

Kruisende wegen

Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid

Standaardlicenties zoals Creative Commons zijn een belangrijk middel voor overheidsorganen om het (her)gebruik van overheidsinformatie te stimuleren. De uitoefening van het privaatrechtelijke auteurs- en databankenrecht versterkt zo de publiekrechtelijk geregelde openbaarheid van bestuur. Kan dat zo blijven als het initiatiefwetsvoorstel Open Overheid wet wordt? Het voorstel zet de verhouding tussen openbaarheidswetgeving en intellectuele eigendomsrechten op scherp. Dit artikel beziet de voorgenoemde wetswijzigingen in het licht van de tweewegenleer, het leerstuk dat bepaalt hoe privaatrechtelijk overheidshandelen mag worden ingezet voor publieke doelen.¹

R. de Beer, A. de Leeuw & M.M.M. van Eechoud
R. de Beer is student research master Information Law (UvA), Mr. A. de Leeuw is advocaat te Amsterdam. Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar Informatierecht aan het IViR (UvA).

Inleiding

De idee achter hergebruik van overheidsinformatie is dat burgers en bedrijven niet alleen *toegang* moeten hebben tot overheidsinformatie, maar dat het verdere *gebruik* van die informatie ook zo vrij mogelijk moet zijn. Bedrijven kunnen nieuwe diensten ontwikkelen met overheidsdata, wat goed is voor de economie.² Burgers raken beter geïnformeerd over wat er achter de schermen gebeurt in de publieke sector. Dat is noodzakelijk vanuit een oogpunt van democratische controle op het bestuur, en, zo is de gedachte, dat vergroot het vermogen van burgers om effectief te participeren in besluitvorming. Daarnaast zou meer openheid de kwaliteit en efficiëntie van overheidsdiensten verbeteren.³

Het beleid dat ziet op hergebruik van overheidsinformatie is sterk in ontwikkeling. Het initiatief voorstel van GroenLinks/D66 voor een Wet Open Overheid ('voorstel WOO') zou

de huidige Wet openbaarheid van bestuur ('Wob') moeten gaan vervangen.⁴ Het bevat op veel terreinen ingrijpende wijzigingen. Wij beperken ons hier tot de *hergebruikdimensie* omdat daar het effect op intellectuele eigendomsrechten speelt. Hergebruik is volgens de richtlijn Hergebruik van overheidsinformatie ('Hergebruikrichtlijn')⁵: elk ander gebruik van informatie dan voor het (publieke) doel waarvoor het oorspronkelijk is geproduceerd.⁶ De Hergebruikrichtlijn legt lidstaten voorwaarden op ten aanzien van hoe en wanneer overheidsinformatie beschikbaar gesteld moet worden voor hergebruik (zie voor de kernpunten het kader op p. 77).

De relatie tussen openbaarheid van bestuur en auteursrecht en databankenrecht is ongeregeld. Dat leidde in het verleden al tot discussie over de vraag wat burger en bedrijf mogen doen met informatie die op grond van de Wob (of andere openbaarheidsregelingen) is verkregen, nu er op veel van die informatie auteursrecht of databankenrecht rust.⁷

1 Dit artikel vloeit voort uit een onderzoeksproject van De Leeuw en De Beer in het kader van de research master Information Law.
2 Het vrijgeven van data wordt door de markt overigens niet altijd met gejuich ontvangen. Met name in de geografische sector zijn er bedrijven die vrezen afzet te verliezen door het beschikbaar komen van gratis data omdat dat de markt zou verstoren. Zie voor een recent voorbeeld Hof Den Haag 25 november 2014, IEF 14431 (*Falkplan-Andes/Staat*).
3 Zie nader over deze doelen, M. van Eechoud. *De lokroep van open data* (oratie UvA), Amsterdam: AUP 2014 [<http://www.ivir.nl/publicaties/download/1407>].
4 Initiatiefwetsvoorstel Voortman (GroenLinks) en Schouw (D66) houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet Open Overheid), *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 8 (herdruk voorstel), 13 (Nota van Wijziging), 14 (Tweede Nota van Wijziging). Daarnaast ligt in de Tweede Kamer het wetsvoorstel Wet Hergebruik Overheidsinformatie (*Kamerstukken II* 2014/15, 34123, nr. 2), dat dient ter implementatie van richtlijn 2013/37/EU

inzake Hergebruik van overheidsinformatie. De verhouding tussen beide voorstellen komt aan het eind van het artikel kort aan de orde.

5 Richtlijn 2003/98/EG (*PbEG* 2003, L345/90), herzien bij Richtlijn 2013/37/EU (*PbEG* 2013, L147/1).
6 Zoals nader gedefinieerd in artikel 2.1 sub f voorstel WOO valt onder hergebruik 'het gebruik van publieke informatie die openbaar is en die is neergelegd in documenten berustend bij een overheidsorgaan, voor andere doeleinden dan het oorspronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd'.
7 Zie onder meer de discussie rond de wijziging van art. 15b Auteurswet in Mediaforum; M.M.M. van Eechoud, 'Vreemde bedgenoten: de Wob en de Richtlijn hergebruik overheidsinformatie', *Mediaforum* 2005-9, p. 291; D.J.G. Visser, 'Beperking art. 15b Aw juist wél een goed idee', *Mediaforum* 2005-10, p. 332. Het ging destijds voornamelijk om de positie van derden-rechthebbenden.

Het wetsvoorstel bevat een bepaling die de verhouding tussen openbaarheid van bestuur en intellectueel eigendomsrecht op scherp zet. Artikel 6.2 lid 2 voorstel WOO impliceert dat als een overheidsorgaan op eigen initiatief informatie openbaar maakt geen IE-rechten kunnen worden uitgeoefend. Dat heeft vergaande impact op de positie van de Staat, gemeenten, provincies en andere rechtspersonen in de publieke sector als houders van (privaatrechtelijke) exclusieve rechten.

Het voorstel roept een aantal vragen op. Hoe past een uitoefeningsverbod in het geharmoniseerde Europese auteurs- en databankrechtelijke kader? Doorkruist het verbod het huidige openbaarheidsbeleid en helpt het om hergebruik te stimuleren, of juist niet? Wat zegt de tweewegenleer, een bekend leerstuk in het bestuursrecht, over de mogelijkheid voor de overheid om privaatrechtelijke instrumenten zoals licenties te gebruiken voor publieke doelen?

Sinds het *Landmark*-arrest van de Afdeling bestuursrecht-spraak⁸ weten wij dat het overheidsorgaan dat op grond van de Wob informatie moet verstrekken, geen voorwaarden mag stellen tenzij er een IE-recht is waarop het zich kan beroepen. De potentie van het auteurs- en databankenrecht om openbaarheidsbeleid te doorkruisen is daarmee gegeven. Maar zoals het huidige gebruik van Creative Commons licenties door de publieke sector toont, kan privaatrecht juist ook worden ingezet ter ondersteuning van openbaarheidsbeleid.

In dit artikel presenteren we een kritische analyse van het voorstel WOO. We schetsen eerst het relevante wettelijke kader. Vervolgens worden de (ongeregelde) verhouding tussen openbaarheid van bestuur en auteurs- en databankenrecht, en het spanningsveld dat hierdoor ontstaat toegelicht. Daarna gaan we kort in op het gebruik van standaardlicenties door de overheid. Dan volgt een analyse van de wijzigingen die de indieners van het voorstel WOO voorstaan. Met in het achterhoofd de beperkingen die de tweewegenleer stelt aan de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden (zoals het auteursrecht) door de overheid, en de beperkte ruimte die Nederland heeft om het auteurs- en databankenrecht van de publieke sector te reguleren doen wij enkele aanbevelingen voor aanpassing van het voorstel WOO.

Wettelijk kader

Auteurs- en databankenrecht

Instellingen in de publieke sector verzamelen en produceren veel informatie, vervat in onder meer datasets (denk bijvoorbeeld aan Handelsregister, Basisregistratie Adressen en Gebouwen, digitale kaarten), nota's, rapporten, wetten, besluiten, audio- en videoproducties. In beginsel valt deze informatie onder de werking van het auteursrecht en databankenrecht. Voldoet de informatie aan de eisen van werkbegrip of (sui generis) databank, dan rusten er rechten op. Die zullen in veel gevallen toekomen aan de publieke instelling in hoedanigheid van werkgever (art. 7 Aw), of door overdracht bij in opdracht gemaakte werken en databanken.⁹ De Auteurswet en Databankenwet bevatten bepalingen specifiek gericht op overheidsinformatie.¹⁰ Wetten, besluiten, verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen zijn uitgesloten van bescherming (art. 11 Aw, art. 8 lid 1 Dw; vgl. art. 2 lid 4 BC). Daarnaast staat ieder verder gebruik van een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk vrij, tenzij het auteurs- of databankenrecht uitdrukkelijk is voorbehouden (art. 15b Aw, art. 8 lid 2 Dw).

In de Europese richtlijnen, waaronder de Auteursrecht-richtlijn en de Databankenrichtlijn, heeft overheidsinformatie geen speciale positie. Er bestaat geen equivalent van ons artikel 11 Aw of 15b Aw. Sterker nog, het is lidstaten ingevolge artikel 5 Auteursrecht-richtlijn niet toegestaan een beperking op te nemen die niet wordt genoemd in de limitatieve lijst. De ruimte die de Nederlandse wetgever heeft om bij wet het auteursrecht op overheidsinformatie autonoom te regelen lijkt dus heel beperkt. Niet alleen het gesloten stelsel van beperkingen vormt een begrenzing, ook het bestaan van een uniform werkbegrip *post-Infopaq* en de bijna volledige harmonisatie van het openbaarmakings- en veelevoudigingsrecht reduceren de autonomie van lidstaten bij het vormgeven van beperkingen.¹¹

Openbaarheid van bestuur en hergebruik

De huidige Wet openbaarheid van bestuur¹² geeft ieder een recht op toegang tot in documenten neergelegde 'bestuursinformatie', tenzij een van de limitatief opgesomde weigeringsgronden van toepassing is. Daaronder vallen bijvoorbeeld bescherming van persoonlijke levens-

8 ABRvS 29 april 2009, AMI 2009/6, nr. 23 m.nt. M.M.M. van Eechoud (*B&W Amsterdam/Landmark*).

9 De Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten (ARVODI 2014, art. 24) bepalen bijvoorbeeld dat alle auteurs- en databankrechten die ten aanzien van de resultaten van in opdracht verrichte diensten kunnen worden uitgeoefend berusten bij de opdrachtgevende overheidsinstantie.

10 De speciale regeling in de Auteurswet geldt bij 'door of vanwege de 'openbare macht' openbaar gemaakte werken van letterkunde, wetenschap of kunst, waarvan de openbare macht de maker of rechtverkrijgende is'. Wij spreken

voor het gemak van 'overheidsinformatie.'

11 Zie voor een uitgebreide behandeling van het geharmoniseerd werkbegrip en de relatie tot overheidsinformatie, M.M.M. van Eechoud, 'Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work', *JIPITEC* 3(1) 2012, p. 71.

12 De Wob is een *lex generalis*, van toepassing waar geen andere uitputtende regeling bestaat, bijv. de Handelsregisterwet, of de Wet op het Centraal Bureau voor de Statistiek. We laten die speciale openbaarheidsregels hier buiten beschouwing.

Hergebruikrichtlijn 2003/98/EG (herzien bij Richtlijn 2013/37/EU)

- Bedoeld om informatie uit de publieke sector beschikbaar te maken voor commerciële exploitatie en ander gebruik.
- Geldt voor breed scala aan informatie en instellingen.
- Bepaalt niet welke informatie openbaar is.
- Verplicht lidstaten om hergebruik van openbare overheidsinformatie toe te staan (uitzondering voor culturele instellingen).
- Stimuleert gebruik van standaardlicenties online.
- Stelt grenzen aan voorwaarden die publieke sector aan hergebruik mag verbinden.
- Stelt grenzen aan vragen van vergoeding voor hergebruik (uitgangspunt: maximaal verstrekingskosten).

Initiatiefwetsvoorstel Open Overheid

- Geboren uit onvrede met Wet openbaarheid van bestuur.
- Beoogt Wet openbaarheid van bestuur te vervangen.
- Geldt voor bestuursorganen maar ook voor rechterlijke macht en wetgevende organen.
- Maakt van hergebruik overheidsinformatie een recht voor burger en bedrijf.
- Breidt bereik openbaarheidsverplichtingen uit tot meer instellingen.
- Bevat meer verplichtingen t.a.v. het actief openbaar maken van overheidsinformatie.
- Bepaalt dat voor actief openbaargemaakte informatie geen toestemming nodig is voor hergebruik.
- Voorziet in instelling informatiecommissaris.

Artikel 6.2 voorstel WOO (Verzoek)

1. Een ieder kan een verzoek om hergebruik richten tot een overheidsorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een overheidsorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Hoofdstuk 4 van deze wet is van overeenkomstige toepassing.
2. Geen verzoek behoeft te worden ingediend voor het hergebruik van informatie waarop geen rechten in de zin van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten of de Databankenwet rusten of die door het rechthebbende overheidsorgaan voor een ieder elektronisch beschikbaar zijn gesteld of anderszins openbaar zijn gemaakt.

Artikel 6.5 voorstel WOO (Voorwaarden)

1. De voorwaarden voor hergebruik zijn voor vergelijkbare categorieën gelijk.
2. De met een publieke taak belaste instelling verbindt aan de toestemming voor hergebruik van informatie geen voorwaarden die het hergebruik nodeloos beperken.

Auteurswet en Databankenwet

- Bevatten speciale regels voor overheidsinformatie, daterend van vóór harmonisatierichtlijnen EU.
- Sluiten wetten, besluiten, verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen uit van bescherming (art. 11 Aw, art. 8 lid 1 Dw).
- Staan ieder verder gebruik van een door of vanwege de openbare macht openbaargemaakt werk toe, tenzij het auteurs- of databankenrecht uitdrukkelijk is voorbehouden (art. 15b Aw, art. 8 lid 2 Dw).

sfeer, staatsveiligheid, economische belangen van de Staat en onevenredige bevoor- of benadeling van derden. Dat stelsel van weigeringsgronden blijft in het voorstel WOO grotendeels ongewijzigd. Bestuursinformatie is een zeer ruim begrip; er is weinig overheidsinformatie die er buiten valt. Bestuursorganen hebben nu ruime discretionaire bevoegdheid om informatie op eigen initiatief openbaar te maken – onder het wetsvoorstel WOO wordt die ruimte kleiner. Eenieder heeft een afdwingbaar recht op verstrekking (of inzage) op verzoek. De aanspraak op toegang geeft nog geen recht op hergebruik. In tegenstelling tot de Wob bevat het wetsvoorstel WOO wel een uitdrukkelijk recht op hergebruik. De Wob kent twee soorten verzoeken: om verstrekking (toegang) en om hergebruik. Het voorstel WOO handhaaft het onderscheid tussen toegang tot overheids-

informatie en hergebruik. Rusten er auteurs- en databankenrechten (of andere intellectuele eigendomsrechten) van derden op de bestuursinformatie, dan is dat in het algemeen geen grond om toegang tot informatie te weigeren. Maar hergebruik hoe dan ook toestaan hoeft niet: de hergebruikbepalingen zijn namelijk alleen van toepassing op informatie die rechtevrij is of waarop de overheid zelf rechten heeft.

Hoofdstuk V-A van de Wob bevat de centrale bepalingen van de Hergebruikrichtlijn. Kort gezegd staat daarin dat informatie die berust bij *openbare lichamen*¹³ en die op grond van nationale regels openbaar is, kan worden hergebruikt. Aan hergebruik kunnen voorwaarden worden gesteld zolang die niet-discriminerend en transparant

13 De Wob, voorstel WOO, Hergebruikrichtlijn en de Auteurswet/Databankenwet hanteren elk verschillende termen voor overheidsorganen en hebben ook een ander bereik. De Wob gaat uit van 'bestuursorgaan' voor toegangsvragen, van 'overheidsorgaan' voor hergebruikvragen, de Auteurswet spreekt van 'open-

bare macht', de Hergebruikrichtlijn spreekt van 'openbaar lichaam' en het voorstel WOO spreekt van 'een met een publieke taak belaste instelling'. Het behandelen van deze verschillen valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

zijn. Voor hergebruik mogen kosten in rekening worden gebracht.¹⁴ Net als bij het klassieke Wob-verzoek om informatie, kan eenieder een verzoek om hergebruik doen; de bestuursrechtelijke route van bezwaar en beroep conform de Awb is daarop van toepassing.

In 2013 is de Hergebruikrichtlijn aangescherpt. Na een evaluatie en openbare consultatie concludeerde de Europese Commissie dat er nog steeds te veel belemmeringen waren. Het grote economische potentieel van overheidsinformatie blijft daardoor onvoldoende benut. Richtlijn 2013/37/EU bevat daarom twee belangrijke wijzigingen: het toestaan van hergebruik wordt verplicht, en de hoofdregel voor het in rekening brengen van kosten is dat hooguit de marginale kosten van verstrekking worden doorberekend. Daarnaast zijn openbare bibliotheken (inclusief universiteitsbibliotheken), archieven en musea binnen het bereik van de Richtlijn gebracht, al geldt voor deze culturele instellingen niet de plicht om hergebruik toe te staan. De deadline voor implementatie is 18 juli 2015.

Verhouding IE, openbaarheid en hergebruik

Een belangrijke vernieuwing in de Hergebruikrichtlijn is dus dat lidstaten verplicht zijn om hergebruik van openbare informatie toe te staan. Artikel 1.2 voorstel WOO spreekt van een *recht* op hergebruik, begrensd door de in die wet gestelde beperkingen. Kan een overheidsorgaan dat hergebruik *moet* toestaan nog *beperkende* voorwaarden opleggen op grond van intellectuele eigendomsrechten? Hier bevindt zich een spanningsveld dat door het gebrek aan een geregelde verhouding tussen openbaarheid van bestuur en auteurs- en databankenrecht niet makkelijk is op te lossen.

Kijken we naar wat EU-regelgeving zegt over de verhouding openbaarheid, hergebruik en intellectueel eigendom, dan lijken daarin tegenstrijdigheden te zitten. De considerans van de Hergebruikrichtlijn stelt dat de richtlijn intellectuele eigendomsrechten onverlet laat.¹⁵ De considerans en artikel 9 van de Auteursrechtrichtlijn en artikel 13 van de Databankenrichtlijn ontzien juist toegangsbepalingen.¹⁶ Overweging 22 van de Hergebruikrichtlijn zegt echter dat openbare lichamen hun auteursrechten op dusdanige wijze dienen uit te oefenen dat hergebruik wordt gefaciliteerd.

Dat de Hergebruikrichtlijn de uitoefening van het auteursrecht beperkt blijkt uit een tweetal elementen. Ten eerste door überhaupt te eisen dat hergebruik wordt toegestaan. Ten tweede door de eisen die worden gesteld aan

(licentie)voorwaarden. Artikel 8 van de Hergebruikrichtlijn stelt dat voorwaarden de mogelijkheden tot hergebruik niet nodeloos mogen beperken, noch gebruikt mogen worden om de mededinging te beperken.¹⁷ Belangrijk is ook het non-discriminatie vereiste: de voorwaarden moeten voor vergelijkbare soorten hergebruik gelijk zijn. Bovendien zijn exclusieve relaties in principe niet toegestaan (bij hergebruikafspraken in het kader van grootschalige digitaliseringsprojecten zijn exclusieve afspraken onder voorwaarden wel toegestaan). Volgens de considerans van de eerste Hergebruikrichtlijn (overweging 17) dienen eventuele licentievoorwaarden 'billijk en transparant' te zijn, en zouden lidstaten ervoor moeten zorgen dat standaardlicenties beschikbaar zijn. Aanvaardbare voorwaarden zijn bijvoorbeeld een vereiste van bronvermelding of van vermelding dat de informatie door de hergebruiker is gewijzigd (overweging 26 herziene richtlijn). Dit soort voorwaarden zien we terug in de Creative Commons licenties die de Nederlandse overheid al enige jaren gebruikt. Welke voorwaarden nog meer door de beugel kunnen (dat wil zeggen niet nodeloos beperkend zijn in de zin van de Hergebruikrichtlijn) is uiteindelijk te bepalen met een proportionaliteitstoets.¹⁸ Het gebruik van standaardlicenties die maximale gebruiksvrijheid bieden lijkt de beste oplossing voor het bovengenoemde spanningsveld.

Het nut van (standaard)licenties

Het is over het algemeen moeilijk voor potentiële gebruikers van overheidsinformatie om de auteurs- of databankenrechtelijke status van die informatie in te schatten. Daarnaast zorgt de mogelijkheid van het auteurs- en databankenrechtelijk voorbehoud ervoor dat potentiële gebruikers niet zeker zijn van de gebruiksvrijheden die hun toekomen. De overeenkomst (lees: licentie) als beleidsinstrument heeft dit gebrek aan duidelijkheid grotendeels verholpen, door positief te formuleren hoe de gebruiker de informatie kan gebruiken. Dat is een belangrijk doel van open licenties zoals Creative Commons: duidelijkheid vooraf, met licentievoorwaarden die gekoppeld zijn aan de informatie, waarbij ook interoperabiliteit van licenties een punt van aandacht is. Bij het combineren van data uit verschillende bronnen krijgt de licentienemer dan niet te maken met tegenstrijdige voorwaarden.

Licentiebeleid Rijksoverheid

Staan beleid van de Nederlandse Rijksoverheid is het gebruik van Creative Commons; een verzameling gestandaardiseerde licenties die gemaakt is om makkelijk (en op voor computers leesbare wijze) gebruiksrechten te ver-

14 Dat is overigens in afwijking van het kostenregime van het 'toegangsgedeelte' van de Wob dat uitgaat van het beginsel dat hooguit verstrekingskosten in rekening worden gebracht ('kosten kopie').

15 Overweging 22 van Richtlijn 2003/98/EG.

16 Overweging 60 van Richtlijn 2001/29/EG.

17 Artikel 8 Richtlijn 2013/37/EU.

18 M.M.M. van Eechoud, 'Toegang de sleutel, licenties het slot?', *Mediaforum* 2013-10.

lenen.¹⁹ De meest vergaande is Creative Commons zero ('CC0'), die geen licentie is maar in feite een verklaring tot afstand van recht. De Rijksoverheid gebruikt sinds 2010 CC0 voor informatie op de centrale website www.overheid.nl.²⁰ Bij hergebruik van de inhoud van deze website is dus zelfs bronvermelding niet verplicht.²¹ Ook het opendataportaal van de Nederlandse overheid benadrukt dat overheidsinformatie bij voorkeur onder een CC0 of publiek domein verklaring beschikbaar wordt gesteld.²² Eventueel kan een CC-BY licentie worden gehanteerd waarin de hergebruiker wordt verplicht de bronhouder van de data te vermelden.²³ De CC0 en CC-BY licentie verhelpen het spanningsveld door gebruik te maken van de intellectuele eigendomsrechten en tegelijkertijd maximale gebruikersvrijheid te bieden. Bovendien is het voor de overheid efficiënt, omdat niet iedere tak van de overheid het wiel van licentieovereenkomsten opnieuw hoeft uit te vinden. Een ander voordeel van standaardlicenties, zoals Creative Commons, is het internationale bereik ervan dat informatie geschikt maakt voor grensoverschrijdende informatiediensten en -producten.

Dit beleid wordt niet overal in de praktijk gebracht. Zo gebruiken het CBS, het RIVM en het Kadaster eigen voorwaarden die ook onderling weer verschillen.²⁴ Het gebruik van verschillende voorwaarden kan tot problemen leiden voor hergebruikers die overheidsinformatie uit verschillende bronnen willen gebruiken: het veroorzaakt meer transactiekosten en de voorwaarden kunnen onderling tegenstrijdig zijn.²⁵ Het RIVM geeft bijvoorbeeld op zijn website aan dat de gebruiker de informatie en het materiaal op de RIVM websites vergezeld van bronvermelding weliswaar mag gebruiken, downloaden, kopiëren en vrij verspreiden, maar niet voor commerciële doeleinden. Dat laatste beperkt de gebruiksmogelijkheden aanzienlijk.

Licentierichtsnoeren van de Europese Commissie

Al in de Hergebruikrichtlijn van 2003 propageerde de Europese wetgever het gebruik van standaardlicenties met billijke en transparante gebruiksvoorwaarden.²⁶ Van lidstaten wordt verlangd dat ze ervoor zorgen dat standaardlicenties beschikbaar zijn in digitale vorm en dat deze geschikt zijn voor elektronische verwerking. De herziene richtlijn geeft de voorkeur aan open licenties; overweging 26 spreekt van 'vrije licenties die uiteindelijk in de hele Unie gangbare praktijk moeten worden'. Het gaat daarbij om online licenties die uitgebreid hergebruik toestaan zonder technologische, financiële of geografische beperkingen. De informatie zou beschikbaar moeten komen in open formats. Vergoedingen zijn op grond van artikel 6 lid 1 van de herziene richtlijn in de regel beperkt tot de marginale kosten voor de vermenigvuldiging, verstrekking en verspreiding van de informatie.²⁷

De vrij open normen uit de richtlijn krijgen verdere invulling in de richtsnoeren van de Europese Commissie uit juli 2014 ('de Richtsnoeren').²⁸ De Richtsnoeren benadrukken de voordelen van *open licensing* en noemen Creative Commons als voorbeeld met de CC0 als favoriet.²⁹ Stellen overheden liever zelf licenties op, dan zouden die bij voorkeur vergelijkbaar moeten zijn met CC0 of CC-BY licenties: dat wil zeggen met hooguit een verplichting tot bronvermelding en de verplichting om een koppeling naar relevante licentie-informatie in stand te houden. Verdere verplichtingen zouden volgens de Commissie de creativiteit of de economische activiteit van de licentienemer, en daarmee de mogelijkheden tot hergebruik, beperken.³⁰ Licenties zouden wereldwijd, eeuwigdurend, kosteloos, onherroepelijk en niet-exclusief moeten zijn en zo veel mogelijk intellectuele eigendomsrechten moeten dekken – een en ander voor zover dat mogelijk is onder het nationale recht.³¹ Dit zijn allemaal kenmerken van open licenties.³²

19 Deze licentiestructuur, ontwikkeld door een Amerikaanse non-profit organisatie, maakt deel uit van de 'Free cultural movement', een beweging die zich inzet voor het vrij verspreiden en bewerken van creatieve werken. Het doel van Creative Commons is om door standaardlicenties auteursrechthebbenden de mogelijkheid te bieden hun werken vrij beschikbaar te stellen.

20 Zie <http://www.rijksoverheid.nl/copyright>. Zie ook <http://creativecommons.nl/publiek-domein/#commons>: 'CC0 is geen licentie, maar een document waarmee een auteursrechthebbende kan aangeven dat hij of zij afstand van alle auteursrechten doet. Anders dan bij een licentie kan er dus geen inbreuk op een met een CC0 verklaring beschikbaar gesteld werk gemaakt worden.' Het doen van volledige afstand is zeker met het oog op morele rechten problematisch, de CC0 verklaring spreekt dan ook van 'voor zover mogelijk onder het toepasselijke recht'.

21 Maar bij het citeren van de inhoud mag niet de indruk worden gewekt dat de Rijksoverheid zonder meer de strekking van het afgeleide werk onderschrijft.

22 Zie <https://data.overheid.nl/handreiking/stap2d>.

23 Zie <https://data.overheid.nl/handreiking/stap2d>.

24 Zie <http://www.rivm.nl/Proclaimer>. Het CBS beperkt zich tot de korte vermelding op haar website dat 'Verveelvoudiging is toegestaan, mits het CBS als bron wordt vermeld'; een liberale toestemming die lijkt op een CC-BY licentie (zie <http://bit.ly/1O9crT6>). Het Kadaster kan een gebruiker verplichten een bronvermelding, inclusief datum/jaartal, op te nemen. Daarnaast is de gebruiksvrij-

heid conform artikel 6.4 en 6.5 van de leveringsvoorwaarden beperkt tot het 'verveelvoudigen voor gebruik binnen de eigen applicatie en ten behoeve van back-up en beveiligingsdoeleinden' (zie <http://bit.ly/1AJGSWT>).

25 Dit probleem werd onderkend in de reeds besproken openbare consultatie in 2008. Zie 'Review of the PSI Directive', te raadplegen op <http://bit.ly/195JDKp>.

26 Overweging 17 van Richtlijn 2003/98/EG.

27 Artikel 6 lid 2 van de herziene richtlijn maakt hierop uitzonderingen voor bepaalde categorieën overheidslichamen en documenten.

28 Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake aanbevolen standaardlicenties, datasets en kostentoerekening voor het hergebruik van documenten, *PbEU C 240/1*. In de herziene richtlijn (Richtlijn 2013/37/EU overweging 36) verbond de Commissie zich lidstaten te helpen deze richtlijn op meer consequente wijze uit te voeren "door, na raadpleging van de belanghebbende partijen, richtsnoeren te verschaffen over met name de aanbevolen standaardlicenties, gegevens en vergoedingen voor het hergebruik van documenten."

29 In de Richtsnoeren wordt verwezen naar licenties opgesteld door de Open Knowledge Foundation en Creative Commons (versie 4.0).

30 C240/1 onder 2.3.2.

31 C240/1 onder 2.3.1.

32 Daarnaast bevatten de CC licenties (met uitzondering van de 'non-derivatives' variant) de verplichting tot het aangeven van veranderingen die gemaakt zijn in de verstrekte informatie.

Het wetsvoorstel WOO: Een bewuste beperking van IE?

Het voorstel WOO tracht het proces van openbaarmaking en hergebruik van overheidsinformatie ingrijpender te reguleren dan de huidige Wob. Er komt voor overheidsorganen³³ een veel specifiekere plicht tot actieve openbaarmaking. Het voorstel regelt daarnaast de vrijheid om voorwaarden te stellen strikter dan de huidige Wob.

Aanvankelijk stelden de indieners voor dat bij een verzoek tot hergebruik toestemming moet worden verleend (passieve openbaarmaking) met hooguit de voorwaarde van bronvermelding (art. 6.5 oud voorstel WOO).³⁴ Uit de kamerstukken blijkt dat de opstellers van het voorstel WOO verder wilden gaan dan de minimumeisen van de Hergebruikrichtlijn.³⁵ Daarmee liep het voorstel ook vooruit op de aanbevelingen die de Commissie doet in de Richtsnoeren: die beschouwen het als de op één na 'beste' optie, ná de CC0 of *public domain dedication*.

Na de kritiek in Mediaforum³⁶ op het artikel 6.5 WOO is dit bij nota van wijziging geschrapt en vervangen door een bepaling die nauw aansluit bij artikel 8 herziene Hergebruikrichtlijn. Artikel 6.5 incorporeert nu de minder vooruitstrevende, minimale eis van de richtlijn dat voorwaarden 'niet nodeloos beperkend' zijn.

Indien een overheidsorgaan op eigen initiatief overheidsinformatie openbaar maakt (actieve openbaarmaking) is er ingevolge artikel 6.2 lid 2 geen toestemming voor hergebruik vereist. Als we kijken naar de figuur van artikel 15b Aw, dan zien we dat auteursrechtelijk relevante handelingen geen inbreuk vormen (er is geen toestemming vereist voor verveelvoudiging en openbaarmaking) indien de openbare macht informatie waarop hij auteursrecht heeft, openbaar maakt of laat maken, *tenzij* daarbij een uitdrukkelijk voorbehoud van rechten is gemaakt. Eenzelfde 'vrij gebruik, tenzij voorbehoud' geldt ten aanzien van databanken waarop de overheid sui generis rechten heeft. In artikel 6.2 lid 2 voorstel WOO ontbreekt echter elke verwijzing naar een voorbehoud. Waren de initiatiefnemers zich ervan bewust dat zich hier een samenloop van twee rechtsfiguren voordoet? De memorie van toelichting geeft hiervoor geen aanwijzing.

Artikel 6.2 lid 2 voorstel WOO laat zich moeilijk anders lezen dan: auteursrechtelijke of databankrechtelijke toestemming is niet vereist, ook al is er wél een voorbehoud op grond van de Auteurswet of Databankenwet gemaakt. Ingevolge het al genoemde *Landmark*-arrest immers, geven alleen intellectuele eigendomsrechten een overheidsorgaan een juridische grondslag om voorwaarden te verbin-

den aan het gebruik van bestuursinformatie die op grond van de Wob openbaar is. Het wetsvoorstel WOO maakt in feite een dode letter van de mogelijkheid om een privaatrechtelijk voorbehoud van rechten te maken en dus om verdere openbaarmaking en verveelvoudiging te controleren.

Er is evenwel een tweede lezing mogelijk van artikel 6.2 lid 2 voorstel WOO: er is sprake van een omissie, de opstellers waren zich niet bewust van de implicaties voor Auteurs- en Databankenwet. Bij beide lezingen is er een probleem. In het eerste geval omdat het onaannemelijk is dat het totale uitsluiten van uitoefening van intellectuele eigendomsrechten door de Europeesrechtelijke beugel kan.³⁷ Het valt te bezien of het volstaat de nationale regels te presenteren als puur gericht op de *uitoefening* van IE-rechten, om zo te kunnen argumenteren dat bestaan en omvang onverlet blijven en er dus geen strijd is met de databank- en auteursrechtelijke richtlijnen. In het tweede geval is het probleem dat rechtsonzekerheid blijft bestaan over de verhouding tussen intellectuele eigendomsrechten en het hergebruiksrecht en daarmee dus over de toelaatbaarheid van het uitoefenen van die intellectuele eigendomsrechten in de vorm van licenties.

De tweewegenleer kan – zoals we zullen zien – wel wat van die onzekerheid wegnemen: uit de leer volgt dat een overheidsorgaan niet zulke restrictieve voorwaarden kan stellen dat het doel wordt doorkruist dat met de publiekrechtelijke regeling (i.c. de WOO) wordt beoogd. Het gebruik van CC0 of CC-BY-achtige figuren blijft dan toch mogelijk, maar onduidelijk is welke voorwaarden té restrictief zijn. De Hergebruikrichtlijn zelf ('niet nodeloos beperkend') is daarover vaag, al geven de Richtsnoeren meer richting. Indien een overheidsorgaan ondanks de tekst van artikel 6.2 lid 2 voorstel WOO toch het auteursrecht voorbehoudt, voorafgaande schriftelijke toestemming voor hergebruik vereist (momenteel de gangbare praktijk bij veel gemeenten)³⁸ en vervolgens een lijst beperkende voorwaarden meestuurt, zal het steeds de vraag zijn of dit privaatrechtelijke handelen het voorstel WOO onaanvaardbaar doorkruist.

Wanneer we artikel 6.2 interpreteren als een de facto verbod op het stellen van (IE) voorwaarden, dan is vervolgens de vraag of het verbinden van een dergelijke extreme consequentie aan het actief openbaar maken van overheidsinformatie niet bij overheidsorganen in het verkeerde keelgat schiet. Het voorstel WOO legt de nadruk op actieve openbaarmaking als middel tot grotere transparantie. Hoewel het voorstel verplicht tot openbaarmaking van bepaalde soorten informatie (bijv. over de eigen organisatiestructuur), blijft het grotendeels een zaak van de publieke instellingen zelf om het beleid in te vullen. Als die door het op eigen initiatief verspreiden van informatie acuut elke

33 Of, zoals het voorstel ze noemt, 'met publieke taken belaste instellingen'.

34 *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 8 (herdruk voorstel). Alle andere rechten op grond van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten of de Databankenwet konden blijkens het tweede lid niet worden uitgeoefend.

35 *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 52.

36 M.M.M. van Echoud, 'Hergebruik herschikt', *Mediaforum* 2014-4, p. 106-109.

37 M.M.M. van Echoud, 'Open overheidsinformatie: toegang de sleutel, licenties het slot?', *Mediaforum* 2013-10, p. 241.

38 Zie bijvoorbeeld <http://www.brabant.nl/proclaimer> en <http://www.rotterdam.nl/proclaimer>.

vorm van controle over verder gebruik verliezen heeft dat mogelijk een 'chilling effect'. De bepaling kan zo contra-productief werken op de actieve openbaarmaking.

Naast genoemde specifieke inhoudelijke nadelen is er ook een nadeel inherent aan bestuursrechtelijke regulering. Het gebrek aan flexibiliteit zorgt er voor dat het moeilijk wordt om op technologische veranderingen in te spelen. Licenties zijn een soepeler instrument.

IE en openbaarheid in het licht van de tweewegenleer

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat het eenzijdig bij (Nederlandse) wet vergaand beperken van de uitoefening van overheidsauteurs- en databankenrecht, Europeesrechtelijk problematisch is. Alleen al daarom zien wij meer in het gebruik van een combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke middelen om de juiste balans tussen hergebruiksmogelijkheden en IE-bevoegdheden te verzekeren. Welke mix is daarbij denkbaar? Bij het antwoord op die vraag speelt een rol welke ruimte de overheid heeft om bij het behartigen van publieke belangen (meer transparantie, het bevorderen van hergebruik met het oog op economische groei en innovatie op informatiemarkten) gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen. In het ruimtelijke ordeningsrecht kennen we die vraag als het leerstuk van de tweewegenleer.³⁹ Deze leer is voor zover wij weten nog niet toegepast binnen het hergebruikdebat.

De tweewegenleer dient ter beantwoording van de vraag of de overheid privaatrecht kan gebruiken voor overheids-handelen.⁴⁰ Meestal gaat het om de vraag of gemeenten het eigendomsrecht en overeenkomstenrecht kunnen inzetten om (aanvullende) voorwaarden te stellen bij het verlenen van vergunningen en ontheffingen (omgevingsrecht). Het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg is van belang omdat beide rechtsstelsels gebaseerd zijn op andere regels en beginselen.⁴¹

Het voorstel WOO gaat uit van het gebruik van publiekrecht, maar laat ruimte voor het stellen van voorwaarden die niet nodeloos beperkend zijn. Daarom is het van belang om te kijken naar de mogelijkheid om hergebruik van overheidsinformatie middels een combinatie van privaatrecht (licenties) en bestuursrecht (WOO) te reguleren. Hierbij moet worden opgemerkt dat regelgeving op Europees niveau van gering belang lijkt te zijn voor de analyse onder de tweewegenleer, met name omdat deze leer enkel ziet op de situatie binnen Nederland.

De heersende⁴² leer binnen de Nederlandse rechtspraak is de 'nieuwe tweewegenleer' zoals door de Hoge Raad verwoord in het *Windmill*-arrest (zie ook art. 3:14 BW).⁴³ Met name in *Benckiser* en *Windmill*⁴⁴ werkte de Hoge Raad stappen uit voor de vraag of privaatrechtelijk overheidshandelen is toegestaan:

- De publiekrechtelijke regeling moet het gebruik van privaatrecht niet uitsluiten,
- deze publiekrechtelijke regeling moet niet *onaanvaardbaar worden doorkruist* en
- via het publiekrecht moet niet een *vergelijkbaar resultaat* kunnen worden behaald.⁴⁵

Regelt de publiekrechtelijke regeling de verhouding met het privaatrecht direct of blijkt de aard van de verhouding uit de wetsgeschiedenis of bestendige bestuurspraktijk, dan is er geen afstemmingsprobleem.⁴⁶ Hiervan is bij de Wob en het voorstel WOO echter geen sprake. Wanneer zou het voorstel WOO onaanvaardbaar worden doorkruist door licentiegebruik? Drie aspecten zijn daarbij volgens de tweewegenleer van belang: de inhoud en strekking van de regeling, de wijze waarop en de mate waarin de belangen van burgers zijn beschermd en de overige geschreven en ongeschreven regels van het bestuursrecht.⁴⁷ Gezien het algemene karakter van deze laatste twee voorwaarden beperken we ons tot de inhoud en strekking van het voorstel WOO.⁴⁸

39 A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag: Drukkerij Excelsior 2010, p. 7. Deze leer is tevens bekend als de 'doorkruisingsleer'.

40 W.J.J. Beurskens, 'De Hoge Raad en de tweewegenleer', in: *Serie Ars Aequi Cahiers - Privaatrecht Deel 6*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 9.

41 Een belangrijk verschil is dat er binnen het bestuursrecht meer aandacht is voor de rechtsbescherming van burgers, terwijl in het privaatrecht partijen in beginsel gelijk zijn.

42 Voor de oudere 'gemene' en 'gemengde' rechtsleren, zie W.J.J. Beurskens, 'De Hoge Raad en de tweewegenleer', in: *Serie Ars Aequi Cahiers - Privaatrecht Deel 6*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997; F. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'', *Ars Aequi* 2012, p. 562-572.

43 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408 (*Windmill*); W.J.J. Beurskens, 'De Hoge Raad en de tweewegenleer', in: *Serie Ars Aequi Cahiers - Privaatrecht Deel 6*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 10.

44 HR 14 april 1989, NJ 1990, 712, AB 1989, 486, *Ars Aequi* 1990, 469 (*Benckiser*); HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408 (*Windmill*).

45 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408 (*Windmill*); A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den

Haag: Drukkerij Excelsior 2010, p.14.

46 Aanvankelijk werd aangenomen dat het hier strikt om de wettekst ging en niet om wetsgeschiedenis en andere omstandigheden. Daarin is met *Kunst- en Antiekstudio/Lelystad* verandering gekomen. Nu moet niet alleen de wettekst, maar ook de geschiedenis van de wet en de toepassing ervan in de praktijk in acht worden genomen. HR 8 juli 1991, LJN ZC0315 (*K&A Studio Lelystad*).

47 W.J.J. Beurskens, 'De Hoge Raad en de tweewegenleer', in: *Serie Ars Aequi Cahiers - Privaatrecht Deel 6*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 50.

48 Opgemerkt zij dat de Hoge Raad volgens Beurskens "uitdrukkelijk de voorkeur [geeft] aan de rechtsbeschermingswaarborgen die de publiekrechtelijke wet biedt, boven het privaatrecht." Zeker bij Wob/WOO verzoeken is de bestuursrechtelijke weg voor de hergebruiker goedkoper en laagdrempeliger. Wat betreft bestuursrechtelijke beginselen is een nadere vraag of de burger in het licht van de tekst en strekking van artikel 6.2 voorstel WOO erop mag vertrouwen dat toestemming tot het geven van hergebruik ook de privaatrechtelijke IE-toestemming omvat. Vgl. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013, 1, inzake een publiekrechtelijke ontheffing van een verbod om (o.m.) steigers aan te leggen en te gebruiken in openbare wateren en het door de Hoge Raad gesanctioneerde beroep van het betrokken waterschap om op grond van zijn eigendomsrecht een vergoeding voor gebruik van de steiger te eisen.

De WOO gaat in haar bepalingen omtrent hergebruik uit van een combinatie van bestuursrechtelijke regulering en het gebruik van licenties. De strekking van de WOO is dat er voorwaarden kunnen worden gesteld, maar dat deze niet nodeloos beperkend mogen zijn. Daarmee is de basis binnen het bestuursrecht vastgelegd, maar is er nog wel ruimte voor het gebruik van privaatrechtelijke middelen, zoals licenties. Er zal alleen sprake zijn van een onaanvaardbare doorkruising als de bij licentie gestelde voorwaarden wél nodeloos beperkend zijn. Wat dit precies inhoudt is onduidelijk. Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als het criterium ‘nodeloos beperkend’ wat concretere invulling krijgt in de wet.

Bij de tweewegenleer is ten slotte van belang of de mogelijkheid die het privaatrecht biedt om een openbaar belang te behartigen niet met vergelijkbaar resultaat te realiseren is via het publiekrecht.⁴⁹ Aan deze vraag komt men echter niet toe als er geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising. Deze vraag kan dus wat de WOO betreft onbeantwoord blijven.

Voordelen van een hybride stelsel

Op grond van de tweewegenleer is het goed mogelijk om publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten te combineren met het oog op een optimale regulering van hergebruik. Wij menen dat een meer uitgewerkt hybride model voordelen heeft boven de huidige (en de in het wetsvoorstel WOO gecontinueerde) gescheiden benadering. De publiekrechtelijke regeling zou dan een uitwerking bevatten van basisbeginselen waaraan (standaard)licenties moeten voldoen. Ook zou de regeling het *Landmark*-arrest codificeren: kan een overheidsorgaan zich niet op intellectuele eigendomsrechten beroepen, dan is voor hergebruik geen toestemming nodig dan wel verleent het orgaan toestemming zonder daaraan verder voorwaarden te verbinden. Een dergelijke ‘aangeklede’ regeling leidt tot meer rechtszekerheid voor hergebruikers en schept meer duidelijkheid voor de vele overheidsorganen die met verzoeken om hergebruik kunnen worden geconfronteerd. Het ‘niet nodeloos beperkend’ criterium dat nu uit de herziene Hergebruikrichtlijn wordt overgenomen geeft immers weinig houvast. Tegelijkertijd blijft de flexibiliteit behouden die eigen is aan het verlenen van auteursrechtelijke en databankenrechtelijke toestemming. Hieronder wordt het voorgestelde model kort geschetst en aangegeven hoe het zich verhoudt tot het wetsvoorstel WOO.

Wettelijk vastgelegde basisbeginselen

Door in de wet basisbeginselen verder uit te werken komt de nadruk te liggen op het publiekrecht; het is inhoudelijk het belangrijkste onderdeel. Het gaat dan om het nastreven van zoveel mogelijk uniformiteit in licenties. Het ligt voor de hand om met die basisbeginselen aan te sluiten bij de eisen (of voorkeuren) die zijn neergelegd in de herziene Hergebruikrichtlijn en de Richtsnoeren. Hieraan kan uitvoering worden gegeven door bijvoorbeeld een regel op te nemen van het ‘pas toe of leg uit’-principe dat ook beleid is voor open standaarden bij de Rijksoverheid. Een overheidsorgaan gebruikt dan in beginsel open licenties zoals Creative Commons en mag daarvan alleen afwijken bij gemotiveerd besluit. Non-discriminatie, dat wil zeggen het hanteren van gelijke voorwaarden voor gelijke gevallen (wat betreft soort hergebruiker en type hergebruik), is een ander belangrijk beginsel. Om proliferatie van allerlei standaardlicenties te voorkomen kan het ‘pas toe of leg uit’-principe ook gelden voor de ontwikkeling van ‘eigen’ standaardlicenties door overheidsorganen.

Transparantie is een ander cruciaal beginsel. Dit wil zeggen dat overheidsorganen verplicht zijn om hun hergebruik- en licentiebeleid actief kenbaar te maken. Wat betreft de inhoudelijke kant van licenties zou de standaard moeten zijn: streven naar maximale gebruiksvrijheid (vergelijkbaar met het CC-BY type of CC0). Dat bevordert hergebruik en zorgt ervoor dat er minder compatibiliteitsproblemen ontstaan (licentie interoperabiliteit). Bij het combineren van data uit verschillende bronnen onder diverse licenties is zo de kans kleiner dat de meest restrictieve licentie de gebruiksmogelijkheden van het geheel bepaalt. Verder zou bij wet ook vastgelegd moeten worden dat hooguit marginale kosten van verstrekking in rekening worden gebracht en dat overheidsorganen afzien van auteursrechtelijke vergoedingen (royalties).

Een belangrijke vraag is op welke overheidsorganen en soorten informatie de basisbeginselen van toepassing moeten zijn. In ieder geval zal voor de instellingen die nu opereren onder een eigen (openbaarheids)regime, zoals het Kadaster, Centraal Bureau voor de Statistiek en Handelsregister, nadere analyse nodig zijn. Ook de positie van culturele instellingen, die onder de Hergebruikrichtlijn vallen maar nog niet onder de plicht om hergebruik toe te staan, verdient nadere uitwerking.

49 W.J.J. Beurskens, ‘De Hoge Raad en de tweewegenleer’, in: *Serie Ars Aequi Cahiers – Privaatrecht Deel 6*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 51. Bij de vraag of sprake is van vergelijkbaar resultaat tellen ook kosten(risico) en termijn mee: HR 22 oktober 1993, *NJ 1995/717 (Staat/Magnus)*. Bestaat die publiekrechtelijke mogelijkheid wel dan is dit een “belangrijke aanwijzing dat geen plaats is voor de

privaatrechtelijke weg”, zoals blijkt uit A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag: Drukkerij Excelsior 2010, p. 18-19.

Flexibiliteit en balans

Naast de al genoemde bevordering van rechtszekerheid en duidelijkheid voor overheidsorganen heeft de voorgestelde aanpak verschillende voordelen die te maken hebben met flexibiliteit, bevoegdheid en balans. Flexibiliteit uit zich op twee niveaus. Allereerst biedt de voorgestelde aanpak de overheid de mogelijkheid om snel in te grijpen bij technologische veranderingen. Het wijzigen van wetten is een tijdrovend en kostbaar proces. De aanpassing van (standaard)licenties is dat veel minder. Op een tweede niveau geeft de combinatie van publiekrechtelijke basisbeginselen en de privaatrechtelijke uitwerking daarvan de ruimte om tegemoet te komen aan diversiteit. De Hergebruikrichtlijn is van toepassing op een breed scala aan overheidsinstanties die op uiteenlopende gronden beschikken over heel verschillende informatie en datasets. Een 'one size fits all'-benadering is daarom niet aan te bevelen.

Een ander belangrijk punt is de verhouding tussen intellectuele eigendomsrechten en de aanspraak op hergebruiksmogelijkheden. Zoals ook aan het begin van dit artikel is beschreven, bestaat er geen hiërarchie tussen beide rechtsgebieden. Het auteurs- en databankenrecht is 'gewoon' van toepassing op informatie uit de publieke sector. Bovendien ligt de regelgevende bevoegdheid (en de uiteindelijke interpretatie) bij de instellingen van de EU en grijpt de Hergebruikrichtlijn enkel in op de uitoefening van auteurs- en databankrechten door overheidsorganen. Dit betekent dat het nationale publiekrecht IE-rechten niet opzij kan zetten. In het voorstel WOO lijkt dat wel te gebeuren. Het huidige artikel 6.2 voorstel WOO is met de (geïmpliceerde) uitsluiting van de uitoefening van het auteursrecht op actief openbaar gemaakte informatie hoogstwaarschijnlijk ontoelaatbaar. Het is immers verdedigbaar dat deze restrictieve bepaling een auteursrechtelijke beperking is die Nederland gezien de limitatieve lijst van beperkingen in de Auteursrechtrichtlijn niet op eigen houtje kan invoeren. Het hybride model legt het fundament voor hergebruik wel vast in publiekrechtelijke regelgeving, maar grijpt minder vergaand in op het intellectueel eigendomsrecht door het bestaan van licenties.

Ten slotte dienen we in deze discussie de positie van overheidsorganen niet uit het oog te verliezen. Het voorstel WOO gaat uit van een 'recht op hergebruik' en beperkt

de vrijheid van overheidsorganen sterk in om dat doel te bereiken. Tegelijkertijd gaat het wetsvoorstel uit van een sterke(re) actieve openbaarmakingsplicht. Het is onwaarschijnlijk dat overheidsorganen zich gestimuleerd voelen zoveel mogelijk informatie uit eigen beweging openbaar te maken als zij vervolgens geen enkele controle meer hebben over het verdere gebruik van die informatie. Het hybride model beoogt hierin meer balans aan te brengen.

Waarheen?

Samenvattend kunnen we stellen dat de intentie van het voorstel Wet Open Overheid duidelijk is: meer ruimte scheppen voor het vrijelijk gebruiken, bewerken en verspreiden van overheidsinformatie door burger en bedrijf, voor zowel maatschappelijke of winstgerichte activiteiten. Maar wij betwijfelen of de gekozen middelen optimaal zijn. Beter ware het om de basisbeginselen van hergebruik nader uit te werken in een publiekrechtelijke regeling, in het voorstel WOO bijvoorbeeld. Overheidsorganen kunnen daaraan vervolgens zelf tot op zekere hoogte nadere invulling geven in licenties. Zo zijn de belangen van alle partijen gewaarborgd.

Ondertussen moet de herziene Hergebruikrichtlijn wel op korte termijn geïmplementeerd zijn. Omdat de behandeling van het wetsvoorstel Open Overheid nog wel even te gaan heeft ligt er inmiddels een wetsvoorstel Wet hergebruik overheidsinformatie bij de Tweede Kamer.⁵⁰ Dat voorstel implementeert de wijzigingen van Richtlijn 2013/37/EU rechttoe-rechtaan.⁵¹ Novum is wel dat het hergebruikhoofdstuk uit de Wob wordt gehaald⁵² en er in plaats daarvan een aparte wet komt die hergebruik regelt voor openbare informatie van alle met een publieke taak belaste instellingen.⁵³ Wat de initiatiefnemers van het wetsvoorstel Open Overheid gaan doen is alsnog onbekend: hergebruik uit het voorstel WOO halen? Het laten staan en een splinternieuwe Wet hergebruik overheidsinformatie intrekken bij inwerkingtreding van de Wet open overheid? Of amendementen indienen op het voorstel Hergebruik die in lijn zijn met het voorstel WOO? Dat er afgestemd moet worden is duidelijk. Dit geeft de mogelijkheid om de door ons uiteengezette basisbeginselen voor de uitoefening van auteurs- en databankrechten op openbare overheidsinformatie mee te nemen.

50 Kamerstukken II 2014/15, 34123, nr. 1-3.

51 Wat betreft het stellen van gebruiksvoorwaarden gaat het voorstel, net als de huidige Wob, niet verder dan de minimale eisen van de (inmiddels herziene) Hergebruikrichtlijn.

52 Zie hierover M.M.M. van Eechoud. 'De Wob krijgt een broertje: Wet hergebruik van overheidsinformatie', *Mediaforum* 2014-2, p. 49.

53 Archieven in de zin van de Archiefwet 1995 zouden juist weer niet onder de Wet hergebruik overheidsinformatie vallen omdat hergebruik al in de Archiefwet zelf geregeld zou zijn. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34123, nr. 3.