

De digitale overheid

VAR-reeks

146

De digitale overheid

Preadviezen uitgebracht door

Mr. dr. M.M. Groothuis

Prof. mr. J.E.J. Prins

Dr. mr. C.J.M. Schuyt

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 20 mei 2011

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2011

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2011 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-452-4
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

De digitale overheid en de Awb. Bestuursrechtelijke aspecten van elektronische communicatie	7
Mr. dr. M.M. Groothuis	
De eOverheid voorbij. Recht doen aan de digitale werkelijkheid	71
Prof. mr. J.E.J. Prins	
Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden	117
Dr. mr. C.J.M. Schuyt	
Bestuur en ereleden	163
Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR	165

De digitale overheid en de Awb. Bestuursrechtelijke aspecten van elektronische communicatie

Mr. dr. M.M. Groothuis*

1	Inleiding	9
2	Elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen	12
2.1	Wettelijk kader	12
2.2	Achtergrond: de ‘communicerende burger’ in bestuurskundig perspectief	13
2.3	Elektronisch berichtenverkeer van burgers naar bestuursorganen	14
2.4	Elektronisch berichtenverkeer van bestuursorganen naar burgers	19
2.5	Elektronische handtekening	26
3	De bestuursrechter en digitalisering	31
3.1	Wettelijk kader en achtergrond	31
3.2	Videoconferentie	33
3.3	Elektronisch beroep	38
3.4	Elektronisch dossier	42
3.5	Toegang tot rechterlijke uitspraken op internet	47
3.6	De googelende rechter – bestuursrechters op internet	51
4	Overheid 2.0	57
4.1	Inleiding	57
4.2	WikiGovernment – ontwikkelingen in de Verenigde Staten	57
4.3	eParticipatie – ontwikkelingen in Nederland	59
4.4	Een algemeen bestuursrechtelijk perspectief	62
4.5	Overheid 2.0 en toegankelijkheid van overheidsinformatie	64
5	Afsluiting	66
	Stellingen	70

* Marga Groothuis is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

I Inleiding

Communicatie tussen bestuursorganen en burgers geschiedt in toenemende mate langs elektronische weg. Sinds 2005, een jaar na de inwerkingtreding van de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer,¹ is een groot aantal rechterlijke uitspraken gepubliceerd waarin sprake is van het elektronisch verrichten van bestuursrechtelijke rechtshandelingen.² Het gaat daarbij onder meer om het via een beveiligde *webportal* doen van aangifte voor inkomstenbelasting, het via een webformulier aanvragen van beschikkingen, het per e-mail uitnodigen tot het naar voren brengen van een zienswijze, het per e-mail verzoeken om handhavend optreden door het bestuursorgaan en het op een website of per e-mail bekendmaken van een besluit. In veel gevallen geschiedt het elektronische berichtenverkeer probleemloos en is tussen partijen niet in geschil of het beoogde rechtsgevolg is bereikt. In een deel van de zaken echter levert de communicatie langs elektronische weg wel problemen op en moet de rechter oordelen in geschillen daarover.

Ook elektronisch berichtenverkeer met de bestuursrechter is in opkomst. Op 1 juli 2010 is de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter³ in werking getreden. Deze wet beoogt de voorheen bestaande onduidelijkheid over digitaal procederen bij de bestuursrechter weg te nemen.⁴ In de periode 2007-2010 zijn bij een groot aantal gerechten in Nederland pilots uitgevoerd met betrekking tot verschillende aspecten van digitaal procederen, waaronder het elektronisch – via een beveiligde webportal – indienen van beroepschriften, telehoren (videoconferentie) en digitale dossiers. Deze pilots zijn (met één uitzondering⁵) in 2010 afgerond. Met de inwerkingtreding van voornoemde wet is de weg opgegaan voor de definitieve, stapsgewijze invoering van elektronisch berichtenverkeer met de bestuursrechter. Sinds

-
- 1 Wet houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen en daarmee verband houdende aanpassing van enige andere wetgeving (Wet elektronisch bestuurlijk verkeer), *Stb.* 2004, 260 en *Stb.* 2004, 214.
 - 2 Analyses van jurisprudentie over elektronisch bestuurlijk verkeer in de periode 2005-2010 zijn te vinden in: A.M. Klingenberg, *Bestuursrecht, e-mail en internet. Bestuursrechtelijke normen voor elektronische overheidscommunicatie* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; G. Overkleef-Verburg, 'Elektronisch bestuurlijk verkeer in de Awb. Rechtspraak en rechtspraak', *JBplus* 2008, afl. 1, p. 20-38.
 - 3 Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over elektronisch verkeer met de bestuursrechter (Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter), *Stb.* 2010, 173.
 - 4 Kamerstukken II 2008/09, 31 867, nr. 3, p. 1-2 (MvT).
 - 5 De pilot 'Digitaal procederen' van de Rechtbank Dordrecht zal naar verwachting tot medio 2011 worden voortgezet. Zie hierover: M. Bartling en A.M. Opstelten, 'Pilot digitaal procederen in Dordrecht', *Trema* 2010, Special nr. 1, p. 460-462.

1 oktober 2010 is het bij alle rechtbanken mogelijk beroepschriften langs elektronische weg in te dienen. In 2009-2010 is een start gemaakt met het landelijk invoeren van telehoren bij zittingen inzake vreemdelingenbewaring. Besluitvorming over (wel of geen) verdere uitbreiding van verschillende elementen van elektronisch procederen bij de bestuursrechter wordt in 2011-2012 verwacht.

Terwijl elektronisch berichtenverkeer met de bestuursrechter zich thans in de beginfase bevindt, verandert de praktijk van elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen in hoog tempo.⁶ Zo zijn sinds enkele jaren Web 2.0 applicaties in opkomst. Web 2.0 verwijst naar een nieuwe generatie webtoepassingen die is gericht op samenwerking tussen gebruikers en het delen van inhoud (*content*) tussen gebruikers⁷: 'The term describes the changing trends in the use of World Wide Web technology and web design that aim to enhance creativity, communications, secure information sharing, collaboration and functionality of the web.'⁸ Web 2.0 toepassingen bieden bestuursorganen mogelijkheden om burgers op interactieve wijze te betrekken in hun beleidsontwikkeling en bij de uitoefening van andere publiekrechtelijke taken, zoals handhaving en toezicht. Voorbeelden zijn de interactieve website⁹ van de gemeente Boskoop, waarbij burgers in een wiki-omgeving interactief meeschrijven aan beleidsnota's op onder meer het gebied van de Wet maatschappelijke ondersteuning, en de website 'Wijbouweneenwijk'¹⁰ van de gemeente Smallerland, waarbij bewoners, geïnteresseerden, deskundigen en studenten uit binnen- en buitenland met ambtenaren van de gemeente een nieuwe woonwijk (inclusief ruimtelijk plan) ontwerpen bij het dorp Opeinde.

Dit preadvies beoogt de bestuursrechtelijke ontwikkelingen ten aanzien van elektronische communicatie met de overheid te duiden. Daarbij wordt toegespitst op drie dimensies waarbij in het bijzonder vragen van algemeen bestuursrechtelijke aard rijzen: elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen (par. 2), elektronisch procederen bij de bestuursrechter (par. 3) en eParticipatie: inspraak en toezicht 2.0 (par. 4).

De analyse gaat uit van de huidige rechtspraktijk, waarin elektronische communicatie tussen burgers en overheden, en tussen bedrijven en overheden, zich ontwikkelt. Op enkele punten zal ook worden vooruitgekeken naar de toekomst. Welke communicatievormen en toepassingen kunnen in de komende jaren (met de nodige voorzichtigheid) worden verwacht en welke kansen en aandachtspunten zijn er gelet daarop vanuit bestuursrechtelijk perspectief?

6 Zie voor een overzicht en analyse van deze veranderingen onder meer: A. Edwards, 'Communicatie tussen burgers en lokaal bestuur: oude en nieuwe media', *Bestuurswetenschappen* 2010, nr. 3, p. 46-60.

7 Edwards 2010, p. 55. Vgl. ook: V. Frissen, M. van Staden et al., *Naar een 'User generated State'? De impact van nieuwe media voor overheid en openbaar bestuur*, Delft: TNO 2008, p. 9.

8 V. Bekkers en A. Meijer, *Cocreatie in de publieke sector. Een verkennend onderzoek naar nieuwe, digitale verbindingen tussen overheid en burger*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 14.

9 Boskoop Actief: www.boskoopactief.nl.

10 Opeinde Community: www.wijbouweneenwijk.nl.

In de slotparagraaf (5) worden vier hoofdlijnen bijeengebracht en conclusies getrokken. Daarbij worden aanbevelingen gedaan ten aanzien van de rol van de wetgever, het bestuur en de bestuursrechter bij de vormgeving en inkleuring van het normatief kader voor elektronische communicatie tussen overheid en burgers.

2 Elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen

2.1 Wettelijk kader

Afdeling 2.3 Awb (art. 2:13-2:17) geeft regels voor het verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen en tussen bestuursorganen onderling.¹¹ Ingevolge artikel 2:13 lid 1 Awb kan een bericht tussen bestuursorganen en burgers elektronisch worden verzonden, mits de bepalingen van de afdeling in acht worden genomen. Kernbegrippen in de afdeling 2.3 Awb zijn de begrippen ‘betrouwbaar’ en ‘vertrouwelijk’. Dit zijn volgens de memorie van toelichting open normen die uitdrukking geven aan een gedifferentieerd stelsel van nadere beginselen.¹² De toelichting verwijst in dit kader naar de door Franken geïntroduceerde beginselen van behoorlijk ICT-gebruik: authenticiteit, integriteit, transparantie, beschikbaarheid, flexibiliteit en vertrouwelijkheid.¹³

De wetgever heeft ten tijde van de totstandkoming van afdeling 2.3 Awb gekozen voor het principe van nevenschikking van elektronisch en ‘conventioneel’ berichtenverkeer. De achterliggende gedachte hierbij is dat de digitalisering van de samenleving niet ten koste mag gaan van degenen die (nog) geen toegang hebben tot het elektronisch verkeer, en dat elektronisch verkeer conventionele wijzen van berichtenverkeer (op papier) niet mag verdringen. Het principe van nevenschikking is vooral van belang voor de vraag wie bepaalt of een rechtshandeling langs elektronische of langs de traditionele (papieren) weg wordt uitgevoerd. De wetgever heeft in dit kader gekozen voor de volgende uitgangspunten¹⁴:

- i) de burger bepaalt in welke vorm (elektronisch of op papier) het berichtenverkeer plaatsvindt indien het bestuursorgaan over beide mogelijkheden beschikt;
- ii) voor zover het bestuursorgaan over bepaalde zaken uitsluitend op traditionele (papieren) wijze communiceert, heeft de burger geen keuze. Hij kan elektronisch berichtenverkeer niet afdwingen.

11 De nu volgende beschrijving van het wettelijk kader is gebaseerd op: M.M. Groothuis, ‘De Awb en digitalisering’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 344-345.

12 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3, p. 14-15.

13 H. Franken, ‘Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen’, in: H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit & A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren. Preadviezen voor de Vereniging voor Administratief Recht*, VAR-reeks 110, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 18 e.v.

14 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3, p. 8-9.

- iii) Het is het bestuursorgaan niet toegestaan bepaalde zaken uitsluitend langs elektronische weg te doen, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.

Deze principes komen tot uitdrukking in de artikelen 2:14 en 2:15 Awb. Zo bepaalt artikel 2:14 lid 1 dat een bestuursorgaan een bericht dat tot een of meer geadresseerden is gericht, elektronisch kan verzenden voor zover de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is. En artikel 2:15 lid 1 bepaalt dat een bericht elektronisch naar een bestuursorgaan kan worden verzonden voor zover het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat deze weg is geopend.

Afdeling 2.3 geeft ook een regeling voor de ondertekening bij elektronisch berichtenverkeer tussen burgers en bestuursorganen. Krachtens artikel 2:16 Awb is aan het vereiste van ondertekening voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. De regeling voor de elektronische handtekening in het Burgerlijk Wetboek (art. 15a, lid 2 t/m 6 en art. 15b van boek 3 BW) is van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet.

Wat betreft de term 'schriftelijk' is gekozen voor een ruime, dynamische uitleg.¹⁵ Dit betekent dat besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb zowel op papier als op een elektronische gegevensdrager kunnen staan. En geschriften, afschriften, bezwaar- en beroepschriften en klaagschriften kunnen in beginsel zowel op papier als langs elektronische weg worden verzonden.

2.2 Achtergrond: de 'communicerende burger' in bestuurskundig perspectief

Alvorens elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen vanuit juridisch perspectief nader te belichten, is het nuttig de 'communicerende burger' te bezien vanuit het perspectief van de bestuurs- en communicatiewetenschappen.

Ten eerste wijs ik op een in 2010 gepubliceerde dissertatie¹⁶ van Van Deursen, waarin het niveau van internetvaardigheden van de Nederlandse bevolking door middel van empirisch onderzoek is onderzocht. Van Deursen maakt onderscheid tussen mediumgerelateerde vaardigheden (*media literacy*) en inhoudelijk gerelateerde vaardigheden (*information literacy*). Bij de eerste categorie gaat het om technische vaardigheden die nodig zijn om gebruik te maken van internet, bij de tweede categorie om de vaardigheden om informatie te verwerken en evalueren. Van Deursen concludeert op basis van zijn onderzoek dat er een grote groep burgers is met een laag niveau van internetvaardigheden. Hij betoogt dat er een reële kans bestaat dat delen van de bevolking worden uitgesloten van belangrijke informatie en diensten en formuleert strategieën om het probleem van geringe internetvaardigheden

¹⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 6-7.

¹⁶ A.J.A.M. van Deursen, *Internet skills. Vital Assets in an Information Society*, Enschede: Universiteit Twente 2010.

te hanteren, waaronder ook strategieën om de toegankelijkheid en bruikbaarheid van websites van overheidsorganisaties te verbeteren.

Voorts wijs ik op het in 2001 door Prensky¹⁷ geïntroduceerde begrippenpaar *Digital Native* en *Digital Immigrant*. *Digital natives* zijn vanaf hun jongste kinderjaren opgegroeid met digitale media (in het bijzonder internet): '[They] are used to receiving information really fast. They like to parallel process and multitask. They prefer their graphics before their text rather than the opposite. They prefer random access (like hypertext). They function best when networked.'¹⁸ *Digital immigrants* zijn degenen die het gebruik van digitale media op latere leeftijd hebben geleerd.¹⁹

Op basis van het bovenstaande kan mijns inziens worden geconcludeerd dat het in het kader van 'elektronisch berichtenverkeer tussen overheden en burgers' van belang is rekening te houden met een grote variatie in internetvaardigheden van burgers. Dit geldt zowel voor bestuursorganen, die via websites of andere ICT-toepassingen met burgers communiceren, als voor de (formele of andere) wetgever die wet- en regelgeving inzake elektronisch bestuurlijk verkeer opstelt. In het hiernavolgende zal ik dit toelichten voor 'berichtenverkeer van burgers naar bestuursorganen' (par. 2.3) en voor 'berichtenverkeer van bestuursorganen naar burgers' (par. 2.4).

2.3 Elektronisch berichtenverkeer van burgers naar bestuursorganen

Ingevolge artikel 2:15 lid 1 Awb kan een bericht elektronisch naar een bestuursorgaan worden verzonden voor zover het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat deze weg is geopend. De memorie van toelichting (2002) stelde hierover:

'Een bestuursorgaan kan de elektronische weg openen voor zover het dat wenselijk acht. Differentiatie is mogelijk. Dit betekent dat een gemeentebestuur de elektronische weg bijvoorbeeld kan openen voor het aanvragen van een parkeervergunning, maar (nog) niet voor het aanvragen een kapvergunning, of dat bijvoorbeeld in een bepaald gebied met elektronisch verkeer kan worden geëxperimenteerd zonder dat daaraan aanspraken kunnen worden ontleend door burgers buiten dat gebied. De kenbaarmaking kan zowel plaatsvinden in een algemene regeling als in een bericht aan een of meer geadresseerden.'²⁰

Thans, bijna tien jaar later, kan op basis van de – hierna te bespreken – jurisprudentie worden geconcludeerd dat artikel 2:15 lid 1 in de praktijk dikwijls aanleiding geeft tot geschillen, in het bijzonder in gevallen waarin de elektronische weg niet

17 M. Prensky, 'Digital Natives, Digital Immigrants', in: *On the horizon* 2001, (9), 5, p. 1-6.

18 Prensky 2001, p. 1.

19 Dit begrippenpaar wordt ook belicht in: E. Loos, *De oudere: een digitale immigrant in eigen land? Een verkenning naar toegankelijke informatievoorziening*, Inaugurale rede uitgesproken op 25 juni 2010 aan de Universiteit van Amsterdam, Den Haag: Boom Lemma uitgeverij 2010.

20 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 12-13.

expliciet is opengesteld maar er wel *de facto* een elektronische weg – in de vorm van een mailbox of een op een website gepubliceerd (vragen)formulier – open staat.

Wanneer een burger bijvoorbeeld een bezwaarschrift per e-mail stuurt naar het, op de website vermelde, e-mailadres van een gemeente, terwijl daarbij niet staat vermeld dat dit e-mailadres niet openstaat voor het indienen van bezwaarschriften (en ook overigens niet is aangegeven waarvoor het e-mailadres is bedoeld), rijst de vraag of het bestuursorgaan wel of niet de elektronische weg heeft opengesteld.

De jurisprudentie over artikel 2:15 Awb in de periode 2005-2007 was casuïstisch van aard en betrof vrijwel steeds gevallen waarin een bericht via een e-mail of webformulier aan een bestuursorgaan was gestuurd, waarna het bestuursorgaan stelde dat de elektronische weg niet (formeel) was opengesteld.²¹

In een uitspraak van 29 april 2008²² heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een duidelijke richting aangegeven. Deze jurisprudentielijn kan worden aangeduid als de 'lijn van de bestendige bestuurlijke praktijk'.

Het geschil betrof een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) dat per e-mail was ingediend bij de politieregio Limburg Zuid en was doorgestuurd naar politieregio Limburg Noord. Geen van beide politieregio's had de elektronische weg voor Wob-verzoeken uitdrukkelijk opengesteld. De Afdeling overwoog dat 'een bestendige bestuurlijke praktijk waarbij Wob-verzoeken reeds vele malen via de elektronische weg zijn ingediend en hierop is besloten, grond kan bieden voor het oordeel dat aan de verzoeker kenbaar is gemaakt dat de elektronische weg voor dergelijke verzoeken is geopend'. Uit deze uitspraak volgt dat het *de facto* openstellen van de elektronische weg kan blijken uit de praktijk, waarbij e-mail 'vele malen' is geaccepteerd en in behandeling genomen.²³

In haar uitspraak van 4 augustus 2010²⁴ paste de Afdeling opnieuw het criterium van de 'bestendige bestuurlijke praktijk' toe. In die zaak oordeelde de Afdeling dat geen sprake was van een bestendige bestuurlijke praktijk.

Naast de lijn van de 'bestendige bestuurlijke praktijk' is sinds 2008 een tweede lijn zichtbaar in de jurisprudentie van de Afdeling over artikel 2:15 lid 1. In die lijn benadrukt de Afdeling dat per berichtencategorie kan en moet worden onderscheiden. Illustratief voor deze jurisprudentielijn is een uitspraak van de Afdeling van 3 december 2008.²⁵ In die zaak was een Wob-verzoek ingediend bij de politieregio Rotterdam-Rijnmond door middel van een op de website van deze politieregio geplaatst formulier, waaraan het e-mailadres info@rijnmond.politie.nl was verbonden. De korpschef had aan de indiener van het Wob-verzoek meegedeeld dat hij de elektronische weg niet uitdrukkelijk had opengesteld voor het indienen van

21 Zie o.m.: Rb. Groningen 16 mei 2007, LJN BA6378; Rb. Arnhem 25 april 2007, BA4054; Nationale ombudsman 2 april 2007, AB 2007, nr. 191, m.nt. P.J. Stolk. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze jurisprudentie: Overkleeft-Verburg 2008.

22 ABRvS 29 april 2008, LJN BD0772, AB 2008, 202 m.nt. P.J. Stolk, JB 2008, 130.

23 Zie ook in deze zin: annotator P.J. Stolk bij deze uitspraak in AB 2008, 202.

24 ABRvS 4 augustus 2010, LJN BN3186.

25 ABRvS 3 december 2008, LJN BG5897, AB 2009, 8, m.nt. P.J. Stolk, Gst. 2009/26 m.nt. Munneke.

informatieverzoeken in het kader van de Wob en dat het desbetreffende verzoek niet in behandeling zou worden genomen. In haar uitspraak overweegt de Afdeling dat uit het feit dat op de website van een bestuursorgaan aan het publiek de gelegenheid wordt geboden vragen te stellen door het invullen van een formulier, op zichzelf niet voortvloeit dat de elektronische weg is geopend voor het indienen van verzoeken als bedoeld in artikel 3 lid 1 Wob (verzoek om informatie). De Afdeling verwijst naar de (in het vorenstaande weergegeven) overwegingen in de memorie van toelichting bij artikel 2:15 lid 1 Awb, waarbij is aangegeven dat een bestuursorgaan de elektronische weg kan openen voor een of meer categorieën van berichten ('Differentiatie is mogelijk'). Hieruit volgt naar het oordeel van de Afdeling 'dat een bericht slechts langs elektronische weg bij een bestuursorgaan kan worden ingediend indien voldoende duidelijk is dat deze weg voor de desbetreffende berichtencategorie is opengesteld. Uit het feit dat aan het op de website van de politieregio Rotterdam-Rijnmond geplaatste vragenformulier het e-mailadres info@rijnmond.politie.nl was verbonden, kan, gelet op het algemene karakter van het formulier en het e-mailadres, niet worden afgeleid dat dit formulier behalve voor het stellen van publieksvragen ook voor het indienen van verzoeken als bedoeld in art. 3 lid 1 Wob was bestemd'.

Munneke concludeerde in zijn annotatie bij deze uitspraak in de *Gemeentestem*²⁶ dat 'de vraag of een bestuursorgaan de elektronische weg heeft opengesteld niet al te snel bevestigend mag worden beantwoord. Per categorie kan en moet worden onderscheiden, aldus de Afdeling'.

In 2009-2010 heeft de Afdeling deze jurisprudentielijn voortgezet.²⁷ Een uitspraak van 18 oktober 2010²⁸ spreekt boekdelen. Daarin herhaalt de Afdeling, onder verwijzing naar haar uitspraak van 3 december 2008, dat 'een bericht slechts langs elektronische weg bij een bestuursorgaan kan worden ingediend indien voldoende duidelijk is dat deze weg voor de desbetreffende berichtencategorie is opengesteld'. Vervolgens overweegt de Afdeling: 'Uit een in reactie op het e-mailbericht van 4 maart 2010 op diezelfde datum automatisch aangemaakt e-mailbericht van de gemeente Strijen, waarin staat dat meer complexe vragen formeel worden ingeboekt en dezelfde behandeling krijgen als een ingekomen brief, kan, gelet op het algemene karakter van deze formulering, niet worden afgeleid dat verzoeken om handhaving langs elektronische weg bij het college konden worden ingediend. Nu het college het verzoek van appellant om handhaving blijktens zijn brief van 9 maart 2010 eerst op 9 maart 2010 per post heeft ontvangen, diende het college binnen redelijke termijn na die datum te beslissen.'

²⁶ Gst. 2009/26.

²⁷ Zie o.m. ABRvS 8 april 2009, LJN BI0394 en ABRvS 2 september 2009, LJN BJ6686 betreffende zaken waarin partijen hadden aangevoerd dat zij per e-mail een zienswijze naar voren hadden gebracht. De Afdeling overwoog in beide uitspraken dat het bestuursorgaan niet had kenbaar gemaakt dat de mogelijkheid bestond om langs elektronische weg zienswijzen naar voren te brengen en dat appellanten hun zienswijze derhalve niet per e-mail naar voren konden brengen.

²⁸ ABRvS 18 oktober 2010, LJN BO2903.

Deze jurisprudentie lijn betekent dat burgers die een elektronisch bericht naar een bestuursorgaan willen sturen, alert moeten zijn. Slechts indien expliciet is aangegeven dat een elektronische weg (een e-mailadres of webformulier) voor een bepaalde berichtencategorie is opengesteld, kan die weg – voor uitsluitend die categorie van berichten – worden gebruikt. In andere gevallen kan het bestuursorgaan zich op het standpunt stellen dat de elektronische weg niet is opengesteld.

Mijns inziens sluit deze jurisprudentie lijn, hoezeer ook daarvoor aanknopingspunten zijn te vinden in de parlementaire geschiedenis, niet meer aan bij de huidige maatschappelijke werkelijkheid, waarin e-mail een gangbaar communicatiemiddel is geworden. Het ligt in de lijn der verwachting dat de komende jaren nog vele burgers – *Digital Natives* en *Digital Immigrants* in de termen van Prensky – e-mailberichten en andere elektronische berichten zullen sturen naar bestuursorganen, en dat, gelet op de hiervoor besproken jurisprudentie, nog vele geschillen zullen volgen over de vraag of de elektronische weg in casu wel of niet was opengesteld.

De vraag rijst of artikel 2:15 lid 1, eerste volzin²⁹ Awb niet kan vervallen. Deze vraag was reeds in 2006 actueel, in verband met de implementatie van de Dienstenrichtlijn.³⁰ In het kader van de derde evaluatie van de Awb is de aanbeveling³¹ gedaan artikel 2:15 lid 1 Awb te wijzigen, omdat de in artikel 8 Dienstenrichtlijn opgenomen verplichting om langs elektronische weg te communiceren verder gaat dan artikel 2:15 lid 1 Awb.³² In 2007 heeft de Commissie IJnsink³³ dit voorstel afgewezen, omdat de commissie er, anders dan de onderzoekers, ‘niet van overtuigd is dat het onprobleematisch is om op korte termijn alle bestuursorganen te verplichten om voor alle

29 De tweede volzin luidt: ‘Het bestuursorgaan kan nadere eisen stellen aan het gebruik van de elektronische weg.’ De memorie van toelichting noemt als voorbeelden van nadere eisen o.m.: ‘Zo kan het bestuursorgaan vereisen dat langs elektronische weg aan hem verzonden berichten naar een bepaald elektronisch postadres worden verzonden. Te denken valt ook aan het stellen van meer technische vereisten zoals het gebruik van bepaalde software of het gebruik van bepaalde intelligente formulieren’. (*Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3 p. 13). De tweede zin van art. 2:15 lid 1 Awb gaat uit van de situatie dat een elektronische weg is opengesteld. Naar mijn opvatting kan de tweede zin van art. 2:15 lid 1 zelfstandig blijven bestaan, wanneer de eerste zin vervalt.

30 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L376/36.

31 R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel and R. Ortlep, *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 201.

32 Widdershoven, Verhoeven et al. 2007, p. 97. Zie hierover ook: A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, ‘De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht’, *RegelMaat* 2007, afl. 5, p. 190-204; E. Belhadj, S.J.H. Evans & J.W. van de Gronden, ‘De Dienstenrichtlijn; de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn’, *SEW* 2007, p. 141-153; B. Hessel, ‘Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1)’, *Gst.* 2007, 7269, p. 113-125; M.M. Groothuis and A. van der Wijst, ‘Implementation of the EU Services Directive: on eGovernment in a Decentralized Unitary State’, in: S. van der Hof and M.M. Groothuis, *Innovating Government. Normative, policy and technological dimensions of modern government*, The Hague: TMC Asser Press 2011, p. 315-327.

33 Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, WODC, The Hague: Boom Juridische uitgevers 2007. Zie voor het regeringsstandpunt met betrekking tot deze evaluatie: *Kamerstukken II 2009/10*, 29 279, nr. 111.

gevallen elektronische communicatie mogelijk te maken'.³⁴ Sinds de inwerking-treding van de Dienstenwet eind 2009 geldt die verplichting wel voor zover het berichtenverkeer onder de reikwijdte van die Richtlijn valt³⁵, en niet voor het overige berichtenverkeer. Backes stelt in een artikel³⁶ in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht in 2010 vast dat, nu elektronisch verkeer, althans met dienstverlenende bedrijven, moet, het blijkbaar ook kan. Vervolgens stelt hij de vraag of de conclusie van de Commissie IJink van 2007 dan niet moet worden heroverwogen: 'Indien het bestuur in staat blijkt te zijn en verplicht is om met dienstverlenende bedrijven elektronisch te communiceren, zou dat niet ook moeten gelden voor burgers die dat wensen?'³⁷ Mijns inziens moet die vraag bevestigend worden beantwoord.

Gelet op het vorenstaande stel ik voor een wetswijziging voor te bereiden ertoe strekkende dat artikel 2:15 lid 1, eerste volzin Awb vervalt. Teneinde te voorkomen dat bestuursorganen op korte termijn te grote stappen moeten nemen om tijdig klaar te zijn voor 'verplicht elektronisch communiceren', stel ik voor artikel 2:15 lid 1, eerste volzin, te laten vervallen in 2015, vier jaar³⁸ vanaf nu.³⁹ Bestuursorganen hebben dan ruim de tijd om zich op de nieuwe situatie voor te bereiden.

Voor de periode waarin artikel 2:15 lid 1, eerste volzin Awb, nog zal gelden, is het mijns inziens belangrijk dat bestuursorganen beleid ontwikkelen ten aanzien van artikel 2:15 Awb, dit beleid publiceren⁴⁰ en tevens op hun websites, en door middel van andere communicatiemiddelen, duidelijk aangeven voor welke doelen de openstaande digitale kanalen wel, en (indien van toepassing) niet kunnen worden gebruikt.⁴¹ Het is naar mijn opvatting daarnaast wenselijk dat geleidelijk een

34 Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 55.

35 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L376/36.

36 Ch.W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', NTB 2009, nr. 10, p. 307-317.

37 Backes 2010, p. 317.

38 Belangrijk is mijns inziens dat de wetgever een duidelijke termijn stelt waarbinnen de openstelling moet zijn voltooid.

39 Vgl. ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet elektronische dienstverlening burgerlijke stand, Kamerstukken II 2009/10, 32 444, nr. 3, p. 4, waarin de regering aangeeft dat elektronisch verkeer met betrekking tot het onderwerp van dit wetsvoorstel voor gemeenten thans niet verplicht wordt. Daaraan wordt toegevoegd dat, mocht uiteindelijk blijken dat een groot deel van de gemeenten wel, maar enkele andere nog niet, tot elektronische dienstverlening bij de burgerlijke stand zijn overgegaan, alsnog in een wettelijk verplichte invoering kan worden voorzien.

40 Zie uitgebreid over problemen in de uitvoeringspraktijk ten aanzien van dit aspect van art 2:15 Awb: Overkleef-Verburg 2008, p. 27 e.v.

41 In dit kader wijs ik op het persbericht van de Nationale Ombudsman van 14 oktober 2010, waarin de Nationale ombudsman een onderzoek aankondigt naar e-mailverkeer tussen burgers en overheden: <http://www.nationaleombudsman-nieuws.nl/nieuws/2010/ombudsman-onderzoekt-e-mailverkeer-tussen-burger>. Doel van het onderzoek is 'om normen te formuleren voor de overheid zodat meer eenheid ontstaat en daardoor meer duidelijkheid voor de burger'. Het rapport wordt medio 2011 verwacht. Zie ook Nationale ombudsman 4 januari 2011, 2011/004, waarin verzoeker klaagt dat ontvanger van de Belastingdienst Oost niet eenduidig en duidelijk is geweest in zijn gebruik van het faxapparaat en de behandeling van de faxberichten. De Nationale

cultuurverandering ontstaat, waarbij het bestuursorgaan zoveel mogelijk tracht om, binnen de grenzen van de wet en binnen de grenzen van wat organisatorisch mogelijk is, met elke burger te communiceren op een wijze die bij die individuele burger past, en de burger zo veel mogelijk ruimte laat om de communicatiewijze, papier of juist digitaal, te kiezen.

2.4 Elektronisch berichtenverkeer van bestuursorganen naar burgers

Artikel 2:14 Awb bepaalt onder welke voorwaarden elektronisch verkeer van bestuursorganen aan burgers mogelijk is en welke eisen aan dat verkeer worden gesteld. Ingevolge het eerste lid kan een bestuursorgaan een bericht dat tot een of meer geadresseerden is gericht, elektronisch verzenden voor zover de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is. Het tweede lid ziet op berichten tot een onbepaalde groep personen ('berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht') en schrijft voor dat de verzending van deze berichten niet uitsluitend elektronisch geschiedt, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Met deze bepaling is het *beginsel van nevenschikking* als hoofdregel in de Awb verankerd. De memorie van toelichting (2002)⁴² stelde daarover: 'Het kabinet kiest voor "nevenschikking" en niet voor "verdringing" van conventionele gegevensuitwisseling door elektronisch verkeer. Dit betekent dat voor verkeer met de overheid dient te gelden dat de papieren weg mogelijk blijft: ook als het bestuur langs elektronische weg kan reageren, behoudt de burger de mogelijkheid aan te geven dat hij uitsluitend via papieren geschriften dan wel mondeling contact wenst. De elektronische weg komt naast en niet in plaats van het conventionele verkeer.'

Het beginsel van nevenschikking was, voor bekendmaking van Awb-besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, van 2004 tot 2009 ook neergelegd in artikel 3:42 lid 2 Awb (*oud*).⁴³ Per 1 juli 2009⁴⁴ is artikel 3:42 lid 2 Awb gewijzigd.

ombudsman oordeelt dat de klacht gegrond is wegens schending van het vereiste van rechtszekerheid, het beginsel van voortvarendheid en schending van het vereiste van hoor en wederhoor.

42 Kamerstukken II 2001/2002, 28 483, nr. 3, p. 8.

43 Die bepaling luidde: 'Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, geschiedt de bekendmaking niet elektronisch.' Dat artikel 3:42 lid 2 Awb *oud* strikt werd geïnterpreteerd volgt uit de uitspraak van de ABRvS van 3 januari 2007 betreffende de bekendmaking van een subsidieplafond voor de ESF-3 subsidie door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: LJN AZ5491, AB 2007, 224, m.nt W. den Ouden.

44 De datum waarop (een deel van) de Wet elektronische bekendmaking in werking is getreden, Stb. 2008, 551. Zie over de inwerkingtreding van de verschillende onderdelen van deze wet: Besluit van 11 juni 2009, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmaking en het Besluit bekendmaking en beschikbaarstelling regelgeving decentrale overheden, Stb. 2009, 276, en Besluit van 14 oktober 2010, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enige artikelen van de Wet elektronische bekendmaking en het Besluit bekendmaking en beschikbaarstelling regelgeving decentrale overheden, Stb. 2010, 743.

Ingevolge het nu geldende nieuwe artikel 3:42 lid 1 Awb geschiedt de bekendmaking van Awb-besluiten van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, door kennisgeving van het besluit of van de zakelijke inhoud ervan in de (elektronische) Staatscourant, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Bekendmaking in de elektronische Staatscourant (www.staatscourant.nl) is nu dus de hoofdregel. Het tweede lid bevat een (tijdelijke)⁴⁵ regeling voor bekendmaking van besluiten van niet tot de centrale overheid behorende organen in een papieren dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, of in een papieren of elektronisch overheidsblad.

Geconcludeerd kan worden dat, terwijl het beginsel van nevenschikking krachtens artikel 2:14 lid 2 Awb voor 'verkeer langs elektronische weg' als hoofdregel blijft gelden, dit beginsel in de (zelfde) Awb voor een belangrijke categorie berichten, namelijk 'besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht', is losgelaten.⁴⁶

Daarenboven zijn in de periode 2005-2010 ook in enkele bijzondere bestuurswetten wijzigingen aangebracht die afwijken van het beginsel van nevenschikking (overigens ten aanzien van verkeer in beide richtingen). Een eerste voorbeeld is de plicht tot het langs elektronische weg doen van aangifte voor een zevental belastingen.⁴⁷ Een tweede voorbeeld is de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht waarin (in art. 2.8) aan de regering de bevoegdheid is toegekend om bij amvb te bepalen dat een aanvraag om een omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk elektronisch wordt ingediend. Van deze bevoegdheid is gebruik gemaakt in artikel 4.1 lid 2 van het Besluit omgevingsrecht, welke bepaling op een nog nader te bepalen tijdstip in werking zal treden (Stb. 2010, 231). Na de inwerkingtreding van deze bepaling zullen rechtspersonen en natuurlijke personen die een onderneming voeren, alsmede natuurlijke personen die een zelfstandig beroep uitoefenen, aanvragen om een omgevingsvergunning uitsluitend langs elektronische weg kunnen indienen.

In dit verband wijs ik ook op het wetsvoorstel voor de Wijziging van de Ambtenarenwet en de Militaire Ambtenarenwet 1931 in verband met het uitsluitend elektronisch verzenden van berichten die betrekking hebben op de rechtspositie, dat thans (in 2011) in behandeling is in de Tweede Kamer.⁴⁸ Dit wetsvoorstel beoogt blijkens

45 Uit de parlementaire behandeling van de Wet elektronische bekendmaking blijkt dat voor een tijdelijke uitzonderingsregeling voor organen van decentrale overheden is gekozen om deze organen meer tijd te geven om maatregelen te nemen ter voorbereiding van de nieuwe praktijk van elektronische bekendmaking (zie o.m. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 084, nr. 3, p. 14 en het nader rapport, nr. 4, p. 2).

46 Zie over de argumenten pro en contra het loslaten van het beginsel van nevenschikking voor deze categorie besluiten en het debat dat daarover in de Tweede Kamer is gevoerd: *Kamerstukken II 2006/07*, 31 084, nr. 3, p. 1 en 10 e.v., 2007/08 nr. 9 en *Handelingen II 26 juni 2008*, nr. 102, p. 7261-7276.

47 Dit betreft de aangifte door een administratieplichtige als bedoeld in art. 52 lid 2 Awr voor de inkomstenbelasting, vennootschapbelasting, omzetbelasting, loonbelasting, accijns, verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van enkele andere producten en verpakkingenbelasting (art. 8 lid 2 Awr en art. 20 Uitvoeringsregeling Awr). Hierbij is er een mogelijkheid ontheffing aan te vragen.

48 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 416, nr. 1-3.

de memorie van toelichting⁴⁹ een wettelijke grondslag te creëren om, in afwijking van artikel 2:14 lid 1 Awb, salarisstroken en andere personeelsbesluiten elektronisch aan te bieden in plaats van per (papieren) post, zonder dat daarvoor instemming van de geadresseerde nodig is. Het doel van de wetswijziging, zo geeft de memorie van toelichting aan, is kostenbesparing.

Op grond van het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat het beginsel van nevenschikking, dat minder dan tien jaar geleden nog een ankerpunt vormde in de wetgeving inzake elektronisch bestuurlijk verkeer, thans aan erosie onderhevig is. Naar mijn opvatting is dit een negatieve ontwikkeling. De ratio achter het beginsel van nevenschikking is dat de burger zelf kan kiezen op welke wijze hij met de overheid communiceert. Burgers met geringe, of geen, internetvaardigheden⁵⁰ kunnen in de knel komen, of afhankelijk van anderen worden,⁵¹ wanneer de overheid elektronisch communicatie aan hen oplegt. En aan alle burgers wordt dan de vrijheid ontnomen om niet elektronisch te communiceren met de overheid.⁵²

Indien een burger wel langs elektronische weg wil communiceren zijn, uit een oogpunt van rechtsbescherming, drie elementen van belang:

ten eerste dat de burger laat weten voor welk bericht, of categorie van berichten, hij langs elektronische weg kan worden bereikt en op welk elektronisch adres hij bereikbaar is;

ten tweede dat, als de burger en het bestuursorgaan zijn overeengekomen elektronisch te communiceren, hij erop mag vertrouwen dat het bestuursorgaan de berichten daadwerkelijk elektronisch, en niet op papier, zal sturen;

ten derde de, uit artikel 2:14 lid 3 Awb voortvloeiende vereisten van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid waaraan de verzending moet voldoen.

In het onderstaande belicht ik deze drie elementen.⁵³

Dat elektronisch berichtenverkeer slechts kan plaatsvinden als de burger heeft aangegeven voor welk bericht, of categorie van berichten, hij langs elektronische weg kan worden bereikt en op welk elektronisch adres, volgt uit de memorie

49 Kamerstukken II 2009/10, 32 416, nr. 3, p. 1-2.

50 Zie hierover par. 2.2 van dit preadvies.

51 Zie in dit kader het in hiervoor in par. 2.2 genoemde werk van Loos, 2010, p. 37, waarin hij betoogt dat problemen met nieuwe media (ICT-toepassingen) voor ouderen zich niet oplossen naarmate de tijd verstrijkt, aangezien er steeds weer nieuwe media bijkomen. Er zullen dus altijd ouderen zijn die niet met de nieuwste media zijn opgegroeid.

52 Zie in dit kader ook het Verslag van de vaste Commissie van Binnenlandse Zaken (Kamerstukken II 2010/11, 32 416, nr. 4), waarin Kamerleden vragen welke maatregelen de regering neemt om privacygevoelige gegevens adequaat te beschermen.

53 Zie over deze drie elementen ook: Klingenberg 2011, p. 82-83 en 90-95 en Overkleef-Verburg 2008, p. 20-38.

van toelichting bij artikel 2:14 Awb.⁵⁴ Daarin wordt ook opgemerkt dat de enkele bekendheid van een e-mailadres ‘niet zonder meer voldoende’ is.⁵⁵

Dat een burger, als met een bestuursorgaan is afgesproken dat hij voor een bepaalde categorie van berichten op een bepaald e-mailadres bereikbaar is, erop mag rekenen dat de berichten dan ook daadwerkelijk elektronisch naar hem worden verzonden, blijkt uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 10 december 2009.⁵⁶ Appellante in die zaak had bij de Raadskamer WUV van de Pensioen- en Uitkeringsraad (verder: PUR) twee aanvragen ingediend: een aanvraag op grond van de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945 (Wuv) en een aanvraag op grond van de Wet uitkeringen burger-oorlogsslachtoffers 1940-1945 (Wubo). Wegens verblijf in het buitenland verzocht appellante de PUR om toezending van alle correspondentie over haar aanvraag per e-mail. Bij dit verzoek vermeldde zij het correspondentienummer van haar Wubo-aanvraag en niet dat van haar Wuv-aanvraag. De PUR verzond vervolgens het primaire besluit op de Wubo-aanvraag per e-mail aan appellante en het primaire besluit op de Wuv-aanvraag per papieren post naar haar huisadres. Het bezwaarschrift van appellante tegen laatstgenoemd besluit werd niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de voor de indiening daarvan ingevolge artikel 6:7 Awb geldende termijn van zes weken. Daarbij is overwogen dat weliswaar het primaire besluit Wuv niet, zoals in verband met verblijf in het buitenland verzocht, per e-mail is toegezonden, maar dat appellante vervolgens na thuiskomst heeft verzuimd om zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk een bezwaar in te dienen. De Centrale Raad van Beroep (verder: de Raad) diende de vraag te beantwoorden of het bestreden besluit in rechte stand kon houden.

De Raad overwoog dat de aanvraag van appellante een zogeheten samenloop-aanvraag betrof, gericht zowel op toepassing van de Wuv als op toepassing van de Wubo. In een zodanig geval vindt de behandeling voor de beide wetten voor oorlogsgetroffenen zoveel mogelijk gecoördineerd plaats. Omdat het primaire besluit op de Wubo-aanvraag per e-mail was verzonden, mocht appellante er naar het oordeel van de Raad op rekenen dat ook het primaire besluit op de Wuv-aanvraag per e-mail zou worden verzonden. De bijzondere omstandigheden van het geval leidden de Raad tot de slotsom dat redelijkerwijs niet kon worden geoordeeld dat appellante bij het indienen van het bezwaar in verzuim was geweest. Gelet hierop oordeelde de Raad dat het bestreden besluit niet in rechte kon standhouden.

Indien het bestuursorgaan een bericht langs elektronische weg aan een burger stuurt, dient de communicatie te voldoen aan de in artikel 2:14 lid 3 Awb gestelde eisen van ‘betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid’. Dit zijn, zoals hiervoor in paragraaf 2.1 reeds werd aangegeven, open normen die uitdrukking geven aan een gedifferentieerd stelsel van nadere beginselen.⁵⁷

54 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 11 en 38.

55 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 11.

56 LJN BK7208, AB 2010, 131, m.nt. Klingenberg.

57 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 14-15.

Over de vraag hoe de open normen van ‘betrouwbaarheid’ en vertrouwelijkheid kunnen worden ingekleurd stelt de memorie van toelichting:⁵⁸

‘Wanneer precies sprake is van voldoende mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid is in algemene zin moeilijk te zeggen. In sommige gevallen van uitwisseling van informatieve berichten is er weinig behoefte aan bescherming. Een e-mailbericht zonder een elektronische handtekening of een sms-bericht kan al voldoende zijn. Zodra echter van belang is dat de authenticiteit, de integriteit of andere hiervoor genoemde beginselen voldoende zijn gewaarborgd, dienen maatregelen ter bescherming te worden genomen. De aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt, zijn bepalend voor de mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid die vereist is. De mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid dient even groot te zijn als in het conventionele verkeer. Aan de verlening van een vergunning bijvoorbeeld moeten hogere eisen worden gesteld dan aan de verstrekking van algemene inlichtingen die ook langs andere kanalen verkrijgbaar zijn.’

Thans, in 2011, worden door een aantal overheden ‘beveiligde portals’ ontwikkeld: digitale, beveiligde omgevingen waarin berichten voor burgers (bijvoorbeeld beschikkingen) kunnen worden klaargezet.⁵⁹ Een burger krijgt toegang tot ‘zijn’ individuele beveiligde portal en de daarin voor hem klaargezette documenten wanneer hij inlogt met authenticatievoorziening DigiD. Aldus vindt ‘verzending’ van de documenten aan de burger plaats. Voorbeelden zijn het overheidsbrede portal *Mijnoverheid.nl*⁶⁰, het (in nog in ontwikkeling zijnde) portal *Mijnbelastingdienst.nl*⁶¹ het portal *P-Direkt*⁶² voor het elektronisch verzenden van rechtspositionele besluiten aan ambtenaren (waarvoor voornoemde wetswijziging van de Ambtenarenwet en de Militaire Ambtenarenwet wordt voorbereid) en de Berichtenbox van *Antwoord voor Bedrijven* voor berichtenverkeer van bestuursorganen met rechtspersonen (bedrijven).

De komende jaren zal aan de eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van artikel 2:14 lid 3 Awb een concrete invulling moeten worden gegeven bij de verdere ontwikkeling van portals en andere ICT-applicaties (inclusief e-mail) voor berichtenverkeer van bestuursorganen naar burgers. Uit deze wettelijke bepaling volgt dat de vereisten van een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier van verzending moeten worden ingevuld gelet op de aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. Uitgaande van die drie elementen (aard, inhoud en doel van bericht, inclusief de vraag of sprake is van een rechtshandeling, en zo ja welk type rechtshandeling) zullen de eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid als normatieve criteria voor elektronisch berichtenverkeer nader moeten worden ingekleurd.

58 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 17.

59 Het concept van de beveiligde portal voor de communicatie tussen overheden en burgers is enigszins vergelijkbaar met het concept van ‘telebankieren’ in het bankwezen.

60 Kamerstukken II 2005/06, 29 362 nr. 86, p. 1-3 en Kamerstukken II 2010/11, 32 500 VII, nr. 2, 56-57.

61 Kamerstukken II 2010/11, 32 504, nr. 32, p. 29 en 31 en Kamerstukken II 2009/10, 32 359, nr. 1, bijlage 1.

62 Kamerstukken II 2009/10, 32 416, nr. 1-3.

In de dissertatie van Klingenberg (2011)⁶³ wordt, voortbouwend op de door Franken geformuleerde beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, een mijns inziens overtuigende aanzet gegeven voor die inkleuring.⁶⁴ Zij werkt in het bijzonder drie ICT-beginselen nader uit: *vertrouwelijkheid* (de eis dat het bericht terecht komt bij degene voor wie het bericht bestemd is en dat het niet door anderen kan worden gelezen⁶⁵), *authenticatie* (het bewijzen van de identiteit van de betrokkene, het waarborgen dat het klopt), en *integriteit* (de eis dat het bericht aankomt in de staat waarin het werd verzonden, hetgeen inhoudt dat wijzigingen in het bericht opgespoord moeten kunnen worden).

Eén beginsel van behoorlijk ICT-gebruik is in de memorie van toelichting bij artikel 2:14 lid 3 Awb en 2:15 lid 3 Awb mijns inziens onderbelicht gebleven: het beginsel van *transparantie*. Deze eis houdt in dat de werking en toepassing van de informatie- en communicatietechnologie doorzichtig en begrijpelijk moet zijn. Zonder transparantie is reconstructie van en controle op de werking van de ICT-toepassing niet mogelijk.⁶⁶ Uit oogpunt van bewijsrecht is het essentieel dat ICT-toepassingen voor berichtenverkeer tussen bestuursorganen en burgers voldoen aan hoge eisen van transparantie. Transparantie van de ICT-toepassing is een voorwaarde om achteraf te kunnen toetsen of aan de eisen van integriteit en vertrouwelijkheid wordt voldaan.

Transparantie van de ICT-toepassing is, in termen van bestuursrechtelijk bewijsrecht, een voorwaarde om te kunnen aantonen dat (of weerleggen dat) de verzending van een bericht heeft plaatsgevonden.⁶⁷ Gelet hierop is het van belang dat de mutaties in de door de bestuursorganen gebruikte ICT-applicaties, zoals voornoemde portals of mailboxen, systematisch worden vastgelegd en bewaard. Toegang tot die mutatiegegevens is essentieel voor de bewijspositie van burgers en bestuursorganen in geschillen over de vraag of, en op welk tijdstip, een bericht is verzonden, dan wel een systeem van gegevensverwerking heeft bereikt (art. 2:17 lid 1 en 2 Awb). Het gaat hier, evenals bij de jurisprudentie inzake verzending en ontvangst van papieren poststukken (art 6:9 lid 1 en 2 Awb) en bij de fax-jurisprudentie (thans: art. 2:17 lid 1 en 2 Awb), in de kern om het, in geval van een geschil, kunnen reconstrueren van het 'transport van een bericht'. Een zodanige reconstructie, volgens de in de jurisprudentie ontwikkelde bewijslastverdeling, kan slechts plaatsvinden indien de voor de verzending gebruikte ICT-applicatie voldoet aan de uit artikel 2:14 lid 3 Awb voortvloeiende eis van transparantie.

63 Klingenberg 2011, p. 9-13 en 90-94.

64 In dit verband kan ook worden gewezen op de nota van toelichting bij het Besluit ruimtelijke ordening (Bro), waarin, toegespitst op elektronisch berichtenverkeer in het kader van de Wet ruimtelijke ordening (Wro), de criteria van authenticiteit en integriteit worden ingevuld: Stb. 2008, 145.

65 In de toelichting bij het ontwerp voor de Bro werd ook de term 'exclusiviteit' gehanteerd: het toegankelijk zijn van de informatie voor uitsluitend degene voor wie de informatie is bestemd: zie hierover Klingenberg 2011, p. 91.

66 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid* (diss.), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 22.

67 Vergelijk ook Overkleef-Verburg 2008, p. 27 e.v. die op basis van een jurisprudentie-analyse laat zien dat de bewijspositie van burgers verslechtert wanneer burgers voor hun bewijsvoering afhankelijk zijn van overheidssites die voortdurend veranderen.

Bij de eerder genoemde portals voor berichtenverkeer tussen bestuursorganen en burgers plaats ik nog twee kanttekeningen.

In de eerste plaats acht ik het vanuit bestuursrechtelijk perspectief, met het oog op de aanvang van termijnen, wenselijk dat er een zekere mate van coördinatie plaatsvindt bij het (verder) ontwikkelen van deze portals. Hoewel de Berichtenbox van een van de portals, Mijnoverheid.nl, is opgezet om burgers één digitale brievenbus te bieden waarop zij berichten van verschillende bestuursorganen kunnen ontvangen,⁶⁸ is thans (in 2011) sprake van een aantal portals naast elkaar (Mijnoverheid.nl, Mijn belastingdienst.nl, Mijn[gemeente].nl.⁶⁹ Voor burgers dreigt een onoverzichtelijke situatie te ontstaan, wanneer berichten van (verschillende) bestuursorganen – met rechtsgevolg en daaraan gekoppelde aanvang van een bezwaar- of beroepstermijn – in niet één, maar verschillende portals voor hen worden klaargezet.⁷⁰ Weliswaar sturen de tot nu toe ontwikkelde portals een ‘notificatie’ (signaal) per sms of email aan de burger op het moment dat het bericht in de Portal is geplaatst, maar (althans zo interpreteer ik het ‘systeem’ op basis van de op de desbetreffende sites gegeven informatie en kamerstukken) bepalend voor de aanvang van de termijn is het tijdstip waarop het bericht (bijvoorbeeld de beschikking) in de portal wordt geplaatst. Zeker indien het gebruik van portals (met een wettelijke grondslag en in afwijking van art. 2:14 lid 1 Awb) verplicht wordt voor communicatie tussen burgers en bestuursorganen⁷¹, is het mijns inziens van belang zo veel mogelijk te streven naar één digitale brievenbus waarop burgers post van bestuursorganen ontvangen.

In de tweede plaats bepleit ik dat bij de ontwikkeling van portals of andere elektronische brievenbussen de *zeggenschap* over die portal bij de burger berust. Evenals bij de traditionele brievenbus dient bij de elektronische brievenbus de burger (of burgers) van wie die brievenbus is, en geen andere persoon of rechtspersoon, toegang te hebben tot de berichten die in de brievenbus zijn geplaatst. De elektronische brievenbus zou, net als de equivalent in de fysieke wereld, een ‘drop-off’-punt moeten zijn waar bestuursorganen (of andere (rechts)personen) berichten naartoe kunnen sturen. Vanaf het moment waarop een bericht de elektronische postbus heeft bereikt, dient dat bericht nog uitsluitend toegankelijk (in de brede zin van het woord) te zijn voor de burger van wie de brievenbus is. Juist wanneer portals voor burgers van overheidswege worden ontwikkeld is dit van belang. Een bestuursorgaan dient niet de technische mogelijkheid te hebben om een eerder gestuurd bericht nog te wijzigen, ‘terug te halen’ of anderszins te bewerken. Deze eisen volgen uit de, hiervoor besproken, eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van artikel 2:14 lid 3 Awb.

68 Kamerstukken II 2005/06, 29 362, nr. 86, p. 1-2.

69 Zie hierover ook het Algemeen Overleg (AO) in de Tweede Kamer met de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 10 maart 2010: Kamerstukken II 2009/10, 29 362, nr. 164.

70 Klaarzetten betekent dat de aanvang van de termijn begint: art. 2:17 lid 1 jo. 3:41 jo. 6:8 Awb.

71 Zoals in het thans in de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel voor de Wijziging van de Ambtenarenwet en de Militaire Ambtenarenwet 1931 in verband met het uitsluitend elektronisch verzenden van berichten die betrekking hebben op de rechtspositie: Kamerstukken II 2009/10, 32 416, nr. 4.

Afsluitend wijs ik, ter vergelijking, op de *e-Boks*⁷² in Denemarken.⁷³ De *e-Boks* is een digitale infrastructuur voor het ontvangen en versturen van berichten. Concreet is het een elektronische, beveiligde en persoonlijke brievenbus waarmee ingezetenen van Denemarken digitale documenten (in pdf-format) kunnen ontvangen en verzenden. Uitsluitend de burger heeft toegang tot de brievenbus en de documenten daarin (inloggen vindt plaats met elektronische authenticatie voorziening). *e-Boks* is oorspronkelijk ontwikkeld door de Deense overheid, maar is thans in handen van een privaat bedrijf. In 2008 maakten 1,9 miljoen ingezetenen van Denemarken gebruik van deze dienst.⁷⁴ Mogelijk zouden de ervaringen in Denemarken met *e-Boks* een ijkpunt kunnen zijn bij de ontwikkeling van ‘portals’ voor elektronisch berichtenverkeer van bestuursorganen en burgers in Nederland in de komende jaren. Kernpunt is en moet blijven dat bij zodanig berichtenverkeer de eisen van artikel 2:14 Awb in acht worden genomen.

2.5 Elektronische handtekening

De ondertekening vervult in het bestuursrecht drie functies: ten eerste de identificatie van de afzender van het bericht, ten tweede blijkt van instemming met de inhoud van het bericht, en ten derde het bieden van een zekere waarborg tegen overhaast optreden (overrijling).⁷⁵ Artikel 2:16 Awb strekt ertoe de elektronische handtekening gelijk te stellen aan de conventionele, handgeschreven handtekening.⁷⁶ Onder ‘elektronische handtekening’ wordt een handtekening verstaan die bestaat uit elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie.⁷⁷

Ingevolge artikel 2:16 Awb is aan het vereiste van ondertekening voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt.⁷⁸ Met dit Awb-artikel wordt voor het bestuursrecht aangesloten bij de bepalingen inzake de elektronische handtekening in het civiele recht: de artikelen 15a lid 2 t/m 6 en artikel 15b van Boek 3 van het Burgerlijk

72 *eBoks*: www.e-boks.dk.

73 Vgl. ook: K.V. Andersen, H.Z. Henriksen en E.B. Rasmussen, ‘Reorganizing Government using IT: The Danish Model’, in: P.G. Nixon and V.N. Koutrakou (Eds.), *eGovernment in Europe: Re-Booting the State*, London: Routledge 2007, p. 103-118.

74 Bron: Grafiek, opgesteld door *e-Boks* en opgenomen in een verslag van een werkbezoek in 2008 van een ambtelijke delegatie van het Nederlandse ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan Denemarken. *e-Boks* kan door burgers niet alleen worden gebruikt voor berichtenverkeer met overheden, maar ook voor berichtenverkeer met andere (rechts)personen.

75 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3, p. 8. Zie uitgebreid over de functies van ondertekening: P. Van Eecke, *De handtekening in het recht. Van pennentrek tot elektronische handtekening*, Gent: Larcier 2004, p. 11-105, en Klingenberg 2011, p. 55-57.

76 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3, p. 41.

77 Deze definitie wordt gegeven in art. 3:15a lid 4 BW, dat krachtens de tweede volzin van art. 2:16 Awb van overeenkomstige toepassing is in het bestuursrecht. Zie ook *Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3, p. 41.

78 Met deze bewoordingen wordt aangesloten bij het bepaalde in art. 2:14 lid 3 en 2:15 lid 3 Awb.

Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.⁷⁹ Die bepalingen zijn opgesteld ter implementatie van de Europese Richtlijn Elektronische Handtekeningen.⁸⁰

In Nederland wordt voor de elektronische ondertekening door burgers gebruik gemaakt van DigiD.⁸¹ Het stelsel DigiD kent drie zekerheidsniveaus. Bij niveau 1 ontvangen burgers (eenmalig) op aanvraag een gebruikersnaam en wachtwoord.⁸² Na het invoeren van deze gegevens op een inlogscherf van een overheidsorganisatie, bijvoorbeeld een gemeente, komt met SSL-technologie⁸³ een beveiligde verbinding tot stand. Bij niveau 2 wordt sms-authenticatie gebruikt als extra controlemiddel om de identiteit vast te stellen.⁸⁴ Het derde – nog niet operationele – niveau behelst het gebruik van zogeheten PKI-overheid-certificaten.⁸⁵

Met behulp van DigiD is het voor burgers mogelijk om bestuursrechtelijke rechtshandelingen, waarbij volgens de wet ondertekening is vereist, via een webformulier of een beveiligde portal te verrichten. Een in de praktijk veel gebruikte toepassing is de digitale aangifte voor inkomstenbelasting die met DigiD kan worden onderkend.⁸⁶

79 Zie voor een toelichting op deze BW-artikelen: M.B. Voulon, 'Wet elektronische handtekeningen van kracht', *Computerrecht* 2003, nr. 4, p. 275-277 en S. van der Hof en M.M. Groothuis, 'De elektronische handtekening in het bestuursrecht: ontwikkelingen in Nederland en Europa', *Computerrecht* 2009, nr. 5, p. 193-198.

80 Richtlijn nr. 99/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (PbEG L 13). Zie uitgebreid over deze implementatie: A.R. Lodder, J. Dumortier en S.H. Bol, *Het recht rond elektronische handtekeningen. Richtlijn 1999/93/EG en de omzetting in België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

81 In het Nationaal Uitvoeringsprogramma dienstverlening en e-overheid (NUP) hebben overheden afgesproken dat DigiD zal worden gebruikt als standaard voor authenticatie van burgers en dat andere authenticatiemiddelen zullen worden vervangen. In januari 2011 waren 418 gemeenten, acht provincies, elf waterschappen en 25 overige overheidsinstellingen op rijksniveau aangesloten op het Stelsel DigiD. Daarnaast is sinds 1 januari 2010 DigiD Machtigen beschikbaar (art. 2:1 Awb).

82 Een aandachtspunt is nog wel de kring van personen die DigiD kan aanvragen. Personen die buiten Nederland wonen, kunnen geen DigiD aanvragen en daardoor onder meer geen elektronische belastingaangifte indienen. In een motie van Kamerlid Omtzigt (*Kamerstukken II 2008/09, 31 704, nr. 58*), die met algemene stemmen is aangenomen, is de regering verzocht ervoor zorg te dragen dat alle belasting- en premieplichtigen gebruik kunnen maken van DigiD. In mei 2010 heeft de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer bericht over de eerste stappen die hiertoe worden gezet (*Kamerstukken II 2009/10, 29 362, nr. 177, p. 2*).

83 SSL staat voor Secure Sockets Layer. Dit is een methode om via internet gegevens veilig uit te wisselen. De gegevens worden met een 'public key' encryptiemethode versleuteld en gecodeerd. Bron: www.digid.nl.

84 Na het invoeren van gebruikersnaam en wachtwoord op het DigiD-scherf ontvangt de burger op zijn mobiele telefoon een code per sms, die hij eveneens invoert op het DigiD-scherf.

85 Zie hierover: www.pkioverheid.nl. Het was de bedoeling om het PKI-overheid-certificaat te plaatsen op een nieuw te ontwikkelen elektronische Nederlandse Identiteitskaart (kort: ENIK) voor burgers, maar vooralsnog zijn de plannen voor een dergelijke kaart uitgesteld.

86 Voor de aangifte voor inkomstenbelasting 2008 maakten in 2009 ruim 6,5 miljoen burgers van deze mogelijkheid gebruik. Bron: *Nieuwsbrief Belastingdienst* 8 april 2009.

Naast het DigiD wordt sinds 2009 het stelsel eHerkenning voor Bedrijven ontwikkeld.⁸⁷ eHerkenning zal vanaf 2011 de authenticatie- en machtigingsvoorziening voor bedrijven worden.⁸⁸

In de jurisprudentie over artikel 2:16 Awb zijn drie uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) richtinggevend.⁸⁹ Deze zaken betroffen subsidieaanvragen voor projecten voor de productie van duurzame elektriciteit, die via een webformulier op de website van het desbetreffende bestuursorgaan⁹⁰ waren ingediend maar niet in behandeling waren genomen. In een ministeriële regeling⁹¹ was bepaald dat gebruik moest worden gemaakt van een 'origineel formulier' en dat dit formulier moest worden ondertekend. Het bestuursorgaan stelde zich op het standpunt dat indiening via het webformulier geen geldige indiening van de subsidieaanvraag was: slechts een papieren, ondertekend formulier zou voldoen aan de in de ministeriële regeling neergelegde eisen. Het Cbb overwoog, onder verwijzing naar artikel 2:16 jo. 2:13 lid 1 en 2 Awb, dat ondertekening ook langs elektronische weg kan worden gerealiseerd. Het oordeelde dat het vormvoorschrift van ondertekening in de ministeriële regeling zich niet verzette tegen elektronische indiening van de subsidieaanvraag en vernietigde de besluiten van het bestuursorgaan.

Daarnaast kan worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 17 januari 2007.⁹² De appellant in deze zaak had per e-mail bezwaar gemaakt tegen de ongeldigverklaring van zijn rijbewijs. Er was niet voldaan aan de eisen van ondertekening als bedoeld in artikel 6:5 jo. artikel 2:16 Awb: de elektronische handtekening ontbrak. Artikel 6:6 bepaalt – kort gezegd – dat, indien niet is voldaan aan het vereiste van ondertekening, de indiener in de gelegenheid moet worden gesteld om het verzuim te herstellen binnen een daartoe hem gestelde termijn. De Rechtbank stelde vast dat het behandelend bestuursorgaan, het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen, appellant geen gelegenheid had geboden om het vormgebrek te herstellen door het indienen van een papieren ondertekend bezwaarschrift of het alsnog elektronisch ondertekenen van de email. Vervolgens overwoog de Rechtbank: 'Nu ervan mag worden uitgegaan dat het gebrek aan het bezwaarschrift desgevraagd zou zijn hersteld, ziet de rechtbank uit proceseconomische motieven aanleiding aan het voorgaande voorbij te gaan en te komen tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil.' Mijns inziens heeft de Rechtbank Zwolle hiermee een juiste uitleg gegeven aan artikel 6:5 jo. 6:6 en 2:16 Awb.

87 Kamerstukken II 2008/09, 31 859, nr. 3, p. 8-9.

88 Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XIII, nr. 2, p. 99.

89 Cbb 29 mei 2008, LJN BD2958 en Cbb 4 juni 2008, LJN BD4036 en BD4039, JB 2008/212 m.nt. G. Overkleef-Verburg, AB 2009/44 m.nt. Sewadono.

90 TenneT TSO BV, een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb.

91 Het betrof de Algemene uitvoeringsregeling milieukwaliteit elektriciteitsproductie: een ministeriële regeling gebaseerd op de Elektriciteitswet 1998.

92 LJN AZ7162. Anders: Rb Maastricht 27 maart 2006, LJN AW6886, JB 2006/162 met een kritische noot van G. Overkleef-Verburg.

Een belangrijk aandachtspunt voor bestuursorganen in de praktijk is voorts de, nu nog beperkte, interoperabiliteit⁹³ van elektronische handtekeningen en andere authenticatievoorzieningen binnen de Europese Unie. In november 2008 heeft de Europese Commissie het Actieplan inzake elektronische handtekeningen en elektronische identificatie voor het bevorderen van de grensoverschrijdende publieke dienstverlening op de interne markt gepubliceerd.⁹⁴

In oktober 2009 heeft de Commissie, in het kader van dit Actieplan, een Beschikking⁹⁵ gepubliceerd gericht op het verbeteren van de grensoverschrijdende interoperabiliteit van de handtekeningen. Artikel 1 lid 3 van deze Beschikking bepaalt dat de lidstaten geen eisen voor de aanvaarding van geavanceerde elektronische handtekeningen stellen die gebaseerd zijn op een gekwalificeerd certificaat, al dan niet met een veilig middel voor het aanmaken van handtekeningen, als die eisen dienstverleners hinderen in het gebruikmaken van elektronische procedures via de één-loketten.⁹⁶ Dit betekent, in praktische termen, dat de bestuursorganen de elektronische handtekeningen uit andere lidstaten accepteren die een hoger niveau van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid bieden dan de elektronische handtekening die zij zelf voorschrijven. Deze maatregel biedt een (beperkte) juridisch-technische oplossing voor de korte termijn.

Daarnaast wordt binnen de EU het zogeheten STORK (*Secure idenTity acrOss boRders linKed*) programma uitgevoerd, gericht op het mogelijk maken van EU-wijd gebruik van elektronische identiteitskaarten en authenticatievoorzieningen.⁹⁷ Daartoe is op EU-niveau een abstracte indeling gemaakt in vier niveaus van identificatie en authenticatie, dat een referentiekader vormt voor wetgevers en bestuursorganen in de EU-lidstaten.

Een voorbeeld van de toepassing van STORK in Nederland is de *Regeling aanwijzing betrouwbaarheidsniveau authenticatie bij elektronisch verkeer met de bestuursrechter*⁹⁸ die op 1 oktober 2010 in werking is getreden. Artikel 1 van deze Regeling bepaalt dat 'voor de overeenkomstige toepassing van artikel 2:16 van de Algemene wet bestuursrecht in het kader van het elektronisch verkeer met de bestuursrechter in ieder geval als voldoende betrouwbaar [wordt] aangemerkt een methode van authenticatie die minimaal van betrouwbaarheidsniveau 2 STORK is'. De komende jaren zal voort-

93 Snellen en Thaens definiëren interoperabiliteit (interoperability) als 'the ability of two or more systems or components to exchange information and to use the information that has been exchanged': I.Th.M. Snellen and M. Thaens, 'From e-Government to m-Government. European cases', in: G. Pennella et al. (Eds.), *Administrative innovation and growth*, Formez: Gianni Research 2008, p. 28. Bij de interoperabiliteit van de elektronische handtekeningen gaat het er concreet om dat burgers en bedrijven hun elektronische handtekening kunnen gebruiken buiten de grenzen van hun eigen lidstaat.

94 COM(2008) 798 final, Brussel, 28 november 2008.

95 Beschikking van de Commissie van 16 oktober 2009 inzake maatregelen voor een gemakkelijker gebruik van elektronische procedures via het 'één-loket' in het kader van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (C(2009) 7806).

96 Zie ook art. 1, leden 1 en 2 van de Beschikking. Zie over de implementatie van deze Beschikking in Nederland: Kamerstukken I 2008/09, 31 579, C. p. 36 en Kamerstukken I 2009/10, 31 859, no. 4.

97 Zie hierover ook Het Europees actieplan inzake e-overheid 2011-2015 (COM(2010) 743) van 15 december 2010 en de Digitale Agenda voor Europa (COM(2010) 245) van 26 augustus 2010.

98 Stcrt. 28 september 2010, nr. 15 000.

durende aandacht van wetgevers en bestuursorganen voor de grensoverschrijdende operabiliteit van elektronische handtekeningen nodig zijn, om het doel van EU-wijd gebruik van die authenticatievoorzieningen te bereiken. Slechts dan zal het voor burgers en bedrijven in de EU daadwerkelijk mogelijk zijn om grensoverschrijdend bestuursrechtelijke rechtshandelingen langs elektronische weg te verrichten.

3 De bestuursrechter en digitalisering

3.1 Wettelijk kader en achtergrond

Elektronisch procederen bij de bestuursrechter is in opkomst. Op 1 juli 2010 is de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter⁹⁹ in werking getreden. Deze wet bevat een algemene regeling voor het elektronisch verkeer met de bestuursrechters, meer specifiek de rechtbanken als bestuursrechters, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, alsmede de Gerechtshoven als belastingrechters rechtsprekend in hoger beroep en de Hoge Raad als belastingrechter rechtsprekend in cassatie.

Een kernbepaling is het nieuwe artikel 8:40a Awb. Het eerste lid van die bepaling verklaart afdeling 2.3 Awb van overeenkomstige toepassing op verkeer met de bestuursrechter. Het tweede lid bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over het elektronisch verkeer met de bestuursrechter.¹⁰⁰ Het derde lid ten slotte bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de toepassing van videoconferentie.¹⁰¹

De nieuwe wet inzake elektronisch verkeer met de bestuursrechter sluit aan bij recente ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht. In dit verband kan worden gewezen op de Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer, dat elektronisch verkeer met de burgerlijke rechter mogelijk maakt¹⁰² en op de aankondiging van een nieuwe algemene maatregel van bestuur, op grond van artikel 33 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), inzake het elektronisch indienen van processtukken.¹⁰³

99 Wet van 22 april 2010 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over elektronisch verkeer met de bestuursrechter (Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter), *Stb.* 2010, 173 en *Stb.* 2010, 207.

100 Van deze bevoegdheid tot het stellen van nadere regels is inmiddels gebruik gemaakt: op 16 juli 2010 is het Besluit elektronisch verkeer met de bestuursrechter (*Stb.* 2010, 278) in werking getreden. Dit besluit bevat regels over de wijze van instellen van elektronisch beroep en de daarbij te gebruiken methode van authenticatie. Dit onderwerp wordt hierna besproken in par. 3.3 van dit preadvies.

101 Van deze bevoegdheid is tot op heden (2011) nog geen gebruik gemaakt. De wenselijkheid van het (alsnog) stellen van nadere regels over videoconferentie komt aan de orde in par. 3.2. van dit preadvies.

102 Wet van 20 maart 2008, *Stb.* 2008, 100.

103 *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 500 VI, nr. 11, p. 30. Artikel 33 lid 2 Rv vormt de grondslag hiervoor.

Ook in het strafprocesrecht is de afgelopen jaren wet- en regelgeving tot stand gekomen op het gebied van elektronisch berichtenverkeer. Dit betreft onder meer de Wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met het gebruik van de videoconferentie in het strafrecht,¹⁰⁴ de Wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering (elektronische aangiften en processen-verbaal),¹⁰⁵ het Besluit van 21 december 2006 houdende regels met betrekking tot de elektronische aangifte van strafbare feiten¹⁰⁶ en het Besluit van 17 januari 2011 houdende regels met betrekking tot het elektronisch proces-verbaal¹⁰⁷.¹⁰⁸

Deze ontwikkelingen op het gebied van digitalisering van het bestuursprocesrecht, burgerlijk procesrecht en strafprocesrecht vinden plaats in de bredere Europese context van het *European e-Justice*¹⁰⁹ programma. Dit programma van de Europese Unie heeft tot doel informatievoorziening over het recht van de EU en de lidstaten te verbeteren en het elektronisch rechtsverkeer tussen burgers, bedrijven, justitiële en rechtsprekende instanties en juridische beroepsbeoefenaren te bevorderen. In dit kader werkt Nederland, in het bijzonder ook op bestuursrechtelijk terrein, samen met andere EU-lidstaten op het terrein van (o.m.) grensoverschrijdende videoconferentie en toegankelijkheid van rechtspraak op internet.¹¹⁰

Hierna worden vijf aspecten van ‘de bestuursrechter en digitalisering’ belicht: videoconferentie (par. 3.2), elektronisch beroep (par. 3.3), elektronisch dossier (par. 3.4), de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken op internet (par. 3.5) en ten slotte een korte beschouwing over ‘de googelende rechter’ in bestuursprocesrechtelijk perspectief (3.6).

104 Stb. 2005, 388.

105 Stb. 2005, 470.

106 Stb. 2006, 727.

107 Stb. 2011, 15.

108 Zie uitgebreid over de samenhang tussen de ontwikkelingen inzake digitalisering op het gebied van bestuursprocesrecht, burgerlijk procesrecht en straf- en strafprocesrecht: de brief ‘Naar een elektronisch rechtsbestel’ van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 11 november 2009, *Kamerstukken II 2009/10*, 29 279, nr. 96; de *Agenda voor de Rechtspraak 2008-2011* (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl); het *Jaarplan Rechtspraak 2010*, p. 9 en 27-28 (www.rechtspraak.nl), en W.K.F. Hangelbroek, ‘Hoe kan ICT de rechtspraak vooruit helpen?’, *Trema* 2008, nr. 1, p. 24-27.

109 *Meerjarenactieplan 2009-2013 voor de Europese eJustice*, PbEU 2009, C75/01. Zie hierover *Kamerstukken II 2009/10*, 29 279, nr. 96 en het *European eJustice Portal*, <https://e-justice.europa.eu>.

110 Zie uitgebreid over eJustice en over de samenwerking tussen de EU lidstaten, waaronder Nederland op het gebied van (o.m.) videoconferentie: M. van Opijnen, ‘Europese eJustice – ambitieus en weerbaarstig’, *SEW* 2009, nr. 11, p. 410-418; F. Henning and G. Yein Ng, ‘The Challenge of Collaboration – ICT implementation networks in courts in The Netherlands’, paper presented at the Annual Conference of the European Group of Public Administration, Permanent Study Group X (Law and Administration), September 2009.

3.2 Videoconferentie

Onder videoconferentie wordt verstaan: de totstandbrenging van een directe beeld- en geluidsverbinding.¹¹¹ In het bestuurs(proces)recht wordt hiermee bedoeld: horen op afstand via een directe beeld- en geluidsverbinding.¹¹²

De Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter introduceert de mogelijkheid van videoconferentie in het bestuursprocesrecht.¹¹³ Door de ruime interpretatie van de term ‘elektronisch verkeer’ wordt hieronder ook ‘videoconferentie’ verstaan.¹¹⁴ Ingevolge het nieuwe 8:40a lid 1 Awb, dat door de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter aan de Awb is toegevoegd, is afdeling 2.3 (art. 2:13 tot en met 2:17) Awb van toepassing op elektronisch verkeer met de bestuursrechter. Hiermee zijn de bepalingen van afdeling 2.3 dus ook van toepassing op videoconferentie. Voor de praktijk is in het bijzonder artikel 2:14 lid 1 en 3 van belang.

Uit artikel 2:14 lid 1 volgt dat videoconferentie slechts kan plaatsvinden als de burger daarmee instemt. Er kan op grond van artikel 8:40a jo. 2:14 lid 1 geen verplichting zijn tot videoconferentie (in plaats van deelname aan de zitting door middel van fysieke aanwezigheid aldaar). De memorie van toelichting bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer geeft dat ook expliciet aan: ‘Een partij die prijs stelt op persoonlijk contact met de bestuursrechter, kan [...] niet worden gedwongen tot het horen op afstand.’¹¹⁵

Naast artikel 2:14 lid 1 Awb is voor videoconferentie ook artikel 2:14 lid 3 van belang. Krachtens die bepaling jo. artikel 8:40a dient de videoconferentie – als vorm van ‘elektronisch verkeer met de bestuursrechter’ – te geschieden ‘op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier, gelet op de aard en inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt’. Naar mijn opvatting is het kernpunt dat de beeld- en geluidsverbinding ‘integer’ moet zijn. In de woorden van Franken: het

111 Memorie van toelichting bij de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter: *Kamerstukken II 2008/09*, 31 867, nr. 3, p. 14. Deze definitie wordt ook in andere wet- en regelgeving inzake videoconferentie gehanteerd, zie o.m. de toelichting bij het Besluit van 8 mei 2006, houdende algemene eisen ten aanzien van het horen van personen per videoconferentie (Besluit videoconferentie), p. 3. Zie ook de omschrijving in R. van den Hoogen, *E-Justice. Beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak* (diss.), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 50: ‘Videoconferentie houdt in dat personen elkaar kunnen spreken en elkaar kunnen zien met behulp van een directe beeld- en geluidsverbinding.’

112 Hiervoor wordt ook wel de term ‘telehoren’ gebruikt, bijvoorbeeld in: *Kamerstukken II*, 31 867, nr. 3, p. 14.

113 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 867, nr. 3, p. 14.

114 De Raad voor de Rechtspraak (RvdR) heeft in de consultatiefase van het wetsvoorstel voor deze wet geadviseerd de mogelijkheid tot het stellen van nadere regels over het gebruik van videoconferentie neer te leggen in een nieuw artikel 8:40b, met het argument dat het houden van een videoconferentie niet is te beschouwen als elektronisch berichtenverkeer in de zin van afdeling 2.3. De regering deelde deze opvatting van de RvdR niet en heeft vastgehouden aan de ‘ruime strekking’ van het begrip ‘elektronisch verkeer’: *Kamerstukken II 2008/09*, 31 867, nr. 3, p. 22.

115 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 867, nr. 3, p. 14. In het vreemdelingenrecht wordt, voor zittingen inzake vreemdelingenbewaring, videoconferentie, met een bijzondere wettelijke basis, wel verplicht toegepast. Zie daarover het hiernavolgende.

ICT-systeem moet ‘juist functioneren (doen wat het moet doen)’.¹¹⁶ De vraag is nu: hoe dient deze eis van betrouwbaarheid nader te worden ingekleurd bij videoconferentie?

De Webvr geeft op die vraag geen antwoord. Weliswaar bepaalt het derde lid van het nieuwe artikel 8:40a Awb dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de toepassing van videoconferentie, maar van die bevoegdheid is nog geen gebruik gemaakt.¹¹⁷ Naar mijn opvatting is het wenselijk dat alsnog nadere regels, in een amvb, worden vastgesteld en aldus op dit punt duidelijkheid en rechtszekerheid wordt gecreëerd. Aan het slot van deze paragraaf zal ik dit voorstel nader uitwerken.

Indien – in afwijking van artikel 2:14 lid 1 Awb, op basis van een bijzondere (bestuurs)wet – videoconferentie verplicht wordt gesteld, en geprocedeerd wordt over een besluit dat valt onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM¹¹⁸ (bijvoorbeeld een bestuurlijke boete), dan zijn de eisen van artikel 6 EVRM op de videoconferentie van toepassing.

In dit verband wijs ik op twee uitspraken van het Europees Hof van de Rechten van de Mens over het verhoren van getuigen per videoconferentie in Italiaanse strafzaken.¹¹⁹ In deze uitspraken stond de vraag centraal of een per videoconferentie (dus op afstand) afgenomen verhoor in een strafzaak, waarbij de verdachte geen mogelijkheid was geboden om in de rechtszaal te worden verhoord, in overeenstemming was met artikel 6 EVRM. Het Hof stelde vast dat de toepassing van de videoconferentie gebaseerd was op een uitdrukkelijke wettelijke regeling, waarin de gevallen waarin videoconferentie kan plaatsvinden, de autoriteiten die daartoe een bevel kunnen geven en de technische voorwaarden die in acht dienen te worden genomen met precisie uiteen waren gezet. Het Hof gaf voorts aan eraan te hechten dat de Italiaanse constitutionele rechter deze wettelijke regeling in overeenstemming met de Italiaanse Grondwet en het EVRM heeft bevonden en dat de inzet van videoconferentie in verschillende Europese teksten wordt geaccepteerd onder de voorwaarde dat de toepassing van videoconferentie niet in strijd is met het nationale of internationale recht. Het Hof toetste of toepassing in het concrete geval een legitiem doel heeft en verenigbaar is met de uitoefening van de verdedigingsrechten, zoals gegarandeerd in artikel 6 EVRM. In deze twee zaken oordeelde het Hof dat artikel 6 EVRM niet was geschonden. Geconcludeerd kan worden dat de

¹¹⁶ Franken 1993, p. 20.

¹¹⁷ Het landelijk project team videoconferentie vreemdelingenbewaring heeft een handboek opgesteld voor diegenen die in de praktijk gebruik maken van telehoren. Zie www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2010/01/01/handboek-telehoren.html.

¹¹⁸ Niet op alle bestuursrechtelijke geschillen is art. 6 EVRM van toepassing. Zie daarover: T. Barkhuysen, ‘Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht’, in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 61 e.v.; F.M.J. den Houdijker, ‘Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?’, in: *Bestuurlijke punitieve sancties*, Jonge VAR-reeks 4, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 9 e.v. en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM’, TMA 2006, p. 130-142.

¹¹⁹ EHRM 5 oktober 2006, *Marcello Viola t. Italië*, no. 45106/04 en EHRM 27 november 2007, *Asciutto t. Italië*, no. 35795/02.

verenigbaarheid van het gebruik van videoconferentie met de vereisten van artikel 6 EVRM, en in het bijzonder de rechten van artikel 6 lid 3 onder c, d en e, afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval.¹²⁰

Artikel 6 EVRM stelt ook eisen aan het openbare karakter van de zitting. Om bij videoconferentie aan die eisen te voldoen dienen de beeldschermen in de zittingzaal zodanig te zijn opgesteld dat ook anderen dan de rechter de beelden (van de persoon die op afstand per videoconferentie wordt gehoord) kunnen zien.

Indien de videoconferentie verplicht wordt gesteld in gevallen waarin de appellant zich in detentie bevindt, dan zijn ook de eisen van artikel 5 EVRM van toepassing. In dit kader is de doelstelling van de voorgeleiding voor een rechter (art. 5 lid 3 EVRM) een kernpunt. In de uitspraak *Schiesser*¹²¹ heeft het EHRM overwogen dat die doelstelling is: het bij wijze van speciale waarborg aan van hun vrijheid beroofde personen bieden van een gerechtelijke procedure om willekeurige vrijheidsbeneming te voorkomen en om te verzekeren dat de vrijheidsbeneming zo kort mogelijk zal duren. Artikel 5 lid 3 EVRM bevat volgens het EHRM een procedurele en een inhoudelijke eis: de rechter zal enerzijds de visie van de persoon moeten horen en anderzijds inhoudelijk moeten beoordelen of er redenen zijn om zijn detentie voort te zetten. Bij deze beoordeling zal hij ook willen betrekken of de persoon fysiek in staat is om de bewaring te ondergaan.

De vraag is of aan die eisen kan worden voldaan wanneer de voorgeleiding plaatsvindt per videoconferentie in plaats van door (fysieke) voorgeleiding aan de rechter in een rechtszaal. De regering was in 2006, ten tijde van de totstandkoming van het Besluit Videoconferentie¹²² (gebaseerd op art. 97 Vreemdelingenrecht) van oordeel dat in plaats van fysieke voorgeleiding 'een andere wijze van verschijning met behulp van moderne technieken niet uitgesloten [behoeft] te zijn, mits de beeld- en geluidsverbinding aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet'.¹²³

Slechts twee jaar eerder, in 2004, had de Raad van State in zijn advies over een wetsvoorstel inzake videoconferentie in het strafrecht¹²⁴ erop gewezen dat 'hoe goed een videoconferentie technisch ook wordt ingericht, deze nooit geheel op één lijn zal zijn te stellen met lijfelijke aanwezigheid'.¹²⁵ De Raad van State adviseerde de toepassing van videoconferentie bij inhoudelijke verhoren van verdachten afhankelijk te stellen van voorafgaande instemming van de verdachte.¹²⁶

120 Opgemerkt moet worden dat het hier gaat om 'criminal charge'. Daar gelden naast de eisen van art. 6 lid 1 ook de eisen van de leden 2 en 3 EVRM. Die waarborgen gelden voor het bestuursrecht voor zover de zaak 'criminal charge' betreft. Naar mijn opvatting zouden ook voldoende waarborgen in acht moeten worden genomen in niet-criminal charge zaken (civil rights and obligations), mede omdat het daarbij ook kan gaan om voor burgers ingrijpende maatregelen. Vgl. ook: T. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2007, nr. 13, p. 747-748.

121 EHRM 4 december 1979, EHRM 4 december 1979, nr. 7710/76, NJ 1980, 547, m.nt. EAA.

122 Stb. 2006, 275.

123 Toelichting bij het Besluit Videoconferentie, Stb. 2006, 275, p. 5.

124 Kamerstukken II 2004/05, 29 828, nr. 1-3.

125 Kamerstukken II 2004/2005, 29 828, nr. 5, p. 1.

126 Kamerstukken II 2004/2005, 29 828, nr. 5, p. 2. Zie in dit kader ook het standpunt van de Nederlandse Orde van Advocaten: de NovA achtte het met het oog op het persoonlijk aanwezigheidsrecht van

Dit advies is niet opgevolgd. Thans, in 2011, is er voor 'videoconferentie indien de rechter daartoe besluit' een wettelijke basis in het strafrecht¹²⁷ en een basis in het vreemdelingenrecht voor zittingen inzake vreemdelingenbewaring.¹²⁸ In 2007-2010 zijn bij een aantal gerechten pilots voor zittingen met videoconferentie gehouden. Op dit moment wordt op het merendeel van de rechtbanken, de detentiecentra voor vreemdelingen en Huizen van Bewaring apparatuur voor videoconferentie geplaatst (voor zover nog niet aanwezig).¹²⁹

Naar mijn opvatting kan horen op afstand via een videoconferentie niet worden gelijkgesteld met horen in een zittingszaal, omdat het element van de fysieke nabijheid, het element van 'bij de rechter zijn', ontbreekt. Een deel van de communicatie die bij een *face-to-face* situatie plaatsvindt, gaat verloren bij videoconferentie.¹³⁰ Daar staat tegenover dat de techniek steeds verder voortschrijdt waardoor zij steeds minder zichtbaar wordt.¹³¹ Bepaalde technieken maken het reeds mogelijk om de gehoorde persoon driedimensionaal te projecteren, het tijdsverschil tussen lipbewegingen en stemgeluid te elimineren en oogcontact tot stand te brengen, waardoor een vrij natuurlijke communicatie en een gevoel van aanwezigheid kan worden gecreëerd.¹³² Toch meen ik dat, zelfs als die technieken in de Nederlandse rechtszalen zouden worden toegepast, horen per videoconferentie niet kan worden gelijkgesteld met horen *face-to-face*. Om die reden ben ik van mening dat 'horen per videoconferentie' niet zou moeten plaatsvinden wanneer de te horen persoon daarmee niet instemt. Artikel 2:14 lid 1 jo. artikel 8:40a Awb schrijven dat uitgangspunt, voor het bestuursrecht, voor. Er is voor de formele wetgever een mogelijkheid om in een bijzondere

de verdachte een voorwaarde dat videoconferentie alleen zou plaatsvinden als de verdachte daarmee zou instemmen. Zie hierover: Spronken 2007, p. 748.

- 127 Art. 78a lid 1, 2 en 4 Sr en art. 131a lid 1, 2 en 4Sv. Zie hierover: J. Gaakeer, 'De videoconferentie in kort bestek', *Trema* 2005, nr. 6, p. 258-262; M. Dubelaar en G. Vanderveen, 'Beeld en geluid in het strafprocesrecht. Implicaties van de opkomst van (audio)visuele technieken en materialen voor communicatie en besluitvorming in de strafrechtpraktijk', *NJB* 2009, afl. 30, p. 1954-1960; Spronken 2007, p. 747-748.
- 128 Art. 97 Vreemdelingenwet en Besluit Videoconferentie, KB van 8 mei 2006, *Stb.* 2006, 275, zoals gewijzigd bij KB van 27 november 2006, *Stb.* 2006, 610. Een uitgebreide bespreking van dit Besluit valt buiten de reikwijdte van dit preadvies. Kernpunten van het Besluit zijn 1) dat in het Besluit is bepaald in welke gevallen geen gebruik van videoconferentie wordt gemaakt, 2) dat de rechtbank beslist of van videoconferentie gebruik wordt gemaakt, 3) dat de te horen persoon kan 'mededelen dat hij zich niet met de beslissing tot het houden van videoconferentie kan verenigen', 4) dat de rechter die belast is met het horen kennis neemt van een zodanige mededeling en beslist of het horen per videoconferentie wel of niet zal plaatsvinden, 5) dat het Besluit kwaliteitseisen stelt aan het systeem door middel waarvan videoconferentie wordt toegepast.
- 129 Raad voor de Rechtspraak, *Jaarplan Rechtspraak 2010* (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl), p. 28. Zie ook de brief van 11 november 2009 van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer: *Kamerstukken II 2009/10*, 29 279, nr. 96.
- 130 A.H.E.C. Jordaans, 'Gedachten over de videoconferentie', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber Amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 285-300, en H.C. Wiersinga, 'Vrouw Justitia gaat digitaal: vooruitgang?', *NJB* 2005, afl. 35, p. 1835-1837.
- 131 M. Dubelaar, 'Lezen, kijken, luisteren; de invloed van de (audiovisuele) techniek op de informatieoverdracht in het strafproces', te verschijnen in *Tijdschrift voor Taalbeheersing* april 2011, Thema-nummer Intertextualiteit.
- 132 Dubelaar 2011.

bestuurswet van deze Awb-norm af te wijken.¹³³ Mijns inziens zou de wetgever van die mogelijkheid geen gebruik moeten maken.

Ook al kan horen via een videoconferentie niet gelijk worden gesteld met horen in de rechtszaal, toch biedt videoconferentie (mits met instemming van de betrokkene) ook kansen.¹³⁴ Een belangrijk voordeel kan zijn dat niet, of niet ver, hoeft te worden gereisd, waardoor tijd en kosten worden bespaard. Videoconferentie kan in verschillende fasen van de gerechtelijke procedure worden gebruikt, onder meer bij een comparitie (art. 8:44) en bij het horen van getuigen en deskundigen (art. 8:46 en 8:60). De memorie van toelichting benadrukt de te behalen voordelen: ‘Het gebruik van de videoconferentie kan ertoe leiden dat de bestuursrechter reeds tijdens het vooronderzoek – vaker dan thans gebeurt – persoonlijk contact met partijen onderhoudt, bijvoorbeeld om hun wensen ten aanzien van een te entameren deskundigenonderzoek (artikel 8:47) kenbaar te maken.’

Mijns inziens is het wenselijk dat in een algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de toepassing van videoconferentie in het bestuursrecht. De wettelijke basis voor een zodanige amvb is er al, althans voor videoconferentie bij de bestuursrechter: artikel 8:40a lid 3 Awb.¹³⁵ Het doel van de vast te stellen nadere regels zou moeten zijn duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden over de vraag aan welke kwaliteitseisen de beeld- en geluidverbinding moet voldoen. Aldus kan een inkleuring worden gegeven aan de eis van ‘betrouwbaarheid’ die op grond van artikel 2:14 lid 3 jo. 8:40a Awb geldt.

Over de inhoud van een zodanige regeling merk ik op dat in hoofdlijnen zou kunnen worden aangesloten bij de eisen die op grond van artikel 4 Besluit Videoconferentie (de amvb gebaseerd op art. 97 Vreemdelingenwet) reeds gelden voor videoconferentie bij het horen van vreemdelingen in vreemdelingenbewaring. Dat artikel bepaalt:

1. *Het systeem door middel waarvan videoconferentie wordt toegepast, is zodanig ingericht dat:*
 - a. *de betrokken personen een natuurgetrouwe weergave krijgen van hetgeen zich in de andere ruimte afspeelt;*
 - b. *overleg kan worden gevoerd zonder dat dit voor derden hoorbaar is;*
 - c. *stukken kunnen worden uitgewisseld, en*
 - d. *het systeem is beveiligd tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking.*
 - e. *het systeem aan de internationale standaarden voldoet indien de videoconferentie plaatsvindt met een persoon die zich buiten Nederland bevindt.*

¹³³ In de Vreemdelingenwet heeft de wetgever dat, zoals in het vorenstaande aangegeven, gedaan.

¹³⁴ Zie in dit kader ook de ex ante evaluatie van videoconferentie die in 2007 door het WODC is uitgevoerd: WODC, *Ex ante evaluatie van videoconferencing in het strafrecht en vreemdelingenbewaringszaken. Analyse van kosten en baten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2007.

¹³⁵ Hieronder stel ik voor een wettelijke basis voor het stellen van regels over videoconferentie te creëren in hoofdstuk 2 van de Awb.

2. Bij regeling van Onze Minister van Justitie kunnen nadere eisen worden gesteld aan het systeem, bedoeld in het eerste lid.

In de memorie van toelichting bij de Webvr (februari 2009) heeft de regering aangegeven voornemens te zijn ‘aansluiting te zoeken bij het Besluit videoconferentie.’¹³⁶ Mijns inziens is het van belang dat alsnog nadere regels worden gesteld. Die regels zouden niet alleen moeten gelden voor videoconferentie met de bestuursrechter, maar ook voor videoconferentie met een bestuurorgaan. Videoconferentie kan ook door bestuursorganen worden toegepast, bijvoorbeeld in het kader van een bezwaarschriftenprocedure. Om deze reden stel ik voor 1) een nieuw artikel in te voegen in hoofdstuk 2 van de Awb¹³⁷, dat stelt: ‘bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de toepassing van videoconferentie’, en 2) een amvb tot stand te brengen die kwaliteitseisen voor de beeld- en geluidverbinding geeft.

3.3 Elektronisch beroep

Artikel 8:40a lid 1 Awb geeft de wettelijke grondslag voor het elektronisch instellen van beroep bij de bestuursrechter. Op grond van het eerste lid van dit artikel is Afdeling 2.3 (art. 2:13 t/m 2:17) Awb van overeenkomstige toepassing op elektronisch verkeer met de rechter (waaronder het instellen van beroep).¹³⁸ Uit artikel 2:14 lid 1 jo. 8:40a Awb volgt dat er geen plicht is tot elektronisch procederen: de burger mag een beroepschrift op elektronische wijze aan de bestuursrechter verzenden, maar mag dit ook per conventionele post (op papier) doen.¹³⁹

Het tweede lid van artikel 8:40a Awb maakt het mogelijk om nadere regels te stellen over het elektronisch verkeer met de bestuursrechter. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt: op 16 juli 2010 is het Besluit elektronisch verkeer met de bestuursrechter¹⁴⁰ (verder: het Besluit) in werking getreden.

Artikel 1 van het Besluit bepaalt dat beroep langs elektronische weg slechts kan worden ingesteld ‘op een vanwege de gerechten aangegeven wijze’. De ‘aangegeven wijze’ is (thans, in 2011) een webformulier dat sinds 1 oktober 2010 beschikbaar

¹³⁶ Van den Hoogen geeft in zijn dissertatie (Van den Hoogen 2007, p. 51) aan dat videoconferentie wordt toegepast door de Vreemdelingenpolitie Amsterdam-Amstelland: ‘Het instrument wordt al enige jaren toegepast door de Dienst Vreemdelingen van de politie Amsterdam-Amstelland, voor het horen van vreemdelingen in het kader van het identiteitsonderzoek [...]’

¹³⁷ Gedacht kan worden aan het invoegen in afd. 2.3 Awb.

¹³⁸ De kernbepalingen van Afd. 2.3 zijn besproken in par. 2 van dit preadvies.

¹³⁹ Ook in de memorie van toelichting wordt benadrukt dat er geen verplichting is tot het langs elektronische weg instellen van beroep, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 867, nr. 3, p. 3. Indien het elektronisch indienen van het beroepschrift, in de toekomst verplicht zou worden (in de zin dat het instellen van beroep op papier niet meer zou worden toegestaan), terwijl er nog burgers zijn die geen digitale vaardigheden hebben, zou naar mijn opvatting het recht op toegang tot de rechter in het geding komen.

¹⁴⁰ *Sib.* 2010, 278.

is op de centrale website <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>.¹⁴¹ Met dit formulier kan elektronisch beroep worden ingesteld bij alle rechtbanken. Over het webformulier wordt in de nota van toelichting bij het Besluit opgemerkt dat bij het beroepschrift bijlagen kunnen worden gevoegd in de meest gangbare bestandsformaten. De omvang van deze bijlagen is begrensd: er kunnen ten hoogste tien bijlagen van ten hoogste tien bladzijden elk worden ingediend. Indien een bijlage nodig is die deze omvang overschrijdt, kan deze per 'gewone post' worden nagezonden. Naar mijn mening is het wenselijk dat de begrenzing in aantal en omvang van de bijlagen zo spoedig mogelijk wordt opgeheven. Evenals in de offline wereld dient er ook in een digitale omgeving geen *de facto* begrenzing te zijn ten aanzien van het aantal bijlagen, of de omvang van de bijlagen, bij een beroepschrift. Een situatie waarbij een deel van de bijlagen langs elektronische weg kan worden ingediend en een ander deel op papier moet worden nagestuurd, is vanuit de praktijk bezien onhandig.

Er wordt daarnaast een tweede webformulier beschikbaar gesteld voor het doen van een verzoek om voorlopige voorziening en een derde voor het indienen van nadere stukken. Wie digitaal beroep of een voorlopige voorziening instelt via het daartoe bestemde webformulier ontvangt na verzending een digitale ontvangstbevestiging.

Artikel 2 van het Besluit bepaalt dat, voor de overeenkomstige toepassing van artikel 2:16 Awb, de methode die voor authenticatie is gebruikt in ieder geval geacht wordt voldoende betrouwbaar te zijn, indien deze van een door de minister van Justitie aangewezen betrouwbaarheidsniveau is.

Dit aanwijzen van het betrouwbaarheidsniveau heeft plaatsgevonden in de *Regeling aanwijzing betrouwbaarheidsniveau authenticatie bij elektronisch verkeer met de bestuursrechter* van 22 september 2010.¹⁴² Artikel 1 van deze ministeriële regeling, die op 1 oktober 2010 in werking is getreden, bepaalt: 'Voor de overeenkomstige toepassing van artikel 2:16 van de Algemene wet bestuursrecht in het kader van het elektronisch verkeer met de bestuursrechter wordt in ieder geval als voldoende betrouwbaar aangemerkt een methode van authenticatie die minimaal van betrouwbaarheidsniveau 2 STORK is.'¹⁴³

In de praktijk dienen natuurlijke personen voor de ondertekening van het webformulier gebruik te maken van de authenticatievoorziening DigiD. Het webformulier geeft dit aan.¹⁴⁴ Voor personen die namens een bedrijf of instelling beroep instellen, zal in 2011 een systeem beschikbaar komen in het kader van het Afsprakenstelsel eHerkenning voor bedrijven, dat door het ministerie van Economische Zaken wordt ontwikkeld.¹⁴⁵ Vanaf dat moment zullen ook bedrijven en instellingen op deze wijze

141 In art. 2a van de Procesregeling 2010 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl) wordt sinds deze datum naar deze website verwezen.

142 Stcrt. 28 september 2010, nr. 15.000.

143 Zie over de betekenis van STORK (*Secure idenTity acrOss boRders linKed*) en de daarin vastgelegde beveiligingsniveaus: par. 2.5 van dit preadvies.

144 Zie hierover ook p. 5 van de toelichting bij het Besluit.

145 eHerkenning is besproken in par. 2.5 van dit preadvies. Zie hierover: *Kamerstukken II 2008/09, 31 859, nr. 3, p. 8-9* en *Kamerstukken II 2009/10, 29 362, nr. 177, p. 3*.

elektronisch beroep kunnen instellen. Advocaten zullen naar verwachting op korte termijn elektronisch beroep kunnen instellen waarbij zij zich identificeren met behulp van het balienetcertificaat bestaande uit een persoonlijk certificaat voor de individuele advocaat en eventueel een kantoorcertificaat.¹⁴⁶

In verband met de nieuwe mogelijkheid van elektronisch beroep dient de rechtsmid- delenclausule (art. 3:45 Awb) te worden gewijzigd. Rechtbanken vragen verweerders om, in aanvulling op de ‘traditionele’ clausule, de volgende clausule op te nemen onder hun besluiten: ‘U kunt ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.’

In de eerste maanden na de openstelling van deze mogelijkheid op de website <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht> waren de aantallen via deze site ingediende beroepschriften als volgt:¹⁴⁷ oktober 2010: 12; november 2010: 46, december 2010: 64. Er is dus sprake van een stijgende lijn.

Naast de mogelijkheid van het instellen van elektronisch beroep via voornoemde site bestaat reeds sinds december 2009 (dus nog voor de inwerkingtreding van art. 8:40a Awb) voor advocaten de mogelijkheid tot het instellen van elektronisch beroep in *vreemdelingenzaken* via het Webformulier Centraal Inschrijfbureau Vreemdelingen- zaken, te benaderen via de website <http://loket.rechtspraak.nl/>. Als authenticatie- voorziening wordt het BalieNetCertificaat gebruikt. De langs deze weg ingediende elektronische beroepschriften worden door het Centraal Inschrijfbureau Vreemde- lingenzaken (CIV) in behandeling genomen en gedistribueerd naar de rechtbanken die vreemdelingenzaken behandelen. In 2010 werd via deze applicatie 4582 maal elektronisch beroep ingesteld bij het CIV (10,4 % van het totaal aantal ingediende beroepschriften, 43959).¹⁴⁸

Het instellen van elektronisch beroep is nog niet mogelijk bij de Afdeling bestuurs- rechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Wel worden de mogelijkheden daartoe onderzocht.¹⁴⁹

In dit kader dient te worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling bestuurs- rechtspraak van de Raad van State van 23 juli 2010.¹⁵⁰ In deze zaak, waarin verzet is aangetekend tegen een niet-ontvankelijkverklaring, had appellant op de laatste dag van de termijn zijn beroepschrift verzonden naar het e-mailadres (adres: voorlichting@raadvanstate) van de Raad van State. Ter beoordeling stond de vraag of het mogelijk is om een beroepschrift via elektronische weg aan de Afdeling te zenden.

¹⁴⁶ Toelichting bij het Besluit, p. 5.

¹⁴⁷ Bron: Raad voor de Rechtspraak, 14 januari 2011.

¹⁴⁸ Bron: interview (per e-mail) met het Centraal Inschrijfbureau Vreemdelingenzaken, 11 februari 2011 en interview met de adviseur rechtsinformatica van de Raad voor de Rechtspraak, 14 januari 2011.

¹⁴⁹ Bron: interview met de adviseur rechtsinformatica van de Raad voor de Rechtspraak, 14 januari 2011.

¹⁵⁰ ABRvS 23 juli 2010, JB 2010/205 (deze uitspraak is niet op www.rechtspraak.nl gepubliceerd).

De Afdeling overweegt: ‘De Algemene wet bestuursrecht verzet zich niet tegen de indiening van een beroepschrift via de elektronische weg, mits de bestuursrechter uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt dat deze weg is geopend. Dit is inmiddels expliciet in artikel 2:15 lid 1 Awb tot uitdrukking gebracht bij de op 1 juli 2010 in werking getreden wet van 22 april 2010 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over elektronisch verkeer met de bestuursrechter.’ Vervolgens wijst de Afdeling naar de memorie van toelichting¹⁵¹ bij de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter waarin is opgemerkt dat ‘uit de enkele vermelding van een e-mailadres op de website van een gerecht niet mag worden afgeleid dat digitale communicatie met de bestuursrechter in het kader van een (hoger)beroepsprocedure mogelijk is.’

Vervolgens overweegt de Afdeling dat op de website van de Raad van State (www.raadvanstate.nl/contact/adres_en_contactgegevens onder het kopje ‘E-mailadres van de afdeling Communicatie’) expliciet staat vermeld dat beroepschriften niet per e-mail kunnen worden ingediend. De Afdeling concludeert dat geen beroep per e-mail kon worden ingesteld en verklaart het verzet ongegrond.

Uit deze uitspraak volgt dat het elektronisch indienen van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak niet mogelijk is. Dit zal naar verwachting in de toekomst veranderen indien de Afdeling elektronisch beroep via een webformulier gaat openstellen.

Met betrekking tot de ontvangst van elektronische beroepschriften (voor zover het gerecht de elektronische weg heeft opengesteld) geldt artikel 2:17 lid 2 jo. artikel 8:40a Awb. Ingevolge artikel 2:17 lid 2 geldt als tijdstip waarop een bericht door een bestuursorgaan elektronisch is ontvangen, het tijdstip waarop het bericht zijn systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt. Bij verkeer met de bestuursrechter zal derhalve bepalend zijn ‘het moment waarop het bericht het systeem voor gegevensverwerking van het gerecht heeft bereikt’. Artikel 6:9 lid 2 Awb¹⁵² is niet van toepassing: die bepaling is uitsluitend van toepassing bij bezwaar- en beroepschriften die per conventionele post – op papier – zijn ingediend.¹⁵³

Ten tijde van de afsluiting van dit preadvies (februari 2011) was er nog geen jurisprudentie over beroepschriften die via de website <http://loket.rechtspraak.nl/> zijn ingediend. Verwacht kan worden dat de automatische ontvangstbevestiging die (als ten tijde van de verzending geen storing¹⁵⁴ optreedt) aan de indiener van het beroep-

151 Kamerstukken II 2008/09, 31 867, nr. 3, p. 10.

152 Deze bepaling luidt: ‘Bij verzending per post is een bezwaar- of beroepschrift tijdig ingediend indien het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd, mits het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen.’

153 ABRvS 21 juli 2004, JB 2004/312, en CBb 10 januari 2007, AB 2007, 82 m.nt. Ortlep; vgl. ook ABRvS 14 november 2007, JB 2008/13 m.nt. AJB.

154 Vgl. over storingen de uitspraak Rb Breda van 16 september 2008, LJN BG2075. Die uitspraak bevat een voorbeeld van de problemen waarmee een burger kan worden geconfronteerd indien hij een bericht wel verstuurt, maar dit ‘blijft hangen in het voorportaal van het computersysteem’. Benadrukt moet worden dat deze uitspraak de verzending aan een bestuursorgaan betrof (niet de verzending aan een gerecht). Toch geeft de uitspraak een beeld van de casusposities die de komende jaren mogelijk ook bij geschillen inzake ‘beroep per webformulier’ kunnen worden verwacht. Ten aanzien van het moment van de ontvangst van de aangifte overweegt de rechtbank

schrift wordt verzonden, door de rechtbanken als bewijsmiddel voor de tijdige ontvangst van het beroepschrift zal worden geaccepteerd.

3.4 Elektronisch dossier

Met de uitdrukking ‘elektronisch dossier’ of ‘digitaal dossier’ (geen wettelijke termen) wordt bedoeld: een dossier waarin de documenten elektronisch beschikbaar zijn. De uitdrukking wordt in de praktijk ook gebruikt voor de doelstelling van ‘(zoveel mogelijk) papierloos werken in het bestuursprocesrecht’.

In de periode 2007-2010 zijn bij de Rechtbank Rotterdam, de Rechtbank Dordrecht en het College van Beroep voor het bedrijfsleven pilots met digitale dossiers gehouden.¹⁵⁵ Een grote pilot in Dordrecht gaat nog door tot medio 2011.¹⁵⁶ Er zijn verschillen tussen de technische en organisatorische invulling van deze pilots, maar in hoofdlijnen zijn de pilots opgezet volgens het volgende model:

Binnen een gerecht wordt een beveiligde digitale omgeving gecreëerd waarin documenten in digitale vorm worden opgeslagen. Rechters en medewerkers van dit gerecht (in deze omschrijving zal worden uitgegaan van een rechtbank) hebben toegang tot de elektronische documenten in het dossier, nadat zij met een authenticatievoorziening hebben ‘ingelogd’. Partijen (die op vrijwillige basis deelnemen aan de pilot)¹⁵⁷ kunnen via een elektronisch loket contact maken met het digitale dossier. Zij dienen daartoe in te loggen met een door de rechtbank voorgeschreven authenticatievoorziening.¹⁵⁸

Via dit elektronisch loket – een website met webformulier – kunnen partijen processtukken naar de rechtbank verzenden (in praktische termen: uploaden naar het digitaal dossier). Verzending van processtukken¹⁵⁹ van de rechtbank naar de par-

dat een computerdeskundige van de Belastingdienst heeft vastgesteld dat een aangifte is ‘binnengekomen’, in de zin van ‘toegelaten tot het automatiseringsdomein van de Belastingdienst’. Reeds daarom staat naar het oordeel van de rechtbank vast dat de aangifte door de Belastingdienst is ontvangen in de zin van art. 2:17 lid 2 Awb. Dat deze aangifte vervolgens mogelijk in een ‘elektronisch voorportaal’ van de computersystemen van de Belastingdienst is blijven hangen, zonder dat signalen zijn afgegeven naar de achterliggende systemen, doet naar het oordeel van de rechtbank niet af aan het oordeel dat de aangifte is gedaan.

155 Zie hierover: memorie van toelichting bij de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter Kamerstukken II 2008/09, 31 867, nr. 3, p. 5-7; *Jaarplan Rechtspraak 2010*, p. 27 e.v.; *Agenda voor de Rechtspraak 2008-2011*, p. 27.

156 Deze pilot wordt beschreven in: M. Bartling en A.M. Opstelten, ‘Pilot “Digitaal Procederen” in Dordrecht’, *Trema* 2010, Special nr. 1, p. 460-462.

157 In de pilots van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (betreffende zaken op het gebied van o.m. telecommunicatierecht en mededingingsrecht) waren de deelnemers aan de pilots procesvertegenwoordigers. In de pilot van de Rechtbank Dordrecht zijn de deelnemers zowel burgers zonder procesvertegenwoordiging als burgers met procesvertegenwoordiging.

158 Bij de pilot van de Rechtbank Dordrecht is dit DigiD met sms-notificatie. Daarnaast wordt door de Rechtbank het burgerservicenummer gevraagd.

159 Een klein aantal processtukken wordt ook op papier, per gewone post of aangetekende verzending, aan de partijen gezonden. In het hiernavolgende licht ik dit verder toe.

tijen vindt plaats door het 'klaarzetten', door de rechtbank, van deze stukken in de beveiligde omgeving. Op dat moment wordt aan de partijen een signaal per e-mail gezonden met het bericht dat een document klaar staat en kan worden gedownload. Partijen kunnen vervolgens, nadat zij zijn ingelogd, het processtuk downloaden naar hun eigen informatiesysteem.

Onderdeel van de pilots is ook dat 'digitale zittingen' worden gehouden: er wordt gebruik gemaakt van zogeheten 'digitale zittingszalen'¹⁶⁰ met uitgebreide ICT- en beeldschermvoorzieningen, inclusief een netwerkverbinding met het digitale dossier van de zaak. Rechters en griffier gebruiken tijdens de zitting geen papieren dossier, maar maken gebruik van het digitale dossier. Ook kunnen rechters tijdens de zitting op een beeldscherm op de 'partijentafel' stukken tonen aan de partijen.

De Awb biedt ruimte voor verzending langs elektronische weg van veel, maar niet alle processtukken. Uitgangspunt is dat onder 'schriftelijk' in de Awb niet alleen 'op papier' maar ook 'elektronisch' wordt verstaan.¹⁶¹ Elektronisch berichtenverkeer tussen de bestuursrechter en procespartijen is dus – als hoofdregel¹⁶² – mogelijk, voor zover het gerecht en de partijen hebben aangegeven dat zij langs deze weg bereikbaar zijn (art. 2:15 lid 1, 2:14 eerste lid jo. 8:40a lid 1 Awb). Een aantal processtukken kan derhalve elektronisch worden gestuurd, zowel van de procespartijen naar de rechtbank als in omgekeerde richting. Voorbeelden van processtukken die in de voornoemde pilots digitaal – via het elektronisch loket – werden, en worden, verzonden zijn het verweerschrift (art. 8:42 Awb)¹⁶³, repliek en dupliek (art. 8:43), het indienen van nadere stukken door de partijen en de mededeling van de rechtbank aan partijen dat het onderzoek wordt heropend (art. 8:68).

Een belangrijk aandachtspunt bij de pilots vormen de stukken genoemd in artikel 8:37 lid 1 Awb. Ingevolge die bepaling geschieden 'oproepingen, de uitnodiging om op een zitting van de rechtbank te verschijnen, alsmede de verzending van een afschrift van de uitspraak en van het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak [...] door de griffier bij aangetekende brief of bij brief met ontvangstbevestiging'¹⁶⁴, tenzij de rechtbank anders bepaalt'.

In het kader van het 'digitaal dossier' rijst de vraag of de bewoordingen in artikel 8:37 lid 1 Awb ook ruimte bieden voor verzending van de in dat artikel genoemde stukken langs een elektronische weg, en zo ja welke. De memorie van toelichting (1992) bij artikel 8:37 lid 1 geeft aan dat de rechtbank genoemde stukken slechts op een andere wijze dan per aangetekende brief¹⁶⁵ mag verzenden 'als aan de alsdan te kiezen andere wijze van mededeling dezelfde waarborgen kunnen worden

160 Zie hierover: *Jaarplan Rechtspraak 2010*, p. 28; Bartling en Opstelten 2010, p. 461-462.

161 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 483, nr. 3, p. 6-7 (zie ook par. 2.1 van dit preadvies).

162 De uitzonderingen worden in het hiernavolgende belicht.

163 Het beroepschrift kan sinds 1 oktober 2010 bij rechtbanken elektronisch worden ingediend via de centrale website <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht> (zie par. 3.3 van dit preadvies).

164 Cursivering MMG.

165 In het oorspronkelijke wetsvoorstel stond de toevoeging 'of bij brief met ontvangstbevestiging' er nog niet bij; *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 1-2, p. 15.

ontleend'.¹⁶⁶ Artikel 8:37 lid 1 is een voorschrift van openbare orde, waaraan de hogerberechtsrechter ambtshalve toetst.¹⁶⁷

In de huidige rechtspraak wordt het woord 'brief' geïnterpreteerd als 'brief op papier'. Bij de woorden 'bij aangetekende brief' en 'bij brief met ontvangstbevestiging' wordt als vanzelfsprekend gedacht aan een conventionele wijze van 'verzending per aangetekende post' en van 'verzending met ontvangstbevestiging', waarbij papier de gegevensdrager is. Dit is vanuit het papieren tijdperk bezien een logische interpretatie. De mogelijkheid van een elektronische aangetekende verzending (waarover hieronder meer) is in Nederland¹⁶⁸ thans nog niet aan de orde.

Over de vraag of de rechtbank stukken per 'fax' kan sturen is wél jurisprudentie.¹⁶⁹ De Hoge Raad bepaalde in een arrest¹⁷⁰ van 7 december 2007 dat als een gerecht gebruik maakt van een fax, het er rekening mee dient te houden dat gebruikmaking van deze communicatievorm vereist, dat de geadresseerde bijzondere maatregelen neemt om veilig te stellen dat een aldus toegezonden bericht dezelfde aandacht krijgt als een brief. Nu in casu de rechtbank haar beslissing om berichten per fax te verzenden niet in een algemeen bekend gemaakte procesregeling had vastgelegd of anderszins aan de (gemachtigde van) belanghebbende had bekendgemaakt, werd het verzet gegrond verklaard. De Afdeling bestuursrechtspraak achtte het reeds in 2004 niet aangewezen om de uitnodiging voor de zitting per fax te verzenden.¹⁷¹ Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat verzending per fax niet wordt beschouwd als een wijze van verzending die diezelfde waarborgen biedt als verzending per aangetekende post.

Het ligt in de lijn der verwachting dat in de toekomst bij gerechten en procespartijen de behoefte zal ontstaan om de stukken genoemd in artikel 8:37 lid 1 Awb langs elektronische weg aangetekend te verzenden cq. te ontvangen. Elektronische aangetekende verzending bestaat, als dienst, in Europa reeds een aantal jaren (al wordt deze dienst in het Nederlandse bestuursrecht nog niet gebruikt). Het gaat daarbij om diensten van zogeheten *Trusted Third Parties*¹⁷² die zorgdragen voor het bezorgen van digitaal aangetekende stukken.

Om te duiden wat elektronische aangetekende verzending inhoudt (althans kan inhouden) wijs ik op een recente rechtsontwikkeling in België. In het Belgisch Staatsblad van 31 december 2010 (2e editie) is een wet gepubliceerd die een nieuwe

166 Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 124.

167 CRvB 23 maart 1999, AB 1999, 318.

168 Zoals ik hieronder zal aangeven is er in België al wel wetgeving over de elektronische aangetekende verzending en wordt deze verzendmogelijkheid in de praktijk gebruikt.

169 Zie hierover uitgebreid Overkleef-Verburg 2008, p. 32-33 en P.J.J. van Buuren en T.C. Borman (red.), *Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 577-578.

170 HR 7 december 2007, LJN BB9537, AB 2008, 102 m.nt. B.W.N. de Waard en JB 2008/23.

171 ABRvS 5 januari 2004, JV 2004/80.

172 Een *Trusted Third Party* (TTP) is 'een onafhankelijke, onpartijdige organisatie die betrouwbaarheidsdiensten ten behoeve van het elektronisch berichtenverkeer verleent': A.W. Duthler, *Met recht een TTP*, Deventer: Kluwer 1998, p. 11. Vgl. ook de omschrijving van TTP in de nota 'Wetgeving voor de elektronische snelweg': 'Vertrouwelijke toegevoegde waardediensten. Bijvoorbeeld: elektronisch aantekenen, ontvangstbevestiging, rechtsgeldige digitale handtekening, beveiliging van elektronisch berichtenverkeer', Kamerstukken II 1997/98, 25 880, nrs. 1-2, p. 40.

regeling bevat inzake (hybride)¹⁷³ elektronische aangetekende verzending.¹⁷⁴ Deze wet, een aanvulling op de reeds geldende Wet op de Certificatiediensten (WCD) definieert elektronische aangetekende zending als 'elke dienst van elektronische gegevensoverdracht die bestaat in het waarborgen op forfaitaire basis tegen de risico's van verlies, diefstal of beschadiging van de gegevens, waarbij de afzender, in voorkomend geval op zijn verzoek, een bewijs ontvangt van de afgifte en/of van de bestelling van de zending aan de geadresseerde' (art. 2,14 WCD). Daarnaast geeft de wet een definitie van dienst van elektronisch aangetekende zending: 'dienst van elektronisch aangetekende zending die wordt verleend door een certificatie-dienstverlener die voldoet aan de bepalingen van bijlage V van deze wet.' (art. 2,15 WCD).

Het doel van de nieuwe wettelijke regeling is tweeledig: 1) aan het ontvangstbewijs bij (hybride) elektronische aangetekende verzending dezelfde wettelijke waarde toekennen als aan het ontvangstbewijs bij papieren verzending, en 2) certificatie-dienstverleners die een dienst van elektronisch aangetekend schrijven willen aanbieden, te verplichten om te voldoen aan de voorwaarden zoals omschreven in Bijlage V van de WCD. Deze verplichting is vastgelegd in het nieuwe artikel 11, § 3 WCD: 'De certificatie-dienstverleners die diensten van elektronisch aangetekende zending aanbieden, moeten voldoen aan de eisen van bijlage V van deze wet.' In de genoemde bijlage worden de eisen geformuleerd waaraan de certificatie-dienstverleners moeten voldoen.

Anders dan in België is er in Nederland nog geen regeling inzake elektronisch aangetekende verzending. Als in de komende jaren ook in de Nederlandse rechtspraktijk behoefte zal ontstaan aan diensten voor aangetekende elektronische verzending, is het mijns inziens wenselijk een regeling over dit onderwerp tot stand te brengen, teneinde rechtsonzekerheid over dit onderwerp weg te nemen. Indien ook de Nederlandse wetgever zou besluiten tot het voorbereiden van wetgeving inzake elektronisch aangetekende verzending, zijn er mijns inziens ten minste twee mogelijkheden: 1) regeling in de Awb, bijvoorbeeld door het invoegen van een nieuwe bepaling in afdeling 2.3 Awb en een daarop gebaseerde amvb, of 2) regeling in de Postwet. De nieuwe Belgische wetgeving zou een startpunt voor oriëntatie voor de Nederlandse wetgever kunnen zijn.

173 Hybride aangetekende verzending betreft een in België o.m. door het bedrijf Certi-post aangeboden dienst, waarbij de aangetekende verzending gedeeltelijk elektronisch en gedeeltelijk op papier verloopt. Daarbij kan de verzender een schrijven in digitale vorm via internet naar het platform (beveiligde webomgeving) van de dienstverlener verzenden, waarna de dienstverlener de zending 'materialiseert' (afdrukken, onder omslag steken, frankeren) en deponeert bij een post-operator, met het oog op verzending aan de geadresseerde. De verzender van het schrijven ontvangt een elektronisch ontvangstbewijs dat dezelfde wettelijke waarde heeft als een papieren ontvangstbewijs dat door de postoperator wordt verleend.

174 Wet van 31 december 2010 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en tot wijziging van de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie-diensten. Zie voor een toelichting en commentaar op deze wet het blog van T. Devolder: <http://brightinsights.wordpress.com/2011/01/10/nieuw-wettelijk-kader-inzake-de-hybride-elektronisch-aangetekende-zending/>.

Een laatste – voor de rechtspraak belangrijk – element van het digitaal dossier in het bestuursprocesrecht betreft de eis van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid, die voortvloeit uit artikel 2:14 lid 3, 2:15 lid 3 jo. 8:40a Awb. Het ICT-systeem dat voor het digitaal dossier wordt gebruikt dient te voldoen aan hoge eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid, ‘gelet op de aard en inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt’ (laatste zinsnede van art. 2:14 lid 3). Twee eisen zijn hierbij van bijzonder belang: de eis van vertrouwelijkheid en de eis van integriteit van het systeem. Er dienen passende technische en organisatorische maatregelen te worden getroffen om de vertrouwelijke gegevens te beveiligen tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking.¹⁷⁵ En het ICT-systeem moet ‘integer’ zijn, dat wil zeggen het moet ‘juist functioneren’.¹⁷⁶

In de in 2010 gepubliceerde¹⁷⁷ evaluatie van de pilot Digitaal Dossier van de Rechtbank Rotterdam wordt geconcludeerd dat er geen problemen zijn geweest met de beveiliging.¹⁷⁸ In dat kader wordt ook opgemerkt: ‘Er is niet gebleken van pogingen om in het systeem in te breken.’¹⁷⁹ Met betrekking tot de eis van betrouwbaarheid (integriteit) van het systeem wordt geconcludeerd dat er een aantal technische problemen is geweest. Procespartijen kregen soms ‘foutmeldingen’ van het ICT-systeem bij het uploaden en downloaden van de processtukken naar en van het digitale dossier. Bij grote stukken is het voorgekomen dat de ‘downloads niet konden worden voltooid’ (hetgeen betekende dat de elektronische weg naar de bestuursrechter op dat moment onverwacht niet openstond). Op grond van deze evaluatie kan worden geconcludeerd dat in de pilot van de rechtbank Rotterdam wel aan de eis van vertrouwelijkheid, maar – op een aantal momenten – niet aan de eis van betrouwbaarheid is voldaan. Het hoofddoel van de pilots was, en is, te experimenteren en aldus te leren van de ervaringen.¹⁸⁰ Bij de opzet van de daaropvolgende pilot Digitaal Procederen van de rechtbank Dordrecht zijn de ‘lessen’ van de evaluatie van de rechtbank Rotterdam betrokken en een aantal technische en organisatorische maatregelen genomen om de betrouwbaarheid van het ICT-systeem te verhogen.¹⁸¹

In de kern gaat het bij digitaal verzenden van processtukken om toegang tot de rechter. Indien een ICT-systeem voor het digitaal verzenden en ontvangen van processtukken onvoldoende beschikbaar en betrouwbaar is, zal deze vorm van digitaal procederen voor burgers en procesvertegenwoordigers (nog) geen volwaardig alternatief zijn voor procederen op papier. Indien daarentegen het ICT-systeem wel voldoet aan hoge eisen van betrouwbaarheid kan het, in een tijdperk van toenemende digitalisering van de samenleving, bijdragen aan een verbetering van de toegang

175 Deze eis geldt ook op grond van art. 13 Wbp voor zover de in het systeem opgenomen gegevens persoonsgegevens zijn. Zie over de technische en organisatorische maatregelen die in de pilot Digitaal Dossier van de rechtbank Dordrecht zijn genomen: Bartling en Opstelten 2010 p. 460-461.

176 Kamerstukken II 2008/09, 31 867 nr. 3, p. 10, 13 en 18. Zie ook: Franken 1993, p. 20.

177 Rechtbank Rotterdam, *Eindevaluatie Digitaal Dossier 2008-2009*, februari 2010.

178 P. 9 en 18 van het rapport.

179 P. 9 van het rapport.

180 Zie hierover ook: *Kamerstukken II 2008/09, 31 867, nr. 3, p. 5-7*.

181 Bron: interview met de projectleider van het Digitaal Dossier van de Rechtbank Dordrecht, 3 februari 2011. Zie hierover ook: Bartling en Opstelten 2010, p. 461.

tot de bestuursrechter. De grootste uitdaging, en tegelijk de grootste kans, bij de verdere ontwikkeling van het digitaal procederen zal zijn om permanent aan de wettelijke eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid te voldoen.

3.5 Toegang tot rechterlijke uitspraken op internet

Informatie- en communicatietechnologie biedt niet alleen kansen om de toegang tot de rechter voor procespartijen te verbeteren. Het biedt daarnaast ook kansen om de toegang tot, en toegankelijkheid van, rechterlijke uitspraken voor de samenleving te verbeteren. In deze paragraaf worden enkele hoofdlijnen van het juridisch debat over dit onderwerp geschetst en aanbevelingen gedaan om de toegankelijkheid van uitspraken op internet te verbeteren.

Artikel 121 Gw (laatste zin) bepaalt dat de uitspraak in het openbaar geschiedt. Deze eis is uitgewerkt in alle proceswetten, waaronder de Awb (art. 8:78 jo. 8:77 lid 1, onder c). Artikel 6 lid 1 EVRM en artikel 14 IVBPR kennen, in wisselende bewoordingen, soortgelijke bepalingen.¹⁸² De wijze waarop rechterlijke colleges aan de openbaarheidseis uitvoering geven is door voorlezing van het dictum van de rechterlijke uitspraak op een voor eenieder toegankelijke zitting.¹⁸³

Reeds in 1979 schreef Drion¹⁸⁴ dat het bij de eis van openbaarheid van uitspraken om een *wezenlijk belang* gaat maar een belang dat ‘grond- en verdragswetgever [...] met een volstrekt archaïsch middel hebben willen beschermen’. Hij vervolgde: ‘Wanneer men bij het belang bij openbaarheid van rechterlijke uitspraken denkt aan het belang van anderen dan de partijen en belanghebbenden, is het [...] moeilijk te verdedigen dat dit belang zich zou beperken tot kennismaken van het dictum. Wat voor belang heeft de gemeenschap erbij, te horen dat een vordering van A tegen B is afgewezen, of dat A niet ontvankelijk is verklaard in zijn – niet uit het dictum blijkende – vordering, of dat zijn beroep is verworpen, als zij geen kennis kan nemen van de gronden waarom de vordering werd afgewezen enz., en daarmee waar de zaak over ging?’

Twintig jaar later, op 9 december 1999, opende de president van de Hoge Raad, Mr. S.K. Martens, de website www.rechtspraak.nl. In zijn toespraak¹⁸⁵ ter gelegenheid van de opening van deze site besprak hij de vraag of de tot dan toe bestaande praktijk in Nederland wel voldeed aan de eisen van het EVRM. Hij stelde dat wat betreft die vraag ‘twijfel mogelijk is’ en betoogde: ‘Het gaat hier om een positieve verplichting die primair rust op de gerechten. Die blijven echter in gebreke. Over uitspreken ter rolle hebben we het al gehad. Het woord schijnvertoning is gevallen, en terecht. Van actief openbaar maken, laat staan actief openbaar maken van alle

182 Zie hierover ook: H. Hofhuis, ‘De openbaarheid van vonnissen’, *Trema* 2010, nr. 9, p. 370.

183 Zie voor een bespreking van recente jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt de annotatie van Y. Buruma bij HR 15 december 2009, NJ 2010/610 (LJN BJ7799).

184 H. Drion, ‘De openbare uitspraak van vonnissen’, *RM Themis* 1979, p. 544.

185 S.K. Martens, ‘De opening van de website www.rechtspraak.nl’, *Trema* 2000, nr. 1, p. 1-4.

uitspraken, is al evenmin sprake. De gerechten wachten af wie tegen betaling een afschrift bestelt en volstaan voor het overige eraan mee te werken dat anderen, uitgevers, een *selectie* uit hun uitspraken publiceren. Of Nederland dusdoende aan zijn verdragsverplichting voldoet, lijkt mij niet zeker.’

Vervolgens stelde Martens dat, gelet op de toegankelijkheid en de gestaag toenevende gebruiksdichtheid van internet, de gerechten ‘effectief aan hun verdragsverplichting om hun uitspraken openbaar te maken [kunnen] voldoen door ze op internet te zetten en erop toe te zien dat zij daar voor een ieder gratis toegankelijk en voor “down loaden” beschikbaar zijn’.

Indien men van die visie uitgaat, zo stelde Martens, rijst echter ook een aantal vragen.¹⁸⁶ Een belangrijke, en niet eenvoudig te beantwoorden vraag, is: hoe zit het in deze visie met de plicht tot anonimiseren? Belangrijk, volgens Martens, ‘omdat daarin een beletsel kan zijn gelegen om *alle* uitspraken van *alle* gerechten via internet openbaar te maken’.¹⁸⁷

Thans, in 2011, zijn de vragen en dilemma’s die Martens in zijn toespraak bij de opening van de website ‘rechtspraak.nl’ heeft besproken nog altijd actueel. Aan de afweging tussen enerzijds het belang van openbaarheid van uitspraken en anderzijds het belang van ‘bescherming van de persoonlijke levenssfeer’ is in de literatuur¹⁸⁸ het afgelopen decennium veel aandacht besteed, vooral in de context van de vraag of publicatie op internet anonimisering vergt.

In een veel geciteerd rapport van de Studiecommissie De Meij, ‘Toegang tot rechterlijke uitspraken’ (2006)¹⁸⁹ wordt betoogd dat de spanning tussen het belang van openbaarheid en het belang van de persoonlijke levenssfeer wordt vergroot door ICT. Enerzijds vormen technologische toepassingen, in het bijzonder internet en digitale databanken, een middel om de openbaarheid te vergroten.¹⁹⁰ Anderzijds zijn

186 Martens 2000, p. 2-4.

187 Martens 2000, p. 3.

188 Zie hierover: F. Kuitenbrouwer, ‘Anonimisering struikelblok voor openbaarheid’, *Advocatenblad* 2000, nr. 5, p. 183-185; S. van Oppen, ‘Anonimisering van rechterlijke uitspraken bij elektronische publicatie’, *Privacy & Informatie* 2000, p. 196-202; U. van de Pol, ‘Uitspraak op Internet’, in: A. Ellian en I.M. Koopmans, *Media en Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 159-179; M.F.J.M. de Werd, ‘De openbare uitspraak. Reconstructie van een verwaarloosd leerstuk’, *NJB* 2001, afl. 2, p. 67-74; M. van Opijnen, ‘Uitspraken op rechtspraak.nl – een representatief beeld?’, *Trema* 2006, nr. 1, p. 14-22; J.M. de Meij, A.H. Ekker, J.F. Haeck, A.W. Hins en L.W.M. Wopereis (Studiecommissie De Meij), ‘Toegang tot rechterlijke uitspraken’, *Mediaforum* 2006, nr. 4 (p. 1-18); Van den Hoogen 2007, p. 77-84; W.Voermans, ‘Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries’, *Urecht Law Review* 2007, no. 1, p. 148-159; L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; L. Mommers, G.J. Zwenne en B. Schermer, ‘Het best bewaarde geheim van de raadkamer. Over de toegankelijkheid van de rechtspraak’, *NJB* 2010, afl. 32, p. 2072-2078; R. Philippart, ‘Toegankelijkheid van rechtspraak. Reactie op: ‘Het best bewaarde geheim van de raadkamer. Over de ontoegankelijkheid van de rechtspraak’, *NJB* 2010, afl. 36, p. 2356; J.A.R. van Eijsden, ‘Anonimisering van fiscale uitspraken’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2010/1278; M. van Opijnen, ‘Rechtspraak en digitale rechtsbronnen: nieuwe kansen, nieuwe plichten’, *Rechtstreeks* 2010, nr. 1, p. 7-49; Hofhuis 2010, p. 370-371.

189 Studiecommissie De Meij, ‘Toegang tot rechterlijke uitspraken’, *Mediaforum* 2006, nr. 4 (p. 1-18).

190 S. van der Hof, C. Cuijpers et al., *Openbaarheid in het internettijdperk. De invloed van ICT op juridische concepten van openbaarheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 160-162.

de privacyrisico's groter dan voorheen als gevolg van de grote transparantie van de informatie in digitale omgevingen (in het bijzonder door de geavanceerde 'zoekmachines' die kunnen worden gebruikt om op internet of in databanken te zoeken op naam of ander persoonlijke kenmerken).

Het debat in de literatuur¹⁹¹ heeft zich vooral toegespitst op de vraag of het uitgangspunt zou moeten zijn 'anonymiseren, tenzij', dan wel 'integraal publiceren tenzij'. Hierover zijn de meningen verdeeld.

Sommige auteurs betogen dat anonimisering zich slecht verhoudt tot de eisen die voortvloeien uit artikel 121 Gw en artikel 6 EVRM. Zij menen dat daardoor de uitspraak wordt 'verminkt'. Een uitspraak, zo stellen zij, ontleent haar betekenis juist aan het feit dat zij is gegeven tussen deze partijen. Om die reden zou 'integraal publiceren van de uitspraak' uitgangspunt moeten zijn, en zou slechts indien wordt verzocht om anonimisering, daarover in het individuele geval een beslissing moeten worden genomen op basis van een afweging van de betrokken belangen. Deze auteurs wijzen erop dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie dit beleid hanteren en hun uitspraken in beginsel ongeanonimiseerd publiceren.

Anderen stellen voorop dat in de jurisprudentie noch uit artikel 6 EVRM, noch uit artikel 121 Gw een verplichting wordt afgeleid om uitspraken op internet te publiceren. Zij menen dat aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de bij de procedure betrokken partijen meer gewicht moet worden toegekend dan aan een 'gezochte interpretatie' van artikel 6 EVRM. Ook betogen zij dat het voor een goed begrip van de inhoud en betekenis van gerechtelijke uitspraken in beginsel niet noodzakelijk is de namen en andere persoonsgegevens van de procespartijen te kennen. Gelet hierop bepleiten zij een 'anonymisering-tenzij' benadering.

Naar mijn opvatting zou het debat in de komende jaren moeten gaan over de vraag hoe de toegang tot, en toegankelijkheid van, rechterlijke uitspraken op een effectieve en in de praktijk realiseerbare wijze kan worden vergroot, op een wijze waarbij tevens – als randvoorwaarde – recht wordt gedaan aan de privacy van de natuurlijke personen die in de uitspraak worden genoemd. In de literatuur¹⁹² zijn op dit gebied reeds een aantal voorstellen gedaan. Ik belicht enkele hoofdpunten en voeg er een aanbeveling aan toe.

De Studiecommissie De Meij¹⁹³ heeft voorgesteld een speciale wet inzake de openbaarheid van rechterlijke vonnissen, in het bijzonder door plaatsing op internet, op te stellen. Naar het oordeel van deze studiecommissie is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voldoende verzekerd als de rechter bij vonniswijzing, conform de regeling die nu geldt bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, tot anonimisering kan beslissen, ambtshalve of op een met reden omkleed verzoek van een

191 Zie noot 188.

192 Studiecommissie De Meij 2006, p. 17-20; Mommers, Zwenne en Schermer 2010, p. 2076-2078; Van Opijnen 2006, p. 18-22; Van Opijnen 2010, p. 45-47.

193 Studiecommissie De Meij 2006, p. 17-20.

belanghebbende partij. Uitgangspunt zou volgens de studiec commissie moeten zijn dat ‘anonimisering slechts mogelijk is in uitzonderlijke en gerechtvaardigde gevallen’. Naar mijn opvatting zou, indien een wet inzake openbaarheid van rechterlijke uitspraken zou worden opgesteld, het wettelijk criterium moeten zijn dat ‘anonimisering plaatsvindt voor zover dit noodzakelijk is ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer’. Het is mijns inziens de vraag of, als een zodanige wet tot stand zou worden gebracht, dit zou leiden tot een *de facto* grotere toegang tot rechterlijke uitspraken. Dit zal afhangen van de invulling die in de jurisprudentie aan het (te formuleren) wettelijk criterium zou worden gegeven. In de literatuur¹⁹⁴ wordt ook op de organisatorische en financiële aspecten gewezen en de daarmee samenhangende gevolgen voor de toegankelijkheid van de rechterlijke uitspraken. Betoogd wordt dat, indien het percentage gepubliceerde uitspraken stijgt, hoge extra kosten moeten worden gemaakt om tegelijk de toegankelijkheid van de rechterlijke uitspraken gelijk te laten blijven. Verwacht kan worden dat de toegankelijkheid afneemt, als het niet meer mogelijk zou zijn alle uitspraken van ‘inhoudsindicaties’ en ‘metagegevens’ te voorzien.

Mommers et al.¹⁹⁵ hebben betoogd dat de huidige anonimiseringspraktijk, die handmatig en achteraf plaatsvindt, kan worden ‘gestroomlijnd’ door bij het schrijven van vonnissen aandacht te besteden aan de invoer van persoonsnamen en locatiegegevens. Door deze (met gebruiksvriendelijke software) adequaat te markeren, kunnen de uitspraken volgens Mommers et al. in een later stadium automatisch geanonimiseerd worden. Aldus zouden de kosten van anonimisering kunnen worden teruggebracht en zou het mogelijk worden een groter percentage uitspraken te publiceren dan nu gebeurt.

Naast anonimisering verdient ook de selectie van de te publiceren uitspraken aandacht.¹⁹⁶ Van Opijnen¹⁹⁷ heeft betoogd dat de ‘publicatievraag’ wellicht nog onvoldoende deel uitmaakt van het rechterlijk denkproces. Deels kan dit te maken hebben met de inrichting van werkprocessen, maar, zo stelt hij, een rechter ‘dient zich bij iedere beslissing af te vragen of deze publicatiewaardig is’. Deze verantwoordelijkheid zou volgens hem aandacht verdienen in de opleiding.

Naar mijn opvatting zou de rechterlijke macht ervoor dienen te zorgen dat uitspraken digitaal zo toegankelijk mogelijk worden gemaakt om, naast het uitspreken van het dictum van uitspraken op de zitting, een aanvullende en effectieve invulling te geven aan de krachtens artikel 6 EVRM en artikel 121 Gw geldende openbaarheidseis.¹⁹⁸ De term ‘toegankelijkheid’ kan daarbij worden ingevuld op de wijze die de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk¹⁹⁹ reeds in 2000 heeft voorgesteld: toegankelijk betekent ‘dat de informatie die in juridische zin openbaar is,

194 Zie hierover: Philippart 2010, p. 2356; Mommers, Zwenne en Schermer 2010, p. 2077.

195 Mommers, Zwenne en Schermer 2010, p. 2076-2078.

196 Dit is aan de orde gesteld in: Mommers, Zwenne en Schermer 2010, p. 2072-2078.

197 Van Opijnen 2006, p. 18-22; Van Opijnen 2010, p. 45-47.

198 Zie ook Van Opijnen 2010, p. 46.

199 Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk, *Grondrechten in het digitale tijdperk*, Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr.1, bijlage 1, p. 190-194.

ook daadwerkelijk geraadpleegd kan worden'. Het gaat hierbij om de kenbaarheid en vindbaarheid, beschikbaarheid, hanteerbaarheid, betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duidelijkheid van de informatie. Die criteria zouden mijns inziens de komende jaren de richtsnoeren moeten zijn om de digitale toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken voor de samenleving te verbeteren.

3.6 De googelende rechter – bestuursrechters op internet

Welke rol kan het internet vervullen voor de individuele bestuursrechter? Hoe kan de 'googelende²⁰⁰ rechter' in een bestuursrechtelijk kader worden geplaatst? Deze paragraaf verkent enkele bestuursprocesrechtelijke vragen die kunnen rijzen wanneer een rechter, in het kader van de behandeling van een zaak, zich op het internet begeeft.²⁰¹

In de eerste plaats kunnen vragen rijzen over de rol van het internet bij het kennen van 'feiten van algemene bekendheid', ook wel 'notoire feiten' genoemd. Een *notoir feit* is een feit dat ieder normaal ontwikkeld persoon kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen.²⁰² Als voorbeeld van een *notoir feit* geldt dat Parijs de hoofdstad van Frankrijk is, of dat asbest een gevaarlijke stof is.²⁰³ In het papieren tijdperk gold bijvoorbeeld een (papieren) encyclopedie als 'een voor ieder toegankelijke bron waaruit een normaal ontwikkeld persoon een *notoir feit* kan kennen'.²⁰⁴ Dat geldt nog steeds.

De vraag is hoe een *notoir feit* zich verhoudt tot de informatiebron internet.²⁰⁵ Kan ook (een webpagina op) internet die rol van 'voor ieder toegankelijke bron' vervullen? Naar mijn opvatting dient te worden gekeken naar de aard van de internetbron. Zo zal een 'online encyclopedie'²⁰⁶ in beginsel, evenals een papieren encyclopedie, als een 'voor ieder toegankelijke bron' kunnen worden gekwalificeerd waarin een rechter de bevestiging kan vinden dat de eigen wetenschap een feit van algemene bekendheid is.

Kan elke online encyclopedie worden gekwalificeerd als 'bron waaruit feiten van algemene bekendheid kunnen worden gekend'? Hier dient mijns inziens nader te worden gekeken naar de aard van de bron. De bekende digitale encyclopedie

200 Van Dale definieert googelen als: het zoeken op het internet.

201 Met internet wordt hier bedoeld: het World Wide Web (www).

202 Pitlo/Hidma en Rutgers, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004, p. 29.

203 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss.), Kluwer: Deventer 2005, p. 19. Zie voor het voorbeeld over astbest: ABRvS 5 juni 2002, JB 2002, 267, m.nt. MP.

204 Vgl. C.H. Beekhuis, 'Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter', in: R. Savatier, *Verzekeringen van Vriendschap: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J. Dorhout Mees*, Deventer: Kluwer 1974, p. 24, aangehaald in: L. Siemerink, 'Rechter gewaarschuwd voor googelen', NJB 2010, afl. 41, p. 2647.

205 Zie voor een beschouwing over dit onderwerp in het civiele recht: Siemerink 2010, p. 2646-2647. Voor het strafrecht is deze vraag aan de orde gesteld in: N. van der Laan, 'Bewijs rondkrijgen met feiten van algemene bekendheid', *Advocatenblad* 2010, p. 184-185.

206 Bijvoorbeeld de in 2010 geïntroduceerde *Winkler Prins online*.

Wikipedia, bijvoorbeeld, wordt gemaakt op basis van de wiki-methode. Dit houdt in dat elke persoon, waar ook ter wereld, online kan meeschrijven aan de encyclopedie en wijzigingen kan aanbrengen in de tekst.²⁰⁷ Daarmee rijst de vraag of een Wikipedia-pagina een bron is waaruit een notoir feit kan worden gekend. Enerzijds zou de mogelijkheid van bijdrage door een onbegrenst aantal personen kunnen bijdragen aan de juistheid van de informatie. Anderzijds is die juistheid minder eenvoudig te verifiëren juist doordat eenieder wijzigingen in de tekst kan aanbrengen. Naar mijn mening kan deze vraag derhalve niet in zijn algemeenheid maar uitsluitend in een concrete situatie worden beantwoord.

Is de algemene bekendheid van een feit minder duidelijk aanwezig, dan zal de rechter de partijen op de hoogte moeten stellen van zijn aanname. Dit geldt ook wanneer de rechter zich voor zijn aanname baseert op een internetbron. Het zou in strijd met de goede procesorde zijn indien partijen bij het lezen van de uitspraak door het vaststaan van de feiten zouden worden overvallen.²⁰⁸

In dit verband wijs ik op een recent arrest van de Hoge Raad van 11 januari 2011 in een strafrechtzaak, de zogeheten ACAB-zaak.²⁰⁹ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat het hof onvoldoende heeft onderzocht of de betekenis en het beledigende karakter van de afkorting ACAB ('All Cops Are Bastards') in Nederland algemeen bekend is.

Het hof had in zijn arrest onder meer overwogen: 'Voorts heeft het hof vernomen dat het "googelen" van de afkorting "A.C.A.B." in combinatie met "cop" een veelvoud (circa 190.000) aan treffers van internetsites geeft die verwijzen naar de betekenis "All Cops Are Bastards". Nu onder een substantieel deel van het publiek bekend is dat een betekenis van de afkorting A.C.A.B. is: "All Cops Are Bastards", heeft deze afkorting daarom als een feit van algemene bekendheid te gelden.'

De tweede deelklacht in het eerste cassatiemiddel betrof het oordeel van het hof dat de beledigende betekenis van het Engelse woord *bastard* ('ook hier te lande') algemene bekendheid geniet.

De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.2.2): 'Geen rechtsregel dwingt de rechter ertoe een algemeen bekend gegeven bij het onderzoek op de terechtzitting ter sprake te brengen. Indien echter niet zonder meer duidelijk is of het gaat om een algemeen bekend gegeven, behoort de rechter dat gegeven aan de orde te stellen bij de behandeling van de zaak op de terechtzitting. Aldus wordt voorkomen dat hij zijn beslissing doet steunen op mededelingen of waarnemingen die hem buiten het geding ter kennis zijn gekomen en waarvan de overige bij het geding betrokkenen onkundig zijn gebleven, zodat zij niet in staat zijn geweest zich daarover uit te laten.'

De laatste – mijns inziens veelzeggende – rechtsoverweging van de Hoge Raad (r.o. 3.4) betreft het gebruik van Google:

207 Er kan een code in de tekst worden geplaatst wanneer er vragen zijn over de betrouwbaarheid van de ingevulde informatie (bijvoorbeeld door in de tekst aan te geven: 'bronvermelding nodig').

208 Schuurmans 2005, p. 19 en 240.

209 HR 11 januari 2011, BP0291. Zie hierover ook: P. Mevis, 'A.C.A.B. Ik zie, ik zie wat jij niet ziet....', *Mediaforum* 2011, nr. 2, p. 29-30.

‘Opmerking verdient nog dat het in dit verband moet gaan om een feit dat in Nederland van algemene bekendheid is. Daartoe is het aantal treffers bij het zoeken in alle, ook anderstalige, internetsites niet zonder meer redengevend. Hetzelfde geldt voor het aantal treffers van de gebezigde zoekmachine waarop het Hof zich heeft beroepen, zonder evenwel te verduidelijken op welke of wat voor soort internetsites die treffers betrekking hebben.’

Mevis vatte dit arrest mijns inziens treffend samen toen hij (in januari 2011) schreef: ‘De Hoge Raad houdt het Haagse Hof in bovengemelde zaak voor dat het niet met enkele zoekacties op Google het beledigend karakter van A.C.A.B. tot feit van algemene bekendheid moet verheffen, zeker niet buiten het debat in de rechtzaal om.’²¹⁰

In het bestuurs(proces)recht rijzen niet alleen in het kader van ‘feiten van algemene bekendheid’, maar ook in bredere zin, vragen over het gebruik van internet door de rechter. Ik verken drie hoofdpunten.

Een *eerste vraag* is: mag de rechter internet gebruiken om de feiten aan te vullen (8:69 lid 3 Awb)? Naar mijn opvatting dient die vraag in beginsel bevestigend te worden beantwoord. De rechter kan de feiten aanvullen voor zover zij vallen binnen de grondslag van het geschil. De rechter is in beginsel vrij in de keuze om ambtshalve een feitenonderzoek in te stellen.²¹¹ Er zijn wel verschillende factoren die deze keuze beïnvloeden²¹², maar er bestaan noch op grond van de wet, noch op grond van de jurisprudentie regels die de rechterlijke vrijheid aan banden leggen.²¹³ Brengt de rechter nieuwe feiten in het geding, dan moet hij de feiten aan partijen voorleggen. Partijen moeten weten wat de (internet)bron van de kennis is. Zij moeten de juistheid en volledigheid ter discussie kunnen stellen.

Een belangrijk aandachtspunt is voorts hoe het gebruik van het internet zich verhoudt tot de onderzoeksbevoegdheden die de Awb aan de bestuursrechter toekent en de processuele waarborgen voor partijen die daaraan zijn verbonden.²¹⁴ Zo geeft de Awb de rechter de bevoegdheid om een onderzoek ter plaatse in te stellen (descente, art. 8:50 en 8:51 Awb). Zou een rechter, bijvoorbeeld in een zaak betreffende een kapvergunning, kunnen besluiten om, in plaats van een descente in conventionele zin, gebruik te maken van *Streetview*²¹⁵ in GoogleMaps om ‘ter plaatse’ onderzoek te doen? Mijns inziens dient die vraag in beginsel ontkennend te worden

210 Mevis 2011, p. 30.

211 Schuurmans 2005, p. 234. Zie hierover uitgebreid: T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 42 e.v.

212 Wulffraat-van Dijk geeft een uitvoerige beschrijving van de factoren die de keuze voor een ambtshalve onderzoek door de rechter beïnvloeden: M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden* (diss), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

213 Schuurmans 2005, p. 234.

214 L.A. Damen, H.E. Bröring et al., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid en bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 240.

215 Google Street View is een dienst van Google Inc. die de internetgebruiker de mogelijkheid biedt 360°-panoramafoto's te bekijken van straten op straatniveau. Bron: Wikipedia (geraadpleegd 22 januari 2011).

beantwoord.²¹⁶ Aan de in de Awb geregelde descende zijn waarborgen voor de partijen verbonden. De belangrijkste waarborg is dat partijen bij de descende aanwezig kunnen zijn (art. 8:50 lid 3 Awb). Door de mogelijkheid bij het onderzoek aanwezig te zijn, zijn partijen in de gelegenheid om commentaar te geven en inlichtingen te verschaffen.²¹⁷ Een niet-officiële bezichtiging via Streetview, zonder deze waarborgen voor de procespartijen, verdraagt zich naar mijn mening reeds hierom niet met de wettelijke regeling van de descende. Dat zou eventueel anders kunnen zijn indien partijen aanwezig zouden zijn bij het gebruik van Streetview door de rechter, al resteert dan het derde vraagpunt dat ik in deze paragraaf verken.

Een *tweede vraag* is: mag de rechter (ook) het internet gebruiken bij de toetsing aan bepalingen van openbare orde?²¹⁸ Schreuder-Vlasblom stelt dat de rechter zelf de feitelijke informatie dient te vergaren die nodig is voor de ambthalfve toetsing aan bepalingen van openbare orde.²¹⁹ De bepalingen van openbare orde behoren tot de kernelementen van de rechtsorde.²²⁰ Daarom moet de rechter deze bepalingen altijd bewaken, ongeacht of partijen daarop een beroep hebben gedaan. De rechter kan dat alleen als hij volledig zicht krijgt op de feiten die ten grondslag liggen aan de bepaling van openbare orde. Teneinde volledig zicht te krijgen op de feiten die ten grondslag liggen aan de bepaling van openbare orde kan de rechter naar mijn opvatting in beginsel ook feitelijke informatie vergaren op internet (vooral in het kader van vragen over procesbelang). Indien hij dat doet, dan moet hij de feiten aan partijen voorleggen. Partijen moeten weten wat de (internet)bron van de kennis is. Zij moeten de juistheid en volledigheid ter discussie kunnen stellen. Op dat punt meen ik dat er geen verschil is tussen toetsing aan bepalingen van openbare orde en aanvulling van feiten (8:69 lid 3 Awb).

Een *derde vraag*, die nauw samenhangt met de twee vorige vragen, betreft de vraag naar de waardering van betrouwbaarheid van digitale bronnen. Een rechter zal, in het kader van de aanvulling van feiten, slechts kennis nemen van een digitale bron, bijvoorbeeld een internetpagina, indien hij meent dat die bron betrouwbaar is. Vervolgens zal hij (zoals hiervoor aangegeven) de kennis die hij uit die bron verkrijgt aan de partijen moeten voorleggen, zodat zij daarop kunnen reageren. Een partij zal kunnen betogen dat de bron niet betrouwbaar is, dat de door de rechter genoemde informatie onjuist is, of onvolledig is.

Ook partijen kunnen, ter onderbouwing van hun stellingen, gebruik maken van digitale bronnen, zoals internetpagina's of beeld- en geluidsmateriaal vastgelegd

216 Zie in dezelfde zin voor de civielrechtelijke vraag of het gebruik van Google Maps / Street View verenigbaar is met de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming: Siemerink 2010, p. 2648. Een andere vraag is of, en zo ja in hoeverre internetapplicaties (zoals Streetview) een betrouwbare bron van informatie zijn. Die vraag komt in het hiernavolgende aan de orde.

217 Van Buuren en Borman 2009, p. 604.

218 Een overzicht van de kwesties van openbare orde (bijvoorbeeld regels betreffende ontvankelijkheid) wordt gegeven in: Damen, Bröring et al. 2009, p. 232-234.

219 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 570. Zie ook: Schuurmans 2005, p. 238.

220 Schuurmans 2005, p. 238 en p. 60.

op een (andere) digitale gegevensdrager (bijvoorbeeld een eerder opgenomen video-film, geluidsfragment, of live driedimensionale online-beelden van een locatie).²²¹ Audiovisuele technieken zoals deze kunnen worden gebruikt voor (onder meer) het presenteren, visualiseren en contextualiseren van bewijs.²²² Nu zittingszalen in de Nederlandse gerechten worden ingericht als ‘digitale zittingszalen’²²³, inclusief een internetverbinding en grote beeldschermen zullen, in praktische termen, de mogelijkheden voor partijen groter worden om ter onderbouwing van hun stellingen digitale bronnen te presenteren. In het kader van de waardering van de bewijsmiddelen zal de betrouwbaarheid van de desbetreffende digitale bron, of bronnen, een kernvraag zijn.

Een eenvoudig voorbeeld kan dit illustreren. Een partij maakt ter onderbouwing van zijn stelling over een verkeersplein gebruik van Google Maps/Streetview om driedimensionale beelden te geven van de desbetreffende locatie. Tijdens de zitting toont hij, met behulp van de in de zittingszaal aanwezige apparatuur en internetverbinding, deze locatie vanuit verschillende invalshoeken. Aldus wordt een driedimensionaal, gedetailleerd beeld gegeven van het verkeersplein. Google Maps toont echter geen live beelden. Het toont beelden die op ‘een moment’ eerder in de tijd zijn gemaakt.

In het strafprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht is reeds uitgebreid juridisch en empirisch onderzoek gedaan naar de invloed van digitalisering op het procesrecht en in het bijzonder op het bewijsrecht.²²⁴ Onderwerpen van deze onderzoeken zijn onder meer de mogelijkheden om digitale bronnen te manipuleren en de methoden die kunnen worden gebruikt om digitale bronnen als bewijsmiddel te waarderen binnen de geldende systemen voor bewijsrecht. Ik wijs in het bijzonder op de in 2010 verschenen dissertatie *De betere byte in de strijd om het gelijk. Een onderzoek naar de betrouwbaarheid van elektronische gegevens als bewijsmiddel in het Nederlandse, Duitse, en Amerikaanse civiele recht* van Van Stekelenburg.²²⁵ Hierin heeft hij de criteria onderzocht die in voornoemde landen in wetgeving en jurisprudentie worden gehanteerd om elektronische gegevens te waarderen en een betrouwbaarheidsoordeel te kunnen geven. Naar mijn opvatting zouden zijn onderzoeksresultaten ook voor het Nederlands bestuursrechtproces als ijkpunt ter oriëntatie kunnen dienen.

221 Daarbij geldt naar mijn opvatting de regel van art. 8:58 Awb: tot tien dagen voor de zitting kunnen partijen nadere stukken indienen.

222 Zie uitgebreid over deze ontwikkeling in het strafprocesrecht: Dubelaar en Vanderveen 2009, p. 1954-1960.

223 Zie hierover: Jaarplan Rechtspraak 2010, p. 28.

224 Zie voor het civiele recht de in 2010 verschenen dissertatie: M.C. van Stekelenburg, *De betere byte in de strijd om het gelijk. Een onderzoek naar de betrouwbaarheid van elektronische gegevens als bewijsmiddel in het Nederlandse, Duitse en Amerikaanse civiele bewijsrecht*, Delft: Eburon 2010. Zie voor het strafrecht (o.m.): Dubelaar en Vanderveen 2009, p. 1954-1960; J.F. Nijboer, ‘Technologische ontwikkelingen en het strafproces – een verkenning’, *Strafblad* 2008, p. 227-241 en E.C. Wiggins, ‘The Courtroom of the Future is Here. An Introduction to Emerging Technologies in the Legal System’, *Law and Policy*, 2006 (28), nr. 2, p. 182-191.

225 Van Stekelenburg 2010.

In (onder meer) het vreemdelingenrecht worden digitale bronnen en digitale technieken voor het presenteren van bewijs reeds op grote schaal toegepast.²²⁶ Op andere gebieden van bijzonder bestuursrecht bevindt deze ontwikkeling zich nog in de beginfase. Op grond van de bovenstaande verkenning vanuit een algemeen bestuurs(proces)rechtelijk perspectief kan worden geconcludeerd dat digitale bronnen door de rechter en door de procespartijen kunnen worden gebruikt, maar dat er wel bestuursprocesrechtelijke grenzen en aandachtspunten zijn. In de komende jaren zal naar verwachting in de jurisprudentie duidelijk worden waar de grenzen voor de rechter en voor procespartijen precies liggen.

226 Een bespreking van de invloed van digitalisering op het vreemdelingenrecht en andere gebieden van bijzonder bestuursrecht valt buiten de reikwijdte van dit preadvies. Zie over de invloed van digitalisering op het vreemdelingenbeleid en het vreemdelingenrecht: H. Dijkstra en A. Meijer, *De migratiemachine. De rol van technologie in het migratiebeleid*, Amsterdam: Van Gennep 2009.

4 Overheid 2.0

4.1 Inleiding

Overheid 2.0 is in opkomst. In toenemende mate maken overheden, in Nederland en wereldwijd, bij de uitvoering van hun taken gebruik van Web. 2.0. Deze term verwijst naar een nieuwe generatie webtoepassingen die is gericht op samenwerking tussen gebruikers en het delen van inhoud (*content*) tussen gebruikers²²⁷: 'The term describes the changing trends in the use of World Wide Web technology and web design that aim to enhance creativity, communications, secure information sharing, collaboration and functionality of the web.'²²⁸ Web 2.0 toepassingen bieden overheden mogelijkheden om burgers en bedrijven op interactieve wijze te betrekken in hun beleidsontwikkeling en bij de uitoefening van andere publiekrechtelijke taken.

Deze paragraaf belicht het concept Overheid 2.0 op basis van publicaties in de bestuurskundige literatuur en analyseert nieuwe praktijkontwikkelingen. Vervolgens worden enkele bestuursrechtelijke aspecten belicht. Ten slotte komt de samenhang aan de orde tussen Overheid 2.0 enerzijds en 'toegankelijkheid van overheidsinformatie' anderzijds.

4.2 WikiGovernment – ontwikkelingen in de Verenigde Staten

In een speech voor de New America Foundation sprak Google CEO Eric Schmidt over het Amerikaanse *Peer-to-Patent* experiment (2008):

'At the Patent and Trademark Office, which is as overloaded as it has ever been, they're running a very significant experiment where they publish the patent applications early for public comment. And guess what? All the players who cared deeply about this bizarre and nerdy patent really go after it because there's no way where their patent examiners can fundamentally get all the insight that the wisdom of crowds can do.

227 A. Edwards, 'Communicatie tussen burgers en lokaal bestuur: oude en nieuwe media', *Bestuurswetenschappen*, 2010, nr. 3, p. 55. Vgl ook: V. Frissen, M. van Staden et al., *Naar een 'User generated State'? De impact van nieuwe media voor overheid en openbaar bestuur*, Delft: TNO 2008, p. 9.

228 V. Bekkers en A. Meijer, *Cocreatie in de publieke sector. Een verkennend onderzoek naar nieuwe, digitale verbindingen tussen overheid en burger*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 14.

Why is that not true for every branch of government? It makes perfect sense, use all those people who care so passionately, and who have a lot of free time, to help you.²²⁹

Dit citaat raakt de kern van WikiGovernment, in het Nederlands aangeduid als Overheid 2.0 of eParticipatie: een overheidsorgaan dat met behulp van ICT, en in het bijzonder Web 2.0 toepassingen, burgers betreft bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. In dit voorbeeld: het beslissen op patentaanvragen.

Het Peer-to-Patent project waarover Eric Schmidt sprak is van oorsprong een experiment dat begon in 2007. Nu is het een gevestigde praktijk²³⁰, waarbij burgers vanuit de gehele Verenigde Staten en daarbuiten in een digitale wiki²³¹-omgeving de US Patent and Trademark Office (USPTO) assisteren bij het beoordelen van patentaanvragen.²³² De assistentie van de deelnemers spitst zich toe op één, in de praktijk belangrijk, element van de besluitvorming inzake patentaanvragen: het onderzoek naar de vraag of er voor een patentaanvraag 'prior art' is. Prior art is (kort samengevat) een publicatie, van eerdere datum dan de patentaanvraag, die dezelfde of een vergelijkbare uitvinding beschrijft. Indien sprake is van prior art wordt niet voldaan aan de wettelijke eisen en zal een patentaanvraag worden afgewezen.

Eenieder kan deelnemen aan Peer-to-Patent. In de praktijk nemen juridische en technische experts deel: 'Anyone can join but only an expert would.'²³³ Deelnemers, allen vrijwilligers, werken in de digitale Peer-to-Peer-omgeving in teams.

De werkwijze, die illustratief is voor WikiGovernment in bredere zin, is als volgt. De USPTO uploadt een beschrijving van een patentaanvraag naar de wiki-site (op een dossier-pagina). Vervolgens zoeken de teams, op basis van literatuuronderzoek en aanvullende methoden, naar prior art. Elk teamlid kan mogelijke prior art voordragen. De teams debatteren online (op basis van juridische en technologische argumenten) over de voordrachten (submissions) en bepalen uiteindelijk gezamenlijk, door middel van stemming, welke tien submissions het meest relevant zijn voor de patentaanvraag. Deze worden doorgezonden naar de USPTO. Mede op basis van de inbreng van de Peer-to-Patent teams beoordeelt de USPTO vervolgens de patentaanvraag.

In haar boek Wikigovernment²³⁴ zet B.S. Noveck, mede-initiator van het Peer-to-Patent-project, uiteen hoe WikiGovernment het Closed Model of Decisionmaking kan doorbreken.²³⁵

229 Eric Schmidt, 'Technology, Economic Growth, and Open Government', speech voor de New America Foundation 18 november 2008, < http://www.newamerica.net/events/2008/eric_schmidt>, citaat aangehaald in: B.S. Noveck, Wikigovernment. How Technology can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful, Washington D.C.: Brookings Institutions Press, 2009, p. 15.

230 Peer-to-Patent: www.peertopatent.org/.

231 Een wiki is (web)toepassing, waarmee webdocumenten gezamenlijk kunnen worden bewerkt.

232 Zie voor een analyse van Peer-to-Patent vanuit juridisch en politologisch perspectief: Noveck 2009, p. 3-24 and p. 47-99. De nu volgende beschrijving van Peer-to-Patent is hierop gebaseerd.

233 Noveck 2009, p. 12.

234 Zie noot 229.

235 Noveck 2009, p. 25-44.

Het klassieke *Closed Model of Decisionmaking* is gebaseerd op de veronderstelling dat burgers weliswaar meningen hebben, maar zij niet de kennis en vaardigheden bezitten om weloverwogen beslissingen te nemen over complexe (beleids)vraagstukken. Uitsluitend professionele ambtenaren bezitten de expertise, onpartijdigheid, middelen, discipline en tijd om ‘public decisions’ te nemen.

In de praktijk kan dit model volgens Noveck leiden tot *the Single Point of Failure*: een overheidsfunctionaris heeft maar een beperkte tijd voor de behandeling van een dossieraanvraag en een beperkte kennis. Op ieder terrein van overheidsbesluitvorming zijn er buiten de overheidsorganisatie vele gespecialiseerde wetenschappers, juristen, ingenieurs en daarnaast leken met waardevolle inzichten en ervaringen. De overheidsfunctionaris heeft echter, in het gesloten model van besluitvorming, geen toegang tot die personen.

De kern van het model van WikiGovernment – of Overheid 2.0 – is het gebruik van ICT, en in het bijzonder Web 2.0 toepassingen, om burgers op een interactieve wijze bij de besluitvormingsprocessen van overheidsorganen te betrekken en aldus de kwaliteit van de besluitvorming te vergroten.

4.3 eParticipatie – ontwikkelingen in Nederland

Ook in de Nederlandse praktijk is Overheid 2.0 (of eParticipatie) begonnen. Een toenemend aantal bestuursorganen gebruikt Web 2.0 toepassingen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.²³⁶ Zo heeft volgens het rapport *Staat van het Bestuur 2010*²³⁷ van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in 2009-2010 19,3% van de gemeenten gebruik gemaakt van een website waarbij inwoners kunnen meebeslissen of meeontwerpen aan een ruimtelijk ontwerp, zoals bijvoorbeeld de interactieve site *De Amstel verandert* van de gemeente Amsterdam.²³⁸ Een stap verder gaat *Wijbouweenewijk.nl* van de gemeente Smallingerland, waarin burgers ideeën voor een nieuw te bouwen wijk naar voren kunnen brengen en bepaalde (door de participanten te kiezen) ideeën in de wiki-omgeving worden uitgewerkt door zogeheten plangroepen. Aan deze digitale plangroepen nemen naast burgers ook vertegenwoordigers van het gemeentebestuur (ambtenaren) deel.

Naast de activiteiten in de *digital community* worden in deze eParticipatie-projecten ook regelmatig conventionele bijeenkomsten georganiseerd, waarin de

236 Zie hierover uitgebreid: Bekkers en Meijer 2010; A. Edwards, ‘Op zoek naar de e-democratische burger’, in: J. de Haan & J. Steyaert (Eds.), *Gewoon digitaal. Jaarboek ICT en Samenleving 2007*, Amsterdam: Boom 2007, p. 140-169; Edwards 2010, p. 46-60; A. Meijer, V. Homburg en V. Bekkers, *Toezicht 2.0. Onderzoek naar toezicht, transparantie, burgers en compliance in het informatietijdperk*, Den Haag: Alliantie ICT en Vitaal Bestuur 2007; M. Dinjens, *Burgerparticipatie in de lokale politiek. Een inventarisatie van gemeentelijk beleid en activiteiten op het gebied van burgerparticipatie*, Amsterdam: Instituut voor Publiek en Politiek 2010.

237 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Staat van het Bestuur 2010*, Den Haag 2010, p. 96.

238 www.deamstelverandert.nl/. Het doel van deze interactieve site is om met alle betrokkenen te komen tot een opdrachtformulering voor het masterplan Amsteloevers. Zie over deze doelstelling en de werkwijze: www.politiekonline.nl/portfolio/case/27/15/de_amstel_verandert.

conceptplannen *face-to-face* worden besproken en door eenieder mondeling commentaar en input kan worden gegeven.²³⁹

Voorts gebruiken overheden Web 2.0 toepassingen bij de ontwikkeling van beleid (waarbij burgers in een wiki-omgeving input leveren voor beleidsnota's)²⁴⁰ en in het kader van handhaving en toezicht (waarbij burgers online overtredingen kunnen melden bij een toezichthouder²⁴¹ en de toezichthouder burgers actief betreft bij de uitoefening van zijn bevoegdheden²⁴²).²⁴³

Er zijn verschillende *gradaties* van de mate waarin burgers via Web 2.0 toepassingen (verder: eParticipatie) de besluitvorming van een overheidsorgaan beïnvloeden. In de bestuurskundige literatuur worden de volgende zes oplopende gradaties onderscheiden: 1) Informeren, 2) Raadplegen, 3) Debat, 4) Meebepalen van de agenda, 5) Coproductie (burgers schrijven op interactieve wijze mee aan concepten of ontwerpen) en 6) Meebeslissen.²⁴⁴

Voorts kunnen verschillende *motieven* voor (het opzetten van, respectievelijk deelnemen aan) eParticipatie worden onderscheiden, bij zowel de overheid als de burger.²⁴⁵

Een eerste hoofdmotief voor overheden is *kwaliteitsverbetering*. Hierbij gaat het onder meer om het verkrijgen van toegang tot kennis van experts op gebieden waarbij de expertise van de overheid beperkt is (zoals in par. 4.2 werd beschreven in de casus *Peer-to-Patent* in de Verenigde Staten). Daarnaast wordt met eParticipatie gestreefd naar inhoudelijke verrijking: door diverse burgers en organisaties op interactieve wijze (in een wiki-omgeving) te laten deelnemen aan beleidsontwikkeling, neemt de diversiteit aan ideeën en het aanbod aan mogelijke oplossingen toe. Web 2.0 toepassingen bieden voorts nieuwe mogelijkheden voor overheden om

239 De uitkomsten van dit proces vormen in Smallerland de basis voor het, dit jaar (2011) op te stellen, ontwerp-ruimtelijk plan voor de wijk. Bron: interview met de ambtelijk projectleider van Wijbouweenewijk.nl, 7 februari 2011.

240 Zie bijvoorbeeld de website *Boskoop Actief*, www.boskoopactief.nl, waarin burgers op een interactieve wijze input konden leveren aan de beleidsontwikkeling voor de thema's 'Jeugd', '55+' en 'Cultuur'. Doelstellingen en resultaten in de periode 2008-2010 zijn opgenomen in de *Evaluatie Burgerparticipatie Boskoop 2008-2010*, gepubliceerd op www.boskoop.nl. Vgl. ook www.amsterdamopent.nl, van de gemeente Amsterdam, waarop burgers op interactieve wijze input kunnen leveren voor beleidsvraagstukken (bijvoorbeeld Fietsparkeren), alsmede de tussentijdse evaluatie hiervan: *Proeftuin Amsterdam Opent. Resultaten. Leerpunten en Toekomstvisie*, mei 2010, gepubliceerd op www.amsterdam.nl.

241 Zie bijvoorbeeld de *Consuwijzer*, www.consuwijzer.nl waarop burgers (o.m.) klachten kunnen indienen en overtredingen kunnen melden. Consuwijzer is een samenwerkingsverband tussen de Consumentenautoriteit (CA), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA).

242 Zie voor een empirische studie naar Toezicht 1.0 en Toezicht 2.0 in Nederland en enkele andere Europese landen (waaronder het gebruik van internet bij toezicht door de Voedsel- en Warenautoriteit (VWA), de Onderwijsinspectie en de afdeling Handhaving en Monitoring van de Provincie Limburg): Meijer, Homburg en Bekkers 2007.

243 Vgl in dit kader ook: Internetconsultatie bij wetgeving, www.internetconsultatie.nl. Zie uitgebreid over de doelstellingen en tussentijdse evaluatie hiervan: *Kamerstukken II 2009/10*, 29 279, nr. 114, p. 1-7.

244 Edwards 2007, p. 150 en 156-161; Bekkers en Meijer 2010, p. 21-23.

245 Bekkers en Meijer 2010, p. 23-26; Frissen, Van Staden et al. 2008, p. 26-28.

specifieke groepen burgers te bereiken die anders niet aan de beleidsvorming deelnemen.²⁴⁶

Een tweede hoofdmotief voor overheden is het vergroten van de legitimiteit van beleid. eParticipatie kan ertoe leiden dat de overheid responsiever wordt en zich meer bewust wordt van de wensen en voorkeuren die binnen de samenleving leven ten aanzien van bepaalde vraagstukken en ontwikkelingen.²⁴⁷

Een grotere responsiviteit voor wat er in de samenleving speelt zou de gepercipieerde kloof tussen burgers enerzijds en politici anderzijds kunnen overbruggen, of althans verkleinen.²⁴⁸ In dit kader wijs ik op een artikel²⁴⁹ van Van Male waarin deze een denkrichting aangeeft voor het breken met de door hem beschreven verharding²⁵⁰ van het klimaat in de verhoudingen tussen bestuursorganen en burgers. Van Male stelt: 'Waar het gaat om het breken met de verharding van het klimaat, dient vooraan te worden begonnen, dus bij de voorbereiding van besluiten. Daar waar mogelijk dient de belanghebbende burger reeds in die fase als cliënt en niet als potentiële fraudeur bij de voorbereiding te worden betrokken.' Kenmerkend voor eParticipatie is juist dat burgers in een vroege fase bij de besluitvorming worden betrokken en op een interactieve wijze²⁵¹ – binnen door het bestuursorgaan aangegeven kaders – input kunnen leveren. Dit kan bijdragen aan het versterken van het draagvlak voor het, uiteindelijk door het bestuursorgaan zelf vast te stellen, beleid.

Uit evaluaties²⁵² van tot nu toe gehouden eParticipatie-projecten komt naar voren dat het van belang is de twee hiervoor genoemde hoofdmotieven voor de overheid – 'kwaliteitsverbetering' of 'vergroten van de legitimiteit van beleid' – nadrukkelijk van elkaar te onderscheiden. Ook is het volgens deze evaluatierapporten van belang het motief van het bestuursorgaan duidelijk aan burgers te communiceren.²⁵³

Bij burgers kunnen drie hoofdmotieven voor deelname aan eParticipatie worden onderscheiden:²⁵⁴ ten eerste het publiek belang dienen, ten tweede een groepsbelang dienen, en ten derde een individueel belang dienen.

246 Bekkers en Meijer 2010, p. 24.

247 Bekkers en Meijer 2010, p. 24.

248 Vgl. J. Koppenjan en E.H. Klijn, *Managing Uncertainties in Networks*, London/New York: Sage 2004, p. 66; Bekkers en Meijer 2010, p. 24.

249 R.M. van Male, 'Besturen aan de keukentafel', NTB 2009, nr. 4, p. 81-82.

250 Deze verharding van het klimaat werd reeds in 2007 aan de orde gesteld in het *Jaarverslag 2007* van de Nationale ombudsman, gepubliceerd op www.nationaleombudsman.nl. Zie over de verharding van het klimaat en over oplossingsrichtingen om deze te doorbreken ook: R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', NTB 2009, nr. 9, p. 271-272.

251 Zie ook over de mogelijkheden van interactiviteit: N.S.J. Koeman, 'De digitale burger', NTB 2009, nr. 8, p. 238-239.

252 Zie onder meer de in noot 240 genoemde evaluatierapporten van *Boskoop Actiefen Amsterdam* open.

253 Dit hangt samen met de motiveringseisen ten aanzien van het uiteindelijk te nemen besluit. Dit aspect komt aan de orde in par. 4.4.

254 Zie uitgebreid over motieven van burgers om deel te nemen aan eParticipatie: Frissen, Van Staden et al. 2008, p. 27-29, Bekkers en Meijer 2010, p. 25-26 en J. Alford, *Engaging Public Sector Clients. From Service-Delivery to CoProduction*, Houndmills/Basingstoke: Palgrave MacMillan 2009.

4.4 Een algemeen bestuursrechtelijk perspectief

Bezien vanuit bestuursrechtelijk perspectief zijn er zowel kansen als aandachtspunten bij eParticipatie. Vanuit een algemeen bestuursrechtelijke invalshoek kunnen, verkennend, de volgende opmerkingen worden gemaakt.

Ten eerste: de Awb en de (geschreven en ongeschreven) beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de digitale wereld evenzeer van toepassing als in de offline wereld.²⁵⁵ De Awb is van toepassing op handelen van bestuursorganen, ongeacht de vraag met behulp van welk medium het bestuursorgaan communiceert. In de praktijk, zoals omschreven in par. 4.3, participeren ambtenaren namens een bestuursorgaan (bijvoorbeeld het college van burgemeester en wethouders) in de door het bestuursorgaan opgezette wiki-omgeving.

Deze ambtenaren vervullen in deze digitale omgeving dikwijls de rol van ‘moderator’:²⁵⁶ zij zijn dagelijks online, beantwoorden in de wiki-omgeving vragen van burgers, nemen deel aan online debatten, participeren in ‘plangroepen’ bestaande uit burgers en ambtenaren, en geven aan welke door burgers voorgestelde ideeën, of door hen geformuleerde concept-teksten wel, en welke niet, voldoen aan de doelstellingen die het bestuursorgaan met het eParticipatieproject beoogt te bereiken en aan de (wettelijke, budgettaire of andere) randvoorwaarden die bij het besluitvormingsproces in acht moeten worden genomen.

Deze ambtenaren vertegenwoordigen in de wiki-omgeving het bestuursorgaan. Op het handelen van deze ambtenaren in de wiki-omgeving zijn derhalve de Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. In de praktijk participeren ambtenaren in de wiki-omgeving onder hun eigen naam gecombineerd met een aanduiding van hun functie (de combinatie van naam en functie wordt weergegeven boven elk ‘bericht’ dat de ambtenaar in de wiki-omgeving plaatst). Aldus is voor alle participanten aan de wiki-omgeving duidelijk wie burger is, en wie ambtenaar.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat eParticipatie, en in het bijzonder een wiki-omgeving, voor een bestuursorgaan een (extra) instrument kan zijn om, in het kader van de voorbereiding van een besluit, ‘de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen’ te vergaren (art. 3:2 Awb). Hierbij moeten wel nuancerende kanttekeningen worden geplaatst. Het gaat bij art. 3:2 Awb om het vergaren van kennis over de belangen die krachtens wettelijk voorschrift betrokken zijn. De vraag of een belang al dan niet mag meewegen in de belangenafweging, is een zaak van interpretatie van de wettelijke regeling in kwestie of (bij ontbreken van een wettelijke regeling) van de aard en strekking van de bevoegdheid zelf.²⁵⁷ Niet

255 Zie hierover ook, met betrekking tot weblogs: A. Klingenberg, ‘Webloggende politici en bestuurders’, NJB 2005, afl. 24, p. 1239-1240.

256 Zie over de rol van ambtenaar in de wiki-omgeving onder meer de in voetnoot 240 genoemde evaluatierapporten van *Boskoop Actief* en *Amsterdamopent* en de toelichting bij de website www.wijbouweneenwijk.nl.

257 Memorie van toelichting bij art. 3:2 lid 1 Awb, waarin, voor de nadere bepaling van de kring van betrokken belangen wordt verwezen naar de toelichting bij art. 3:4 lid 1 Awb: *Kamerstukken II 1997/98*, 21 221, nr. 3.

alle 'input', visies en meningen die in het kader van eParticipatie in een wiki-omgeving door burgers worden ingebracht, zijn belangen waarover het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb kennis moet vergaren. In de daaropvolgende fase van de belangenafweging (art. 3:4 Awb) zal het bestuursorgaan slechts die belangen mogen meewegen die krachtens wettelijk voorschrift betrokken zijn.

In de praktijk hanteren bestuursorganen die gebruik maken van eParticipatiesites dikwijls twee, van elkaar te onderscheiden, fasen van voorbereiding.²⁵⁸ In fase 1 vindt de eParticipatie plaats, waarbij het hoofdmotief 'inhoudelijke verrijking' (gecombineerd met verkrijgen van toegang tot kennis van burgers) is. In die fase, waaraan eenieder kan deelnemen, kunnen burgers via de digitale wiki-omgeving (en in de aanvullende *face-to-face* bijeenkomsten) ideeën aandragen, hun visies naar voren brengen, debatteren en meeschrijven aan ontwerp-teksten en -tekeningen. Fase 1 leidt tot een, door de *digital community* samen met de ambtenaren opgesteld 'startdocument' (bijvoorbeeld concept-beleidsnota of concept voor een ontwerp-bestemmingsplan). Vervolgens begint fase 2, waarin de formele voorbereiding van het besluit plaats vindt, met inachtneming van de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen van de bijzondere wet en de Awb, waaronder artikel 3:2 Awb. In deze tweede fase wordt, op conventionele wijze, kennis vergaard omtrent de feiten (waarbij in de eerste fase opgedane kennis omtrent de feiten mede kan worden gebruikt) en de *af te wegen* belangen (waarbij ook in de eerste fase opgedane kennis, voor zover die betrekking heeft op af te wegen belangen, mede kan worden gebruikt). Vervolgens weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de betrokken bevoegdheid een beperking voortvloeit (art. 3:4 lid 1 Awb).

Ten aanzien van het motiveringsbeginsel (art. 3:46 e.v. Awb) kan het volgende worden opgemerkt. Uit interviews met vertegenwoordigers van bestuursorganen²⁵⁹ komt naar voren dat bestuursorganen, met het oog op het motiveringsbeginsel, ten tijde van de eerste fase (de eParticipatiefase) burgers nadrukkelijk informeren omtrent het motief van het bestuursorgaan om eParticipatie toe te passen en welke (uit de wet voortvloeiende en budgettaire) randvoorwaarden van toepassing zijn. Indien het motief 'kwaliteitsverrijking' is, en niet 'vergaren van kennis omtrent af te wegen belangen', wordt dit in de wiki-omgeving expliciet door de deelnemende ambtenaren aangegeven. Naar mijn opvatting brengt het motiveringsbeginsel met zich mee dat een bestuursorgaan, indien het bij de voorbereiding van een besluit gebruik heeft gemaakt van eParticipatie, in de motivering van het besluit wel dient in te gaan op de eParticipatie-fase. Daarin kan een bestuursorgaan door verwijzing naar de eerder bekendgemaakte 'motieven en randvoorwaarden voor eParticipatie' aangeven waarom het besluit afwijkt van een door een *digital community* voorgesteld concept-besluit. Het in het geheel niet noemen van de (uitkomsten van) de

258 Bronnen: interviews met de ambtelijk projectleider van Boskoop Actief, 17 januari 2011, met de ambtelijk projectleider van Amsterdamopent.nl, 21 januari 2011 en met de ambtelijk projectleider van Wijkbouweneenwijk (gemeente Smalingerland), 7 februari 2011.

259 Zie noot 258.

eParticipatiefase in de motivering bij het besluit zou naar mijn opvatting niet in overeenstemming zijn met de eis van een deugdelijke motivering.

Bij het vertrouwensbeginsel, ten slotte, is een praktisch aandachtspunt dat bij eParticipatie de contacten van ambtenaren met burgers in de digitale wiki-omgeving dikwijls anders van aard zijn dan in de offline wereld. Dit hangt samen met de aard van het medium (de wiki-omgeving of andere Web 2.0 applicatie) en de dikwijls intensieve en informele wijze waarop burgers en ambtenaren daarin met elkaar communiceren. In het vorenstaande werd reeds aangegeven dat de beginselen van behoorlijk bestuur in een digitale omgeving evenzeer van toepassing zijn als in de offline wereld. Indien een ambtenaar, in het kader van eParticipatie, in een wiki-omgeving namens het bestuursorgaan tegenover een burger een toezegging zou doen, en in casu zou worden voldaan aan de op grond van de jurisprudentie geldende elementen van het vertrouwensbeginsel,²⁶⁰ zou een beroep op het vertrouwensbeginsel slagen.

4.5 Overheid 2.0 en toegankelijkheid van overheidsinformatie

Ter afsluiting van deze paragraaf belicht ik de relatie tussen Overheid 2.0 (eParticipatie) enerzijds en toegang tot, en toegankelijkheid van, bestuursinformatie anderzijds. De essentie van Overheid 2.0 is burgers met behulp van Web 2.0 applicaties te betrekken bij de voorbereiding van overheidsbesluiten, in het bijzonder besluiten van bestuursorganen. Om daadwerkelijk te kunnen participeren hebben burgers bestuursinformatie nodig. De memorie van toelichting bij de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) stelde reeds in 1987: 'Bij de beleidsvoorbereiding dient de informatieverstrekking van overheidszijde gericht te zijn op een zo goed mogelijke participatie van de samenleving in de besluitvorming. Zowel de kwaliteit van de besluitvorming als de herkenbaarheid van het beleid kunnen daardoor worden versterkt.'²⁶¹ Vertaald naar de beginnende praktijk van Overheid 2.0 in het huidige tijdvak betekent dit: participatie in beleidsvoorbereiding door burgers via wiki-omgeving of andere weg vereist dat burgers in staat worden gesteld kennis te nemen van bestuursinformatie over het betreffende (beleids)vraagstuk.

Ingevolge artikel 8 lid 1 Wet openbaarheid van bestuur (Wob) verschaft het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. Ingevolge het tweede lid van artikel 8 draagt het bestuursorgaan er zorg voor dat de informatie wordt verschaft in begrijpelijke vorm, op zodanige wijze dat belanghebbende en belangstellende burgers zoveel mogelijk worden bereikt en op zodanige tijdstippen dat deze

²⁶⁰ Zie hierover: Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 326-333.

²⁶¹ Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 29.

hun inzichten tijdig ter kennis van het bestuursorgaan kunnen brengen. De uitzonderingsgronden en beperkingen van artikel 10 en 11 Wob zijn van toepassing.²⁶²

eParticipatie betekent letterlijk: deelnemen langs elektronische weg. Uit evaluaties van eParticipatie-projecten uit de periode 2008-2010 komt naar voren dat actief informatie delen in de praktijk een kernelement vormt van eParticipatie.²⁶³ De ambtelijk projectleider van het eParticipatieproject Wijbouwenenewijk.nl van de gemeente Smallingerland formuleerde het aldus: 'Een voorwaarde voor een project zoals dit is dat de gemeente echt alles publiceert. Alle informatie met betrekking tot dit project die wij zelf hebben, staat op de site.'²⁶⁴

Als gevolg van de ontwikkelingen in de ICT kan de overheid veel meer informatie toegankelijk (vindbaar, bruikbaar, begrijpelijk) maken dan voorheen.²⁶⁵ Naar mijn opvatting zou thans het uitgangspunt moeten zijn dat een bestuursorgaan bestuursinformatie zoveel mogelijk uit *eigen beweging* verstrekt.²⁶⁶ Artikel 8 lid 1 Wob geeft aan dat het bestuursorgaan informatie over het beleid, de voorbereiding daarvoor begrepen, verschaft 'zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering'. Dit betreft een instructienorm: anders dan in geval van een verzoek krachtens artikel 3 Wob kunnen burgers een bestuursorgaan niet rechtens tot nakoming van dit voorschrift verplichten. In mijn visie biedt artikel 8 bestuursorganen echter vooral een kans om relevante bestuursinformatie met burgers te delen. eParticipatie en actieve openbaarheid zijn twee zijden van één medaille. Indien eParticipatie wordt gecombineerd met daadwerkelijk actieve openbaarheid van bestuursinformatie kan het doel worden bereikt dat de wetgever blijkens de memorie van toelichting²⁶⁷ reeds in 1987 voor ogen had: 'Zowel de kwaliteit van de besluitvorming als de herkenbaarheid van het beleid kunnen daardoor worden versterkt.'

262 ABRvS 31 mei 2006, AB 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk, JB 2006, 218, m.nt. M.O-V. Daalder leidt de toepasselijkheid van artikel 10 en 11 bij actieve openbaarheid af uit art. 2 Wob: E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grenslak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 151.

263 Dit blijkt uit de in noot 240 genoemde evaluatierapporten van *Amsterdamopent* en *Boskoop Actief* en kwam naar voren in interviews met de ambtelijk projectleider van *Wijbouwenenewijk* (gemeente Smallingerland), 7 februari 2011, de ambtelijk projectleider van *Boskoop Actief*, 17 januari 2011 en de ambtelijk projectleider van *Amsterdamopent.nl*, 21 januari 2011.

264 Interview 7 februari 2011.

265 Van der Hof, Cuijpers et al. 2006, p. 139 en p. 41. Zie voor uitgebreide analyses van de relatie tussen ICT en toegankelijkheid van overheidsinformatie: Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk, *Grondrechten in het digitale tijdperk*, Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr.1, bijlage 1, p. 171-194; S. van der Hof et al., *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2004.

266 Zie ook in deze zin: F.J. van Ommeren, 'Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht', in: C.W. Noorlander e.a. (red.), *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21e eeuw*, Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2008, p. 234. Van Ommeren bespreekt dit uitgangspunt in het kader van een beschouwing over de gebonden keuzevrijheid van de burger in de moderne democratische rechtsstaat.

267 Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 29.

5 Afsluiting

Met dit preadvies heb ik beoogd de recente bestuursrechtelijke ontwikkelingen ten aanzien van elektronische communicatie met de overheid te duiden. Daarbij heb ik mij toegespitst op drie dimensies waarbij in het bijzonder vragen van algemeen bestuursrechtelijke aard rijzen: elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen, elektronisch procederen bij de bestuursrechter en ontwikkelingen rondom Overheid 2.0. In deze slotparagraaf worden enkele hoofdpunten samengebracht en conclusies getrokken.

Een eerste hoofdpunt betreft de vraag of de burger een vrije keuze heeft over de wijze waarop hij met bestuursorganen, en in bredere zin overheidsorganen, communiceert. Thans, zeven jaar na de inwerkingtreding van de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, geldt als hoofdregel nog steeds het beginsel van nevenschikking in beperkte vorm: de burger heeft een keuze tussen elektronisch en papieren verkeer, voor zover het bestuursorgaan beide wegen heeft opengesteld. Voor zover het bestuursorgaan de elektronische weg niet heeft opengesteld, heeft de burger geen keuze (art. 2:15 lid 1 Awb). In dat geval staat alleen de conventionele, papieren weg open.

Uit de in dit preadvies belichte jurisprudentie komt voorts naar voren dat bestuursorganen, voor zover zij de elektronische weg wel openstellen, dit ‘per berichtencategorie’ kunnen doen. Vanuit het perspectief van een burger die langs elektronische weg wenst te communiceren is dit ongewenst: hij dient voor elk bestuursorgaan afzonderlijk na te gaan of de elektronische weg openstaat, en zo ja, voor welke berichtencategorieën wel, en voor welke categorieën niet. Hoe hij dat kan nagaan, is in de praktijk bovendien niet altijd duidelijk.

Naar mijn opvatting sluit deze wetgeving en jurisprudentie niet meer aan bij de huidige maatschappelijke werkelijkheid, waarin e-mail en andere elektronische communicatiemiddelen gangbaar zijn geworden. Gelet hierop stel ik in dit preadvies voor een wetwijziging voor te bereiden ertoe strekkende dat artikel 2:15 lid 1 eerste volzin Awb vervalt. Dan zal, als hoofdregel, sprake zijn van daadwerkelijke nevenschikking, in de zin dat burgers, voor het verrichten van rechtshandelingen en voor ander berichtenverkeer met de overheid, kunnen kiezen voor de communicatiewijze die bij hen past: op papier of juist digitaal.

In dit kader wijs ik op een spanning tussen enerzijds de overheid die (nu nog) in een aantal situaties burgers geen ruimte laat voor elektronische communicatie en anderzijds diezelfde overheid die burgers juist dwingt om langs elektronische weg te communiceren, in het bijzonder ook voor het verrichten van rechtshandelingen. In dit preadvies zijn enkele wetten en een wetsvoorstel belicht, waarin de overheid, in afwijking van het uitgangspunt van artikel 2:14 lid 1 Awb, elektronisch berichtenverkeer aan burgers (en aan rechtspersonen) oplegt. Naar mijn opvatting is het niet verdedigbaar dat de overheid bij de uitvoering van een aantal wetten digitaal

verkeer verplicht stelt, wanneer het tegelijkertijd bij de uitvoering van andere wetten en regelingen burgers geen ruimte laat om te kiezen voor elektronisch verkeer.

Er is veel diversiteit onder burgers, en tussen groepen van burgers, in de mate waarin zij digitale vaardigheden hebben en ten aanzien van hun voorkeur om elektronisch of juist op papier te communiceren. In dit preadvies zijn, in aansluiting bij publicaties in de bestuurskundige literatuur, de concepten *Digital Native* en *Digital Immigrant* belicht. Indien overheidsorganen geen aandacht hebben voor de vernoemde diversiteit, rijst het beeld van een overheid op afstand, een ontoegankelijke overheid.²⁶⁸ Een overheid ook die in haar communicatie geen maatwerk verricht maar burgers een keurslijf opdringt. Uit de besproken wetgeving, jurisprudentie en praktijkontwikkelingen komt het beeld naar voren van een overheid die soms wel, maar soms ook geen rekening houdt met de diversiteit in digitale vaardigheden tussen burgers en de diversiteit in voorkeuren voor de communicatiewijze. In mijn visie zal in de komende jaren voor wetgevers, bestuursorganen en bestuursrechters een belangrijk aandachtspunt dienen te zijn zoveel mogelijk rekening te houden met deze diversiteit.

Een tweede hoofdpunt betreft de kansen die ICT in het bestuursrecht kan bieden. In dit preadvies is een aantal voorbeelden daarvan geanalyseerd, zowel in de bestuurspraktijk als in de rechtspraak. De meest in het oog springende, en naar mijn opvatting ook meest vernieuwende, ontwikkeling betreft de beginnende praktijk van Overheid 2.0 (eParticipatie). In paragraaf 4 zijn, aansluitend bij publicaties in de bestuurskundige literatuur, recente praktijkontwikkelingen beschreven en vanuit bestuursrechtelijk perspectief belicht. Uit deze analyse komt naar voren dat bestuursorganen in toenemende mate Web 2.0 toepassingen gebruiken om burgers te betrekken bij de voorbereiding van besluiten, in het bijzonder in het kader van beleidsvoorbereiding en in het kader van de voorbereiding voor ruimtelijke plannen. Op grond van de in paragraaf 4 gemaakte analyse kan de conclusie worden getrokken dat eParticipatie overheden daadwerkelijke kansen biedt om de kwaliteit van de besluitvorming te verbeteren. Daarnaast kan eParticipatie onder omstandigheden bijdragen aan het vergroten van de legitimiteit van beleid. Voor burgers biedt eParticipatie een kans om in een vroege fase bij de beleidsvorming te worden betrokken en daaraan op actieve wijze bijdragen te leveren.

Andere in dit preadvies beschreven kansen die ICT kan bieden zijn de mogelijkheden van elektronisch beroep en elektronisch procederen bij de bestuursrechter, alsmede de mogelijkheden die ICT biedt om de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken te vergroten. De beschreven ontwikkelingen op het gebied van rechtspraak en digitalisering bevinden zich nog in de beginfase. Het ligt in de lijn der

268 Vgl: R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', NTB 2009, p. 271: '[H]et kan wel eens zo zijn dat we [...] juist door alle elektronische dienstverlening óók te maken krijgen met een meer anonieme en verder van de burger staande overheid.' Zie ook, over de overheid die als gevolg van digitalisering voor de burger steeds meer afstand neemt: J.E.J. Prins, 'Technocratie en de toekomstagenda van de Nationale ombudsman', in: Nationale ombudsman, *Werken aan behoorlijkheid. De Nationale ombudsman in zijn context*, p. 127 e.v. en R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid', *Gst.* 2010, No. 7343, p. 518-519.

verwachting dat de verdere ontwikkelingen op het gebied van ICT in de komende jaren kansen zullen bieden voor verbetering van (o.m.) de toegankelijkheid van de bestuursrechter, maar ook zullen leiden tot steeds weer nieuwe bestuursrechtelijke en bestuursprocesrechtelijke vragen en aandachtspunten. In dit preadvies zijn enkele recent gerezen nieuwe vragen verkend en denkrichtingen voorgesteld.

Het derde punt betreft het belang van het in acht nemen van de eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid in de communicatie tussen overheden en burgers. Deze eisen, die gelden krachtens artikel 2:14 en 2:15 Awb, vormen kernelementen van het normatief kader voor zowel het elektronisch berichtenverkeer met bestuursorganen als het elektronisch berichtenverkeer met de bestuursrechter. In dit preadvies is, aansluitend bij publicaties van Franken²⁶⁹, Overkleef-Verburg²⁷⁰ en Klingenberg²⁷¹, getracht te duiden welke inkleuring deze open normen krijgen wanneer zij worden toegepast in de praktijk. Op grond van de analyse van jurisprudentie- en praktijkontwikkelingen kan worden geconcludeerd dat de grootste uitdaging voor bestuursorganen en voor gerechten is om, in een continu veranderende digitale omgeving, permanent aan de wettelijke eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid, en in het bijzonder ook aan de daarvan afgeleide eisen van beschikbaarheid, integriteit en transparantie te voldoen.

Ten aanzien van één vorm van 'elektronisch berichtenverkeer', videoconferentie, heb ik betoogd dat het wenselijk is nadere regels te stellen. De strekking van die regels zou mijns inziens niet moeten zijn af te wijken van de hoofdregel dat 'horen per videoconferentie' alleen plaatsvindt met instemming van de te horen persoon. Een videoconferentie biedt burgers namelijk (nog) niet dezelfde beleving als gehoord worden door een rechter in persoon. Het doel van de vast te stellen nadere regels zou moeten zijn duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden over de vraag aan welke kwaliteitseisen de beeld- en geluidverbinding moet voldoen. Aldus kan voor videoconferentie een nadere inkleuring worden gegeven aan de eis van betrouwbaarheid die op grond van artikel 2:14 lid 3 Awb geldt.

Het vierde punt, ten slotte, ziet op de interpretatie van wettelijke termen en concepten die hun oorsprong vinden in het papieren tijdperk en nu in een digitale omgeving dienen te worden toegepast. Steeds is dan de vraag of regeling door de wetgever wenselijk is, dan wel de interpretatie van de term plaats kan vinden in de jurisprudentie.

Reeds in 2001 rees de vraag of het, gelet op de ontwikkelingen op het gebied van digitalisering, wenselijk was een bepaling inzake de uitleg van de term 'schriftelijk' op te nemen in de Awb.²⁷² Er bestond in die tijd rechtsonzekerheid over de vraag of onder schriftelijk uitsluitend 'vastlegging op papier' of ook 'elektronisch' kon

269 Franken 1993.

270 Overkleef-Verburg 2008.

271 Klingenberg 2011.

272 In rechtsstelsels van andere Europese landen, onder meer Noorwegen, is daarvoor gekozen. Zie hierover: J.E.J. Prins, M.M. Eifert, C. Giroto, M.M. Groothuis en W.J.M. Voermans, *E-Government and its Implications for Administrative Law. Regulatory Initiatives in France, Germany, Norway and the United States*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2002, p. 76-77.

worden verstaan. De Awb-wetgever heeft ervoor gekozen in de memorie van toelichting²⁷³ bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer aan te geven dat bij de term 'schriftelijk' is gekozen voor een ruime, dynamische uitleg, waarbij onder schriftelijk naast vastlegging op papier ook vastlegging op een digitale gegevensdrager wordt verstaan. Invulling van de term schriftelijk in de jurisprudentie was daarmee niet meer nodig.

Ook thans zijn er actuele vragen rondom de interpretatie van wettelijke termen in een digitale omgeving. In dit preadvies zijn enkele van deze vragen belicht. Ten eerste is in de praktijk de vraag gerezen of in de Awb onder 'verzenden' of 'toezending' ook kan worden verstaan: het, door een bestuursorgaan of door een gerecht, 'klaarzetten' van een bestand (bericht) in een beveiligde portal met notificatie per e-mail of sms aan de geadresseerde dat het bestand kan worden gedownload. In de in paragraaf 3 beschreven pilots voor digitaal procederen bij de bestuursrechter wordt de term 'verzending' in artikel 8:37 lid 2 Awb (verzending van stukken bij gewone brief) door de deelnemende gerechten aldus geïnterpreteerd dat hieraan wordt voldaan door het klaarzetten van het bestand in de beveiligde portal, gecombineerd met elektronische notificatie. Naar mijn opvatting kan die ruime interpretatie ook worden gehanteerd indien een bestuursorgaan een bericht, met notificatie, klaarzet in een beveiligde portal, mits de geadresseerde tevoren expliciet heeft ingestemd met deze vorm van verzenden.

Een tweede vraag betreft de interpretatie van de wettelijke uitdrukking 'verzending bij aangetekende brief'. Deze uitdrukking wordt in voornoemde pilots geïnterpreteerd als verzending per conventionele aangetekende brief. In België is er, anders dan in Nederland, al een wettelijke regeling inzake elektronische aangetekende verzending. In paragraaf 3 van dit preadvies heb ik betoogd dat, indien in de komende jaren ook in de Nederlandse rechtspraak behoefte zal ontstaan aan diensten voor aangetekende elektronische verzending, het wenselijk is een regeling over dit onderwerp tot stand te brengen, teneinde rechtsonzekerheid over dit onderwerp weg te nemen. De recent tot stand gebrachte Belgische wet zou daarbij een startpunt voor oriëntatie voor de Nederlandse wetgever kunnen zijn.

Op grond van het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat de wetgever, het bestuur en de bestuursrechter complementaire rollen vervullen bij de vormgeving en inkleuring van het normatief kader voor elektronische communicatie tussen overheid en burgers. De turbulente ontwikkelingen op het gebied van digitalisering zullen naar verwachting in de komende jaren aanleiding zijn voor steeds nieuwe bestuursrechtelijke vragen en aandachtspunten. Met dit preadvies heb ik getracht de huidige vraagstukken inzake elektronische communicatie in het bestuursrecht te duiden en enkele oplossingsrichtingen aan te geven voor de nabije toekomst.

273 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 6-7.

Stellingen

1. Gelet op het feit dat een deel van de Nederlandse bevolking geen of geringe internetvaardigheden heeft, dient de vrijheid van burgers om in hun communicatie met bestuursorganen te kiezen voor de ‘papieren weg’ in de Awb verankerd te blijven.
2. Het is wenselijk dat art. 2:15 lid 1, eerste zin, Awb vervalt, teneinde te bewerkstelligen dat bij alle bestuursorganen de ‘elektronische weg’ wordt opengesteld voor burgers die langs die weg wensen te communiceren.
- 3a. Het is wenselijk in afdeling 2.3 van de Awb een wettelijke grondslag te creëren voor het, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, stellen van nadere regels inzake de toepassing van videoconferentie in het bestuursrecht. Daarbij zouden regels moeten worden gesteld inzake de natuurgetrouwe weergave en kwaliteit van de beeld- en geluidsverbinding en de mogelijkheid tot het uitwisselen van stukken.

OF, ALTERNATIEF VOOR STELLING 3a:

- 3b. Het is wenselijk op grond van art. 8:40a lid 3 Awb bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen inzake de toepassing van videoconferentie bij de bestuursrechter. Daarbij zouden regels moeten worden gesteld inzake de natuurgetrouwe weergave en kwaliteit van de beeld- en geluidsverbinding en de mogelijkheid tot het uitwisselen van stukken.
4. De bestuursrechter mag internet gebruiken om de feiten aan te vullen, maar dient de gevonden informatie wel aan partijen voor te leggen en hen gelegenheid te bieden de betrouwbaarheid, juistheid en volledigheid van deze informatie ter discussie te stellen.
5. Het is wenselijk dat bij alle bestuursrechters, naast de rechtbanken ook de rechterlijke colleges rechtsprekend in hoger beroep en de Hoge Raad rechtsprekend in casatie, de weg voor het elektronisch indienen van beroepschriften wordt opengesteld.
6. De rechterlijke macht zou de toenemende mogelijkheden van ICT meer moeten benutten om uitspraken digitaal toegankelijk te maken en aldus, naast het uitspreken van het dictum van uitspraken, een aanvullende en effectieve invulling te geven aan de krachtens art. 6 lid 1 EVRM en art. 121 Gw geldende openbaarheidseis.
7. eParticipatie, in combinatie met daadwerkelijk actieve openbaarheid van bestuursinformatie, biedt kansen om de kwaliteit van besluitvorming van bestuursorganen te vergroten en het draagvlak van beleid te versterken. Om meer inzicht te verkrijgen in de mogelijkheden van eParticipatie is het wenselijk hiermee in de komende jaren op grotere schaal ervaring op te doen.

De eOverheid voorbij. Recht doen aan de digitale werkelijkheid

Prof. mr. J.E.J. Prins*

1	Inleiding: een veranderende overheid	73
2	De dienstverlenende en efficiënte overheid	76
2.1	Instrument: authentieke registraties	77
2.2	Decor: juridische randvoorwaarden voor een horizontale oriëntatie	80
2.3	Consequenties: veranderende posities en nieuwe kwetsbaarheden	81
3	De zorgende en bezorgde overheid	85
3.1	Instrument: verwijzindex risicojongeren	86
3.2	Decor: wetgeving als sluitstuk	89
3.3	Consequenties: beelden van burgers	91
4	De controlerende en risicoloze overheid	96
4.1	Instrument: veelzijdige camera's	97
4.2	Decor: diffuse grenzen	99
4.3	Consequenties: duurzaamheid maar ook vergetelheid vergeten	100
5	Hoe verder?	103
5.1	Identiteit als gegeven	106
5.2	Maatvoering bij een kwalitatief andere stap	108
5.3	Verbonden verantwoordelijkheid	110
6	Ten slotte	114
	Stellingen	115

* Corien Prins is raadslid bij de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) en hoogleraar aan het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Universiteit van Tilburg.

I Inleiding: een veranderende overheid

Technologie is alom aanwezig. Wie op straat, in de trein, op het werk of thuis rondkijkt, weet en ervaart maar al te goed dat een enorm scala aan op technologie gebaseerde applicaties ons leven in vele opzichten beïnvloedt en ook verandert. Soms gebeurt dat geleidelijk en welhaast ongemerkt, zoals bij elektronisch bankieren. Soms ook zijn – of lijken – de gevolgen abrupt over ons heen te spoelen, zoals de gebeurtenissen rondom Wikileaks laten zien. Dit is niet anders voor de inzet van ICT bij het functioneren van onze overheid. Stap voor stap zetten overheidsinstellingen allerhande technologische toepassingen – databanken, camera's, e-mail, websites, RFID (*radio frequency identification*¹), biometrie – in bij het creëren, uitvoeren, faciliteren en handhaven van beleid. Zoals overal in onze samenleving leunt, steunt en vertrouwt ook het openbaar bestuur ten behoeve van beleid en beleidsuitvoering intensief op technologie, gedigitaliseerde gegevens en daaraan ontleende informatie en kennis.² Complexe stelselwijzigingen zoals de afhandeling van de zorgtoeslag, zouden wel eens grotendeels onmogelijk te realiseren zijn geweest zonder de ondersteuning van een bijbehorende (op technologie gebaseerde) informatie-infrastructuur en het voorhanden zijn en gebruik van grote hoeveelheden gegevens. Kortom, voor de overheid zijn de factoren technologie en informatie inmiddels zeer belangrijke zo niet dragende pijlers voor beleid en beleidsuitvoering.

Het heersende paradigma in het denken over een overheid die de nieuwe mogelijkheden van ICT ten volle benut is nog vaak dat van de eOverheid: een overheid die technologie inzet vanuit de ambitie te komen tot meer rationalisering van interne processen en een effectievere en efficiëntere dienstverlening richting burgers en bedrijven. Alhoewel de overheid ten tijde van de opkomst van ICT het nieuw verworven instrumentarium zeker ook benutte voor andere doeleinden dan dienstverlening (zoals voor veiligheid), is de discussie over de eOverheid in de jaren negentig primair gevoerd vanuit de gedachte van betere toegankelijkheid van het openbaar bestuur,

-
- 1 RFID biedt de mogelijkheid om met behulp van radiosignalen geautomatiseerd en op afstand mensen en objecten te volgen en te identificeren. RFID wordt veelal toegepast in combinatie met een (soms minuscule) chip, waarbij ook combinaties met andere technologie gefaciliteerd kunnen worden (mobiele technologie, internet en sensortechnologie).
 - 2 Wat betreft het onderscheid tussen gegevens en informatie, ga ik in dit preadvies voor de eenvoud van het betoog uit van: 'Information is data arranged in a meaningful way for some perceived purpose' (A Canhoto, J. Backhouse, 'General description of the process of behavioral profiling', in: M. Hildebrandt & S. Gutwirth (eds.) *Profiling the European citizen. Cross-disciplinary perspectives*, Belgium/Netherlands: Springer 2008, p 48).

de versterking van de kwaliteit van dienstverlening, het stimuleren van politieke en publieke participatie en het realiseren van meer efficiëntie en effectiviteit.³

Maar dit beeld is meer en meer veranderd. De aard van de relatie tussen overheid enerzijds en burgers en bedrijven anderzijds is immers langs meer lijnen te duiden dan uitsluitend die van dienstverlening. En daarmee ook blijven de kansen die technologie de overheid biedt niet beperkt tot het streven naar een optimale dienstverlenende overheid. Initiatieven als biometrie op het paspoort, de VerwijsIndex Risicjongeren (VIR), het Elektronisch Patiënten Dossier (EPD) en de inzet van steeds slimmere camera's in de publieke ruimte illustreren dat ICT ook is verbonden met de controlerende en de zorgende overheid. Zo vormt digitalisering een belangrijk wapen in de strijd tegen terrorisme, bijvoorbeeld via technieken als biometrie en data-analyse. Ook ziet de overheid het als haar taak om veiligheid actief te bevorderen door risico's te voorkomen en proactief op te treden in domeinen als jeugdzorg, gezondheidszorg en verkeer. Geavanceerde technieken als profilering en data-mining, waarover later meer, blijken hierbij cruciale instrumenten.

Kortom, wie goed naar de inzet van ICT door de overheid kijkt, ontwaart dat de aandacht naar veel meer uitgaat dan digitale dienstverlening alleen. Anders dan in de traditionele termen van de elektronische overheid (eOverheid), gaat het niet langer uitsluitend om het verbeteren, versnellen en optimaliseren van dienstverlening, maar ook om beleidsdoelstellingen op het terrein van zorg en vooral controle. Alhoewel dit niet betekent dat het paradigma van de eOverheid dient te worden losgelaten, doemt een ontwikkeling op die niet langer past in het dominante beeld dat veelal van de eOverheid wordt gegeven. Dit preadvies beoogt vanuit deze observatie daarom de bredere gedaante van de elektronische overheid en haar karakteristieken te duiden. Langs de lijnen van dienstverlening (par. 2), zorg (par. 3) en controle (par. 4) schetst het de contouren van een overheid die niet alleen meer en meer bouwt en vertrouwt op digitalisering, maar ook langzaam van gedaante verandert. Voor ieder van de drie beleidsterreinen zal aan de hand van een concrete casus een initiatief (eInstrument) als illustratie worden genomen en de contouren van de daarmee verband houdende veranderingen worden geschetst. De overkoepelende veronderstelling bij het schetsen van de contouren is dat sprake is van een sluipende nieuwe dynamiek in het openbaar bestuur ten gevolge van de inzet van zowel nieuwe technologie als de welhaast oneindige hoeveelheid (beleids)informatie die daarmee kan worden gegenereerd. Over de kenmerken van deze dynamiek en de gevolgen daarvan is nog veel onduidelijk, laat staan dat we ons een idee kunnen vormen over toekomstige ontwikkelingen en implicaties. Wel lijken we de conclusie te kunnen trekken dat de overheid de complexiteit van technologie en informatiebeleid ogenschijnlijk onderschat en lang niet altijd voldoende oog heeft voor de invloed van technologie op traditionele verhoudingen binnen het openbaar bestuur, voor de implicaties aangaande kwesties als verantwoordelijkheid, coördinatie en bevoegdheden alsmede

3 Zie over deze ontwikkelingen onder meer de diverse bijdragen in de bundel onder redactie van M. Lips et al., *ict en openbaar bestuur. Implicaties en uitdagingen van technologische toepassingen voor de overheid*, Utrecht: Lemma 2005.

voor de verschillende rationaliteiten die daarbij een rol spelen. Bij elk van de drie beleidsterreinen zal ik daarom de veranderende posities en verhoudingen vanuit een concreet thema toelichten, waarbij ook de daarmee samenhangende juridische uitdagingen worden aangekaart. Paragraaf 5 vangt aan met enkele overkoepelende observaties en schetst vervolgens een drietal denkrichtingen voor het debat over noodzakelijke inhoudelijke en institutionele aanpassingen. Het preadvies rondt af met een korte conclusie.⁴

4 Overduidelijk wordt de uitbouw van de eOverheid ook gestuurd door internationale ontwikkelingen. Omwille van de ruimte heb ik ervoor gekozen het betoog vanuit de nationale dynamiek op te zetten. De observaties en denklijnen die in paragraaf 5 worden geschetst, zijn echter evenzeer van toepassing op de internationale invalshoek van de thematiek.

2 De dienstverlenende en efficiënte overheid

Het gemeentebestuur van een middelgrote stad heeft ambitieuze plannen om het stationsgebied te herzien, opnieuw in te richten en aan te passen aan de stedelijke eisen van deze tijd. Bij de voorbereiding van de plannen wil het gemeentebestuur duidelijkheid hebben over de eigendomsverhoudingen in het betreffende gebied. Een aantal gebouwen dient volgens de voorlopige plannen te verdwijnen en een aantal bedrijven zou wellicht gerealloceerd moeten worden. Op de achtergrond speelt de wens van het gemeentebestuur meer zicht en greep te krijgen op de eigendomsverhoudingen in het stationsgebied. Men heeft het vermoeden dat enkele panden in handen zijn van personen of organisaties, waar een integer gemeentebestuur liever geen zaken mee doet. Voor het antwoord op de vele uitdagingen waarvoor hij zich gesteld ziet, wil de verantwoordelijk wethouder diverse zaken nader in kaart hebben gebracht: wie bezit onroerend goed (bedrijfspannen, woningen, andere bouwwerken) in het stationsgebied en wie zijn hiervan de gebruikers (ondernemers, huurders, uitbaters)? Welke leidingen lopen er in en door het gebied en wie zijn de gebruikers van bepaalde voorzieningen, zoals taxi-standplaatsten en andere voersconcessies?

De gemeente besluit voor het beantwoorden van een deel van deze vragen diverse authentieke registraties te bevragen. Kenmerkend voor deze digitale registraties en de daarin vastgelegde basisgegevens is immers dat ze als gegarandeerd eenduidige en gezaghebbende bron van informatie dienst kunnen doen. Bovendien: als mocht blijken dat bepaalde gegevens niet kloppen, dan is er altijd een verantwoordelijke organisatie binnen de overheid aan te spreken op de mogelijke onjuistheid van deze gegevens. De gemeente ontvangt, bij wijze van spreken, met een enkele druk op de knop de vele benodigde en wettelijk gegarandeerd juiste gegevens: namen, adressen, kadastrale gegevens, eigendomsverhoudingen, basiskaartgegevens, gebouwgegevens en gegevens over bedrijven en bedrijfsleiders. De wethouder wordt inderdaad snel voorzien van een grote hoeveelheid relevante gegevens. Daarbij blijkt overigens dat een mogelijk op te kopen pand 'nader te onderzoeken eigendomsperikelen' heeft. Vervelend genoeg ligt dat pand op een voor de voorlopige plannen cruciale locatie. Verder komt terloops ook naar voren dat een aantal uitwonende studenten 'gewoon' thuis woont, wat bij de wethouder de vraag oproept of hij deze wetenschap nu ook op eigen initiatief aan instanties voor studiefinanciering moet gaan melden. Het blijkt echter niet de meest dringende vraag waar de wethouder mee achter blijft. Zo constateert hij dat in een aantal gevallen de namen van bewoners enerzijds en de bedrijfsnamen anderzijds niet overeenkomen: soms blijken de namen van eigenaar-bewoners zoals die uit de GBA komen, anders dan

die zijn aangeleverd door het Kadaster. En bij sommige bedrijven zijn de gegevens uit de adressenregistratie niet helemaal gelijk aan de adresgegevens zoals die uit het bedrijvenregister verkregen zijn. Ook is bij een bepaald pand onduidelijk hoeveel adressen dat pand (dat ene gebouw) nu werkelijk heeft. Ondanks deze verschillen – het gaat om honderden gegevens en er zijn maar een paar verschillen – is de wethouder tevreden over de verkregen gegevens. Toen er nog geen gedigitaliseerd stelsel van authentieke registraties was bleek er, om het zo maar te zeggen, geen beginnen aan om alle benodigde informatie eenvoudig en snel te verzamelen en zodoende over gegevens te beschikken die betrouwbaar genoeg zijn om te gebruiken en een zorgvuldige besluitvorming op te baseren.

2.1 Instrument: authentieke registraties

Authentieke of basisregistraties vormen een belangrijk instrument dat niet alleen gemeenten, maar ook andere uitvoerende instanties met de komst van de eOverheid in handen hebben gekregen. Het bekendste voorbeeld van een authentieke registratie is de Gemeentelijke Basisadministratie (GBA), de registratie van personen. Maar er zijn inmiddels ruim tien van dergelijke registraties, waarbij kenmerkend is dat ze gegevens bevatten die generiek binnen de overheid gebruikt kunnen worden (over burgers bedrijven, gebouwen, percelen, adressen etc).⁵ Door een aantal essentiële overheidsregistraties als *authentiek* aan te merken, wordt gegarandeerd dat er over objecten één eenduidige, gezaghebbende en wettelijk gelegitimeerde bron van informatie is die ten dienste staat van de uitvoering van overheidsbeleid.⁶ ‘In theorie is het dan altijd duidelijk waar de informatie kan worden gevonden en wie daarvoor de verantwoordelijkheid draagt. Ook is (in theorie) duidelijk voor welke doelen de informatie bruikbaar is en kan op de gevonden informatie worden vertrouwd.’⁷

Authentieke registraties worden als noodzakelijke voorwaarde gezien voor administratieve lastenverlichting, publieke dienstverlening, slagvaardig en betrouwbaar overheidshandelen, interne efficiëntie van het overheidsapparaat en de beschikbaarheid van beleidsgegevens. De authentieke registraties en daarin opgenomen gegevens zijn daarnaast dienstbaar aan uitdagingen op het vlak van handhaving, fraude- en criminaliteitsbestrijding (doordat objecten zoals personen, bedrijven

5 Het stelsel bestond in 2010 uit dertien registraties met gegevens over personen, bedrijven, gebouwen, adressen, geografie/kaarten, percelen, voertuigen en inkomens: Gemeentelijke Basisadministratie persoonsgegevens (GBA), Nieuwe Handelsregister (NHR), Basisregistratie Adressen en Gebouwen (BAG), Basisregistratie Topografie (BRT), Basisregistratie Kadaster (BRK), Basisregistratie Voertuigen (BRV), Basisregistratie lonen, arbeids- en uitkeringsverhoudingen (BLAU), Basisregistratie Inkomens (BRI), Basisregistratie onroerende Zaken (WOZ), Registratie Niet Ingezetenen (RNI), Basisregistratie Grootchalige Topografie (BGT), Basisregistratie Bodem en Ondergrond (BRO). Zie in meer detail: www.e-overheid.nl/onderwerpen/stelsel-van-basisregistraties.

6 Tweede Kamer, Actieprogramma Elektronische overheid – Nota De elektronische overheid aan het begin van de 21e eeuw, Kamerstukken II, 2000/01, 26 387, nr.9.

7 Algemene Rekenkamer, *Informatiehuishouding van het Rijk. Overzicht van een dynamisch vraagstuk, een achtergrondstudie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 18

en gebouwen uniek identificeerbaar worden) en de modernisering van de publieke dienstverlening (de zgn. één-loket-gedachte en proactieve dienstverlening). De centrale doelstelling achter al deze ambities is te komen tot gedeeld gegevensgebruik door alle overheidsinstanties. Gesproken wordt daarom over het zogenoemde stelsel van basisregistraties, waarmee wordt aangegeven dat basisregistraties zodanig juridisch, informatiekundig, technisch en organisatorisch op elkaar zijn afgestemd, dat ze overheidsbreed zijn te koppelen en te gebruiken. Ze vormen kortom de ‘ruggengraat’ van de digitale informatiehuishouding van de overheid. In de literatuur is erop gewezen dat het stelsel van basisregistraties ook een uitgelezen kans biedt voor het versterken van de positie van burgers, onder meer omdat de registraties zo kunnen worden ingericht dat burgers gemakkelijker zelf wijzigingen in deze registraties kunnen aanbrengen, aanvragen kunnen doen of bepaalde rechten kunnen claimen. Tot op heden benut de overheid dit emancipatoire potentieel van basisregistraties echter niet of nauwelijks.⁸

Toch, die digitale ruggengraat blijkt in de realiteit van alledag lang niet eenvoudig vorm te geven en al helemaal niet conform de oorspronkelijke – wettelijk vastgelegde – ambities. Per 1 juni 2010 was 11 procent van de gemeenten nog niet aangesloten op de basisadministratie personen (GBA), terwijl het gebruik hiervan al vanaf 1 januari 2010 verplicht was.⁹ Ook bleek 32 procent van de overheidsinstanties die de gegevens verplicht hebben af te nemen nog niet gereed voor de aansluiting op de ruggengraat. En alhoewel de wet eisen stelt om te garanderen dat de authentieke registraties ook daadwerkelijk de juiste gegevens bevatten¹⁰, is ook deze kwaliteit lang niet altijd gegarandeerd. Anno 2010 stond 5 procent van alle burgers op een onjuiste wijze in de GBA geregistreerd, wat heel concreet zou neerkomen op 800.000 foutief geregistreerde burgers. Ook de ‘Momentopname Kwaliteit GBA 2010’ concludeerde dat van de naam- en adresgegevens in de GBA 4,5% onjuist is, een kleine verbetering ten opzichte van de meting in 2009.¹¹ Veel van deze onjuiste registraties houden overigens verband met de problematiek waar de gemeente in de bovenstaande casus ook tegenaan liep: grote aantallen uitwonende studenten die ‘gewoon’ thuis blijken te wonen. Maar de gebrekkige kwaliteit van de gegevens heeft heel concrete gevolgen, zo blijkt uit de opstelling van de Belastingdienst bij het gebruik van de GBA als authentieke registratie. Omdat de juistheid van de GBA-gegevens niet volledig is gegarandeerd, bedong de Belastingdienst bij het ministerie van BZK ruimte om van het wettelijk verplichte gebruik van deze basisregistratie af te mogen wijken. De dienst neemt in plaats daarvan de gegevens aangeleverd door de belastingplichtige als uitgangspunt als de laatstgenoemde aangeeft dat de GBA

8 E. Boschker, P. Castenmiller & A. Zuurmond, ‘Dynamiek in de gemeentelijke basisadministratie’, in: G. Munnichs et al. (red.), *Databases. Over ict-beloftes, informatiehonger en digitale autonomie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2010, p. 97-98.

9 Tweede Kamer, *Brief inzake modernisering gba*, Kamerstukken II 2009/10, 27 859, nr. 38.

10 Zo zijn er regelingen voor het verzamelen, de koppelbaarheid en het beheer van de gegevens als ook de terugmelding als blijkt dat de gegevens niet juist zijn.

11 PriceWaterhouseCoopers, *Momentopname Kwaliteit GBA 2010*, onderzoek in opdracht van het ministerie van BZK, Den Haag 4 oktober 2010.

niet klopt.¹² Minister De Jager merkte hierover in een Algemeen Overleg met de vaste Commissie voor Financiën op: ‘Het idee achter het GBA is heel goed, maar je ziet wel dat een onderdeel van de keten waarop de Belastingdienst zelf geen grip heeft, indirect toch uitstraalt op de dienstverlening van de Belastingdienst.’¹³

Later in dit preadvies (par, 2.4) kom ik terug op het belang van kwalitatief goede (juist, actueel en volledig) registraties. Voor dit moment is vermeldenswaard dat de basisregistraties bij de vereiste juistheid, actualiteit en volledigheid uitgaan van de ‘feitelijke’ juistheid, dat wil zeggen dat het gegeven juist is in de zin van een voldoende afspiegeling van de werkelijkheid.¹⁴ Dit ‘feitelijk’ criterium kan onderscheiden worden van een meer ‘juridisch’ criterium. Bij een juridisch criterium kunnen de gegevens immers niet zozeer als juist gebruikt worden omdat ze feitelijk ook juist zijn, maar kunnen ze als juist gebruikt worden omdat juridisch geregeld is dat zulks kan. Bij een ‘juridisch’ juistheidscriterium wordt veel meer dan bij een ‘feitelijk’ juistheidscriterium uitgegaan van de ‘juistheidsfictie’. Illustratief is het al genoemde voorbeeld van de ‘uitwonende studenten’ in de GBA: een woonadres van deze personen is alleen ‘feitelijk’ juist als ze daar ook inderdaad wonen. Ten aanzien van een woonadres kan in ‘juridische’ zin van juist gesproken worden als bepaald is dat de gebruiker het adres als juist kan beschouwen (dit is thans bij het gebruik van GBA adressen voor het betekenen van stukken het geval). Of dat adres inderdaad ook het ‘echte’ woonadres is, doet dan niet zozeer ter zake. Uit dit voorbeeld blijkt wel dat het de voorkeur verdient om alleen de ‘feitelijk’ juiste gegevens ook als authentieke gegevens aan te merken. Bij authentieke gegevens gaat het immers om gegevens die overheidsbreed als juist gebruikt moeten kunnen worden. Het in ‘juridische’ zin aanmerken van gegevens als juist, kan dan voorbehouden blijven voor bepaald gegevensgebruik in specifieke gevallen. Het gehanteerde uitgangspunt betekent overigens ook dat burgers geen keuzevrijheid hebben, dat wil zeggen niet kunnen bepalen welk aspect van ‘de werkelijkheid’ zij geregistreerd wensen te hebben. Illustratief is hier de verplichte GBA-registratie van de Marokkaanse nationaliteit van een kind (ten gevolge van het feit dat de Marokkaanse wet een kind van rechtswege de Marokkaanse nationaliteit verleent, waarmee een in ons land geboren kind de dubbele nationaliteit verkrijgt). Ook in het geval dat de ouders zich tegen de registratie van de Marokkaanse nationaliteit verzetten omdat zij het kind uitsluitend onder de Nederlandse nationaliteit wensen te registreren, is de GBA-registratie van beide nationaliteiten verplicht. Mooi is hoe minister Donner het argument van feitelijke juistheid verwoordde: ‘Ook als we het niet registreren, blijft het kind de Marokkaanse nationaliteit hebben. Registratie verandert daar niets aan. Dat is een

12 Tweede Kamer, Briefinzake *modernisering gba*, Kamerstukken II, 2009/10, 27 859, nr. 30.

13 Tweede Kamer Algemeen Overleg met de vaste Commissie voor Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 31 066, nr. 95, p. 11-12.

14 ‘Uitgangspunt van de GBA is dat de gegevens in de GBA de situatie weergeven zoals die werkelijkheid is. Op het moment dat de feiten niet geregistreerd worden zoals deze werkelijk zijn, komt dit de betrouwbaarheid van de GBA niet ten goede.’ Brief van 24 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 27859, nr. 29, p. 2.

spelletje dat ik ook wel eens met mijn kleinkinderen speel, dat als ik mijn ogen dicht doe zij niet meer bestaan.¹⁵

2.2 Decor: juridische randvoorwaarden voor een horizontale oriëntatie

Met de introductie en het toepassen van authentieke registraties lag natuurlijk de vraag op tafel hoe deze digitale ambitie op een juridisch zorgvuldige manier vorm moest worden gegeven, juist omdat het hier gaat om een structurele verandering van de wijze waarop de gegevenshuishouding van de overheid is georganiseerd. Ons bestuurlijk stelsel kenmerkt zich door ‘verticale sturing’ met eigen ministers voor sectoren, met eigen ‘wets-families’ en geen afzonderlijke informatiewetten maar informatiebepalingen die in de specifieke wetten zelf zijn opgenomen. Het denken in authentieke registraties verlangt een meer horizontale oriëntatie en daarmee andere organisatiestructuren, werkprocessen en wettelijke regelingen die dwars door de traditionele grenzen van het politieke en bestuurlijke bestel heen lopen. Inmiddels is voor een dertiental authentieke registraties bij wet vastgesteld wat het doel is, het werkingsgebied, de kwaliteitseisen, de autorisatie voor het gebruik, de kwaliteitsborging en de financiering.¹⁶

Meer concreet betekent dit dat nadere bepalingen zijn vastgesteld voor het verstrekken en verder verwerken van persoonsgegevens over de grenzen van individuele overheidsorganisaties heen. Hiernaast spelen kwesties rondom verantwoordelijkheid voor het beheer van de gegevens, de voorzieningen om er voor te zorgen dat de aangeleverde en vervolgens door andere overheidsorganen (gebruikers) verder te gebruiken gegevens zodanig juist zijn dat ze door deze gebruikers zonder nader onderzoek kunnen worden gebruikt. Aandacht voor waarborgen als juistheid, actualiteit en volledigheid zijn onder meer van belang in het licht van de diverse voorwaarden gesteld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Ook aspecten als controleerbaarheid en transparantie vragen om aandacht. Tenslotte verlangt de introductie van authentieke registraties dat er concrete afspraken gelden over taken en verplichtingen van de voor de authentieke registratie verantwoordelijke overheidsinstantie, over de relatie tussen de registratie en de bronnen waaruit de authentieke gegevens afkomstig zijn, het gebruik van authentieke gegevens door de gebruikers voor de uitvoering van hun publiekrechtelijke taak of taken, de verantwoordelijkheid van gebruikers, de bescherming van persoonsgegevens en meer algemeen de rechtsbescherming en rechten van de objecten van registratie (burgers en organisaties/bedrijven). Van belang is tenslotte dat de definities van soorten objecten, gegevens en andere criteria (bijvoorbeeld over gezagsverhoudingen, nationaliteit, enz.) in overeenstemming zijn dan wel zoveel als mogelijk consistent zijn met het gebruik van deze begrippen in relevante wetgeving. Naar verwachting wordt in de loop van

15 Vragenuur Tweede Kamer 9 november 2010: publitiiek.nl/debat/vragenuur_dubbele_nationaliteit_09-11-2010.

16 Zie voor de formele afronding van het programma Stroomlijning Basisgegevens: Kamerstukken II 2002/03, 26 387, nr. 18.

dit jaar (2011) in de Aanwijzingen voor de regelgeving een bepaling opgenomen die voorschrijft dat in wetgeving gehanteerde begrippen zoveel mogelijk aansluiten op begrippen die in basisregistraties worden gehanteerd, onder verwijzing naar de online catalogus die de definities van soorten objecten, gegevens en berichten voorschrijft (de zgn. Stelselcatalogus¹⁷).

2.3 Consequenties: veranderende posities en nieuwe kwetsbaarheden

Maar de introductie van authentieke registraties omvat meer dan alleen het doorvoeren van juridisch-technische aanpassingen. Niet alleen voor de overheid, ook voor burgers en bedrijven verandert er het een en ander met het gebruik van authentieke registraties. Meest opvallend is dat de nieuwe inrichting van de informatiehuishouding resulteert in een splitsing van verantwoordelijkheden over verschillende bestuursorganen: het traject rondom het materiële besluit op een aanvraag van een bedrijf (voor een vergunning) of een burger (voor een uitkering) is met de introductie van authentieke registraties en de daarin opgenomen basisgegevens (administratieve gegevens) losgekoppeld van het traject rondom de administratieve gegevens die voor dat besluit worden gebruikt. Voor de burger betekent het dat hij in de huidige situatie soms met twee bestuursorganen te maken heeft, waar dat voorheen één instantie was. Om de woorden van Overkleef-Verburg te gebruiken: 'De consequentie van de gebruiksplicht van als authentiek aangewezen gegevens is de dualisering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, waarbij wordt gesplitst tussen enerzijds het materiële besluit en anderzijds een of meerdere besluiten inzake geschillen omtrent de "verplicht" door het bestuursorgaan aan basisregistraties te ontlenen authentieke gegevens. De stelselinvoering heeft derhalve een verzelfstandiging van de informatiebetrekking van bestuursorgaan en burger tot een afzonderlijke rechtsbetrekking als gevolg. Gezien de in wet- en regelgeving als authentiek aangewezen en nog aan te wijzen gegevens is aannemelijk, dat besluitvorming zonder gebruikmaking van dit type gegevens op termijn niet meer zal voorkomen. Vandaar dat deze ontwikkeling structureel gaat doorwerken in de wijze van voorbereiding van de bestuursrechtelijke besluitvorming'.¹⁸

De consequenties rijken overigens verder. Meer en meer wordt duidelijk dat de veranderende informatiehuishouding van de overheid een verschuiving van de bewijslast van de overheidsinstantie richting de burger teweeg brengt. Ruim tien jaar geleden observeerde Van Duivenboden: 'In die zin is er een relatie tussen het opbouwen en verder uitbouwen van een virtueel register en een toename van de verantwoordelijkheid van de burger voor het herstellen van foutieve registratie.'¹⁹ Jaren later

17 www.logius.nl/producten/gegevensuitwisseling/stelselcatalogus/.

18 G. Overkleef-Verburg, 'Basisregistraties en rechtsbescherming'. Over de dualisering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', NTBR 2009, nr. 4, p. 70.

19 H.P.M. van Duivenboden, *Koppeling in uitvoering. Een verkennende studie naar de betekenis van het koppelen van persoonsgegevens door uitvoerende overheidsorganisaties voor de positie van de burger als cliënt van de overheid*, Delft: Eburon 1999, p. 299.

stelde Overkleeft-Verburg na analyse van de jurisprudentie vast, dat rechters inderdaad meer en meer zijn geneigd het gebruik van een verkeerd gegeven voor risico en rekening van de burger te brengen.²⁰ Ook los van situaties waarin gegevens onjuist (blijken te) zijn, kunnen we vaststellen dat digitalisering betekenis heeft voor de (bewijs)positie van burgers en bedrijven. Het werken met vooringevulde formulieren, bijvoorbeeld, waarvoor de benodigde gegevens zijn ontleend aan digitale bronnen van een veelheid van overheidsorganisaties ('makkelijker kunnen we het u niet maken') en waarbij deze organisaties in beginsel hebben uit te gaan van de juistheid en daarmee volledigheid van deze gegevens, betekent dat een burger die deze volledigheid wil betwisten van goede huize moet komen. Hij moet in feite weten bij welke overheidsorganisatie de herkomst van de gegevens ligt.

Met authentieke registraties verwijderd de eOverheid zich van het traditionele beeld van een overheid die haar beleid vormt en uitvoert op basis van losse gedigitaliseerde gegevens die slechts binnen de grenzen van één enkele organisatie worden verzameld en gebruikt. Meer en meer gaat de aandacht uit naar het delen van informatie binnen ketens en netwerken van samenwerkende partijen, ingegeven door de wens en soms ook de noodzaak te weten wat men niet via de eigen kanalen en systemen te weten kan komen. Problematisch is echter dat met iedere verdere stap in een keten of netwerk, gegevens lossier komen te staan van de context waarin ze oorspronkelijk werden verzameld. Informatie over een persoon wordt daarmee bijvoorbeeld geabstraheerd van de identiteit van een individu. Juist deze identiteit is uniek in de zin dat ze telkens opnieuw door context en omstandigheden wordt gevormd (*the self* in de woorden van Goffman²¹). In van de context geabstraheerde netwerken gaat de aandacht voornamelijk uit naar digitale representaties van dat individu, waarbij deze representaties als het ware een eigen realiteit creëren. Ze worden door Haggerty and Ericson 'data-doubles' genoemd: elektronische representaties, gecreëerd door verschillende datafragmenten over een bepaalde persoon te combineren.²² Het risico is daarbij dat halve waarheden uitgangspunt voor beleid en beleidsuitvoering worden. Zoals gezegd, informatie krijgt betekenis en kleur in een specifieke context en hangt nauw samen met de duiding van de verschillende attributen in die context. Wanneer deze informatie uit de context wordt gehaald en wordt gecombineerd met gegevens die hun betekenis krijgen in een geheel andere context, vormt dit een potentiële bron van fouten.

Gegeven deze problematiek, is het van belang dat de organisaties die deelnemen in de informatieketen hun verantwoordelijkheid pakken wanneer burgers claimen dat

20 Overkleeft-Verburg 2009, p. 74.

21 E. Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Anchor Books 1959, p. 20. Volgens Goffman wordt 'het zelf' zowel sociaal, empirisch als door context en omstandigheden gevormd en bepaald. Het is daarmee dynamisch en neemt vorm aan binnen de verschillende situaties waarin personen in het dagelijkse leven verkeren. Goffman 1959, p. 20. Zie ook: V. Frissen & J. de Mul 2000, *Under Construction. Persoonlijke en culturele identiteit in het multimediatijdperk*, Amsterdam: Infodrome 2000, par. 2.2.

22 K. Haggerty & R. Ericson. 'The surveillant assemblage', *British Journal of Sociology*, vol. 51, nr. 4, 2000, p. 613.

de verwerkte informatie niet (langer) correct is. De praktijk lijkt echter een andere kant op te wijzen. Waar netwerken groeien, wordt het thema verantwoordelijkheid problematischer. Als (de kwaliteit van) een gegeven ieders verantwoordelijkheid is, blijkt het maar al te vaak de facto niemand z'n verantwoordelijkheid te zijn. Veelal is in relevante wetgeving wel vastgelegd wie voor de losse gegevens verantwoordelijk is, maar niet of nauwelijks wie binnen de totaliteit van de keten voor de juistheid van de samengestelde informatie verantwoordelijk is. Deze situatie heeft alles te maken met de kloof tussen enerzijds de wereld op technisch niveau die in hoog tempo verknoopt raakt en anderzijds de wereld op institutioneel en juridisch niveau die nog immer redeneert vanuit individuele actoren met ieder hun eigen verantwoordelijkheid. Niet alleen voor het gebruik van gegevens, maar ook de kwaliteit en juistheid daarvan. Terecht is dit patroon, eigen aan de traditionele inrichting van ons openbaar bestuur, formeel doorbroken voor wat betreft authentieke gegevens. Maar bij authentieke gegevens gaat het vrijwel uitsluitend om generieke – administratieve – gegevens. Niet om gegevens waarmee de overheid burgers als het ware dichterbij op de huid zit, namelijk de gegevens die iets zeggen over hun levensomstandigheden, gedrag, wensen dan wel kwetsbaarheden. Hier geldt nog steeds de geschetste versplintering van verantwoordelijkheid rondom informatieprocessen of zelfs een de facto 'verdwijnen' van verantwoordelijkheid omdat verschillende partijen niet anders kunnen dan naar elkaar doorverwijzen, omdat de informatietechnologische slag die is gemaakt simpelweg niet in verantwoordelijkheden is doorvertaald.

De conclusie moet dan ook zijn dat de ambitie om – gefaciliteerd door authentieke registraties als het GBA en basisgegevens zoals het BSN – losse gegevens over burgers via netwerken en ketens te combineren, botst met de traditioneel hiërarchisch georganiseerde overheid. Technisch en praktisch werkt men vaak al in ketens, maar verantwoordelijkheidsverdeling en toezicht zijn daar nog niet op aangepast. Wat ontbreekt is een visie op het vraagstuk hoe coördinatie en verantwoordelijkheid georganiseerd moeten worden als informatie in netwerken en ketens van overheidsorganisaties rondgaat.²³ Wat eveneens ontbreekt, is doorzettingsmacht. Doorzettingsmacht in het geval van fouten in registraties, bij onwil van publieke organisaties om in geval van onjuiste gegevens dit terug te melden aan de instantie die het beheer voert over de authentieke registratie en meer algemeen bij situaties waarin geen enkele organisatie zijn verantwoordelijkheid voor problemen en fouten in de geketende systemen wenst te nemen. Illustratief is de volgende passage uit een studie van het HEC over situaties waarin burgers door het gebruik van een BSN in de knel komen: 'Er zijn bij ons weten tussen de ministers die betrokken zijn bij uitvoeringsregelingen die gebruikmaken van het BSN, geen specifieke beleidsafspraken gemaakt om hier alert op te zijn of een functionaris aan te stellen die dergelijke gevallen op een gezaghebbende manier aan de orde kan stellen en de betreffende burger kan bijstaan. De in de Wet algemene bepalingen burgerservice-nummer genoemde Functionaris Gegevensbescherming heeft volgens ons hiertoe

23 W.L. Borst, *Jegens en Wegens. Over persoonsgebonden informatie in de strafrechtsketen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 262.

noch de positie noch de bevoegdheden.²⁴ Alvorens de voorgaande observatie van versplinterde verantwoordelijk nader in paragraaf 5 uit te werken, maken we de stap van dienstverlening naar een tweede taak van de overheid via een casus op het terrein van de jeugdzorg.

24 Het Expertise Centrum (HEC), *Naar een goed gebruik van het burgerservicenummer (BSN)*, Papernote nr. 21, P. Heemskerk et al. (red.), Den Haag 2007, p. 68.

3 De zorgende en bezorgde overheid

Na het inwerkingtreden van de herziene Wet op de Jeugdzorg, besloot het Bureau Jeugdzorg van een grotere Brabantse gemeente zomer 2010 een aansluiting te regelen met een digitaal signaleringssysteem voor jeugdigen. De organisatie maakt uiteindelijk de keuze voor het systeem *Zorg voor Jeugd*. Tijdens een voorlichtingsbijeenkomst licht het management de hulpverleners en andere medewerkers nader over het nut en de functionaliteit van dit systeem in. Met de aansluiting wordt eindelijk eens serieus werk gemaakt van het verbeteren van de informatie-uitwisseling tussen al die verschillende instanties die bij de jeugdhulpverlening zijn betrokken, aldus de directeur. Bovendien, zo gaat zij enthousiast verder, zijn we met dit systeem in staat de mogelijke risico's die een jeugdige loopt al in een heel vroeg stadium te signaleren. Jullie als hulpverleners die in de keten van de jeugdzorg samenwerken, kunnen nu op het moment dat je vermoedt dat een jongere een risico loopt, een waarschuwingssignaal in het systeem afgeven. De instanties die al eerder iets over de betreffende jongere hebben gemeld krijgen dit signaal te zien en vervolgens kunnen jullie als betrokkenen direct met elkaar tot afspraken komen over de te verlenen zorg. Zo vallen kinderen niet langer tussen wal en schip.

Overigens, zo vervolgt de directeur, jullie krijgen geen inzage in achterliggende kenmerken, dat wil zeggen inhoudelijke informatie die voor de andere instanties aanleiding vormde tot hun melding. Het systeem beperkt zich puur tot het afgeven van een signaal, waardoor iedereen die eerder of later over dezelfde jeugdige een signaal afgeeft met elkaar in contact kan komen. Bij het signaal is niet aangegeven om welk risico het gaat. Daarvoor moeten jullie in persoon contact met elkaar opnemen. Of er op dat moment verdere inhoudelijke gegevens mondeling of schriftelijk mogen worden uitgewisseld, is afhankelijk van het geldende wettelijk regime. Denk daarbij niet alleen aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), maar ook aan de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) of de overige wettelijke regels waar wij als professionals aan zijn gebonden. Natuurlijk weten we allemaal, zo sluit de directeur haar introductie af, dat jullie in werkelijkheid op basis van de gegevens over het type afzender van een risicomelding (jeugdpsychiater, schuldhulpverlening, functionaris schuilverzuim, politie, enz.), allerhande inhoudelijke informatie uit het signaal af kunnen leiden.

In de folder die de medewerkers na afloop van de bijeenkomst uitgereikt krijgen lezen ze 'het signaleringssysteem *Zorg voor Jeugd* is bij uitstek een instrument dat gerichte ondersteuning biedt om de coördinatie van zorg binnen de keten te versterken. Met het systeem worden problemen bij kinderen van 0-23 jaar in een vroegtijdig stadium gesignaleerd, waarna de ketencoördinatie wordt georganiseerd en hulp op elkaar wordt afgestemd'. Wat surfen op internet leert de medewerkers

bovendien dat hun eigen Bureau Jeugdzorg zeker niet de enige instantie is die via het systeem signalen mag afgeven en ontvangen. Het systeem brengt hen potentieel in contact met een breed scala aan instanties, variërend van de Jeugd-GGZ en GGD, verloskundigen, consultatiebureaus, scholen, regionale meld- en coördinatiepunten, leerplichtambtenaren, instanties voor sociaal maatschappelijk werk, politie, bureaus halt, de raad voor de kindbescherming tot zelfs peuterspeelzalen en de schuldhulpverlening. En via een landelijk systeem kunnen de signalen die zij afgeven ook bij collega-instanties elders in het land bekend worden.

Op de bijeenkomst hebben de medewerkers overigens te horen gekregen dat ze een jeugdige uitsluitend aan de verwijfsindex en dus aan al deze instanties mogen melden als ze een redelijk vermoeden hebben dat sprake is van een risico waardoor de jeugdige in zijn ontwikkeling naar volwassenheid wordt belemmerd. Deze risico's staan limitatief opgesomd in de gewijzigde Wet op de Jeugdzorg. Maar – zo had de directeur laten weten – de opgesomde risico's zijn breed geformuleerd en strekken zich uit van geestelijk, lichamelijk of seksueel geweld, veelvuldig schoolverzuim, tienermoederschap tot risico's 'die in bepaalde etnische groepen onevenredig vaak voorkomen'.

3.1 Instrument: verwijfsindex risicjongeren

Het in de casus geschetste systeem is een zogenaamde 'verwijfsindex'.²⁵ Via een aanpassing van de Wet op de jeugdzorg (Wjz) werd per 1 augustus 2010 voorzien in de wettelijke grondslag voor de inzet van verwijfsindexen bij het signaleren van zogenaamde risicjongeren.²⁶ Behalve dat de nieuwe regeling de grondslag biedt voor de inzet van dit instrument, realiseert het ook een verplichting voor gemeenten om te bevorderen dat alle in hun gemeente werkzame instanties en zelfstandige professionals worden aangesloten op de verwijfsindex. De verwijfsindex faciliteert risicomeldingen over jeugdigen tot 23 jaar bij wie zich zodanige problemen voordoen dat hun persoonlijke ontwikkeling wordt bedreigd en zij buiten de maatschappij dreigen te vallen. De gedachte achter het initiatief is dat hulpverlenende instanties van elkaar vaak niet weten dat ze met dezelfde jongere aan het werk zijn. Daardoor wordt de benodigde hulp onderling niet goed en vooral niet tijdig afgestemd. Via de inzet van het systeem beogen bestuurders en uitvoerende instanties dit slepende probleem aan te pakken. Het 'Maasmeisje' was immers zeker niet het

25 Een verwijfsindex is een ICT-toepassing waarin meldingen ofwel signalen worden opgenomen en uitgewisseld. In principe wordt geen inhoudelijke informatie uitgewisseld.

26 Uitgebreider over de achtergronden en implicaties van dit systeem: J.E.J. Prins, 'Heeft Digitale Jeugdzorg De Toekomst?', in: M. van den Berg et al. (red.), *In De Greep Van De Technologie*, Amsterdam: Van Gennep 2008, p. 23-50; E. Keymolen. & D. Broeders, 'Verloren onschuld. Inzicht en toezicht binnen de Verwijfsindex Risicjongeren', in: W. Pieters et al (red.), *Inzicht en toezicht. Controle in de kennissamenleving*, Amsterdam: Aksant 2010, p. 73-90; E. Keymolen & J.E.J. Prins, 'Jeugdzorg via systemen. De verwijfsindex risicjongeren als spin in een digitaal vangnet', in: D. Broeders, C. Cuijpers & J.E.J. Prins, *De staat van informatie*, WRR verkenning nr. 25, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

enige tragische voorval waarbij instanties langs elkaar heen bleken te werken. Ook kan met het genereren van risicosignalen in een eerder stadium duidelijk worden hoe ernstig de problematiek van een jeugdige werkelijk is. Gericht optreden kan dus eerder plaatsvinden.

Zoals de casus toont, wordt via de verwijnsindex uitsluitend doorgegeven dát er een melding is gedaan. Er wordt geen inhoudelijke informatie over het hoe en waarom van de zorgen over het kind geregistreerd en uitgewisseld. De geregistreeerde informatie beperkt zich tot ‘administratieve’ gegevens: het adres en de geboortedatum van de jeugdige, de datum van de melding samen met de identificatiegegevens en contactgegevens van de meldende instantie. Pas wanneer er twee of meerdere signalen over één en dezelfde persoon in het systeem zijn afgegeven, wordt een verbinding gelegd tussen de verschillende meldende instanties. Er is dan sprake van een ‘match’. Dus: een school doet een melding aan de verwijnsindex over een bepaalde jeugdige, waarna de school via de verwijnsindex wordt geïnformeerd dat andere professionals ook al bij de zorg rondom deze jeugdige zijn betrokken. In tegenstelling tot initiatieven gericht op digitalisering van dossiers (zoals het Elektronisch Kind Dossier (EKD) en Elektronisch Patiëntendossier (EPD)) worden dus geen dossier- of inhoudelijke gegevens met tussenkomst van de verwijnsindex uitgewisseld. Natuurlijk kan – zoals door de minister ook werd erkend bij de parlementaire behandeling – op basis van de gegevens over het type afzender van een risicomelding (jeugdpsychiater, schuldhulpverlening, functionaris schoolverzuim, politie, enz.) wel indirect het een en ander aan inhoudelijke informatie worden afgeleid.

Een meldingsbevoegde professional kan een jeugdige alleen dan aan de verwijnsindex melden als hij een redelijk vermoeden heeft dat één of meer van de in artikel 2j Wet op de Jeugdzorg limitatief opgesomde risico’s aanwezig is. Het gaat daarbij om risico’s die erop duiden dat de jeugdige mogelijk in zijn ontwikkeling naar volwassenheid wordt belemmerd. De in artikel 2j limitatief opgesomde risico’s zijn breed geformuleerd en strekken zich uit van geestelijk, lichamelijk of seksueel geweld, veelvuldig schoolverzuim tot tienermoederschap. Dat is om twee redenen gedaan, zo is te lezen in de parlementaire stukken: ‘Ten eerste laat de brede formulering de verschillende beroepsgroepen, die met de verwijnsindex te maken krijgen, de ruimte voor interpretatie, zodat de uiteindelijke afweging een jeugdige te melden wordt gemaakt door een professional die dichtbij de jeugdige staat. Ten tweede biedt de brede formulering de mogelijkheid nu nog niet als zodanig geïdentificeerde risico’s in de toekomst te herkennen in één van de in artikel 2j opgesomde risico’s.’²⁷ Het wekt geen verwondering dat zowel de Raad van State als enkele fracties in de Tweede Kamer kritisch waren over deze brede formulering. De criteria waren onvoldoende eenduidig, meetbaar en herleidbaar.²⁸ Het resulteerde in een aantal moties ter nadere afbakening van de criteria, mede bedoeld om vanuit landelijk niveau meer sturing aan de nadere uitwerking op lokaal niveau te geven.²⁹

27 Kamerstukken II, 31 855, MvA, p. 22.

28 Kamerstukken II, 31 855, Nota naar aanleiding van het verslag, p. 2.

29 Kamerstukken II, 31 855, nr. 33; 31 855, nr. 50.

Bij het 'hoe en waarom' van de verwijsindex is het namelijk van belang scherp voor ogen te houden dat de verwijsindex niet alleen een landelijke variant kent, maar ook vele lokale en regionale. Het landelijke systeem fungeert als een paraplu over alle lokale systemen heen, om daarmee een gestandaardiseerde uitwisseling tussen de onderliggende lokale systemen te bewerkstelligen en de signalering van risicojongeren 'dekkend' voor het gehele land te maken. Alhoewel het lokale organisaties (bijvoorbeeld gemeenten) niet is toegestaan eigenstandig andere risico's te benoemen dan degene die in de wet genoemd staan, is het wel mogelijk – en naar de mening van de minister zelfs wenselijk – dat beroepsgroepen de vastgestelde meldcriteria verder uitwerken en nader inkleuren voor hun specifieke werkveld.

Wie goed kijkt ziet dat de lokale inkleuring al veel verder reikt dan het nader uitwerken van de wettelijke criteria. Ook wat betreft doelstellingen en daarmee de inrichting van de systemen wijken de lokale en regionale signaleringssystemen steeds meer af van de op centraal niveau gestelde ambities. Naast de 'kale' signaal- en meldfunctie van de landelijke verwijsindex, bestaan er op lokaal niveau tal van andere functionaliteiten. Zo wordt in het lokale systeem Zorg voor Jeugd, dat niet alleen in Noord-Brabant, maar ook in Groningen en de Drechtsteden wordt gebruikt, ook aan ketenregistratie gedaan. Dat betekent dat alle jeugdigen die aankloppen bij een instantie met een hulpvraag welke voldoet aan de risico's zoals ze zijn omschreven in artikel 21 Wvz, in het systeem worden geregistreerd. Hierdoor valt in kaart te brengen hoeveel jeugdigen in de regio hulpzoekend zijn en bij wie zij in eerste instantie terecht komen. Deze ketenregistratie maakt het tevens mogelijk een completer beeld te verkrijgen van het hulptraject dat een jeugdige doorloopt. 'De instellingen die bij een bepaalde jeugdige zijn betrokken, worden automatisch via een mailbericht geïnformeerd als dezelfde jeugdige door een nieuwe, nog niet eerder betrokken instelling, wordt geregistreerd. Daarmee hebben de instellingen en hulpverleners continu inzicht in de instellingen die contact hebben met de jeugdige en wordt ketenregistratie opgebouwd', aldus een informatiefolder van Zorg voor Jeugd.

Een andere illustratie van de lokale dynamiek, vormt het Rotterdamse systeem SISA dat de mogelijkheid biedt tot het afgeven van presignalen ofwel niet-pluis-signalen. Deze presignalen worden gebruikt in de lokale index om eventuele zorgen over een bepaalde jeugdige met andere hulpverleners en betrokkenen te delen. Wanneer een professional een presignaal invoert in de lokale index, ontvangt hij een e-mail met daarin een overzicht van al de mogelijk aanwezige presignalen, signalen en matches over de desbetreffende jeugdige. Deze presignalen zijn niet gebaseerd op een risicoprofiel en leiden daarmee niet tot een match. En dat betekent ook dat ze niet naar de landelijke verwijsindex worden gestuurd waar immers alleen risicosignalen samenkomen die voldoen aan de in de wet vastgelegde eisen. Tegelijkertijd: juist omdat het hier om een presignaal gaat dat niet tot een match kan leiden, behoeven kinderen en ouders niet op de hoogte te worden gebracht. Bij een 'echte' match is dat in principe wel het geval. Met dit systeem van presignalen ontstaat op lokaal niveau

een subsysteem onder de nationale Verwijsindex Risicjongeren met een eigen werking, doelstelling maar zeker ook mate van transparantie.³⁰

3.2 Decor: wetgeving als sluitstuk

De ontwikkeling van de Verwijsindex Risicjongeren laat zien dat het wetgevende fundament voor deze applicatie pas werd gelegd op het moment dat zowel de landelijke paraplu als diverse lokale varianten al flink op stoom waren en daarmee de technische en organisatorische inrichting (welke partijen doen mee, welke criteria zijn aanleiding voor een melding, welke administratieve gegevens worden gebruikt, enz.) al lang concreet was bepaald. In feite vormde de aanpassing van de Wet op de Jeugdzorg het sluitstuk van een traject dat in oktober 2007 een aanvang nam via een zogenaamde proeftuin waarin diverse gemeenten experimenteerden. Medio 2008 waren na een klein jaar werken in onder andere Rotterdam, Almere en Gouda, ruim 43.000 meldingen aan het systeem gedaan, die meer dan 6.000 matches opleverden. In mei 2009 was het aantal meldingen ruim 67.000, waarvan er meer dan 10.000 resulteerden in een match. Ongeveer 100 gemeenten waren op dat moment aangesloten bij de proeftuin.³¹ De wet vormde kortom niet meer dan het sluitstuk van een veel eerder ingezet en feitelijk niet meer terug te draaien en nauwelijks nog aan te passen, traject.

De VIR is in dit opzicht zeker niet uniek. Een ander illustratief voorbeeld is het Elektronisch Patiëntendossier (EPD), waar keuzes over welke gegevens worden opgenomen, wie mag deze gegevens aanleveren, wie mag ze inzien, met welke andere initiatieven wordt het systeem gekoppeld, enz. al in een vroeg stadium op systeemniveau werden gemaakt. En ondanks dat het wetgevende fundament zomer 2010 nog altijd ontbrak (mede ten gevolge van een moeizame parlementaire behandeling³²) en daarbij op dat moment bijna een half miljoen burgers bezwaar had gemaakt tegen opname van hun dossier in het EPD, stuurde het ministerie actief op de verdere uitbouw van het systeem. Dat gebeurde onder meer door van artsen te verlangen dat ze voor juli 2010 kenbaar maakten aan te sluiten op het EPD wilden ze nog gebruik kunnen maken van een eenmalige (forse) subsidieregeling.

Zowel de VIR als het EPD laten zien dat met de in gang gezette ontwikkeltrajecten en geïnitieerde proefprojecten het *point of no return* veelal al lang gepasseerd blijkt op het moment dat het wetgevingstraject in gang wordt gezet. Op dat moment lijkt het politiek niet langer opportuun de gemaakte systeemkeuzes te heroverwegen, de gedane investeringen 'af te schrijven' en naar alternatieven (waaronder ook de

30 Keymolen & Broeders 2010; Keymolen & Prins 2011.

31 Keymolen & Prins 2010.

32 B. Pluut, *Het landelijk EPD als blackbox*, WRR Webpublicatie nr. 45 2010, beschikbaar via: www.wrr.nl; A.G. Keizer, 'De digitale patiënt centraal. Medische informatie in een digitale wereld', in: D. Broeders, C. Cuijpers & J.E.J. Prins, *De staat van informatie*, wrv verkenning nr. 25, Amsterdam 2011: Amsterdam University Press.

‘nuloptie’) op zoek te gaan. Wetgeving en het politieke besluitvormingstraject zijn bij dit soort grootschalige digitaliseringsinitiatieven veelal niet meer dan de formele legitimatie van keuzes die in feite allang zijn gemaakt.

Maar de problematiek van de druk op het primaat van de wetgever reikt verder.³³ Ook noodzakelijk inzicht en transparantie voor democratische betrokkenheid en controle vanuit het parlement als controlerende en wetgevende macht blijkt problematisch. Al ten tijde van de ontwikkeling van de GBA, begin jaren negentig van de vorige eeuw, bleek de politiek zich in relatie tot systeemontwikkeling te marginaliseren.³⁴ En Zouridis stelde in 2000 op basis van studies bij de Informatie Beheer Groep (IB-groep) en het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB) vast dat de systeemontwikkeling bij deze uitvoeringsorganisaties dermate omvangrijk en complex is, dat de politieke betrokkenheid erbij minimaal te noemen valt. ‘Heeft wetgeving wel de sturende en richtinggevende rol die het primaat van de wetgever en dat van de politiek veronderstellen? Is wetgeving langzamerhand niet ook een afgeleide geworden of het resultaat van interacties met de organisatie en ICT?’³⁵ Het antwoord op deze vragen klemt des te meer omdat Zouridis constateerde dat er gaten vallen in de organisatie van de verantwoording van systeemontwikkeling: ‘Hoe transparant is het algoritme in het geautomatiseerd systeem bijvoorbeeld? In de casus van de studiefinanciering is gesproken over een systeem met ‘puisten en pukkels’, dat zelfs voor insiders al lastig te begrijpen is (...)’³⁶

De genoemde maar ook andere voorbeelden zijn tekenend voor de tendens dat complexe ICT-systemen een meer en meer structurerende en sturende invloed hebben op wetgeving en de onderliggende beleidsassumpties. Daarmee neemt de discretionaire ruimte op wetgevings- en politiek niveau af. Wetgeving fungeert dan alleen nog als legitimerend voor een al ontwikkelde systeempraktijk in plaats van ex ante piketpalen slaand voor de ontwikkeling van deze praktijk. De inzet van technologie bij beleid en beleidsuitvoering is echter geen politiek-neutrale activiteit. Opvallend is ook dat uit de wijze waarop de initiatieven soms van een juridisch fundament worden voorzien, de opvatting lijkt te spreken dat het slechts om een kleine ingreep gaat. Zo werd de introductie van het Elektronisch Kind Dossier (EKD) afgekaart via een enkele bepaling (art. 5 lid 3 Wet publieke gezondheid) van een wet die een scala aan, soms volstrekt ongerelateerde, zaken (zoals infectieziekten) omvat. Opvallend, en tegelijkertijd zorgelijk, is tenslotte dat kwesties die fundamenteel van aard zijn (bijvoorbeeld omdat ze de positie van burgers in belangrijke mate raken), worden

33 Overigens is de kritiek dat wetgeving verwordt tot een beleidsinstrument en sprake is van een ‘erosie van de wetgevende functie’ (R.J. Hoekstra, ‘Jaarrede Nederlandse Juristenvereniging 12 juni 2009’, *NJB* 2009, 1261), niet specifiek voor de thematiek van deze bijdrage, maar speelt de zorg al langer en breder. Zie ondermeer: Raad van State, *Jaarverslag 2005*, Den Haag 2006; R. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien*, oratie Universiteit van Tilburg, 20 juni 2008.

34 G.F.M. Straten, *In de beslotenheid van het openbaar bestuur. De institutionalisering van informatietechnologie binnen de bevolkingsadministratie*, Utrecht 1996, p. 254.

35 S. Zouridis, *Digitale disciplineren. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen*, Delft: Eburon 2000, p. 318.

36 Zouridis 2000 p. 315.

afgekaart in nadere regelgeving (besluit) en aldus worden onttrokken aan politieke discussie en daarmee democratische controle. Het College Bescherming Persoonsgegevens heeft de wetgever er, terecht, meerdere malen op gewezen dat dergelijke uitwerkingsaspecten in wetgeving thuishoren.

Tenslotte: in feite is de tendens nog breder. Digitalisering raakt niet alleen de discretionaire ruimte van wetgever en politiek, maar evenzeer die van professionals, die op uitvoeringsniveau met de systemen werken. Een tendens die door Zuurmond eerder al vanuit een sociologisch perspectief werd geduid als infocratie³⁷, waarbij beslissingsmacht verschuift van de *street level bureaucrat*, via de *screen level bureaucrat* naar uiteindelijk de *system level bureaucrat*.³⁸ In een netwerkomgeving worden deze *system level bureaucrats* op hun beurt weer verdrongen door de *chain level bureaucrats* – de personen die bepalen hoe ketens en netwerken eruit komen en hebben te zien.³⁹ Ook voor deze tendens is de VIR illustratief. Toetsing van ‘het succes’ van de verwijfsindex vindt vooralsnog uitsluitend plaats aan de hand van kwantitatieve factoren (percentages en getallen), waarmee er een gerede kans is dat juist op die factoren wordt gestuurd. Zo meldde een rapportage van het SISA-verwijfssysteem aan het Rotterdamse College naar aanleiding van een geconstateerde daling van het aantal signalen door het Centrum voor Jeugd en Gezin dat ‘wordt bekeken waar die daling vandaan komt’.⁴⁰ Illustratief is in dit verband ook dat de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in de reactie op de conceptwetgeving naar de minister sterk aandrong de doorzettingsmacht van gemeenten in het wetsvoorstel te regelen: ‘Mochten er op basis van meldingen in de VIR signalen binnenkomen dat een situatie met een jeugdige uit de hand loopt en de meldingsbevoegden nemen daarop, aangesproken door de regiovoerder, hun verantwoordelijkheid niet of onvoldoende, dan moet helder zijn wie uiteindelijk de doorzettingsmacht heeft om zaken te regelen en hulpverleners een aanwijzing te geven.’⁴¹

3.3 Consequenties: beelden van burgers

In navolging van de private sector, ontwaart de overheid het enorme potentieel van selecteren, filteren en classificeren van persoonsgegevens ten einde een individuele informatierelatie met burgers vorm te geven. Niet alleen Google en online boekenverkopers als Bol.com en Amazone zetten zogenoemde *datamining*-technieken in

37 A. Zuurmond, *De infocratie. Een theoretische en empirische heroriëntatie op Weber's ideaaltipe in het informatietijdperk*, Den Haag: Pheadrus 1994.

38 M. Bovens & S. Zouridis, ‘From street-level tot system-level bureaucracies: How information and communication technology is transforming administrative discretion and constitutional control’, *Public Administration Review* 62 (2) 2002, p. 174-184.

39 A. Zuurmond & M. Meesters, ‘ICT en overheidsorganisatie’, in: M. Lips et al. (red.), *Ict en openbaar bestuur. Implicaties en uitdagingen van technologische toepassingen voor de overheid*, Utrecht: Lemma 2005, p. 2199-327.

40 Rapportage SISA-signaleringsstelsel 2e kwartaal 2010, Memo aan de Wethouder Jeugd, Gezin en Sport, 28 juli 2008.

41 VNG, *Brief Vereniging van Nederlandse Gemeenten met een reactie op de conceptwetgeving Verwijfsindex*, Den Haag, Nederlandse Vereniging van Gemeenten, 12 maart 2008, p. 2.

voor het vormen van profielen ('lezers die het VAR-preadvies '...' kochten, bestelden eerder het boek '...').⁴² Ook de overheid gebruikt de toepassing om het gedrag van jongeren, het bestedingspatroon van uitkeringsgerechtigden of het aangiftepatroon van belastingbetalers te categoriseren om op basis daarvan voorspellingen te doen over toekomstig gedrag van bepaalde (groepen) burgers. De steeds verfijndere technische mogelijkheden voor het selecteren, filteren en classificeren van gegevens van en over burgers biedt de overheid voordelen met het oog op beleidsambities als fraudebestrijding, achterstandsbeleid, jeugdbeleid, huiselijk geweld of ander doelgroepenbeleid. Dat geldt des te meer nu ook de overheid bij de besluitvorming steeds vaker voor de uitdaging staat in de groeiende berg aan informatie ook de daadwerkelijk relevante informatie te vinden.

De Verwijsindex Risicojongeren is een illustratief voorbeeld van deze tendens. Welke jongere, met welke gedragskenmerken loopt welke kans in welke situatie en onder welke (sociale en economische) omstandigheden bepaald crimineel gedrag te ontwikkelen? Digitaliseren om vervolgens te profileren wint met name aan populariteit bij interventies die beogen 'het kwaad' in de kiem te smoren⁴³ en risicovolle situationele omstandigheden ten positieve om te buigen. Risicosamenleving⁴⁴ en risicojustitie⁴⁵ zijn de in dit verband veelvuldig gehanteerde termen. Want naast de VIR zijn er vele voorbeelden van volledig geautomatiseerde risicoanalyse gebaseerd op profielen, zoals bij het toezicht op rechtspersonen.⁴⁶ Hier werd het eerdere systeem van preventief toezicht vervangen door permanent geautomatiseerd toezicht via risicoanalyses. Daarbij wordt ook gebruikt gemaakt van gegevens over individuele personen, zoals over kinderen en kleinkinderen van bestuurders van de rechtspersonen. De risicoanalyse is gebaseerd op risicoprofielen en risico-indicatoren die periodiek door de minister van Veiligheid en Justitie worden vastgesteld.⁴⁷ Elk risicoprofiel bestaat uit een set van risico-indicatoren (die op een risico voor misbruik

42 Bij datamining doorzoekt een programma alle beschikbare gegevens op correlaties en patronen tussen die gegevens. Bij *profiling* worden op voorhand criteria vastgesteld (bijvoorbeeld voor bepaald gedrag of specifieke risico's) aan de hand waarvan de gegevens worden doorgezocht.

43 M.J. Borgers, *De vlucht naar voren*, Inaugurale rede, Amsterdam 16 maart 2007.

44 H. Boutellier, *De veiligheidsutopie: Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

45 J.M. Nelen, *Evidence maze; het doolhof van het evaluatieonderzoek*, Inaugurale rede, Maastricht 18 januari 2008, p. 10: 'Met de term risicojustitie wordt bedoeld op de ontwikkeling dat de bij de rechtshandhaving betrokken diensten zich bij hun optreden primair laten leiden door risico-verwachtingen en dreigingsanalyses. In de risicosamenleving wordt veel waarde gehecht aan preventief optreden teneinde allerhande veiligheidsrisico's te beheersen.'

46 Kamerstukken II, Wijziging van onder meer Boek 2 van Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen, 31948, nr.3. De wijzigingen zijn 28 september 2010 zonder nadere beraadslagen en stemming door de Eerste Kamer aangenomen. Een ander voorbeeld, niet op het terrein van veiligheid – van deze tendens is te vinden in de Wet tegemoetkoming chronisch zieken en gehandicapten (Wtcg) en het onderliggende Besluit (Btcg). Hierin is vastgelegd dat diverse gegevens over de zorgconsumptie van burgers kunnen worden gekoppeld om aan de hand daarvan burgers te kwalificeren als chronisch ziek of gehandicapt en in te delen in een categorie. Aan de hand van deze categorisering wordt de hoogte van de tegemoetkoming automatisch vastgesteld.

47 Zie hierover het kritisch wetgevingsadvies van het College Bescherming Persoonsgegevens van 30 mei 2007 www.cbppweb.nl/downloads_adv/z2007-00566.pdf: 'Het is niet duidelijk op basis van welke gegevens en/of indicatoren de risicoprofielen voor de screening van rechtspersonen

wijzen) of kenmerken die in onderlinge samenhang (kunnen) wijzen op een vorm van misbruik. De betrokkenheid van familieleden (kinderen en kleinkinderen) bij de rechtspersoon is een voorbeeld van een risico-indicator. De gegevens die in de analyse worden meegenomen zijn afkomstig van onder meer de Belastingdienst, het Kadaster, het Handelsregister, de GBA, de politie en uitvoeringsinstanties voor werknemersverzekeringen. Hoe meer risico-indicatoren er in het geding zijn, hoe hoger de risicoscore van de rechtspersoon is. Bij elke wijziging in de levensloop van de rechtspersoon wordt de rechtspersoon via automatische analyse langs de risico-profielen geleid. Het gaat volgens de memorie van toelichting naar verwachting jaarlijks om enkele honderdduizenden mutaties in levenslooppunten. Op basis van de risicoscore kan een hogere prioriteit aan het toezicht op de rechtspersoon worden toegekend. De risicomeldingen worden volledig geautomatiseerd verstrekt aan diverse bij AMvB aan te wijzen handhavende instanties. Individuen hoeven niet op de hoogte te worden gesteld dat hun gegevens zijn gebruikt bij een risicomelding.⁴⁸

In feite treedt met de geschetste ontwikkeling een nieuwe vorm van transparantie op. Niet zozeer transparantie in kwantitatieve zin (de overheid komt meer van burgers te weten), maar in kwalitatieve zin (de overheid krijgt een (ander) beeld van burgers). Doordat gegevens over burgers die zijn verkregen in verschillende contexten via ketens van samenwerkende partijen, koppeling van hun systemen en vervolgens datamining met elkaar in verband zijn te brengen, kan de overheid een nieuw soort beeld over burgers krijgen. En dat beeld, die 'identiteit', biedt dan de aanzet voor specifiek beleid. Het roept echter de vraag op hoe dynamisch al deze digitale typen zijn? Bestaat de mogelijkheid om profielen aan te passen en verouderde typen te wissen? Burgers zullen in ieder geval niet zo snel weten dat overheidsinstanties hen als burger type A of type B categoriseren, laat staan dat zij aan kunnen tonen in werkelijkheid niet (langer) in het toebedeelde profiel thuis te horen. Weliswaar kleedt de Wet bescherming persoonsgegevens via artikel 42 de positie van burgers in enige mate aan, maar het is de vraag of deze regeling burgers een voldoende sterke positie geeft. Het betreffende artikel bepaalt dat niemand kan worden onderworpen aan een besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem in aanmerkelijke mate treft, indien dat besluit alleen wordt genomen op grond van een geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens bestemd om een beeld te

tot stand komen. Het CBP acht het van groot belang dat een zo groot mogelijke transparantie wordt betracht bij de totstandkoming van risicoprofielen.'

48 Ook de Verwijsindex Risicjongeren hanteert als uitgangspunt dat kinderen en hun ouders niet op de hoogte gebracht behoeven te worden van een risicomelding. Deze mededeling kan worden uitgesteld tot het moment dat er sprake is van een tweede melding (pas op dat moment is feitelijk sprake van een match). Eerder hoeft niet. Immers, zo merkte de minister op, de match betekent uitsluitend dat professionals met elkaar contact hebben opgenomen om de hulp, zorg of bijsturing af te stemmen. 'Niets meer en niets minder. De jeugdige wordt dus niet geconfronteerd met voldongen feiten.' Overigens krijgen ouders in Rotterdam een (standaard)brief als hun kind gemeld wordt (dus voordat er een match plaatsvindt) en tevens als er een match heeft plaatsgevonden.

krijgen van bepaalde aspecten van zijn persoonlijkheid.⁴⁹ Van belang voor de positie van burgers is in ieder geval de regeling in artikel 42 lid 4 Wbp. Daar wordt bepaald dat de instantie die deze vorm van geautomatiseerde besluitvorming inzet, de burger op de hoogte moet stellen van de logica die ten grondslag ligt aan de geautomatiseerde verwerking. Onduidelijk is echter of deze regeling, redenerend vanuit de positie van burgers, wel voldoende garanties voor een effectieve transparantie richting burgers biedt. Weliswaar moeten burgers geïnformeerd worden over 'de logica' die ten grondslag ligt aan de geautomatiseerde verwerking, onduidelijk blijft wat exact de reikwijdte van deze regeling is. Biedt het burgers inderdaad de mogelijkheid een antwoord te krijgen op vragen als: op basis van welke kenmerken worden de profielen opgesteld en aan de hand van welke beslisregels, aannames en indicatoren worden beslissingen gegeneerd? Of eenvoudiger geformuleerd: hoe komt mijn 'profiel' tot stand, hoe wordt het ingezet en in welke situaties?⁵⁰

Al met al wordt het voor burgers steeds belangrijker om niet alleen ten aanzien van losse persoonsgegevens over een zekere transparantie en controle te beschikken, maar die rechten ook te kunnen uitoefenen waar het toebedeelde identiteiten en de processen daarachter betreft. Dat betekent dat de huidige informatieplicht in de Wbp alsmede de in deze wet neergelegde rechten op inzage, correctie en verzet in deze zin verruimd zouden moeten worden.⁵¹ In het kabinetsstandpunt aangaande de evaluatierapporten van de Wet bescherming persoonsgegevens en het rapport van de Adviescommissie Veiligheid en persoonlijke levenssfeer (commissie Brouwer-Korf) heeft de regering overigens al aangekondigd met maatregelen te komen die verwerkers van persoonsgegevens verplichten burgers inzicht te geven in categorisering die plaatsvinden op basis van verzamelde persoonsgegevens en de achterliggende redenen.⁵² Maar het is bij de verdere discussie over deze aanpassing wel belangrijk voor ogen te houden dat rechten die burgers als individu worden toegekend onderscheiden moeten worden van rechten die gestalte geven aan bredere belangen van de samenleving. Zeker als het om een zo potentieel ingrijpende ontwikkeling als het al dan niet volautomatisch typeren van burgers gaat, is er meer in het geding dan uitsluitend het in staat stellen van individuele burgers om hun posi-

49 Dit verbod is niet van toepassing indien het besluit zijn grondslag vindt in een wet waarin maatregelen zijn vastgelegd die strekken tot bescherming van het gerechtvaardigde belang van de betrokkene. Dat kan bijvoorbeeld door de betreffende burger in de gelegenheid te stellen om, voordat het besluit definitief wordt, zijn of haar zienswijze in te brengen (bijvoorbeeld door de burger – op diens verzoek – te horen, door het toesturen van vooringevulde aanvragen of via de mededeling dat op een bepaalde datum uitgaande van bepaalde gegevens zal worden beslist). In een advies van 4 maart 2010 over de wijziging van het Besluit tegemoetkoming chronisch zieken en gehandicapten (Btgc), concludeerde het College Bescherming Persoonsgegevens (Cbp) dat dergelijke maatregelen opgenomen moeten worden in een wet in formele zin. Met andere woorden niet uitsluitend in het onderliggende besluit. Eerder al had de Raad van State overeenkomstig geadviseerd. Kamerstukken II 2008/09, 31 706, nr. 5, p. 16-17.

50 J.E.J. Prins, 'Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity', in: L. Guibault & P.B. Hugenholtz (Eds.), *The Future of the Public Domain, Identifying the Commons in Information Law* (Information Law Series, 16) Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2006, p. 223-257.

51 J.E.J. Prins, 'De veiligheid van privacy', *Regelmaat* 2009, 2, p. 69-82.

52 Kamerstukken II 2009/10, 31 051, nr. 5, p. 23.

tie en belangen vorm en inhoud te geven. Goede garanties en procedures zullen ook nodig zijn om een gezonde mate van tegenwicht (*countervailing power*) te bieden tegen een al te ongebreidelde inzet van profileringstechnieken. Kortom, het zal wat mij betreft om meer moeten gaan dan uitsluitend de wijzigingen zoals aangekondigd door het kabinet. Juist voor het in stand houden en mogelijk zelfs versterken van het vertrouwen in de groeiende digitalisering binnen de overheid, is het van belang eveneens aandacht te hebben voor de rol van wetgeving en/of andere (institutionele) arrangementen bij het faciliteren van een gezonde mate van waakzaamheid in de samenleving. Alvorens ook ten aanzien van dit punt in paragraaf 5 conclusies te trekken, pakt de navolgende paragraaf de inzet van digitalisering in het derde van de drie beleidsterreinen – controle – op.

4 De controlerende en risicoloze overheid

Alhoewel diverse studies concluderen dat er geen eenduidig beeld valt te geven van de effecten van cameratoezicht op veiligheid⁵³, besluit de gemeenteraad van een grote stad het aantal camera's in het stadscentrum flink uit te breiden. De gemeente weet zich bij het besluit gesteund door de plannen van het kabinet-Rutte: in het regeerakkoord is afgesproken dat er meer cameratoezicht komt.⁵⁴ Behalve het besluit tot uitbreiding van het aantal camera's, wordt binnen de gemeente tevens afgesproken dat de al langer bestaande samenwerking met private partijen bij de inzet van camera's zal worden geïntensiveerd.⁵⁵ De gemeenteraad is verheugd over de resultaten van de lokale stichting waarin zowel politie, brandweer en de gemeente, als ook particuliere beveiligingsorganisaties en alarmcentrales samenwerken. Daarbij kunnen via deze samenwerking de kosten van de cameraprojecten door meerdere partijen worden gedragen. Deze kosten lopen de laatste jaren flink op, nu er een nieuwe generatie camera's op de markt is, die niet alleen zeer scherpe beelden genereert, maar ook op basis van *streaming video*⁵⁶ een 360° panorama van de omgeving aanbiedt en bovendien niet langer uitsluitend beelden, maar ook geluid kan verwerken. Zowel het registreren van gesprekken als het doen van mededelingen via de camera's is van belang nu behalve de handhaving van de openbare orde en het opsporen van strafbare feiten, ook de zogenaamde *crowd-control* een belangrijke functionaliteit van camera's moet worden. Zeker nu op koopzondagen regelmatig voetbalsupporters vanuit het nabij gelegen voetbalstadion oprukken naar het stadscentrum en voor problemen tussen het winkelende publiek zorgen. Met behulp van de 'sprekende' camera's kan het publiek in de juiste – veilige – richting worden gedirigeerd.

53 Zie het Eindrapport *Evaluatie cameratoezicht op openbare plaatsen, Kamerstukken II 2009/10*. Deze conclusie werd in het Verenigd Koninkrijk eveneens getrokken in een onderzoek van de Liberal Democrats: www.thisislondon.co.uk/news/article-23412867-tens-of-thousands-of-cctv-cameras-yet-80-of-crime-unsolved.do Overigens heeft Regioplan het Beslisinstrument Continueren Cameratoezicht (BICC) ontwikkeld, waarmee gemeenten een kapstok wordt geboden voor evaluatieonderzoek en zo een gefundeerd besluit kunnen nemen of ze met cameratoezicht willen stoppen of doorgaan. *Secondant* 3-4 2010, p. 58-61.

54 Regeerakkoord VVD-CDA, *Vrijheid en Verantwoordelijkheid*, Den Haag 2010, p. 39.

55 Stichting Criminee is een voorbeeld van een dergelijke intensieve samenwerking tussen diverse publieke en private instanties bij de inzet van cameratoezicht (www.criminee.nl).

56 Bij *streaming video* hoeft het mediabestand niet eerst gedownload te worden, maar zijn de beelden vrijwel onmiddellijk af te spelen.

4.1 Instrument: veelzijdige camera's

Cameratoezicht is allang niet meer die ene camera op de hoek van de straat of op het station, die simpel wat beelden op afstand registreert en doorstuurt naar één duidelijk aan te wijzen partij. Steeds vaker bundelt een bont gezelschap van publieke en private partijen de digitale krachten, waarmee deze geavanceerde vorm van toezicht en handhaving niet langer netjes in een hokje van een private of publieke toepassing is onder te brengen. In 2009 bleek in bijna een kwart (24%) van de gemeenten dat de kosten voor cameraprojecten werden gedragen door gemeente en particuliere ondernemingen gezamenlijk.⁵⁷ Populair thema bij de samenwerking is de zogenoemde nodale oriëntatie of 'nodale veiligheidszorg'⁵⁸: digitaal gestuurde en ondersteunde controles op knooppunten van wegen, havens, stations die informatie voor meerdere partijen opleveren.⁵⁹ Een bekende illustratie hiervan vormen de camera's boven de snelwegen voor automatische kentekenherkenning, de zogenaamde *Automatic Number Plate Recognition* (ANPR). De politie zet deze cameratoepassing in voor de handhaving van de openbare orde en opsporing van strafbare feiten, waarbij ze gebruik maakt van vergelijkingsbestanden van gesignaleerde personen, gestolen voertuigen en openstaande boetes. ANPR is in korte tijd uitgebouwd met een rijkdom aan toepassingen: de politie zet het – overigens met wisselend goedvinden van de rechter⁶⁰ – in bij de aanpak van drugsrunnersproblematiek en bestrijding van mobiel banditisme. Samen met de politie gebruikt de VROM-inspectie de gegevens voor controles van afvaltransporten, gebruikt de Inspectie Verkeer en Waterstaat ze voor controle van het taxivervoer en controle op rij- en rusttijden, zet Rijkswaterstaat de gegevens in voor het in kaart brengen van verkeersstromen en gebruikt de Belastingdienst ze voor controle op verschillende belastingen.⁶¹ Niet alleen de variëteit aan toepassingen, en daarmee betrokken actoren, blijkt bij afwezigheid van enige specifieke (bij)sturing vanuit de politiek groot, dat geldt ook voor de termijnen voor het bewaren van de gegevens. 'Het regiokorps IJsselland bewaart de gegevens zeven dagen, het korps Drenthe veertien dagen (...). Het korps Rotterdam-Rijnmond bewaart de gegevens vier maanden omdat ANPR ook wordt ingezet voor de opsporing, onder meer bij de bestrijding van drugssmokkel. Er zijn ook korpsen

57 A. Schreijenberg, J. Koffijberg & S. Dekkers, *Eindrapport Evaluatie cameratoezicht op openbare plaatsen*, Amsterdam: Regioplan 2009.

58 J.C.J. Boutellier, *Nodale orde: Veiligheid en burgerschap in een Netwerksamenleving*, Inaugurale rede Vrije Universiteit, Amsterdam 2007; K. Rozemond, 'De droom van Beccaria. Over het strafrecht en de nodale veiligheidszorg', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2010, 2, p. 158-175.

59 Nodale oriëntatie is een wijze van opereren waarbij de aandacht sterk uitgaat naar stromen van mensen, goederen, geld en informatie. De knooppunten (nodes) van de infrastructuur van deze stromen worden als aangrijpingspunt voor het handelen van partijen, veelal geleid door de politie, genomen. Zie www.politie.nl/Overdepolitie/Politie_in_ontwikkeling/Visie/Nodale_orientatie.asp.

60 Zie de jurisprudentie vermeld in de toelichting bij het Wetsvoorstel regeling van het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie, beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/01/11/wetsvoorstel-regeling-van-het-vastleggen-en-bewaren-van-kentekengegevens-door-de-politie.html.

61 Kamerstukken I, *Verslag Schriftelijk Overleg inzake evaluatie WBP*, 31 051, A.

die langere termijnen hanteren.⁶² Begin 2010 concludeerde het College Bescherming Persoonsgegevens dat het bewaren van ‘onverdachte’ kentekens⁶³ in strijd was met de wet. De ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie kondigden daags hierna aan dat zij voorbereidingen zouden treffen voor een wettelijk kader dat deze mogelijkheid wel zou legitimeren. Een jaar later, op 10 januari 2011, zond minister Opstelten het betreffende wetsvoorstel ter consultatie naar onder meer het OM en de Raad voor de Rechtspraak.⁶⁴

Terug naar de hiervoor genoemde samenwerkingsarrangementen. Het voordeel van dergelijke initiatieven voor samenwerking en gegevensuitwisseling is dat niet iedere partij afzonderlijk naar de beelden zit te turen. Opnamen worden uitgekeken vanuit een regionale toezichtsruimte, waarbij de regie in handen is van één partij, vaak de politie. Vanuit dit centrale knooppunt worden de beelden pas aan de andere partners beschikbaar gesteld indien dat nodig en rechtmatig is. Op zichzelf biedt deze aanpak zeker voordelen uit het oogpunt van bijvoorbeeld privacy. Maar toch gaan er door de samenwerking juridische grenzen schuiven. In het verleden, toen iedere partij een eigen camera had, kwamen de beelden gemaakt door een bedrijf of private beveiligingsinstantie niet standaard beschikbaar binnen het publieke domein. Formeel kunnen camerabeelden gemaakt binnen het private regime immers pas na een vordering vanuit het Openbaar Ministerie aan de publieke sector worden verstrekt. Maar met de komst van de samenwerkingsverbanden bevinden ook de opnamen die voor c.q. namens een private partij zijn gemaakt zich feitelijk vanaf het moment van opname in het publieke domein, namelijk bij de politie. Zijn deze camerabeelden vanuit de praktische realiteit van het samenwerkingsverband dan zomaar ineens aan te merken als een politiegegeven, waarmee een vordering vanuit het OM niet langer noodzakelijk is?

Bovendien, waar een groeiend aantal publieke en private partijen achter één camera is verenigd, wordt de observatie via dat ene apparaat ineens ook door meerdere wettelijke regelingen gelegitimeerd. In vele steden hangen camera's die drie doelen dienen: allereerst de openbare orde en veiligheid, waarmee ze onder artikel 151c Gemeentewet vallen. Diezelfde camera wordt echter ook ingezet voor opsporing van strafbare feiten, waarmee artikel 2 Politiewet en in speciale gevallen artikel 126g Sv de grondslag vormt. En de camera hangt er omdat private partijen hun eigendommen willen beschermen, waarmee artikel 8 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) van toepassing is. In het eerste geval is de korpsbeheerder verantwoordelijk voor de beelden, in het tweede geval de politie c.q. het OM en in het derde geval een commercieel bedrijf of particuliere beveiliging. Dezelfde beelden worden

62 Commissie Brouwer-Korf, *Gewoon Doen. Beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*, Rapport aan de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken, Den Haag 2009, p. 68.

63 Dat wil zeggen beelden die op het moment van opname en vervolgens vergelijking met achterliggende bestanden geen ‘hit’ opleveren.

64 Wetsvoorstel regeling van het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie, beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/01/11/wetsvoorstel-regeling-van-het-vastleggen-en-bewaren-van-kentekengegevens-door-de-politie.html.

in Eindhoven onder het publieke regime van de plaatselijke verordening 28 dagen bewaard en onder het private regime maximaal zeven dagen. En als het om een toepassing van artikel 126g Sv gaat, kan de vernietiging van deze beelden worden uitgesteld tot de zaak is geëindigd (art. 126cc Sv) en is uitstel van de vernietiging nog langer geoorloofd als de beelden conform artikel 126dd Sv voor een ander doel worden gebruikt.

Dat ook de verschillende partijen binnen de samenwerkingsverbanden worstelen met de ontwikkeling, toont het visiedocument over cameratoezicht van de Raad van Hoofdcommissarissen uit 2009. De Raad schetst vele knelpunten, vragen en dilemma's waar de politie zich voor gesteld ziet. Kijkend naar de ontwikkelingen rondom cameratoezicht merkt de Raad op: '[H]et publieke en private cameratoezicht ver- toont tot op heden onvoldoende professionaliteit en samenhang. Daarnaast neemt het gebruik van intelligente cameratoepassingen door publieke en private partijen toe, waarbij bijvoorbeeld waarnemingen en registraties van personen en voertuigen worden vergeleken met uiteenlopende databestanden. De vraag die zich aandient, is waar straks de grens ligt. De zoektocht naar voor veiligheid waardevolle data en de mogelijkheden die de techniek biedt, brengen het risico dat ongebreidelde grote hoeveelheden (en vaak onnodige) informatie worden verzameld en gekoppeld. Dit is vanuit privacyoogpunt onwenselijk.'⁶⁵ De Raad vraagt ze zich dan ook af 'of er op deze wijze voldoende waarborgen zijn wat betreft kwaliteit, integriteit, democratische controle en voering in de regie van de overheid'.⁶⁶

4.2 Decor: diffuse grenzen

Niet alleen camera's illustreren dat met de groei van het arsenaal aan digitale technieken voor handhaving en controle ook het aantal samenwerkingsarrangementen en daarmee informatiestromen tussen organisaties toeneemt. Gefaciliteerd door technologie worden de systemen van meer en meer overheidsorganisaties via ketens, schakelpunten en netwerken met elkaar vervlochten. Tegelijkertijd blijven zoals in paragraaf 2.3 al geconcludeerd, dwarsverbanden in termen van verantwoordelijkheden veelal achterwege. Een illustratie van deze observatie is terug te vinden in de tweejaarlijkse trendrapportage van de overheid over ontwikkelingen in het decentrale bestuur: samenwerking neemt een grote vlucht, maar de gemeenschappelijke noemer bij de samenwerking is dat partijen hun beleidsautonomie behouden.⁶⁷ Aldus blijft verantwoordelijkheid institutioneel bepaald volgens de traditionele inrichting van het openbaar bestuur. Wat de gevolgen van deze situatie kunnen zijn laten de identiteitsfraudezaken zien die schrijnend illustreren dat de geïntegreerde aanpak voor het vergaren van inzicht in en het bestrijden van identiteitsfraude bin-

65 Raad van Hoofdcommissarissen, *Beelden van de Samenleving. Visie op cameratoezicht in een netwerk-samenleving 2009*, p. 3

66 Raad van Hoofdcommissarissen 2009, p. 23

67 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Staat van het bestuur 2010*, Den Haag 2010, p. 36.

nen politie-systemen hapert. Wie als burger het slachtoffer van identiteitsfraude wordt en de foutieve gegevens uit de systemen verwijderd wil zien, zoals het de heer R. Kowsoleea overkwam, ziet zich geconfronteerd met verschillende politiekorpsen die ieder voor zich vanuit hun autonome positie naar elkaar wijzen.⁶⁸ De realiteit van de hedendaagse eOverheid is de al eerder gesignaleerde versplintering van verantwoordelijkheid rondom informatieprocessen (verschillende actoren verantwoordelijk voor separate onderdelen van de keten) of zelfs een de facto ‘verdwijnen’ van verantwoordelijkheid omdat partijen niet anders kunnen dan naar elkaar doorverwijzen omdat de informatietechnologische slag die is gemaakt simpelweg niet op het niveau van verantwoordelijkheden is doorvertaald.

4.3 Consequenties: duurzaamheid maar ook vergetelheid vergeten

De problematiek van identiteitsfraude en meer algemeen de kwaliteit van de bewaarde gegevens, hangt nauw samen met het thema ‘bewaren en vergeten’. De paradox van het digitaal bewaren van gegevens is dat met de komst van ICT er nauwelijks meer beperkingen lijken te zijn voor het verzamelen en vervolgens vastleggen van informatie, terwijl er wel belangrijke uitdagingen optreden ten aanzien van de duurzaamheid van deze informatie. Wie vele jaren geleden zijn teksten netjes heeft uitgetypt met het softwareprogramma (wie herinnert het zich nog?) Wordperfect, maar nooit de moeite heeft genomen deze teksten bij iedere gelanceerde versie om te zetten naar de nieuwe programmatuur, zal weinig meer van de oorspronkelijke tekst kunnen lezen. Zonder adequate maatregelen is digitaal vastgelegde informatie vergankelijker dan informatie neergeschreven op een ouderwets papieren drager. In het licht van diverse wettelijke regelingen zorgt dit voor problemen, bijvoorbeeld nu wetten als de Archiefwet en de Wet op de Rijksbelastingen vereisen dat gegevensbestanden in een ‘goede, geordende en toegankelijke staat’ worden gehouden. Deze vereisten verlangen niet alleen consequente aandacht voor de tijdige conversie naar weer de volgende ‘update’, maar ook aandacht voor het gebruik van metagegevens. Deze metagegevens zeggen iets over een bepaalde set van documenten of brok informatie (informatie over informatie) en spelen een belangrijke rol bij zowel het duurzaam toegankelijk maken als het structureren van gegevens.⁶⁹

68 Nationale Ombudsman, *De burger in de ketens. Verslag van de Nationale Ombudsman over 2008*, Den Haag 2009; Y. Buruma, ‘Het recht op vergetelheid. Politieële en justitiële gegevens in een digitale wereld’, in: D. Broeders, C. Cuijpers & J.E.J. Prins, *De staat van informatie*, wrv verkenning nr. 25, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

69 Veel toepassingen zijn zo ontworpen dat ze automatisch informatie genereren over datgene wat ze doen of voortbrengen. Een faxapparaat zet automatisch een datum op de in- en uitgaande post, een digitale camera ‘onthoudt’ wanneer een foto is gemaakt, een camera met gps slaat op waar de foto of film is gemaakt en sommige auto’s ‘onthouden’ hoe hard op een bepaald tijdstip is gereden. Deze data over het betreffende object (fax, foto, film of auto) maken het mogelijk om zaken gemakkelijker te ordenen en terug te vinden. Op dezelfde wijze kunnen metagegevens garanderen dat informatie binnen omvangrijke digitale archieven snel en eenvoudig kan worden teruggevonden.

Welke overheidsorganisatie, welke individuele ambtenaar, kan heden ten dage garanderen dat alle beleidsrelevante e-mails, webcommunicatie of zelfs blogs en twitterberichten conform de wettelijke vereisten van de Archiefwet worden bewaard? Het digitaal bewaren van informatie is kortom niet alleen een kwestie van techniek, maar verlangt tevens een zorgvuldig overdacht organisatorisch beleid, waarbij juridische voorwaarden nauwlettend in het oog worden gehouden. Niet verwonderlijk vraagt de Algemene Rekenkamer al jaren en met regelmaat om een beleidsvisie en kader voor de archivering, vernietiging en bewaring van digitale bestanden en staat ze daarin niet alleen.⁷⁰ Ook het rapport *Een demeterende overheid* van de Rijksarchieffinspectie uit 2005 en het Rapport van de Raad voor Cultuur en de Raad voor het openbaar bestuur uit 2008 zijn alarmerend van toon.⁷¹ De inspectie stelt vast dat overheidsorganisaties vaak geen overzicht hebben van de plaatsen waar zij hun digitale bedrijfsvoering- en verantwoordingsinformatie bewaren. Er zal op hoog bestuurlijk niveau veel actiever gestuurd moeten worden op de informatiehuishouding.

Maar het uitbundig verzamelen van informatie heeft ook gevolgen voor het thema 'vergeten'.⁷² Het karakter van het internet kenmerkt zich door bewaren en kopiëren, niet door vergeten. Verwijderen en daarmee (een 'recht' op) vergeten is op internet vrijwel onmogelijk geworden. Voor de criminelen die aldaar met naam en toenaam als 'gezocht' te boek staan, heeft de gedachte 'opnieuw te kunnen beginnen' in feite z'n betekenis verloren.⁷³ Ook vanuit overwegingen van opslagcapaciteit behoeft weggooien en daarmee vergeten nauwelijks meer een punt van aandacht te zijn. Wettelijke regelingen stellen soms weliswaar een tijdslimiet aan het bewaren van gegevens, maar het opschonen van gegevensbestanden lijkt op uitvoeringsniveau nauwelijks prioriteit te hebben. Bovendien is bij veel organisaties en zeker opsporingsinstanties de opvatting leidend dat de gegevens ooit nog hun belang kunnen tonen. Nu opslagcapaciteit een toenemend irrelevante overweging wordt en alle verzamelde gegevens moeiteloos bewaard kunnen worden, lijkt ook de politieke aandrang sterker om de wettelijke bewaartermijnen eerder ruim dan krap te stellen dan wel bestaande termijnen op te rekken. Illustratief is hier het oorspronkelijke wetsvoorstel voor het Elektronisch Kinddossier Dossier (EKD) dat regelde dat in het EKD opgenomen gegevens bewaard mochten blijven gedurende 15 jaar vanaf het moment dat een kind de meerderjarige leeftijd bereikte. Met andere woorden, tot

70 Algemene Rekenkamer, *Machineleesbare gegevens. Archivering en beheer bij het Rijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1991; Algemene Rekenkamer, *Beheer en archivering van digitale bestanden, Kamerstukken II 1997/98*, 25 970, nr. 2; Algemene Rekenkamer, *Informatiehuishouding van het Rijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009; Algemene Rekenkamer, *Informatiehuishouding van het Rijk. Overzicht van een dynamisch vraagstuk, een achtergrondstudie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

71 Rijksarchieffinspectie, *Demeterende Overheid*, Den Haag 2005; Raad voor Cultuur & Raad voor het Openbaar Bestuur, *Informatie: grondstof met toekomstwaarde. Contouren van een visie op de rol en betekenis van informatie*, Den Haag 2008.

72 D. Solove, *The future of reputation, gossip, rumor and privacy on the internet*, New Haven, CT: Yale University Press 2007; V. Mayer-Schönberger, *Delete. The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton: Princeton University Press 2009; J.E.J. Prins, 'Name, shame and everlasting blame', *NJB* 2009, 3, p. 119; Buruma 2011.

73 Prins 2009, p. 119.

de leeftijd van 32 jaar. Illustratief is ook het eerdergenoemde voorstel voor de wettelijke regeling van het vastleggen en bewaren van kentekengegevens (ANPR) door de politie: ook 'onverdachte' kentekens kunnen in de toekomst worden bewaard en wel gedurende vier weken.

Hoe meer gegevens worden verzameld en hoe langer deze bewaard blijven, des te groter is echter het risico op veroudering van deze gegevens en daarmee vervuiling van bestanden. Onderzoek van Choenni et al. concludeert bijvoorbeeld dat in het landelijke HKS-bestand van de politie (dat namen van personen bevat tegen wie een procesverbaal is opgemaakt) 8.000 verdachten staan die in werkelijkheid reeds overleden zijn.⁷⁴ Bovendien blijken 2.800 vrijgesproken personen ten onrechte in het systeem voor te komen. Alhoewel het hier in aantallen om relatief kleine percentages van het totaal aantal geregistreerden gaat, concluderen de onderzoekers dat uitgebreider onderzoek naar de mate van vervuiling in politiestystemen noodzakelijk is, zeker nu systemen aan elkaar worden gekoppeld en de politie deze en andere databanken inzet voor het opstellen van risicoprofielen. Formeel hebben burgers de mogelijkheid ten onrechte verzamelde of onjuiste gegevens te laten verwijderen c.q. aanpassen. Niet alleen de Wet bescherming persoonsgegevens, maar ook diverse sectorspecifieke wetten bevatten een correctierecht. In de praktijk blijkt de effectivering van deze rechten echter problematisch. Enerzijds houdt dit verband met het feit dat het voor burgers steeds moeilijker en soms vrijwel onmogelijk is om inzicht te krijgen in de gegevens die zoal over hen worden bewaard. Anderzijds is het, zoals hiervoor al betoogd, voor burgers lastig en soms vrijwel onmogelijk foutief geregistreerde gegevens in alle systemen effectief gecorrigeerd te krijgen.

74 S. Choenni, E. Leertouwer & T. Busker (2011), 'Klachten over toepassingen van informatietechnologie: analyse van een aantal overheidsbestanden', in: D. Broeders, C. Cuijpers & J.E.J. Prins, *De staat van informatie*, wrv-verkenning nr. 25, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

5 Hoe verder?

Als we de blik verruimen en breder kijken dan concrete initiatieven, welke meer algemene tendensen vallen dan aan de hand van het voorgaande waar te nemen? Wat om te beginnen opvalt, is de houding die beleid en uitvoering vaak aannemen als het om digitalisering gaat. Men presenteert de technologische applicatie over het algemeen als neutraal instrument. Maar wie goed kijkt, de tijd z'n werk laat doen en het verdere ontwikkelingstraject en de dynamiek die dan ontstaat in ogenschouw neemt, stelt vast dat de toepassingen allesbehalve neutraal blijken te zijn. In meer of minder mate laten ieder van de drie casussen zien dat onder invloed van de inzet van technologie de eerste contouren zichtbaar worden van een overheid die zowel een kwalitatief andere functioneringswijze krijgt, als soms ook een andere gedaante aanneemt. De nieuwe wijze van opereren, handelen en functioneren heeft in diverse opzichten een effect op de relatie tussen overheid en haar burgers, zo kunnen we uit de voorgaande paragrafen opmaken.

Een tweede observatie betreft het type informatie dat met behulp van de systemen wordt gegenereerd en uitgewisseld. Natuurlijk worden gegevens over het wel en wee van burgers al veel langer verzameld en vervolgens via digitale ketens van samenwerkende partijen uitgewisseld. Maar anno 2011 blijft het daar niet bij. De grote uitdaging is niet zozeer om meer gegevens te verzamelen, maar om uit de berg aan verzamelde gegevens de relevante informatie te vergaren.⁷⁵ Zowel de private als de publieke sector gebruiken daartoe steeds vaker beelden van burgers, typering van consumenten, categorisering van klanten, enz. Binnen de publieke sector wordt dat beeld, die 'identiteit', benut voor specifiek doelgroepenbeleid: fraudebestrijding, achterstandsbeleid, jeugdbeleid, huiselijk geweld, enz. Deze ontwikkeling roept echter ook de vraag op hoe dynamisch de gecreëerde digitale typering zijn. Bestaat de mogelijkheid om profielen aan te passen en verouderde identiteiten te wissen? Of is eens een straatschoffie altijd een straatschoffie en is er na vallen nooit meer opstaan?⁷⁶

De laatste observatie houdt verband met het feit dat zich onder invloed van digitalisering een overheid ontwikkelt waar de grenzen tussen organisaties en beleids-terreinen (dienstverlening, zorg en controle) steeds diffuser blijken te zijn.⁷⁷

75 M. Hildebrandt & S. Gutwirth (eds.), *Profiling the European citizen. Cross-disciplinary perspectives*, Belgium/Netherlands: Springer, 2008, p. 1.

76 Prins 2008.

77 Overigens vormt de aanpassing van Boek 1 BW in verband met de vereenvoudiging van en de invoering van een elektronische dienstverlening bij de burgerlijke stand (Wet elektronische

Gefaciliteerd door technologie zien we nieuwe samenwerkingsvormen en wederkerige informatie-interdependenties ontstaan. Bovendien ontwaren we dergelijke samenwerkingsverbanden niet alleen binnen de overheid zelf, maar ook tussen publieke en private actoren. Technologie maakt het mogelijk om in een genetwerkte structuur van actoren en instanties een rijkheid aan informatie te verzamelen en te delen. Tegelijkertijd wringt deze ontwikkeling naar een op systeemniveau gekoppelde en geketende overheid met de traditionele wijze waarop het openbaar bestuur is ingericht. Op bestuurlijk, organisatorisch en juridisch niveau ontbreekt het aan dwarsverbanden, wat resulteert in situaties waarin informatie ‘verweesd’ is en burgers van het kastje naar de muur worden gestuurd als gegevens, maar ook identiteiten en profielen niet (langer) correct blijken te zijn.

Natuurlijk levert het betoog in de voorgaande paragrafen aanknopingspunten voor nog diverse andere observaties op. Omwille van de reikwijdte van dit preadvies beperk ik mij hier tot de voorgaande drie, omdat het wat mij betreft observaties zijn die aanleiding geven tot een discussie over de vraag of het huidige instrumentarium van check & balances voldoende spankracht heeft om met de digitale dynamiek mee en om te gaan. De drie observaties zijn ook terug te vinden in het afgelopen maart gepresenteerde rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), getiteld *iOverheid*.⁷⁸ In dit rapport, dat onder mijn verantwoordelijkheid tot stand kwam, concludeert de WRR dat de overheid, gezien de alomtegenwoordige inzet van ICT, niet langer valt te karakteriseren als een eOverheid, gericht op dienstverlening en gebruik makend van techniek. In de dagelijkse praktijk is veeleer een Informatie-Overheid (kortom, iOverheid) ontstaan. Deze iOverheid kenmerkt zich door informatiestromen en –netwerken en is gericht op niet alleen dienstverlening, maar ook controle en zorg. De term iOverheid die we als WRR introduceren, duidt dus niet alleen op het *feitelijke ontstaan* van een andere overheid als gevolg van de geschetste ontwikkelingen. Ze staat tegelijk ook voor een andere manier van kijken naar die overheid. Bij de iOverheid ligt de nadruk op informatiestromen en pas in het verlengde daarvan op de technologie die deze informatiestromen mogelijk maakt. Deze verandering van perspectief is van belang omdat het politieke en maatschappelijke debat in Nederland de neiging heeft vrijwel altijd te beginnen, en vaak ook te eindigen, met de technologie of de specifieke technologische applicatie zelf. De discussie gaat over het EPD, de VIR, de OV-chipkaart, het BSN, enz. De afwezigheid van een discours en een visie op de samenhang van en interactie tussen de ontelbare losse initiatieven die de eOverheid ter hand neemt, valt duidelijk als een gemis te ervaren,

dienstverlening burgerlijke stand) een mooi tegenvoorbeeld van deze ontwikkeling. De Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken had er bij de minister op aangedrongen een koppeling tot stand te brengen tussen het Elektronisch Patiëntendossier (EPD) en het elektronisch geboorteregister. De minister antwoordde in reactie dat deze mogelijkheid er niet zou komen nu bij het EPD noch sprake is van een centraal, noch van een overheidsregister en de toegang hiertoe uitsluitend is voorbehouden aan zorgaanbieders, medici en patiënten. ‘Het EPD is niet toegankelijk voor de ambtenaar van de burgerlijke stand’, aldus minister Donner en staatssecretaris Teeven. *Kamerstukken II 2010/11, 32 4444, nr. 7, p. 10.*

78 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *iOverheid*, rapport 86, Den Haag, maart 2011. Het rapport is beschikbaar via de website www.wrr.nl en www.ioverheid.nl.

aldus de WRR. Met de lens van de iOverheid en daarmee de nadruk op informatiestromen willen we als raad ook duidelijk maken dat de digitaliseringsprojecten van de overheid in de praktijk van alledag veel meer samenhang hebben dan de politieke en publieke discussie over individuele technieken en applicaties doet vermoeden. Tegelijkertijd blijkt de Nederlandse overheid, ondanks enkele zeer bescheiden aanzetten, geen noemenswaardig besef te hebben van het bestaan en de consequenties van deze iOverheid. Dat betekent ook dat bestuur en politiek de ontwikkelingen binnen en buiten de overheid niet vanuit dat besef beoordelen en sturen. Met andere woorden, alhoewel de empirie toont⁷⁹ dat de iOverheid in de praktijk van beleid en uitvoering heel concreet is en daarmee reële gevolgen heeft, is ze nog nauwelijks op de politiek-bestuurlijke radar verschenen. Zoals ook dit preadvies laat zien, brengt deze iOverheid bijvoorbeeld veranderingen in de positie van burgers en daarmee de relatie tussen burgers en overheden met zich mee. De WRR bepleit het verankeren van het 'besef een iOverheid te zijn' als een centrale opdracht en formuleert daartoe een reeks inhoudelijke en institutionele aanbevelingen. Het voert te ver om binnen het bestek van dit preadvies al deze aanbevelingen nader te bespreken. Deze afsluitende paragraaf redeneert echter wel vanuit de bredere constatering dat sprake is van een paradigmawisseling van eOverheid naar iOverheid en pakt aan het slot één specifieke institutionele aanbeveling van de WRR op.

Maar alvorens het slot van dit preadvies nader uit te werken, maak ik een stap terug in de tijd en wel naar de jaarvergadering van deze vereniging van bijna twintig jaar geleden. In zijn preadvies voor deze vergadering formuleerde mijn promotor Hans Franken een aantal 'Beginselen van behoorlijk IT-gebruik'.⁸⁰ Alhoewel Franken deze beginselen destijds ontwikkelde met het oog op de eisen van democratie en rechtstatelijkheid die aan het geautomatiseerd nemen van beschikkingen gesteld moeten worden, waren ze ook toen al als toetsingsgrond breder te trekken naar andere digitaliseringsinitiatieven van de overheid. Franken kwam concreet tot de volgende beginselen:

- Beschikbaarheid: voor het geven van een beschikking moet informatie beschikbaar zijn, die juist, volledig en actueel is;
- Vertrouwelijkheid: met de gegevens van de aanvrager moet vertrouwelijk worden omgegaan;
- Integriteit: het juridische kennissysteem moet juist functioneren en gegevens genereren, die correct en volledig zijn;
- Authenticiteit: de computerbeschikking moet geldig zijn;
- Flexibiliteit: aanpassing aan nieuwe gebruikseisen door actualisering van het te verwerken materiaal en updating van het programma is geboden;

79 Deze empirische analyse vormt Deel II van het WRR-rapport en brengt de ontwikkelingen op een nationaal (zowel rijk als uitvoeringsniveau) en internationaal niveau in beeld. Tevens bespreekt het de rol van controleurs (College Bescherming Persoonsgegevens, Rekenkamer, Nationale Ombudsman en Raad van State) en burgers bij de ICT-ontwikkelingen.

80 H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in: *Beschikken en Automatiseren. Preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht*, VAR-reeks nr. 110, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1993.

- **Transparantie:** de beslissingsondersteunende systemen moeten aan de gebruiker kunnen aangeven hoe en waarom ze tot een oplossing zijn gekomen.

Wie met de beginselen in het achterhoofd de hiervoor geschetste ontwikkelingen herleest, stelt vast dat ze stuk voor stuk niet aan belang en overtuigingskracht hebben ingeboet. Zo illustreren de voorgaande paragrafen dat het belang van de juistheid, volledigheid en actualiteit van gegevens alleen maar is toegenomen, zeker nu gegevens via netwerken en ketens worden uitgewisseld en grote hoeveelheden instanties met dezelfde (juiste) gegevens moeten werken. Zo ook laat de populariteit van datamining en profilering zien dat het beginsel van transparantie nog immer van groot belang is en bovendien – zoals ook al voortvloeit uit de door Franken gehanteerde formulering – breder gezien dient te worden dan uitsluitend het in de Wbp neergelegde recht op inzage in de verwerkte persoonsgegevens. Transparantie zal, zoals betoogd in paragraaf 3.3, burgers ook handvatten moet bieden voor inzicht in kwesties als: ‘op basis van welke kenmerken is “mijn” profiel opgesteld’, ‘aan de hand van welke beslisregels is dat gebeurd’ en ‘met welke aannames en indicatoren worden beslissingen gegenereerd’.

Toch, een zorgvuldige verdere digitalisering van beleid en uitvoering vraagt wat mij betreft om een hernieuwde discussie over randvoorwaarden en beschermingsarrangementen. De jaarvergadering van de VAR biedt daar absoluut een mooi podium voor. Ik wil ter afronding van dit preadvies dan ook een drietal denklijnen neerzetten. De eerste lijn richt zich op de grondstof en *raison d'être* van vrijwel alle digitaliseringsinitiatieven: informatie. De tweede lijn steekt in op de eventuele noodzaak tot een uitbouw van Franken's beginselen en wel met wat ik zou willen noemen het beginsel van ‘maatvoering’. De laatste lijn verplaatst de discussie van inhoudelijke criteria naar institutionele randvoorwaarden en richt zich op de organisatorische verankering voor het garanderen van eenduidige *accountability* in de verknoopte digitale wereld.

5.1 Identiteit als gegeven

Wanneer we de verschuiving in de aandacht voor losse gegevens over een individueel persoon richting gecombineerde gegevens over groepen of typen van personen afzetten tegen het huidige beschermingsregime, dan rijst de vraag of de Wbp wel voldoende houvast biedt om burgers de noodzakelijke bescherming te bieden. Transparantie over de wijze waarop profielen en burgerbeelden worden gemaakt en de effecten ervan voor de positie van burgers, vraagt om aandacht, zo merkte ik hiervoor al op. En dat betekent, zoals ook in het Verenigd Koninkrijk door de House of Lords is betoogd, dat we de ontwikkeling moeten doordenken op implicaties en beschermingsmodaliteiten voor burgers.⁸¹ Maar behalve een debat over

81 House of Lords, Select Committee on the Constitution, 2nd Report of Session 2008–09, *Surveillance: Citizens and the State*, February 2009. www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconst/18/18.pdf.

de reikwijdte van transparantie, vragen de ontwikkelingen ook om een nadere door-denking van het problematische concept ‘persoonsgegevens’. Ook andere ontwikkelingen laten namelijk zien dat de zaken gaan wringen als dit concept aanknopingspunt voor regulering blijft. Ruim tien jaar geleden al wees mijn Tilburgse collega Vedder erop dat de wettelijke bescherming zich niet zou moeten beperken tot individuele persoonsgegevens, maar tevens bescherming op groepsniveau (categoriale privacy) dient te verlenen.⁸² In 2008 herhaalde Karanja dit betoog: ‘Marginalized social groups require protection from loss of privacy as individuals and also protection from loss of privacy due to their group attributes. In the latter, privacy laws are inadequate and non-discrimination provisions are required. Incorporation of a social and group privacy notion in policy and legislation is required.’⁸³ Meer recent staat het concept ‘persoonsgegevens’ mede onder druk vanwege de groeiende populariteit van informatie die langs indirecte weg valt af te leiden uit het gedrag van individuen. De informatiebehoefte van zowel de private als publieke sector beperkt zich niet langer tot de *digital footprint* van burgers (gegevens die zij al dan niet bewust c.q. vrijwillig zelf genereren), maar evenzeer tot hun *digital shadow* (informatie die anderen uit hun gedrag afleiden). Niet alleen de geschetste casus van de VIR is hier een voorbeeld van. Illustratief is ook het (overigens nog prille) plan van de Belastingdienst om het gedrag van burgers bij het invullen van de online belastingaangifte te monitoren om zo meer te weten te komen over de afwegingen die burgers bij het al dan niet invullen van bepaalde (aftrek)posten maken. En tenslotte staat het concept persoonsgegevens onder druk vanuit de hiervoor besproken tendens waarin profielen en identiteiten de sleutel worden voor de ontsluiting van de enorme bergen aan gegevens die de overheid accumuleert. Mede door het gebruik van nieuwe technieken zoals *profiling* en *datamining* groeien identificatie en classificatie van burgers uit tot sturingsinformatie voor beleid en uitvoering.⁸⁴ Bovendien zullen identiteiten en classificerende processen zich hoe dan ook ontwikkelen tot vitale elementen bij het beheer van de informatieprocessen van de overheid.

Met het oog op deze ontwikkelingen mag van een zorgvuldige overheid dan ook worden verwacht dat zij niet alleen haar gegevenshuishouding maar ook haar identiteitsinfrastructuur vanuit een samenhangende visie inricht. Juist ook met het oog op de noodzakelijke weging van uiteenlopende belangen. Vooralsnog ontbreekt het echter aan een dergelijk samenhangend overheidsbeleid, wat meer concreet betekent dat er geen ondubbelzinnig kader voorhanden is voor transparantie, betrouwbaarheid, variëteit, controleerbaarheid, verantwoordelijkheid en zeker ook maatvoering. Zo ook blijft onduidelijk welke informatie de overheid ten behoeve van profilering en classificatie mag benutten, maar zeker ook de tijdspanne waarin de

82 Anton Vedder, ‘Medical Data, New Information Technologies and the Need for Normative Principles Other Than Privacy Rules’, *Law and Medicine* (eds. M. Freeman, A. Lewis), Oxford: Oxford University Press 2000, p. 441-459.

83 S. Kabera Karanja, ‘Privacy and Protection of Marginalized Social Groups’, *Studies in Ethics, Law, and Technology*, Vol. 2 Issue 3, 2008.

84 Zie voor diverse voorbeelden: S. van der Hof, R. Leenes, S. Fennell, *Framing Citizens Identities. The Construction of personal identities in new modes of government in The Netherlands*, Nijmegen: WolfLegal Publishers 2010.

gegenereerde profielen en onderliggende informatie beschikbaar kunnen en mogen blijven. Tegelijkertijd is het vitaal dat individuen niet voor onbepaalde tijd vast zitten aan een hen door de overheid aangemeten en toebedeelde identiteit op basis waarvan zij door diezelfde overheid worden beoordeeld. Aandacht voor ‘corrigeren’, ‘herijken’, maar ook ‘vergeten’ van identiteiten is met name cruciaal nu de scheiding tussen dienstverlening, zorg en controle diffuus wordt en opgestapeld hergebruik van profielen in een diffuse beleidscontext een groot risico van verwatering in zich herbergt.

5.2 Maatvoering bij een kwalitatief andere stap

De tweede denklijn betreft eveneens een inhoudelijk punt. Niet alleen bij de hiervoor besproken applicaties maar evenzeer bij vele andere voorbeelden, blijkt de politiekbestuurlijke visie dominant dat ICT een neutraal instrument is. Technologie is inzetbaar om een betere en efficiëntere dienstverlening te realiseren, om tijdig in te kunnen grijpen waar situaties uit de hand dreigen te lopen dan wel om de openbare orde te handhaven of criminaliteit te bestrijden. Of het nu om de VIR en ANPR gaat of om de OV-chipkaart dan wel biometrie, de applicaties worden gepresenteerd en bediscussieerd alsof ze niets anders inhouden dan een neutraal instrument in handen van politici, beleidsmakers en burgers. Zo werd tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Burger Service Nummer (BSN) door de minister benadrukt dat dit unieke persoonsnummer niet meer is dan een informateloos nummer, daarmee suggererend dat het neutraal in uitwerking en effecten is. VNO-NCW verwoordde deze opvatting meer expliciet: ‘Als algemeen commentaar kan gesteld worden dat het BSN in zich geen risico’s oplevert. Het nummer is neutraal. Uitwisseling die zonder BSN niet is toegestaan zal dat met BSN evenmin zijn.’⁸⁵

Maar wanneer de blik zich verruimt van de applicatie als zodanig naar mede omvatende de context waarin deze wordt ingezet en verder tot ontwikkeling komt, ontwaren we wel degelijk veranderingen en effecten. De VIR illustreert dat de interactie tussen de applicatie en de professionals die ermee werken wel degelijk het functioneren van de overheid als zodanig verandert. Zo ook beïnvloeden technologische toepassingen niet enkel de doelen van de overheid, maar in feite tevens de gedaante van de overheid. Doelen als dienstverlening-op-maat en proactief beleid veronderstellen immers dat de overheid dichterbij de burger komt, met alle meer en minder wenselijke consequenties van dien. Ook het hiervoor aangestipte punt dat de overheid met profilering niet alleen in kwantitatieve, maar ook in kwalitatieve zin een ander beeld van haar burgers krijgt, is illustratief voor de observatie dat de inzet van technologie allesbehalve neutraal is. Veel meer dan nu het geval is, zal daarom rekenschap gegeven moeten worden van de kwalitatieve sprong – ten opzichte van het pre-eOverheid tijdperk – die de inzet van digitalisering behelst. Helderheid over deze kwalitatieve sprong is wezenlijk voor een goede en zorgvuldige discussie over

⁸⁵ Inbreng VNO-NCW in de BSN-discussie bij College Bescherming Persoonsgegevens, 30 januari 2006.

maatvoering. Toegesplitst op de in paragraaf 4 besproken inzet van camera's zal de aandacht dus uit moeten gaan naar de kenmerken en implicaties van de sprong die we maken van menselijke waarneming naar technologische waarneming. Een netwerk van duizenden camera's oftewel duizenden digitale knooppunten, zoals dat met ANPR kan worden gerealiseerd, betekent als kwalitatieve sprong de stap naar de realisatie van een volcontinue en vrijwel allesomvattende vorm van observatie door een diversiteit aan actoren. Dat is heel wat anders dan menselijke waarneming ooit zal kunnen realiseren.⁸⁶

Helderheid verwerven over de kwalitatieve sprong die met de inzet van digitalisering wordt gemaakt om vervolgens een goede en zorgvuldige discussie over maatvoering te voeren en aan de hand van die discussie afwegingen en keuzes te maken, zal geen eenvoudige opgave zijn. Het verlangt in ieder geval dat er meer aandacht komt voor het evalueren van digitaliseringsinitiatieven en met name de parameters aan de hand waarvan de (geclaimde) 'kosten en baten' van een initiatief inzichtelijk worden gemaakt. Maar daarnaast zullen de motieven voor de introductie van een applicatie veel meer geëxpliciteerd dienen te worden, waarbij ook duidelijk gemaakt wordt welke *spill over* en *function creep*⁸⁷ mogelijk te verwachten valt. Vanuit een explicitering van de motieven (veiligheid, privacy, efficiëntie, enz.) dient ten behoeve van de discussie over maatvoering vervolgens een afweging tussen deze motieven gemaakt te worden. De WRR stelt voor om bij deze afweging te werken met drie betekenisclusters: stuwende beginselen (zoals veiligheid, effectiviteit en efficiëntie), verankerende beginselen (privacy en keuzevrijheid) en procesmatige beginselen (transparantie en *accountability*). Stuwende beginselen zijn, aldus de WRR 'verbonden met de *drive* van de overheid om ICT in tal van domeinen in te zetten en staan in het teken van verbetering en kwaliteitswinst. Verankerende beginselen staan voor het waarborgen van vrijheden, het in kaart brengen van "stille verliezen" bij voortgaande digitalisering en voor het vrijwaren van de autonomie van het individu. Ze vormen als het ware een tegenwicht voor de stuwende beginselen. Procesmatige beginselen tenslotte, staan voor de procedurele omlijsting die het mogelijk maakt dat de afweging tussen de stuwende en verankerende beginselen met name inzichtelijk en toetsbaar is'.⁸⁸

Met de keuze voor een driedeling tussen clusters beoogt de WRR de nadruk te leggen op de *afweging* die regering en parlement moeten maken tussen verschillende, ongelijksoortige normatieve beginselen wanneer digitaliseringsinitiatieven

86 Zie ook: H. Griffioen, NJB, 4 maart 2011.

87 Van *function creep* spreekt men wanneer een systeem/applicatie in eerste instantie functie X dient, maar gedurende de tijd hier ook functie Y of zelfs Z aan worden toegevoegd dan wel het systeem op een later tijdstip wordt verbonden met andere systemen die een andere functie hebben. Het meest bekende recente voorbeeld is hier de toepassing van biometrie op het paspoort. Deze is er via een Europese Verordening gekomen omwille van een verhoogde beveiliging van het paspoort tegen fraude. Bij de implementatie in ons land is ervoor gekozen de applicatie tevens te gebruiken voor opsporingsdoelstellingen. Zie hierover: V. Böhre, *Happy landings? Het biometrische paspoort als zwarte doos*, WRR-Webpublicatie nr. 46, Den Haag 2010, beschikbaar via www.wrr.nl.

88 WRR 2011, p. 74.

worden geïntroduceerd. ‘Voor een evenwichtige ontwikkeling van de iOverheid is het van doorslaggevend belang dat elk van de ‘clusters’ van beginselen – stuwend, verankerend en procesmatig – bij besluitvorming voldoende gewicht wordt toegekend. Ze moeten tegen elkaar afgewogen worden, hoewel dat niet betekent dat ze allemaal en in elke situatie ook evenveel gewicht toegekend moeten krijgen. Maar dat impliceert tegelijk – omdat deze clusters meestal onderling op gespannen voet staan – dat er oog is voor de betrekkelijkheid van elk beginsel en elk cluster. Aan elk beginsel kan evengoed te veel als te weinig gewicht worden toegekend’.⁸⁹ Kortom, een goede en zorgvuldige discussie over maatvoering die tevens recht doet aan de context waarin een applicatie tot ontwikkeling komt, vraagt om een doordachte, expliciete en openlijk bespreekbare (publiekelijk te verantwoorden) afweging tussen clusters van beginselen in plaats van het stuk voor stuk nalopen en de maat nemen van individuele beginselen, zoals momenteel vrijwel altijd het geval is.⁹⁰

5.3 Verbonden verantwoordelijkheid

De laatste denklijn die ik, ter afsluiting van dit preadvies, wil neerzetten raakt niet aan een inhoudelijke maar een institutionele kwestie. Een overheid die op digitaal vlak van gedaante is veranderd, moet de vraag onder ogen zien of ze zich ook in organisatorisch opzicht heeft aan te passen. Een op informatieniveau verknoopte overheid verlangt een institutionele structuur die past bij de nieuwe realiteit en is voorzien van de nodige slagkracht. Op deze plaats werk ik dit punt uit voor de noodzakelijke verantwoordelijkheidsstructuur. Paragraaf 2.3 schetste de versplintering van verantwoordelijkheid of zelfs een de facto ‘verdwijnen’ van verantwoordelijkheid nu verschillende partijen niet anders kunnen dan naar elkaar doorverwijzen, omdat de informatietechnologische slag die is gemaakt simpelweg niet in verantwoordelijkheden is vertaald. Enerzijds komt dat omdat traditionele kolommen van beleid en uitvoering zich slecht verhouden tot de trend dat informatie steeds meer in ketens en netwerken wordt gebruikt, uitgewisseld en bewerkt. Anderzijds gaan de zaken ook juridisch wringen. De vraag is bijvoorbeeld of altijd wel één concrete organisatie is te duiden als ankerpunt voor de invulling van het concept van ‘verantwoordelijke’ uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De Wbp hanteert het begrip verantwoordelijke als instrument voor de toedeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden die uit de wet voortvloeien en gaat daarbij uit van een helder aan te duiden en aan te spreken organisatie, namelijk degene die doel en middelen van de verwerking bepaalt. Tegelijkertijd wordt duidelijk dat dit concept lang niet altijd meer adequaat en effectief valt te operationaliseren in een ‘genetwerkte’ samenleving.

89 WRR 2011, p. 85.

90 Illustratief is de wijze waarop de regering redeneert in het Wetsvoorstel regeling van het vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl/ministeries/venj/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/01/11/wetsvoorstel-regeling-van-het-vastleggen-en-bewaren-van-kentekengegevens-door-de-politie.html.

Natuurlijk had de wetgever, zo hebben we hiervoor gezien, bij de introductie van authentieke registraties aandacht voor het vraagstuk hoe coördinatie en verantwoordelijkheid georganiseerd moeten worden als gegevens domeinoverstijgend in netwerken en ketens van overheidsorganisaties rondgaan en meervoudig worden gebruikt. Maar ook hier bleek de praktijk weerbarstig zo liet het betoog in paragraaf 2.1 zien. Daarbij komt dat we het voor de omgang met andere dan dergelijke generieke basisgegevens zonder een meer horizontaal georiënteerde visie en de bijbehorende mechanismen moeten stellen.⁹¹ Zo raken gecreëerde profielen (beelden) van burgers in termen van verantwoordelijkheid ‘verweesd’. Is het voor burgers soms nagenoeg onmogelijk om incorrecte informatie te corrigeren, terwijl ze in hun interactie met de overheid ondertussen wel met de gevolgen daarvan worden geconfronteerd. Wie naar informatieketens kijkt, ziet dat de verantwoordelijkheid voor de technische uitvoering op de ene plaats wordt belegd, terwijl als het aankomt op zaken als informatiebeheer, informatiegebruik en daarbij behorende bevoegdheden, vele andere instanties wat betreft verantwoordelijkheid in beeld zijn en daarmee op andere plaatsen zijn belegd. Illustratief in dit opzicht is het EPD, waarin zowel (commerciële) zorgverzekeraars, (semi-publieke) zorgverleners als overheidsinstellingen (geestelijke gezondheidszorg) samenwerken en gegevens uitwisselen. Ieder van deze actoren heeft eigen (al dan niet wettelijk verankerde) bevoegdheden en verantwoordelijkheden. En daarmee heeft ook ieder van deze actoren eigen beleid en eigen procedures. Bij welk loket in deze complexe wirwar van gebruikers en verantwoordelijken moet een burger dan aankloppen als hij wordt geconfronteerd met een foutief gegeven? De kans is groot dat niemand binnen het conglomeraat van samenwerkende partijen het gevoel heeft dat het zijn of haar fout was die aan de ellende van de burger ten grondslag lag. Kortom, burgers die de bestandsvervuiling van de overheid moeten zien te corrigeren vinden daarvoor geen eenduidige ingang. Het netwerk van organisaties dat zich het lot van deze burgers aantrekt, is noch dekkend noch berekend op die taak. Sommige initiatieven zijn slechts tijdelijk, voor anderen vallen individuele problemen buiten de taak, velen hebben nauwelijks personeel en middelen en geen enkele organisatie heeft daadwerkelijk de doorzettingsmacht om fouten in het achterliggende netwerk te corrigeren. Ook de Nationale Ombudsman moest, in de eerdergenoemde zaak van Kowsoleaa, constateren dat een daadwerkelijke correctie van foutieve informatie onmogelijk bleek. Kortom, wat ontbreekt, is doorzettingsmacht van een organisatie bij fouten in registraties, bij onwil van publieke organisaties om in geval van onjuiste gegevens dit terug te melden aan de instantie die het beheer voert over de authentieke registratie en meer algemeen bij situaties waarin geen enkele organisatie zijn verantwoordelijkheid voor problemen en fouten in de geketende systemen wenst te nemen.

Het is daarom gewenst de groeiende onoverzichtelijkheid van verantwoordelijkheidsverdeling te adresseren en verantwoordelijkheid helderder te beleggen. Daartoe kunnen verschillende wegen worden bewandeld. Ten eerste via de band van de *accountability* van de overheid. Die kan vorm gegeven worden via een 1) radicale

91 Zie ook: Borst 2009, p. 262.

decentralisatie, met andere woorden elke instantie die gebruik mag maken van persoonsgegevens is ook verantwoordelijk voor de juistheid daarvan of 2) radicale centralisatie, hetgeen wil zeggen dat er één loket is dat de klacht niet alleen opneemt, maar ook afhandelt. De eerste weg is in lijn met de recente uitspraken van zowel de Europese Commissie als de Artikel-29 Werkgroep⁹² om *accountability-based mechanisms* te versterken en beter te verankeren in de te amenderen Europese Privacyrichtlijn.⁹³ De tweede weg is twee jaar geleden voor wat betreft identiteitsfraude ingeslagen in de vorm van het instellen van een meldpunt dat de klachten van vastgelopen burgers overneemt en probeert op te lossen.⁹⁴ Eerder was deze weg al bepleit door de Nationale Ombudsman.⁹⁵ Een derde weg loopt via de band van transparantie, waarbij ICT wordt ingezet om de transparantie van overheid voor de burger te vergroten in aanvulling op de huidige hoofdzakelijk eenzijdige transparantie van de burger voor de overheid. Dat kan bijvoorbeeld de vorm aannemen van 3) radicale transparantie, waar in landen als Estland en Hong Kong voor is gekozen.⁹⁶ In deze landen kan met behulp van een zeer geavanceerde identiteitskaart toegang worden verkregen tot een persoonlijke interface, waarop te zien is welke organisaties welke informatie van de betreffende persoon hebben, wie die informatie heeft opgevraagd enz. Op basis van deze informatie kan de burger zelf zijn weg naar de verantwoordelijke instantie vinden.

De WRR beveelt in het rapport iOverheid aan om *accountability* van een duidelijk 'adres' te voorzien. 'Net zoals de overheid bij haar dienstverlening streeft naar een één-loket gedachte, zou de overheid ook bij de functie van correctie naar één ingang moeten streven.' Deze iAutoriteit moet ervoor zorgen dat misrepresentaties van burgers in de *backoffice* en overige systemen van de overheid daadwerkelijk worden gecorrigeerd. Hier moet het probleem letterlijk uit handen van de burger genomen worden om het in de ketens en netwerken recht te zetten en op te lossen. Dit is een radicale centralisatie van het beginsel van *accountability*. De huidige mogelijkheden om decentraal en via verschillende instanties en toezichthouders fouten te corrigeren die in het netwerk zijn opgenomen, zijn volgens de WRR door de jaren heen onvoldoende gebleken. Bij deze iAutoriteit moeten expertise en een persoonlijke behandeling worden gecombineerd met een stevige doorzettingsmacht ten opzichte van de organisaties die het netwerk van de *backoffice* van de overheid bevolken. Die doorzettingsmacht is van groot belang want als deze ontbreekt, neemt de iAutoriteit

92 De Werkgroep 29 is de groep van gezamenlijke toezichthouders op de gegevensbescherming van de diverse EU-landen.

93 Zie het document WPr68 (*The Future of Privacy*) van december 2009 alsmede de Opinion van de Article 29 Working Party van 13 juli 2010. Tevens de toespraak van Eurocommissaris Reding bij de bijeenkomst van de Working Party, 16 juli 2010.

94 Zie www.overheid.nl/identiteitsfraude.

95 Nationale Ombudsman, Jaarverslag over 2008, Den Haag 2009. Zie eveneens paragraaf 4.1. van mijn bijdrage in de bundel ter gelegenheid van het 25-jarig jubileum van de Nationale Ombudsman: J.E.J. Prins, 'Technocratie en de toekomstagenda van de Nationale Ombudsman', in: *Werken aan behoorlijkheid. De Nationale Ombudsman in zijn context* (jubileumbundel 25 jaar Nationale Ombudsman), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, pp. 111-134.

96 Zie: U. Vallner, 'The Estonian IT Interoperability Framework', *Baltic IT&T Review*, 2006, no. 2, p. 42-47.

simpelweg de gemankeerde positie van de burger over wanneer deze door de verschillende organisaties van het kastje naar de muur wordt gestuurd.⁹⁷ Dan is het probleem slechts verplaatst, maar niet opgelost. Overigens, zo concluderen we als WRR, moet goed worden doordacht in welke mate burgers toegang hebben tot de iAutoriteit. Enerzijds moet het herkenbaar en laagdrempelig zijn, maar anderzijds zou een te lage drempel het voor bepaalde burgers wellicht te gemakkelijk maken om zand in de machinerie van de digitale overheid te strooien, aangezien dit model relatief grote inspanningen aan de kant van het bestuur veronderstelt.

97 Aldus ook de raadadviseur van het ministerie van Veiligheid en Justitie, J.H.A.M. Grijpink, tijdens de 17 december 2009 bij het ministerie van BZK gehouden kenniskamer Privacy (p. 23 van het verslag dat november 2010 werd gepubliceerd door het Rathenau Instituut).

6 Ten slotte

Alhoewel de realiteit doet vermoeden het vooral de bedenkers en initiatiefnemers op primair het uitvoeringsniveau zijn die bij de uitbouw van de digitale overheid aan het roer staan⁹⁸, zijn het ten principale regering en parlement die als vormgevers aan de tekentafel hebben te staan. De versterking van de kwaliteit van de verdere digitalisering is dan ook voor een belangrijk deel tot de taak van de wetgever te rekenen, waaronder zeker ook het parlement als medewetgever. Dat betekent dat het ontwikkelen van scenario's gestoeld op de geschetste denklijnen en de achterliggende keuzes, de nodige en vooral ook tijdige aandacht van zowel regering als parlement impliceren. Juist vanwege de grote dynamiek en complexiteit van de ontwikkelingen is het van groot belang dat tijdig de juiste vragen gesteld kunnen worden. Om de discussie op dat niveau aan te zwengelen, ligt er absoluut ook een rol voor de pleitbezorgers met een overkoepelend werkterrein, zoals de Algemene Rekenkamer, de Nationale Ombudsman en uiteraard het College Bescherming Persoonsgegevens. Deze zouden (voor zover ze dat niet al doen) zich niet uitsluitend moeten beperken tot de applicaties, maar ieder voor zich een ander facet van de meer omvattende iOverheid moeten belichten: de Rekenkamer de beheersbaarheid van het geheel, de Nationale Ombudsman de band tussen de overheid en haar burgers, en het CBP de informatiehuishouding voor zover het persoonsgegevens betreft. Ook de (wetgevingsadviserende tak van de) Raad van State dient hier een rol te vervullen, onder meer door tussen de wetgevingsadviezen (die vaak een enkele applicatie betreffen) een consistente lijn te ontwikkelen aangaande de wetgevingskwaliteit van de iOverheid. Waar al deze instanties op hun manier de vinger op zouden moeten leggen is, kort gezegd, dat de digitalisering van de overheid uiteindelijk in hoge mate politiek is. Maar waarbij het uiteindelijk wel aan het recht is, de daartoe zo noodzakelijke piketpalen te slaan. Om aldus recht te doen aan de digitale werkelijkheid.

⁹⁸ Zie Deel II van het WRR-rapport 2010.

Stellingen

1. De identiteitsinfrastructuur is een publiek belang, wat noodzaakt tot visieontwikkeling door politiek, beleid maar zeker ook wetgever.
2. 'Maatvoering' bij digitalisering staat onvoldoende op de controlerende en (mede)wetgevende radar van ons parlement.
3. Effectieve *accountability* in een digitaal verknoopte overheid is alleen te garanderen via een duidelijk institutioneel verankerd 'adres' geëquipeerd met doorzettingsmacht.

Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden

Dr. mr. C.J.M. Schuyt*

1	'Dat maakt besturen moeilijker', introductie van het probleem	119
2	Wordt het besturen moeilijker?	123
3	Vier functies van het bestuursrecht	126
4	Burgers als informatievragers en als informatiedragers: wat digitale informatie met ons kan doen	132
4.1	Informatie vragen is informatie dragen	132
4.2	Optimisme en pessimisme	135
4.3	Informatie en kennis	138
4.4	Techno-realisme	139
5	Directe toepassingen in het bestuursrecht: wetgeving, openbaar bestuur en rechtspraak	141
5.1	Wetgeving	141
5.2	Het openbaar bestuur	144
5.3	Bestuursrechtspraak	148
6	Indirecte gevolgen van digitalisering: de retorische wending in samenleving en recht	153
6.1	Naast elkaar in plaats van na elkaar	153
6.2	Van dogmatiek naar retoriek en weer terug	155
6.3	Overheid en burgers in het digitale tijdperk	158
	Stellingen	162

* Kees Schuyt is lid van de Raad van State.

I ‘Dat maakt besturen moeilijker’, introductie van het probleem

Snelheid, veelheid (massaliteit), individualiteit, lage kosten, decentralisatie met een lichte neiging tot anarchie zijn belangrijke kenmerken van de digitale revolutie. Die ontstond rond 1965 enigszins toevallig uit de samenwerking tussen een militair-strategische denktank en de Amerikaanse universiteiten MIT en UC Berkeley (Arpanet¹). In 1975 kwamen de vruchten ervan, bij de introductie van de personal computer², onder het bereik van individuele burgers. Sindsdien heeft de digitalisering nog enkele versnellingen gekend: door de vele toepassingen van de nieuwe microchips, de ontwikkeling van onderop van het World wide web (www) in 1989 bij Cern in Genève en in de daaropvolgende jaren negentig door de verbindingen tussen browsers via het Hyper Text Transfer Protocol (http).³ Daarna volgden snel de commerciële toepassingen door de besturingssystemen van Microsoft⁴ (Windows 1996) en Explorer (1998) te verbinden met het internet. Na de eeuwwisseling viel de opkomst van de sociale media (weblogs, Hyves, Facebook, Twitter, LinkedIn). In 2010 werden Ipad en Ipad geïntroduceerd, zodat nu elke burger van de eenentwintigste eeuw gerustgesteld kan zeggen: Iphone, dus ik besta. De zesde digitale revolutie, met weer nieuwe technologische toepassingen, is reeds aangekondigd.

Juridische conflictbehandeling in individuele gevallen, die soms jaren in beslag neemt, staat haaks op snelheid en massa. Het is dan niet verwonderlijk dat de vraag opkomt naar de gevolgen van deze digitale revoluties voor het recht, in het bijzonder voor de verhouding tussen overheid en burger in het bestuursrecht. Maar deze ogenschijnlijk vanzelfsprekende en simpele vraag valt nauwelijks te beantwoorden. Het digitale tijdperk is net begonnen, zodat het beschrijven, laat staan het voorspellen van de veronderstelde causale gevolgen ervan voor overheid en samenleving ondoenlijk is. Daar komt bij dat een beschrijving van de aan verandering onderhevige relatie tussen overheid en burger – het tweede deel van de vraagstelling – ook

1 J. Abbate, *Inventing the internet*, Cambridge, Mass.: MIT Press 1999. Zie ook: WRR, *Van oude en nieuwe kennis, de gevolgen van ICT voor het kennisbeleid*, Den Haag: Sdu 2002, p. 62-69.

2 De ontwerper Ed Roberts bood in januari 1975 in het blad *Popular Electronics* een computer met 256 geheugenbites aan voor 397 dollar. Op één middag verkocht hij er 400 van en was op slag rijk. Zie voor deze geschiedenis: R. Lanham, *The Electronic Word, democracy, technology and the arts*, Chicago: The University of Chicago Press 1993, p. ix.; B. Gates, *The road ahead*, London: Viking 1995, p. 15-17.

3 Zie voor de ontwikkeling van internet en www A.L. Barabasi, *Linked, how everything is connected to everything else and what it means for business, science and everyday life*, New York: Penguin Books 2003, p. 143-178.

4 B. Gates, *The road ahead*, London: Viking 1995, p. 60-64.

buiten de context van digitalisering al geen sinecure is. 'Overheid' en 'burger' zijn abstracte begrippen die verwijzen naar een grote variëteit aan maatschappelijke verschijnselen, organisaties, groepen en afzonderlijke individuen, die pas in een concrete context hun betekenis krijgen: burgers als kiezers van de samenstelling van een gemeenteraad of als gekozen leden van het nationale parlement roepen andere noties op dan burgers die om rechtsbescherming vragen 'tegen de overheid'. Aanvragers van een rijbewijs of paspoort zijn eerder klanten dan meebeslissers bij de uitvoering van gemeentelijk beleid. Er zijn brave en boze burgers, actieve en niet-actieve, bedreigde en geïsoleerde burgers en al deze typen manifesteren zich in verschillende gedaanten en in uiteenlopende situaties. Wil de vraagstelling van dit preadvies niet een vergelijking worden met vele onbekenden, dan dient de ambitie ervan beperkt te zijn.

Er kan onderscheid gemaakt worden tussen directe toepassingen van de digitale revolutie in het bestuursrecht op korte termijn (bijvoorbeeld tele-conferenties, digitale dossiers, e-consult bij wetgeving) en indirecte gevolgen voor het recht op langere termijn, die zich zullen kunnen voordoen via veranderingen in denken en doen in het economische, het sociaal-politieke en culturele leven. Deze iets langere termijn onder ogen zien is speculatief van aard (letterlijk: met een bespiegelende blik gewaagd vooruitkijken). Maar het stelt indringende vragen over de mogelijk veranderende basis van het overheidsgezag, de aard en de wijze van besturen, de wijze van juridische conflictbehandeling (liefst snel, trefzeker en goedkoop) en tenslotte over de aard van de gemeenschap van verantwoordelijke burgers. Hoe zal het besturen van (overheids)organisaties veranderen onder invloed van goed geïnformeerde, snel met elkaar communicerende groepen van burgers? Wordt besturen moeilijker of juist gemakkelijker? Worden democratische instellingen en de democratische besluitvorming bevorderd of juist gehinderd door de vele mogelijkheden van elektronische informatievoorziening en digitale technologieën? Worden *face-to-face* rechtszittingen⁵ in de toekomst vervangen door Facebook-to-Facebook-klantenkringen met een eigen e-mediation? Brengen de sociale media regeringen om de haverklap ten val of versterken ze de sociale cohesie van een samenleving? Wordt de overheid de gevreesde Big Brother of een arme Gulliver, de door duizenden draadjes vastgebonden reus op lemen voeten, die niets kan uitrichten?

Om alvast een voorschot op de beantwoording van dergelijke, lastige vragen te geven, citeer ik een geplaagde bestuurder van een geplaagde grote organisatie: 'De nieuwe media op internet en de gedrukte pers kraken met het grootste gemak de club af. Tegenwoordig zitten honderdduizend mensen de hele dag te kijken op hun beeldscherm naar diverse sites wat er bij Ajax gebeurt. Dat maakt besturen moeilijker.'⁶ Het gaat hier niet om een overheidsorganisatie en ik zie nog geen gemeentebestuur dat per dag honderdduizenden mensen naar het scherm trekt, maar de lust en de last van het grote getal manifesteren zich in dit citaat duidelijk. Vorm en inhoud van het besturen van organisaties zullen onder de vloed van elektronische informatieverspreiding ongetwijfeld veranderen, al kan niemand de snelheid waarmee dit gebeurt

5 J.H. Turner, *Face to Face, Towards a sociological theory of interpersonal behavior*, Stanford: Stanford University Press 2002.

6 Sportpagina NRC Handelsblad, 26 februari 2011.

voorspellen. Eén conclusie durf ik reeds te trekken: in een samenleving waarin de verhouding tussen overheid en burgers aan snelle veranderingen onderhevig is, dienen de fundamentele uitgangspunten van het bestuursrecht opnieuw scherp en helder geformuleerd te worden, bijvoorbeeld naar analogie van het Algemeen Deel van de Asser-serie⁷, opdat gezagsdragers en burgers gelijkelijk, niet alleen weten waar ze aan toe zijn en waar hun grenzen liggen in de ogenschijnlijk onbegrensde wereld van Cyberspace⁸, maar vooral doordrongen worden van de wijze waarop ze de langzaam opgebouwde beschaafdheid (*civility*)⁹ van een burgerlijke samenleving zullen kunnen continueren. Want voor overheid en burgers in de eenentwintigste eeuw geldt nog steeds de waarschuwing, die Oliver Wendell Holmes in de negentiende eeuw (1881) voorhield aan zijn collega-juristen in de twintigste eeuw: ‘the laws that govern manners contain many true and unchanging principles mingled with much that is untrue, unimportant, and transitory.’¹⁰ Hoe in het digitale tijdperk het onbelangrijke te onderscheiden van het belangrijke, het onveranderlijke rechtsbeginsel te herkennen temidden van snel voorbij stormende informatie, is de moeilijke opgave, waar dit preadvies slechts een onvolledige en verkennende poging toe doet, in de vorm van een ‘essay’, een proeve of probeersel, in de oorspronkelijke zin van het woord.

Er is al veel veranderd in het zojuist aangebroken tijdperk van de elektronische informatievoorziening. Wat vroeger slechts in sprookjes bestond, zoals het op een vliegend tapijt over de huizen vliegen, kan nu met behulp van Google Earth gemakkelijk bereikt worden: een vrij nauwkeurige inzicht van straat en huisnummer, zij het nog steeds op een plat scherm geprojecteerd en dus niet helemaal echt, maar net echt. Oude spreekwoordelijke wijsheden, zoals *you can't have a cake and eat it too* verliezen hun kracht nu men een belangrijk schaars goed, een elektronisch bestand, kan hebben, houden én tegelijk als de wonderbare broodvermenigvuldiging honderdvoudig kan uitdelen, opeten en uiteindelijk toch zelf nog bezitten; dit alles met de snelheid van het licht en tegen niet noemenswaardige kosten. Teksten en taken, wetten en wetenschap zullen gemakkelijker worden gedeeld. De individualistische basis voor wetenschap en cultuur, zo kenmerkend voor de negentiende en twintigste eeuw, zal langzaam kunnen worden getransformeerd in een gemeenschappelijke coöperatieve onderneming. Toegang tot informatie wordt belangrijker dan intellectuele *eigendom*. Als de VAR werkelijk een revolutionair preadvies over dit revolutionaire onderwerp had willen verkrijgen, had dit via het moderne LinkedIn-device (een interactief sociaal medium voor beroepsgenoten) kunnen geschieden. Alle aangesloten leden worden uitgenodigd om hun eigen ideeën over de gevolgen van de digitale revolutie voor het bestuursrecht te formuleren, naar elkaar toe te zenden, commentaar te leveren op elkaars ideeën, en na reflectie, al of niet gecorrigeerd, in een tweede ronde definitief op te sturen. De oogst aan ideeën zou groots

7 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1954, tweede druk.

8 J. de Mul, *Cyberspace Odyssey*, Kampen: Klement 2003 (zesde druk 2010).

9 St.L. Carter, *Civility, manners, morals and the etiquette of Democracy*, New York: Basic Books 1998.

10 O.W. Holmes, *The common law*, edited by M. De Wolfe Howe, Boston: Little Brown and Company 1963 (oorspronkelijke eerste uitgave 1881).

zijn¹¹. De interessante vraag of ditzelfde procedé toepasbaar is op het maken van wetgeving (*e-legislation*) zou ongetwijfeld originele antwoorden hebben uitgelokt.

De oorsprong van dit interactieve sociale medium ligt in de mathematische beslissonde. Als men snel wil schatten hoeveel bonen er zitten in een hele grote zak met koffiebonen, dan is de beste schatting die het dichtst in de buurt komt van de werkelijke hoeveelheid bonen, het *gemiddelde* van alle individuele schattingen (mits er voldoende zijn). Twee weten meer dan één. Twee duizend nog meer. Men noemt dit tegenwoordig *the wisdom of the crowd*.¹² Dit getalsmatige principe past men automatisch toe op andere, niet cijfermatige, vraagstukken en probleemoplossingen, nu de technische mogelijkheden om ieders individuele schatting of opvatting te vernemen en met elkaar te verbinden zo eenvoudig geworden zijn. Wordt dit de besluitvorming van de toekomst, een nieuwe vorm van inspraak, typisch voor de eenentwintigste eeuw? Fantasie of werkelijkheid? Zelf ben ik gewend, op goede historische gronden, de menigte voor geen cent te vertrouwen, maar misschien is dit standpunt nog te veel van de twintigste eeuw¹³ en wordt het door de nieuwe generaties als achterhaald en overbodig wantrouwend ter zijde geschoven. Utopie of dystopie? De amorfe, opdringerige en vaak irrationele menigte van de twintigste eeuw wordt door de technologische revolutie veranderd in een grote verzameling individuen, waarin massaliteit en individualiteit op creatieve wijze samen kunnen gaan. Of dit tevens de opdringerigheid en irrationaliteit van veel boodschappen op internet en het web vermindert, valt nog te bezien. Enkele van deze vragen zal ik in het vervolg proberen te beantwoorden.

11 Dit procedé is gevolgd door de interactieve website van de Edge Foundation, New York. Daar werd aan 151 wetenschapsbeoefenaren, kunstenaars, journalisten en computerspecialisten de vraag voorgelegd: 'Is the internet changing the way you think?'. De 151 antwoorden, variërend van één tot vijf bladzijden, werden gepubliceerd in: Edge Foundation, *The net's impact on our minds and future*, edited by John Brockman, New York: Harper Collins Publishers 2011 (Nederlandse vertaling, Utrecht: Maven Publishing 2011).

12 J. Surowiecki, *The wisdom of the crowd, why the many are smarter than the few*, London: Little Brown 2004.

13 Cf. K. Baschwitz, *Denkend mens en menigte, de massapsychologie en het gedrag van de massa: de lijdzame meerderheid en de gewelddadige minderheid*, Antwerpen: Leopold Uitgeverij 1973; zie ook: J.S. McClelland, *The crowd and the mob, from Plato to Canetti*, Londen: Unwin Ltd 1989.

2 Wordt het besturen moeilijker?

Een maatschappelijk verschijnsel, bijvoorbeeld een sterke individualisering, dat na de opkomst van een ander maatschappelijk verschijnsel, bijvoorbeeld technologische vernieuwing, op de voorgrond treedt, hoeft er niet per se door veroorzaakt te zijn. *Post hoc, non ergo propter hoc*. Deze wetenschapsfilosofische waarheid en waarschuwing wordt vaak uit het oog verloren als men onoverzichtelijke en vaak verwarring wekkende sociale verschijnselen wil duiden of verklaren. De verhouding tussen overheid en burger verandert niet uitsluitend onder invloed van digitalisering. Er is geen nulpunt, als ware het een nul-meting, van waaruit de veranderingen kunnen worden afgelezen. De historische context is vaak krachtiger en meer bepalend. Tendensen, zoals een toenemende individuele mondigheid van burgers of een toenemende behoefte bij de overheid aan meer informatie over haar burgers, kunnen worden versterkt door de vele mogelijkheden, die digitalisering biedt, maar worden niet uit het niets gecreëerd.

Wie de laatste decennia van de vorige eeuw in ogenschouw neemt, ziet reeds een toenemende emancipatie van de burger ten opzichte van de overheid, culminerend in het beeld van de mondige burger. Dit beeld is min of meer gecodificeerd in de Algemene Wet Bestuursrecht, die in 1994 in werking is getreden. Maar ook deze 'Awb-mens' heeft een voorgeschiedenis, die met de toepasselijke woorden van F.H. van der Burg kan worden aangeduid als de periode 'van onderdaan tot burger' (1965-1990). Na een onstuimige, maar maatschappelijk kalme periode van naoorlogse wederopbouw, waarin het gezag en de macht van de overheid ten opzichte van de burger onkwetsius was, komt er vanaf ongeveer 1965 een roep om participatie en inspraak. Burgers worden zich meer bewust van rechten ten opzichte van de eigen overheid en dit toegenomen bewustzijn uit zich op verschillende manieren, zoals het streven naar verbeterde toegang tot het recht en naar recht op rechtsbijstand en ongeveer tezelfdertijd het streven naar de instelling van een ombudsman (gerealiseerd in 1982). 'Rechtsbescherming tegen de overheid' wordt een saillante benaming van dit deel van het bestuursrecht, dat mede daardoor van karakter verandert. Het geschrift van Van der Burg en Cartigny beschrijft onder dezelfde titel deze ontwikkeling en is er zelf het levende bewijs van.¹⁴

Een kleine crisis in het vertrouwen van de bevolking in de rechterlijke macht (1965-1972) werd gekeerd door de instelling van twee commissies ter herziening van de rechterlijke organisatie (Commissie Wiersma en daarna de Commissie Van Zeben), waardoor de emancipatie van burgers ten opzichte van de overheid samen gaat vallen met plannen tot fasegewijze integratie van de bestuursrechtspraak in de rechterlijke

¹⁴ F.H. van der Burg en G.J.M. Cartigny, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, derde herziene druk met medewerking van G. Overkleeft-Verburg, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982.

organisatie. Het logische eindpunt van deze emancipatie van de burger is de Awb. Het in de Awb naar voren komende beeld van de burger is: zelfstandig handelend, goed geïnformeerd, alert reagerend, geen verplichte rechtsbijstand behoevend; een beeld dat niet altijd met de werkelijkheid van het bestuurs- en bestuursprocesrecht overeenkomt. Het in werking treden van Awb in 1994 wordt weleens als een waterscheiding gezien tussen enerzijds de ordenende en toezichhoudende functie van het bestuursrecht, anderzijds de rechtsbeschermende. Vóór 1994 lag het accent op de eerste functie, nadien komt steeds meer de beschermende functie naar voren.¹⁵ De burger is een figuur geworden waar de overheid terdege rekening mee moet houden.

In een volgende periode wordt de burger klant (1990- 2010). Rond 1990 wordt onder invloed van *New Public Management* (geïnitieerd door de latere Nobelprijswinnaar V. Ostrom en gesteund door de invloedrijke publicatie van Osborne and Gaebler¹⁶) de overheid bij voorkeur metaforisch aangeduid als onderneming (BV Nederland). En een onderneming heeft klanten die bediend willen worden: meer service, meer informatie en transparantie. De burger wordt een klant die op zijn/haar wenken bediend wenst te worden. Burgers gaan zich in reactie op de gewenste metaforische gedaanteverandering van de overheid dan ook gedragen als consumenten en stellen hoge, vaak te hoge, eisen en verwachtingen aan het openbaar bestuur. Ze trekken zich menigmaal boos en teleurgesteld terug als de overheid niet aan al deze – vaak tegenstrijdige – verwachtingen kan voldoen. Deze teleurgestelde burger is het tegenovergestelde van de actieve, betrokken burger, die als *co-decisionmaker* een bijdrage zou willen leveren aan de politieke en bestuurlijke besluitvorming. Deze burgers zijn vaak minder goed opgeleid en geïnformeerd. Dat hoeft ook niet want ‘klant is koning’.¹⁷ Veeleisende burgers maken het de overheid lastig. De befaamde kloof tussen burger en bestuur kan heel goed verklaard worden uit deze *revolution of rising expectations*, waarin machtsverschillen (in dit geval tussen burger en overheid) kleiner worden en daardoor tot grotere frustraties en conflicten aanleiding geven.¹⁸ Dit geldt ook voor de Awb-mens: verbeterde mogelijkheden tot rechtsbescherming tegen de overheid heeft de beleving van rechtsbescherming niet verbeterd, omdat de verwachtingen van die bescherming evenredig gestegen zijn.

De geëmancipeerde Awb-burger en de klant-burger volgen elkaar niet op in de tijd, maar blijven naast elkaar bestaan en treden gelijktijdig op. Vermoedelijk vertegenwoordigen ze verschillende segmenten van de bevolking. Bij deze twee voegt zich nu, ongeveer vanaf de eeuwwisseling, een derde type burger: de burger als informatievrager en informatiedrager. Met behulp van internet zoeken burgers informatie over allerhande overheidszaken: WOZ-waarden per gemeente, reinigingsrechten

15 R.J.N. Schössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2010, p. 301-302; zie hiervoor ook: M. Schreuder-Vlasblom, ‘Heroriëntatie bestuursrecht-spraak’, in: *Het nieuwe bestuursprocesrecht*, VAR-reeks, 112, Alphen a.d. Rijn: Samsom 1994.

16 D. Osborne and E. Gaebler, *Reinventing Government*, Reading, Mass.: Addison-Wesley 1992 (second printing).

17 J. van der Lans, *Koning Burger, Nederland als zelfbedieningszaak*, Amsterdam: De Balie 2005.

18 De idee van *rising expectations* en de onverwachte gevolgen ervan is voor het eerst beschreven door A. de Tocqueville, *L’ancien régime et la révolution* (1856); Engelse vertaling: A. de Tocqueville, *The old regime and the French Revolution*, New York: Double Day Anchor 1955.

en andere lokale belastingen, leges voor rijbewijzen en paspoorten, beleidsnota's en streekplannen, bestemmingsplanwijzigingen, kadastrale en andere registraties. Ze vergelijken alle informatie en sturen brieven naar hun gemeente als er iets niet klopt. Zo worden ze nette en oplettende 'net-burgers': geëmancipeerd, elektronisch geïnformeerd en assertief-mondig via digitale kanalen. Overheidsorganisaties stellen zich hierop in en variërend per gemeente en departement voldoen ze meer en meer aan de behoeften van deze gedigitaliseerde net-burgers. Maar de overheid ontwikkelt daarmee zelf ook eigen behoeften aan informatie over diezelfde burgers. Ze kan vele gegevens van burgers gemakkelijker dan vroeger verkrijgen of ontrekken, elektronisch verwerken en opslaan in steeds grote data-bestanden: de burger als informatiedrager. Er is een informatiewedloop ontstaan tussen overheid en burger, die als elke andere wapenwedloop, een eigen dynamiek krijgt en waarvan het einde nog niet in zicht is.

Zo is ongeveer de stand van zaken in de verhouding tussen overheid en burger, anno 2010, in de eerste fase van het digitale tijdperk. Ook als deze korte schets beperkt blijft tot de burger in het bestuursrecht – en ik daarmee afzie van een uitvoerige discussie over de burger als kiezer en over de relatie tussen burger en politiek in het digitale tijdperk – is de relatie tussen overheid en burger heden ten dage op zich zelf reeds complex. Daar komt de onbestendigheid en onvoorspelbaarheid van de digitale revolutie(s) nog bovenop, hetgeen de complexiteit slechts vermeerderd. Als iets duidelijk is over de invloed van digitalisering op het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht, is dat nog niets daarvan duidelijk is en dat die duidelijkheid zich voorlopig nog niet aandient. De digitale revolutie is voortgekomen uit de *science of complexity* en bestaat grotendeels ook uit complexe relaties tussen systemen die zelf complex van aard zijn, zodat de oplossing van de vergelijking met vele onbekenden niet gevonden kan worden in simplificatie of in gemakkelijke oplossingen voor lastige en complexe vraagstukken.¹⁹ Wordt besturen in het digitale tijdperk dus moeilijker? Ja, maar het was al een hele tijd vrij moeilijk en de vele mogelijkheden, die digitalisering biedt, zouden ook in een andere richting kunnen wijzen. Het bestuurlijke en burgerlijke leven zou ook heel goed vergemakkelijkt kunnen worden door de zegeningen van de nieuwe technologieën, zoals eerder in de geschiedenis de komst van de boekdrukkunst, het vliegtuig en de telefoon en vele andere uitvindingen van de menselijke geest het leven vereenvoudigd en veraangenaamd hebben.

19 M.C. Taylor, *The moment of complexity, emerging network culture*, Chicago: The University of Chicago Press 2001; St. Umphrey, *Complexity and Analysis*, Oxford: Lexington Books 2002.

3 Vier functies van het bestuursrecht

Het recht zorgt in de samenleving voor een reductie van complexiteit. Deze stellige these van Niklas Luhmann uit de beginjaren zeventig²⁰ van de vorige eeuw roept verbazing op in een tijd die juist gekenmerkt wordt door complexiteit (zie boven) en waarin het rechtssysteem zelf zodanig gegroeid en ingewikkeld is geworden, dat burgers er niet veel meer van snappen en de rechtsdeskundigen het zicht op het geheel dreigen kwijt te raken. Juridisering als oplossing voor het maatschappelijke probleem van sociale complexiteit heeft een vliegwieleffect teweeggebracht van een wijd vertakt systeem van uiterst verfijnde regels en subregels, dat zichzelf blijft versterken in dezelfde complexe richting. Er lijkt geen weg terug meer mogelijk. Toch heeft Luhmann gelijk: het recht reduceert de complexe sociale werkelijkheid van alledag (met haar talloze aspecten zoals persoonlijk toevallige, emotionele, relationele, sociaal-politieke, in sommige gevallen economische aspecten en dergelijke) tot een overzichtelijk gemaakte regeltoepassing. Het doet dit door een verregaande mate van abstractie. Reduceren betekent letterlijk: herleiden tot en de oorspronkelijke betekenis van abstraheren is: los trekken van, afzien van. Door te abstraheren ziet men af van niet-relevant geachte aspecten van een zaak en door die zaak zelf te herleiden tot bestaande algemene regels kan een min of meer overzichtelijk besluit genomen worden. De regels bepalen grotendeels welke aspecten wel en welke niet relevant geacht (mogen en moeten) worden. Rechtsregels scheppen, in de visie van Luhmann, in de moderne samenleving, *gegeneraliseerde verwachtingen* van burgers ten opzichte van elkaar en van burgers ten opzichte van de overheid en omgekeerd. In die en die situaties mag men deze en gene verwachting koesteren ten aanzien van het gedrag van medeburgers. Het gaat hierbij om de algemeenheid: in normale gevallen, zoals die zich algemeen voordoen. De uitzondering vormt geen regel, maar moet juist door bijzondere regels weer tot algemeenheid worden teruggebracht (dat is een weerkerende reductie). Dit proces van abstractie en reductie is vaak moeilijk te volgen door gewone burgers, die de niet-juridisch relevante aspecten blijven benadrukken. Het rechtsproces, algemener: het besluitvormingsproces voor het maken van ieder bindende regels, moet er zorg voor dragen dat dit ingewikkelde sociaal reductieproces door burgers wordt begrepen én aanvaard. Dan ontstaat er legitimiteit van individuele besluiten, alsook van de manieren om besluiten in het algemeen te nemen, bijvoorbeeld door het parlement of door een onafhankelijke

20 N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Verlag 1972; idem, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin: Luchterhand 1969 en idem, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981.

rechter²¹. Een moderne burger moet deze wijze van regelgeving en regeltoepassing begrijpen en aanvaarden, omdat dit tot zijn eigen functioneren en bescherming tegen willekeur en toevalligheid bijdraagt. In feite beschrijft Luhmann het ingewikkelde systeem van een moderne rechtsstaat, met zijn jurisdictie, zijn hiërarchie van regels, de geslotenheid van het stelsel, de vanzelfsprekendheid van het gezag van de overheid als beslissende instantie, die daartoe gelegitimeerd is op grond van de regels van het systeem. Het rechtssysteem verwijst uiteindelijk naar zichzelf als bron van legitimiteit; is dus in moderne termen, een *selfreferential system*, een systeem dat zichzelf in stand houdt, zichzelf alsmat uitbreidt en uit zichzelf ingewikkelder wordt. Het is een typisch twintigste eeuws sociaal bouwwerk.

Houdt dit bouwwerk stand in de eenentwintigste eeuw, waar in het digitale tijdperk hiërarchieën en hiërarchische systemen lijken te hebben afgedaan, waar grenzen (jurisdicties) gemakkelijk worden overschreden, waar individuele belangen en verlangens wereldwijd kunnen worden gepropageerd en individuele prestaties onmiddellijk wereldwijd kunnen worden erkend en beloond (YouTube als springplank voor artistieke bekendheid)? Zullen de snelheid en oppervlakkigheid van elektronisch verbreide informatie het ongeduld van jonge generaties, die met *games* en *joysticks* zijn opgevoed, voeden, zodat de grondigheid en zorgvuldigheid van de juridische reducties van de sociale werkelijkheid niet meer worden (h)erkend? En over welke werkelijkheid heeft men het dan? De echte, de digitale, de werkelijkheid van *second life*?

De massaliteit van informatie, de onbegrensde van communicatie, en de mogelijkheden tot het demonstreren van individualiteit in weblogs, Facebook, Twitter en andere sociale media, zullen in hun combinatie, naar mijn vermoeden, individuele belangen en afzonderlijke groepsbelangen op de voorgrond brengen en algemene belangen of het befaamde Algemeen Belang ter discussie stellen. Als het peilen van de meningen van burgers zo eenvoudig wordt dat bijna iedereen bijna dagelijks in negentien minuten elektronisch een standpunt kan geven over bijna alle onderwerpen van politieke besluitvorming, dan wordt de representatieve basis van de algemeen bindende besluitvorming gemakkelijker aangevochten. Individualiteit van het internet sluit collectiviteit en collectieve emoties over controversiële onderwerpen niet meer uit. Wat is de betekenis van het gelijkheidsbeginsel als iedereen zichzelf als een uniek geval leert zien en als zodanig wordt erkend in Facebook-netwerken wereldwijd? Wat betekent informatievrijheid als de vertegenwoordigers van Wikileaks 248.000 niet openbare bestanden tegelijk deponeren bij de Noorse krant *Aftenposten*?

Met andere woorden, een analyse van de mogelijke invloeden van digitalisering op het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht zal de grondslagen en uitgangspunten van dit specifieke rechtsgebied opnieuw moeten doordenken en opnieuw formuleren wat naar de woorden van Oliver Wendel Holmes belangrijk en onbelangrijk is, wat vergankelijke informatie of onvergankelijke rechtsprincipes omvat. Welke functies van het bestuursrecht zijn blijvend, ongeacht de manier waarop burgers

21 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin: Luchterhand 1969, in het bijzonder de hoofdstukken 2, 3 en 4.

en bestuurders met elkaar communiceren, informatie uitwisselen en tot besluiten komen?

In het bestuursrecht gaat het met name om de *rechtsbetrekkingen* tussen overheid en burger. Deze rechtsbetrekkingen hebben een eigen, zelfstandig karakter, dat zich onderscheidt van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht of de relatie tussen overheid en burger in het strafrecht. In de literatuur worden voor het bestuursrecht vooral de ordenend-normerende functie (het stellen van algemene regels) en de rechtsbeschermingsfunctie benadrukt,²² waarbij de verhouding tussen deze functies onderwerp van discussie is. Daarnaast valt de handhavingsfunctie te onderscheiden: toezicht op naleving van de regels en het stellen van regels die bij dat toezicht in acht genomen dienen te worden.²³ Zelf zou ik hieraan de toedelende functie (allocatie) van het bestuursrecht willen toevoegen: wie krijgt wat in abstracto en in concreto? Het bestuursrecht regelt in algemene zin de verdeling van zeer veel maatschappelijk schaarse goederen (wie is gerechtigd tot een bijstandsuitkering, een studiebeurs, een subsidie, een verblijfsvergunning, een diploma, een arbeidsongeschiktheidsuitkering? hoe wordt de schaarste aan ruimte ordelijk verdeeld? hoeveel geurhinder of geluidsoverlast is wel of niet toegestaan? en zo meer). Enkele van deze goederen of diensten zijn van levensbelang, kunnen soms letterlijk levensreddend zijn of financieel onontbeerlijk voor een fatsoenlijk bestaan. Bestuursorganen delen dergelijke schaarse goederen in concreto toe: burger x ontvangt nu, voor een bepaalde periode, uitkering y of vergunning z. De wetgever bepaalt of en in welke omvang of hoogte een bepaald goed kan worden toegekend, de bestuurder bepaalt wie in dit geval in aanmerking komt voor een uitkering of vergunning. Uiteraard hebben de toedelende regels ook een normerend-ordenende functie, maar vanwege de zeer uiteenlopende bijzondere rechtsgebieden met ieder een eigen (verdeel)problematiek (bijvoorbeeld de ruimtelijke ordening, het sociale zekerheidsrecht, milieurecht, vreemdelingenrecht) is naar mijn mening aparte aandacht voor deze toedelingsfunctie op zijn plaats.

De algemene vraag over de verhouding tussen overheid en burger in het digitale tijdperk is nu: blijven de verschillende functies van het bestuursrecht hun maatschappelijke werking behouden of vinden er verschuivingen plaats in de nadruk die deze functies onderling krijgen? De accentverschuiving van de ordenend-normerende functie naar de rechtsbeschermende functie is hierboven al even aangestipt. Voor de bestuursrechtspraak werd eenzelfde verschuiving in aandacht geconstateerd²⁴. In een samenleving waarin individualisering al een flink eind is voortgeschreden en door digitalisering verder versterkt zal worden, is het waarschijnlijk dat de functie van algemene bestuursregels en de normerende rol van het algemene belang zal worden verzwakt. De druk van specifiek gearticuleerde individuele en groepsbelangen (die vreemde combinatie van collectiviteit en individualiteit door

22 Zie bijvoorbeeld Schlössels en Stroink 2010.; voorts: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2002.

23 T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (eds.), *Recht realiseren, bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005.

24 M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, 2011, p. 41-44 en p. 481-483.

digitalisering) op het bestuur zal groter worden door de grotere toegankelijkheid (via internet) en gevoeligheid (via sociale media) van bestuurders. Bij de behandeling van onvermijdelijke conflicten zal de verleiding om vooral de individuele geschilbeslechting te benadrukken ten koste van het oog op algemene belangen groot worden. De reeds bestaande individuele beschermingsfunctie van het bestuursrecht zal in deze gedachtegang groter worden. Dat is wellicht onvermijdelijk, maar niet zonder gevaar en daarmee wordt een spanning blootgelegd tussen de mogelijke en voorstelbare gevolgen van digitalisering en de bescherming van het algemeen belang. Een algemene normstelling wordt moeilijker in een wereld, waar het op eigen wijze opkomen voor deelbelangen, ondersteund wordt door voorheen ongekende mogelijkheden om informatie te verzamelen, gevallen te vergelijken, en het bijzondere van de eigen situatie te benadrukken. Natuurlijk gebeurde het opkomen voor deelbelangen in vroegere perioden ook al, maar de vanzelfsprekendheid van een afweging van algemeen belang en deelbelang, van het algemene en het bijzondere, van de gegeneraliseerde en de contingente verwachting, door zowel het bestuursorgaan als door burgers zal gemakkelijk kunnen afnemen. Hier raakt een van de bijzondere kenmerken van het bestuursrecht en van de bestuursrechtspraak, door R.W.L. Loeb in 1997 verwoord, in de verdrukking:

‘Sterker dan andere rechtsgebieden wordt het bestuursrecht in verband met de werking van de wet van de grote aantallen beheerst door precedentwerking en de kracht van het gelijkheidsbeginsel. In het bestuursrecht is in beginsel geen geval uniek. Elk geval moet veralgemeend worden tot “gevallen als dit”, om te trachten de implicaties van de te nemen beslissing te overzien. Die abstractie vereist ervaring met de materie. Alleen de bestuursrechter die veel zaken heeft gezien, is in staat het werkelijk bijzondere te ontwaren, als het zich voordoet. Voor de minder ervaren rechter is het gewone al snel bijzonder omdat het onbekend is, met alle gevaren voor het beleid van dien. Bestuursrechtspraak vereist een bepaald soort discipline.’²⁵

Voor het bestuursorgaan dat in individuele gevallen moet beslissen geldt in feite hetzelfde: ‘Het gaat erom dat het bestuursorgaan het te beslissen geval abstraheert – van dit geval, gevallen als dit maakt – door duidelijk te maken, welke aspecten van het geval meebrengen dat de belangenafweging uitvalt, zoals zij doet, teneinde die aspecten in een volgend geval eenzelfde rol te kunnen laten spelen.’²⁶

Bij de vorming van beleid en het maken van beleidsregels, dus niet alleen bij de uitvoering ervan, zullen zich soortgelijke spanningen kunnen gaan voordoen tussen het algemene van de regel en het bijzondere individu of de bijzondere groep. Het bestuur (regering, departement, een college van burgemeesters en wethouders) ontmoet per definitie dilemma’s bij de beleidsvorming en de beleidsuitvoering. Zo zal het immer moeten kiezen tussen enerzijds algemeen (of: universeel) beleid en daarop afgestemde regelgeving en anderzijds specifiek (of: categoriaal) beleid. De wie-vraag in de toedelingsfunctie van ‘wie krijgt wat’ is immers altijd in twee

25 R.W.L. Loeb, ‘Beroep in herziening’, preadvies NJV 1997, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 127e jrg., Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 19.

26 Idem, p. 33.

richtingen te beantwoorden: in universele richting met als standaardvoorbeeld de AOW (alle personen boven 65 jaar, die aan minimumvoorwaarden voldoen ontvangen vanaf de eerste maand waarin ze 65 geworden zijn, een AOW-uitkering) óf in specifieke richting (alleen deze specifieke groep), met individueel maatwerk als uiterste (standaardvoorbeeld is een WAO-uitkering). Beide beleidsrichtingen hebben hun voor- en nadelen: algemeen beleid verhoogt de toegankelijkheid en de sociale effectiviteit, specifiek beleid is kosteneffectief, maar vereist per definitie hoge uitvoeringskosten²⁷ (bijv. de middelentest in de WWB of de individuele keuringen bij arbeidsongeschiktheid). In de sociale zekerheid kunnen de uitvoeringskosten tot 20-25 procent van de totale uitgaven oplopen. Het beleidsdilemma bestaat hierin dat indien de keuze gemaakt wordt in een richting, per definitie de voordelen van de andere richting niet worden bereikt, zodat de nadelen van de eenzijdige keuze zich na verloop van tijd vanzelf weer manifesteren. Het is een eigenschap van alle dilemma's en het bekende probleem van *the road not taken*.²⁸ Het is echter een steevaste verklaring, waarom er altijd groepen burgers zijn (en zullen blijven) die ontevreden zijn over gevoerd beleid en tevens een goede verklaring voor het veelvuldige zigzag-beleid dat door de overheid wordt gevoerd, afwisselend slingerend van het ene uiterste naar het andere uiterste. Eenzelfde slingerpatroon en dezelfde ontevredenheid vindt men bij de twee andere beleidsdilemma's, namelijk de keuze tussen centrale of decentrale uitvoering en tussen financiering van overheidsvoorzieningen uit de algemene middelen of via profijtbeginsel en eigen bijdragen. Als men het een kiest, komen de nadelen altijd met de voordelen naar boven, waardoor via de pressie van specifieke sociale groepen, het beleid weer wordt 'teruggedraaid' en in de andere richting opnieuw wordt uitgezet. *Da capo*. Het beleidsprobleem wordt opgelost door er een ander voor in de plaats te stellen. De ontevredenheid van groepen van burgers wordt verplaatst, maar blijft zichtbaar aanwezig.

In het digitale tijdperk, met zijn natuurlijke neiging tot decentralisatie, beleid van onderop en individuele keuzen, zal derhalve de individualiserende tendens in het bestuursrecht en in de bestuursrechtspraak, die al een tijd aanwezig is, slechts kunnen toenemen en versterkt worden. De behartiging van publieke belangen en de positie van 'het algemeen belang' in de publieke sfeer zal daardoor worden bemoeilijkt of kunnen afnemen. Er kunnen zich meer conflicten gaan voordoen tussen individuele belangen en publieke belangen, zodat de normerend-ordenende functie van het bestuursrecht wordt overschaduwd door de beschermingsfunctie, terwijl de meer individueel gerichte verdelende functie eveneens een ondermijning kan betekenen voor de algemene normering. Nodig wordt derhalve, naar mijn mening, een hernieuwde aandacht voor en bezinning op het Algemeen Deel van het bestuursrecht, waarin de oorspronkelijke redenen voor aandacht aan de algemene normstelling in het bestuursrecht aan een nader onderzoek worden onderworpen of worden opgepoetst. Die redenen zijn: een eerlijke verdeling juist door de algemene normstelling, het tegengaan van willekeur bij de verdeelregels, gelijkheid van burgers als ontvangers van schaarse goederen van de overheid, en de verantwoordingsplicht bij

27 N. Gilbert and H. Specht, *Dimensions of social welfare policy*, Englewood Cliffs: Prentice Hall 1974, p. 54-75.

28 R. Frost, 'The road not taken', in: *Selected poems*, New York: Penguin 1981, p. 77.

de uitdeling van die goederen in concreto door bestuursorganen. Een goed over-
dacht Algemeen Deel Bestuursrecht²⁹, dat deze uitgangspunten van het bestuurs-
recht nogmaals expliciet maakt, zal het openbaar bestuur en individuele bestuur-
ders ten goede komen bij het nemen van beslissingen ten gunste of ten nadele
van hun burgers. Dit deel zal ook de bijzondere positie van de bestuursrechter ten
opzichte van het bestuur aan een nadere analyse kunnen onderwerpen en tot een
positiebepaling kunnen komen ten aanzien van de rol van de bestuursrechter in
concrete geschilbeslechting ‘in het tijdperk van digitalisering’.

29 Deze suggestie is niet nieuw. Vergelijk Loeb 1997, p. 15: ‘Voor vele van zulke terreinen ontbreekt
een met de Asser-serie vergelijkbaar handboek, dat toegang tot de materie verschaft’ (gedoeld
wordt hier op specialistische gebieden van het bestuursrecht, KS).

4 Burgers als informatievragers en als informatiedragers: wat digitale informatie met ons kan doen

4.1 Informatie vragen is informatie dragen

In de periode rond de eeuwwisseling, van ongeveer 1998-2003, bloeide de belangstelling voor het vraagstuk van de invloed van ICT op overheid en samenleving op. De toen zojuist doorgebroken verbreiding en nieuwe toepassingen van internet riepen vragen op over de aanpassing van *regelgeving* op vele terreinen. Commissies gingen aan het werk (o.a. de commissies Grondrechten in het digitale tijdperk, Modernisering GBA, ICT en Stad, Toekomst Overheidscommunicatie, ICT en Overheid). Enkele rapporten hebben de toenmalige inzichten over de te verwachten ontwikkelingen en de te nemen stappen in kaart gebracht. In de publicatie *De invloed van ICT op maatschappij en overheid*³⁰ werd de invloed van ICT (een voor die tijd typerende uitdrukking) op de economie, het recht, en de sociale cohesie onderzocht. Van Klink, Prins en Witteveen beschreven metaforisch de mogelijke rollen van de overheid ‘in de informatiemaatschappij’ als wegwerker, verkeersagent, planoloog en spookrijder en pleitten voor meer communicatieve wetgeving om de vele onzekerheden in een blijvende dialoog tussen overheid en burgers het hoofd te bieden³¹. De Raad voor het Openbaar Bestuur volgde met *Trias Informatica, ICT en overheid in vogelvlucht*³², waarin toen bestaande beelden van burgers, openbaar bestuur en technologie werden geschetst, en waarin een optimistische kijk op de toekomst werd uitgedragen. Met een nieuwe trias ‘vertrouwen, openbaarheid en doelmatigheid’ zou het tijdperk van de informatiesamenleving geen problemen hoeven op te leveren, voor overheid noch burgers en de onderlinge relaties zouden met vertrouwen verbeterd kunnen worden. Het opvallende van deze en dergelijke³³ rapporten is niet het optimisme, als wel het feit dat met de vele nieuwe mogelijkheden van de technologie geen rekening werd gehouden of kon worden gehouden. De snelheid van technologische ontwikkeling is eenvoudig groter dan toen werd verwacht. Er zijn veel meer

30 R. van der Ploeg en C. Veenemans (red.), *De invloed van ICT op maatschappij en overheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001.

31 B. van Klink, C. Prins en W. Witteveen, ‘Het conceptuele tekort, een survey-onderzoek naar de wisselwerking tussen ICT en recht’, in: Van der Ploeg en Veenemans 2001, p. 87-201.

32 Trias Informatica, Raad voor het Openbaar Bestuur, Den Haag: 2003.

33 Bijvoorbeeld Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Ver weg en dichtbij, over hoe ICT de samenleving kan verbeteren*, Den Haag 2000.

mogelijkheden gekomen voor de opslag van biometrische gegevens en informatiewinning via *datamining*. De opkomst van de sociale media met de geheel eigen specifieke toepassingen werd niet voorzien. Er komen steeds meer nieuwe technologieën bij en deze komen niet in plaats van oude en traditionele informatievoorzieningen zoals wetboek, boek, papier, krant en posterijen, ook niet in plaats van de iets oudere-moderne informatietechnieken (fax en email). Er is eenvoudig een nieuwe fase aangebroken in het beginstadium van het digitale tijdperk en thans is het niet meer te voorspellen wat er de komende decennia nog meer te verwachten valt (toepassingen van nanotechnologie). Elke beschrijving is derhalve onvolledig.

De huidige fase kan worden gekenmerkt met twee hoofdkenmerken:

- a. Het gaat om en-én, de vele technische mogelijkheden sluiten elkaar niet uit, sluiten ook het samengaan van oude en nieuwe informatiemedia niet uit, zoals het traditionele boek en het moderne e-boek, maar blijven vrolijk naast elkaar bestaan, en zonder elkaar naar het leven te staan; dit lijkt te leiden tot een pluralistische, enigszins relativiserende, zelfs postmodernistische houding jegens mens en wereld;
- b. Het gaat thans om (informatie)systemen die zichzelf verbinden met andere systemen, zonder dat daar nog mensenhanden aan te pas hoeven te komen: 'dat is de echte impact van internet: dat complexe systemen nu kunnen samenwerken. Daardoor verandert de manier waarop we beslissingen nemen – steeds meer worden beslissingen niet meer genomen door individuen, maar door een verstrengeld, zich aanpassend netwerk van mensen en apparaten'.³⁴

Dit betekent dat de vraag voor de komende tijd niet meer uitsluitend is hoe de regelgeving zich kan aanpassen aan de nieuwe technologie, (hoewel dat uiteraard nodig en belangrijk blijft³⁵), maar hoe de nieuwe technologie invloed gaat uitoefenen op ons denken, doen en handelen en daardoor op de vastgelegde manieren van beslissen, oordelen en waarden in maatschappelijke instituties en bestaande organisaties.

Nieuw zijn in dit opzicht de sociale media: weblogs, Skype, Hyves, Facebook, Twitter, LinkedIn, digikantoren. Kenmerkend voor al deze media is de elektronische verstrengeling van bestaande of nieuw te creëren sociale netwerken, waarbij enerzijds de individuele presentie en presentatie voor de eigen grote groep bevordert wordt (individualisering in combinatie van massaliteit), anderzijds deze groep, hoe groot ook, toch wordt onderscheiden en afgescheiden van andere groepen en zo de sociale cohesie binnen de groep bevordert, maar niet per se tussen groepen. Hoe sterker de binding is binnen één, sociaal homogene groep, hoe groter de kans dat het internet wordt benut om zich af te zetten tegen andere groepen of individuen.

Een klein berichtje of een professioneel artikel (LinkedIn) dat door één individu wordt verzonden, kan door duizenden tot honderdduizenden gelezen worden en er kan op worden gereageerd. Grote bedrijven en internetbedrijven hebben zo een geheel eigen en nieuwe markt van klantenkringen gecreëerd en doen op deze

34 W.D. Hills, 'Het tijdperk van verstrengeling', in: J. Brockman (red.), *Hoe verandert internet je manier van denken*, Utrecht: Maven Publishing 2011, p. 20

35 Zie het preadvies van M. Groothuis in deze bundel.

manier aan ‘klantenbinding’.³⁶ Politici, ook indien ze heimwee hebben naar de oude, vertrouwde, overzichtelijke samenleving, onderhouden via Twitterboodschappen contact met hun electoraat en achterban, en doen zo aan hún klantenbinding. Hoe kort – en daarmee ongenueanceerd – de inhoud van de boodschap ook moet zijn, de vorm van communicatie is het belangrijkste ofwel het feit dat er een communicatief contact is geweest. De nieuwe media gaan fungeren als alternatief voor de vroegere politieke afdelingsvergaderingen. Als overheidsorganisaties (en rechters?) dit voorbeeld gaan volgen, zal de verhouding tussen overheid en burgers van karakter veranderen. De cruciale vraag hierbij is of de sociale binding tussen overheid en burger vergeleken kan worden met die van bedrijf en klant, of met die van kiezer en gekozene. De overheid onderhoudt een relatie met *alle* burgers, niet met een selectie daaruit; rechters hebben geen ‘klanten’, evenmin als een plaatselijk districthoofd van politie.

Om de invloeden van de digitale revoluties op de verhouding tussen overheid en burger te analyseren is het nodig om eerst een korte karakterschets te geven van de *sociaal-cognitieve* eigenschappen van digitalisering (dus met voorbijgaan aan de technische eigenschappen en grondslag). Hoe veranderen verwerving, verwerking en verspreiding van elektronische informatie het denken en handelen van gewone burgers? Willen ze met de verkregen informatie hun eigen overheden beter controleren en hoe zouden ze dat kunnen doen? Welke invloed heeft de voortdurende stroom aan informatie op hun houding jegens de overheid? Omgekeerd, welke mogelijkheden heeft of krijgt de overheid om met een soortgelijke stroom aan informatie het gedrag van burgers (beter) te beheersen, te sturen of te geleiden, om te beginnen bij filevorming in het verkeer? De invloeden zijn wederkerig. Dezelfde technologische mogelijkheden kunnen burgers beter in staat stellen om de overheid ter verantwoording te roepen voor het overheidshandelen (burgers als informatievragers) alsook de overheid om zo veel als nodig te weten te komen van haar burgers (burgers als informatiedragers). Van oudsher, van de Egyptische farao’s tot aan de Franse koningen en moderne democratische regeringen, hebben gezagsdragers immer al gegevens over hun onderdanen verzameld, in het bijzonder ten behoeve van de belastinginning en de (geheime) winning van gegevens over opstandig en afwijkend gedrag, maar de huidige technologie heeft dit gemakkelijker gemaakt.

Het interessante van de huidige digitale revolutie is nu juist dat informatie vragen en informatie dragen steeds meer hand in hand gaan. Wie elektronisch een boek bestelt bij amazon.com vraagt iets en geeft tegelijkertijd een eigen voorkeur weg, die opgeslagen en gecumuleerd belangrijke informatie verschaft aan de verkoper. Dit voorbeeld van e-commerce gaat ook voor andere terreinen op. Wie als patiënt hulp vraagt aan een arts, of zich aanmeldt als cliënt bij een jeugdhulpverleningsinstelling, voedt de informatie van het elektronisch patiëntendossier (epd) en elektronisch kinddossier (ekd), hetgeen later onder omstandigheden levensreddend kan zijn of ook wel een blijvend sociaal stigma kan opleveren. Wie iets vraagt aan overheidsinstellingen, geeft informatie prijs, die dezelfde overheid kan benutten voor haar eigen doelstellingen (al stelt de privacywetgeving beperkingen aan het

36 D.M. Scott, *New Rules of Social Media*, Hoboken, N.J.: Wiley and Sons 2010; zie ook: www.WebInkNow.com of Twitter@dmscott.

benutten van informatie buiten de doelstellingen van de oorspronkelijke vergaring). Als in het stadsvervoer nog uitsluitend met een ov-chipkaart kan worden gereisd, worden automatisch de in- en uitstapfrequenties per halte geregistreerd, zodat de nietsvermoedende burger niet verbaasd hoeft te zijn, als na één jaar plotseling de dichtstbijzijnde halte wordt opgeheven: te weinig passagiers voor die busstop. Dit algemene principe, informatie vragen is informatie aandragen, geldt voor alle terreinen waarop digitalisering wordt toegepast. Verkregen informatie kan zo voor velerlei andere doeleinden worden benut. De vraag is wie hiervan het meest profiteert, overheid of burgers, en of er een evenwicht te bereiken valt in de informatiewedloop tussen overheid en burger. Kan de burger zich nog wel onttrekken aan het automatisch onttrekken van informatie aan zijn eigen vragen en handelen? Is er nog plaats voor een digitale kluizenaar in de informatiesamenleving?

4.2 Optimisme en pessimisme

De beoordeling en waardering van de huidige digitale revolutie vertoont ruwweg enige gelijkenis met de reacties op de uitvinding van de boekdrukkunst, die het werk van duizenden schrijffmonniken overbodig dreigde te maken en met de reacties op de komst van de industriële revolutie in Engeland, met de Ludditen-opstand. Ferwent enthousiasme voor de nieuwe tijd en technologieën botste op diep doemdenken over de teloorgang van samenleving en cultuur. Ondanks het historische gegeven dat de schrijfklerken nog twee eeuwen na Gutenberg hun handmatige werk zijn blijven doen en de oude en nieuwe technieken dus naast elkaar voort bleven bestaan,³⁷ lopen de opvattingen over de gevolgen van de digitalisering van internet en het web, zeer uiteen; op bijna alle punten: over de mogelijkheden van democratie en dictatuur, over het verdwijnen van de oude, vooral Europese leescultuur ten behoeve van een mondiale beeldcultuur (de televisie, de pictogrammen van internet, de geluiden en filmbeelden op internet enz.) en over het nut en nadeel van de overvloed aan informatie. Na de eerste, voorzichtige en sceptische kritieken in de jaren negentig³⁸ op de opkomst van technologische informatie, mengen zich nu enkele goeroe's van het eerste uur, die de ontwikkeling van de digitalisering van harte hebben ondersteund, in het kamp van de sceptici en de tegenstanders van het veelgebruikte internet. Hoewel betrouwbaar wetenschappelijk onderzoek over de langere termijngevolgen van internetgebruik voor ons denken en doen, nog nauwelijks aanwezig is, vliegen de beweringen de wereld rond (in eerste instantie nog steeds vaker in boekvorm dan op het gratis internet!): 'internet maakt ons dommer' (N. Carr³⁹), 'de digitale realiteit maakt onverschillig' (S. Greenfield⁴⁰) en 'internet ondermijnt onze beschaving'

37 S. Birkets, *The Gutenberg Elegies, the fate of reading in an electronic Age*, London: Faber and Faber 1994; R.A. Lanham, 'Elegies for the book' in: R.A. Lanham, *The electronic word*, 1993, p. 199-223.

38 Birkets 1994.; M. Slouka, *War of the World, the assault on reality*, London: Abacus Books 1996; G. Steiner, *Dissenters from the book*, Boston and London: Faber and Faber 2001.

39 N. Carr, *The shallows, what the internet is doing to our brains*, New York: Norton and Company 2010 (Ned. vertaling Amsterdam: Maven Publishing 2011).

40 S. Greenfield, *Tomorrow's people: how 21st-century technology is changing the way we think and feel*, Oxford: OUP 2010.

(A. Keen⁴¹). Tegenover deze pessimistische geluiden staan de enthousiaste omarmingen van de digitale revolutie door de redacteurs van het tijdschrift *Wired*, zoals Kelly, die via internet een perfectere democratie, een betere samenleving, en nieuwe vormen van openbaar bestuur verwacht. Internet is geboren uit een ongeplande organisatie van onderop, is bij uitstek decentraal, gericht tegen geheimhouding en hiërarchische patronen en biedt daarom juist oneindige mogelijkheden en keuzes voor burgers om zich zelf van informatie te voorzien, zichzelf op vele terreinen te scholen en via internet zoveel mogelijk e-boeken te lezen, als maar mogelijk is. Internet wordt een superorganisme waarin kennis op alle gebieden kan worden gedeeld. Zijn ideaal is een fundamenteel met elkaar verbonden planetaire cultuur.⁴² Maar wat Kelly prijst, namelijk ongecontroleerde informatie en verregaande decentralisatie, is voor zijn critici juist een gruwel: ongecontroleerde informatie brengt alleen maar chaos en ongecontroleerde machtsuitoefening.

De kern van de controverse over de (beweerde) gevolgen van de internetcultuur gaat over de omslag van woord- naar beeldcultuur en over de bij de woord-cultuur horende sociale instituties, die sterk verankerd zijn in de negentiende en twintigste eeuwse Europese en Noord-Amerikaanse cultuur, zoals bij uitstek het ideaaltypische Weberiaanse legaal-rationele gezag⁴³: hiërarchisch-bureaucratisch geordend, systematisch en abstract geformuleerde regels met geregelde discretionaire bevoegdheden, door professionele groepen geleid en uitgevoerd, strikte kennisverdeling tussen hoge en lage cultuur. Uitgerekend dit gezagstype komt nu onder druk te staan, wordt bekritiseerd en ondermijnd door de nieuwe cultuuruitingen. De boekcultuur is lineair, het internet breekt daarmee definitief ten gunste van visualisering. 'Het lineaire lezen – dat is het lezen van gedrukte boeken – en het schrijven met de hand stimuleert creativiteit, het kritisch denken en het vermogen tot diepgang. Het internet versterkt daarentegen primaire functies zoals oog-handcoördinatie, de snelheid van reflexen en de verwerking van visuele informatie. Ook het vermogen tot multi-taken verbetert'.⁴⁴

Een lineaire denk-en handelwijze (van a naar b naar c in een logisch geordende, grammaticale volgorde van onderwerp, gezegde en lijdend voorwerp en bijwoord) versus de gelijktijdige ontvangst van vele boodschappen tegelijkertijd, die op een associatieve, niet rationale manier met elkaar worden verbonden. Het is duidelijk dat de (westerse) opbouw van het onderwijs, de economische productie van goederen en diensten, de organisatie van het openbaar bestuur en van andere overheidsorganisaties, de politieke besluitvorming en het rechtssysteem, zo verknoot zijn

41 A. Keen, *The cult of the amateur*, New York: Double Day/Random House 2007 (Ned. Vertaling: *De @-culture*, Amsterdam: Meulenhoff 2008).

42 K. Kelly, *What technology wants*, New York: Norton and Company 2005; Kelly was op de Nederlandse televisie op 24 januari 2011, waar hij deze boodschap herhaalde.

43 M. Weber, *On Law in Economy and Society*, New York: Simon and Schuster 1967, p. 224-337 (oorspronkelijke uitgave *Wirtschaft und Gesellschaft*, Berlin 1921-1922; Studiënausgabe Tübingen: J.C.B. Mohr 1956); zie onder andere ook: W. Schluchter, *The rise of western rationalism, Max Weber's developmental history*, Berkeley: University of California Press 1981; S. Whimster, *Understanding Weber*, New York: Routledge 2007, in het bijzonder hoofdstuk 8 over power, legitimacy and democracy.

44 A. Baggerman, *Over leven, lezen en schrijven*, Amsterdam: Vossius Pers 2010; zie ook Carr 2010, p. 141-142.

met deze woordcultuur, dat de angst voor de nieuwe digitale cultuur bij alle onderwerpen van deze cultuur zichtbaar wordt. Ook de houding jegens de irrationele, avantgardistische video- en fractalskunst en internetkunstenaars wordt er door bepaald.

Optimisten kennen deze angst niet, want zij zien juist een bevrijding uit de verstarde vormen van die oude culturele instituties, zien meer mogelijkheden voor de autonomie van burgers, voor meer inspraak via technologische procedés; zij vrezen niet dat de overheid een Big Brother-achtige monopoliepositie zal gaan innemen op het gebied van informatie, juist omdat door de aard van de nieuwe media dit zo goed als onmogelijk wordt geacht (Wikileaks als voorbeeld). Sociale media kunnen – soms - dictaturen breken. Sociale cohesie kan worden versterkt door de wereldwijd opgezette netwerken en uitwisseling van informatie. Professionele dominantie en het monopolie van deskundige kennis worden door zelfstudie en onbegrensde mogelijkheden van kennisverwerving verminderd. Tenslotte worden de hiërarchische vormen van overheidsorganisatie door de veelheid van individuele en groepsinitiatieven afgebroken. De mogelijkheden van de nieuwe technologische revolutie zijn onbegrensd, in letterlijke en in figuurlijke zin. De optimisten slaan in hun enthousiasme geen acht op de oppervlakkige en triviale kant van digitale techniek: dat de meeste informatie die heen en weer wordt verzonden weinig om het lijf heeft ('ik ben nu bij halte Rustweer en ben over vijf minuten thuis'); noch op de duistere kanten, waarbij het internet volop wordt gebruikt als ongeremd en ontembaar scheldkanaal en riool van de samenleving of als bron van een private porno-industrie.

Een veelheid van opvattingen over de gevolgen van internet en andere vormen van digitalisering (beeld-en geluidsoverdracht) is recentelijk bijeen gebracht door de online werkende *Edge Foundation*. Aan 151 wetenschapsbeoefenaren, webkunstenaars, jonge promovendi, technologen, filosofen, journalisten, publicisten werd één vraag voorgelegd: hoe verandert internet de manier waarop jij denkt en werkt? De persoonlijke antwoorden zijn verzameld en het resultaat geeft heel precies weer hoe het internet werkt: ieder antwoord werd keurig en ongecorrigeerd op internet gezet (en in boekvorm gepubliceerd⁴⁵), hetgeen een bonte stoet van ongelooflijk interessante antwoorden opleverde, die verder zonder commentaar of verdere rationele ordening of analyse werd gepresenteerd; 151 scheppen zand op een grote hoop gegooid. Het toppunt van actuele, relevante informatie, zonder enige algemene conclusie of gemeenschappelijke visie, een prachtig voorbeeld van de nieuwe democratische en ongestructureerde digitale cultuur. Iedereen kan er mee doen wat hij of zij wil (en dat is niet weinig!). Informatie is geen kennis, maar iedereen kan deze informatie tot (eigen) kennis of kennisvermeerdering aanwenden. *Up to date, up to you*. Het boek biedt een krachtige demonstratie van de mogelijkheden en grenzen van e-consulting, die voor wetgevingstrajecten wordt gepropageerd (zie par. 5).

45 J. Brockman (ed.), *Hoe verandert internet je manier van denken?*, Utrecht 2011 (oorspronkelijk New York, 2011).

4.3 Informatie en kennis

Deze verzameling van meer of minder deskundige commentaren, impressies, persoonlijke ervaringen en kunstzinnige uitingen, vormt tevens een goede illustratie van de veel gestelde vraag naar de (on)betrouwbaarheid van alle informatie op het internet. De ondermijning van deskundige kennis en van de status van deskundigen (!) wordt door de particuliere kennisverspreiding versterkt. Wikipedia vormt het blok van aanstoot. Op zeer veel onderwerpen geeft deze moderne, van onderop samengestelde en bijgehouden, encyclopedie razend snel zeer goed informatie, mede omdat specialistische deskundigen er aan meewerken. Op andere onderwerpen geeft Wikipedia onbetrouwbare en niet geverifieerde informatie. Fouten in berichtgeving, bijvoorbeeld over *curricula vitae*, zijn, als ze eenmaal zijn opgenomen, uiterst moeilijk te herstellen of te corrigeren, zo leert de ervaring. Geeft de informatie op internet, in het bijzonder op Wikipedia, meer dan een bonte verscheidenheid aan 'ook maar een mening'?

Deze laatste vraag wijst naar de relatie tussen informatie en kennis, naar de verschillen tussen een opvatting (mening; *belief*) en een waarheidsgetrouwe weergave van de werkelijkheid. Dit is het oude probleem van veritistische kennis, dat door de digitale informatie in een nieuw daglicht is geplaatst.⁴⁶ In de oudere wetenschappelijke literatuur werd het begrip informatie nog gekoppeld aan een waarheidsclaim, want men moest valse van ware informatie kunnen onderscheiden. De Amerikaanse informatiedeskundige F. Dretske formuleerde het in 1981 nog als volgt:

'What information a signal carries is what is capable of "telling" us, telling us truly, about another state of affairs. Roughly speaking, information is that commodity capable of yielding knowledge, and what information a signal carries is what we can learn from it. If everything I say to you is false, then I have given you no information. If you happen to know (on other grounds) that what I am saying is false, then you may nonetheless get information (I am lying), from what I say, but you will not get the information corresponding to the conventional meaning of what I say.'⁴⁷

Deze definitie van 'informatie' correspondeerde met de befaamde omschrijving door Gregory Bateson van informatie: *information is the difference that makes a difference*.⁴⁸ Slechts door de toonverschillen van de noten van een toonladder, wordt een melodie gehoord, slechts door contrast tussen witte letters op een zwart bord, wordt een mededeling waargenomen. Maar deze definities van informatie hebben het afgelegd tegen de *flow of information*, die zo groot geworden is, dat de cruciale verschillen, die er toe doen, niet meer worden opgenomen in de boodschap: 248.000 bestanden werden door Wikileaks tegelijk gedeponereerd. Zoek het zelf maar uit. Een puur formele definitie van het begrip 'informatie' heeft het gewonnen: 'information is independent of the meaning that it expresses, and of the language used to express

46 Zie WRR, *Van oude en nieuwe kennis*, Den Haag: Sdu 2002, p. 38-55.

47 F. Dretske, *Knowledge and the flow of information*, Oxford: Blackwell 1981, p. 44.

48 G. Bateson, *Mind and nature*, New York: E.P. Dutton 1979, p. 68.

it.⁴⁹ De relatie tussen informatie en kennis is losgelaten. De informatievloed en informatie *overload* heeft het belang van het probleem van het verschil tussen informatie en kennis vergroot, want door de sociale aanvaarding van de elektronisch verspreide informatie dreigt de waarheidsclaim van kennis volledig ondergesneeuwd te worden⁵⁰. Het veritistische probleem blijft echter bestaan. Kort gezegd: heeft de meerderheid gelijk, omdat die met zo velen een opvatting delen? Het traditionele antwoord op deze vraag, namelijk 'nee, niet zonder meer' wordt niet meer automatisch gevolgd en dit kan een fundamentele verandering van de legitimiteit van (wetenschappelijke en professionele) kennis met zich mee brengen. Aanvaarding van het sociale meerderheidsantwoord zal echter een significante verschuiving in onze cultuur te weeg (kunnen) brengen, met de nodige consequenties voor de democratie, het rechtssysteem, de professionele vertegenwoordigers ervan, en voor de verhouding tussen overheid en burgers.

4.4 Techno-realisme

Dit alles staat echter de toepassing van de digitale mogelijkheden niet in de weg. Een realistische opvatting van de gevolgen van de digitale cultuur aanvaardt met genoegen de vele verruimde technische mogelijkheden tot het geven en verkrijgen van informatie. Men kan er zijn voordeel mee doen. De nieuwe mogelijkheden komen erbij en hoeven geenszins de vroegere informatievoorzieningen te verdringen en als ze dat wel doen zal daar een goede reden voor zijn. Oude vormen sterven uit. In een realistische visie wordt scherp gelet op de mogelijke negatieve kanten van informatieverwerking, zoals het probleem van de overdaad, dat kan worden opgevangen net als andere problemen van excessief gebruik van een nuttig goed, bijvoorbeeld alcohol: geniet, maar gebruik het met mate. Hetzelfde geldt voor de al te hooggestemde idealen, die meestal een andere oorsprong hebben dan uit de aard van de technologie zelf. Men hoeft tegenwoordig niet meer te weten hoe de systemen technisch met elkaar verbonden zijn, om toch de voordelen ervan te kunnen ondervinden. Dit verschilt niet veel van hoe de meeste autobestuurders met hun machine omgaan.

David Shenk heeft een realistische visie op de digitale revolutie al vroeg onder woorden gebracht, gebaseerd op fijnzinnige waarnemingen van wat met de gebruikers van internet gebeurt. Moet alles per se hoger, krachtiger en sneller, zoals een nog snellere computer, nog snellere *games*, snellezen, snelschrijven, sneldichten, snelinformatie en snelvoedsel (*fastfood*)? Nee, zegt hij, want de snelle tijdsbeleving is een gevolg van onze versnelde verwachtingen. Alleen voor wie in twee minuten een lunch wil gebruiken (tijd is geld), wordt tijd een probleem, maar dat probleem wordt

49 F. Dyson, "Howe we know", een boekbespreking van J. Gleick, *The Information, a history, a theory, a flood*, in: *New York Review of Books*, Vol. 58, nr. 4, p. 8-12 (March 2011).

50 A.I. Goldman, 'Social epistemology', in: A. O'Hear (ed.), *Epistemology*, Royal Institute of Philosophy Supplement, nr. 64, Cambridge: CUP 2009; zie ook: A.I. Goldman, *Knowledge in a social world*, Oxford: OUP 1999, p. 69- 102 over veriphobia en veriphilia; voor de toepassing van het veritistische probleem op het recht, de democratie en het onderwijs, zie hoofdstukken 9, 10 en 11, p. 272-373.

niet veroorzaakt door en is geen eigenschap van het instrument dat wordt gebruikt. Het gaat erom dat je weer leert wachten.⁵¹ Als je een boek bestelt bij amazon.com heb je het – meestal – de volgende dag in huis en heb je automatisch gegevens over de persoonlijke voorkeur prijsgegeven. Als je het op een ouderwetse manier bestelt bij de boekhandel, heb je het veertien dagen later in huis, zonder een elektronisch spoor achter te laten. Met andere woorden: mensen hoeven niet te worden overwoerd door technologieën, zolang men de eigen keuzen bewust blijft maken. Zo was het met de telefoon, het vliegtuig, de alcohol en de drugs en zo zal het ook gaan met de computer. Het probleem van de informatie-overload kan simpel worden opgelost door op gezette tijden bewust niet de computer te gebruiken en je voor bepaalde informatie af te sluiten. Het probleem van de constante inbreuk op het werk door de aanhoudende stroom van nieuwe informatie (het multi-task-syndroom) kan worden opgelost door telkens met één taak of één ding tegelijk bezig te zijn. Shenk formuleerde op basis van zijn observaties acht beginselen van techno-realisme⁵², die een uitstekende leidraad kunnen vormen voor de toepassing van digitalisering in de verhouding tussen overheid en burgers:

- technologieën zijn niet neutraal; om die reden moeten we bewust blijven van onze eigen waarden;⁵³
- het internet is revolutionair, maar niet utopisch;
- de overheid heeft, als de hoeder van democratische waarden, een belangrijke rol te spelen op het elektronische front (privacy kan niet aan de markt alleen worden overgelaten);
- informatie is geen kennis ('regardless of how advanced our computers become, we should never use them as a substitute for our own basic cognitive skills of awareness, perception, reasoning and judgement');
- alle scholen bekabelen leidt niet tot de zo noodzakelijke verbetering van het onderwijspeil ('voor de verbetering van het onderwijs zijn geheel andere zaken nodig; het gebruik van computers bij het onderwijs is nuttig en nodig, maar om het daarbij te laten is een ernstige vergissing');
- informatie moet rechtens beschermd worden (intellectuele eigendom is niet een gepasseerd station, hoe moeilijk de rechten in de praktijk ook gerealiseerd zullen kunnen worden);
- de technologische arena moet aan burgers ten goede blijven komen en blijvende toegang daartoe is een publiek belang;
- technologie-educatie is een essentieel onderdeel van een mondiale cultuur van burgerschap.

51 D. Shenk, *The end of patience, cautionary notes on the information revolution*, Indiana: Indiana University Press 1999, p. 41-42.

52 Shenk 1999, p. 141-144.

53 Vergelijk het preadvies van J.E.J. Prins, 'De e-overheid voorbij, recht doen aan de digitale werkelijkheid' in deze bundel.

5 Directe toepassingen in het bestuursrecht: wetgeving, openbaar bestuur en rechtspraak

5.1 Wetgeving

Van wetboek naar wettenscherm (*laws screen*) is een kleine stap. E-wetboek klinkt beter en behoudt de verbinding met eeuwenoude tradities van wetgeving. Op dit moment is de verzameling Nederlandse wetgeving geheel op internet te raadplegen. Als ooit het adagium 'ieder wordt geacht de wet te kennen' werkelijkheid kan worden, dan is dat in het digitale tijdperk, waarin iedere burger 'de' wet snel en gemakkelijk kan opzoeken, mits hij een digitale aansluiting heeft (in 1995 had 12%, in 1998 56% van alle huishoudens zo'n aansluiting⁵⁴, thans ongeveer 85%). Juridische informatie is overal beschikbaar en toegankelijk. Omdat ook alle wetboeken van (bijna) alle landen in de wereld elektronisch beschikbaar zijn, is er zo zelfs een elektronisch 'wereldwetboek'.

Informatie is dus het probleem niet. Geavanceerde technologische informatiesystemen worden ingezet bij de verbetering van wetgeving. Er is door het Ministerie van Justitie, in navolging van Groot-Britannië, Canada en de EU, een digitaal systeem ontwikkeld, dat tot verbetering, meer efficiëntie en versnelling van het wetgevingstraject moet leiden. Het biedt een Integraal Afwegingskader (IAK) om de thans in gebruik zijnde 110 wetgevingstoetsen met behulp van een computerprogramma terug te brengen tot 17. De duur van het wetgevingstraject kan er door verminderd worden (thans gemiddeld 387 dagen voor behandeling in beide Kamers van de Staten Generaal).⁵⁵ Snelheid van wetgeving past in de geest van de (digitale) tijd. Een hardnekkiger probleem bij de totstandkoming van wetgeving is de raadpleging van de bevolking in relatie tot de gekozen vertegenwoordigers in het parlement en de politiek verantwoordelijke regering en bestuurders. De techniek maakt het mogelijk om niet eens in de vier jaar een *algemene* stem uit te brengen (*one vote, many issues*), maar om nu vaker en gemakkelijker dan voorheen *specifieke* instemming te peilen bij relevante bevolkingsgroepen en bij belanghebbende en deskundige organisaties of er een draagvlak is voor concrete en specifieke plannen en wetsontwerpen en om te vragen of er op onderdelen en details verbeteringen mogelijk zijn (*many voices, one issue*). Sommige technologische idealisten achten het zelfs mogelijk en gewenst om

54 SCP, *Digitalisering van de leefwereld*, Den Haag: SCP 2000, p. 137.

55 *Financieel Dagblad*, 3 augustus 2010.

alle belangrijke wetsontwerpen aan de gehele bevolking voor te leggen ter elektronische raadpleging (*one man, one vote, one issue*). Oude idealen komen in een nieuw jasje opnieuw tot leven. Heeft deze vorm van directe democratie de toekomst? De technische mogelijkheden roepen interessante staatsrechtelijke en bestuursrechtelijke vragen op, die teruggaan tot oude discussies over de voor- en nadelen van vertegenwoordigende en directe democratie. De befaamde 'kloof' tussen burgers en de politiek zou met de hulp van digitale informatieoverdracht eventueel verkleind kunnen worden.

Er is een lichte vorm van raadpleging te onderkennen (legislatief e-consult), naast een radicalere vorm, die dicht in de buurt komt van een formele volksraadpleging. Beide vormen bestaan al, maar worden vergemakkelijkt en versneld, en daardoor mogelijk vaker frequenter benut, door digitalisering. Beide vormen zijn voortgekomen uit het aloude democratische probleem van de verhouding tussen representatie en participatie, waarbij de e-consulting nog mogelijkheden biedt om specifieke deskundigheid op het terrein van het wetsontwerp te benutten, waarmee tegelijkertijd het probleem van deskundigheid en representatie wordt opgeroepen. De mogelijkheid tot consultatie via internet is onder de vorige minister van Justitie, Hirsch Ballin, ingevoerd, maar er was, blijkens een brief aan de Tweede Kamer in juli 2010, weinig animo voor: op de vijftig wetsvoorstellen, die via internet waren voorgelegd waren maar weinig reacties gekomen.⁵⁶ Dat veranderde bij het wetsvoorstel ter bestrijding van computercriminaliteit (*cybercrime*), dat meer dan duizend internetreacties opriep. Dit voorbeeld is leerzaam. Allereerst betrof het hier een onderwerp, waarover frequente en ervaren internetgebruikers (*users*) en internetorganisaties (*providers*) duidelijke meningen hadden en waarbij aanzienlijke belangen van de *providers* speelden, zodat e-consultatie voor hen meer vanzelf sprak dan voor anderen. Inhoudelijk ging het om het strafbaar stellen van het gebruik maken van toegangs-codes en rekeningsnummers van anderen (door criminele bendes en terroristen), het beschikken over en bekend maken van wederrechtelijk overgenomen gegevens; het ontwerp geeft bevoegdheid aan de Officier van Justitie om informatie van internet te verwijderen of te blokkeren, kinderporno bijvoorbeeld, maar ook andere 'foute' of wederrechtelijk verkregen gegevens. Dit raakte aan essentiële vrijheden en belangen van gebruikers en organisaties, waarover de nodige vragen leefden. Verwijdering van kinderporno is begrijpelijk, maar gold dit ook voor de bestanden van Wikileaks? Tot hoever gaat de bevoegdheid van de overheid om internetinformatie te blokkeren? In Nederland, anders dan in China, blijft het beperkt tot 'onrechtmatige en strafbare content', maar is de omschrijving van deze strafbaarstelling voldoende bepaald? De vertegenwoordigers van de bankwereld daarentegen waren erg vóór de nieuwe regeling om de 'heling' van 'ontvreemde' internetgegevens beter te kunnen bestrijden. Tenslotte kwam de vraag naar voren in hoeverre hier zelfregulering van de providerorganisaties verkieslijker is dan ingewikkelde en moeilijk te handhaven regelgeving.

Uit het oogpunt van legislatief e-consult kwamen de voordelen ervan duidelijk naar voren: de duizend reacties kwamen van personen en organisaties, die én

⁵⁶ Staatscourant, 12 januari 2011.

betrokken waren bij het onderwerp én deskundig én belanghebbend, een internet-slang die haar tanden in haar eigen staart zet. Naar mijn mening is dit een geslaagd voorbeeld van e-consulting bij wetgeving, indien de formele wetgever, regering en parlement, de aangevoerde argumenten voor of tegen serieus ter harte neemt en niet slechts ‘voor kennisgeving aanneemt’. Als dergelijke argumentatie inderdaad plaats vindt, wordt het wetgevingstraject niet versneld – wat de bedoeling is –, kan het mogelijk zelfs worden vertraagd, maar met zicht op verbeterde wetgevingskwaliteit en motivering. In zoverre is er niet zo veel nieuws onder de zon, omdat ook vroeger belanghebbende organisaties gevraagd werd commentaar op wetsontwerpen te geven en wettelijke adviesorganen geraadpleegd moeten worden bij belangrijke wetgeving. De democratische component van legislatief e-consult zit vooral in de mogelijkheid dat gewone burgers hun mening kunnen geven en dit niet in geaggregeerde of verwaterde vorm via belangenorganisaties hoeven door te geven. Hierdoor kunnen nieuwe en belangrijke gezichtspunten uit een bepaalde (beroeps)praktijk naar voren worden gebracht. Toegepast op bijvoorbeeld de onderwijswetgeving van de laatste twintig of dertig jaar zouden niet de georganiseerde beroepsorganisaties en de academische leden van de Onderwijsraad de meeste adviezen hebben gegeven en zouden ‘geluiden van onderop’ mogelijk veel serieuzer zijn genomen. Meer weerwerk, dus meer werk voor de wetgever. Het biedt een correctie op de eenzijdig samengestelde en getrapte vertegenwoordiging van beroepsorganisaties, vakbonden en werkgeversorganisaties in onze vertegenwoordigende democratie. Uit het oogpunt van de verhouding tussen directe en indirecte democratie voegt legislatief e-consult iets toe. De formele verantwoordelijkheid en de uiteindelijke afweging blijft bij de formele wetgever, maar in beginsel is een beter geïnformeerde belangenafweging en inhoudelijke argumentatie mogelijk.

Een e-volksraadpleging met gebruikmaking van internet of mobiele telefonie gaat een stap verder, waarbij het oude en principiële probleem van representatie en participatie in sterke mate terugkeert. Bedoeld om de huidige kritiek op de stroperige en ‘wereldvreemde’ streken van de ‘Haagse politiek’ te verbeteren en om de ‘gewone’ meningen van het ‘gewone’ volk bij belangrijke wetgevingsprojecten te betrekken (dus de participatie te versterken), komen de problematische dimensies van het begrip ‘representativiteit’ sterk naar voren. Het ‘gewone’ volk bestaat niet en een ‘gewone’ mening is geen gewogen mening. De mede door de digitale mogelijkheden vergrote populariteit van democratisch lijkende stemprocedures bij allereerste televisie en mediaprogramma’s kan een vergelijking met de staatsrechtelijke representatie niet verhullen. ‘Kies uw eigen Zorro’ is onvergelijkbaar met ‘Kies Uw eigen minister-president’, hoewel de sociaal-psychologische mechanismen die aan beide ‘verkiezingen’ ten grondslag liggen, thans in het digitale tijdperk dicht bij elkaar liggen en veel gemeen hebben. De via de media versterkte personalisering van de politiek lost het oude probleem van wat precies onder ‘representatie’ moet worden verstaan niet op. De klassieke studie van Hanna Pitkin, *The concept of representation*, geeft een scherpe analyse van de verschillende dimensies van representatie en representativiteit.⁵⁷ Bij het vormen van beleid en wetgeving in een representatieve

57 H.F. Pitkin, *The concept of representation*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press 1967.

democratie gaat het niet om statistische representativiteit van de beleidmakers of van de wetgevende vergadering ('ik vertegenwoordig anderhalf miljoen mensen en 15% van de bevolking'), niet om *standing for*, maar in de eerste plaats om *acting for*, handelen en beslissen, niet alleen in naam van of in opdracht van de afzonderlijke groepen van burgers die men vertegenwoordigt, maar vooral ten behoeve van het geheel van de vertegenwoordigde bevolking, met als doel een uiteindelijke geobjectiveerde, politieke geschillenbeslechting: 'politics entails the reconciliation of conflicting claims, each usually with some justice on its side; the harmony of final-objective-interests must be created' (cursivering H. Pitkin).⁵⁸ Wetgeving creëert iets nieuws, na afweging van tegengestelde belangen en verlangens en na openbare weging van argumenten in het vertegenwoordigende wetgevende orgaan. Compromissen waarbij de mening(en) van de achterban niet direct meer worden gevolgd, horen bij het – soms tijdelijke, maar heel vaak tijdige – *reconciliation*-proces, waarzonder een moderne samenleving niet kan functioneren. De kloof tussen overheid en burgers, die door een verbeterde participatie van het volk zou moeten worden gedicht, komt niet per se voort uit een crisis van en in het politieke systeem, maar kan beter worden gezien als een permanent en dus pertinent probleem van *representatie*: zonder weging van argumenten en afweging van belangen ten opzichte van elkaar houdt de legislatieve besluitvorming op het algemeen belang te behartigen en de samenleving als geheel te vertegenwoordigen. E-volksraadpleging kent per definitie niet deze afweging, omdat het uitsluitend een geaggregeerde besluitvorming oplevert. Het heeft alle voor- en nadelen van een gewoon referendum. Enerzijds levert een referendum (of een e-volksraadpleging) een helder en voor ieder te volgen, dus transparant resultaat op (een meerderheid heeft deze keuze gedaan), waardoor de legitimiteit van een besluit verhoogd wordt; anderzijds vindt er geen zichtbare weging plaats, waardoor een overstemde minderheid niet overtuigd wordt of kan worden van de meerderheidskeuze. Bij sommige maatschappelijke beslispunten, die taalkundig helder en éénduidig onder woorden kunnen worden gebracht, is het procédé van *one man, one vote, one issue* aan te raden vanwege de verhoogde legitimiteit en een finale politieke geschilbeslechting, maar bij problemen van *many voices, one issue* en van *many voices, many issues* is een e-volksraadpleging een te grote vertekening van de complexe maatschappelijke werkelijkheid. De pessimistische stemmen over digitalisering krijgen dan gelijk: zegeningen van het digitale tijdperk kunnen verkeren in een vloek van versimpeling.

5.2 Het openbaar bestuur

De nieuwe sociale media kunnen het bestuurders flink lastig maken. Waar voor een groots feestelijk evenement op het marktplein een jaar van te voren vergunning moet worden aangevraagd, kan nu per mobiele telefoon binnen één dag tijd en plaats van samenkomst op de markt worden afgesproken en kan er zonder toestemming ongevraagd en ongeremd feest worden gevierd. Dat gebeurde vorige jaar

⁵⁸ Pitkin 1967, p. 218.

in enkele plaatsen in Frankrijk (onder andere in Nantes). Duizenden mensen kwamen op het feest af, niemand was verantwoordelijk voor de organisatie. De politie moest de orde herstellen en de gemeentelijke vuilnisdiensten hadden hun handen vol. De macht van het getal won het van de norm en de normhandhaving. Wordt dit het gemeenschapsmodel van de toekomst? Vluchtige verzamelingen van burgers, die elkaar kortstondig vinden. Jonge generaties zijn er dol op (*flashmob*). Men kiest voor de kudde in plaats van de ouderwets-degelijke organisatievorm van comités van aansprakelijke, en keurig verzekerde, voorzitters, secretarissen en uitvoerende leden. Als dit model van burgerinitiatieven zich doorzet, is het de vraag of het openbaar bestuur op deze tamelijk drastische verandering in de verhouding tussen overheid en burger is voorbereid.

De mogelijkheden van digitale communicatie lijken onbegrensd (de val van dictatoren wordt er aan toegeschreven) en het is onvoorspelbaar op welke wijze de bestuurlijke organisatie er door zal veranderen. Omgekeerd verzamelen overheden talloze gegevens van burgers, die digitaal opgeslagen en over een lange tijd bewaard, nuttige informatie kan verschaffen voor zowel een snelle dienstverlening als voor het nagaan van de gangen van burgers (waaronder het bijhouden van alle verzonden digitale informatie, betalingsverkeer, reizen met verplichte ov-chipkaart, tolheffing op wegen, camera's in openbare ruimten en publieke gebouwen). Hiernaast bestaan aparte databestanden ten behoeve van het veiligheidsbeleid en terrorismebestrijding, registratie van criminelen en criminaliteit, en de vele vormen van overheids-hulpverlening en particuliere zorg). Door de technische mogelijkheid om al deze bestanden met elkaar te verbinden (de systemen verbinden zich in de toekomst vanzelf), ontstaat het beeld van een alziende en allesoverheersende overheid. De digitale mogelijkheden lijken onbegrensd: de voortdurende onderdrukking van dictaturen wordt er aan toegeschreven. Morozov bestrijdt de bevrijdende mogelijkheden van de sociale media en benadrukt juist het gebruik van internet door dictaturen om activisten op te sporen en de rest van de bevolking met internetverstrooiing zoet te houden ('Big Brother hoeft niet meer op zijn burgers te letten, want ze zitten zelf naar Big Brother te kijken'⁵⁹).

De informatiewedloop tussen overheid en burger kan dus twee kanten op gaan en het is op dit moment niet te zeggen welke kant het zwaarst zal gaan drukken. Op het gebied van biometrie en datamining heeft de overheid een voorsprong, die vooral benut wordt op die overheidsterreinen, waar grote aantallen gevallen moeten worden behandeld en beoordeeld. In het migratiebeleid is de digitale informatietechnologie, inclusief het gebruik van biometrische gegevens, reeds ingevoerd (Eurodac ten behoeve van Dublinclaims). Dactyloscopie is voor het migratiebeleid wat een dna-test is voor het strafrecht, namelijk herkenning van individuen met een hoge graad van betrouwbaarheid⁶⁰. Het lichaam wordt ontdekt als 'leugendetector' bij het

59 E. Morozov, 'De twitterrevolutie is een illusie', *De Volkskrant*, 5 februari 2011; zie ook: E. Morozov, *The Net delusion, how not to liberate the World*, Harmondsworth, Penguin 2010; voorts: E. Morozov, 'Waarover denken we? En wie mag er denken?', in: J. Brockman, *Hoe verandert internet je manier van denken*, Utrecht 2011, p. 241-243.

60 D. Broeders, *Breaking down anonymity, digital surveillance on irregular migrants in Germany and The Netherlands*, diss. EUR, Rotterdam: 2009 (eigen beheer); H. Dijkstra en A. Meijer (red.), *De migratiemachine, de rol van technologie in het migratiebeleid*, Amsterdam: Van Gennip 2009.

leeftijdsonderzoek en nieuwe vormen van spraaktechnologie worden ingezet bij het inburgeringsexamen.⁶¹ Door de talrijke nieuwe mogelijkheden van de voortschrijdende technologie gaat de wedloop tussen overheden en (potentiële) burgers door. Er wordt dus steeds meer informatie verzameld, hoewel dit eerder op een *lose-lose*-situatie uitloopt dan op een zo begeerde en gepropageerde win-win-situatie. Wie ziet in een oceaan van informatie, de reddingsboei van de individuele burger en het wiebelende bootje van de feitelijke situatie nog? Hoe leidt steeds meer informatie tot adequate kennis en een faire beoordeling van persoon en situatie? De rol van deskundigen in het beoordelen van al deze gegevens is cruciaal, alsmede de juridische bescherming van de privacy. De betrouwbaarheid van overheidsinformatie wordt in het preadvies van Prins besproken. De (centrale) overheid dreigt de greep op beheer van informatiesystemen te verliezen, hetgeen haaks staat op het beeld van een almachtig wordende overheid en eerder in overeenstemming is met de aan de informatietechnologie inherente tendens tot decentralisatie en spontane organisatie 'van onderop', een zekere mate van Durkheimiaanse anomie, die niet meer door overheidsinspanning alleen kan worden bezworen noch door iemand goed kan worden voorzien.

Dichter bij huis kunnen burgers door digitale informatie beter op de hoogte raken van bestaande lokale regels (lokale belastingen, schooldeelname, boomkap, huizenbouw en bestemmingsplannen, lokale in- en uitbreiding). De overheidsinformatie is thans bij de meeste gemeenten redelijk tot goed geregeld: in mijn eigen gemeente kan men elektronisch bezwaar maken tegen de vaststelling van WOZ-waarden en men krijgt binnen de bestaande termijn een elektronisch verzonden beslissing op bezwaar. Contact met contactambtenaren is niet meer nodig. Zouden alle individuele beslissingen in de bestuurlijke voorfase (inclusief zienswijzen of bezwaar) op deze elektronische wijze kunnen worden afgedaan? Wat informatievoorziening betreft bestaan er, naar mijn weten, nog geen vaste gemeentelijke elektronische netwerken (zoals een wekelijkse nieuwsbrief aan alle ingezetenen). Men vertrouwt nog op de vertrouwde huis-aan-huisbladen.

De op de individuele burger toegespitste en elektronisch besloten besluitvorming roept de vraag op wat er gebeurt als burgers zich niettemin hun situaties of hun aanvragen met elkaar gaan vergelijken. De mogelijkheden daartoe zijn immers ook weer vergroot door digitalisering: men kan gemeentelijk beleid van zeer veel gemeenten onderling vergelijken. Via *benchmarking* worden gemeenten al op grotere schaal tegen het licht gehouden en de daarvoor benodigde informatie wordt openbaar gemaakt en elektronisch beschikbaar gesteld. Zo worden gemeentelijke tarieven vergeleken met een centraliserende tendens als resultaat. De onderlinge vergelijking van burgers binnen één gemeente valt lastiger te controleren. Waar nu nog (groepen van) burgers met hun verschillende zienswijzen op bestemmingsplannen of andere voornemens van de gemeente elkaar in een gemeenschappelijke hoorzitting tegen komen (en met elkaars belangen worden geconfronteerd), zou zo'n confrontatie in een volledig elektronisch traject niet meer plaatsvinden. Is dat winst of is dat een verlies? Technisch gezien zou het niet moeilijk zijn om de verschillende

61 Idem, p. 99-122 respectievelijk p. 123-157.

zienswijzen elektronisch onderling uit te wisselen, in een tweede ronde van commentaar te voorzien en zo te komen tot een definitief, al of niet gezamenlijk, standpunt van burgers, waarop de gemeente, wederom uitsluitend via de elektronische snelweg, reageert en besluit. Dit kan leiden tot versnelde besluitvorming, maar het verlies van een *face-to-face* confrontatie zou de mogelijkheid tot nuancering en compromissen vergroten. Zijn burgers redelijker voor een vergelijk met de gemeente of met hun medeburgers, indien louter schriftelijk wordt gecommuniceerd of wanneer 'mensen van vlees en bloed' tegenover elkaar staan? Gebruik van internet heeft, juist vanwege de vreemde combinatie van lichamelijke afstand en geestelijke nabijheid, de tendens tot polarisatie van standpunten. Slordige taal geeft aanleiding tot misverstanden, die niet via mondelinge uitleg kunnen worden gecorrigeerd. Er is (nog) geen vergelijkend wetenschappelijk onderzoek naar de mogelijke gevolgen van dergelijke communicatievormen, maar een algemene sociologische theorie van J.H. Turner biedt het geruststellende inzicht dat *face-to-face* interacties zo fundamenteel zijn voor de menselijke communicatie en bindingen tussen mensen, dat geavanceerde technologieën daar slechts een bepaalde, nuttige toevoeging aan geven, meer niet. Juist het constant nadoen en nabootsen van de technologieën van deze interacties, verraadt het nodige van de menselijke behoeften aan zichtbare contacten in micro-situaties: 'Even when visual media, such as video conferencing, provide us a picture of others, these images are often too crude for finegrained reading of emotions. Just how far technologies will advance in producing sharper images of others is hard to predict, but the very need to develop more refined technologies tells us something about what humans seek.'⁶² De simpele conclusie hieruit lijkt mij te zijn dat technologische mogelijkheden er bij komen en naast oudere en eerdere, primaire, vormen van communicatie blijven bestaan: er bij en niet volledig in plaats van, zoals het bijna altijd gegaan is met technologische vernieuwing. De telefoon heeft niet de gewone conversatie verdrongen, de boekdrukkunst niet het geschreven en gesproken woord. De wetgever zou daar de consequentie aan kunnen verbinden dat beide vormen van communicatie met overheden, in het bijzonder met gemeenten, mogelijk moeten blijven en dat uitsluitend digitaal contact tussen burgers en de overheid niet dient te worden voorgeschreven.⁶³

Een laatste interessante vraag in dit kader is wat er gebeurt of dient te gebeuren met digitale kluizenaars. Dit zijn (vaak oudere) burgers die geen enkel verstand of ervaring hebben met digitale media, of niet willen hebben. Is er plaats voor digitale kluizenaars in de samenleving van de eenentwintigste eeuw? Wie werkt en een salaris ontvangt, kan niet zonder digitale techniek. Wie wil reizen met het openbaar vervoer zal (binnenkort) een chipkaart moeten aanschaffen. Wie hulp vraagt, zal informatie moeten afstaan (formulieren invullen, binnenkort slechts in digitale vorm). Wie belasting moet betalen, krijgt geen papieren aanslagbiljet. Enzovoort. Slechts wie niets onderneemt en zich niet onder de mensen begeeft, enkele zwerwers en sociale sloebbers in psychiatrische klinieken, kunnen zich onttrekken aan de eisen van de digitale tijd. Ondertussen ontstaan er nieuwe digitale kluizenaars,

62 J.H. Turner, *Face to Face, toward a theory of interpersonal behavior*, Stanford: Stanford University Press 2002, p. 1 en passim.

63 Vergelijk het preadvies van M. Groothuis.

(vaak jonge) burgers die dag en nacht aan het beeldscherm, Ipod en Ipad, gekluisterd zijn, zo individualistisch geprogrammeerd zijn, dat er nauwelijks een sociaal leven wordt opgebouwd. Hetgeen vreemd is, want zo'n jonge kluizenaar meent zelf aan honderd sociale netwerken deel te nemen, meent duizend vrienden te hebben via zijn Facebook. De overheid zal weinig greep op deze burgers krijgen, er ook weinig last van hebben, zolang ze niet tot het hacken en digitaal stelen van overheidsinformatie overgaan. Maar de manifeste invloed van het digitale tijdperk laat zich niet beter illustreren dan door dit voorbeeld: ieder is verbonden met een sociaal netwerk, maar de betekenis van het begrip 'vriend' is inmiddels onherkenbaar veranderd. Als woorden hun betekenis verliezen, zijn conflicten in de rechtsgemeenschap nabij.⁶⁴

5.3 Bestuursrechtspraak

Het elektronisch dossier en de in veel kleuren getekende digitale plankaart behoren reeds tot de mogelijkheden van de (bestuurs)rechtspraak. Interessante disputen over de dikte van een potloodlijn op de plankaart behoren spoedig tot het verleden. Digitale informatie geeft onverbiddelijk aan of het nul of één is, ja of nee, zwart of wit. De interessante wet van digitale informatie is: hoe meer men digitaliseert, hoe meer een analoge situatie, met al zijn nuances en bijzonderheden, kan worden benaderd. Google Earth- en de TomTom- bewegwijzering zijn, geholpen door satellieten, op dit principe gebaseerd. Het recht en de rechtspraak kennen zelf vanouds digitale elementen: een wet wordt in de Tweede Kamer aangenomen of verworpen, iets is wel of niet toegestaan, men krijgt, behoudens uitzonderingen, bij de rechter gelijk of niet.⁶⁵ De sociale werkelijkheid daarentegen is analoog van aard, rommelig, onoverzichtelijk, grijs en grijs, meerdimensionaal en met onduidelijke afbakening. In logische zin is de sociale werkelijkheid een *set fuzzy sets*, een verzameling (in logische zin) ruw en niet precies afgebakende sociale systemen. Het recht en de rechtspraak reduceren deze fuzzy werkelijkheid tot pragmatisch-hanteerbare proporties: conflicten kunnen niet eeuwig duren, misdrijven verjaren, onzekerheden moeten, voorlopig, opgelost worden en rechtsregels dienen, indien ze onduidelijk zijn of (ogenschijnlijk) met elkaar in strijd, door een daartoe bevoegd verklaarde, onafhankelijke, instantie, uitgelegd en geïnterpreteerd te worden. Op deze wijze bezien hoeft de rechtspraak het digitale tijdperk niet te vrezen, want ze is er al eeuwen aan gewend. Technologische vernieuwing kan de bestuursrechtspraak (waartoe ik mij hier beperk) helpen de uitoefening van haar maatschappelijk functie te vergemakkelijken, waarbij twee onderwerpen in het oog springen: a) kan de traditioneel trage gang van rechtspraak worden versneld, overeenkomstig de impliciete eisen van het digitale tijdperk en b) kan digitale informatietechnologie een rol spelen bij de beoordeling van grote aantallen soortgelijke gevallen (zoal onder andere in

64 J. Boyd White, *When words lose their meaning, constitutions and reconstitutions of language, character and community*, Chicago: Chicago University Press 1984

65 Dit was de gedachtegang van mijn oratie in Leiden, *Ongeregeld Heden*, Alphen aan de Rijn: Samson 1981.

het belastingrecht, sociale zekerheidsrecht en vreemdelingenrecht), waar de norm van rechtsgelijkheid een specifieke betekenis heeft? Bij het eerste onderwerp kan men zich de vraag stellen of het per se nodig is te streven naar snelle rechtspraak, omdat trage besluitvorming een zelfstandige, zij het ongewilde, rol kan spelen in het beslechten van conflicten. Het tweede onderwerp is evenzeer van toepassing op de bestuurspraktijk, die ook te maken heeft met het nemen van grote aantallen gelijksoortige besluiten (voor zogenoemde uitkeringsfabrieken).

Zoals al eerder aangegeven kunnen technologieën het leven vergemakkelijken en is het raadzaam hiervan verstandig gebruik te maken. In feite worden er al de nodige nieuwe technieken toegepast:

- Het elektronisch dossier: nuttig, indien volledig, al zullen veel documenten alsnog door partijen, rechters en griffiers worden geprint en op papier bestudeerd; wanneer het over de gehele linie is ingevoerd, brengt het bespoediging van de rechtspraak te weeg.
- Video-conferentie: thans reeds toegepast bij de verhoren in vreemdelingenbewaring, en bij tolken; (volgend jaar toegepast bij verhoren door OvJ in het strafrecht), in de toekomst is een uitbreiding van de frequentie in straf-, civiele en bestuursrechtspraak te verwachten; veel tijdbesparing voor ondervragers en advocaten, verarming van informatie voor ondervragden.
- Volledig elektronische rechtszitting met video-verbinding: op grond van dezelfde redenering als bij de hoorzittingen in de bestuurlijke voorfase is het onwaarschijnlijk en naar mijn mening ook ongewenst om veelvuldig tot digitale zittingen over te gaan, uitzonderingen daargelaten.⁶⁶
- Digitale bewaking van de toepassing van een bestuurlijke lus: technisch eenvoudig te realiseren kan dit een vast onderdeel worden van de interne organisatie van de gerechten; dit leidt tot versnelling van de finale afdoening;
- Volledige publicatie van alle rechterlijke uitspraken op internet? Technisch is dit mogelijk en niet al te omslachtig, nu alle uitspraken digitaal beschikbaar zijn; het leidt echter tot het hierboven reeds gesignaleerde probleem van ongestructureerde *overload* van informatie: talloze scheppen zand op een grote, amorfe hoop, die zonder redactie en selectie geen verschil meer maakt en daardoor onverschillig maakt. Geselecteerde jurisprudentie kan in gedigitaliseerde vorm echter sneller en goedkoper worden gepubliceerd; noten hoeven niet aan deze snelheid te worden aangepast, zodat de nodige graad van reflectie blijft bestaan; na voltooiing kunnen ze echter weer snel digitaal worden gepubliceerd;
- Elektronische bemiddeling (*mediation*) in bestuursgeschillen: waar digitale uitwisseling van standpunten en argumenten gepaard kan gaan met uitvoerige uiteenzettingen en nuanceringen tussen partijen via een bemiddelaar (in verschillende rondes), moet het mogelijk zijn om zonder feitelijke ontmoetingen een conflict binnen redelijke termijn tot een goed einde te brengen; e-mediation

66 Voor een uitvoerige bespreking van de mogelijkheden van e-justice en de daarbij in acht te nemen beginselen, zie: R. van den Hoogen, *E-Justice, beginselen van behoorlijke elektronische rechtspraak*, Den Haag: Sdu 2007.

kan leiden tot goedkopere en snellere conflictbehandeling, experimenten in deze richting zijn, hoewel relatief onbekend, aan te raden.

De conclusie van de vraag naar de verbeterde snelheid van bestuursrechtspraak door digitalisering is dezelfde als die al eerder werd getrokken, namelijk dat er mogelijkheden bij komen, die niet de plaats innemen van bestaande handelwijzen. Digitalisering zal een wenselijke versnelling aanbrengen in de rechterlijke afdoening van conflicten.

Het probleem van het bewaken van rechtsgelijkheid in de behandeling en beoordeling van bestuursgeschillen raakt aan het hart van het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak. De tendens die door digitale informatietechnologie mogelijk wordt, namelijk een snelle en op de persoon en het individuele conflict toegespitste beoordeling van het geval, kan in botsing komen met andere eisen van bestuursrecht, vooral wanneer er sprake is van grote aantallen gevallen. Het recht kan nooit erg goed om gaan met grote aantallen. Het ene geval kan namelijk gezien worden als 'een van de vele gevallen van deze soort' waarin voor gelijksoortige situaties een gelijksoortige beslissing op zijn plaats is. Als het zicht op die andere gevallen in 'digitaal-besloten kring' vermindert, dienen bestuurder en rechter met het oog op die andere gevallen juist alert te blijven op de algemeen normerende werking van het bestuursrecht. Dit probleem bestond natuurlijk ook allang vóór het digitale tijdperk, maar het kan door digitalisering met haar culturele tendens tot individualisering alleen maar versterkt worden.

De dilemma's bij het oplossen van dit gelijkheidsprobleem bestonden eveneens al eerder. Ze veranderen niet zo zeer van aard, als wel van urgentie bij toegenomen massaliteit (eveneens een kenmerk van het digitale tijdperk). Ik zie drie bekende dilemma's bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel:

1. het dilemma van de gemeenschappelijke meent (*the tragedy of the commons*): één schaap kan gerust grazen op de gemeenschappelijke, gemeentelijke, gratis wei. Tien schapen kunnen dat ook nog, maar geen honderd. Omdat dan de wei wordt overgraasd, de schapen verhongeren en de wolopbrengsten verminderen.⁶⁷ Eén milieuverontreiniging ter plekke, is niet zo erg, tien gevallen valt ook nog mee, maar honderd gevallen brengt een collectief gevaarlijke situatie en nadeel; honderd vluchtelingen kan een land gemakkelijk herbergen, duizend ook, maar honderdduizend tegelijk niet (de humanitaire variant van het dilemma). Met andere woorden: de eerste gevallen krijgen, per definitie, een andere en vaak mildere beoordeling dan de latere, terwijl de nadelen ervan zich pas later, door precedentwerking, gaan manifesteren.
2. het hek van de dam-dilemma: zet men het hek een klein beetje open, dan kan er één schaap over de dam. Een tweede schaap duwt het hek ietsje meer open, totdat, als zich meer en meer schapen aandienen, het hele hek wordt weggeduwd en alle schapen kunnen doorlopen. Hierbij zijn de latere gevallen in het voordeel. De macht van het grote getal doet zich gelden bij de initiële beslissing in één geval. Wie kan met vooruitziende blik het hek dicht houden? Wie kan het

⁶⁷ Dit bekende en aloude dilemma werd voor het eerst als zodanig scherp geformuleerd door G. Hardin, 'The tragedy of the commons', *Science*, 13 december 1968, p. 1243-1248.

hek weer op tijd sluiten, wie kan voorkomen dat de eerste en de laatste gevallen anders worden beoordeeld? Is een absolute normhandhaving in de loop van de tijd wenselijk en te bereiken?

3. het klop op de deur-dilemma: een advocaat komt met een nieuw argument dat in eerste instantie wordt afgewezen; in een tweede zaak wordt hetzelfde argument, met een kleine nuanceverschil, gebruikt en afgewezen; in een derde geval wordt het argument weer naar voren gebracht, met nog iets meer kracht, en het argument wordt nu wel gehonoreerd. De aanhouder wint. Het oorspronkelijke geval had een kern van gelijkheid in zich, die vervolgens voor andere gevallen wordt benut.

In al deze drie dilemma's speelt het probleem van de individuele en de collectieve rationaliteit, dat een van de moeilijkst oplosbare problemen van de westerse samenleving genoemd kan worden. In deze samenleving worden zowel de waarden van universaliteit als van persoonlijke individualiteit nagestreefd. De leer is aanzienlijk gemakkelijker dan de praktijk, zodat de uiteindelijke uitkomst onvermijdelijk en vaak frustratie met zich meebrengt: *universalistic in its aims, particularistic in its outcomes*. In alle drie dilemma's speelt ook de werking van het gelijkheidsbeginsel. De dilemma's lijken erg op elkaar, maar ze zijn toch te onderscheiden. In het eerste dilemma speelt het bekende argument 'hij wel, waarom ik niet?', in het tweede komt het bekende argument van 'als dit *geval* gehonoreerd wordt, dan ook een *vergelijkbaar geval*' naar voren en in het derde geval speelt het 'wat *eerst* niet op gaat, gaat uiteindelijk met enige nuancering *later wel* op'. De dynamiek en werking van het gelijkheidsbeginsel in de bestuursrechtelijke praktijk is moeilijk te beheersen. De uitdijende praktijk van veel voorzieningen in de verzorgingsstaat is mede te verklaren uit deze dynamiek: voorzieningen worden gemaakt voor de 'echte' noodgevallen, waarna door de werking van de drie gelijkheidsargumentaties ook de 'net-echte' gevallen onder de regels worden gebracht en daarna wordt het gemakkelijker voor de 'niet-echte gevallen' om ook in aanmerking te komen voor een voorziening (oneigenlijk gebruik en regelrechte, maar niet signaleerd misbruik). Het wordt althans voor bestuurder én bestuursrechter steeds moeilijker om echt, net echt en niet-echt van elkaar te onderscheiden.

In het digitale tijdperk, gekenmerkt door de vreemde combinatie van massaliteit en individualiteit, zal het gelijkheidsprobleem in versterkte mate opkomen en blijven spelen. Ook in de toegang tot het recht zullen nieuwe ongelijkheden ontstaan door onoverzichtelijke nieuwe groepsvormingen. Transparantie van gevallen door verbeterde informatie over de overheidsbesluitvorming zal in combinatie met sterk individu-gerichte burgers, die hier en nu oplossingen willen zien voor hun individuele problemen in hun individuele situatie, een sterke druk op bestuur en bestuursrechter leggen. Die zullen kunnen reageren door meer naar de particuliere gevalbeslechting, *Einzelfallgerechtigkeit*, te neigen. Deze neiging brengt tegelijkertijd echter de uitgangspunten van het bestuursrecht, waar in beginsel regels voor algemene gevallen en voor alle burgers worden gevolgd, opnieuw ter discussie. De vereiste snelheid van besluitvorming kan hierbij zelfs nadelig worden, doordat de consequenties van individuele gevalbeslechting dan minder goed overzien en in acht genomen kunnen worden.

Niemand kan op dit moment voorspellen of en in welke mate deze individualiseringstendens in de samenleving en in het recht zich in de komende periode zal doorzetten. Enkele aanwijzingen dat het individualiseringsproces zich zal doorzetten en versterkt zal worden door de digitale cultuur, zijn er echter wel. De invloeden van de digitalisering op het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak hoeven zich echter niet direct en op stel en sprong te manifesteren, ze kunnen ook op indirecte wijze, met name via een duidelijke veranderd cultureel klimaat, gaan vertonen. Een korte sociologische speculatie naar de omslag in deze cultuur, zal tot eenzelfde conclusie leiden: een hernieuwde aandacht voor de dogmatiek van het bestuursrecht is op zijn plaats in een samenleving, waarin juridische dogmatiek stevige concurrentie zal krijgen van maatschappelijke retoriek, en in een periode waarin de digitalisering de retorische wending in die samenleving weliswaar niet heeft opgeroepen of veroorzaakt, maar wel in grote mate heeft versterkt en zal blijven versterken.

6 Indirecte gevolgen van digitalisering: de retorische wending in samenleving en recht

6.1 Naast elkaar in plaats van na elkaar

De omslag van woordcultuur naar beeldcultuur is niet onopgemerkt gebleven. Belangrijke schrijvers hebben zich opgeworpen om de (oude) woordcultuur en de daaraan verwante sociale instituties (opvoeding en onderwijs, arbeid en arbeidsorganisaties, universiteiten, overheidsorganisaties en rechtspraak) te verdedigen. Termen als verval van cultuur en beschaving vallen gemakkelijk.

Ze schudden veelal het hoofd over de jonge generaties, die zich volop overgeven aan de digitale media en via nieuwe taaluitingen blijken geven spellingsnormen en grammatica, pijlers van de oude woordcultuur, aan hun laars te lappen. Die jongeren schrijven t42, waar vroeger een normale volzin noodzakelijk was om een intieme ontmoeting te beschrijven. Intimiteit is sowieso al niet nodig, gezien de geestdrift waarmee jongeren zichzelf en al hun hebben en houden op Facebook en op andere sociale media vertonen. De veranderingen in de cultuur en de invloed van digitalisering op bestaande instituties zoals het recht gaan via de afwisseling van de macht van generaties. De jonge generatie groeit op met computerspelletjes en online conversaties, ze zoeken antwoorden op vragen op internet op, zonder zich al te zeer te bekommeren of alle informatie wel op waarheid berust. De nieuwe digitale cultuur in wording is een fusie van een eeuwenoude liefde voor sport en spel (*gaming*) en de wetenschappelijke revolutie in natuurkunde (chips en halfgeleiders), in wiskunde en informatica (*the science of complexity*). Spel en ernst gaan hand in hand. Naast de logisch geordende boektekst staat nu de visuele informatie van alles in één: rijen iconische afbeeldingen, andere beelden met daarin geprojecteerde plaatjes of gezichten, door het beeld lopende teksten en subteksten, plots verschijnende reclameboodschappen, hypertext en links om door te klikken. De verwerking van al deze informatie geschiedt associatief, vergelijkbaar met de indruk die politieke redenaars in vroeger dagen maakten op het grote publiek. Ook die redenaars schiepen eerst en vooral een sfeer, werkten in op verborgen gevoelens van hun gehoor, probeerden te overtuigen met stemverheffing en dreigementen, met ten hemel geheven handen en andere retorische middelen. Ook al verandert de taal van politieke redenaars per periode, wat blijft is de aandacht voor *vorm* en *stijl* in relatie tot de inhoud van hun boodschap.

De literaire criticus en hoogleraar in de Engelse letterkunde, Richard Lanham, gebruikte zijn kennis van de geschiedenis van de retorica om de naar zijn mening

onvruchtbare discussie over de omslag van woord- naar beeldcultuur in andere richting om te buigen. Hij verschaftte op deze manier een originele en interessante analyse van de hedendaagse digitale cultuur, die hij zag als een versterking van de al enige tijd aan de gang zijnde retorische wending in de westerse cultuur. Het postmodernisme had al een aantal zekerheden van de culturele instituties zoals in de kunst en architectuur ondermijnd, en hiërarchische organisatievormen gerelativeerd. De digitale cultuur, met haar digitale kunstuitingen en spontane organisatie van onderop, sloot daar geruisloos bij aan. Lanham noemt als typisch voorbeeld van deze omslag de carrière van John Sculley, *the guy from corporate America*, de eerste man van het wereldwijde bedrijf Pepsi Cola, die daarna de grote gangmaker werd van het computerbedrijf Apple. Pepsi Cola leidde hij op ouderwetse, strak hiërarchische wijze, met een vaste bedrijfscultuur en scherp omliggende eenzijdig gerichte doelstellingen, namelijk zo groot mogelijke winstmarges. Bij Apple kreeg hij daar geen kans toe met een groot aantal eigenwijze, volstrekt onafhankelijk werkende en denkende, jonge *nerds*, die net op MIT, Harvard of Stanford waren afgestudeerd. Hij zag op tijd de noodzakelijke veranderingen naar een nieuwe vorm van organisatie: ‘third wave organizations are flexibly networked, focus on interdependency, individual entrepreneurship and growth. The differences, transposed into terms humanists would find familiar, might be thought of as the differences between modernisme and postmodernisme.’⁶⁸ De ‘derde golf’ heeft de toekomst, zowel financieel als cultureel, zo meende de baas van Apple Corp.⁶⁹ De angsten die het postmodernisme ocriep en nog steeds oproept, zijn grosso modo dezelfde als die, waarvoor de nieuwe digitale uitings- en organisatievormen worden gewantrouwd: spontane netwerken, spelgericht en niet altijd even serieus, flexibel, snel, voorbijgaand, relativistisch ten aanzien van waarheidsaanspraken, vol kritiek op bestaande instituties met starre voorschriften, vaste verbanden en vaste salarisschalen. De botsing tussen de traditionele overheidsorganisatie en flexibele netwerken wordt zichtbaar en de persoonlijke levensloop van geslaagde managers weerspiegelt de botsing tussen twee generaties en hun culturele vanzelfsprekendheden (paradigma’s). Het is de omslag van een industriële naar een post-industriële samenleving, die nu in het de onstuitbare en onvoorspelbare digitale tijdperk door nieuwe technologieën wordt bevestigd en cultureel versterkt. De omslag laat zich in enkele begrippenparen weergeven:

- groei door hard werken vs slimme groei;
- mechanische organisaties vs netwerken;
- autoritaire bevelstructuren vs participatief leiderschap;
- financiële doelstellingen vs meervoudige doeleinden;
- grote industrie vs vrij en democratisch ondernemerschap;
- ideologisch verankerd vs hybride denkwijzen;
- centralisatie vs decentralisatie;
- cao’s door vakbonden vs individueel arbeidscontract;
- rationeel-wetenschappelijk vs culturele fragmentatie;

68 R.A. Lanham, *The electronic word, democracy, technology and the arts*, Chicago: The University of Chicago Press 1993, p. 191.

69 J. Sculley, *Odyssey: Pepsi to Apple, a journey of adventure, ideas and the future*, New York: Harper and Row 1987 (geciteerd bij Lanham 1993, p. 194).

- monistisch vs pluralistisch;
- gespecialiseerde deskundigheid vs *learning by doing*.⁷⁰

Als technologieën en de cultuur veranderen, en daarmee een groot deel van de burgerij, kan de overheid dan achterblijven? Kan het rechtssysteem en juridische instituties zich onttrekken aan deze culturele veranderingen in bestuursvormen, bij de overheid en bij burgers? De omslag in de hedendaagse cultuur lijkt onvermijdelijke en tegelijk ongewisse gevolgen te hebben. Hij lijkt uit te komen op een tegenstelling tussen oud en nieuw, oud en jong, verticaal en horizontaal, rationeel en irrationeel, maar ‘de les’ van de digitalisering is volgens Lanham precies tegenovergesteld. Aan de opkomst van de nieuwe digitale communicatie laat hij zien dat het geen kwestie is van eenrichtingsverkeer naar een nieuwe cultuurvorm (van ... tot) zoals zo vaak sociologische analyses van sociale veranderingen benadrukt hebben, maar van een naast elkaar blijven bestaan van verschillende technologieën, denkwijzen en manieren van doen: de digitale cultuur is bij uitstek en-en en niet (zoals de typisch twintigste-eeuwse samenleving): of-of. Toen de boekdrukkunst kwam, bleven monniken schrijven, toen het vliegtuig werd uitgevonden bleven mensen reizen met trein en bus, toen de telefoon werd uitgevonden bleven mensen brieven schrijven, toen de televisie werd uitgevonden bleven mensen naar de radio luisteren, toen de email werd uitgevonden, bleven mensen elkaar opbellen, toen het e-boek werd uitgevonden, bleven mensen gedrukte boeken lezen. Met andere woorden, oude en nieuwe technieken blijven naast elkaar bestaan, ze verdringen elkaar niet (onmiddellijk) en het nieuwe komt niet automatisch in de plaats van het oude. De verandering bestaat voornamelijk uit de verschuiving in de onderlinge verhouding: meer van dit en minder van dat.

6.2 Van dogmatiek naar retoriek en weer terug

De originele analyse die Lanham maakt van het digitale tijdperk, met al zijn onzekerheden, is dat hij de hedendaagse cultuuromslag vergeleek met de literaire wending van dogmatiek naar retoriek. Zijn enorme kennis van de geschiedenis van de retorica stelde hem in staat om in de digitale technologieën Middeleeuwse en vroeg-Renaissance- disputen over waarneming en (verbale) uitdrukking, vorm en inhoud, waarheid en *Dichtung* (poëtica), spel en ernst, feiten en normen, te zien. Ook toen en in latere perioden was er een strijd, in de kern samengevat, tussen *ratio* en *oratio* (redevoering). Hij ziet in de nieuwe sociale media en digitale technieken vooral een nieuwe associatieve verleidingskunst, een kunst van het overtuigen, retoriek. Digitalisering brengt een mengvorm van taal en tekens, van dynamische visuele signalen (grappige plaatjes in een serieus betoog), zinnen ondersteund met beeld en geluid, kortom een associatieve manier van betogen, die de statische en onbeweeglijke redematies van vroeger voorbijstreeft en beconcurrereert. Lanham noemt dit een ‘*bi-stable expressivity*’, een dubbele, dynamische, standaard voor onze uitingvormen.

70 D. Harvey, *The condition of postmodernity*, Cambridge, Mass.: Blackwell 1990, p. 171-179.

En deze vorm lijkt zeer op de vroegere oratio, waarvan de invloed voortduurt tot op de dag van vandaag:

‘the digital computer both strengthens and weakens the oratio as a compositional form and educational technique. On the one hand, what the computer does best, besides counting, is modeling. It has made learning through *rehearsal-reality* possible across the complete range of human thinking and planning. *Declamatio* was education by endless rehearsal-reality, and the computer has simply adopted and expanded this basic expressive technique. On the other hand, electronic text is clearly finding its way to a new, and a new kind of, paradigm for writing – interactive on line conversation.⁷¹

Hij zegt niet dat er niets nieuws onder de zon is, dat is er juist wel, maar dat de woordcultuur in vroegere tijden heel veel elementen bezat, die we tegenwoordig – vaak negatief – aan de digitale cultuur toekennen. Het retorische element in de moderne cultuur is nooit weggeweest, maar is de laatste dertig jaar, door de visuele media, weer sterk naar voren getreden, zelfs zo dat men van een retorische wending kan spreken. Wie met dit perspectief de discussie over de nieuwe digitale technieken beschouwt, ziet de retoriek in politiek en samenleving inderdaad met sprongen omhoog gaan. Politici, die geen politieke partij meer stichten noch nodig hebben, verbinden zich met hun achterban via sms, Twitter en andere online verbindingen. In korte elektronische boodschappen berichten ze dagelijks, soms zelfs per uur, hoe er over een zaak gedacht wordt of dient te worden gedacht. Hun taal schuwt geen overdrijving en heeft geen boodschap aan *decorum* (dat wel fungeerde als een stijlnorm in de vroegere retorica). De politiek wordt even plat als het scherm. De angsten in de klassieke oudheid voor retoriek en voor de retorigi (sofisten) zijn herkenbaar in de angsten voor de nieuwe media, die de waarheid niet zo nauw hoeven te nemen.

De spanning tussen de dogmatiek van het oude en vertrouwde systeem van wetenschap, recht en overheidsorganisatie, en de nieuwe digitale retoriek wordt door zeer velen ook zo gevoeld en is somtijds in de publieke ruimte en in de rechtszaal (in het bijzonder in het strafrecht) inderdaad te snijden. Als het parlementslid Wilders in de rechtszaal zegt: ‘wat ik zeg is de waarheid en omdat het de waarheid is, mag het hier en overal gezegd worden’ is dit op zich een prachtig voorbeeld van de aloude ‘retorische kwestie’. Deze kwestie is al door Quintilianus en Cicero aan de orde gesteld, namelijk: is de redenaar er op uit de waarheid te spreken of gaat het hem er alleen om zijn invloed door zijn toespraken, met alle middelen, zo groot mogelijk te maken?⁷² Het oude dispuut ging over de geldigheid van de volgende redenering: eerste premisse: een goed mens spreekt de waarheid; tweede premisse: een redenaar is een goed mens; conclusie: dus spreekt een redenaar de waarheid. Maar dit is geen sluitende redenering, zolang de waarheid van de tweede premisse niet vast staat; juist die wordt betwist. Een goed redenaar zegt dat hij, als goed mens, de waarheid spreekt, hij doet het met alle middelen zó voorkomen, dat het echt lijkt dat hij de waarheid spreekt, en dat is nu juist de retorische truc (een modern voorbeeld is de politicus Hans van Mierlo die heel goed kon spelen dat hij de meest authentieke

71 Lanham 1993, p. 78.

72 Zie hierover uitvoerig Lanham 1993, p. 155-194.

politicus was). Een goed redenaar *veinst* de waarheid en daarmee wordt waarheid een kwestie van retorische strijd. De waarheidskwestie wordt daarmee op losse schroeven gezet en zo ontstaat des te meer een spanning tussen waar en onwaar, echt en vals, echt en onecht, dogmatiek (als de vastgelegde consensus) en retoriek. Het wantrouwen tegenover retoriek komt aldus overeen met het wantrouwen dat velen hebben jegens de moderne media en de methode van de *wisdom of the crowd*: niet wat men vindt is waar, of wat een heel groot aantal vindt, maar wat aan bepaalde, methodisch afgesproken, waarheidscriteria voldoet. De veritistische vraag, die door de nieuwe media wordt opgeroepen (zie par. 4) is inderdaad voor het digitale tijdperk (en voor de daarin functionerende instituties als overheid en rechtspraak) een kwestie van levensbelang.

De oplossing hiervan (de 'les') die Lanham geeft is even verrassend als overtuigend: het gaat niet om of-of, maar om en-en. We moeten eenvoudig leren te leven en te spelen met deze twee wijzen van denken en doen, van redeneren en discussiëren, de dogmatiek en de retoriek, de ratio en de oratie, waarheidsgerichte wetenschap en invloedgerichte machtsuitoefening. Oude instellingen, zoals het onderwijs en de wetenschappen, zijn zelf ook (mede) gebaseerd op retorisch verkregen machtsuitoefening. Gedurende de gehele westerse cultuur, vooral in de Middeleeuwen en Renaissance, heeft de retorica deel uitgemaakt van sociale instellingen. De opvoeding, het onderwijs en de universiteiten waren er lange tijd op gebaseerd (tot de moderne tijd van Newton). De ontwikkeling van de Europese rechtsgeleerdheid is ondenkbaar zonder de grondige studie van de grondslagen van retorica. Het rechtsproces werd het voorbeeld bij uitstek van retorische kunst.⁷³ Lanham verwijst terecht naar de passage in Huizinga's *Homo Ludens*, waarin het rechtsproces wordt beschreven als een spel. De rechtsstrijd als een spannende arena van listige redeneringen en retorische kundigheden; een vruchtbare combinatie van ernst én spel⁷⁴. Dus ook in de rechtsgeleerdheid en in de rechtspraktijk is de retorica nooit weggeweest. De spanning tussen logica en retorica is daar elke dag voelbaar tijdens rechtszittingen en in juridische debatten. De logische ordening van regels kan niet zonder de sociale werkelijkheid van het *overtuigende* argument en deze overtuiging is nimmer een uitsluitend zaak of een taak van de logica, hangt ook voor een deel af van de eloquentia.

Het rechtsproces kan derhalve als paradigmatisch voorbeeld gekozen worden voor de spanning tussen waarheid en *dichtung*. In dit geval gaat het om de spanning tussen de logica (dogmatiek) van het juridische systeem en de retoriek in de toepassing ervan. Lanham suggereert dat deze spanning *niet* moet worden opgelost, maar juist behouden en gekoesterd en dat geldt evenzeer voor dezelfde spanning in alle andere sociale instellingen (bijvoorbeeld opvoeding, onderwijs, arbeidsorganisaties, medische zorg). Dit dubbelanker in de cultuur vormt een van de krachtigste factoren in de westerse cultuur, die gekenmerkt wordt door succesvolle openheid en vernieuwing. Het gaat er om deze spanningen tussen de digitale cultuur en de analoge werkelijkheid, tussen woord en beeld, te zien als een situatie van *bi-stable expressivity*, twee wijzen van uitdrukken, van doen en denken, waartussen heen en weer gevaren moet worden: digitale verbeelding en het (logische) woord. Het gaat

73 Lanham 1993, p. 64-66.

74 Lanham 1993, p. 68 en 72.

om de kunst van het laveren tussen de twee pijlers, heen en terug, zonder dat een van beide pijlers wantrouwend ter zijde wordt gesteld of wordt weggedrukt. Van dogmatiek naar retoriek en weer terug.

6.3 Overheid en burgers in het digitale tijdperk

Ook het overheidsgezag zou in het digitale tijdperk op deze twee pijlers kunnen rusten. De overheid heeft zeer lange tijd berust op een Weberiaanse, bijna klassiek te noemen, wijze van gezagsuitoefening. Weber noemde het zelf legaal-rationeel gezag, maar het zou beter legalistisch-rationeel gezag genoemd kunnen worden, waarmee meteen een van de problemen van deze gezagsbasis kan worden benoemd. Er is een zeer verfijnd en uitgewerkt stelsel van regels ontwikkeld, waar burgers steeds minder goed de weg in weten te vinden en waardoor ze, onbewust aangemoedigd door de mogelijkheden van de digitalisering, een eigen weg zoeken en vaak ook vinden, buiten de geordende paden van het recht. In andere bewoordingen wordt dit ook vaak de kloof tussen burgers en overheid genoemd.

De vraag blijft echter hoogst actueel hoe de drie gezagstypen van Weber (traditioneel, charismatisch en legaal-rationeel gezag,) passen in een moderne maatschappij⁷⁵. Traditioneel gezag komt voort uit regels en machthebbers 'die er altijd al geweest zijn' en die men uit gewoonte aanvaardt en niet ter discussie stelt. Dit gezag heeft persoonlijke kenmerken, die afsteken tegen de onpersoonlijke heerschappij van een moderne bureaucratie. Er zijn persoonlijke relaties tussen gezagsdrager en gezagsonderhorigen en beiden weten dat ze de tradities en de gebruiken niet moeten overtreden: beiden voelen zich er aan verplicht. Een gerontocratie in de oudheid en patriarchale samenlevingen zijn typische voorbeelden van dit traditioneel gezag. De gezagsdragers worden erkend, omdat aan hen speciale wijsheid en inzicht worden toegekend. Het rechtssysteem dat hierbij hoort gaat vooral uit van precedenten en gewoonten, niet van moderne rationele wetgeving. Het traditionele gezagtype heeft thans minder aantrekkingskracht en zeggingschap.

Buiten het recht dringen steeds meer 'geluiden' door die in de richting van een ander Weberiaans gezagstype wijzen, namelijk het charismatisch gezag van individuele personen, die op affectieve, vaak op weinig logische manier, burgers een andere weg op sturen. Ik zou het charismatisch gezag of charismatisch leiderschap van de vele moderne *celebreties*, *hero's*, volkshelden van heden, irrationeel willen noemen. Deze behoefte aan irrationaliteit en charisma zal vermoedelijk samen hangen met het leven in een overgerationaliseerd maatschappelijk bestel en in elk geval wordt ze gevoed door de moderne media, die de irrationele tendensen alleen maar versterken. Het charismatisch gezag valt bij Weber toe aan individuele personen met buitengewone, en vooral niet alledaagse eigenschappen: '*eine als ausseralltägliche geltende Qualität*'. Een charismatisch leider wordt bovenmenselijke eigenschappen toegeschreven, is een echte supermens, met veel talenten begiftigd. 'Een geboren leider' zouden we zeggen. Revolutionaire leiders hebben vaak een dergelijk

75 D.J.K. Peukert, *Max Webers Diagnose der Moderne*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1989.

charisma, stichters van godsdienstige sekten evenzo. De charismatische leiders worden blindelings gehoorzaamd en er is veel persoonlijke verering en toewijding. Maar het charismatische gezag is echter ook zo sterk aan die persoon gebonden, dat de overdracht van dit gezag altijd problematisch wordt: zelfs als een opvolger door de leider wordt aangewezen, dan mist die opvolger vaak het natuurlijke gezag van de oorspronkelijke charismatische figuur. Het charismatische gezag valt vaak even plotseling in elkaar als het opkwam, het kent per definitie geen traditie en is door de sterke psychologische band tussen leiders en volgelingen bij uitstek irrationeel⁷⁶.

De spanning die er in elke samenleving bestaat tussen de drie gezagsvormen, het legaal-rationele, het traditionele en het charismatische gezag, doet zich ook in deze tijd gelden. Er zijn populistische tendensen die om een 'sterke' leider vragen. Er wordt met heimwee gevraagd om 'charismatisch' leiderschap, zowel in de industrie als in de politiek, die toch in de allereerste plaats vrij rationele aangelegenheden zijn. Het is van belang welk antwoord of welke reactie de overheid en de verantwoordelijke gemeenschap van burgers vinden op dit heimwee naar gevoelsmatig bestuur.

De retorische wending in politiek en samenleving, zoals in de vorige paragraaf beschreven, past heel goed in het beeld van de afkalving van het vertrouwen in het legaal-rationele gezag en in de opkomst van het charismatische gezag. Het is van cruciaal belang te weten welke richting uiteindelijk dominant gaat worden, de charismatische, persoonlijk-politieke mogelijkheid of een hernieuwde en opnieuw doordachte aanpassing van het legaal-rationele gezag, waarbij een verstandige combinatie wordt gezocht met de retorische aspecten van de digitale cultuur. Dit dubbelanker biedt een 'dubbele zinnigheid' van twee elkaar aanvullende wijzen van expressie, van denken en doen, bijna zoals het gezichtsvermogen is opgebouwd uit een binoculaire optiek. Als het dubbelanker wordt aanvaard, inclusief alle mogelijkheden die de digitale technologie en cultuur te bieden heeft, dan stelt het een aantal eisen aan de overheid, aan burgers en aan het recht in het algemeen en aan het bestuursrecht in het bijzonder.

Verandering van de gezagsbasis van het overheidsgezag roepen bij overheidsdienaren en burgers echter gemakkelijk twijfels en aarzelingen op. Tegelijk zijn veranderingen in de organisatievorm van de overheid zich al aan het voltrekken, deels naar het voorbeeld van andere grote organisaties (participatief leiderschap), deels daartoe aangezet door de digitale revolutie, die eisen stelt aan de informatieverwerking. Sommige bestuurders hebben de retorische wending en de digitale cultuur al ontdekt: spindoctors als de nieuwe sofisten. De richting van de verandering staat echter bijna niemand helder voor ogen. Hoe om te gaan met groepen van burgers, die zich anders dan anders opstellen tegenover plannen van de overheid? Boze burgers kunnen bestuurders tot wanhoop brengen zonder dat er enige duidelijkheid ontstaat in de besluitvorming. Is er nu wel of geen plaats voor dergelijke emoties van burgers in het openbaar bestuur?

Het digitale tijdperk kan een uitweg bieden uit een groeiende impasse in de verhouding tussen overheid en burgers. Indien de overheid bereid is niet strak vast te houden aan de oude, klassieke, op hiërarchische leest geschoeide organisatievorm,

76 F. Ringer, *Max Weber, an intellectual biography*, Chicago: The University of Chicago Press 2004, p. 186-188.

maar die aan te passen aan de mogelijkheden van digitalisering, dan ontstaat vanzelf een vloeiender situatie waarin burgers en overheden op moderne wijze met elkaar (leren) omgaan. Leidraad daarbij is de filosofie van het digitale tijdperk: niet of-of, maar en-en. Dit betekent dat de grondslagen in de verhouding tussen burgers en overheid gerespecteerd worden, dat klassieke leerstukken van de rechtsstaat, zoals de scheiding van machten en de onafhankelijkheid van rechtspraak, en bescherming van rechten van minderheden, niet met de *wisdom of the crowd* of de macht van het grote getal opzij worden geschoven, maar dat tegelijkertijd moderne vormen van inspraak (econsulting bij wetgeving en lokale regelgeving) serieus worden benut. Transparantie van overheidsinformatie, op digitale wijze verstrekt, kan daarbij helpen. Burgers behouden de toegang tot het recht en het beroep op de rechter als een vanzelfsprekend recht, maar kunnen dit op moderne, digitale wijze, realiseren. Daarbij kunnen spel en ernst, vorm en inhoud, de logica van het overheidsrecht en de retoriek samengaan: het wordt een *mixture of play, game and purpose*, typerend voor de digitale cultuur. De belangrijkste eis van dit dubbelkarakter van het overheidsgezag is dat zowel de overheid als de burger elkaars perspectieven en belangen leren zien en tegelijkertijd begrijpen dat soms het perspectief van de overheid, dan weer het perspectief van de (individuele) burger of groep van burgers het zwaarst weegt. Ook de reden waarom dit perspectief of dat belang het zwaarst weegt moet daarbij serieus worden uitgelegd, wederom geholpen door de moderne digitale technieken (uitvoerige emailcorrespondentie of elektronische nieuwsbrieven en dergelijke).

Van de rechtsgeleerden en de deskundigen in het bestuursrecht mag verwacht worden dat, bij de dubbele verankering van het overheidsgezag in juridische dogmatiek en maatschappelijke retoriek, de essentiële grondslagen van het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak, naar de eisen van het digitale tijdperk, worden geformuleerd of geherformuleerd: de verhouding tussen individualiteit en massaliteit van burgers, wat de gelijkheid van alle burgers in dit tijdperk precies inhoudt en kan inhouden, hoe belangenafweging kan plaats vinden bij blijvende tegenstrijdige belangen en hoe hierbij eventueel de moderne sociale media kunnen worden benut om tot bevredigend oplossingen te komen, hoe moderne vormen van inspraak bij bestuur en wetgeving kunnen verlopen zonder de eisen van formele democratische vertegenwoordiging te kort te doen, hoe formele systemen kunnen samengaan met informele systemen, die nu eenmaal vaker in het digitale tijdperk en de jonge generaties worden gevolgd.

Hiermee biedt de rechtswetenschap meer perspectief op het behoud van het legaal-rationele gezagstype (weliswaar in aangepaste vorm) en kan het enige weerstand bieden tegen de vloed van charismatische leiders, die minder respect zullen kunnen hebben voor de grondslagen van recht en rechtsstaat.

De moderne burger tenslotte moet eveneens de twee ankers weten te onderscheiden en de noodzaak van beide (leren) begrijpen; erkennen dat nu eens de overheid, dan weer de burger aan zet is en dat besluiten in het voordeel van een van beide kunnen uitvallen. Soms kan die burger overheidsinstanties overtuigen van alternatieve inzichten of van de goede reden voor zijn of haar burgerboosheid, om dan toch weer in te zien dat het ingewikkelde systeem van overheidsorganisatie een stevige juridische basis nodig heeft. Laveren tussen de twee ankers, heen en terug gaan, nu eens het een dan weer het ander te baat nemen en als steun voor het eigen handelen. Heen en weer schommelen, oscilleren, twee perspectieven tegelijk onder ogen zien,

dat is de kunst van het digitale tijdperk, waarvoor de digitale technologie zelf het goede voorbeeld geeft. Dat brengt een rationeel en ernstig en tegelijk opgewekt en vrolijk *samenspel* te weeg tussen overheid en burger, dat een alternatief kan bieden voor een veel radicalere verandering van de basis van het overheidsgezag in charismatische richting. Hoe de verhouding tussen dogmatiek en retoriek, tussen norm en feit, inhoud en vorm, ernst en spel, legaliteit en facticiteit, tussen ratio en oratio uiteindelijk zal uitvallen in het digitale tijdperk is door niemand te voorspellen. Dat overheid en burger in die verhouding zullen oscilleren tussen de twee ankers, is echter zonder meer te verwachten, want dat zal een voortzetting zijn van een van de sterke en succesvolle kenmerken van onze eigen pre-digitale cultuur.

Stellingen

1. De individualiserende tendens van digitalisering vereist een hernieuwde bezinning op de ordenend-normerende functie van het bestuursrecht, tot uitdrukking komend in een Algemeen Deel Bestuursrecht.
2. De verdelende functie van het bestuursrecht verdient, juist in het digitale tijdperk, afzonderlijke aandacht van de bestuursrechtswetenschap.
- 3a. E-consulting bij wetgeving en lokale regelgeving vormt een positieve bijdrage aan de democratische besluitvorming en dient derhalve te worden bevorderd.
- 3b. E-volksraadpleging vormt geen bijdrage aan de democratische besluitvorming en dient derhalve afgeraden te worden.
4. Informatie- en privacybescherming kunnen niet aan de markt alleen worden overgelaten; de overheid heeft hierbij de taak om het Algemeen Belang te bewaken (zie: T.Wu, *The Master Switch, The Rise and Fall of Information Empires*, New York: Knopf 2010).
5. De verhouding tussen overheid en burger zal in het digitale tijdperk niet noemenswaardig van karakter veranderen.
- 6a. Het gebruik van internet maakt burgers niet dommer (contra N. Carr, *The Shallows, What the internet is doing to our brains*, New York: Norton and Company 2010).
- 6b. Het gebruik van internet maakt burgers niet slimmer.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. van Ettekoven (voorzitter)
Mr. dr. drs. D. Brugman (secretaris)
Prof. mr. W. den Ouden (penningmeester)
Mr. S. van Heukelom-Verhage (adjunct-secretaris)
Mr. P.J. van Amersfoort
Mr. H.J.M. Havekes
Mr. M.G. Hordijk
Mr. dr. A.T. Marseille
Prof. mr. A.J.C. de Moor-Van Vugt
Prof. mr. J.E.M. Polak
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mr. W.G.B. van de Ven
Prof. mr. N. Verheij
Mr. dr. J.H. Verweij
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Prof. mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van adminis- tratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeen- komsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van admini- stratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit admini- stratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vor- men en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de over- heidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuurs- bevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)

LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staats- commissie Cals/Donner	(1972)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuur- lijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk- Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuurs- recht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwettmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechts- bescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiters drs. C.J.N. Verstedden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)

XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. IJlsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)

- 142 prof. mr. R.J.N. Schlössels Bestuursrechtelijk bewijsrecht: (2009)
 mr. dr. Y.E. Schuurmans wetgever of rechter?
 mr. dr. R.J. Koopman
 mr. drs. D.A. Verburg
- 144 mr. J.C.A. de Poorter De toegang tot de rechter (2010)
 prof. mr. G.T.J.M. Jurgens beperkt
 mr. H.J.M. Besselink