



Openbaarheid, exclusiviteit en markt: commercialisering van overheidsinformatie

Verschenen in *Mediaforum* 1998-6, p. 177-184

M.M.M. van Eechoud ^[1]

Het Centraal Bureau voor de Statistiek verschaft uitgevers tegen betaling van royalty's statistische informatie voor gebruik in schoolboeken. De Topografische Dienst van het ministerie van Defensie verkoopt sinds jaar en dag toeristische fietskaarten. Het Kadaster haalt meer dan 30 miljoen omzet uit andere activiteiten dan die wettelijk zijn opgedragen.^[1] Is dit commercialisering van overheidsinformatie? Hoe verdraagt zich dat tot de openbaarheid van overheidsinformatie? Wat is de rol van het auteursrecht (en extractierecht)? En doet de overheid de private sector geen oneerlijke concurrentie aan met deze praktijken? Deze vragen komen in deze bijdrage aan de orde.

Aan commercialisering van overheidsinformatie kleven diverse juridische aspecten. Gaat het om de handel in persoonsgegevens uit overheidsbestanden, dan speelt privacybescherming een grote rol. In verband met de beperkte opzet van deze bijdrage, laat ik privacyaspecten verder buiten beschouwing. Intellectuele eigendomsrechten, met name het auteursrecht en databankbescherming, zijn van belang omdat het (niet) hebben van deze rechten de mogelijkheden voor exploitatie van informatie kan beïnvloeden. Ook de wettelijke openbaarheid van sommige overheidsinformatie heeft consequenties voor de 'verhandelbaarheid' daarvan. Tot slot speelt het mededingingsrecht haar -de laatste jaren lawaaïge- deuntje mee.

Terminologie

Voordat aan de orde komt wat de betekenis is van openbaarheidsregelgeving, auteursrecht en oneerlijke mededinging voor commercialisering van overheidsinformatie, sta ik even stil bij twee begrippen: overheidsinformatie en commercialisering.

Overheidsinformatie

Analoog aan de Algemene wet bestuursrecht kan 'overheid' gepreciseerd worden: een orgaan of rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld, of een ander orgaan of college met enig openbaar gezag bekleed.^[2] Informatie waarover instellingen met openbaar gezag beschikken voor of tengevolge de uitoefening van hun publieke taken, is dan aan te merken als overheidsinformatie. Maar niet alle informatie die bij deze overheidsinstellingen aanwezig is, houdt rechtstreeks verband met publieke taken. Ter illustratie: een belangrijke publieke taak van het Kadaster is de zorg voor de landelijke openbare kadastrale registratie. Men kan er echter ook terecht voor de aanschaf van onder meer 'geo-coding'-bestanden, die in combinatie met andere data nuttig hulpmiddel zijn voor bijvoorbeeld een analyse van de beste vestigingsplaats voor een chique meubelzaak of doe-het-zelf winkel. Zo'n bestand is een 'bijproduct' van de kadastrale

registers.^[3] Het Kadaster heeft niet de exclusieve bevoegdheid om het te maken en exploiteren, maar mag het op grond van de Organisatiewet Kadaster (art. 2 lid 3) wel. Nevenactiviteiten heeft het Kadaster ondergebracht in dochterondernemingen (onder meer Kadata BV) en in samenwerkingsverbanden met de private sector.

Zijn de bestanden afkomstig van Kadata nog overheidsinformatie te noemen? Dat hangt er van af aan welke factoren men doorslaggevende betekenis hecht: (1) herkomst van de informatie, (2) aard van de bewerker/exploitant, (3) aard van de activiteit (publieke taak of niet), (4) aard van de financiering. Gezien het feit dat de nevenproducten (deels) gemaakt worden op basis van gegevens noodzakelijk voor de uitoefening van de publieke taak, door een door het Kadaster opgezet en gecontroleerd bedrijf, en bovendien in het verlengde liggen van de publieke taak, zou ik het bovengenoemde geo-coding bestand als overheidsinformatie aanmerken. Verderop komt aan de orde hoe bovenstaande omschrijving zich verhoudt tot wat in het kader van auteursrecht en openbaarheidsregelgeving onder 'overheidsinformatie' wordt verstaan.

Commercialisering

Commercialisering is enigszins een modewoord, dat meestal duidt op toenemende gerichtheid op of invloed van 'de markt' op velerlei gebied. In het kader van dit artikel doel ik met de term 'commercialisering' op de uitbating van met publieke middelen bekostigde informatie.^[4] Die uitbating is niet beperkt tot het met winst oogmerk verhandelen van overheidsinformatie door de private sector, maar kan ook bestaan in de levering van informatie door een overheidsinstelling met het doel extra inkomsten te verwerven.

Commercialisering lijkt deels voort te komen uit twee ontwikkelingen: de meer bedrijfseconomische benadering van de (openbare) informatievoorziening door de overheid zelf, en het groeiend besef (of idee) dat overheidsinformatie voor het bedrijfsleven interessante exploitatiemogelijkheden biedt.^[5]

Het afgelopen decennium zijn er in de organisatie van de openbare informatievoorziening veranderingen opgetreden, die samenhangen met de wens om binnen de publieke sector efficiënter te werken en met de groeiende invloed van het profijtbeginsel. Een aantal informatieproducenten is extern verzelfstandigd, zij dienen kostendekkende tarieven voor hun diensten en producten te vragen. Voorbeelden daarvan zijn het Kadaster (voorheen VROM, sinds 1994 ZBO) en de Rijksdienst voor het wegverkeer, de beheerder van o.m. kenteken en rijbewijsregisters (voorheen V&W, sinds 1996 ZBO).^[6] Andere instellingen zijn intern verzelfstandigd in de vorm van agentschappen van ministeries, bijvoorbeeld het KNMI (sinds 1995 agentschap van V&W) en de Rijksarchiefdienst (sinds 1996 een agentschap van OCenW).^[7] Deze agentschappen ontvangen het merendeel van hun middelen van hun moederdepartementen, maar worden ook geacht overige overheidsinstellingen of de private sector kostendekkende tarieven in rekening te brengen voor geleverde diensten en producten.^[8] Weer andere overheidsdiensten zijn niet verzelfstandigd, maar hebben wel de opdracht gekregen meer geld uit 'de markt' te halen (waarmee vaak zowel afnemers uit publieke en private sector worden bedoeld), zoals het CBS (EZ) en de Topografische Dienst (Defensie).

Houdt (meer) kostendekkend werken al of niet na verzelfstandiging, nu commercialisering van de overheidsinformatievoorziening in? Naar mijn idee soms wel, soms niet. Verzelfstandiging gaat vaak gepaard met invoering van het (bedrijfseconomische) baten-lasten stelsel, naast of in plaats van het kas-verplichtingen stelsel dat in de publieke sector traditioneel gebruikt wordt. Het baten-lasten stelsel maakt het makkelijker om de werkelijke kosten van een specifieke

informatiedienst- of product te bepalen, en daarmee om die door te berekenen.

Vindt die doorberekening van werkelijke kosten plaats in het kader van de interbestuurlijke informatievoorziening (bijv. Kadaster geeft on line inzage in zijn bestanden aan gemeenten) dan impliceert dat m.i. niet dat de overheidsinformatievoorziening 'commercialiseert'. De rekeningen die overheidsinstellingen elkaar sturen voor informatieverstrekking worden uiteindelijk uit publieke middelen voldaan, het gaat hier dus eerder om allocatie van middelen in de openbare sector.

Ook in de gevallen waarin een overheidsinstelling voor het verstrekken van informatie aan burger en bedrijf (kostendekkende) tarieven in rekening brengt, is m.i. niet noodzakelijkerwijs sprake van commercialisering. Betreft het informatie die in het kader van de publieke taak verstrekt wordt, dan is de verschuiving er eerder een van solidariteitsbeginsel naar profijtbeginsel: de financiering van informatieverstrekking vindt plaats middels bijzondere belastingen en heffingen (leges, retributies) in plaats van uit algemene belastingen.

Bij de informatieverstrekking die niet direct voortvloeit uit een publieke taak, kan wel sprake zijn van commercialisering door de betrokken overheidsinstelling. Met name de -doorgaans in het kader van in- of externe verzelfstandiging gegeven- opdracht aan een overheidsinstelling om kosten te verminderen of meer inkomsten te verwerven, zet aan tot bijklussen door de overheid. Het Kadaster heeft zoals gezegd een commerciële poot, opgericht enige tijd na de omzetting in een ZBO. Ook het KNMI brengt (commerciële) nevenactiviteiten onder in een BV. De door de Kamers van Koophandel opgerichte NV Databank speelt een belangrijke rol bij het beheer van het openbare handelsregister, maar levert aan bedrijven ook gegevens die niet op grond van de handelsregisterwet verstrekt hoeven te worden. De Rijksdienst voor het wegverkeer levert informatie uit zijn kentekenregister exclusief^[9] aan RDC Datacentrum BV; dat is een belangenbehartiger van de voertuigbranche die de registerinformatie gebruikt voor direct mail acties, marktonderzoek e.d.

Naast deze op de markt gerichte activiteit door de overheid zelf, kan ook uitbesteding 'commercialiserende' gevolgen hebben. Een sprekend voorbeeld daarvan is de ADW, de databank met geconsolideerde wet- en regelgeving die door een Kluwer consortium in opdracht van de Staat is gemaakt. Het consortium heeft zich verplicht de ADW voor eigen rekening en risico te exploiteren, en dient aan andere afnemers dan de rijksoverheid en Staten-Generaal 'marktprijzen' in rekening te brengen (gemeenten, provincies, particulieren en bedrijven bijv.). De Staat heeft zich verplicht geen medewerking te verlenen aan anderen die een dergelijk product op de markt willen brengen. Alle intellectuele eigendomsrechten op de databank berusten bij Kluwer.^[10] Hier is dus sprake van een gemengde situatie: de Staat besteedt de productie van een databank uit, waarschijnlijk omdat dat voor hem zelf efficiënter is dan de databank in eigen huis te produceren, en onderwerpt de toegang voor anderen aan de 'tucht' van de (i.c. monopolistische) markt.

De uitbating van overheidsinformatie vindt zijn beperkingen -afgezien van privacybescherming- vooral in openbaarheid, intellectuele eigendom en mededingingsrecht. Zo verdraagt de wettelijke verplichte informatieverstrekking aan ieder die erom verzoekt tegen een geringe vergoeding zich niet met exclusieve verstrekking tegen 'marktconforme' tarieven. Exclusieve rechten op overheidsinformatie komen goed van pas bij de uitbating van informatie, maar niet alle overheidsinformatie is object van auteurs- of extractierecht, en bovendien speelt bij veel overheidsinformatie ook nog een ongelukkig huwelijk tussen wettelijke openbaarheid en bescherming. Exclusieve rechten op hun beurt moeten -zoals onder andere de Magill-zaak leert^[11] - uitgeoefend worden zonder in strijd met het mededingingsrecht te komen. En dat

mededingingsrecht ten slotte, maakt het de overheid soms moeilijk om zich op de markt te begeven aangezien het spook van oneerlijke concurrentie op de loer ligt.

Openbaarheid van overheidsinformatie

Veel informatie waarover overheidsinstellingen beschikken, is toegankelijk op grond van openbaarheidwetgeving, wat -in theorie althans- grenzen stelt aan de uitbating van deze informatie. Belangrijke algemene wetten betreffende de openbaarheid van overheidsinformatie zijn de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet 1995. Naast deze algemene wetten zijn er leges speciales voor de openbaarheid van omvangrijke overheidsbestanden zoals het handelsregister, de kadastrale registratie en bevolkingsregisters (wet GBA c.a.).^[12] In zijn algemeenheid brengen bovenstaande openbaarheidregels met zich mee dat aan ieder die daarom vraagt informatie wordt verstrekt, tegen hooguit de kosten van verstrekking.^[13] Onderstaand komt de openbaarheid van drie belangrijke soorten overheidsinformatie nader aan de orde: wet- en regelgeving, rechtspraak en bestuursinformatie.

Wet en regelgeving, rechtspraak

In de openbaarheid van *wet- en regelgeving* is voorzien in o.m. de Bekendmakingswet, de Rijkswet goedkeuring verdragen, Gemeentewet (art. 139), Provinciewet (art. 136) en Waterschapswet (art. 73) en de Algemene wet bestuursrecht. Al deze publicatievoorschriften zien op publicatie van wet- en regelgeving in algemeen verkrijgbaar gestelde *papieren* uitgaven. Zoals bekend heeft de Staat de Sdu opdracht gegeven om Haagse wet- en regelgeving evenals witte stukken (kamerstukken, handelingen) te drukken, welke tegen betaling voor eenieder beschikbaar zijn.^[14] Geconsolideerde wetteksten worden vooralsnog door commerciële uitgevers verzorgd, de incidentele plaatsing van geconsolideerde wetten in het Staatsblad daargelaten. Ook de publicatie van rechtspraak is van oudsher een commerciële aangelegenheid.

De overheid (en niet alleen op rijksniveau) acht het -vanzelfsprekend zou men zeggen- belangrijk dat informatie die nodig is voor participatie in en controle op het democratisch proces, voor iedereen gratis of tegen een geringe vergoeding^[15] toegankelijk is. De ADW is sinds oktober 1997 dan ook te raadplegen in openbare bibliotheken, hiervoor betaalt de Staat Kluwer. Recentelijk kondigde de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken aan dat het onaanvaardbaar is dat burgers moeten betalen voor wetgeving; kamerstukken en wetgeving zouden op korte termijn kosteloos op het internet beschikbaar moeten zijn.^[16] Flarden van wet- en regelgeving en witte stukken zijn reeds gratis te raadplegen via internetsites van bijvoorbeeld ministeries, gemeenten en universiteiten. De Sdu exploiteert op commerciële basis een databank met (vrijwel) alle kamerstukken, handelingen e.d. De beschikbaarstelling voor het publiek van (een deel van de inhoud van) jurisprudentiedatabanken van de rijksoverheid wordt in het kader van het zgn. Justex project overwogen.^[17]

Als het voornemen van het Rijk om wet- en regelgeving en rechtspraak tegen geen of geringe vergoeding elektronisch toegankelijk te maken werkelijkheid wordt, is commercialisering van deze informatiesoorten door de overheid zelf (vide ADW-zaak) verleden tijd.

Bestuursinformatie

De Wet openbaarheid van bestuur is de meest algemene en veelomvattende openbaarheidregeling, die de toegang regelt tot informatie die verband houdt met het openbaar bestuur in al zijn facetten. Bestaat er echter een speciale, uitputtende openbaarheidregeling voor bepaalde informatie, dan is de Wob op die informatie niet toepasselijk. Zo is voor de landelijke

kadastrale registratie en het handelsregister de openbaarheid uitputtend geregeld in respectievelijk de Kadasterwet c.a. en de Handelsregisterwet.

Overheidsorganen in de zin van de Wet openbaarheid van bestuur zijn ministeries, lagere overheden en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties. Daarnaast vallen ruim 150 (clusters van) zelfstandige bestuursorganen onder de Wob.^[18] Ook informatie van instellingen, diensten en bedrijven die onder verantwoordelijkheid van overheidsorganen werkzaam zijn, valt onder de Wob (art. 3), alleen voorzover die informatie verband houdt met publieke taken. Of de betrokken instelling een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtsvorm heeft, is niet relevant.

Niet alle informatie die bij deze overheidsorganen berust is openbaar op grond van de Wob. De informatie moet een bestuurlijke aangelegenheid betreffen (o.m. voorbereiding en uitvoering beleid) en bovendien zijn neergelegd in een document dat berust bij het overheidsorgaan.^[19] Het document is de informatiedrager die gegevens bevat (papier, floppy, geluidsband, harde schijf). Vanuit het oogpunt van commercialisering is vooral de status van digitale gegevensbestanden interessant.

Kan men op grond van de Wob informatie opvragen die uit bij de overheid aanwezige bestanden gegeneerd moet worden? Volgens Beers wel, en dat standpunt werd in de in de pers veelbesproken 'Trouw'-zaak recentelijk nog eens bevestigd door de rechter: kunnen de gevraagde gegevens met eenvoudige technische bewerkingen worden geproduceerd, dan is de Wob van toepassing.^[20] Gaat het om de vraag wanneer informatie bij de overheid berust, dan gelden van oudsher twee eisen: het document moet aanwezig zijn bij de overheid, en voor de overheid als zodanig bestemd zijn. Volgens Beers duidt 'berusten bij' niet noodzakelijkerwijs op fysieke aanwezigheid, ook als het overheidsorgaan toegang heeft tot elders opgeslagen gegevens (via bijv. een netwerkverbinding) is sprake van 'berusten bij'.^[21] Dat lijkt me zeker in combinatie met het vereiste dat de informatie voor de overheid bestemd moet zijn, een redelijke, aan de eisen van de tijd voldoende uitleg.

Het kabinet wordt echter geplaagd door koudwatervrees waar het de Wob en digitale informatie betreft. Volgens het evaluatieverslag Wob geldt de eis van fysieke aanwezigheid wél, en valt informatie die met eenvoudige handelingen is te genereren niet onder de Wob. Verder zou de verzoeker om informatie ook geen aanspraak kunnen maken op een digitale kopie van de gevraagde informatie, o.m. aangezien het (digitale) origineel en de kopie dan niet van elkaar te onderscheiden zijn en de verzoeker dus recht zou krijgen op het originele document (sic!).^[22] Van de in november jongstleden door kamerleden van CDA, VVD, D66 en PvdA geuite kritiek op bovengenoemde opvattingen leek het parse kabinet niet buitensporig onder de indruk.^[23]

De regering is verder van mening dat bestandsgegevens alleen onder de Wob vallen als ze door het betrokken overheidsorgaan 'concreet gebruikt worden bij het uitvoeren van bestuurlijke taken', bestanden die enkel 'aanwezig' zijn bij de overheid zouden daarmee dus nog niet openbaar zijn. Informatie die uit overheidsbestanden *kan* worden gegeneerd en die ook voor andere dan bestuurlijke doeleinden bruikbaar is, is volgens de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken niet opvraagbaar op grond van de Wob. Ook deze beperkte interpretatie van de term bestuursinformatie is aangevallen, ditmaal door de Eerste Kamer.^[24]

Houdt de afwijzende houding van het kabinet wellicht verband met hetgeen in het kader van de nota 'Terug naar de toekomst' geopperd is: dat afnemers van overheidsinformatie die deze commercieel willen exploiteren of er anderszins een eigen belang bij hebben, best wat meer voor die informatie zouden kunnen betalen?^[25] Dat idee verdraagt zich slecht met ruime

verkrijgbaarheid van gegevensbestanden op grond van de Wob. Niet alleen is een belangrijk uitgangspunt van de Wob dat wie om informatie vraagt niet hoeft te vertellen waar hij die informatie voor wil gebruiken, de Wob heeft ook als uitgangspunt dat maximaal de kosten gemoeid met verstrekking in rekening worden gebracht.^[26] Beide factoren dragen ertoe bij dat de mogelijkheden voor commercialisering van bestuursinformatie beperkt zijn.

Exclusieve rechten op overheidsinformatie

Het auteursrecht en in de zeer nabije toekomst het extractierecht (databankbescherming), spelen in potentie een belangrijke rol bij commercialisering van overheidsinformatie. Deze rechten geven immers zeggenschap over informatie, en dragen bij aan het vermogen van de rechthebbende om informatie (winstgevend) te exploiteren. Overheidsinformatie is in beginsel net als andere informatie object van auteursrecht en extractierecht, mits het natuurlijk voldoet aan de voor het ontstaan van het recht gestelde eisen.^[27] Het nut van auteurs- en extractierecht is echter wel beperkt, enerzijds omdat de exclusieve rechten op sommige overheidsinformatie beperkt zijn of niet bestaan, anderzijds omdat de Wob de werking van auteurs- en extractierecht doorkruist.

Auteursrecht en extractierecht

Volgens artikel 11 Auteurswet bestaat er geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen. Naar verluidt worden wet- en regelgeving en rechtspraak ook uitgezonderd van het extractierecht, een uit de koker van de Europese wetgever afkomstige vorm van databankbescherming.^[28]

Het gegeven dat een wettekst geen object is van exclusieve rechten, betekent niet noodzakelijkerwijs dat een verzameling wetten geen bescherming geniet. Als de verzameling als geheel een oorspronkelijk karakter heeft (door bijv. selectie en ordening van de wetteksten, toegevoegde trefwoorden), is die verzameling beschermd door het auteursrecht.^[29] Neemt men de kale tekst van een wet over, dan is er dus niets aan de hand, maar bij het kopiëren van een groter deel kan er sprake zijn van inbreuk op auteursrecht omdat ook de wél beschermde structuur van de databank wordt overgenomen.

Bij het extractierecht is dat m.i. anders. Volgens de databankrichtlijn heeft de producent van een databank, waarvan de verkrijging, controle of presentatie van de inhoud een substantiële investering vergt, het recht om opvraging en hergebruik van een substantieel deel van die inhoud te verbieden.^[30] Als wet- en regelgeving en rechtspraak naar analogie van de Auteurswet van het extractierecht worden uitgezonderd, betekent dat dat de rechthebbende zich niet kan verzetten tegen overname van (een deel van) de inhoud, of ook de structuur van de databank gekopieerd wordt is niet van belang.^[31] Ook de geschriftenbescherming biedt in de nabije toekomst waarschijnlijk weinig soelaas, als men tenminste aanneemt dat de geschriftenbescherming niet langer van toepassing is op databanken die object zijn van het extractierecht.

Een tweede uitzondering die de Auteurswet maakt ten aanzien van overheidsinformatie, heeft niet betrekking op de vraag of overheidsinformatie onderwerp is van auteursrecht, maar betreft de uitoefening van auteursrechtelijke bevoegdheden. Wordt een auteursrechtelijk werk door of vanwege de openbare macht^[32] openbaar gemaakt zonder uitdrukkelijk voorbehoud, dan geldt de verdere openbaarmaking en verveelvoudiging daarvan niet als inbreuk op het auteursrecht (art. 15b Auteurswet). De auteursrechthebbende -en dat kan de overheid zelf zijn maar ook een ander, immers de overheid bezit niet noodzakelijkerwijs het auteursrecht op werken die ze

openbaarmaakt- ziet zijn exploitatierechten dus verworden tot lege dop.^[33]

Een voorbehoud kan gemaakt worden bij algemene wet, besluit of verordening, door vermelding van het voorbehoud op (exemplaren van) het werk zelf of door mededeling bij openbaarmaking. Dergelijke voorbehouden worden door bijvoorbeeld het CBS, het Kadaster en de Topografische Dienst van het ministerie van Defensie standaard gemaakt op publicaties. De ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken hebben recentelijk aangekondigd dat ze de mogelijkheid om een beleidslijn over auteursrechtvoorbehouden onderzoeken.^[34]

Exclusieve rechten vs. openbaarheid

Duidelijk mag zijn dat op informatie die op grond van de Wob verstrekt wordt, auteursrecht kan rusten van de overheid of van een derde. Heeft die openbaarheid nu gevolgen voor de uitoefening van auteursrechtelijke bevoegdheden, en daarmee voor de mogelijkheid om informatie uit te baten?

Een bijzondere wettelijke bepaling die de verhouding tussen Wob en Auteurswet regelt bestaat niet, en was naar het oordeel van de wetgever ook niet nodig aangezien op het overgrote deel van overheidsinformatie geen auteursrecht zou rusten, doet het dat wel dan zou doorgaans de overheid auteursrechthebbende zijn.^[35] Het idee dat het zo'n vaart wel niet zou lopen met botsingen tussen Wob en auteursrecht wordt gelogenstraft doordat tegenwoordig legio overheidsinstellingen de boer op gaan met informatie, en daarbij expliciet wijzen op hun auteursrecht (en in de nabije toekomst waarschijnlijk ook op het extractierecht).^[36]

Het bestaan van het auteursrecht is geen grond om informatieverstrekking n.a.v. van een Wob-verzoek te weigeren.^[37] Volgens de databankrichtlijn doen de bepalingen van de richtlijn geen afbreuk aan onder meer wettelijke bepalingen betreffende de toegang tot publieke documenten (art. 13 richtlijn), ook het extractierecht staat m.i. dus aan informatieverstrekking op grond van de Wob niet in de weg. De verstrekking op grond van de Wob is volgens de regering een (wettelijke) beperking van het auteursrecht zoals voorzien in art. 1 Auteurswet.^[38] Wel zou de verzoeker van Wob-informatie het daarop rustende auteursrecht moeten respecteren (ik ga hier even voorbij aan 15b Auteurswet, en ga er vanuit dat als verstrekking van informatie op verzoek al openbaarmaking door de openbare macht is, er een auteursrechtvoorbehoud is gemaakt).^[39] Dat is prettig voor de auteursrechthebbende, maar belemmert wel de beoogde werking van de Wob -m.n. controle op het democratisch bestuur door openbaarheid van overheidsinformatie- nu het de ontvanger van de informatie niet vrij zou staan deze te verveelvoudigen of openbaar te maken.^[40]

In het voorgaande kwamen auteursrechtperikelen bij informatieverstrekking op verzoek (de zgn. passieve openbaarheid) aan de orde. De Wob voorziet ook in actieve openbaarheid 'zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering' (art. 8 Wob). Het betrokken overheidsorgaan bepaalt zelf of daarvan sprake is, actieve openbaarmaking is bovendien niet rechtens afdwingbaar. Stelt de overheid op eigen initiatief informatie beschikbaar, dan verricht zij daarbij al snel auteursrechtelijk relevante handelingen (verveelvoudiging en openbaarmaking).

Doorgaans zal er bij actieve openbaarmaking op grond van de Wob ook sprake zijn van openbaarmaking door de openbare macht in de zin van art 15b Auteurswet, het maken van een voorbehoud van auteursrecht is dus -wil het auteursrecht niet waardeloos worden- vereist. Is de overheid zelf auteursrechthebbende, dan hoeft dat geen problemen op te leveren. Problematischer is de actieve openbaarmaking van informatie waarop niet de overheid, maar een ander auteursrecht heeft. Heeft de overheid toestemming nodig van de auteursrechthebbende

om te kunnen voldoen aan zijn plicht tot actieve openbaarmaking van informatie die in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering (art. 8 Wob)? Met Verkade ben ik van mening dat indien de bewuste informatie in opdracht van de overheid is gemaakt, dergelijke toestemming niet nodig zou moeten zijn.^[41] Ik zou zelfs willen bepleiten dat ook bij actieve openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermde informatie die *niet* in opdracht van de overheid is geproduceerd, de overheid in beginsel niet afhankelijk wordt gemaakt van de toestemming van de auteursrechthebbende.^[42]

Het maken van een auteursrechtvoorbehoud kan bij actieve openbaarmaking verdere aantasting van het auteursrecht voorkomen. Ook zou de overheid de auteursrechthebbende een vergoeding aan kunnen bieden. De overheid heeft dus de nodige middelen om (potentiële) benadeling van de auteursrechthebbende te voorkomen of beperken.^[43] Is het de auteurs- (of extractie)rechthebbende mogelijk om actieve openbaarmaking te voorkomen, dan ligt de beslissing over welke informatie in het belang van een goede en democratische bestuursvoering algemeen verkrijgbaar gesteld moet worden, niet meer waar hij hoort te liggen, namelijk bij de gemeenschap.

Een moeilijke vraag blijft hoever de overheid moet gaan met het actief aanbieden van overheidsinformatie. Daar zitten allerlei organisatorische en technische aspecten aan (wat publiceren, welk medium, welke mate van bewerking) maar ook politiek-economische. Waar valt openbaarmaking nog onder het in de Wob genoemde 'belang van een goede en democratische bestuursvoering' en waar houdt de publieke taak op en begint bijklussen? Mag bijklussen nog wel? Onder welke omstandigheden leveren nevenactiviteiten oneerlijke concurrentie met de private sector op?

Oneerlijke mededinging

Dat de overheid activiteiten in concurrentie met het bedrijfsleven ontplooit, is bepaald geen nieuw verschijnsel. Wel staat mogelijk oneerlijke concurrentie door de overheid de laatste tijd sterk in de belangstelling. Zo wordt of is de toelaatbaarheid van nevenactiviteiten van diverse overheidsinstellingen getoetst aan de hand van het door de werkgroep Cohen uitgebrachte rapport Overheid en Markt. Voordat dit beleid aan de orde komt, eerst enkele opmerkingen over het (oneerlijke) mededingingsrecht zelf.^[44]

Toelaatbaarheid nevenactiviteiten

Reeds in 1974 besliste de Hoge Raad dat er geen rechtsregel is die het de Staat verbiedt om naast de wettelijke taken andere activiteiten (te laten) uitoefenen, ook als die activiteiten in concurrentie met het bedrijfsleven worden verricht en niet door een sociale taak gerechtvaardigd worden.^[45] Wel tekende het college aan dat er grenzen zijn aan de concurrerende activiteiten van de overheid. Enerzijds kunnen die blijken uit de (geschiedenis van de) wet waarbij de publieke taken geregeld zijn. Anderzijds kunnen er gevallen zijn waarin het belang van de overheid om een bepaalde dienst te verlenen, niet opweegt tegen het belang van het bedrijfsleven om van concurrentie verschoond te blijven. Hoe die laatste belangenafweging uitvalt, dient mede bepaald te worden aan de hand van de in Nederland levende opvattingen dienaangaande. Die zijn dunkt mij sinds 1974 veranderd ten faveure van de private sector. Het twintig jaar jongere vonnis van de Zutphense rechtbank illustreert dat. In deze zaak werden de nevenactiviteiten van een energiebedrijf onrechtmatig bevonden ten opzichte van private concurrenten (installatiebedrijven), omdat het energiebedrijf gebruik maakte van een voorsprong op de nevenmarkt welke voorsprong voortkwam uit voordelen die het bedrijf door zijn publieke taak

(energiedistributie) had.^[46]

Wenselijkheid nevenactiviteiten

Eerder schreef ik al dat de combinatie van verzelfstandiging en de verplichting voor verzelfstandigde organisaties om kostendekkend te werken de bijklussende overheid in de hand hebben gewerkt. In de politieke debatten rond de verzelfstandiging van bijvoorbeeld het Kadaster, de RDW, het RIVM en de Rijksarchiefdienst speelde het gevaar van oneerlijke concurrentie nog niet zo'n rol. Bijklussen is deze organisaties wettelijk toegestaan, zolang de nevenactiviteiten maar in het verlengde van de publieke taken liggen en/of tot efficiëntere benutting van aanwezige middelen leiden, en de belastingbetaler geen extra geld kosten (kostendekkend werken). Ook in de vooral sinds 1995 aangezwengelde discussie over verbetering van de toegankelijkheid van overheidsinformatie was oneerlijke concurrentie aanvankelijk geen aandachtspunt. Dat is radicaal veranderd door met name het rapport Markt en Overheid dat de werkgroep Cohen in februari 1997 uitbracht.^[47] De enthousiaste ontvangst van dit rapport in de Kamer heeft de discussie over commercialisering van overheidsinformatie flink gekleurd. Overheersende opvatting lijkt nu dat concurrentie met de private sector door de publieke sector in principe taboe is.^[48] Voor zover een overheidsinstelling toch concurreert met de private sector dient die wedijver volgens Cohen op een 'gelijk speelveld' plaats te hebben, wat betekent dat voordelen die een overheidsinstelling heeft op grond van de publieke taak (fiscaal, kennis, informatie e.d.) weggenomen moeten worden.

De verwickelingen rond Kamers van Koophandel dochter NV Databank zijn illustratief voor de veranderde opvattingen inzake de relatie markt-overheid. De NV Databank levert buiten de verplichte verstrekkingen op grond van de Handelsregisterwet sinds jaar en dag onder meer gegevens aan eindgebruikers en tussenhandel. De eindgebruikers die NV databank bedient krijgen een doorleveringverbod opgelegd, terwijl de tussenhandel een (almaar stijgende) doorleveringstoeslag diende te betalen. Dat zou een eerlijker verdeling van de lasten zijn, de eindgebruikers die NV Databank bedient zouden anders meer aan de kosten van verzameling en beheer bijdragen dan de eindgebruikers die een tussenleverancier bedient. Tussenleverancier Vierhand kwam tot aan de Hoge Raad vergeefs op tegen deze praktijk.^[49] De Minister van Economische Zaken (Wijers en zijn voorganger Andriessen) keurde de prijsdiscriminatie echter af en vond dat de Kamers van Koophandel niet met het bedrijfsleven mogen concurreren.^[50] Ten tijde van het geschil met Vierhand werd juist de Handelsregisterwet herzien, en ook de Wet op de Kamers van Koophandel ging in de steigers.^[51] Met name bij de parlementaire behandeling van dit laatste voorstel kwamen het door NV Databank gevoerde prijsbeleid en de concurrentie veelvuldig aan de orde.

De herziene organisatie van de Kamers staat in het teken van het profijtbeginsel, voor informatievoorziening betekent dit dat zoveel mogelijk kostendekkende tarieven moeten worden berekend. Dat geldt zowel voor de verstrekking van informatie op grond van de wettelijke taken (gegevens over een onderneming uit het Handelsregister), als voor informatieverstrekking die niet wettelijk verplicht is. Ondernemingen zijn verplicht geregistreerd bij de regionale Kamers, voor deze registratie betalen ondernemingen een heffing. De verstrekking van gegevens uit het Handelsregister gebeurt tegen de kosten van verstrekking.

De niet-wettelijk verplichte^[52] verstrekking van informatie is sterk aan banden gelegd: doorleveringstoelagen en doorleveringsverboden zijn voortaan taboe en discriminatie van afnemers gaat tot het verleden behoren. Bovendien mag NV Databank geen informatiediensten meer leveren waarin ook het bedrijfsleven voorziet (mailings, verrijkte gegevens uit het Handelsregister).^[53] In het ideaal van de staatssecretaris van EZ heeft iedereen tegen betaling van

verstrekkingkosten en evt. een opslag ter dekking van een deel van de vergaringskosten, toegang tot basisgegevens die bij de Kamers/NV Databank voorhanden zijn. Aangezien kostendekkend gewerkt moet worden, zal de prijs die NV Databank voor deze informatie rekent naar ik vermoed gaan stijgen. Zonder doorleveringstoelagen of -verboden is het voor de afnemer immers goedkoper om met tussenleveranciers zaken te doen in plaats van direct met de NV Databank, die dus afnemers verliest. De vaste lasten van de NV Databank gemoeid met verstrekking van informatie zullen dus over minder afnemers worden omgeslagen.

Een ander gevolg van de leveringsplicht in combinatie met het verbod om doorleveringstoelagen of -verboden op te leggen aan afnemers, is dat eventuele intellectuele eigendomsrechten (en dan denk ik m.n. aan het extractierecht) uitgehold worden.

De Kamers van Koophandel en de NV Databank lijken kortom door een samenloop van omstandigheden (klagende afnemers, nieuwe Mededingingswet, rapport Cohen, herziening Handelsregisterwet en Wet op de Kamers van Koophandel) het deksel van de bijkluspot hard op de neus te hebben gekregen. De exploitatie van handelsregisterinformatie is voortaan een aangelegenheid van het bedrijfsleven.

Andere 'producenten' van informatie in de publieke sector zoals het Kadaster, het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu en de Meetkundige Dienst van Rijkswaterstaat worden nog aan een 'Cohen-toets' onderworpen. Bij het KNMI heeft de beoordeling van mogelijke concurrerende activiteiten geleid tot de beslissing om een deel van de gegevensverstrekking (onder meer weerberichten voor speciale doelgroepen, telefonische weersinformatie) te privatiseren. De levering van statistische informatie door het CBS aan o.m. uitgevers tegen royaltyvergoeding gekoppeld aan een doorleveringsverbod, wordt ook getoetst.^[54]

Mededingingswet

Volgens de regering is de per 1 januari jl. in werking getreden Mededingingswet (Mw) in beperkte mate geschikt om (oneerlijke) concurrentie van overheidsinstellingen tegen te gaan, onder meer omdat overheidsdiensten vaak geen onderneming zijn in de zin van de Mededingingswet of omdat overheidsbedrijven onderworpen zijn aan specifieke regels die de Mededingingswet opzij zetten.^[55] Voor de bepaling van het begrip onderneming zoekt de Nederlandse wetgever aansluiting bij het EG-mededingingsrecht.^[56] Het HvJEG definieert een onderneming als elke entiteit die economische activiteit uitoefent ongeacht de rechtsvorm en wijze van financiering.^[57] Op het gebied van de overheidsinformatievoorziening lijkt het me geen sinecure om vast te stellen welke activiteit wel economisch is en welke niet. Dat wetgeven en rechtspreken als gezagshandelingen geen economische activiteiten zijn mag duidelijk zijn, maar hoe zit het met de publicatie van wetgeving en rechtspraak? Kluwer valt als onderneming onder de Mededingingswet, en daarmee de exploitatie van de ADW ook. Als de Staat in de toekomst het beheer van de ADW weer geheel terugbrengt in het publieke domein, betekent dat dan dat de mededingingsregels geen rol meer spelen, omdat de Staat in deze niet geacht kan worden een entiteit te zijn die economische activiteit uitoefent?

Ook bij andere vormen van commercialisering van overheidsinformatie is de mededingingsrechtelijke situatie onduidelijk, bijv. bij de informatiediensten die KNMI, Kadaster en Kamers van Koophandel leveren. Neemt men bijvoorbeeld aan dat de ZBO Kadaster geen onderneming is,^[58] en de dochterbedrijven of bedrijven waarin het Kadaster deelneemt wel,^[59] dan doet zich de vraag voor of op grond van de mededingingswet kan worden opgetreden tegen bijv. een praktijk waarbij de ZBO exclusief en tegen wellicht een zachte prijs gegevens levert aan één (dochter)bedrijf X dat voor verdere exploitatie zorgt.^[60] De ZBO als

niet-onderneming is in dit voorbeeld niet aanspreekbaar op grond van de mededingingswet, of bedrijf X aangesproken kan worden is ook maar de vraag. Van mededingingsbepalende overeenkomsten in de zin van art. 6 lid 1 Mw is geen sprake omdat het geen overeenkomst *tussen* ondernemingen betreft. Misbruik van een machtspositie (art. 24 Mw) door X doet zich niet voor -gesteld al dat sprake is van een machtspositie op de relevante markt- omdat de afnemers niet te lijden hebben onder het feit dat hun leverancier goedkoop aan zijn databestanden komt. Zouden de zaken omgekeerd liggen -bedrijf X verkrijgt exclusief data van de ZBO maar dan tegen een forse prijs- dan is de situatie niet veel anders. De ZBO mag aan omgekeerde kruissubsidiëring doen (neveninkomsten gebruiken voor de financiering van wettelijke taken), art. 6 lid 1 Mw is niet van toepassing, en of de dure inkooppraktijk van X reeds misbruik van machtspositie oplevert lijkt me twijfelachtig.

Volgens de minister van Economische Zaken kan het voorkomen van oneerlijke concurrentie door (semi)overheidsinstellingen beter geregeld kan worden in specifieke wettelijke regels of algemeen beleid op het gebied van de scheiding publiek-privaat.^[61] In die opvatting kan ik me wel vinden.

Hoe een eventuele vergoeding vastgesteld moet worden die de (commerciële) afnemer van met publieke middelen betaalde overheidsinformatie (bijv. kadastrale registratie, handelsregister, statistische informatie) verschuldigd is, zou m.i. ook geregeld moeten worden. De eenvoudigste oplossing lijkt me dat bij informatieverstrekking buiten de wettelijke taak of plicht, afnemers de kosten van *verstrekking* van de informatie betalen, en verder behandeld worden volgens het beginsel gelijke monniken gelijke kappen. Dat tempert enerzijds de verleiding voor overheidsinstellingen om zich te richten op de handel in gegevens waarover ze uit hoofde van hun publieke taak beschikken of om informatie te verzamelen die voor de publieke taak niet echt noodzakelijk is (maar commercieel wel interessant). Anderzijds levert het positieve externe effecten op, omdat het bedrijfsleven met de verkregen gegevens producten en diensten met toegevoegde waarde kan produceren. Twee bijkomende voordelen zijn nog dat niet met kunst- en vliegwerk de 'prijs' van dergelijke overheidsinformatie hoeft te worden vastgesteld, en dat er geen conflict meer is met de hoofdregel van vergoedingen voor verstrekking van openbare overheidsinformatie (nl. levering tegen maximaal verstrekkingskosten).

Conclusies

Op commercialisering van overheidsinformatie staat een belangrijke rem: overheidsinformatie die op grond van openbaarheidswetgeving voor iedereen toegankelijk is, leent zich in principe niet goed voor commerciële exploitatie. Dat komt enerzijds doordat het verstrekken van dergelijke informatie in beginsel tegen maximaal de kosten van verstrekking dient te geschieden, anderzijds omdat er op bepaalde overheidsinformatie geen exclusieve rechten bestaan (wetgeving e.d.).

Belangrijker argument tegen commercialisering is dat goede en goedkope toegang tot wet- en regelgeving, rechtspraak en bestuursinformatie van groot belang is in een democratische samenleving. Dat sluit de al of niet op winst gerichte uitbating van informatie uit de publieke sector overigens niet uit, de private sector kan door het combineren van gegevens en het toevoegen van waarde (redactioneel en anderszins) meer gespecialiseerde producten maken. Een schoolvoorbeeld van hoe het niet moet, is echter de ADW. Kluwer kreeg van de Staat een feitelijk monopolie op databanken met geconsolideerde wet- en regelgeving in de schoot geworpen, de rekening kwam terecht bij o.m. lagere overheden, het bedrijfsleven en particulieren. En dat terwijl wetgeving openbare informatie par excellence is, waar bovendien

geen auteursrecht op rust.

Voor zover openbaarheidswetgeving daar al ruimte toe laat, bevindt de overheidsinstantie die zelf extra inkomsten wil genereren met de levering van informatie zich al snel in een klem. Enerzijds wordt men gedwongen om efficiënter te werken en meer kosten terug te verdienen. Dat stimuleert om reeds in het kader van de publieke kerntaak aanwezige informatie en middelen ook te benutten voor nevenactiviteiten (denk aan de fietskaarten van de Topografische Dienst, de geo-coding bestanden van het Kadaster). Anderzijds legt het huidige markt-overheid beleid beperkingen op waar het het soort informatiedienst en de voorwaarden waaronder die geleverd wordt betreft. Deze beperkingen kunnen ook de intellectuele eigendomsrechten van de overheid uithollen. De zaak NV Databank illustreert dat. Een wat systematischer behandeling van de verhouding tussen exclusieve rechten, openbaarheid en mededinging in het Haagse zou welkom zijn. Wat mij betreft geldt daarbij dat informatie die voor een publieke taak nodig is, uit publieke middelen wordt gefinancierd en -als privacy en auteursrechtelijke problemen daaraan niet in de weg staan- aan private afnemers op non-discriminatoire wijze wordt geleverd tegen de kosten gemoeid met verstrekking.