

voegd, waarbij de selectie van Knoop gedicht per gedicht kritisch is onderzocht. De teksten van de gedichten zelf heeft Directmedia uit andere bronnen gehaald.

De vraag die uiteindelijk door het Duitse Bundesgerichtshof aan het Hof van Justitie wordt voorgelegd is of het in art. 7 lid 2 sub a van de Databankrichtlijn neergelegde recht van opvraging (het extractie-recht) zich uitstrekt tot dit soort raadpleging van een databank. Is er inbreuk op het databankenrecht indien er weliswaar gegevens zijn overgenomen, maar deze in technische zin niet gekopieerd ('geknipt en geplakt') zijn? Het antwoord van het Hof van Justitie op deze vraag komt voor Nederlandse auteursrechtkenner niet als een verrassing: ook het 'indirect' overnemen van gegevens uit een databank door raadpleging vanaf een scherm kan als 'opvragen' in de zin van de Databankrichtlijn worden aangemerkt.

Maar pas op: het databankenrecht is geen auteursrecht, en rechtsbegrippen uit het ene gebied mogen niet zomaar worden overgenomen in het andere. Voor degenen die, zoals onze Oosterburen, het sui generis recht concipiëren als een naburig recht, ligt het antwoord van het Hof veel minder voor de hand. De reikwijdte van de naburige rechten, zoals het fonogrammenrecht waarmee het databankenrecht relatief veel gemeen heeft, is in vergelijking met die van het auteursrecht beperkt. Het reproductierecht van de fonogrammenproducent beschermt enkel tegen de technische (mechanische) reproductie van een fonogram of een gedeelte daarvan, en zeker niet tegen de indirecte overname van de inhoud ervan. Volgens de verwijzende rechter, het Bundesgerichtshof, zou het dan ook voor de hand hebben gelegen als het begrip opvraging beperkt zou worden uitgelegd in de zin van technisch kopiëren. Het BGH kon zich hierbij mede baseren op overweging 38 bij de richtlijn: "Overwegende dat de fabrikanten van databanken als gevolg van het toenemend gebruik van digitale technologie het gevaar lopen dat de inhoud van hun databank zonder hun toestemming met elektronische middelen wordt gekopieerd en bewerkt om daarvan een databank met identieke inhoud samen te stellen, zonder dat daarbij het auteursrecht op de rangschikking van de inhoud van hun databank wordt geschonden."

Het Hof van Justitie volgt echter de conclusie van de Advocaat-Generaal, en maakt duidelijk dat het databankenrecht ook bescherming biedt tegen handmatige (niet-technische) vormen van overname. Overigens had het HvJ al eerder in het arrest *BHB-William Hill* overwogen "dat de begrippen opvraging en hergebruik geen directe toegang tot de betrokken databank veronderstellen" (HvJ 9 november 2004, zaak C-203/02, AMI 2005-1, p. 27, r.o. 53). Het recente arrest van het Hof in *Infopaq* – wel een auteursrechtelijke zaak – sluit aan bij deze ruime interpretatie van het exploitatierecht (HvJ 16 juli 2009, AMI 2009-5, p. 198, m. nt. K.J. Koelman).

Het oordeel van het Hof van Justitie moge met dat al niet onverwacht komen, het roept wel een belangrijke vraag op. Waar eindigt ongeoorloofde overname en begint de vrije wetenschap? Waar gaat vrije inspiratie over in ongeoorloofde toe-eigening? Het auteursrechtelijk systeem is uitgerust met diverse subtiele instrumenten om deze grens – tussen exclusief recht en informatievrijheid – te trekken, met name het onderscheid tussen vrije idee en beschermde vorm en het criterium van 'subjectieve trekken'. Het databankenrecht kent deze instrumenten niet; beslissend is enkel of er sprake is van opvragen van een "in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank" (art. 2 lid 1 (a) Databankenwet).

Door de ruime uitleg van het opvragingsrecht in *Directmedia* wordt in wezen een monopolie op de 'canon van de Duitse dichtkunst' gevestigd. Al meer dan tien jaar geleden werd – vooral in de Verenigde Staten – de vrees geuit dat het sui generis recht een gevaar zou gaan vormen voor de vrije wetenschap.² Het arrest lijkt deze vrees te bevestigen.

2 J. H. Reichman & P.F. Uhler, 'Database Protection at the Crossroads: Recent Developments and Their Impact on Science and Technology', 14 *Berkeley Technology Law Journal* 793 (1999).

Nr. 23 B&W Amsterdam/Landmark

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 29 april 2009

zaak nr. 07/786

(mrs. Slump, Mortelmans, Simons)

Hergebruik overheidsinformatie op grond van Wet Openbaarheid van Bestuur. Gemeente (college van B&W) stelt voorwaarden en vergoeding vast met beroep op databankenrecht. Databank getuigend van substantiële investering. Geen producent in de zin van de Databankenwet aangezien geen sprake is van risico dragen voor de substantiële investering.

Uitspraak op het hoger beroep van:

het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam, appellant,

tegen de uitspraak in zaak nr. 07/786 van de rechtbank Amsterdam van 6 februari 2008 in het geding tussen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Landmark Nederland BV, gevestigd te Nieuwegein,

en

appellant.

1. Procesverloop

Bij besluit van 15 augustus 2006 heeft het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam (hierna: het college), voor zover thans van belang, geweigerd aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Landmark Nederland BV (hierna: Landmark) de door haar opgevraagde gegevens te verstrekken.

Bij besluit van 11 januari 2007 heeft het college het door Landmark daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard, de opgevraagde gegevens aan haar verstrekt, aan het hergebruik hiervan een aantal voorwaarden en beperkingen verbonden en bepaald dat in een later stadium over de voor de gegevens verschuldigde vergoeding zal worden beslist.

Bij besluit van 22 augustus 2007 heeft het college de door Landmark voor de aan haar verstrekte gegevens te betalen vergoeding gesteld op € 10.625,00.

Bij uitspraak van 6 februari 2008, verzonden op 11 februari 2008, heeft de rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank) het door Landmark tegen de besluiten van 11 januari 2007 en 22 augustus 2007 ingestelde beroep gegrond verklaard, deze besluiten vernietigd en bepaald dat het college opnieuw op het bezwaar van Landmark besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft het college bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 17 maart 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 16 april 2008.

[...]

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder h, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob), wordt in deze wet en de daarop rustende bepalingen verstaan onder hergebruik: het gebruik van informatie die openbaar is op grond van deze of een andere wet 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.

Ingevolge artikel 11a, eerste lid, aanhef en onder a, zoals dit luidde ten tijde en voor zover thans van belang, is hoofdstuk V-A van de Wob (hierna: de hergebruikregeling) niet van toepassing op informatie, zijnde een databank in de zin van de Databankenwet waarvan een overheidsorgaan niet de producent dan wel rechtverrijgende is.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, van de Databankenwet wordt voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde verstaan onder:

a. databank: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering;

b. producent van een databank: degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering;

[...]

d. hergebruiken: elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een deel daarvan door verspreiding van exemplaren, verhuur, on line transmissie of transmissie in een andere vorm.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, zoals dit luidde ten tijde en voor zover thans van belang, heeft de producent van een databank het uitsluitende recht om toestemming te verlenen voor het hergebruiken van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank.

Ingevolge artikel 8, tweede lid, voor zover thans van belang, is het recht bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing op databanken waarvan de openbare macht de producent is, tenzij het recht in het algemeen bij verordening uitdrukkelijk is voorbehouden.

Ingevolge artikel 1 van de Databankenverordening Amsterdam (hierna: de Databankenverordening), behoudt de gemeente Amsterdam zich het databankenrecht, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Databankenwet, uitdrukkelijk voor.

2.2. Bij brief van 10 mei 2006 heeft Landmark het college verzocht haar een lijst met adressen in de gemeente Amsterdam waar bodemonderzoek heeft plaatsgevonden (hierna: de adressenlijst) te verstrekken.

2.3. Vaststaat dat het college de adressenlijst zowel in papieren vorm als digitaal aan Landmark heeft verstrekt. Het geschil tussen partijen betreft de vraag of het college, met toepassing van de hergebruikregeling, aan het hergebruik van de adressenlijst door Landmark een aantal voorwaarden en beperkingen heeft mogen verbinden.

2.4. De rechtbank heeft de besluiten van 11 januari 2007 en 22 augustus 2007 vernietigd, omdat het college naar haar oordeel aan het hergebruik van de adressenlijst niet de gestelde beperkingen en voorwaarden heeft mogen verbinden. Zij overweegt hier toe, samengevat weergegeven, dat het college ten aanzien van de adressenlijst niet beschikt over het recht bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Databankenwet (hierna: databankenrecht) omdat ten aanzien daarvan niet is gebleken van een substantiële investering waarvan het college het risico draagt. Naar het oordeel van de rechtbank is het door het college in artikel 1 van de Databankenverordening gemaakte voorbehoud, bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Databankenwet, daarom in dit geval niet rechtsgeldig en kon het college ten aanzien van de adressenlijst de hergebruikregeling niet toepassen.

2.5. Het college kan zich met dit oordeel van de rechtbank niet verenigen.

2.6. De Afdeling stelt bij haar beoordeling voorop dat, ingevolge artikel 11a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wob, aan twee voorwaarden moet zijn voldaan wil een overheidsorgaan toepassing kunnen geven aan de hergebruikregeling: er moet sprake zijn van een databank en het overheidsorgaan moet van die databank de producent zijn.

In de geschiedenis van de totstandkoming van de hergebruikregeling heeft de Afdeling voorts geen aanwijzingen gevonden voor de vaststelling dat de wetgever in het kader van de hergebruikregeling aan de begrippen “databank” en “producent van een databank” een andere betekenis heeft willen toekennen dan in de Databankenwet.

[...]

2.6.4. Niet in geschil is dat de gegevensverzameling waarvan de adressenlijst deel uitmaakt, is samengesteld uit onder meer bestaande elementen uit bodemonderzoeken en saneringsplannen en dat deze gegevens systematisch geordend en afzonderlijk toegankelijk zijn. Evenmin is in geschil dat het verzamelen, invoeren en controleren van deze elementen een arbeidsintensief en tijdrovend proces is, dat deels door gespecialiseerde medewerkers van de gemeente is uitgevoerd. Naar door het college onweersproken is gesteld, zijn sinds 2003 vier tot vijf medewerkers van de gemeente fulltime bezig geweest met onder meer het digitaliseren, controleren en invoeren van data in de gegevensverzameling. Landmark heeft voorts niet bestreden dat het college voor het samenstellen van bedoelde gegevensverzameling aanzienlijke kosten heeft gemaakt, al betwist zij de precieze hoogte hiervan.

Gelet hierop, is de Afdeling – anders dan de rechtbank – van oordeel dat het college aannemelijk heeft gemaakt dat het een substantiële investering heeft gedaan ter verkrijging van de inhoud van de gegevensverzameling waarvan de adressenlijst deel uitmaakt. Het college heeft aanmerkelijke hoeveelheden tijd, moeite, energie en geld geïnvesteerd en die middelen aangewend om bestaande elementen te verkrijgen, bewerken en controleren en in een gegevensverzameling op te nemen. Die gegevensverzameling dient derhalve als een databank als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Databankenwet te worden aangemerkt.

2.6.5. Met betrekking tot de vraag of het college dient te worden aangemerkt als de producent van deze databank betoogt het college dat het voor de financiële investering in de databank het risico draagt. Dat die investering is gedaan met publieke middelen en gedeeltelijk afkomstig is uit door de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (hierna: minister van VROM) verstrekte subsidies, is in dit verband volgens het college niet relevant. Zou dit anders zijn, dan zouden publieke lichamen volgens het college in geen enkel geval als producent van een databank zijn aan te merken. Die conclusie zou zich niet verhouden met de strekking van de hergebruikregeling en richtlijn 2003/98/EG van het Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie (hierna: Hergebruikrichtlijn) waarvan de hergebruikregeling de implementatie vormt, nu de hergebruikregeling en de Hergebruikrichtlijn publieke lichamen juist de mogelijkheid bieden onder meer aan het hergebruik van databanken voorwaarden en beperkingen te verbinden, aldus het college.

Daar komt volgens het college bij dat het begrip “producent van een databank” niet te eng dient te worden uitgelegd. Het stelt dat bij beoordeling van de vraag wie de producent van een databank is, niet slechts van belang is wie het risico voor de financiële investering in de databank draagt, maar dat daarnaast dient te worden onderzocht wie het risico draagt voor de tijd, moeite en energie die zijn geïnvesteerd om de databank tot stand te brengen. Het col-

lege stelt dat het ook voor laatstgenoemde investeringen het risico draagt en daarom als producent van de databank moet worden aangemerkt.

2.6.6. Landmark bestrijdt dat het college als producent van de databank kan worden aangemerkt. Volgens Landmark volgt uit de overwegingen in de considerans van de Databankenrichtlijn, dat met die richtlijn wordt beoogd de interne markt voor databanken te stimuleren en economische activiteit en werkgelegenheid te bevorderen. Deze economische ratio van de Databankenrichtlijn en de omstandigheid dat overheidsorganen in de richtlijn niet als mogelijke producenten van databanken worden genoemd, brengen volgens Landmark mee dat ervan moet worden uitgegaan dat een overheidsorgaan slechts in uitzonderingsgevallen als producent van een databank is aan te merken. Landmark meent dat een overheidsorgaan als producent van een databank kan worden beschouwd als het optreedt als ondernemer of met private middelen in een databank investeert. Die situatie doet zich volgens Landmark thans niet voor. Zij stelt dat het samenstellen van de databank waarvan de adressenlijst deel uitmaakt noodzakelijk is voor de uitoefening van de aan de gemeente opgedragen publieke taak. Bovendien draagt het college volgens Landmark geen risico voor de financiële investering in de databank, nu die afkomstig is uit publieke middelen en het college ten behoeve van de databank aanzienlijke rijkssubsidies heeft ontvangen.

Daarnaast heeft het aanmerken van overheidsorganen als producent van databanken, volgens Landmark mogelijk tot gevolg dat de overheid ten aanzien van grote hoeveelheden in databanken opgenomen informatie die voor hergebruik in aanmerking komen, de hergebruikregeling zal toepassen. De hergebruikregeling zal op die manier worden uitgehold, nu hergebruik tegen verstrekkingskosten de regel en hergebruik tegen een kostengeoriënteerde vergoeding de uitzondering zou moeten zijn, aldus Landmark.

2.6.7. In artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Databankenwet wordt als producent van een databank aangemerkt degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (Kamerstukken II, 1997-1998, 26 108, nr. 3, blz. 2 en 9) volgt dat aan de begrippen "producent van een databank" in de Databankenwet en "fabrikant van een databank" in artikel 7, eerste lid, van de Databankenrichtlijn, dezelfde betekenis toekomt.

Uit overweging 41, gelezen in samenhang met overweging 40, van de considerans van de Databankenrichtlijn, volgt dat als fabrikant van een databank heeft te gelden degene die het initiatief neemt tot en het risico draagt van de investeringen in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank, waarmee met name toeleveranciers van de definitie van fabrikant worden uitgesloten.

2.6.8. De Databankenrichtlijn is gebaseerd op artikel 57, tweede lid (thans: artikel 47, tweede lid) en de artikelen 66 en 100 (thans: de artikelen 55 en 95) van het EG-Verdrag. Zoals in artikel 14, eerste lid, van het EG-Verdrag uitdrukkelijk is neergelegd, stelt de Gemeenschap op grond van deze bepalingen maatregelen vast die ertoe bestemd zijn de interne markt tot stand te brengen. De overwegingen 2 en 3 van de considerans van de Databankenrichtlijn geven aan dat de richtlijn beoogt de bestaande verschillen die de werking van de interne markt verstoren op te heffen en het ontstaan van nieuwe verschillen te voorkomen.

2.6.9. In punt 33 van het arrest van het Hof van 9 oktober 2008 (zaak C-304/07, Directmedia Publishing) overweegt het Hof dat, zoals met name uit de punten 7, 38 tot en met 42 en 48 van de considerans van de Databankenrichtlijn blijkt, het doel van het invoeren van het sui generis recht uit artikel 7, eerste lid, van de Databankenrichtlijn, erin bestaat de persoon die het initiatief heeft genomen om substantiële menselijke, technische en/of financiële middelen te investeren in de verkrijging van, de controle of de

presentatie van de inhoud van een databank en het risico hiervan draagt, de zekerheid te bieden dat hij voor zijn investering zal worden vergoed, door hem te beschermen tegen de toe-eigening van de resultaten van deze investering zonder zijn toestemming, met name door de reconstructie van deze databank of een wezenlijk deel ervan door een gebruiker of een concurrent tegen een fractie van de kosten die zouden moeten worden gemaakt om een databank zelfstandig te ontwikkelen.

2.6.10. Bezien tegen deze interne markt achtergrond van de Databankenrichtlijn, die ook wordt benadrukt in de memorie van toelichting bij de Databankenwet, kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden staande gehouden dat het college in dit geval kan worden aangemerkt als producent van de databank waarvan de adressenlijst deel uitmaakt. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat, zoals door het college zelf uiteengezet, deze databank mede met het oog op het vergemakkelijken van de aan het college opgedragen publieke taak is samengesteld. De databank is geproduceerd op kosten en in opdracht van de gemeente Amsterdam en een aanzienlijk deel van de in de databank geïnvesteerde gelden is, in verband met de van overheidswege aan de gemeente Amsterdam verleende opdracht de plaatselijke bodemverontreiniging in kaart te brengen, door de minister van VROM bij wijze van subsidie ter beschikking gesteld. Onder deze omstandigheden is geen sprake van de situatie dat het college het risico draagt van de voor de databank gedane substantiële investering. De rechtbank is tot hetzelfde oordeel gekomen.

2.6.11. Nu het college niet kan worden aangemerkt als producent van de databank waarvan de adressenlijst deel uitmaakt, heeft het met betrekking tot de aan Landmark verstrekte adressenlijst ten onrechte de hergebruikregeling toegepast. Hetgeen het college overigens heeft aangevoerd behoeft geen bespreking.

2.7. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd met verbetering van de gronden waarop deze rust.

2.8. Het college dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. bevestigt de aangevallen uitspraak;

[...]

Noot

M.M.M. van Eechoud

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State produceert een constante stroom van uitspraken over de Wet Openbaarheid van Bestuur (Wob); de teller aan gepubliceerde zaken stond halverwege dit jaar al weer boven de twintig. Het intellectuele eigendomsrecht komt in Wob-geschillen slechts zelden aan de orde. Bovenstaande zaak is bij mijn weten de eerste waarin onze hoogste bestuursrechter zich buigt over het databankenrecht. Het is bovendien de eerste uitspraak over het hergebruik-regime voor overheidsinformatie (Hoofdstuk VA Wob). De laatste zal het vast niet zijn: er is een groeiende markt voor de ontwikkeling van informatiediensten en -producten gebaseerd op overheidsinformatie, en de regelgeving terzake blinkt niet uit in helderheid.

De vraag of en tegen welke voorwaarden overheidsorganen data beschikbaar mogen of moeten stellen aan burger en bedrijf wordt primair geregeerd door enerzijds de publiekrechtelijke openbaarheidsregelingen en anderzijds de privaatrechtelijke intellectuele eigendomsrechten die in beginsel ook aan publiekrechtelijke (rechts)personen toekomen. Ook het mededingingsrecht kan nog een deuntje meespelen,¹ maar in bovenstaande zaak speelt dat aspect niet. Elders heb ik al betoogd dat het geen kwaad kan om de verhouding tussen openbaarheidsregels en m.n. het auteurs- en databankenrecht eens expliciet te regelen,² omdat er nogal wat onduidelijkheid bestaat over de vraag in hoeverre een overheidsorgaan intellectuele eigendomsrechten kan inzetten om het gebruik van openbare overheidsinformatie te controleren. Het geschil tussen Landmark en de gemeente Amsterdam getuigt daarvan.

Landmark is actief op het gebied van geografische informatie. Het bedrijf combineert data uit verschillende bronnen in een grote databank en genereert daaruit diverse producten en diensten. Een van die producten is de zogenaamde 'milieuscan' die (aspirant) kopers van onroerend goed via hun makelaar kunnen krijgen. De Milieuscan is een rapport waarin allerlei milieu-informatie is verzameld die over een pand of perceel en de directe omgeving beschikbaar is. Denk daarbij aan gegevens over afgegeven of aangevraagde milieuvergunningen, over bodemverontreiniging en geluidshinder. De brongegevens zijn primair afkomstig van overheidsinstanties, zoals het Kadaster en lokale overheden. Provincies en grotere gemeenten beschikken over veel relevante informatie vanwege hun taken op het gebied van milieubeheer. Zo heeft de gemeente Amsterdam in de afgelopen jaren een grootschalig project uitgevoerd waarbij op basis van historisch en oriënterend bodemonderzoek potentieel vervuilde locaties in kaart zijn gebracht. De gemeente kreeg daarvoor aanzienlijke financiële steun van het ministerie van VROM, dat in het derde Nationaal Milieubeleidsplan aangaf een landsdekkend overzicht te willen realiseren.³ Landmark heeft in 2006 veel gemeenten, waaronder Amsterdam, aangeschreven met het verzoek om mee te werken aan de levering van milieugegevens: bodemkwaliteitsplannen, bodembeheerplannen en lijsten met adressen waar bodemonderzoek heeft plaatsgevonden. Dit soort informatie is in principe openbaar op grond van de Wob en Wet Milieubeheer; de gemeente moet het dus verstrekken voorzover zij het al niet op eigen initiatief heeft gepubliceerd.

Voor de rechter gaat het alleen nog om levering van de adressen van locaties waar bodemonderzoek heeft plaatsgevonden. Deze informatie heeft de gemeente beschikbaar in Excel files. Het geschil gaat in de kern om de vraag of en zo ja welke beperkende voorwaarden de gemeente aan Landmark kan opleggen (bijv. ten aanzien van doorlevering van gegevens) en welke prijs zij voor de data mag vragen.

De richtlijn hergebruik overheidsinformatie, zoals geïmplementeerd in de Wob,⁴ zegt kort gezegd het volgende. Iedereen kan een verzoek indienen tot 'hergebruik' van overheidsinformatie die openbaar is op grond van de Wob zelf of een andere openbaarheidsregeling. Hergebruik omvat volgens art. 1 sub h Wob elk 'gebruik van informatie [...] voor andere doeleinden dan het oor-

spronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd.' Wat Landmark met de gegevens wil doen is duidelijk hergebruik in de zin van de Wob.

Het betrokken overheidsorgaan mag een vergoeding in rekening brengen. De geest van de Wob roept om een vergoeding van hooguit de kopieerkosten en dat is ook het uitgangspunt van het Besluit Tarieven Openbaarheid van Bestuur (Stb. 2001, 415). Deze amvb geldt echter enkel voor de centrale overheid en is bovendien opgesteld voor 'klassieke' Wob-verzoeken maar nooit aangepast aan de hergebruikregeling. Naar de letter van de Wob kunnen gemeenten prijzen in rekening brengen die variëren van nul euro tot een bedrag gebaseerd op de integrale kosten van productie, dus inclusief bijvoorbeeld kosten gerelateerd aan het databank ontwerp, de verzameling van data, het ontsluiten, bijwerken, plus een opslag voor een redelijk rendement op investeringen (art. 11h Wob). De Gemeentewet echter stelt beperkingen aan een winstopslag, want bij heffingen voor diensten mogen 'de geraamde baten van de rechten niet uitgaan boven de geraamde lasten' (art. 229b j° art. 229 lid 1 sub b Gemeentewet). Zou de gemeente daadwerkelijk Landmark aanslaan voor een deel van productiekosten, dan zou dat diensten zoals milieuscans waarschijnlijk zo duur maken dat er nauwelijks vraag meer naar is. Kortom, het prijsbeleid van de overheid heeft grote invloed op de ontwikkeling van op overheidsinformatie gebaseerde diensten en producten. Vanuit economisch oogpunt is het welvaartsverhogend als informatie die toch al bestaat – want gemaakt met het oog op de uitoefening van publieke taken – ook beschikbaar komt voor alternatief gebruik. Vandaar dat beleidsmakers vaak een voorkeur uitspreken voor het gratis of hooguit tegen marginale kosten (kosten gemoeid met de verstreking) ter beschikking stellen van overheidsinformatie.⁵ Op EG niveau bleek zo'n hoofdregel te hoog gegrepen, en in Nederland raakt het trouwens ook aan een teer punt, namelijk de (financiële) autonomie van lagere overheden. Naar aanleiding van kamervragen herhaalde de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken eerder dit jaar nog maar eens dat mede-overheden vrij zijn in het bepalen van Wob-tarieven.⁶

Dat naast betaling ook verdere condities mogen worden gesteld blijkt impliciet uit art. 11f Wob, dat bepaalt dat voorwaarden gelijk moeten zijn voor vergelijkbare categorieën hergebruik. Echter, de richtlijn hergebruik overheidsinformatie heeft niet als doel om overheidsorganen extra bevoegdheden te geven om het gebruik van openbare informatie aan banden te leggen. Doel is juist om exploitatie ervan te vergemakkelijken. De Wob zelf schept dus niet de mogelijkheid om aan verstreking voorwaarden te verbinden, de gemeente moet daarvoor een andere juridische grondslag hebben, en daar komt het databankenrecht om de hoek kijken.

Zoals bekend geldt de Databankenwet ook voor overheden, al dienen die wel een voorbehoud te maken om hun databankrechten veilig te stellen (art. 8 Dw, vgl. art. 15b Aw). De Vereniging Nederlandse Gemeenten heeft ten tijde van de invoering van de Databankenwet een modelverordening opgesteld waarin een algemeen voorbehoud van databankenrecht in de zin van art. 8 Databankenwet wordt gemaakt. Veel gemeenten hebben die verordening overgenomen, waaronder Amsterdam. Wat dat betreft doet zich dus

1 Vgl. het bij de Eerste Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel inzake 'Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid', *Kamerstukken I* 2008/09, 31 354, nr. A. Hierin komt gegevensverstrekking door de overheid voor commerciële doeleinden expliciet aan de orde (art. 25i en 25k).

2 'Openbaarheid van bestuur en auteursrecht, never the twain shall meet?', in: N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel: Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 89-100; 'Het hergebruikregime voor overheidsinformatie in de Wob: een tussenstand', *Mediaforum* 2008-1, p. 2-10.

3 Zie onder meer de website van de Dienst Milieu- en Bouw van de Gemeente

Amsterdam (http://www.dmb.amsterdam.nl/actueel/nieuws/nieuwsberichten/onderzoek_1?ActId=151804) en jaarverslagen bodemsanering op <http://www.senternovem.nl/Bodemplus/index.asp>.

4 Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie, *PbEG* 2003 L 345/90; Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 25.

5 O.m. de OECD Recommendation of the Council for Enhanced Access and More Effective Use of Public Sector Information, C(2008)36, 30 april 2008; en veel eerder al de nota 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie', *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 387, nr. 7.

6 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2647.

geen probleem voor. Maar hebben we het hier eigenlijk wel over een gegevensverzameling die getuigt van een substantiële investering en waarvan de gemeente producent is, d.w.z. degene is die het risico draagt van de voor de databank gedane investering (art. 1 sub a en b Dw)?

In eerste instantie kwam de rechtbank nog tot de conclusie dat, hoewel er mogelijk hoge kosten waren gemoeid met het opzetten van de databank, er geen sprake was van een risicodragende investering aangezien de databank uit publieke middelen is betaald. Bovendien was de databank een nevenactiviteit van de eigenlijke hoofdactiviteit en ook dat zou reden zijn waarom aan de gemeente geen databankbescherming toekomt. Om welke hoofdactiviteit het gaat wordt niet duidelijk, maar men mag wel aannemen: het uitwerken en uitvoeren van milieubeleid.

De Afdeling trekt de vraag naar object en subject uit elkaar. Interessant is dat de Afdeling eerst tot de conclusie komt dat sprake is van een beschermingswaardige databank, en vervolgens uitwerkt waarom de producent ervan niet beschermingswaardig is. Ik geloof niet dat de burgerlijke rechter in IE-zaken tot het oordeel komt dat er wel een object van bescherming is maar geen rechthebbende. Hooguit is er controverse over wie precies rechthebbende is, maar niet dát er een rechthebbende is. Of moeten we de uitspraak zo lezen dat de Afdeling de mogelijkheid open laat dat niet B&W maar de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Amsterdam de databankproducent is, door te oordelen dat er geen sprake is 'van de situatie dat het college [curs. MvE] het risico draagt van de voor de databank gedane substantiële investering' (r.o. 2.6.10)? Dat lijkt me sterk, gelet ook op het feit dat de Afdeling aanneemt dat het college wel substantiële investeringen heeft gedaan (r.o. 2.6.4). Voor 'college' mogen we denk ik wel lezen 'gemeente'. Hergebruik is nu eenmaal een hybride verschijning: het bestuursorgaan B&W oefent bestuursrechtelijke bevoegdheden uit, nl. het beslissen op een verzoek op grond van de Wob, en beroept zich daarbij op privaatrechtelijke IE-aanspraken van de gemeente als rechtspersoon.

Ik heb sympathie voor de uitkomst omdat het doel van het databankenrecht niet gediend is met het beschermen van gegevensverzamelingen die primair met het oog op de uitoefening van publieke taken worden gemaakt. Sterker nog, de hele Richtlijn hergebruik overheidsinformatie (en ook het eerdere Nederlandse beleid inzake overheidsinformatie) is gebaseerd op de gedachte dat het de economie ten goede komt als overheidsdata zo veel en zo vrij mogelijk beschikbaar komen voor de ontwikkeling van nieuwe producten en diensten. Toch komt de constructie waarop de Afdeling uitkomt mij iets gekunsteld over: wel een beschermde databank, maar geen beschermde rechthebbende. Men kan zeggen dat wat de Afdeling in feit doet is een criterium toevoegen: om in aanmerking te komen voor bescherming volstaat niet dat sprake is van een substantiële investering, het moet ook een risicodragende investering zijn. Ik vraag me ook af of het Hof van Justitie de Databankrichtlijn zo zou uitleggen. De Europese wetgever heeft er nu eenmaal voor gekozen om de publieke sector als databankproducent niet wezenlijk anders te behandelen dan producenten uit de private sector. Het gewijzigde richtlijnvoorstel voorzag nog wel in een plicht voor overheidsorganen om op redelijke voorwaarden hergebruik toe te staan van data uit openbare databanken,⁷ maar een dergelijke dwanglicentie heeft het niet gehaald.

Getuige de reacties die bij de Europese Commissie binnenkwamen in het kader van de lopende 'review' procedure, vallen er de aankomende jaren geen grote wijzigingen in de Hergebruikrichtlijn te verwachten,⁸ zeker niet waar het de rol van intellectuele eigendomsrechten betreft. Misschien dat onze minister de oorspronkelijke plannen voor een richtlijn-plus implementatie maar eens moet afstoffen. Die waren naar verluidt hergebruik-vriendelijker en beperkten wel de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten door overheidsinstanties. Het was vrees voor straf uit Brussel voor late implementatie die maakte dat de Hergebruikrichtlijn indertijd minimaal is geïmplementeerd. De termijn is gehaald, nu kan de aandacht weer naar de inhoud. De Databankrichtlijn laat openbaarheidsregelingen onverlet, en de Hergebruikrichtlijn is een vorm van minimum harmonisatie, dus nationale speelruimte is er wel enigszins.

7 Art. 11(2) sub a Amended Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases, COM (93)464 final, Brussel 4 oktober 1993.

8 Zie de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad,

het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Hergebruik van overheidsinformatie: evaluatie van richtlijn 2003/98/EG, COM (2009) 212 def.