbeleid (zie paragraaf 4.1.3). Als er in de bestuurlijke fase een van de beleidsregel afwijkend bewijsmiddel wordt aangevoerd en niet wordt gehonoreerd door het betreffende bestuursorgaan, is een rol voor de bestuursrechter weggelegd (zie paragraaf 4.1.2). Maar ook het bestuursorgaan kan in een eerder stadium een beslissing nemen die afwijkt van de beleidsregel ten aanzien van toe te laten bewijsmiddelen conform de inherente afwijkingsbevoegdheid zoals verwoord in artikel 4:84 Awb.²⁰

Deze afwijkingsbevoegdheid kan zowel worden uitgeoefend in de bezwaarprocedure, als in de besluitvormingsfase. Deze inherente afwijkingsbevoegdheid komt het bestuursorgaan alleen toe in incidentele gevallen. Wanneer blijkt dat het meer regel dan uitzondering is om een bepaald bewijsmiddel toe te staan, ligt conform artikel 3:42 Awb de weg van wijziging van de beleidsregel meer voor de hand. Afwijken van een beleidsregel is in de ogen van Schuurmans alleen toelaatbaar als niet wordt voorbijgegaan aan de doelstelling van het bewijsbeleid, namelijk "de efficiënte afhandeling van een grote groep besluiten [...]".²¹ Het is zeer wel aannemelijk dat een scan geen afbreuk zal doen aan een efficiënte afhandeling gezien de elektronische ontsluitingstechnieken die uitgebreide zoekmogelijkheden bieden, mits de authenticiteit gemakkelijk te verifiëren is en de integriteit is gewaarborgd.

4.1.2 De bestuursrechterlijke fase

¹⁷ Tak 2005, p. 503.

¹⁸ Tak 2005, p. 576.

¹⁹ Zie voor beslistermijnen afdeling 4.1.3 Awb; zie ook: Tekst en Commentaar, Algemene wet bestuursrecht, Kluwer, Deventer 2007, p. 132.

²⁰ Zie ook: Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Kluwer, Deventer 2007, p. 223-224.

²¹ Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en Beslissen, Kluwer/E.M. Meijers Instituut, Leiden 2006, p. 42.

De bestuursrechter heeft in de fase van een beroepsprocedure een grote mate van vrijheid ten aanzien van het toelaten en waarderen van bewijsmiddelen.²² Het leveren van bewijs in een bezwaar- of beroepsprocedure neemt echter een minder belangrijke plaats in dan in de besluitvormingsfase en is meer aanvullend van aard.²³ Hoe de aangevoerde bewijsmiddelen door de rechter in de beroepsprocedure worden gewaardeerd, hangt af de overtuigingskracht van de middelen. Daarbij spelen een rol: de aard van het besluit, het gewicht van de belangen die in het geding zijn, en de betrouwbaarheid van de geleverde bewijsmiddelen.

In de bestuursrechtelijke fase kunnen zich praktische bewijsrisico's voordoen in de relatie tussen burger en bestuursorgaan die nauw samenhangen met de gevoerde informatiehuishouding van het bestuursorgaan. Zoals het zoekraken van gescande documenten, de door de burger betwiste betrouwbaarheid van een bewijsdocument en de door de burger betwiste datum van indiening van een bezwaar- of beroepsschrift. In het geval het bestuursorgaan ontkent een stuk te hebben ontvangen omdat een vermeend opgestuurd stuk niet is terug te vinden in de digitale dossiers van het bestuursorgaan, geldt in beginsel de algemene bewijsregel dat het bewijsrisico en de bewijslast op de afzender rust. Kan de burger echter aantonen, door bewijsmateriaal te overhandigen, dat het betreffende document aangetekend is verstuurd²⁴ dan zal de rechter het aannemelijk achten dat het verloren document in bezit is geweest van het betreffende bestuursorgaan en dan komt de bewijslast voor rekening van het bestuursorgaan.²⁵ Het bestuursorgaan kan dergelijke geschillen ondervangen door zorg te dragen voor een sluitend en goed gedocumenteerd scanproces.

Een tweede voorbeeld van een bewijsrisico aan de zijde van een bestuursorgaan is als een burger ten overstaan van de bestuursrechter erin slaagt de betrouwbaarheid van een scan in twijfel te trekken. Het is dan aan het bestuursorgaan om aan te tonen dat volgens een vaste en zorgvuldig beschreven procedure is gewerkt.

In het derde voorbeeld betreffende een geschil over de datum van indiening van een bezwaar- of beroepsschrift, geldt in beginsel als regel dat aan de poststempel op de enveloppe doorslaggevende betekenis toekomt.²⁶ Indien de enveloppe door toedoen van het bestuursorgaan niet meer beschikbaar is, zal naar maatstaven van redelijkheid de bewijslast en bewijsrisico voor rekening het bestuursorgaan komen²⁷ en zal deze moeten kunnen aantonen dat een zorgvuldige en betrouwbare registratie van de datum van indiening van bezwaar- en beroepsschriften in acht is genomen.²⁸

In de vorige paragraaf zagen we dat een bestuursorgaan vooral omwille van proceseconomische efficiëntie bewijsbeleid opstelt waarin bepalingen zijn opgenomen over eisen ten aanzien van te gebruiken bewijsstuk-

²² Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, diss. Leiden, Kluwer 2005, p. 20-21.

²³ Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en Beslissen*, Kluwer/E.M. Meijers Instituut, Leiden 2006, p. 31-43.

²⁴ Zie ook: ABRS 27 april 2004, AB 2005/413 mnt Sew, waarin in de verdeling van de bewijslast en bewijsrisico wordt beschreven en waaruit kan worden opgemaakt dat een aangetekend verzonden stuk als voldoende bewijs geldt dat het stuk inderdaad -op een bepaalde datum- is verzonden.

²⁵ ABRS 24 juli 1998, AB 1998/410

²⁶ CRvB 4 maart 1998, AB 1998/348

²⁷ CRvB 29 oktober 1998, AB 1999/24; CBB 4 mei 1999, AB 1999/260; zie ook: CBB 18 juli 2001, JB 2001/235 waarin het College weliswaar open laat of de bewijslast zou moeten worden omgekeerd maar het wel "in strijd met het beginsel van fair play (acht) om de gevolgen van de vernietiging van de enveloppe door de Grondkamer geheel voor rekening van de appellante te laten komen. Aldus is geen sprake van een evenwichtige verdeling van bewijslast." "Verweerder zal op basis van de beschikbare bewijzen en hetgeen daar eventueel door partijen aan toegevoegd kan worden alsnog dienen te beoordelen of genoegzaam aannemelijk is, dat appellante het contract tijdig naar de Grondkamer heeft gezonden."

²⁸ CRvB 20 juli 1999, AB 1999/396, indien sprake van een vaste verzendpraktijk gekoppeld aan een automatische datering, is verzending genoegzaam aannemelijk gemaakt; zie ook ABRS 23 december 2005, AB 2006/101, "op de uit die administratie (de Minister had een computeruitdraai overhandigd van de geautomatiseerde administratie) blijkende vaste werkwijze en op de omstandigheid dat niet is gebleken van problemen bij de verwerking en verzending in de desbetreffende periode, voldoende aannemelijk gemaakt dat de genoemde brieven inderdaad zijn verzonden."

ken. De bestuursrechter is bevoegd te oordelen over deze beleidsregels.²⁹ Zo heeft de bestuursrechter in een zaak geoordeeld dat een bestuursorgaan niet op voorhand een bewijsmiddel mag uitsluiten. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt met zich mee dat ondanks het bestaan van een bewijsbeleidsregel, het bestuursorgaan zich in ieder geval een oordeel dient te vormen over de betekenis van het aangevoerde bewijsmiddel.³⁰ Volgens Schuurmans zal het bewijsbeleid van een bestuursorgaan in de praktijk echter veelal de rechterlijke toets kunnen doorstaan voorzover het beleid objectief gemotiveerd en redelijk is.³¹

4.1.3 Bewijsbeleid

De overheid ontwikkelt binnen diverse diensten beleid op het gebied van de omgang met elektronische documenten in het kader van de bewijspositie van ofwel de dienst zelf, ofwel de burger of het bedrijf dat met de dienst in aanraking komt. Een voorbeeld van een dergelijke dienst is de Belastingdienst.

De Belastingdienst

De Belastingdienst stelt zich niet eenduidig op ten aanzien van conversie van gegevens waarvoor een wettelijke bewaarplicht geldt. In een schrijven van de belastinginspecteur mr. W. Vedder van het kantoor Rijnmond/Rotterdam aan de heer Munck van de directie Personeel en Organisatie van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 3 oktober 2006, stelt de belastinginspecteur dat “originele facturen, bonnen e.d. vallen onder de wettelijke bewaarplicht. Met het na digitalisering afzien van bewaren kan ik daarom niet instemmen.”³² De inspecteur stelt zich kennelijk op het standpunt dat de wettelijke bewaarplicht zich uitstrekt tot originele bewijsstukken. En dat terwijl in de notitie Administratieverplichting en elektronische gegevens van de Eerste Kamer van 1993-1994 reeds werd gesteld dat bij correcte conversie de originelen niet meer bewaard behoeven te worden.³³

Ook in de meer recente brochure van de Belastingdienst, “Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht”, van maart 2007 staat vermeld dat na conversie, waaronder mede wordt verstaan het scannen van ontvangen papieren documenten,³⁴ de originele gegevens niet bewaard hoeven te blijven³⁵ mits is voldaan aan een de hieronder vermelde voorwaarden:³⁶

- Alle gegevens worden overgezet;
- de gegevens inhoudelijk juist worden overgezet;
- er wordt voor gezorgd dat de nieuwe gegevensdrager tijdens de gehele bewaartermijn beschikbaar is;
- de geconverteerde gegevens binnen redelijke tijd ge(re)produceerd kunnen worden en leesbaar worden gemaakt;

²⁹ Zie: Rb Groningen, 8 december 2003, AB 2004, 26, een bestuursorgaan mag niet met terugwerkende kracht de geoorloofde bewijsmiddelen inperken; zie ook: Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, diss. Leiden, Kluwer 2005, p. 160-175 en p. 268-272.

³⁰ LJN AF9280, Rb 's-Gravenhage zp Amsterdam, AWB 02/11475.

³¹ Schuurmans 2005, 269-270.

³² Zie: correspondentie ministerie VWS en belastingdienst dd 3 oktober 2006.

³³ Kamerstuk I 1993-1994, 21 287, nr 15d, p. 6.

³⁴ Zie brochure van de belastingdienst “Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht”, Belastingdienst/Zuidwest/kantoor Breda, maart 2007, p. 6.

³⁵ Met uitzondering van de balans en de resultatenrekening.

³⁶ Zie brochure van de belastingdienst “Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht”, Belastingdienst/Zuidwest/kantoor Breda, maart 2007, p.7; zie ook: Bewaren en Bewijzen, publicatie van het Ministerie van Economische Zaken en ECP.nl, maart 2007, p. 13.

- er wordt zorg voor gedragen dat de controle van de geconverteerde gegevens binnen redelijke tijd kan worden uitgevoerd;
- de uitkomsten van de interne controle worden bewaard; bijvoorbeeld de afstemming met de oorspronkelijke gegevens en de eventuele verschillenanalyse.

Daarbij wordt opgemerkt dat het vooral belangrijk is dat aandacht wordt besteed aan echtheidskenmerken (de authenticiteit en de integriteit): “In dit soort gevallen zullen de beheersingsmaatregelen in de organisatie tezamen met de geconverteerde gegevens (bijvoorbeeld de scan) de gewenste zekerheid moeten geven over de echtheid.”³⁷

De tekst van de brochure stemt volledig overeen met hetgeen is bepaald in lid 5 van artikel 52 Algemene wet Rijksbelastingen (Awr).³⁸ Hierin is te lezen: “de op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, uitgezonderd de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten, kunnen op een andere gegevensdrager worden overgebracht en bewaard, mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave der gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt.”³⁹ Hieruit valt af te leiden dat gescande documenten als bewijs kunnen dienen.

Eenzelfde bepaling - dezelfde voorwaarden als bepaald in lid 5 van artikel 52 Awr- treffen we aan in twee artikelen van het Burgerlijk Wetboek, artikel 2:394 lid 6 Burgerlijk Wetboek (BW) en artikel 2:10 BW. Artikel 2:394 Burgerlijk Wetboek bevat een bepaling omtrent het openbaarmaken van de jaarrekening, jaarverslag en accountantsverklaring van een rechtspersoon. Artikel 2:10 BW handelt over de boekhouding van een rechtspersoon.

In de notitie administratieverplichting en elektronische gegevensverzameling van de Eerste Kamer staan nadere uitgangspunten voor conversie van onder meer papier naar scan:⁴⁰

- “De administratie moet zodanige technische en organisatorische voorwaarden treffen dat de conversie van de gegevens juist en volledig plaatsvindt, opdat het mogelijk blijft in detail aansluiting vast te stellen met externe gegevens (renseignementen).
- De geconverteerde gegevens behoeven dan *niet meer – ook niet gedurende een korte periode – in originele te worden bewaard* (cursivering van de onderzoekers).
- De administratieplichtige is verantwoordelijk voor de toegepaste techniek voor de conversie van de gegevens. Er behoeven geen vergunningen te worden aangevraagd.
- Digitaal opgeslagen gegevens kunnen na conversie zowel in digitale vorm als op een ander medium bewaard blijven mits zij binnen een redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt en controle ervan door de Belastingdienst binnen redelijke termijn mogelijk is.”⁴¹

Over de invulling van de randvoorwaarden kunnen afspraken worden gemaakt met de Belastingdienst. Het betreft hier afspraken over welke gegevens ten behoeve van de fiscale controle bewaard moeten blijven; de invulling van de wettelijke begrippen “leesbaar binnen redelijke tijd” en “controle binnen redelijke termijn”; de wijze waarop de gegevens benaderbaar worden gemaakt; de wijze waarop de gegevens ter beschikking

³⁷ Zie brochure van de belastingdienst “Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht”, Belastingdienst/Zuidwest/kantoor Breda, maart 2007, p. 7.

³⁸ Zie ook: Besluit administratieve- en factureringsverplichtingen, omzetbelasting van de Staatssecretaris van Financien, 19 april 2007, nr. CPP 2007/308M, Stcrt. Nr. 83.

³⁹ Zie ook: artikel 2: 3. (d), p. 27 of the Council Directive 2001/115/EC of 20 December 2001 amending Directive 77/388/EEC with a view to simplifying, modernizing and harmonizing the conditions laid down for invoicing in respect of value added tax.

⁴⁰ R.N.J. Kamerling RA en M.A.T.M. Schoevaars, ‘Conversie’, in: Weekblad voor Fiscaal Recht 1995/683; zie ook Kamerstukken I 1993-1994, 21 287, nr. 15d, p. 6.

⁴¹ Kamerstukken I 1993-1994, 21 287, nr 15d, Bijlage Administratieverplichting en elektronische gegevensverzamelingen, p. 5.

gesteld worden; het verdichten van gegevens; en de invloed van systeemwijzigingen:⁴² “Welke techniek voor het vastleggen en archiveren wordt gehanteerd is ter keuze van de administratieplichtige en staat niet ter beoordeling van de Belastingdienst. Het toepassen van een nieuwe of een bestaande techniek is een verantwoordelijkheid van de administratieplichtige zolang maar wordt voldaan aan de voorwaarde van het treffen van voldoende technische en organisatorische waarborgen om de administratie binnen een redelijke termijn te kunnen controleren.”⁴³

Conclusie

Substitutie en vernietiging van originele stukken die als bewijs kunnen dienen in het kader van het bestuursrecht brengt het theoretische risico met zich dat een scan volgens het bewijsbeleid van een ander bestuursorgaan niet onder de toegestane bewijsmiddelen valt. In de praktijk zal dit risico waarschijnlijk zeer gering zijn. De inherente afwijkingsbevoegdheid van een bestuursorgaan kan voor een oplossing zorgen indien de scan wordt gewaardeerd als een bewijsmiddel dat de doelstelling van het bewijsbeleid niet frustreert. Hetgeen snel zo zal zijn gezien de voordelen qua (snelle) toegang en zoekmogelijkheden die digitale bestanden boven papieren documenten hebben. Indien de scan overtuigend is en de authenticiteit gemakkelijk te verifiëren is, zal er geen reden voor een andere bestuursorgaan zijn om de scan uit te sluiten.

Meer van wezenlijk belang zijn de praktische risico's, zoals het zoekraken van gescande documenten, de door de burger betwiste betrouwbaarheid van een bewijsdocument en de door de burger betwiste datum van indiening van een bezwaar- of beroepschrift. Indien een burger aannemelijk maakt dat het verloren document in het bezit is geweest van een bestuursorgaan dan komt de bewijslast voor rekening van het bestuursorgaan. Indien een burger de betrouwbaarheid van een scan afdoende in twijfel weet te trekken dan is het zaak dat het bestuursorgaan kan aantonen dat volgens een vaste en zorgvuldig beschreven procedure is gewerkt. Een zorgvuldige en betrouwbare registratie van de datum van indiening van bezwaar- en beroepsschriften is noodzakelijk om te voorkomen dat de datum van indiening met succes wordt betwist door de belanghebbende burger.

Gezien het rechterlijk bewijsvermoeden waarop een bestuursrechter zijn oordeel kan baseren is het van belang in anticipatie op eventuele betwisting of in twijfel trekken van de authenticiteit en integriteit van het geleverd bewijs door de wederpartij, het gesubstitueerde bewijsmiddel te vergezellen van informatie over de waarborgen waarmee het scanproces en de scan zelf zijn omkleed.

Het scannen en vernietigen van originele stukken strekkende tot bewijs van de financiële en administratieve stand van zaken, met uitzondering van de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten, is volgens de Algemene wet inzake rijksbelastingen en het bewijsbeleid van de Belastingdienst toegestaan.

In de fase van de beroepsprocedure heeft de bestuursrechter een grote mate van vrijheid ten aanzien van het toelaten en waarderen van bewijsmiddelen. In het bestuursrecht geldt net als in het civiele recht de vrije bewijsleer als uitgangspunt. Ook hier hangt een positieve waardering door de rechter af van de overtuigingskracht van de aangevoerde scan.

4.2 Bewijskracht in het burgerlijk recht

⁴² Kamerstukken I 1993-1994, 21 287, nr 15d, Bijlage Administratieverplichting en elektronische gegevensverzamelingen, p. 6.

⁴³ Kamerstukken I 1993-1994, 21 287, nr 15d, Bijlage Administratieverplichting en elektronische gegevensverzamelingen, p. 7-8.

Ook in het civiele recht geldt als uitgangspunt de vrije bewijsleer. Men gaat dus in beginsel uit van de vrije bewijskracht van bewijsmiddelen, tenzij de wet anders heeft bepaald.⁴⁴ In dit kader bekijken we welke wettelijke bepalingen inzake de bewijskracht gelden ten aanzien van authentieke akten, onderhandse akten en overige documenten in papieren en elektronische vorm (waaronder scans). Vervolgens zullen we in kaart brengen welke specifieke risico's dit met zich brengt in het kader van substitutie.

Authentieke akten

Een authentieke akte kent drie soorten dwingende bewijskracht, uitwendige, formele en materiële bewijskracht. Dit is geregeld in respectievelijk artikel 159 Rv, 157 lid 1 Rv en 157 lid 2 Rv. Dwingend bewijs houdt in dat de rechter gebonden is aan het bewijsmiddel. Het leveren van tegenbewijs staat de wederpartij echter vrij.⁴⁵ Het hebben van uitwendige bewijskracht betekent dat een akte die de uiterlijke kenmerken van een authentieke akte vertoont, moet worden gehouden voor een authentieke akte. Formele bewijskracht wil zeggen dat ervan wordt uitgegaan dat er verklaard is zoals weergegeven in de akte.⁴⁶ Met andere woorden: men gaat ervan uit dat er na het opmaken van de akte geen wijzigingen zijn aangebracht. Materiële bewijskracht houdt in dat ervan wordt uitgegaan dat wat verklaard is, correct is; overeenkomt met de waarheid.

De bepalingen omtrent deze vormen van bewijskracht zijn oorspronkelijk geschreven met een papieren akte voor ogen. Wat nu indien het een elektronisch opgestelde akte betreft? Volgens artikel 6:227a lid 3 BW kan een overeenkomst waarvoor een notariële akte is vereist niet langs elektronische weg tot stand komen.⁴⁷ Dat is duidelijk – maar wat gebeurt er indien een op papier opgestelde authentieke akte wordt gescand: verliest deze akte dan haar dwingende bewijskracht? Deze vraag moet bevestigend beantwoord worden; immers, de scan van de originele akte is een reproductie, een afschrift. Volgens artikel 160 Rv ligt de kracht van het schriftelijk bewijs in de oorspronkelijke akte dan wel in de gresse of gehele afschrift⁴⁸ van een authentieke akte die volgens wettelijke voorschrift moet worden bewaard en die is afgegeven door een daartoe bevoegde ambtenaar.⁴⁹

Een door een medewerker van de postkamer van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gescand document valt derhalve niet te waarden als een akte met enig dwingende bewijskracht.⁵⁰ Wat gescande authentieke akten betreft zijn we dus 'teruggeworpen' op de vrije bewijsleer. Kemna zegt hierover: "In Nederland is er niets op tegen om elektronisch bewijsmateriaal in een juridische procedure aan te dragen. Dit vloeit voort uit het vrije bewijsstelsel dat hier te lande wordt gehanteerd."⁵¹ Het is echter in belangrijke mate aan de rechter om de waarde van het bewijs te bepalen.⁵² Meer rechtszekerheid kan

⁴⁴ Mr. T.R. Hidma en Prof. Mr.G.R. Rutgers, Het Nederlands burgerlijk recht, Bewijs, Pitlo deel 7, Kluwer Deventer 2004, achtste druk, p. 63-65; zie ook Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, Kluwer, december 2005, p. 303; zie ook: Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, Kluwer, 1988, p. 98; zie ook art. 152 Rv.

⁴⁵ Artikel 151 Rv.

⁴⁶ Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, Kluwer, december 2005, p. 310

⁴⁷ Zie ook: J.H.M. ter Haar en E.D.C. Neppelenbroek, Het elektronisch ondertekend document: wel, niet of net zoets als een akte, in: WPNR 25 febr. 2006/6655, De Stichting ter Bevordering der Notariële Wetenschap, p. 151.

⁴⁸ Door de notaris gewaarmerkte kopie van de originele (notariële) akte.

⁴⁹ "Te denken is onder meer aan de minuten (=originelen) van notariële akten, aan rechterlijke beslissingen, aan akten van de burgerlijke stand", zie: Groene Serie Privaatrecht, Kluwer Plaza (online) aantekening 2 bij artikel 160 Rv.

⁵⁰ Zie ook: Mr. T.R. Hidma en Prof. Mr.G.R. Rutgers, Het Nederlands burgerlijk recht, Bewijs, Pitlo deel 7, Kluwer Deventer 2004, achtste druk, p. 118-119.

⁵¹ Kemna, A.M.Ch., hoofdstuk 6 De Vraagstukken van bewijs en bewaring in een elektronische omgeving, p. 197 in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en Mr. A.H. de Wild, Recht en Computer, vijfde druk.

⁵² Artikel 152 lid 2 Rv, tenzij de wet anders bepaalt.

men bewerkstelligen door het sluiten van een bewijsovereenkomst waarbij partijen op voorhand de te hanteren bewijsmiddelen overeenkomen.⁵³

Onderhandse akten

Onderhandse akten hebben uitsluitend materiële dwingende bewijskracht.⁵⁴ De rechter is in beginsel gehouden aan te nemen dat wat verklaard is in de akte waar is, tenzij hetgeen verklaard is zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Onderhandse akten hebben geen uitwendige bewijskracht, noch formele bewijskracht.⁵⁵ Van documenten die voldoen aan de eisen zoals gesteld in artikel 3:15a en 6:277a BW wordt aangenomen dat ze voldoen aan de eisen van schriftelijkheid en ondertekening ex artikel 156 lid 1 Rv.⁵⁶ Net als papieren onderhandse akten kunnen *elektronisch opgestelde* onderhandse akten dwingende materiële bewijskracht hebben (artikel 6:227a BW jo artikel 157 lid 2 Rv jo artikel 3:15a BW).⁵⁷ Aan gescande onderhandse akten komt echter geen materiële bewijskracht toe. Zij voldoen niet aan de vormvereisten opschriftstelling en ondertekening ex artikel 156 lid 1 Rv jo artikel 3:15a en 6:227a BW. De akte dient immers langs elektronische weg *tot stand te zijn gekomen*. Het maken van een scan is niet gelijk te stellen met het vervaardigen van een originele akte doch slechts met het maken van een kopie.⁵⁸

Tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe bewijsrecht is de werking van artikel 160 Rv (artikel 187 Rv oud) met betrekking tot de eventuele bewijskracht van een fotokopie uitvoerig besproken.⁵⁹ Er werd in 1982 al rekening gehouden met de komst van elektronische hulpmiddelen bij de opslag en verwerking van gegevens. Deze ontwikkeling maakte aanpassing van de bewaarplichten noodzakelijk van het Wetboek van Koophandel, het Burgerlijk Wetboek en de fiscale wetgeving. Toch heeft deze ontwikkeling niet tot gevolg gehad dat aan elektronische kopieën dezelfde bewijskracht werd toegekend als aan de originele onderhandse akten, aangezien het niet is uitgesloten dat door menselijk handelen al dan niet met opzet fouten worden gemaakt of dat manipulatie van de gegevens plaatsvindt, waardoor het origineel en de kopie niet meer gelijk zijn.

Het werd om die reden onwenselijk geacht om aan een mechanische of digitale kopie meer bewijskracht toe te kennen dan vrije bewijskracht: “De sterke bewijskracht, die het Nederlandse bewijsrecht aan de onderhandse en met name ook – authentieke akte toekent, is gebaseerd op weloverwogen waarborgen ten aanzien van de totstandkoming ervan en de mogelijkheid van verificatie in geval van betichting van materiële valsheid. Die waarborgen komen met de vernietiging van de originele akten te vervallen.”⁶⁰ Men ging ervan uit dat het thans geldende systeem van bewijswaardering tot een schappelijk resultaat zou leiden.

Overige documenten

⁵³ Zie: Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, Kluwer, december 2005, p. 304-306, artikel 153 [bewijsovereenkomsten]; zie ook: Bewaren en Bewijzen, publicatie van het Ministerie van Economische Zaken en ECP.nl, maart 2007, p. 22.

⁵⁴ Tekst & Commentaar, Burgerlijke Rechtsvordering, p. 310, artikel 157 lid 2 Rv.

⁵⁵ Artikel 159 lid 2 Rv, artikel 157 lid 1 Rv.

⁵⁶ Nadere MvA Kamerstukken I 2002/03, 27 743, nr. 35b, p. 2.

⁵⁷ R.E. van Esch, De betrekkelijke waarde van de Wet elektronische handtekeningen voor de elektronische handel, in: Computerrecht 2003/0602; zie ook J.H.M. ter Haar en E.D.C. Neppelenbroek, Het elektronisch ondertekend document: wel, niet of net zo iets als een akte, WPNR 25 febr. 2006/6655, De Stichting ter Bevordering der Notariële Wetenschap, p. 152; zie ook: Nadere MvA Kamerstukken I 2002/03, 27743, nr. 35b, p. 2.

⁵⁸ Zie ook: A.M. Kemna en A.W. Neisingh (red.), Twintig over informatietechnologie en recht, Samson bedrijfsinformatie, Alphen aan den Rijn/Zaventem, 1993, p. 132.

⁵⁹ G.R. Rutgers, R.J.C. Flach, en G.J. Boon (red.), Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, parlementaire stukken systematisch gerangschikt, Kluwer Deventer 1988, p. 157-160.

⁶⁰ G.R. Rutgers, R.J.C. Flach, en G.J. Boon (red.), Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, parlementaire stukken systematisch gerangschikt, Kluwer Deventer 1988, p. 160.

Een restcategorie wordt gevormd door documenten die niet kunnen worden aangemerkt als authentieke of onderhandse akten. Een gescand bestand kan worden aangemerkt als geschrift. Hidma en Rutgers definiëren dit als volgt: “Een geschrift is iedere drager van verstaanbare leestekens die een gedachte-inhoud vertolken. Op welk materiaal deze leestekens zijn aangebracht – papier, karton, hout of klei - is irrelevant.”⁶¹ Geschriften die niet voldoen aan de overige eisen van een akte conform artikel 156 lid 1 Rv, te weten ondertekening en strekkende om tot bewijs te dienen, vallen onder de vrije bewijsleer.⁶² De rechter is vrij in zijn oordeel omtrent de ontvankelijkheid en waardering van een gescand geschrift niet zijnde een akte op grond van artikel 152 lid 2 Rv.

Drempelbedrag contracten

Bij het aangaan van een overeenkomst kunnen hoge bedragen gemoeid zijn. Om enig risico verder te beperken zou men ertoe kunnen overgaan om een drempelbedrag bijvoorbeeld ter hoogte van de aanbestedingsdrempel in te stellen, waarboven het bewaren van de originele contracten wordt voorgeschreven.

Conclusie

Het ontbreken van uitwendige, formele en materiële bewijskracht van gesubstitueerde documenten is geen *onoverkomelijk* obstakel voor substitutie, aangezien het leveren van tegenbewijs immer is toegestaan conform artikel 151 lid 2 Rv. Het is met name van belang om waarborgen (van technische en organisatorische aard) in te bouwen om de rechter te kunnen overtuigen van de authenticiteit, integriteit en betrouwbaarheid van de gescande documenten. Daarop komen wij terug in hoofdstuk 7.

⁶¹ T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Het Nederlands burgerlijk recht, Bewijs, Pitlo deel 7, Kluwer Deventer 2004, achtste druk, p. 82 bovenaan. Onder geschrift wordt mede verstaan een foto, (micro)film, computeruitdraai, faxbericht en mogelijk ook een elektronische gegevensdrager.

⁶² T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Het Nederlands burgerlijk recht, Bewijs, Pitlo deel 7, Kluwer Deventer 2004, achtste druk, p. 82.

4.3 Bewijskracht in het strafrecht

Het bewijsrecht in het Nederlands strafprocesrecht wordt gekenmerkt door een negatief wettelijk bewijsstelsel. Uitsluitend bewijsmiddelen die vallen onder de limitatieve opsomming van bewijsmiddelen in artikel 339 Sv, kunnen als bewijs dienen in een strafproces. Daarbij ligt de nadruk op *kunnen*: de rechter is in hoge mate vrij in zijn waardering van de wettige bewijsmiddelen die worden ingebracht in een proces. Artikel 339 lid 1 luidt:

“[1.] Als wettige bewijsmiddelen worden alleen erkend:

1 ° eigen waarnemingen van den rechter;

2 ° verklaringen van den verdachte;

3 ° verklaringen van een getuige;

4 ° verklaringen van een deskundige;

5 ° schriftelijke bescheiden

[2.] Feiten en omstandigheden van algemeene bekendheid behoeven geen bewijs”

Een gescand document kunnen we scharen onder twee van de vijf categorieën, ‘schriftelijke bescheiden’ en ‘eigen waarnemingen van den rechter’.⁶³ Corstens verstaat onder een ‘schriftelijk bescheid’ ex artikel 339 lid 1 sub 5 Sv, een stuk dat voor voorlezing vatbaar is.⁶⁴ Een gescand document dat leestekens bevat valt derhalve aan te merken als een ‘schriftelijk bescheid’. In artikel 344 Sv treffen we een opsomming van soorten geschriften aan die onder de term ‘schriftelijke bescheiden’ in het strafprocesrecht vallen. Het betreft hier rechtelijke uitspraken, processen-verbaal, deskundigenverslagen, geschriften opgesteld door ambtenaren of openbare colleges dienende ter bewijs en overige geschriften, doch deze laatste slechts in combinatie met (de inhoud van) andere bewijsmiddelen.

Het is niet wettelijk vereist dat dergelijke geschriften in originele vorm worden ingebracht. Een gescand proces-verbaal zou zowel in originele vorm als in de vorm van een op papier afgedrukte scan als bewijsmateriaal kunnen dienen, mits de rechter overtuigd kan worden van de authenticiteit en integriteit van de scan. De strafrechter is in hoge mate vrij in zijn waardering en selectie van het door partijen aangeleverde bewijs.⁶⁵ In artikel 338 Sv is de afbakening van de waarderingsvrijheid van de rechter als volgt verwoord:

“Het bewijs dat de verdachte het telastgelegde heeft begaan, kan door den rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen *de overtuiging* (cursivering door de auteurs) heeft bekomen.”

Het onderzoek moet ter terechtzitting geschieden en de rechter mag zijn overtuiging alleen baseren op wettige bewijsmiddelen. De rechter moet wel echt overtuigd zijn. In de straffordering geldt volgens Nijboer de internationaal gangbare standaard ‘beyond reasonable doubt’.⁶⁶ Bij enige twijfel moet de rechter ten gunste van de verdachte beslissen. In de praktijk is het voldoende als een 2-1 meerderheid bereikt is in de raadkamer.⁶⁷ Niet alleen de rechter(s) zelf moeten overtuigd zijn, “[...] de motivering moet voor een redelijk denkend mens overtuigend zijn”.⁶⁸

⁶³ Zie ook: J.W. Fokkens, *Bewijzen in het strafprocesrecht*, studiepockets strafrecht nr. 3, Tjeenk Willink 1984, Zwolle, ISBN 90-271-2640-2, p. 50.

⁶⁴ G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafrecht*, Kluwer 2002, Deventer, p. 650.

⁶⁵ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer, p. 980.

⁶⁶ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer, p. 981; zie ook: J.W. Fokkens, *Bewijzen in het strafprocesrecht*, studiepockets strafrecht nr. 3, Tjeenk Willink 1984, Zwolle, ISBN 90-271-2640-2, p. 4.

⁶⁷ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer, p. 997.

⁶⁸ J.W. Fokkens, *Bewijzen in het strafprocesrecht*, studiepockets strafrecht nr. 3, Tjeenk Willink 1984, Zwolle, p. 29.

In de strafvordering komt geen *dwingende* bewijskracht toe aan specifieke bewijsmiddelen, zoals in het civiele recht toekomt aan authentieke akten of onderhandse akten. Op basis van artikel 344 lid 2 Sv kan *bijzondere* bewijskracht worden toegekend aan een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. Hoewel de tekst van artikel 344 lid 2 Sv in theorie de mogelijkheid schept dat de rechter een feit bewezen kan achten enkel op basis van een bevoegd opgemaakt proces-verbaal, als uitzondering op het beginsel van de dubbele bevestiging, schijnt dit in de praktijk echter niet voor te komen omdat de rechter zich niet voldoende overtuigd acht.⁶⁹ Het spreekt voor zich dat indien een rechter zijn oordeel moet baseren op een enkel bewijsmiddel, dit bewijsmiddel anders zal waarderen dan in het geval zijn oordeel op meerdere bewijsmiddelen steunt. Nu rechters in de praktijk kennelijk hun oordeel baseren op meerdere bewijsmiddelen, is de kans groter dat een gescand document als bewijsmiddel positief gewaardeerd zal worden.

Een gescand document dat andere beelden bevat dan (uitsluitend) leestekens, valt buiten de omschrijving van deze categorie, maar zou kunnen worden ondergebracht bij de 'eigen waarnemingen van den rechter'. De categorie 'eigen waarnemingen van den rechter' is te beschouwen als een restcategorie die de bepaling flexibel genoeg maakt om bewijs verkregen via moderne media en technieken onder de vleugels van de limitatieve opsomming te kunnen brengen.⁷⁰ In het verleden zijn foto's⁷¹, geluids- en videobanden⁷² als bewijsmateriaal toegelaten voor eigen waarneming van den rechter.⁷³ Van Veen stelt in zijn noot bij het arrest van 3 februari 1981: "Het bewijsmiddel "eigen waarneming van de rechter" is bij uitstek het middel om kennis te nemen van wat ter zitting aanwezig is, van wat daar wordt vertoond en van wat daar ten gehore wordt gebracht."⁷⁴ Het is zeer wel aannemelijk dat een gescand document ook zal worden geaccepteerd als bewijsmiddel dat door 'eigen waarneming van den rechter' in zijn beoordeling kan worden meegenomen. Welke waardering de rechter vervolgens aan het bewijsmiddel koppelt, valt moeilijk in te schatten en zal sterk afhangen van de waarborgen waarmee de scan is omkleed.

Conclusie

Het wetboek van strafvordering kent een limitatieve opsomming van toegelaten bewijsmiddelen. Een gescand document kan zowel onder de categorie 'schriftelijke bescheiden' als 'eigen waarneming van den rechter' worden geschaard. Welke waarde de strafrechter aan een gescand document zal hechten, is afhankelijk van de mate waarin hij is overtuigd dat de scan overeenstemt met het inmiddels vernietigde origineel. Het is dus zaak, net als in het bestuursrecht en het civiele recht, om de rechter te overtuigen van de authenticiteit, volledigheid en betrouwbaarheid van de scan.

⁶⁹ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Tekst & Commentaar Strafvordering, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer, p. 1015-1016.

⁷⁰ J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, Ars Aequi Libri 2000, Nijmegen, p. 225; zie ook: C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Tekst & Commentaar Strafvordering, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer, p. 999.

⁷¹ HR NJ 1973/205.

⁷² HR NJ 1981/315.

⁷³ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Tekst & Commentaar Strafvordering, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer, p. 983; zie ook: J.W. Fokkens, Bewijzen in het strafprocesrecht, studiepockets strafrecht nr. 3, Tjeenk Willink 1984, Zwolle, p. 49.

⁷⁴ HR NJ 1981/315, noot van Th.W. v. Veen.

5. Wettelijke bewaarplichten

We hebben in de voorgaande hoofdstukken gezien dat er wettelijke bewaartermijnen gelden voor bepaalde documenten, zoals de bewaartermijn van 7 jaren voor de financiële administratie van een rechtspersoon ex artikel 52 lid 4 Awr. Voorbeelden van andere regelingen met wettelijke bewaartermijnen zijn artikel 65 lid 3 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001 (op schrift gestelde, gedagtekende en ondertekende NAW-gegevens, geboortedatum en sofinummer werknemers, bewaarplicht van 5 jaren), artikel 66 lid 4 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001 (afschrift identiteitsbewijs werknemers, bewaarplicht van 5 jaren), artikel 105 lid 5 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001 (loonbelastingverklaring werknemers, bewaarplicht van 5 jaren), en artikel 31 lid 6 Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting (aantekening van inkomende en uitgaande facturen, bewaarplicht van 7 jaren).

Op 19 juli 2007 bevatten 51 artikelen uit Nederlandse wetten en regelingen de term ‘bewaarplicht’, en bevatten 45 artikelen de term ‘bewaartermijn’. Een wettelijke bewaartermijn zou alleen een risico opleveren voor het Ministerie indien uitsluitend originele documenten mogen worden overhandigd als bewijsmiddel gedurende die bewaartermijn. In beide gevallen dat in de regeling niets nader is bepaald omtrent de vorm waarin de gegevens bewaard moeten worden, als dat de regeling conversie van de originele papieren variant naar een elektronisch bestand uitdrukkelijk toestaat, levert de wettelijke bewaartermijn slechts een randvoorwaarde op voor de duurzaamheid van de scan.⁷⁵

De landsadvocaat Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn heeft in 1997 het advies Digitale Duurzaamheid uitgebracht over de bewijsrechtelijke aspecten van het digitaliseren van documenten bij de overheid, in civiele procedures. Het digitaliseren van documenten impliceert niet per se het vernietigen van een origineel papieren document, maar de bevindingen die betrekking hebben op digitale opslag en wettelijke bewaarplichten en de bewijskracht van digitaal opgeslagen gegevens zijn relevant voor ons onderzoek. Op grond van artikel 2:10 lid 4 BW, artikel 2:394 lid 6 BW, de bewaarplicht op grond van de Algemene Wet Rijksbelastingen en de ruime definitie van “archiefbescheiden” in de Archiefwet concludeert de landsadvocaat in zijn advies: “wettelijke bewaarplichten staan derhalve toe dat gegevens digitaal worden opgeslagen. Dit geeft niet alleen een indicatie dat digitaal opgeslagen gegevens in principe toelaatbaar zijn als bewijsmiddel, maar ook dat aangenomen mag worden dat aan deze gegevens een afdoende bewijskracht zal worden toegekend om te voldoen aan de bewijsfunctie die immers met de bewaarplicht beoogd wordt te verzekeren.”⁷⁶

In verband met het kunnen leveren van bewijsstukken is het ook van belang te kijken naar verjaringstermijnen van rechtsvorderingen. Afhankelijk van de soort rechtsvordering kan de verjaringstermijn oplopen van 2 tot 20 jaar.⁷⁷ Andere bewaartermijnen die naar voren zijn gekomen en waarvan het normadressaat in potentie het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is,⁷⁸ liggen op het terrein van pensioenen,⁷⁹ op het terrein van de uitgifte van paspoorten,⁸⁰ op het gebied van arbeidstijden,⁸¹ en op het terrein van personeelsgegevens.⁸²

⁷⁵ Zie hierover meer in hoofdstuk 7, duurzaamheid als randvoorwaarde.

⁷⁶ Advies Digitale Duurzaamheid, uitgebracht door landsadvocaat Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn te Den Haag, van 28 oktober 1997, ref. BJH/RS/1007246, p. 4.

⁷⁷ Zie artikel 3:306-326 BW en 7:28 BW.

⁷⁸ In veel gevallen is dit bijzonder onwaarschijnlijk of onmogelijk. Voorbeelden zijn besluiten zoals het Uitvoeringsbesluit WEB (art. 5.2.4) die zich richten op de onderwijssector, en art. 3 Registratiebesluit Wet milieugevaarlijke stoffen, waarvan in de verste verte geen verband met het Ministerie van BZK kan worden bedacht, tenzij het Ministerie op dit vlak onverwachts activiteiten zou gaan ontplooiën.

⁷⁹ Artikel 169 lid 1 Pensioenwet luidt: “De pensioenuitvoerder en de werkgever zijn verplicht de zakelijke gegevens en bescheiden die betrekking hebben op pensioenregelingen en andere bij of krachtens deze wet geregelde onderwerpen in Nederland beschikbaar te hebben en deze gedurende ten minste zeven jaren na het boekjaar waarop ze betrekking hebben beschikbaar te houden.”

Naast bewaarplichten zal het Ministerie te maken kunnen hebben met zogenaamde ‘bewaarrechten’. Gedurende een bepaalde periode mogen persoonsgegevens bewaard worden, maar die bewaartermijn mag de aangegeven periode niet overschrijden. Deze bewaartermijnen zijn te vinden in de Wbp (niet langer dan nodig voor doel), het Vrijstellingsbesluit van de Wbp, Algemene wet inzake rijksbelastingen, Wet stimulerende Arbeidsdeelname minderheden – Wet Samen, Wet Arbeid Vreemdelingen, Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, Arbeidsomstandighedenbesluit, Arbeidstijdenbesluit en Besluit Stralingsbescherming. Deze zijn mogelijk van belang voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, omdat het Ministerie onder het normadressaat van het bewaarrecht kan vallen. Deze zogenaamde bewaarrechten brengen geen risico’s met zich die zijn toegespitst op het digitaliseren van persoonsgegevens gekoppeld aan het vernietigen van het origineel.

Conclusie

Een wettelijke bewaartermijn zou een risico opleveren voor het Ministerie indien uitsluitend originele documenten zouden mogen worden overhandigd als bewijsmiddel. We zijn echter geen bepalingen tegengekomen die een dergelijke eis stellen. Ook voor zover het is toegestaan om de originele papieren variant te converteren naar een elektronisch bestand, levert de wettelijke bewaartermijn slechts een randvoorwaarde op voor de duurzaamheid van de scan. Bewaarrechten zoals genoemd in het Vrijstellingsbesluit Wbp, brengen geen risico met zich dat is toegespitst op het digitaliseren van persoonsgegevens gekoppeld aan het vernietigen van het origineel, al moeten deze bewaarrechten vanzelfsprekend ook in een digitale context worden gerespecteerd.

⁸⁰ Artikel 72 Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001 (Opgenomen gegevens, raadpleegbaarheid, bewaartermijn) luidt: “1. Van elk verstrekt reisdocument respectievelijk van elke daarin opgenomen bijschrijving wordt een administratie bijgehouden. 2. De in het eerste lid bedoelde reisdocumentenadministratie wordt bijgehouden in het reisdocumentenstation, voor zover het de daarin overeenkomstig de artikelen 40 en 55 opgenomen gegevens betreft. 3. De overige gegevens met betrekking tot de aanvraag, verstrekking en uitreiking worden als afzonderlijke documenten in de reisdocumentenadministratie opgenomen op een wijze die raadpleging in samenhang met de in het tweede lid bedoelde gegevens mogelijk maakt. 4. De in de reisdocumentenadministratie opgenomen gegevens worden gedurende elf jaren na de datum van verstrekking van het betreffende reisdocument dan wel de opneming van de bijschrijving in een reisdocument bewaard.”

⁸¹ Artikel 3.2:1 Arbeidstijdenbesluit luidt: “De werkgever en de persoon als bedoeld in artikel 2:7, eerste lid, van de wet bewaart de gegevens en bescheiden met betrekking tot de in artikel 4:3 van de wet neergelegde registratieverplichting ten minste 52 weken, gerekend vanaf de datum waarop de desbetreffende gegevens en bescheiden betrekking hebben.”

⁸² Artikel 14 lid 1 van de Regeling bescherming persoonsgegevens in personeelsdossiers en Emplaza BZK (Verwijderen van gegevens in personeelsdossiers) luidt: “Behoudens een wettelijke bewaarplicht draagt de verantwoordelijke zorg voor tijdige verwijdering van de in het personeelsdossier verwerkte persoonsgegevens.” Artikel 17 van dezelfde regeling (Verwijderen van gegevens in Emplaza) luidt: “1. Behoudens een wettelijke bewaarplicht draagt de verantwoordelijke zorg voor tijdige verwijdering van de in Emplaza verwerkte persoonsgegevens. 2. Persoonsgegevens die worden verwerkt in Emplaza worden vernietigd vijf jaar na ontslag van de betrokken medewerker. 3. Vertrouwelijke gegevens die worden verwerkt in Emplaza worden vernietigd vijf jaar nadat ze voor het eerst zijn aangemaakt.”

6. Overige relevante bepalingen

Het is interessant om te zien hoe de wetgever omgaat met digitalisering van bepaalde processen en documenten, en in bepaalde gebieden van het recht juist weer geen specifieke maatregelen treft. De afgelopen jaren is een duidelijke ‘elektronische trend’ waarneembaar in Nederland. Wetgeving wordt aangepast met het oog op het digitale tijdperk. In paragraaf 6.1 bespreken we enkele voorbeelden van wetgeving die is aangepast met het oog op substitutievervalsijnselen, zoals bijvoorbeeld elektronische handtekeningen. In sommige gevallen zijn er wel aanpassingen gedaan, maar reiken deze niet tot substitutievervalsijnselen. Dat is het geval voor met name de Auteurswet, en de Wet bescherming persoonsgegevens. Opmerkelijk en relevant is de pilot die de Rechtbank Rotterdam eind juli is gestart: ‘Digitaal procederen bestuursrecht’ (zie paragraaf 6.4).

6.1 Wetgeving voor de elektronische overheid

Voorbeelden van bestaande wetgeving die is aangepast om digitalisering van bepaalde documenten en processen mogelijk te maken, zijn bijvoorbeeld het wetsvoorstel wet elektronische bekendmaking, dat elektronische bekendmaking op één lijn stelt met de traditionele bekendmaking op papier, de wet elektronisch bestuurlijk verkeer, waarin de voorwaarden staan waaronder elektronisch gegevensverkeer mogelijk is tussen bestuursorganen en burgers, de wet elektronische handtekening, waarin de voorwaarden zijn opgenomen waaronder elektronisch vermogensrechtelijk verkeer rechtsgeldig kan plaatsvinden, en de Kadasterwet, die het digitaliseren van registers mogelijk maakt.

De *Wet elektronische bekendmaking* maakt een einde aan de situatie dat alleen de ‘papieren’ publicaties van onder meer Staatsblad, Staatscourant en Tractatenblad als officiële versie beschouwd mogen worden:⁸³ “Dit wetsvoorstel strekt er in de eerste plaats toe om de elektronische publicatie van de eerstgenoemde categorie documenten aan te merken als rechtsgeldige bekendmaking, door te voorzien in elektronische uitgifte van het Staatsblad en de Staatscourant. In de tweede plaats voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid van elektronische bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten van algemene strekking, afkomstig van decentrale overheden. Op termijn wordt elektronische bekendmaking voor deze overheden een verplichting.”⁸⁴

Op 1 juli 2004 is de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer (Webv) in werking getreden. Deze wet heeft een afdeling toegevoegd aan de Awb, afdeling 2.3 *Verkeer langs elektronische weg*, artikelen 2:13 – 2:17 Awb. Met deze wet beoogt de wetgever het elektronisch verkeer tussen burger en overheid te bevorderen. De wet heeft een tweeledig doel: a. het wegnemen van de onzekerheden die thans in de praktijk bestaan over de vraag wanneer verkeer langs elektronische weg met bestuursorganen mogelijk is en b. in het eisen van waarborgen voor een goed verloop van dit verkeer.

De *Wet elektronische handtekening* ziet op het gelijkstellen van de elektronische handtekening, mits voldaan aan de in de wettelijke bepalingen opgenomen voorwaarden, met de traditionele op papier geschreven handtekening. De wet omvat een opsomming van aanpassingen op het Burgerlijk wetboek, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten. Met de totstandkoming van de Wet elektronische handtekening hing een ander project samen: het project Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW) inzake elektronische handtekening en recht.⁸⁵ Dit project had ten doel om te onderzoeken of rechtshandelingen waarvoor een wettelijk vormvereiste is gesteld, ook op elektronische wijze verricht kunnen worden. Hoewel de werkgroep tot de conclusie komt dat niet voor alle onderzochte vormvereisten

⁸³ Kamerstukken II 31 084, nr. 2, 3 en 4.

⁸⁴ Kamerstukken II 31 084, nr 3, p. 1.

⁸⁵ Zie Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 54, 1997/98, nrs. 84 en 87.

een elektronische equivalent voorhanden is, sluiten zij niet uit dat in de toekomst (voor ons thans het heden) langs elektronische weg aan die vormvereisten kan worden voldaan. De “alternatieven dienen te voldoen aan waarborgen wat betreft integriteit, controleerbaarheid, vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en beschikbaarheid.”⁸⁶

Artikel 9 lid 3 van de *Kadasterwet* luidt: “Het bestuur van de Dienst kan ten aanzien van door hem aan te wijzen openbare registers als bedoeld in artikel 8, eerste lid, of gedeelten ervan, de inhoud overbrengen op andere gegevensdragers van dezelfde of een andere soort, mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave van alle desbetreffende gegevens, ter waarborging waarvan het bestuur van de Dienst passende maatregelen ten uitvoer legt. Het bestuur van de Dienst kan bepalen dat meer dan een duplicaat van dezelfde of een andere soort als bedoeld in de eerste zin wordt vervaardigd. [...]” Uit de MvT Herzieningswet Kadasterwet I, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 443, nr. 3, p. 4-5: “Tevens is dit wetsvoorstel te beschouwen als een maatregel ter bevordering van de ontsluiting van openbare registers als bedoeld in de actualisering van het actieplan behorend bij de nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» (Kamerstukken II 1998/99, 25 880, nr. 8, blz. 10).”

Ook het vermelden waard – als teken van de vroege erkenning van de mogelijkheid van substitutie – is de Aanbeveling van de Europese Commissie betreffende de harmonisatie van wetgeving inzake het vereiste van schriftelijk bewijs en de toelating van reproducties van documenten en computeropnames van 11 december 1981.⁸⁷ Deze aanbeveling is in 1981 (!) geschreven met het oog op digitale substitutie in enge zin. De commissie beveelt de Lidstaten aan om bepalingen op te nemen die substitutie in enge zin - van de boekhouding van een rechtspersoon en overige documenten die betrekking hebben op gesloten overeenkomsten - als hoofdregel stellen. Afwijkingen van deze hoofdregel zouden expliciet in wettelijke bepalingen moeten worden opgenomen. De substituut-documenten zouden indien overeenkomstig bepaalde randvoorwaarden die de authenticiteit, integriteit en betrouwbaarheid van het substitutieproces waarborgen, als bewijs moeten kunnen dienen in een juridisch proces. Als waarborgen worden genoemd: vermelden van de identiteit van degene onder wiens verantwoordelijkheid de reproductie is vervaardigd, soort document, plaats en datum van substitutie en vermelding van eventuele onvolkomenheden die zich tijdens het proces hebben voorgedaan; de reproductie moet nauwkeurig overeenkomen met het origineel (een onuitwisbare, betrouwbare en duurzame kopie) en beschermd worden tegen wijzigingen; het substitutieproces moet gecontroleerd worden en de reproductie moet toegankelijk zijn voor wie het aangaat; de bewaartermijnen van het origineel moeten in acht worden genomen.

6.2 Beperkingen in verband met de Auteurswet

In 2004 is de auteurswet 1912 aangepast aan de Europese richtlijn 2001/29/EC van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij. ‘Openbaar maken’ omvat sindsdien ook de beschikbaarstelling aan het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd (via het internet). Het brede verveelvoudigingsbegrip omvat de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie met welke middelen en in welke vorm dan ook. Bij het Ministerie worden alle binnenkomende stukken die archiefwaardig worden bevonden gescand en middels Digidoc (intranet) toegankelijk gemaakt voor de medewerkers van het Ministerie. Daarmee valt het handelen van het Ministerie onder de noemers ‘verveelvoudigen’ en ‘openbaar maken’. In beginsel zijn alle stukken voor een ieder toegankelijk, tenzij uitdrukkelijk een voorbehoud is gemaakt.

⁸⁶ Kamerstukken II 1997/78, 24 036 nr. 87.

⁸⁷ Recommendation No. R (81) 20 of the Committee of Ministers to Member States on the Harmonisation of laws relating to the requirement of written proof and to the admissibility of reproductions of documents and recordings on computers, adopted on 11 december 1981.

Een uitspraak die vermelding verdient in deze context is de Digitale Krantenknipsel-uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 2 maart 2005.⁸⁸ De rechtbank achtte de praktijk waarbij de Staat zonder toestemming van de rechthebbende analoge krantenknipsels scande en middels het intranet verspreidde, in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Auteursrechtrichtlijn. De rechter concludeert in deze uitspraak dat het exploitatiebelang van de krantenuitgevers “op onredelijke wijze wordt geschaad door de praktijk van het zonder toestemming vervaardigen van digitale knipselkranten”. Hoewel de vervaardiging van de papieren krantenknipselmappen onder de persexceptie van artikel 15 Aw viel, verzet de drie-stappen-toets zich er tegen dat de digitale variant onder deze exceptie zou vallen. Deze uitspraak laat goed zien dat er niet zomaar van kan worden uitgegaan dat het adagium dat wat offline geldt, ook online geldt.

Substitutie van auteurswerken zonder toestemming van de rechthebbende levert in beginsel een inbreuk op het auteursrecht op. Het scannen van een werk waarop auteursrecht rust, is aan te merken als een vereenvoudigingshandeling. En het beschikbaarstellen van de scan middels het intranet van het Ministerie is aan te merken als een openbaarmakingshandeling. Openbaarmaken mag uitsluitend met de uitdrukkelijke toestemming van de rechthebbende, tenzij de openbaarmaking valt onder het uitputtingsbeginsel van artikel 12b Aw:

“Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgenden voor de eerste maal in een van de lidstaten van de EU [...] in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van *dat exemplaar*, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.”

Het doorgeven binnen het Ministerie van een *stoffelijke exemplaar* van een auteurswerk valt, indien het betreffende exemplaar reeds door de rechthebbende in het verkeer is gebracht, binnen de reikwijdte van het uitputtingsbeginsel. Het beschikbaarstellen van gescande auteurswerken middels Digidoc (intranet) valt echter niet onder het uitputtingsbeginsel. Het beginsel ziet namelijk alleen op het verspreiden van *stoffelijke exemplaren*.

Een uitzondering hierop vormt artikel 22 van de Auteurswet. Hierin is bepaald dat het overnemen van een auteurswerk geen inbreuk oplevert indien de overname geschiedt ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een *bestuurlijke, parlementaire of gerechtelijke procedure* of de berichtgeving daarover te waarborgen. Het insturen van een bezwaarschrift naar het Ministerie zal onder deze bepaling vallen. Het vereenvoudigen en beschikbaarstellen van een bezwaarschrift zal in het kader van het goede verloop van een bestuurlijke procedure niet als inbreuk op het auteursrecht kunnen worden aangemerkt. Die inbreuk bestaat wél bij het digitaal beschikbaarstellen van andere auteurswerken zonder toestemming van de rechthebbende.

6.3 Beperkingen in verband met de verwerking van persoonsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is relevant voorzover het gaat om het digitaliseren of scannen van documenten die persoonsgegevens bevatten, ofwel gegevens die een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon betreffen (art. 1, onder a, Wbp). De wet is van toepassing als deze persoonsgegevens langs geautomatiseerde weg worden verwerkt of in een bestand zijn opgenomen, dan wel bestemd zijn om daarin te worden opgenomen (art. 2, eerste lid, Wbp).

Een bestand wordt gedefinieerd als een gestructureerd geheel van persoonsgegevens, ongeacht of dit geheel van gegevens gecentraliseerd is of verspreid is op een functioneel of geografisch bepaalde wijze, dat

⁸⁸ Rechtbank Den Haag 2 maart 2005, LJN AS8778.

volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen (art. 1, onder c, Wbp). Dit begrip is in recente rechtspraak nader gedefinieerd.⁸⁹ Het digitaliseren of scannen van documenten met persoonsgegevens impliceert dat deze gegevens langs geautomatiseerde weg worden verwerkt. Voorzover er niet eerder sprake was van gegevens opgenomen in een bestand of daartoe bestemd, betekent dit dat deze gegevens als gevolg van het digitaliseren of scannen vallen onder het toepassingsbereik van de Wbp.

Van belang is dan allereerst artikel 10 Wbp. Op grond van deze bepaling mogen de desbetreffende persoonsgegevens niet langer worden bewaard in een vorm die het mogelijk maakt om betrokkenen te identificeren, dan nodig is voor de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verzameld en vervolgens worden verwerkt. In veel gevallen zal dit een wettelijke bewaartermijn kunnen zijn, danwel de termijn waarbinnen het desbetreffende document of gegevens daarin nog juridische relevantie kunnen hebben – denk aan wettelijke of overeengekomen termijn waarbinnen aansprakelijkheden kunnen worden geëffectueerd.

Verder komt betekenis toe aan het Vrijstellingsbesluit (Vb). Voorzover verwerkingen van persoonsgegevens niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 27 Wbp zijn gemeld, kan en moet vaak worden aangenomen dat er een beroep is gedaan op een van de vrijstellingen in het Vrijstellingsbesluit. Dit betekent dat de maximale bewaartermijnen gelden, zoals die zijn aangegeven in de te onderscheiden vrijstellingen. Voor de gegevens in bijvoorbeeld een personeelsadministratie geldt dan dat deze moeten worden verwijderd dan wel geanonimiseerd uiterlijk twee jaar nadat het dienstverband is beëindigd, tenzij de gegevens nog nodig zijn ter voldoening aan een wettelijke bewaarplicht (art. 7, vijfde lid, Vb). Voor persoonsgegevens in archiefbescheiden geldt dat de gegevens moeten worden verwijderd zodra zij hun belang voor de archiefbestemming hebben verloren (art. 29, vijfde lid, Vb).

De mogelijke strijd tussen toepasselijkheid van de Wbp (met gemaximeerde bewaarrechten) en andere wetgeving (met geminimaliseerde bewaarplichten) wordt dus in beginsel opgelost door de bewaarplichten te laten prevaleren boven de bewaarrechten uit de Wbp. In een archiveringscontext zal een belangenafweging niet gemakkelijk kunnen worden gemaakt. Het hierboven aangevoerde 'belang voor de archiefbestemming' zal in de praktijk een bijzonder een rekbaar begrip vormen.

6.4 Pilot digitaal procederen Rechtbank Rotterdam

De rechtbank Rotterdam is eind juli gestart met een pilot 'Digitaal procederen bestuursrecht'. Een vijftigtal mededingings- en telecomzaken zullen volledig digitaal verlopen:

- "Elektronisch berichtenverkeer tussen de rechtbank en de procespartijen;
- Het vastleggen en raadplegen van alle stukken in een elektronisch dossier tijdens alle fasen van een procedure, zowel door de rechtbankmedewerkers als door de procespartijen;
- Het elektronisch op de hoogte stellen van betrokken partijen en belanghebbenden over wijzigingen in het dossier;
- Het digitaal voorbereiden van een zaak door de rechtbankmedewerkers;
- Het houden van een digitale zitting."⁹⁰

Stukken die niet zijn opgemaakt in digitale vorm zoals het bezwaar- en beroepschrift, zullen worden gescand en vervolgens worden toegevoegd aan het digitale dossier. Als de pilot een succes wordt, is men

⁸⁹ HR 3 juni 2005, LJN AT1093 (Zwartboek), JOL 2005/317; HR 29 juni 2007, LJN BA 3529 (HBU), RVDW 2007/633, JOL 2007/248

⁹⁰ <www.rechtspraak.nl/Gerechten/Rechtbanken/Rotterdam/Actualiteiten/Start+pilot+digitaal+dossier.htm>; zie ook: <<http://www.mr-online.nl/juridisch-nieuws/rechtbank-rotterdam-start-pilot-digitaal-dossier.html>>.

voornemens het digitaal procederen landelijk in te voeren. Op welk termijn en in welke vorm het digitaal procederen uiteindelijk zal worden ingevoerd, is nu nog niet te voorspellen. Het project maakt echter wel duidelijk dat een trend waarneembaar is, ook bij de rechtbanken, om digitale documenten en rechtshandelingen die langs digitale weg zijn verricht als rechtsgeldig te accepteren. In dit licht is het aannemelijk dat rechters een gescand document als bewijsmiddel positief zullen waarderen, mits is voldaan aan de noodzakelijke waarborgen omtrent authenticiteit, integriteit, betrouwbaarheid en volledigheid.

Conclusie

Er is de afgelopen jaren een duidelijke 'elektronische trend' waarneembaar in Nederland: overheden worden zich steeds bewuster van de noodzaak om digitale documenten en documentstromen een 'officiële' plaats in het recht te geven. Uit verschillende wetten en wetsvoorstellen blijkt dat in steeds meer domeinen wordt geanticipeerd of gereageerd op een al deels gegroeide praktijk van digitalisering. Datzelfde geldt voor de pilot digitaal procederen. Dat mogelijk niet in alle domeinen de digitalisering voldoende wordt 'gefaciliteerd', blijkt uit de regeling van het auteursrecht, waarin weliswaar op het digitale tijdperk is gereageerd, maar in vrij defensieve zin, waardoor substitutie auteursrechtelijke problemen kan opleveren.

Elektronische substitutie van auteurswerken zonder toestemming van de rechthebbende levert in beginsel een inbreuk op het auteursrecht op. Een uitzondering hierop vormt artikel 22 van de Auteurswet. Hierin is bepaald dat het overnemen van een auteurswerk geen inbreuk oplevert indien de overname geschiedt ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een *bestuurlijke, parlementaire of gerechtelijke procedure* of de berichtgeving daarover te waarborgen. Het insturen van een bezwaarschrift naar het Ministerie zal onder deze bepaling vallen.

Op het moment dat een document wordt gescand is, voor zover niet al eerder, de Wet Bescherming Persoonsgegevens van toepassing. Het hieraan verbonden risico dat persoonsgegevens langer bewaard worden dan de wettelijk toegestane bewaartermijnen,⁹¹ noopt tot zorgvuldige verwerking van de persoonsgegevens, des te meer indien het bijzondere persoonsgegevens betreft zoals ras, lid van een vakbond, seksuele geaardheid en ziekte. De situatie voor wat betreft de Wbp is bij substitutie in enge zin echter niet verschillend van de situatie bij substitutie in brede zin (zonder vernietiging van papieren documenten).

⁹¹ Zie hoofdstuk 5, wettelijke bewaarplichten.

7. Randvoorwaarden optimalisatie bewijspositie bij substitutie

In de vorige hoofdstukken is duidelijk geworden dat het bewijsrecht geen principiële onoverkomelijke obstakels oplevert voor substitutie, mits het scanproces voldoet aan een aantal waarborgen ten aanzien van de authenticiteit, volledigheid, betrouwbaarheid en duurzaamheid. In dit hoofdstuk zullen we aandacht besteden aan de waarborgen waarmee de overtuigingskracht van een substituuut kan worden geoptimaliseerd. Aan de genoemde randvoorwaarden kan slechts worden voldaan als het Ministerie zorgt dat zijn informatiehuishouding op orde is. Eind 2006 is een nota verschenen, “Informatie op orde. Vindbare en toegankelijke informatie” waarin het kabinet haar visie geeft op vindbare en toegankelijke overheidsinformatie.⁹²

De kern van deze visie is dat de (digitale) informatiehuishouding van de rijksoverheid zo moet zijn ingericht dat overheidsinformatie volledig, authentiek en betrouwbaar is, en dat de informatie vindbaar en toegankelijk moet zijn.⁹³ Een aanleiding tot deze nota was het rapport “Een demeterende overheid”⁹⁴ van de rijksinspectiedienst van 2005, waarin de rijksinspectiedienst een vernietigend oordeel geeft over de informatiehuishouding van de rijksoverheid. Gebleken was dat documenten voortijdig verloren waren geraakt door misverstanden, bewuste en onbewuste schoonacties, documenten waren zoekgeraakt omdat geen eenduidig archiveringsbeleid was gevolgd, documenten niet in de juiste context geplaatst konden worden omdat de juiste metagegevens ontbraken, gegevens langer werden bewaard dan op grond van de privacy- en archiefwetgeving is toegestaan en documenten onbedoeld in de openbaarheid waren geraakt.⁹⁵

De juridische risico's die wij in ons onderzoek schetsen omtrent de bewijskracht van gescande documenten, hangen nauw samen met de gevoerde informatiehuishouding. Indien de kabinetsvisie wordt nageleefd, zullen de risico's naar verwachting beperkt blijven. De risico's zullen toenemen naarmate wordt afgeweken van de randvoorwaarden waaraan de informatiehuishouding moet voldoen. Omgekeerd kunnen de juridische risico's van substitutie doorgaans worden gereduceerd door de substitutie met waarborgen te omkleeden. Bij de vrije bewijswaardering die met name in het civiele en administratieve recht de norm is, kan de rechter indien nodig worden overtuigd met goede argumenten over de integriteit van documenten – of ze nu in papieren of in elektronische vorm worden aangeboden. Bij de borging en beoordeling van integriteitsaspecten van documenten in een juridische context kunnen wij een beroep doen op de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, zoals opgesteld door Franken.⁹⁶ De beginselen zijn respectievelijk beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit, flexibiliteit en transparantie.

Beschikbaarheid heeft betrekking op de zo vrij mogelijke verkrijgbaarheid van informatie door toepassing van bijvoorbeeld standaardisatie en het nietodeloos afschermen ervan. Vertrouwelijkheid heeft betrekking op het respecteren van de beperkte toegankelijkheid van informatie wanneer die informatie niet voor iedereen bestemd is. Integriteit betreft de juiste werking van informatiesystemen en het behoud van oorspronkelijke informatie, indien dat tot de functies van het systeem behoort. Authenticiteit gaat om de correctheid van de vermelding van auteurs en/of afzenders van informatie; is informatie werkelijk van de geclaimde auteur afkomstig? Flexibiliteit ziet op de mate waarin de werking van ICT-systemen gemakkelijk is

⁹² Kamerstukken II 29 362, nr. 101, Informatie op Orde, Kabinetsvisie op vindbare en toegankelijke overheidsinformatie, p. 7.

⁹³ Kamerstukken II 29 362, nr. 101, Informatie op Orde, Kabinetsvisie op vindbare en toegankelijke overheidsinformatie, p. 7.

⁹⁴ Rijksarchiefinspectie, Een demeterende overheid? De risico's van digitaal beheer van verantwoordingsinformatie bij de centrale overheid, 27 januari 2005.

⁹⁵ Rijksarchiefinspectie, Een demeterende overheid? De risico's van digitaal beheer van verantwoordingsinformatie bij de centrale overheid, 27 januari 2005.

⁹⁶ H. Franken, 'Juridisch-theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild (red.), Recht en computer, 5^e druk, p. 57-60.

aan te passen aan nieuwe omstandigheden. Transparantie betreft de controleerbaarheid van de werking van ICT-systemen voor hun gebruikers.⁹⁷

Deze beginselen betreffen volgens Franken zowel de ICT-systemen zelf als het gebruik ervan. Dat ligt ook voor de hand, omdat ICT-systemen voor het overgrote deel niet op een zinnige manier kunnen worden beschouwd zonder de interactie met hun gebruikers. Bovendien kunnen de beginselen elkaar in de weg zitten; zo gaan beschikbaarheid en vertrouwelijkheid niet altijd samen. In het omkleden van substitutie met waarborgen kunnen de beginselen van Franken een sturende werking hebben, en bovendien ervoor zorgen dat bij bijvoorbeeld rechterlijke toetsing de kans op bewijsproblemen zo klein mogelijk is.

Bij het overtuigen van de rechter van de bewijskracht van bijvoorbeeld een gesubstitueerde onderhandse akte dient – indien die bewijskracht bestreden wordt door de tegenpartij en betwijfeld door de rechter – die bewijskracht zoveel mogelijk te worden ondersteund. Dit kan op verschillende manieren die zoveel mogelijk aansluiten bij de beginselen van Franken. Achtereenvolgens behandelen wij die beginselen en sommen de mogelijke maatregelen op:

- **Beschikbaarheid:** de beschikbaarheid van gesubstitueerde documenten dient gewaarborgd te worden. Dit betekent dat zij in voorkomende gevallen voldoende eenvoudig kunnen worden teruggevonden en gepresenteerd. In het algemeen zal de toepassing van elektronische ontsluitingstechnologieën die beschikbaarheid slechts verbeteren. Zo zijn er doorgaans meer ingangen voor zoekacties dan bij een papieren archief. Daar staat tegenover dat vraagtekens kunnen worden gezet bij de digitale duurzaamheid van een gesubstitueerd document. Hier komt het aan op het aansluiten bij breed geaccepteerde standaarden, zodat de kans zo groot mogelijk is dat eenmaal gesubstitueerde documenten door de tijd heen toegankelijk blijven. Daarbij kan bijvoorbeeld aansluiting gezocht worden bij de technieken en procedures die de Koninklijke Bibliotheek heeft ontwikkeld voor de waarborging van digitale duurzaamheid. Daarnaast kan een tweesporenbeleid worden gevolgd. Voor de langdurige beschikbaarheid van gesubstitueerde documenten kan worden overwogen om bepaalde typen documenten batchgewijs over te zetten op microfilm, met bijbehorende metadata. Zo'n analoge techniek maakt het reconstrueren van de inhoud van verloren gegane of niet langer toegankelijke digitale documenten ook op de zeer lange termijn mogelijk.
- **Vertrouwelijkheid:** vertrouwelijkheid vormt om verschillende redenen een punt dat extra aandacht verdient. Het digitaal ontsluiten van documenten bij substitutie heeft een aantal consequenties. Zo is er niet langer een fysieke barrière voor het raadplegen van documenten. Dat vraagt speciale beveiligingsmaatregelen, en bovendien om het nauwkeurig regelen van toegangsrechten. Documenten die vertrouwelijke of privacygevoelige gegevens bevatten, moeten daarom extra beschermd worden tegen ongeautoriseerde inzage en tegen misbruik. Dat is geen eenvoudige opgave vanwege (a) de gemakkelijker toegankelijkheid en doorzoekbaarheid die gesubstitueerde documenten nu eenmaal treft, waardoor de drempel voor ongeautoriseerde inzage verlaagd wordt; (b) voortschrijdend inzicht bij zowel het beveiligen van de authenticiteit van elektronische documenten als bij het doorbreken van die beveiliging, waardoor een eenmaal aangebrachte beveiliging (net als bij papieren documenten overigens) niet een voor altijd uitgemaakte zaak is.
- **Integriteit:** de correcte werking van ICT-systemen is uiteraard van belang voor gesubstitueerde documenten, vooral daar waar het gaat om de onaantastbaarheid van eenmaal vastgelegde documenten. Voor een juiste werking van een archief is die onaantastbaarheid van wezensbelang. Ten opzichte van een papieren document moet een elektronisch document ten minste even lastig te manipuleren zijn. Daarvoor bestaan diverse mogelijkheden, zowel in de beheersstructuur van het elektronisch archief (organisatorische waarborgen, belanghebbenden hebben geen directe toegang tot de elektronische 'ori-

⁹⁷ Cf. H. Franken, 'Juridisch-theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, 5^e druk, p. 57-60.

ginelen'; desnoods beheer door een trusted third party), en technische beveiligingsmaatregelen, zoals elektronische 'vingerafdrukken' van documenten die zodanig gecodeerd worden dat altijd achterhaald kan worden of het originele document gemanipuleerd is.

- **Authenticiteit:** een vergelijkbaar punt betreft de 'afzender' van de informatie: is degene van wie het document afkomstig is volgens de inhoud van dat document ook de daadwerkelijke afzender? De authenticiteit van een papieren document is net als de authenticiteit van een elektronisch document lastig vast te stellen. In het geval van substitutie van inkomende stukken is het dan vooral van belang de authenticiteit van het document na substitutie te waarborgen ten opzichte van de situatie vóór substitutie. De mate van borging van de authenticiteit van het elektronische document mag dus niet achteruit gaan ten opzichte van het origineel. Toch bestaat hier wel degelijk een risico. Dat heeft niet zozeer te maken met de borging van de elektronische versie – die kan namelijk verzekerd worden op dezelfde manier als de integriteit wordt gewaarborgd. Alleen kunnen originele tekens zoals handtekeningen en stempels in het scanproces aan waarde verliezen, omdat de originelen zich veel beter voor onderzoek lenen dan de scans.
- **Flexibiliteit:** dit beginsel kan worden toegepast op de organisatorische context en de ICT-implementatie van substitutie: hoe gemakkelijk kan de manier waarop substitutie geregeld binnen een organisatie worden aangepast, en hoe gemakkelijk kunnen onvoorziene gevallen worden geacommodeerd in de implementatie. Voorbeeld is het wijzigen van het vernietigingsbeleid in termen van verlengen of verkorten van termijnen, het aanpassen van de typen niet-te-vernietigen documenten etc.
- **Transparantie:** het transparantiebeginsel heeft in het kader van dit onderzoek niet alleen betrekking op de ICT-systemen waarmee de substitutie mogelijk wordt gemaakt, maar ook op de doorwerking van die transparantie in de richting van burgers, bedrijven en andere overheden, en in de richting van de rechterlijke macht. Voor deze groepen moet bij voorkeur in grote lijnen helder zijn hoe de elektronische documenten worden bewaard, en hoe hun integriteit, vertrouwelijkheid en authenticiteit worden gewaarborgd. Het belang van dergelijke transparantie richting rechterlijke macht is uiteraard groot, omdat daarvan mede zal afhangen hoe de bewijskracht van elektronische documenten of afschriften daarvan wordt gewaardeerd.

Substitutie lijdt onder nog een ander technisch risico: het voortschrijden van technologische mogelijkheden. De technieken waarmee vandaag de dag een hoge mate van borging van bijvoorbeeld authenticiteit kan worden bereikt, kunnen over enkele jaren achterhaald zijn. Veel van deze technieken maken gebruik van asymmetrische encryptie; een methode van coderen die kan lijden onder toegenomen rekenkracht, verbeterde rekenmethoden of zwaktes in veilig geachte algoritmen. De beste manier om dergelijke risico's het hoofd te bieden is de organisatorische context zodanig vorm te geven, dat ook latere manipulaties bemoeilijkt worden.

8. Conclusies en aanbevelingen

In dit onderzoek hebben we geprobeerd een antwoord te vinden op de vraag welke juridische risico's zijn verbonden aan de vernietiging van originele documenten na hun opname in de geautomatiseerde systemen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Na een quickscan is de focus van het onderzoek gericht op het bewijsrecht. Vanuit drie rechtsgebieden, te weten het bestuursrecht, het civiele recht en het strafrecht, hebben we gekeken wat de bewijsrechtelijke risico's voor het Ministerie zijn van het scannen en vernietigen van originele documenten.

Bestuursrecht

In het bestuursrecht onderscheiden we twee fasen: de bestuurlijke fase en de bestuursrechtelijke fase. De eerste fase behelst de besluitvormingsfase en de bezwaarprocedure. De bestuursrechtelijke fase ziet op de beroepsfase bij de bestuursrechter. In de bestuursrechtelijke fase kan het bewijs in beginsel door alle mid-delen worden geleverd, de vrije bewijsleer geldt hier als uitgangspunt. In de Awb zijn geen wettelijke vereis-ten opgenomen die een belemmering vormen voor het scannen van originele bewijsmiddelen. Of een ge-scand document in een specifieke situatie als bewijs zal worden geaccepteerd is afhankelijk van de waarde-ring die de bestuursrechter zal hechten aan dat bewijsmiddel onder de gegeven omstandigheden.

Een positieve waardering hangt samen met de overtuigingskracht van de aangevoerde scan. Het omkleden van de scan met waarborgen omtrent authenticiteit, integriteit, betrouwbaarheid en volledigheid zal sterk bijdragen aan de overtuigingskracht. In de bestuursfase geldt in beginsel ook de vrije bewijsleer, maar in de praktijk zien we dat omwille van proceseconomische efficiëntie bestuursorganen bewijsbeleid opstellen waarin de toegestane bewijsmiddelen worden ingeperkt, dan wel aan voorwaarden worden verbonden. In dit licht zou het interessant zijn het eigen bewijsbeleid van het Ministerie aan een nader onderzoek te on-derwerpen, gezien het feit dat een bepaalde 'wederkerigheid' in dat bewijsbeleid gewenst is.

In dit licht is het denkbaar dat een scan wordt uitgesloten als bewijsmiddel. De gang naar de bestuursrech-ter zal dan uitsluitel kunnen bieden of een bestuursorgaan naar maatstaven van redelijkheid de juiste afwe-ging heeft gemaakt. Ook kan de inherente afwijkingsbevoegdheid van een bestuursorgaan voor een oplos-sing zorgen, indien de scan gewaardeerd wordt als een bewijsmiddel dat de doelstelling van het bewijsbeleid niet frustreert. Voor zover de doelstelling proceseconomische efficiëntie behelst, zal het digitaliseren van een bewijsmiddel niet snel problemen met zich brengen.

Van meer wezenlijk belang zijn de praktische risico's, zoals het zoekraken van gescande documenten, de door de burger betwiste betrouwbaarheid van een bewijsdocument, en de door de burger betwiste datum van indiening van een bezwaar- of beroepschrift. Een zorgvuldige, betrouwbare en beveiligde informatie-huishouding zal de risico's verminderen. Gezien het rechterlijk bewijsvermoeden waarop een bestuurs-rechter zijn oordeel kan baseren is het van belang in anticipatie op eventuele betwisting of in twijfel trekken van de authenticiteit en integriteit van het geleverd bewijs door de wederpartij, het gesubstitueerde be-wijsmiddel te vergezellen van informatie over de waarborgen waarmee het scanproces en de scan zelf zijn omkleed.

In het bijzonder hebben we nog aandacht besteed aan de wetgeving en het beleid inzake het fiscaal recht. Volgens de Algemene wet rijksbelastingen is het scannen en vernietigen van originele stukken strekkende tot bewijs van de financiële en administratieve stand van zaken, met uitzondering van de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten toegestaan. Ook het beleid van de Belastingdienst zoals verwoord in de recente brochure "Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht" staat het scannen en vervolgens vernietigen van het origineel toe, onder bepaalde voorwaarden. Deze voorwaarden zien op het waarborgen van volledigheid, authenticiteit, beschikbaarheid, raadpleegbaarheid en integriteit: "In dit soort gevallen [scannen van ontvangen papieren] zullen de beheersingsmaatregelen in de organisatie tezamen met

de geconverteerde gegevens (bijvoorbeeld de scan) de gewenste zekerheid moeten geven over de echtheid.”⁹⁸

Burgerlijk recht

Ook in het civiele recht geldt net als in het bestuursrecht de vrije bewijsleer. In beginsel kan daardoor bewijs geleverd kan worden met alle middelen - in de wet is geen belemmering opgenomen voor bewijslevering middels gescande documenten. Een kanttekening dient geplaatst te worden aangaande de bewijskracht van specifieke documenten. Het scannen van authentieke en onderhandse akten brengt met zich dat de uitwendige, formele en/of materiële bewijskracht verloren gaan. Het ontbreken van dwingende bewijskracht is echter geen *onoverkomelijk* obstakel voor substitutie, aangezien het leveren van tegenbewijs immer is toegestaan conform artikel 151 lid 2 Rv.

Ook in het civiele recht zal het van de omstandigheden van het geval afhangen welke waardering de rechter zal hechten aan een gesubstitueerd document. Het omkleden van het bewijsmiddel met randvoorwaarden van technische en organisatorische aard die de authenticiteit, integriteit, betrouwbaarheid en volledigheid waarborgen, zal naar alle waarschijnlijkheid de overtuigingskracht van het middel verhogen. Voor contracten met een hoog financieel risico kan bovendien een drempelbedrag worden ingesteld, bijvoorbeeld ter hoogte van de aanbestedingsdrempel, waarboven het bewaren van de originele contracten blijft voorgeschreven.

Strafrecht

In het strafrecht geldt niet de vrije bewijsleer als uitgangspunt, maar kan het bewijs slechts door wettelijke bewijsmiddelen geleverd worden. Het Wetboek van Strafvordering kent een limitatieve opsomming van toegelaten bewijsmiddelen. Een gescand document kan geschaard worden onder twee van de in de wettelijke bepaling opgesomde categorieën: ‘schriftelijke bescheiden’ en ‘eigen waarneming van den rechter’. Dit betekent dat een scan in beginsel in een strafproces kan worden ingebracht als bewijsmiddel. Welke waardering de strafrechter hecht aan een gesubstitueerd document is wederom afhankelijk van de mate waarin hij is overtuigd dat de scan overeenstemt met het inmiddels vernietigde origineel. Het is dus zaak, net als in het bestuursrecht en het civiele recht, om de rechter te overtuigen van de authenticiteit, volledigheid, integriteit en betrouwbaarheid van de scan.

Er is een trend waarneembaar, ook bij de Rechtbanken, om digitale documenten en rechtshandelingen die langs digitale weg zijn verricht als rechtsgeldig te kwalificeren.

Wettelijke bewaartermijnen

In talloze wettelijke regelingen zijn wettelijke bewaartermijnen opgenomen die de minimale dan wel maximale tijd aangeven waarbinnen bepaalde gegevens bewaard moeten/mogen blijven. Bewaartermijnen zouden een risico kunnen opleveren voor het Ministerie indien in de bepaling is opgenomen dat uitsluitend originele documenten zouden mogen worden overhandigd als bewijsmiddel. We zijn echter geen bepalingen tegengekomen die een dergelijke oorsprongseis stellen. Ons inziens levert de wettelijke bewaartermijn slechts een randvoorwaarde op voor de duurzaamheid van de scan. Op documentniveau wordt in het huidige werkproces de wettelijke bewaartermijn als metagegeven toegevoegd. Deze bewaartermijn dient als uitgangspunt te dienen voor de periode waarin het document op duurzame wijze wordt opgeslagen, eventueel door middel van tussentijdse conversie naar het dan in gebruik zijnde bestandsformaat., zonder dat concessies worden gedaan aan de integriteit van het document.

⁹⁸ Zie de brochure van de belastingdienst “Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht”, Belastingdienst/Zuidwest/kantoor Breda, maart 2007, p.7

Elektronische substitutie van auteurswerken zonder toestemming van de rechthebbende levert in beginsel een inbreuk op het auteursrecht op tenzij de overname geschiedt ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een *bestuurlijke, parlementaire of gerechtelijke procedure* of de berichtgeving daarover te waarborgen. Het insturen van een bezwaarschrift naar het Ministerie zal onder deze bepaling vallen.

Bescherming persoonsgegevens

Op het moment dat een document wordt gescand is, voor zover niet al eerder, de Wet Bescherming Persoonsgegevens van toepassing. Het hieraan verbonden risico dat persoonsgegevens langer bewaard worden dan de wettelijk toegestane bewaartermijnen,⁹⁹ noopt tot zorgvuldige verwerking van de persoonsgegevens, des te meer indien het bijzondere persoonsgegevens betreft zoals ras, lid van een vakbond, seksuele geaardheid en ziekte.

De vervolgvraag in het onderzoek luidde: hoe kunnen bovenstaande bewijsrisico's met behulp van aanvullende waarborgen worden beperkt? Deze waarborgen en mogelijkheden bespreken wij hieronder als aanbevelingen.

Waarborgen

Praktische bewijsrisico's zoals het ontbreken van ingediende stukken in digitale dossiers, betwiste data van indiening, betwiste betrouwbaarheid van scans, maar ook risico's die samenhangen met ongeoorloofde toegang tot documenten, manipulatie van gegevens, ongeoorloofde openbaarmaking van documenten en schending van privacy kunnen worden ondervangen door de informatiehuishouding met waarborgen te omkleden. Deze waarborgen hebben betrekking op de authenticiteit, integriteit, betrouwbaarheid en volledigheid van gescande documenten. We sluiten hierbij aan bij de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, zoals opgesteld door Franken.¹⁰⁰

Het eerste beginsel dat Franken noemt is beschikbaarheid. Dit beginsel vinden we terug in de voorwaarden die in artikel 52 lid 5 Awr gesteld worden aan het converteren van gegevens, te weten eenvoudige traceerbaarheid en weergave van de documenten. Elektronische ontsluitingstechnieken zullen in het algemeen de beschikbaarheid van de gegevens vergroten. Maar we kunnen ons afvragen of de duurzaamheid van elektronische documenten voldoende gewaarborgd is. Dit laatste is met name van belang om te kunnen voldoen aan de wettelijke bewaartermijnen. De duurzaamheid wordt op dit moment het beste gewaarborgd door aan te sluiten bij breed geaccepteerde standaarden zoals het PDF-formaat dat het Ministerie nu hanteert.

Hoewel digitale duurzaamheid vooral een kwestie is die aan de Archiefwet is gerelateerd, en die wet buiten het bereik van dit onderzoek valt, willen wij benadrukken dat het risico bij alle digitale oplossingen voor substitutie serieus is, en er binnen afzienbare tijd geen oplossingen voor bestaan. Wij suggereren dan ook bij substitutie van (een deel van de) archiefwaardige documenten te overwegen in een paralleltraject batchgewijs gebruik te maken van een analoge techniek zoals printen op microfiche, zodat een maximale bewaartermijn en garantie voor relatief probleemloze hernieuwde digitalisering van documenten bestaat, met een relatief klein ruimtegebruik.

Het tweede beginsel dat Franken noemt is vertrouwelijkheid. Bij het Ministerie geldt als algemene regel dat alle documenten in Digidoc voor een ieder toegankelijk zijn. Het beginsel van vertrouwelijkheid is met na-

⁹⁹ Zie hoofdstuk 5, wettelijke bewaarplichten

¹⁰⁰ H. Franken, 'Juridisch-theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, 5^e druk, p. 57-60.

me relevant waar het documenten betreft die niet voor een ieder toegankelijk mogen zijn, we kunnen hierbij denken aan gerubriceerde documenten die onder de VIR-BI-regeling vallen. Dergelijke documenten vereisen speciale beveiligingsmaatregelen en specifiek geregelde toegangsrechten. De beveiligingsmaatregelen dienen steeds te worden aangepast aan het voortschrijdend inzicht op technologisch gebied.

Het derde beginsel betreft een zeer belangrijk beginsel uit het oogpunt van bewijsrisico's, namelijk integriteit. De scan moet nagenoeg identiek zijn aan het origineel. De gegevens moeten juist en volledig zijn overgenomen met zoveel als mogelijk behoud van de visuele weergave. Het voldoen aan dit beginsel is van wezenlijk belang om de rechter de overtuiging te laten bekomen dat bewijs net zo goed geleverd kan worden op grond van de scan als op basis van het inmiddels vernietigde origineel. Integriteit ziet niet alleen op de initiële conversie van gegevens maar ook op het behoud van de overeenstemming tussen scan en origineel gedurende de wettelijke bewaartermijn.

De onaantastbaarheid van (gescande) documenten vereist dat de scan minstens net zo moeilijk te manipuleren moet zijn als de papieren variant. De rechter moet de overtuiging hebben/bekomen dat er noch met de inhoud noch aan de opmaak is gesjoemeld. Hieraan kan worden voldaan door de beheersstructuur zo in te richten dat bijvoorbeeld alleen read-only toegang wordt verstrekt tot de digitale 'originale' versie, beheer in handen te leggen van een trusted third party (of in elk geval bij een zoveel mogelijk onafhankelijke entiteit binnen de eigen organisatie) en technologische beveiligingsmaatregelen te treffen zoals elektronische 'vingerafdrukken' van documenten (gebruik van hash-codes). Verder is het zaak om vast te leggen wie de scan heeft uitgevoerd en deze persoon per scanbatch een rapport te laten opstellen hoe het scanproces is verlopen (zoals het vermelden van onvolkomenheden en de daarop ondernomen actie), zodat in een rechtszaak hierop een beroep gedaan kan worden.

Een ander belangrijk beginsel met het oog op bewijsrisico's betreft de authenticiteit. Franken verstaat onder het beginsel authenticiteit dat voldoende gewaarborgd dient te zijn dat een document werkelijk van de genoemde afzender afkomstig is. De rechter moet erop kunnen vertrouwen dat de geclaimde 'afzender' van een document daadwerkelijk degene is van wie het document afkomstig is. Dit kan worden bewerkstelligd door het gebruik van een geavanceerde elektronische handtekening of door het scannen van de traditionele handtekening in combinatie met de waarborg dat de scan voldoet aan het beginsel van integriteit.

Het één na laatste beginsel dat Franken noemt is flexibiliteit. Dit duidt in casu op de mate waarin het scanproces waar nodig (eenvoudig) kan worden aangepast aan onvoorziene omstandigheden. Het beginsel betreft ook de bereidheid van de organisatie om op dergelijke omstandigheden in te spelen, en deze om te zetten in organisatorische en technologische maatregelen. Blijkt bijvoorbeeld de beveiliging van documenten te zwak, dan is een relatief snelle ingreep vereist, die voor allerlei onderdelen van de werkprocessen consequenties kan hebben.

Het laatste beginsel, transparantie, is ook van belang vanuit het oogpunt van de bewijsrisico's. Het moet zowel voor de medewerkers als voor de rechter – in grote lijnen – helder zijn hoe het scanproces verloopt en hoe de integriteit, authenticiteit en vertrouwelijkheid van de gescande documenten wordt gewaarborgd. Wij willen graag benadrukken dat een kennisdeficiet op het gebied van substitutie bij rechters een serieus te nemen risico oplevert. Als de rechter niet in staat is om de waarborgen waarmee substitutie is omkleed op waarde te schatten, verliezen die waarborgen een belangrijk deel van hun waarde. Voorlichting over de gevolgde procedures in breder (rijks)verband zou daarom wenselijk zijn.

Daarnaast valt te overwegen om duidelijkheid op het gebied van de bewijskracht van gesubstitueerde documenten in bepaalde rechtsgebieden te forceren door één of meer proefprocessen op dit gebied uit te lokken. Zo'n rechtsgang zal bovendien de nodige aandacht voor de materie genereren, en heeft daarmee ook een belangrijk effect op het gebied van de voorlichting over het thema.

Kort gezegd is het voor het Ministerie van groot belang om de informatiehuishouding op orde te hebben. Deze dient met de nodige waarborgen te worden omkleed zodat de authenticiteit, integriteit, vertrouwelijkheid en duurzaamheid van de gescande documenten gegarandeerd is, en de inhoud van die waarborgen voldoende is overgebracht op de betrokkenen. Een positieve waardering door de rechters is immers afhankelijk van de mate waarin de rechter is overtuigd dat de scan nagenoeg naadloos overeenkomt met het origineel.

Bijlage Topstukken

Stuk afkomstig van	Betreffende
Staten Generaal	totstandkoming, wijziging, intrekking van wetten, amvb's en beleidsnota's
Raad van State	
Departementen	
Overige instanties	
Staten Generaal	overige correspondentie
Eerste en Tweede Kamer	alle onderwerpen
Commissie van verzoekschriften	NB: Verslagen van de Eerste Kamer zijn geen topstuk
Vaste Kamercommissies	
Medeoverheden (gemeente en provincie)	alles wat door de CdK's, de colleges van de grote steden Den Haag, Amsterdam, Rotterdam, Utrecht en de voorzitters van de regio-besturen ondertekend is en aan minister zelf is gericht
Algemene Rekenkamer	- alles wat persoonlijk door de President ondertekend is - rapporten
Adviesraden	adviezen
Staatscommissie	
Regeringscommissarissen	
Andere departementen	alles wat persoonlijk door minister, staatssecretaris of SG ondertekend is en mededeling/commentaar betreft met betrekking tot beleidsvoornemens
Nederlands Antilliaanse regering/Arubaanse regering; ministers van Nederlands Antilliaanse en Arubaanse regering;	alles wat persoonlijk door de bewindslieden ondertekend is
Gevolmachtigd ministers Nederlandse Antillen en Aruba	
Gouverneur Nederlandse Antillen en Aruba	alles wat persoonlijk door de gouverneurs ondertekend is
Nationale Ombudsman	klachten
Nationale Ombudsman	- verslag van bevindingen - jaarverslag
Commissie waarin BZK vertegenwoordigd is	instelling, opheffing, wijziging van de betreffende commissie, voorzover dit de vertegen-

	woordiging van BZK raakt.
Politieke Partijen	alles wat persoonlijk door voorzitter partij ondertekend is
VNG	alle onderwerpen
IPO	
Kabinet van de Koningin	alle onderwerpen (behalve particuliere documenten)
Korpsbeheerders Politieregio's	alles wat persoonlijk door de korpsbeheerder ondertekend is en aan minister zelf gericht
Besturen Brandweerregio's	alles wat persoonlijk door de voorzitter ondertekend is en aan minister zelf gericht
Politiebonden	alles wat aan de minister zelf gericht is
Ambtenarenbonden	alles wat aan de minister zelf gericht is
Europese Commissie	alles wat ondertekend is door de leden van de Europese Commissie
Buitenlandse regeringen	alles wat ondertekend is door de leden van buitenlandse regeringen
Particulieren en anderen	aanvang en afdoening van rechtsgedingen waarbij BZK betrokken is
Particulieren en anderen	verzoeken in het kader van de WOB
Particulieren en anderen	documenten die een relevant en in de belangstelling staand onderwerp bevatten

Literatuurlijst

- Advies Digitale Duurzaamheid, uitgebracht door landsadvocaat Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn te Den Haag, van 28 oktober 1997, ref. BJH/RS/1007246
- Besluit administratieve- en factureringsverplichtingen, omzetbelasting van de Staatssecretaris van Financiën, 19 april 2007, nr. CPP 2007/308M, Stcrt. Nr. 83.
- Brochure van de belastingdienst "Uw geautomatiseerde administratie en de fiscale bewaarplicht", Belastingdienst/Zuidwest/kantoor Breda, maart 2007
- Bewaren en Bewijzen, publicatie van het Ministerie van Economische Zaken en ECP.nl, maart 2007
- Corstens 2002
G.J.M. Corstens, Het Nederlands Strafprocesrecht, Kluwer 2002, Deventer
- Cleiren 2005
C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Tekst & Commentaar Strafvordering, Kluwer 2005, zesde druk, Deventer
- De Archiefwet 1995 in 100 woorden trefwoorden, pocketreeks informatiebeleid, VNU uitgeverij 2003, Den Haag, ISBN 90-322-7045-1, p. 31-33
- Doorlichting archiefbeheer ministerie van BZK, Rijksarchiefinspectie, 20 december 2005 Den Haag
- Esch 2003
R.E. van Esch, De betrekkelijke waarde van de Wet elektronische handtekeningen voor de elektronische handel, in: Computerrecht 2003/0602
- Fokkens 1984
J.W. Fokkens, Bewijzen in het strafprocesrecht, studiepockets strafrecht nr. 3, Tjeenk Willink 1984, Zwolle, ISBN 90-271-2640-2
- Franken 2004
H. Franken, 'Juridisch-theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild (red.), Recht en computer, 5^e druk, Kluwer, Deventer 2004
- Handboek machtiging, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Digidoc, juli 2006
- Hidma en Rutgers 2004
T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Het Nederlands burgerlijk recht, Bewijs, Pitlo deel 7, Kluwer Deventer 2004, achtste druk
- "...Ik ben hier de deskundige...", Dosis Info Management nr 1 2007, Interview met Maarten van Boven, door Max Beekhuis, directeur Dosis.
- Informatie op orde, Kabinetsvisie op vindbare en toegankelijke overheidsinformatie, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, September 2006, Den Haag (kamerstuk 29 362, nr 101)
- J.H.M. ter Haar en E.D.C. Neppelenbroek, Het elektronisch ondertekend document: wel, niet of net zoiets als een akte, in: WPNR 25 febr. 2006/6655, De Stichting ter Bevordering der Notariële Wetenschap
- Kemna, A.M.Ch., hoofdstuk 6 De Vraagstukken van bewijs en bewaring in een elektronische omgeving, in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild, Recht en Computer, vijfde druk, Kluwer, Deventer 2004.
- Kemna, A.M. en Neisingh, A.W. (red.), Twintig over informatietechnologie en recht, Samson bedrijfsinformatie, Alphen aan den Rijn/Zaventem, 1993
- Nijboer 2000
J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, Ars Aequi Libri 2000, Nijmegen
- Oxford English Dictionary
- Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, Kluwer, 1988
- Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, ' s-Gravenhage, 14^e editie 2005.

- Rijksarchiefinspectie, Een dementerende overheid? De risico's van digitaal beheer van verantwoordingsinformatie bij de centrale overheid, 27 januari 2005
- R.N.J. Kamerling RA en M.A.T.M. Schoevaars, 'Conversie', in: Weekblad voor Fiscaal Recht 1995/683
- Rutgers, Flach en Boon 1988
G.R. Rutgers, R.J.C. Flach, en G.J. Boon (red.), Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, parlementaire stukken systematisch gerangschikt, Kluwer Deventer 1988
- Schuurmans 2005
Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, diss. Leiden, Kluwer 2005
- Schuurmans 2006
Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en Beslissen, Kluwer/E.M. Meijers Instituut, Leiden 2006
- Tak 2005
A.Q.C. Tak, Het Nederlands Bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, Tweede geheel herziene druk, ISBN 90-5850-134-5, p. 575 e.v.
- Tekst en Commentaar, Algemene wet bestuursrecht, Kluwer, Deventer 2007
- Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, Kluwer, december 2005

Officiële Publicaties

- Staatscourant 2004, 47
- Kamerstukken I 1993-1994, 21 287, nr 15d, Bijlage Administratieverplichting en elektronische gegevensverzamelingen
- Staatscourant 2007, 83
- Nadere MvA Kamerstukken I 2002/03, 27 743, nr, 35b
- Kamerstukken II 31 084, nr. 2, 3 en 4
- Kamerstukken II 31 084, nr 3
- Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 54, 1997/98, nrs. 84 en 87
- Recommendation No. R (81) 20 of the Committee of Ministers to Member States on the Harmonisation of laws relating to the requirement of written proof and to the admissibility of reproductions of documents and recordings on computers, adopted on 11 december 1981
- Kamerstukken II 29 362, nr. 101, Informatie op Orde, Kabinetvisie op vindbare en toegankelijke overheidsinformatie

Jurisprudentielijst

- HR NJ 1973/205
- HR NJ 1981/315, noot van Th.W. v. Veen
- CRvB 4 maart 1998, AB 1998/348
- ABRS 24 juli 1998, AB 1998/410
- CBB 4 mei 1999, AB 1999/260
- CRvB 20 juli 1999, AB 1999/396
- CRvB 29 oktober 1998, AB 1999/24
- CBB 18 juli 2001, JB 2001/235
- Rb Den Haag 22 mei 2003, LJN AF9280, AWB 02/11475
- Rb Groningen, 8 december 2003, AB 2004, 26
- ABRS 27 april 2004, AB 2005/413
- Rb Den Haag 2 maart 2005, LJN AS8778
- HR 3 juni 2005, LJN AT1093 (Zwartboek), JOL 2005/317

- ABRS 23 december 2005, AB 2006/101
- HR 29 juni 2007, LJV BA 3529 (HBU) , RVDW 2007/633, JOL 2007/248