

meer mogelijk was, dus een herkansingstermijn zinledig zou zijn geweest⁵ en Alert genoeg kans heeft gehad om het project wel beter te laten verlopen. Ook had het ziekenhuis Alert al voldoende duidelijk gemaakt dat Alert was tekortgeschoten en waarin dit tekortschieten gelegen was.

9. Deze overwegingen van het hof passen goed in het flexibele verzuimraamwerk dat de Hoge Raad recent uiteen heeft gezet en waar het hof naar verwijst.⁶

Twee keer vangen: schade en ongedaanmaking?

10. Op grond van de ontbinding kan TsZ aanspraak maken op terugbetaling van de door haar betaalde vergoedingen, in totaal een bedrag van € 4.620.253,97 (art. 6:271 BW). Daarnaast maakt TsZ aanspraak op een schadevergoeding ter grootte van nog eens € 4.620.253,97 (art. 6:74 BW).

11. Hier gaat het hof niet mee met TsZ. Het hof oordeelt dat het totaal van de vordering van TsZ beperkt is tot het totaal van betaalde vergoedingen. Het hof baseert dit oordeel op de uitleg van artikel 20, dat de beperking van aansprakelijkheid regelt en als volgt luidt:

“[...] Alert’s liability to the customer for claims under and in connection with this agreement, whether for liability in contract, tort or otherwise shall be limited to an amount equal to the sum of the fees paid by the customer to Alert under this agreement.”

12. Het hof overweegt (r.o. 18.36) dat niet is gebleken dat partijen onder ogen hebben gezien welke vorderingen een partij in geval van ontbinding van de overeenkomst naar Nederlands recht kan instellen. Volgens het hof kan echter vastgesteld worden dat de vordering tot ongedaanmaking niet is uitgesloten. Dat brengt het hof tot de conclusie dat artikel 20 niet alleen over aansprakelijkheid en schadevergoeding gaat:

“Uit artikel 20 vloeit voort dat TsZ eenmaal een vergoeding kan vorderen uit welke hoofde dan ook bij beëindiging van de overeenkomst.”

13. Er kunnen vraagtekens worden gezet bij de redenering van het hof. Waar het hof elders in het arrest verklaart zich rekenschap te geven van de rechtspraktijk, lijkt me dat de uitleg die het hof in deze geeft niet noodzakelijkerwijs in lijn is met de heersende leer in de rechtspraktijk. Doorgaans worden aansprakelijkheidsbeperkingen uit contracten slechts toegepast op schade. De omvang van eventuele ongedaanmakingsplichten wordt in de regel als een ander onderwerp

behandeld en kent vaak zijn eigen contractuele bepalingen.⁷ Mogelijk heeft meegespeeld dat het uit hoofde van ongedaanmaking terug te betalen bedrag van € 4.620.253,97 natuurlijk een fiks bedrag is. Ik krijg de indruk dat het hof het daarmee wel welletjes vond. Voor een leverancier kan de grondslag van zijn plicht tot het betalen van compensatie overigens van groot belang zijn. Doorgaans dekken verzekeringspolissen immers wel de aansprakelijkheid voor schade, maar niet vergoedingen die bij wijze van ongedaanmaking terugbetaald moeten worden.

Mr. P.G. van der Putt

Computerrecht 2020/47

ABRvS 24 december 2019, nr. 201806610/1/A3
(Mrs. B.J. van Ettehoven, A.W.M. Bijloos en E. Steendijk)
m.nt. mr. dr. A. Drahmman¹

(Art. 45 VWEU, art. 7 Verordening (EU) nr. 492/2011 en art. 2, 6 en 8 eIDAS-Verordening (EU) nr. 910/2014, art. 3 Regeling voorzieningen GDI)

ECLI:NL:RVS:2019:4434

Weigering DigiD te verstrekken aan Belgische grensarbeider. Onvoldoende is gemotiveerd waarom de maatregel evenredig is.

Uitspraak [ingekort] op het hoger beroep van:

[appellante], wonend te [woonplaats] (België),
appellante,
tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 4 juli 2018 in zaak nr. 17/7528 in het geding tussen:
[appellante]
en
de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.
(...)

Inleiding

2. [appellante] heeft de Belgische nationaliteit en woont in België. Zij is meer dan 40 jaar in Nederland werkzaam bij [bedrijf] in [plaats]. Zij wil graag digitaal kunnen communiceren met overheidsinstanties in Nederland en heeft daarom een DigiD aangevraagd. De minister weigert de DigiD te verstrekken aan [appellante] omdat zij niet de Nederlandse nationaliteit heeft en geen ingezetene is van Nederland.

⁵ In casu had het hof geoordeeld dat sprake was van een fatale termijn. In geval van een niet fatale levertermijn, zal de route van de ingebrekestelling de hoofdregel blijven. Voor een dergelijk geval zie bijv. HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141.

⁶ HR 11 oktober 2019 (*Fraanje/Alukon*), ECLI:NL:HR:2019:1581.

⁷ Zie bijv. art. 15.2 van de Nederland ICT Voorwaarden, welke voorwaarden overigens binnenkort zullen worden vervangen.

¹ Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

3. De minister heeft tijdens de behandeling van de zaak op de eerste zitting bij de Afdeling gemeld dat op zeer korte termijn met Europees erkende inlogmiddelen van andere landen uit de Europese Unie (hierna: de EU) bij Nederlandse overheden en uitvoeringsinstanties kan worden ingelogd. Bij brief van 28 maart 2019 heeft de minister aan de Afdeling meegedeeld dat België op 27 maart 2019 is aangesloten op de Nederlandse beveiligde infrastructuur en dat vanaf die dag met het Belgische elektronische identificatiemiddel Scheme FAS/eCards (hierna: het eID) toegang kan worden verkregen tot Nederlandse overheden en uitvoeringsorganisaties. [appellante] heeft volgens de minister geen DigiD meer nodig voor de digitale communicatie met die instanties. De minister vindt dat [appellante] daarom geen procesbelang meer heeft bij de behandeling van haar hoger beroep. [appellante] is het daar niet mee eens. Zij stelt dat zij nog steeds geen toegang heeft tot een aantal digitale diensten van in het bijzonder de Belastingdienst en van haar aanvullend pensioenuitvoerder. De Afdeling zal eerst beoordelen of [appellante] nog procesbelang heeft.

Heeft [appellante] nog belang bij het voortzetten van de procedure?

4. De Afdeling oordeelt dat [appellante] nog belang heeft bij de beoordeling van haar hoger beroep. De Nederlandse Belastingdienst heeft niet de mogelijkheid opengesteld om met een Belgisch eID in te loggen. De Belastingdienst is daartoe ook niet verplicht volgens de eIDAS-Verordening, omdat hij nog niet de betrouwbaarheidsniveaus hoog en substantieel hanteert. Dat de Belastingdienst eraan werkt om in de toekomst wel dit betrouwbaarheidsniveau te hanteren, is nu een te ongewisse omstandigheid. Dat geldt ook voor het voorstel tot wijziging van de Wet elektronisch berichtenverkeer Belastingdienst waardoor communicatie met de Belastingdienst op een andere wijze dan digitaal in de toekomst weer mogelijk gaat worden. Ter zitting in hoger beroep en nader toegelicht in de reactie na de tweede zitting heeft de vertegenwoordiger van de minister er verder op gewezen dat het mogelijk is voor [appellante] om met een gebruikersnaam en wachtwoord een account bij de Belastingdienst aan te maken en via dat account digitaal aangifte te doen. Dit is naar het oordeel van de Afdeling echter geen gelijkwaardig alternatief voor een DigiD omdat met zo'n account alleen aangifte kan worden gedaan. Het is onder meer niet mogelijk om online gegevens aan te passen of om een voorlopige aanslag aan te vragen. Met zo'n account kan dus niet van dezelfde diensten van de Belastingdienst gebruik worden gemaakt als met DigiD. Daar komt nog bij dat een account bij de Belastingdienst geen toegang geeft tot andere digitale diensten dan de Belastingdienst.

5. Nu [appellante] nog procesbelang heeft bij de behandeling en beoordeling van haar hoger beroep wordt

toegekomen aan de vraag of de afwijzing van de aanvraag voor een DigiD een besluit is als bedoeld in de Awb.

Is het afwijzen van de aanvraag voor een DigiD een besluit?

6. Deze vraag is tussen de minister en [appellante] niet in geschil geweest. De Afdeling heeft partijen gevraagd naar hun standpunten hierover. Zowel [appellante] als de minister betogen dat de afwijzing als een besluit moet worden aangemerkt. De Afdeling deelt dit standpunt en is van oordeel dat de weigering een DigiD toe te kennen een besluit is als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. In een tijd van toenemende digitalisering, leidend tot een digitaal burgerschap, moet de digitale toegang tot overheidsdiensten worden aangemerkt als een noodzakelijke voorwaarde om aanspraak te kunnen maken op informatie en bepaalde rechten en voorzieningen. Tegen het weigeren van het middel dat die toegang verleent, moet rechtsbescherming openstaan. Naar het oordeel van de Afdeling is de bestuursrechter daarvoor de aangewezen rechter.

7. Omdat de afwijzing van haar aanvraag voor een DigiD een besluit is, kon [appellante] daartegen in bezwaar, beroep en hoger beroep opkomen. Hieronder zal de Afdeling de inhoudelijke gronden van het hoger beroep beoordelen.

Aangevallen uitspraak

8. De rechtbank heeft overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat een DigiD geen sociaal voordeel is als bedoeld in artikel 7, tweede lid, van Verordening 492/2011 omdat het niet de levensomstandigheden of de sociale positie van werknemers verbetert. Een DigiD draagt ook niet bij aan de integratie van een werknemer uit een andere lidstaat en vergemakkelijkt dus ook niet de mobiliteit van werknemers binnen de EU. Dat DigiD als lastenvermindering wordt ervaren, is onvoldoende om op zichzelf voor werknemers een sociaal voordeel te zijn. Nu geen sprake is van een belemmering van het vrije verkeer van werknemers, hoeft ook niet te worden beoordeeld of artikel 45 van het VWEU hiervoor een rechtvaardigingsgrond biedt, aldus de rechtbank.

Hoger beroep

Is een DigiD een sociaal voordeel?

9. [appellante] stelt dat zij wordt gediscrimineerd en doet een beroep op het antidiscriminatieverbod uit artikel 45 van het VWEU zoals dat is uitgewerkt in artikel 7, tweede lid, van Verordening 492/2011. Zij voert tegen de uitspraak van de rechtbank aan dat volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJ) het begrip 'sociaal voordeel' uit Verordening 492/2011 ruim moet worden uitgelegd. DigiD is een digitaal identificatie- en communicatiemid-

del dat gebruikers in staat stelt snel informatie op te vragen, veilig te communiceren met overheidsinstanties en online zaken te regelen. Door DigiD kan dit 24 uur per dag en vanuit huis. Uit een door het Institute for Transnational and Euregional Cross-border Cooperation and Mobility gehouden enquête blijkt voorts dat het niet-hebben van DigiD wordt gezien als een grote administratieve last op gebieden van tal van overheidsinstanties. De toegang tot deze digitale wereld die door DigiD kan worden verkregen, houdt daarom een sociaal voordeel in voor de grensarbeider, aldus [appellante].

9.1. [appellante] kan zich als grensarbeider, wonend in België en werkend in Nederland, beroepen op artikel 45 van het VWEU. Ook staat het feit dat zij niet in Nederland woont, niet in de weg aan een beroep op artikel 7, tweede lid, van Verordening 492/2011. De toekenning van een sociaal voordeel mag volgens het HvJ in beginsel niet afhankelijk worden gemaakt van de voorwaarde dat de werknemer woont op het grondgebied van de lidstaat van tewerkstelling (zie de uitspraak van 8 juni 1999, Meeusen, ECLI:EU:C:1999:284, punten 21-25). Volgens vaste rechtspraak van het HvJ moeten onder sociale voordelen als bedoeld in dat artikel worden verstaan alle voordelen die, al dan niet verbonden aan een arbeidsovereenkomst, in het algemeen aan ingezetenen van de lidstaat worden toegekend, voornamelijk op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of enkel wegens het feit dat zij ingezetenen zijn, zodat de uitbreiding ervan tot werknemers die onderdaan van andere lidstaten zijn, geschikt lijkt om hun mobiliteit binnen de Unie te vergemakkelijken (zie onder meer de uitspraak van 31 mei 1979, Even, ECLI:EU:C:1979:144, punt 22). Daaronder moeten volgens het HvJ ook worden begrepen faciliteiten of voordelen die de migrerende werknemer de mogelijkheid bieden tot verbetering van zijn levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden en die de verbetering van zijn sociale positie vergemakkelijken (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 21 juni 1988, Lair, ECLI:EU:C:1988:322, punt 20). Zo heeft het HvJ ook als sociaal voordeel aangemerkt het gebruik van de eigen taal in een procedure (uitspraak van 11 juli 1985, Mutsch, ECLI:EU:C:1985:335). Uit de hiervoor genoemde rechtspraak leidt de Afdeling af dat het begrip 'sociaal voordeel' zeer ruim moet worden uitgelegd. Daarbij maakt het HvJ een koppeling met zowel het gebruik van het vrij verkeer als met de integratie en de leefomstandigheden.

9.2. Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het kunnen beschikken over een DigiD valt onder het begrip sociaal voordeel als bedoeld in artikel 7, tweede lid, van Verordening 492/2011.

Zoals hiervoor weergegeven, hanteert het HvJ een zeer ruime uitleg van het begrip 'sociaal voordeel' en heeft het ook middelen tot communicatie als zodanig aangemerkt. [appellante] heeft er belang bij te kunnen beschikken over een DigiD omdat zij in verband met haar werk in Nederland moet kunnen communiceren met de

Belastingdienst. Aannemelijk is dat het niet-hebben van een DigiD tot een administratieve lastenverzwaring, en dus niet tot een verbetering van de leefomstandigheden, leidt. De totstandkoming van de eIDAS-Verordening duidt daar ook op. Het gebruik van digitale middelen door de overheid in haar communicatie met de burgers neemt steeds verder toe. Het hebben van een DigiD is in vele gevallen een voorwaarde geworden om toegang te krijgen tot en effectief gebruik te kunnen maken van bepaalde diensten. Daardoor is een zodanig nauwe verbondenheid ontstaan tussen DigiD en het achterliggende sociale voordeel, dat het middel waarmee toegang wordt verkregen zelf als sociaal voordeel moet worden aangemerkt.

Het betoog slaagt.

10. De Afdeling komt nu toe aan de gronden tegen het besluit op bezwaar waar de rechtbank niet aan is toegekomen.

Is sprake van discriminatie?

11. [appellante] heeft in beroep aangevoerd dat artikel 3, tweede lid, van de Regeling een onderscheid maakt dat in strijd is met artikel 45 van het VWEU. De voorwaarden die worden gehanteerd voor toegang tot DigiD leiden volgens haar tot directe discriminatie op grond van nationaliteit, maar in ieder geval tot indirecte discriminatie.

11.1. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ (zie bijvoorbeeld uitspraak van 23 januari 1997, Pastoors, ECLI:EU:C:1997:28, punt 16 en volgende) omvat het verbod op het maken van onderscheid niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapt vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.

Naar het oordeel van de Afdeling maakt de Regeling geen direct onderscheid naar nationaliteit. Unieburgers met een andere nationaliteit die in Nederland wonen komen immers wel in aanmerking voor een DigiD. Het is de combinatie van een andere dan de Nederlandse nationaliteit en de woonplaats buiten Nederland die bepalend is voor het onderscheid. Nederlanders die in een andere lidstaat wonen, kunnen wel een DigiD krijgen. Daarmee treft de Regeling Unieburgers met een andere dan de Nederlandse nationaliteit die niet in Nederland wonen, maar wel in Nederland werken. Het resultaat van de gehanteerde criteria is dat zij bij het verkrijgen van het DigiD indirect worden gediscrimineerd. Dat het aan verschillende Nederlandse overheidsinstanties zelf is om te bepalen of zij voor de toegang tot hun diensten gebruik willen maken van DigiD, leidt niet tot een ander oordeel. De minister is verantwoordelijk voor het verstrekken van het sociale voordeel, dat een DigiD is.

12. [appellante], en andere personen in een vergelijkbare situatie, worden door de Regeling dus indirect gediscrimineerd. En dat is uitsluitend toegestaan als daarvoor gronden zijn die dat rechtvaardigen.

Is het onderscheid gerechtvaardigd?

13. [appellante] heeft aangevoerd dat voor het onderscheid geen rechtvaardigingsgronden zijn omdat de voorwaarden niet geschikt en noodzakelijk zijn om de betrouwbaarheid van het systeem te waarborgen. [appellante] vindt daarvoor van belang dat alleen voor personen met een werkelijke band met Nederland, zoals grensarbeiders, DigiD open zou moeten staan. Bovendien is niet duidelijk waarom bij grensarbeiders, die in Nederland werken en in een andere lidstaat wonen, afdoende verificatie van identiteitshandelingen om de betrouwbaarheid van het DigiD systeem te waarborgen niet zou kunnen plaatsvinden en bij Nederlanders die in het buitenland wonen wel. Paspoorten zijn in de EU geharmoniseerd en ook de geldigheid ervan kan worden gecheckt, aldus [appellante].

13.1. Een ongelijke behandeling van burgers van de Unie is alleen gerechtvaardigd als zij is gebaseerd op objectieve criteria die losstaan van de nationaliteit van de betrokken persoon en evenredig zijn aan de legitieme doelstellingen van het nationale recht. Volgens rechtspraak van het HvJ (zie onder meer de uitspraak van 10 juli 2019, Aubriet, ECLI:EU:C:2019:582, punt 29 en de uitspraak van 12 september 2019, Maksimovich, ECLI:EU:C:2019:723, punt 30) is een indirect discriminerende maatregel verenigbaar met de vrijheid van verkeer van personen als die maatregel nog geen onderwerp van harmonisatie is geweest, zijn rechtvaardiging vindt in dwingende vereisten van algemeen belang, en evenredig is. Dat wil zeggen dat de maatregel geschikt is en niet verder mag gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Dat is de maatregel als hij de verwezenlijking van dat doel daadwerkelijk op coherente en systematische wijze nastreeft (zie de uitspraak van 20 mei 1992, Ramrath, ECLI:EU:C:1992:230, punten 29-32).

13.2. De verstrekking van elektronische identificatiemiddelen die toegang verschaffen tot overheidsdiensten, is naar het oordeel van de Afdeling niet op unierechtelijk niveau geharmoniseerd. De eIDAS-Verordening heeft betrekking op het stelsel van wederzijdse erkenning van nationale elektronische identificatiemiddelen, maar bevat geen regeling voor de gebruikers ervan. Niet is geregeld aan wie een dergelijk identificatiemiddel, zoals een DigiD, moet worden toegekend. Dat is gebeurd in de Regeling.

13.3. Alleen personen die als ingezetene zijn ingeschreven in de basisregistratie personen (hierna: brp) en uit dien hoofde een burgerservicenummer hebben, personen met de Nederlandse nationaliteit die als niet-ingezetene zijn ingeschreven in de basisregistratie personen en een burgerservicenummer hebben en personen die als niet-ingezetene zijn ingeschreven in de basisregistratie personen, een burgerservicenummer hebben, een AOW-pensioen ontvangen en klant zijn van de Sociale Verzekeringsbank komen ingevolge artikel 3, tweede lid, van de Regeling in aanmerking voor een DigiD. Deze kring van gerechtigden voor het verkrijgen van een DigiD is

volgens de minister beperkt omdat zo de veiligheid en betrouwbaarheid van het systeem kunnen worden gewaarborgd. De minister vindt het belangrijk dat de identiteit van een DigiD-gebruiker zorgvuldig kan worden vastgesteld. Volgens de minister is de uitsluiting van DigiD geschikt en noodzakelijk om fraude met DigiD te voorkomen. Bij personen met een andere nationaliteit en wonend buiten Nederland kan een minder vergaande controle plaatsvinden en de authenticiteit en geldigheid van het identiteitsdocument kan daardoor niet worden geverifieerd, aldus de minister.

Tussen de minister en [appellante] is niet in geschil dat de zorgvuldige vaststelling van de identiteit moet worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang.

Ook niet in geschil tussen partijen is dat voor zover sprake is van een beperking, deze evenredig is voor de meeste Unieburgers met een andere dan de Nederlandse nationaliteit en die buiten Nederland wonen. Ter beoordeling van de Afdeling ligt voor of artikel 3, tweede lid, van de Regeling ten aanzien van [appellante] en andere Unieburgers zonder Nederlandse nationaliteit, die in Nederland werken en in een andere lidstaat wonen, evenredig is.

13.4. De Commissie van de EU heeft voor de uitvoering van de eIDAS-Verordening de Guidance for the application of the levels of assurance which support the eIDAS Regulation (hierna: de Guidance) opgesteld. Hoewel door de Commissie opgestelde richtsnoeren zoals de Guidance op zichzelf niet bindend zijn, bieden zij wel een handvat bij de interpretatie van bepalingen in de richtlijn (zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2012, Chemische Fabrik Kreussler & Co, ECLI:EU:C:2012:548, punten 23 tot en met 25). Volgens deze Guidance voldoet als identiteitsdocument voor elektronische toegang een paspoort om de identificatie van een persoon te verifiëren. De minister checkt de echtheid en de geldigheid van een paspoort in de brp. Voor in Nederland ingezetenen doet hij dat in het zogenoemde GBA-deel van de brp. De ingezetenen krijgen ter verificatie een brief gestuurd naar het in de brp vermelde adres. Voor Nederlanders die buiten Nederland wonen, controleert de minister de gegevens in de Registratie Niet-Ingezetenen (hierna: het RNI). Zij moeten vervolgens met hun paspoort in persoon verschijnen bij een zogenoemd afhaalpunt in het land van hun woonplaats om hun DigiD te kunnen ophalen.

13.5. [appellante] beschikt als werknemer in Nederland over een burgerservicenummer en staat ingeschreven in het RNI. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de minister onvoldoende gemotiveerd waarom hij niet haar identiteit kan vaststellen aan de hand van haar paspoort. Paspoorten zijn binnen de EU geharmoniseerd (zie de Verordening (EG) van de Raad van 13 december 2004 met nr. 2252/2004 betreffende normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten, zoals

gewijzigd door de verordening (EG) nr. 444/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2009). Dat wil zeggen dat een paspoort uit een andere lidstaat aan dezelfde voorwaarden moet voldoen en dezelfde kenmerken moet hebben als een Nederlands paspoort. De minister heeft niet verduidelijkt waarom desondanks de echtheid van het paspoort van een andere lidstaat niet kan worden gecontroleerd. Wat betreft de geldigheid van het paspoort heeft de minister evenmin voldoende gemotiveerd waarom het paspoort van [appellante] of een andere Unieburger die met een burgerservicenummer staat ingeschreven in het RNI niet kan worden gecheckt en het paspoort van een Nederlander die in een andere lidstaat woont, wel. Daarbij is van belang dat volgens de Guidance voor de verificatie van de geldigheid van het identiteitsdocument gebruik kan worden gemaakt van uiteenlopende mogelijkheden. Zo kan de geldigheid van Belgische paspoorten en andere identificatiedocumenten worden gecontroleerd op de website www.checkdoc.be. De minister heeft onvoldoende duidelijk gemaakt dat die mogelijkheden in dit geval niet bestaan hoewel hij op grond van het beginsel van Unietrouw daartoe is gehouden. Dat het gebruik van die mogelijkheden extra werk met zich brengt, zoals de minister naar voren heeft gebracht, leidt er volgens vaste rechtspraak van het HvJ niet toe dat de beperking is gerechtvaardigd (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 26 januari 1999, Terhoeve, ECLI:EU:C:1999:22, punt 45).

De Afdeling is daarom van oordeel dat de minister onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de maatregel in het geval van [appellante] en andere Unieburgers, die in Nederland werken en in een andere lidstaat wonen en die contact moeten hebben met Nederlandse overheidsinstanties, evenredig is.

Het betoog van [appellante] slaagt.

Slotsom

14. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 10 oktober 2017 van de minister alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking. De minister moet een nieuw besluit nemen op het bezwaar van [appellante] met inachtneming van wat in deze uitspraak is overwogen. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

15. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

- De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:
- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
 - II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 4 juli 2018 in zaak nr. 17/7528;
 - III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
 - IV. vernietigt het besluit van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 10 oktober 2017, kenmerk 2017-0000443487;
 - V. bepaalt dat tegen het te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;
 - VI. veroordeelt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties tot vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.560,00 (zegge: tweeduizend vijfhonderdzesentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
 - VII. gelast dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 421,00 (zegge: vierhonderdeenentwintig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.
- (...)

Noot

Inleiding

1. In Nederland is vaak het elektronische identificatiemiddel DigiD vereist om digitaal te kunnen communiceren met Nederlandse overheidsinstanties. Deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak) gaat over de vraag of een Belgische grensarbeider ook een DigiD kan verkrijgen. De uitspraak is echter niet alleen relevant voor de beantwoording van deze vraag. De Afdeling bestuursrechtspraak wijdt ook een algemene overweging aan de rol die de bestuursrechter heeft bij het beschermen van “digitaal burgerschap”.

Casus

2. Appellante in deze procedure heeft de Belgische nationaliteit en woont in België. Zij is al meer dan 40 jaar werkzaam in Nederland. Zij wil graag digitaal kunnen communiceren met overheidsinstanties in Nederland en heeft daarom in 2017 een DigiD aangevraagd. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de minister) weigert de DigiD te verstrekken, omdat appellante niet de Nederlandse nationaliteit heeft en geen ingezetene is van Nederland. Volgens de minister is deze uitsluiting van DigiD voor personen met een andere nationaliteit en wonend buiten Nederland nodig om fraude met DigiD te voorkomen.

Digitaal burgerschap

3. Vermeldenswaardig is allereerst de overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak in r.o. 6 dat we leven in een tijd van toenemende digitalisering dat leidt tot een “digitaal burgerschap”. Daarom moet de digitale toegang tot overheidsdiensten worden aangemerkt als een noodzakelijke voorwaarde om aanspraak te kunnen maken op informatie en bepaalde rechten en voorzieningen. Tegen het weigeren van het middel dat die toegang verleent, moet om deze reden rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaan.

4. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt kunnen er bij deze uitleg van het besluitbegrip vraagtekens gezet worden. Deze zal ik u als lezer van *Computerrecht* besparen. Wel is belangrijk om te constateren dat deze overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak goed laat zien dat de Nederlandse bestuursrechter zich ten volle bewust is van de steeds verdergaande digitalisering van de samenleving en oog heeft voor het creëren van voldoende rechtsbescherming tegen de digitaliserende overheid.

eIDAS-Verordening

5. eIDAS staat voor ‘Electronic Identities And Trust Services’. Onderdeel van de eIDAS-Verordening is het grensoverschrijdend gebruik van Europees erkende inlogmiddelen.² Op grond van de eIDAS-Verordening is het sinds 27 maart 2019 mogelijk om met het Belgische elektronische identificatiemiddel Scheme FAS/eCards (hierna: het eID) toegang te verkrijgen tot Nederlandse overheden en uitvoeringsorganisaties. De minister betoogde dat appellante daarom inmiddels geen DigiD meer nodig zou hebben. De Afdeling bestuursrechtspraak verwierpt dit verweer. De Nederlandse Belastingdienst heeft namelijk niet de mogelijkheid opengesteld om met een eID in te loggen. De Belastingdienst is daartoe ook niet verplicht op grond van de eIDAS-Verordening, omdat de Belastingdienst nog niet de betrouwbaarheidsniveaus hoog en substantieel hanteert.³ Dat dit in de toekomst wellicht anders wordt, door ofwel een wijziging bij de Belastingdienst ofwel de inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet elektronisch berichtenverkeer Belastingdienst, is onvoldoende.⁴ Ook acht de Afdeling bestuursrechtspraak van belang dat, los van de mogelijkheden om toegang te krij-

gen tot de digitale diensten van de Belastingdienst, er voor het verkrijgen van toegang tot andere digitale diensten van Nederlandse overheden geen gelijkwaardig alternatief bestaat voor DigiD. Om al deze redenen heeft appellante nog procesbelang bij haar hoger beroep (r.o. 4).

6. Deze uitspraak is een van de eerste uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin de eIDAS-Verordening een rol speelt. Het valt te verwachten dat steeds meer bestuursorganen een hoog en substantieel betrouwbaarheidsniveau zullen gaan hanteren waardoor deze verordening vaker een rol zal gaan spelen in jurisprudentie. Wie meer wil weten over de eIDAS-Verordening verwijs ik dan ook graag naar het vorig jaar in *Computerrecht* verschenen artikel van Bastiaans, Spuijbroek en Michielsens, ‘Elektronische identificatie en ondertekening conform eIDAS’, *Computerrecht* 2019/174.

DigiD is een sociaal voordeel

7. Appellante heeft er belang bij te kunnen beschikken over een DigiD omdat zij in verband met haar werk in Nederland moet kunnen communiceren met de Belastingdienst. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak is aannemelijk dat het niet-hebben van een DigiD tot een administratieve lastenverzwaring en dus niet tot een verbetering van de leefomstandigheden leidt. Dit oordeel heeft het verstreckende gevolg dat appellante als grensarbeider een geslaagd beroep op het discriminatieverbod kan doen. Dit discriminatieverbod is neergelegd in artikel 45 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en uitgewerkt in artikel 7 van Verordening (EU) 492/2011.⁵ De Afdeling oordeelt, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), dat er sprake is van een zodanig nauwe verbondenheid tussen DigiD en het achterliggende sociale voordeel, dat het middel waarmee toegang wordt verkregen *zelf* als sociaal voordeel moet worden aangemerkt. Dit sociaal voordeel wordt aan appellante onthouden. Het resultaat van de door de minister gehanteerde criteria is dat bij het verkrijgen van het DigiD indirect wordt gediscrimineerd.

8. Een ongelijke behandeling van Unieburgers is alleen gerechtvaardigd als zij is gebaseerd op objectieve criteria die losstaan van de nationaliteit van de betrokken persoon en evenredig zijn aan de legitieme doelstellingen van het nationale recht. Niet in geschil is dat de zorgvuldige vaststelling van de identiteit moet worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang.

2 Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG (*PbEG* 2014 L 257/73).

3 Uit artikel 6 van de eIDAS-Verordening vloeit voort dat de verplichte wederzijdse erkenning alleen geldt als de openbare instantie (zoals de Belastingdienst) het betrouwbaarheidsniveau substantieel of hoog voor de toegang tot die onlinedienst hanteert. Meer informatie over de eIDAS-verordening kan ook worden gevonden op <https://www.eherkenning.nl/>.

4 De wettelijke verankering van het keuzerecht voor elektronisch berichtenverkeer met de Belastingdienst toeslagen is opgenomen in het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2020 en is op 14 november 2019 aangenomen door de Eerste Kamer aanhangig (*Kamerstukken I* 2019/20, 35303, nr. A). De wijziging van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) zal in werking treden op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

5 Verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie (*PbEG* 2011 L 141/1). Artikel 7 van deze verordening luidt:

“1. Een werknemer die onderdaan is van een lidstaat mag op het grondgebied van andere lidstaten niet op grond van zijn nationaliteit anders worden behandeld dan de nationale werknemers, wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag, en, indien hij werkloos is geworden, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling.

2. Hij geniet er dezelfde sociale en fiscale voordelen als de nationale werknemers.”

Fraude met DigiD moet immers worden voorkomen. De vraag is echter of deze beperking evenredig is voor grensarbeiders. Daarvoor moet de maatregel geschikt en noodzakelijk zijn. Volgens de minister is aan dit vereiste voldaan omdat bij personen met een andere nationaliteit en wonend buiten Nederland namelijk een minder vergaande controle zou kunnen plaatsvinden en de authenticiteit en geldigheid van het identiteitsdocument kunnen daardoor niet worden geverifieerd. De Afdeling kijkt voor de beoordeling van de evenredigheid van de maatregel naar de (niet-bindende) door de Europese Commissie opgestelde *Guidance for the application of the levels of assurance which support the eIDAS Regulation* (hierna: de *Guidance*).⁶ Volgens deze *Guidance* voldoet als identiteitsdocument voor elektronische toegang een paspoort om de identificatie van een persoon te verifiëren. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de minister onvoldoende gemotiveerd waarom de minister niet de identiteit van appellante kan vaststellen aan de hand van haar paspoort. Paspoorten zijn immers binnen de EU geharmoniseerd. Ook kan de geldigheid van Belgische paspoorten en andere identificatiedocumenten door eenieder eenvoudig worden gecontroleerd op de website www.checkdoc.be.⁷ Daar komt nog bij dat niet-ingezetenen in Nederland zich moeten inschrijven in de Registratie Niet-ingezetenen (hierna: RNI) om een burgerservicenummer (hierna: BSN) te kunnen krijgen. Inschrijving is op vertoon van een geldig identiteitsbewijs mogelijk bij een van de 19 RNI-loketten in Nederland. Appellante beschikt als werknemer in Nederland over een BSN en staat ingeschreven in de RNI. Daarvoor moet haar paspoort dus al eerder op geldigheid zijn gecontroleerd. Om al deze redenen komt de Afdeling bestuursrechtspraak tot de conclusie dat door de minister onvoldoende is gemotiveerd waarom voor het kunnen verstrekken van de DigiD de identiteit van appellante onvoldoende zou kunnen worden vastgesteld aan de hand van haar paspoort. Daarmee heeft de minister dus ook onvoldoende gemotiveerd waarom het weigeren van een DigiD voor grensarbeiders evenredig en in overeenstemming met het discriminatieverbod uit het VWEU is.

Afronding

9. De minister zal een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift van appellante moeten nemen met inachtneming van deze uitspraak. Het lijkt mij echter niet eenvoudig om een verbeterde motivering voor de weigering van de DigiD te geven voor grensarbeiders die zich bij een gemeentelijk RNI-loket in persoon en met een geldig EU-paspoort inschrijven.

10. Meer in algemene zin kan worden geconcludeerd dat de Afdeling bestuursrechtspraak het belang van digitale

communicatie met de overheid in dit digitale tijdperk erkent en DigiD dusdanig van belang acht dat kan worden gesproken van een noodzakelijk middel voor het kunnen uitoefenen van “digitaal burgerschap” en het kunnen verkrijgen van de sociale voordelen waar EU-burgers gelijkmatig recht op hebben. Deze uitspraak is daarmee een belangrijke stap voor het behoud van voldoende rechtsbescherming in een tijd van toenemende digitalisering.

Mr. dr. A. Drahmman

Computerrecht 2020/48

Rb. Midden-Nederland 15 november 2019, nr. UTR 19/2351

(Mr. J.J. Catsburg)

m.nt. mr. L. van Sloten & mr. Q.J. Tjeenk Willink¹

(Art. 17 en 82 AVG; art. 34, 48 en 51 UAVG; art. 1:3 Awb)

ECLI:NL:RBMNE:2019:5430

Rechtbank Midden-Nederland oordeelt dat gemeente Almere de persoonsgegevens van een betrokkene rechtmatig aan andere gemeenten per e-mail heeft doorgestuurd en op het VNG-forum heeft gepubliceerd om ervaringen uit te wisselen over mogelijke Wob-misbruikers. De afwijzing van de gemeente Almere van het verzoek van betrokkene om de persoonsgegevens te verwijderen, kan (inhoudelijk gezien) in stand blijven. De rechtbank verklaart echter het verzoek om schadevergoeding niet ongegrond maar niet-ontvankelijk, omdat geen schade werd verzocht wegens het besluit om de gegevens niet te verwijderen, maar wegens de onrechtmatige verwerking. Dat laatste betreft namelijk geen 'besluit' maar een feitelijke handeling, waardoor de beoordeling van dit verzoek is voorbehouden aan de civiele rechter.

Uitspraak in de zaak van:

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Zittingsplaats Almere

Bestuursrecht

zaaknummer: UTR 19/2351

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 15 november 2019 in de zaak tussen

[eiser], te [woonplaats], eiser

(gemachtigde: mr. N.G.A. Voorbach),

en

het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Almere, verweerder

(gemachtigde: mr. J.W. Huizinga).

⁶ De *Guidance* is te vinden op <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EIDCOMMUNITY/Guidance+documents>.

⁷ Op deze website kan eenieder na het invullen van een inschrijvingsformulier kosteloos en in real time nagaan of een Belgisch identiteitsdocument bij de overheden bekend staat als gestolen, verloren, verlopen, ongeldig of niet werd uitgereikt.

²⁸ Mr. L. (Leonie) van Sloten is werkzaam als advocaat bij Brinkhof te Amsterdam. Mr. Q.J. (Quirine) Tjeenk Willink is werkzaam als advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.