

DE OVERHEID EN HET PUBLIEK DOMEIN VAN INFORMATIE VOOR WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK

EGBERT DOMMERING
BERNT HUGENHOLTZ
JAN KABEL*

249

* Prof. mr. E. J. Dommering is hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. P. B. Hugenholtz is hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. mr. J. J. C. Kabel is hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Utrecht en universitair hoofddocent recht van intellectuele eigendom en media- en informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

VERANTWOORDING

De drie auteurs zijn uiteraard verantwoordelijk voor de inhoud van de gehele studie. Deel 1 (Algemene inleiding) is geschreven door Prof. Mr. E.J. Dommering, Deel 2 (Intellectuele eigendom) door Prof. Mr. P.B. Hugenholtz en deel 3 (Openbaarheid) door Prof. Mr. J.J.C. Kabel. Deel 4 (Conclusies) komt voor rekening van de auteurs gezamenlijk. De editing is ter hand genomen door Mr. A. Paternotte.

Amsterdam, 31 januari 2002

1 ALGEMENE INLEIDING

1.1 OBJECT VAN DE STUDIE

De centrale vraagstelling van deze analytische studie is: *Welk juridisch instrumentarium staat de nationale overheid binnen de door het internationale (Europese) recht getrokken randvoorwaarden ter beschikking om maatregelen tot behoud van het publiek kennisdomein te nemen.* Deze analyse richt zich dan in het bijzonder op het wetenschappelijk kennisdomein. Voor de productie en verspreiding van kennis behorende tot dit domein spelen publiek gefinancierde kennisinstellingen, dat wil zeggen wetenschappelijke instellingen, wetenschappelijke bibliotheken en openbare bibliotheken een belangrijke rol. Deze zullen daarom in de vraagstelling worden betrokken, mede omdat zij een dubbelrol in dit domein vervullen. Zij zijn afhankelijk van hun kennis van het domein, maar produceren zelf ook weer kennis die daartoe kan behoren. Daarmee valt het hele veld van culturele instellingen en de media buiten deze studie, hoewel de geestelijke vorming door culturele instellingen en de vrije circulatie van informatie door de media ongetwijfeld bijdragen aan de invulling van het publiek domein. Wij zullen ons daarbij primair richten op de juridische kenmerken van het publiek domein. Het gaat ons er in deze studie om welke maatregelen de overheid kan overwegen om de toegang, de toegankelijkheid en het gebruik van het publiek kennisdomein te waarborgen ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek.

Een onderwerp dat wij ook buiten beschouwing laten is in hoeverre de oprukkende privacyregulering een belemmering wordt om van kennis uit het publiek domein gebruik te maken. Dit is een onderwerp voor afzonderlijke studie.ⁱ

De korte termijn waarop de opdracht werd verstrekt (eind november 2001) en de aard van de gevraagde studie (een studie met een essayistisch karakter) stelt verdere beperkingen. Zo concentreert deze studie zich op een analyse van een zuivere probleemstelling en het aangeven van globale beleids- en wetgevingsinstrumenten om het probleem te benaderen.

De opzet van deze studie is als volgt. In hoofdstuk 1 wordt de betekenis van het 'publiek domein' en de voor het onderwerp relevante intellectuele eigendomsrechten gedefinieerd, de inhoud van het eigendomsbegrip (en de economische aspecten daarvan) in het algemeen en met betrekking tot informatie en informatietechnologie in het bijzonder geanalyseerd, om vervolgens na te gaan wat dit betekent voor het publiek kennisdomein. Daarbij wordt in het bijzonder ook stilgestaan bij de rol van de overheid in haar hoedanigheid van eigenares van informatie en hoedster van openbaarheid van informatie.

In de hoofdstukken 2 en 3 worden in het kort de ontwikkelingen in het intellectuele eigendomsrecht en de openbaarheidsregelingen geanalyseerd en aangegeven wat dat voor de kennisinstellingen betekent. Hoofdstuk 4 bevat aanbevelingen voor beleidsstrategieën.

1.2 PUBLIEK DOMEIN: TWEE BETEKENISSEN

Het publiek domein heeft in de rechtswetenschap twee van elkaar te onderscheiden betekenissen die beide voor ons onderwerp een rol spelen. In de discussie over ‘publiek domein’ worden deze vaak door elkaar gehaald of onvoldoende onderscheiden. Wij lichten deze twee betekenissen eerst toe.

1.2.1 DE EERSTE BETEKENIS VAN PUBLIEK DOMEIN

Men kan stellen dat alle openbaar gemaakte informatie behoort tot het publiek domein, omdat al deze informatie al dan niet tegen betaling voor iedereen toegankelijk is. Men kan dit het publiek domein in ruime zin noemen. De duizenden boeken die worden uitgegeven, de duizenden uitvindingen die zijn gepubliceerd en waarvan de wetenschap zich bedient zijn daar mede *dank zij* een recht van intellectuele eigendom. In de context van het recht van intellectuele eigendom hanteert men een enger begrip.

Het gaat dan om die informatie die tot het publiek domein wordt gerekend, omdat daarop geen recht van intellectuele eigendom rust. Wij zullen hierna eerst stilstaan bij dit publiek domein in de enge betekenis van het woord.

Publiek Domein (1): rechten van intellectuele eigendom

In het recht van intellectuele eigendom spreekt men van het ‘publiek domein’ wanneer informatie niet, niet meer, of niet geheel voorwerp is van een recht van intellectuele eigendom.

Met ‘niet’ bedoelen wij dat openbaar gemaakte informatie (auteursrecht) of onontdekte informatie (octrooirecht) slechts onder bepaalde voorwaarden voorwerp van een recht van intellectuele eigendom kan zijn. De voorwaarden worden voor ieder gebied van intellectuele eigendom afzonderlijk geregeld. Het auteursrecht kent voor haar ontstaan een lage drempel: wanneer de persoonlijke expressie van de maker herkenbaar is in het werk wordt het door het auteursrecht beschermd. Dat is al vrij snel het geval. Het ontstaan van het recht is aan geen verdere formaliteiten gebonden. Bij het octrooirecht is er een hoge drempel: slechts die vindingen komen in aanmerking voor octrooi die voldoende nieuw, voldoende inventief en praktisch toepasbaar zijn. Het ontstaan van het recht is aan de verlening van een overheidsvergunning gebonden. Bij de bescherming van een databank gaat het – afgezien van de bescherming door auteursrecht van een origineel ontwerp van een verzameling – om de hoogte van de investering die in de verzameling is gedaan.

Bij de bepaling van de grens van het recht speelt de scheidslijn tussen vrije ‘ideeën’ en ‘feiten’ in ieder gebied haar eigen rol. Als wij het hebben over beperking van het publiek domein dan gaat het vooral over de verschuiving van die grens waardoor feiten en ideeën moeilijker toegankelijk worden. Dat kan op twee manieren zijn beslag krijgen. De beperking van het vrij toegankelijke publiek domein kan in de eerste gelegen zijn in de uitbreiding van de beschermingsom-

vang van het recht. Te denken valt aan het toekennen van auteursrecht op een dataverzameling die bestaat uit ‘feiten’ of de verlening van een octrooi op een (wetenschappelijke) methode zoals bijvoorbeeld een manier van inrichten van een financiële administratie (in de Verenigde Staten ook wel bekend als de ‘business patents’). De tweede manier is die van het in het leven roepen van een nieuw – naburig – recht, zoals een databankenrecht dat de verzameling van feiten beschermt. De bescherming is hier niet zozeer gelegen in het verbod om uit de bank te putten, maar om omvangrijke ontleningen (het ‘downloaden’ van de databank) tegen te gaan.

Met niet ‘meer’ wordt bedoeld op de beperking in de tijd van een recht van intellectuele eigendom. Een auteursrecht is aan een tijdsduur gebonden, gerekend vanaf het overlijden van de auteur. Na het verstrijken van de tijd kan het werk vrij van auteursrechten worden verhandeld. *Madame Bovary* van Flaubert kan doordat de tijdsduur van het auteursrecht op het werk is verstreken vrij worden uitgegeven. Hetzelfde geldt voor een octrooirecht. Na het verstrijken van de geldigheidsduur van het octrooi is de uitvinding die het bestrijkt vrij toepasbaar. Een farmaceutische *spécialité* wordt dan bijvoorbeeld een *generic*: de werkzame stof die onder het bereik van de uitvinding viel kan vrij in andere soortgelijke geneesmiddelen worden toegepast. Verlenging van de geldigheidsduur van intellectuele eigendomsrechten beperkt dus het publiek domein: een werk of uitvinding blijft er immers *langer* buiten.

Met ‘niet geheel’ wordt bedoeld op wat in het auteursrecht bekend staat als de beperkingen op het auteursrecht. Delen van het werk mogen voor nauw omschreven doeleinden vrij worden gebruikt. Uit een werk mag voor kritische doeleinden worden geciteerd, er mag voor eigen studiedoeleinden uit worden gekopieerd en zo meer. Bekend is ook de uitzondering dat op wetten en rechterlijke beslissingen geen auteursrecht kan worden gevestigd. In het octrooirecht kan onder omstandigheden een dwanglicentie worden opgelegd, waarmee bepaald gebruik van de geoctrooieerde vinding kan worden afgedwongen. Wanneer wij in dit verband spreken over beperking van het publiek domein, dan bedoelen we daarmee dat de mogelijkheid om deze beperkingen uit te oefenen – ten gevolge van nieuwe mogelijkheden van informatietechnologie – afnemen: wij spreken van *beperkingen van de beperkingen*. Dit kan zich in allerlei varianten voordoen, mede als gevolg van de nieuwe krachtige informatietechnologie. Te denken valt aan het onmogelijk maken van kopiëren van elektronische informatie die op een computerscherm wordt aangeboden.

Publiek domein (1): andere privaatrechtelijke belemmeringen

Informatie kan ook op een andere manier buiten het publiek domein worden gehouden. De meest simpele vorm is dat zij niet wordt openbaar gemaakt of anders gezegd: *geheimgehouden*. Geheimhouding kan langs contractuele weg worden afgedwongen, bijvoorbeeld door know-how overeenkomsten. Een persoon of instelling die kennis verwerft of bewerkt die hem (deels) door anderen ter beschikking wordt gesteld kan contractueel de verplichting worden opgelegd dat

hij deze kennis niet naar buiten brengt. Een dergelijke verplichting kan door middel van een dwangsom worden afgedwongen. Dit soort afspraken komen wij dikwijls in de praktijk tegen als het bedrijfsleven afspraken onderling of met wetenschappelijke instellingen maakt over het gezamenlijk ontwikkelen of verder uitbouwen van nieuwe uitvindingen. Ook in de sfeer van de arbeidsovereenkomst komen wij regelmatig geheimhoudingsverplichtingen tegen.

Degene die over geheime informatie beschikt heeft de keus om deze 'voor zich zelf' te houden of publiek te maken. Dit laatste kan gepaard gaan met de vestiging van een recht van intellectuele eigendom op de betrokken informatie. Toch kan daarmee maar gedeeltelijk worden voorkomen dat de informatie naar het publieke domein wordt overgebracht. De kennis en ideeën die in het werk of de uitvinding zijn verwerkt worden immers met het werk of de uitvinding mee geopenbaard en zijn, voor zover ze buiten de expressie van het werk of de reikwijdte van de uitvinding vallen, onderdeel geworden van het publiek domein.

Een variant op deze beperking is dat kennis nog slechts in contractuele vorm ter beschikking wordt gesteld. Het gebruikscontract *vervangt* het statuut van het recht van intellectuele eigendom dat regelde wat er met een informatiedrager gedaan mocht worden (mocht deze worden gekopieerd?), hoe men toegang tot de daarin opgeslagen informatie kon krijgen (het octrooischrift) en welke gedeelten van de informatie vrij mochten worden gebruikt (bijv. het citaatrecht). Informatie- en communicatie technologie (ICT) is een belangrijke, maar niet de enige motor van deze substitutie.

Is bij de geheimhouding de zeggenschap over de informatie gekoppeld aan de beschikking over de informatie zelf, informatie kan ook exclusief worden gehouden door middel van een eigendom of ander exclusief gebruiksrecht op de plaats waar de informatie zich bevindt of waar zij wordt geproduceerd. Door middel van zo'n exclusief gebruiksrecht op de plaats kan immers de toegang tot de informatie worden beperkt en daarmee ook de mogelijkheid om er kennis van te nemen of er gebruik van te maken. Twee voorbeelden mogen dit verduidelijken.

De voetbalclub (of de organisatie waarvan de club deel uitmaakt) kan door middel van het gebruiksrecht van het stadion de verslaggeving over wat er in het stadion gebeurt controleren en aan condities binden, zonder dat er een recht van intellectuele eigendom bestaat op het spel dat in het stadion wordt gespeeld. Hoewel dit systeem niet waterdicht is (bijv. er kunnen vanaf de openbare ruimte met technische hulpmiddelen opnamen van het spel worden gemaakt), is de hele milieuhandel van televisie uitzendrechten er op gebaseerd. Men spreekt ook wel van een *droit de stade*. Bovendien kan het systeem redelijk waterdicht worden gemaakt met behulp van de politiemacht van de overheid, waardoor zelfs evenementen op de openbare weg op deze wijze kunnen worden geëxploiteerd. Bij de Tour de France worden slechts geaccrediteerde verslaggevers op de openbare weg of in het luchtruim rond het peloton en de koplopers toegelaten.

Het tweede voorbeeld ziet op verzamelingen van (kunst)voorwerpen die zich in gebouwen, zoals musea, bevinden. De gerechtigde tot het gebouw kan de toegangsvoorwaarden vaststellen. Zo kan bijvoorbeeld het Rijksmuseum op de tentoongestelde werken waarop geen auteursrecht meer rust (ze zijn immers eeuwen oud) reproductierechten uitoefenen door het publiek te verhinderen daarvan tijdens het bezoek foto's te maken. Aldus kan de merchandising van de collectie in eigen hand worden gehouden. Men zou van een *droit de musée* kunnen spreken. De gedigitaliseerde weergave van de gehele collectie op een museum website doet overigens afbreuk aan deze exploitatiemogelijkheid. Een dergelijke website brengt de werken weer geheel terug in het publiek domein. Ook het omgekeerde kan echter het geval zijn. De instelling die fysiek over de informatie beschikt, kan ook de voorwaarden bepalen voor de elektronische toegankelijkheid ervan, *on- of off-line*.

Een tussencategorie tussen onttrekking aan het publiek domein door middel van geheimhouding en onttrekking door middel van een afgezonderde plaats wordt gevormd door privé-verzamelingen van niet eerder geopenbaarde informatie. Als voorbeeld noemen wij de documenten van historische waarde die zich in een particulier archief bevinden. Degene die de beschikkingsrechten over het archief heeft kan bepalen wanneer, door wie en onder welke voorwaarden de in deze documenten opgeslagen kennis kan worden openbaar gemaakt. Dikwijls gaat het om informatie die een groot historisch belang vertegenwoordigt (bijv. een document dat een geheel nieuw licht kan werpen op de Greet Hoffman affaire). Zo kan een bepaalde historicus of biograaf toegang krijgen tot een overigens voor het publiek gesloten archief om een studie of een biografie te schrijven. Hierbij kunnen ook auteursrechten een rol spelen, bijvoorbeeld wanneer het gaat om brieven waarvan het auteursrecht van de briefschrijver nog bestaat (Voor toegang tot de brievencollectie van het Letterkundig Museum is bijvoorbeeld de toestemming van de auteur en de geadresseerde nodig. Kabel et al. 2001: 24). Dit toegangsrecht kan zelfs een exclusief karakter krijgen, wanneer de betrokken onderzoeker als enige toegang krijgt (bijv. als de biograaf van koningin Wilhelmina als enige toegang krijgt tot de koninklijke brievencollectie). Men zou van een *winningrecht* kunnen spreken. Toegang kan ook geweigerd worden omdat de instelling die over de gegevens beschikt de bewerking aan zich zelf heeft voorbehouden (het Meertens Instituut weigert toegang tot informatie die gereserveerd is voor eigen onderzoek; Kabel et al. 2001: 24). Een andere mogelijkheid is de categorie van degenen die toegang mogen krijgen te beperken.

Geheimhouding van informatie, contractuele gebruiksbeperkingen met betrekking tot ter beschikking gestelde informatie en toegangsbeperkingen gelegen in de plaats waar de informatie zich bevindt of de vorm waarin zij wordt aangeboden, zijn even zovele middelen om het publiek domein te beperken. Men kan zich de vraag stellen of deze onttrekking of onthouding aan de openbaarheid van niet door een intellectueel eigendomsrecht beschermde informatie, door andere – sterkere – rechten kan worden verhinderd. Het gaat dan om informatie die een openbaar belang vertegenwoordigt (bijv. een familiearchief van groot historisch

belang). Men zou dan kunnen denken aan een op het recht van vrije meningsuiting gebaseerd toegangsrecht tot informatie van openbaar belang. Dit is een lastig vraagstuk, omdat het een materieel criterium introduceert (het openbare belang van de betrokken informatie) dat in ieder concreet geval tot afbakeningsvragen leidt. Zo'n recht betekent bovendien een grote inbreuk op het eigendomsrecht van de plaats waar de informatie zich bevindt (een binnentreed recht dat wij tot dusver alleen aanvaarden in het kader van de strafrechtelijke opsporing) of de privacy van degene die over de informatie beschikt (het vrije dispositierecht van het individu te beslissen over de openbaarmaking van informatie waarover hij beschikt). Wij zullen deze vraag wel in hoofdstuk 2 onder ogen zien.

1.2.2 DE TWEDE BETEKENIS VAN PUBLIEK DOMEIN

Publiek domein (2): de overheid als eigenaar

Het begrip *domaine public* uit het vermogensrecht ziet op (onroerende) zaken die aan de overheid behoren, maar waarop een publieke bestemming rust. Het leerstuk dat voor deze overheidseigendom eigen regels gelden, is in onbruik geraakt. In Nederland wordt aangenomen dat op de overheidseigendom de gewone regels van het privaatrecht van toepassing zijn, tenzij dat onverenigbaar is met een uitdrukkelijk geregelde publieke bestemming. Wanneer de publieke bestemming niet in de wet vastligt, is de overheid binnen de grenzen van de beginselen van behoorlijk bestuur vrij de omvang van die bestemming te bepalen (Van der Does en Snijders 2001: 19-21).

De informatie die bij de overheid berust of door de overheid is geproduceerd is tot dusver nooit in verband gebracht met eigendom waarop een publieke bestemming rust. De vraag van de openbaarheid loste zich op in de vraag hoe deze geregeld is in publiekrechtelijke regels (waarover hierna). De vraag naar de omvang van de publieke bestemming van informatie waarvan de overheid eigendomsrechten kan claimen wint evenwel aan actualiteit door het databankenrecht. De overheid legt immers zelf dataverzamelingen aan of laat in opdracht private organisaties omvangrijke dataverzamelingen aanleggen die in beginsel vatbaar zijn voor zo'n (pseudo)eigendomsrecht en waarvoor geen bijzondere publiekrechtelijke regels gelden. De situatie wordt bovendien steeds onoverzichtelijker door privatiseringsprocessen, waardoor informatieverzamelingen bij private instellingen – al of niet in joint venture met de overheid – die publieke taken hebben, komen te berusten. Dikwijls is dan niet duidelijk of die informatie (nog) tot het publieke domein behoort (vgl. Kabel et al. 2001: 14-19). Voorzover wij kunnen overzien heeft deze vraag noch in het WRR-rapport *Het Borgen van Publiek Belang* (WRR 2000) noch in het wetsontwerp *Markt en Overheid*² afzonderlijke aandacht gekregen. Ook het rapport *Controle geven of nemen, een politieke agenda voor de informatiesamenleving* (Infodrome 2001) behandelt het onderwerp niet.

De overheid als eigenaar van informatieverzamelingen heeft het dus mede in de hand om het publiek domein in de eerst bedoelde betekenis (de vrije toegankelijkheid van informatie) te beperken. Het gaat dan met name om informatie-

verzamelingen die een openbaar belang vertegenwoordigen. Men kan daarvoor een materieel criterium hanteren: de aard van de informatie is dan beslissend voor de bestemming. Men kan ook een meer formeel criterium hanteren (en dat doet bijv. de Wet Openbaarheid van Bestuur): het feit dat de informatie bij de overheid berust is bepalend voor de publieke bestemming. Wij opteren om pragmatische redenen voor het tweede, formele criterium, omdat het materiële criterium, zoals wij hier voor zagen, in ieder concreet geval tot afbakeningsproblemen leidt. De te beantwoorden vraag is dan wat men onder 'overheid' verstaat. Behalve de centrale en lagere overheden, omvat dit een scala van instellingen, van zelfstandige bestuursorganen tot publiek gefinancierde organisaties (zoals kennisinstellingen). Juist in dat schemergebied zullen zich veel instellingen bevinden waarop geen algemene of bijzondere openbaarheidsregeling van toepassing is (zie hierna). Een en ander wordt in hoofdstuk 3 verder uitgewerkt.

De meest vergaande vorm van beperking van een bij de overheid berustende informatieverzameling is dat de informatieverzameling niet (meer) publiek toegankelijk is. Minder vergaande, maar zeker niet minder effectieve, belemmeringen zijn dat de toegangsvoorwaarden niet transparant zijn of hoge financiële toegangsdrempels worden opgeworpen.

Publiek domein (2): publiekrechtelijke regelingen

Voor informatie die door de overheid verzameld wordt, gelden tal van wetten die de openbaarheid regelen. De meest algemene wet is de *Wet Openbaarheid van Bestuur* (WOB), maar daarnaast gelden tal van bijzondere wetten die de toegankelijkheid van registers regelen en zijn er regelingen voor wetenschappelijke instellingen en archieven (*Archiefwet 1995*). De omvang van het publiek domein (openbare toegankelijkheid van informatie) wordt mede aan de hand van deze regels vorm gegeven. In dit geval is dus de plaats waar de informatie zich bevindt bepalend voor de toegang ervan: berust zij bij de overheid of overheidsinstelling dan is dat het criterium voor de toegankelijkheid. Ook hier is dan de vraag wat onder overheidsinstellingen moet worden verstaan.

Men moet in dit verband een onderscheid maken tussen *toegang* en *toegankelijkheid*. Met 'toegang' doelen wij op het enkele feit dat iemand tot bepaalde informatie al dan geen toegang kan krijgen. De omvang van het publiek domein wordt dan getrokken doordat bepaalde categorieën informatie absoluut (bijv. de eenheid van de kroon) of relatief (het privacybelang van derden) van toegankelijkheid worden uitgesloten. Met 'toegankelijkheid' doelen we op de vraag hoe gemakkelijk de toegang is en in welke vorm wij die krijgen. Het gaat dan om de aggregatievorm (bijv.: elektronisch of niet), de mate van bewerking (bijv. al of niet aanlevering in systematische geordende vorm) of de modaliteiten van kennisneming (bijv. alleen inzage of alleen een zakelijke samenvatting van de betrokken informatie). Die maken dat de toegang niet effectief is.

Er is bovendien een nauwe samenhang met hetgeen in de vorige paragraaf werd opgemerkt. De informatie die bij de overheid berust is dikwijls geschikt voor

verdere bewerking of moet noodzakelijk een bewerking ondergaan. De overheid kan aan particuliere instellingen exclusieve bewerkingsrechten toekennen. Informatie die op zich zelf tot het publiek domein behoort wordt daarmee weer buiten dat domein gebracht. Bekend is het geval van het exclusieve uitgiftecontract voor de wetten en besluiten van de Nederlandse Staat.

1.2.3 SAMENVATTENDE CONCLUSIE

Uit het voorgaande trekken wij de volgende conclusies:

- tot het publiek domein in ruime zin behoort alle openbaar gemaakte of in de natuur aanwezige en ontdekte informatie. Tot het publiek domein in enge zin behoort die openbaar gemaakte informatie die niet, niet geheel of niet meer vatbaar is voor een recht van intellectuele eigendom (zie verder hfdst. 2);
- als theoretische categorie, die tot het publiek domein kan behoren, hebben wij ook genoemd niet openbaar gemaakte informatie die zich bij particulieren bevindt welke informatie een openbaar belang vertegenwoordigt (zie verder hfdst. 2);
- informatie die zich bij de overheid bevindt rekenen wij tot het publiek domein in de tweede betekenis van het woord. Onder overheid verstaan wij elke overheidsinstelling alsmede iedere instelling die grotendeels publiek is gefinancierd of door de overheid wordt gecontroleerd. Dit betekent dat kennisinstellingen in de zin van deze studie een dubbelrol vervullen: zij zijn afhankelijk van kennis in het publiek domein, maar genereren daarmee ook weer kennis die tot dit domein behoort (zie verder hfdst. 3);
- informatie die tot het publiek domein behoort kan daaraan weer worden onttrokken door bewerking. Wij signaleerden daarbij vooral als probleemgebied de bij de overheid berustende informatie die door middel van privaatrechtelijke afspraken waarbij exclusiviteit wordt verleend, joint ventures en privatisering, geheel uit de openbaarheid wordt gehaald of minder toegankelijk wordt gemaakt (zie verder hfdst. 3).

1.3 WELKE INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN?

In paragraaf 1.1 hebben wij het gehad over auteursrecht, octrooirecht en databankenrecht. Daartoe willen wij ons in deze studie beperken, omdat het om rechten gaat die betrekking hebben op kennis.³ Auteursrecht is het meest algemene recht dat op alle informatie betrekking heeft en daardoor gemakkelijk is toe te passen op nieuwe (technische) fenomenen (bijv. software). Het octrooirecht richt zich bij uitstek op technisch toepasbare kennis, terwijl het bij databanken gaat om feiten die bij de verzameling van kennis het basismateriaal vormen.

De drie rechten laten zich bovendien goed in onderlinge samenhang analyseren, omdat bij alle drie de afweging tussen het publiek domein (in de hiervoor aangeduide eerste betekenis) en de exclusiviteit zo manifest is. De aard van de bescherming is ook interessant om te vergelijken. Het auteursrecht kan gezien worden als een recht dat de *beschrijving* van de kennis beschermt: de expressie ligt als een

beschermingshuid over de onderliggende ideeën. Het octrooirecht beschermt de *toepassing* van een stukje in het octrooischrift beschreven kennis. De expressie in het octrooischrift (ofschoon *als tekst* op zich zelf vatbaar voor auteursrecht) beoogt slechts een zo exact mogelijke beschrijving van de vinding en haar toepassingsbereik te geven. Het gaat dus niet om de *beschrijving*, maar om het *beschrevene*. Bij het databankenrecht gaat het noch om het een, noch om het ander. In de databank is een *hoeveelheid* systematisch toegankelijk gemaakte kennis opgeslagen, ongeacht hoe deze is beschreven of wat zij beschrijft.

Of, om de rechten in drie woorden te karakteriseren: auteursrecht is het *hoe*, octrooirecht is het *wat* en databankenrecht is het *dat*. Wij zullen bovendien bij de analyse van het eigendomsrecht zien dat de verschillende rechten een andere verhouding tussen toegang en exploitatie kennen.

1.4 EIGENDOMSBEVOEGDHEDEN.

In het navolgende zullen wij stilstaan bij eigendomsbevoegdheden in het algemeen en vragen met betrekking tot informatie in het bijzonder.

1.4.1 COLLECTIEVE GOEDEREN EN ‘MERIT GOODS’

Collectieve goederen

In de Amerikaanse rechtsliteratuur is veel aandacht besteed aan doel en betekenis van eigendomsrechten. Het eigendomsrecht wordt in die literatuur omschreven als een efficiënt allocatiemiddel van de in de natuur beschikbare goederen, die bij het ontbreken daarvan minder efficiënt zouden worden aangewend of zelfs geheel teloor zouden gaan (‘the tragedy of the commons’). Van goederen die vatbaar zijn voor eigendomsrechten (‘private goods’) worden onderscheiden de zogenaamde collectieve goederen. Dat zijn goederen die aan twee cumulatieve criteria voldoen: het gebruik is *niet rivaliserend* (gebruik door de één vermindert niet de mogelijkheid van gebruik door een ander) en *niet uitsluitbaar* (van het gebruik is niemand uit te sluiten). Daardoor zijn ze niet als separate goederen te verhandelen en te gebruiken. Tot deze goederen worden gerekend natuurlijke hulpbronnen, maar ook publieke goederen als defensie, straatverlichting enzovoorts. In het algemeen wordt aangenomen dat de overheid de productie van deze goederen ter hand moet nemen, te financieren uit de collectieve opbrengst van belastingen en heffingen.

De verdere theorievorming over collectieve goederen leert dat het niet om een dichotomie privaat/publiek gaat, maar om een schuivende schaal die in een matrix is uit te drukken (Hess en Ostrom 2001: 44-83). Die matrix geven wij hierbij weer.

		revaliserend gebruik	
		gering	groot
uitsluitbaarheid	gering	publieke goederen zoals landschapsschoon	gemeenschappelijke voorzieningen zoals een irrigatiesysteem
	groot	clubgoederen zoals de voorzieningen van sportclubs	privé-goederen zoals consumptiegoederen

Bron: Hess en Ostrom (2001: 54).

Binnen deze schaal moet dan weer een onderscheid gemaakt worden tussen de goederen zelf en de daaruit te produceren goederen ('resource units') (Hess en Ostrom 2001: 55; die ons inziens deze categorie ten onrechte lijken te beperken tot gemeenschappelijke voorzieningen, maar dat kan een kwestie van definitie zijn). Zo kan men de openbare wateren in de bovenste twee vierkanten van de matrix onderbrengen en is het de overheid die waakt over de instandhouding van deze collectieve goederen (milieumaatregelen), maar kan overbevissing worden tegengegaan door het toekennen van exclusieve, rivaliserende (verhandelbare) visrechten. Het gebruik van goederen afkomstig van (semi)collectieve goederen is dus te reguleren door middel van eigendom of daarmee vergelijkbare rechten (overheidsvergunningen). Daarbij kan overigens nog een onderscheid worden gemaakt tussen productie en winning enerzijds en gebruik anderzijds. Voor de eerste categorie kan de aanleg van grote infrastructurele werken noodzakelijk zijn, die de overheid er toe kan doen besluiten deze zelf ter hand te nemen of daarvoor een exclusief recht of bijzondere rechten (concessies) aan particulieren toe te kennen. Deze problematiek die raakt aan die van de natuurlijke monopolies laten wij hier verder rusten.

Merit goods

Hieronder verstaat men goederen die weliswaar vatbaar kunnen zijn voor eigendomsrechten, maar waarvan wordt aangenomen dat zij niet in voldoende mate door de markt zullen worden afgenomen of geproduceerd, maar waarvan de beschikbaarheid voor de kwaliteit van de samenleving (mede voor toekomstige generaties) noodzakelijk wordt geacht. Wij komen de overheid hier tegen in haar paternalistische rol, waarbij zij om redenen van cultuur- en wetenschapspolitiek met publieke financieringsinstrumenten intervenueert in de markt om de productie van deze goederen te bevorderen. Overigens zal het onderscheid met de

collectieve goederen die in de matrix een collectief karakter hebben niet altijd scherp zijn te maken. Waar het om gaat is om vast te stellen dat de inzet van het publieke financieringsinstrument niet zozeer met het economische karakter van het goed, maar met de waarde die de overheid aan het goed toekent, heeft te maken.

1.4.2 EIGENDOMSRECHTEN: TOEGANG, UITWINNING, BEHEER, UITSLUITING EN BESCHIKKING

Voor een beter begrip van wat een eigendomsrecht is, is het van belang een onderscheid te maken tussen de verschillende bevoegdheden waarover een eigenaar kan beschikken. Ostrom & Hess (2001: 44-83) onderscheiden vijf verschillende bevoegdheden met betrekking tot het gebruik van goederen, welke indeling wij hier willen volgen. Zij zijn gebaseerd op onroerende zaken:

- 1 *toegangsrechten*: Het recht om een bepaalde plaats te betreden (toegang tot een park om er te wandelen);
- 2 *beheer*: Het recht de inrichting, de instandhouding en het onderhoud van het goed te bepalen (het kappen en planten van bomen, het aanleggen van paden);
- 3 *uitwinningrechten*: Het recht om de vruchten ('resource units') van het gebied te plukken (vissen, jagen);
- 4 *uitsluiting*: Het recht om te bepalen wie toegang heeft en wie welke uitwinningrechten heeft (toegangsbewijzen, visrechten, jachtake);
- 5 *beschikking*: Het recht de zaak te vervreemden of met beperkte rechten te bezwaren (verkoop, vestiging van een hypotheek).

Wie al deze bevoegdheden heeft, beschikt over het 'meest volkomen recht', zoals de eigendom in de Nederlandse rechtsliteratuur wordt genoemd. Het eigendomsrecht bestaat dus uit een bundel van deze bevoegdheden die door de eigenaar kunnen worden uitgeoefend, maar ook separaat kunnen worden overgedragen. Bijvoorbeeld een recht van overpad is het verschaffen van een beperkt toegangsrecht voor een bepaald doel. De bevoegdheden zijn gebaseerd op onroerende zaken, maar ook op roerende en immateriële zaken toe te passen. Ons interesseert hierna vooral de toepassing bij informatie. Onder de toegangsbevoegdheid valt het recht om een werk te bezitten en er kennis van te nemen (bijv. het bezit van een manuscript). Onder de uitwinning valt de bevoegdheid het vrij te gebruiken en daar de economische vruchten van te plukken (bijv. het manuscript uit te geven en royalties te ontvangen). Onder het beheer valt het recht om het werk te veranderen en zelfs om het te vernietigen. Onder de uitsluiting valt de bevoegdheid anderen van de toegang tot het werk uit te sluiten en om het gebruik ervan te beperken (bijv. alleen toegang onder bepaalde voorwaarden). Onder beschikking valt het recht een recht van intellectuele eigendom over te dragen. Wij komen hierna er op terug wat dit betekent voor informatie en het publiek domein.

Het is goed er op te wijzen dat de eigendomsbevoegdheden met betrekking tot informatie ook gekoppeld kunnen zijn aan een eigendomsrecht met betrekking

tot een plaats (zie hiervoor onder par. 1.2.1). Het is dan met name de toegang en uitsluitingbevoegdheid met betrekking tot *de plaats* die gebruikt kan worden om de soort bevoegdheden die worden gegeven met betrekking de informatie vorm te geven (bijv. verschaft een toegangsbiljet tot het stadion het recht om naar de wedstrijd te kijken en om de ploegen toe te juichen, maar is het voor het maken van televisieopnamen nodig aparte afspraken te maken over opstelling van camera's en de omvang van het gebruik van de gemaakte opnamen; de uitwinningrechten worden door die afspraken dus beperkt).

In het kader van het publiek domein zijn vooral de inbreuken of beperkingen op deze verschillende bevoegdheden van belang. Wanneer het gaat om openbare grond is deze wel voor iedereen toegankelijk, maar kan de overheid aan de toegang wel financiële (bijv. de aankoop van een entreebiljet) of andere voorwaarden ('honden aan de lijn') verbinden. Bij de *uitwinningrechten* valt te constateren dat deze bij publieke gronden meestal maar beperkt worden toegekend (denk aan natuurparken waar niet mag worden gejaagd, maar wel bloemen mogen worden geplukt). *Beheersbevoegdheden* kunnen los van de andere twee rechten worden gezien, maar wel als publieke bestemming als verplichting aan particuliere eigenaren worden opgelegd, bijvoorbeeld een onderhouds- en instandhoudingsverplichting van een gebouw dat door de overheid als een monument is aangemerkt (Monumentenwet). Bij publieke gronden verhindert de publieke toegankelijkheid het gebruik door anderen *uit te sluiten*. De beschikkingsmacht kan bij zaken met een publieke bestemming worden beperkt, en zelfs los van de vraag of zij publiek domein zijn. Zo kan op grond van de Wet Behoud Cultuurbezit, de vervreemding van een werk van nationale culturele betekenis dat zich in particuliere handen bevindt worden beperkt.

1.5 OVERHEIDSBEVOEGDHEDEN

De analyse in paragraaf 1.4 is rechtstreeks op de overheid toe te passen als de overheid eigenaar van de informatie is. Dikwijls is dat niet het geval. De macht die de overheid uitoefent berust dan op in de wet geregeld overheidsgezag. De overheid kan dan soortgelijke bevoegdheden als de eigenaar uitoefenen ten aanzien van objecten doordat zij met behulp van dit gezag toegang, uitwinning, beheer, uitsluiting en overdracht kan regelen. De overheid doet dit bijvoorbeeld bij het uitgeven van overheidsvergunningen. Bij informatie zal het gaan om een combinatie van eigendoms- en overheidsbevoegdheden. Het gaat het bestek van deze beschouwing te buiten om dat hier in detail te analyseren.

1.6 DE BEVINDINGEN VAN PARAGRAFEN 1.3, 1.4 EN 1.5 TOEGEPAST OP INFORMATIE

Informatie wordt als collectief goed gezien, omdat de consumptie niet-rivaliserend is en het gebruik dikwijls niet uitsluitbaar, wegens de gemakkelijke kopieerbaarheid. In de Amerikaanse rechtsliteratuur wordt deze constatering meestal als vertrekpunt gekozen voor theorieën over het nut van het vestigen van rechten

van intellectuele eigendom: de beperking van de toegankelijkheid wordt gerechtvaardigd met het argument dat daarmee de hoge initiële investeringen kunnen worden terugverdiend (bijv. Benkler 2001: 270). Daarmee belanden we in cirkelredeneringen omdat de eigenschap van een collectief goed is dat er niet of moeilijk eigendomsrechten op kunnen worden gevestigd. Bovendien worden daarbij feit (toegankelijkheid en gebruik van informatie *kan* niet worden uitgesloten) en norm (toegankelijkheid en gebruik van informatie *behoort* niet te worden uitgesloten) dikwijls verward.

Het probleem van de collectiviteit van informatie ligt aanmerkelijk genuanceerder. ‘Ideeën’ en ‘feiten’ hebben ongetwijfeld een collectief karakter en zij komen daarbij in de matrix in het linker bovenvierkant. Dat geldt echter niet voor tot auteursrechtelijke of octrooirechtelijke bewerkte informatie. De uitsluitbaarheid hangt in belangrijke mate af van de aard van de informatiedrager, omdat kopieerapparatuur en elektronische verspreiding het steeds gemakkelijker maken die uitsluiting te bemoeilijken. Daarop zijn echter tal van antwoorden in de exploitatiesfeer, waarbij een multimediale benadering die vrije beschikbaarheid met prijsmaatregelen en beperkingen in de tijd combineert, wordt gekozen (Shapiro en Varian 1999). Voortschrijding van de techniek maakt bovendien verdergaande uitsluitbaarheid mogelijk (selectieve verspreiding via elektronische netwerken). De discussie over het publiek domein gaat nu juist over het feit dat daardoor de toegang tot kennis die algemeen toegankelijk *behoort* te zijn, wordt uitgesloten.

Het normatieve uitgangspunt dat ideeën en feiten vrij *behoren* te zijn en in die zin collectieve goederen zijn, lijkt ons voor onze analyse zinvoller. De stimulering van dat uitgangspunt door de overheid ligt daarmee meer in de sfeer van een paternalistische (correctie in het algemeen belang) dan een economische (correctie op een falende markt) interventiepolitiek. Tal van informatiegoederen kunnen als *merit good* worden aangemerkt omdat de productie ervan hoge initiële investeringen vergt die dikwijls niet kunnen worden terugverdiend of om redenen van cultuur of wetenschapspolitiek zonder exploitatiedoelinden aan het publiek domein worden toevertrouwd.

Het publiek domein is daarmee dus een *normatief* begrip. De hiervoor gehanteerde matrix is echter wel zinvol om na te gaan *in welke mate* de informatie en de instelling die haar produceert een collectief karakter hebben. Zo kan men een kennisinstelling indelen in het rechter boven kwadrant, maar kunnen de producten die zij genereert in elk van de vier vierkanten terecht komen. Het is dan een kwestie van *beleid* hoe men een en ander vorm wil geven.

Voor onze analyse is de indeling in eigenaarbevoegdheden van groot belang, omdat in de discussie over het publiek domein de vraag van de *toegang* tot de informatie dikwijls onvoldoende onderscheiden wordt van de vraag van de *uitwinning* van de eigendom waarin de informatie ligt opgeslagen. Meer precies in termen van intellectuele eigendom uitgedrukt: een recht van intellectuele eigendom kan het gebruik van de door dat recht bestreken informatie beperken zonder dat dit voor de

toegang tot de onderliggende ideeën en feiten het geval behoeft te zijn. Bij de vraag naar een beleid met betrekking tot bescherming van het publiek domein gaat het er dan om hoe de relatie tussen toegang en gebruiksbevoegdheden wordt gelegd.

Daarnaast zijn ook beperkingen in de sfeer van de *uitsluiting* en *beschikkingsbevoegdheid* van belang. Beperking van de kring van personen die tot de informatie (verzameling) toegang heeft en tariefmaatregelen die beperkingen opleggen in de prijsstelling van de ter beschikkingstelling van informatie zijn maatregelen die de omvang van het publiek domein mee bepalen.

Waar het gaat om de overheid in relatie tot bij de overheid berustende informatie waarvan zij geen eigenares is, kan de overheid haar overheidsgezag aanwenden om de toegang, maar met name ook de *toegankelijkheid* van informatie vorm te geven. Deze toegankelijkheid is dus te vergelijken met wat een eigenaar met zijn toegangs- en uitwinningbevoegdheden doet.

1.7 KANSSEN EN BEDREIGINGEN VOOR HET PUBLIEK DOMEIN

In het navolgende zullen wij in het kort (zie verder hfdst. 2 en 3) op verschillende trends ingaan die het publiek domein bedreigen, maar ook nieuwe kansen bieden.

1.7.1 INTERNATIONALE REGELGEVING

De Brusselse wetgeving vormt in toenemende mate een bedreiging voor het publiek domein, omdat in het wetgevingsproces de belangen van machtige commerciële partijen zijn oververtegenwoordigd. Dit heeft met name effect op de toegang tot de informatie en de inperkingen van de mogelijkheden van vrij gebruik van delen van beschermde werken. Hier wrekt zich dat de Gemeenschap een onvolledige federatie is, waarvan de politieke en staatkundige uitbouw nog lang niet is voltooid. Dat gaat ten koste van zaken die de openbaarheid en dus ook het publiek domein raken.

1.7.2 PRIVATISERING/COMMERCIALISERING

Privatisering van overheidstaken, verzelfstandiging en/of privatisering van overheidsinstellingen en public/private partnerships bergen een reële bedreiging in zich dat informatie aan het publiek domein onttrokken wordt. De toenemende neiging om publiek instellingen te stimuleren 'de markt op te gaan' drijft hen in de armen van de markt.

Maar ook informatie van kennisinstellingen die niet zijn geprivatiseerd lijdt hieronder. Publieke kennis moet 'te gelde gemaakt' worden, verkocht en betaald als een marktproduct in plaats van als kennis aan het vrij toegankelijke publiek domein te worden toegevoegd. Steeds meer worden instellingen daardoor gedwongen de producten van hun publiek domeinactiviteiten (de 'resource units') aan te bieden in een vorm die in de matrix van paragraaf 1.4.1 in een van de onderste kwadranten

uitkomt. In de Verenigde Staten, maar niet alleen daar (vgl. onder meer McSherry 2001 en de bijdragen in Hugenholtz et al. 1998), woedt al enige jaren een discussie over de toenemende commercialisering van de wetenschappelijke kennis. Deze ontwikkeling wordt ook wel aangeduid als de ‘second academic revolution’, die de eerste die het concept van de rationele universiteit volgens de idealen van Humboldt schiep, opvolgt. Deze discussie concentreert zich op de omslag van *vermeerdering van kennis* in het publieke domein (de oude academische traditie die niet gestuurd wordt om inkomsten uit intellectuele producten te verwerven maar door het prestige van de eerste publicatie van een wetenschappelijke vondst) naar die van de *kapitalisatie van kennis* (het verwerven van inkomsten uit commercieel te exploiteren kennis). Men zou dit de omslag van de academische traditie van *merit credits* naar *market credits* kunnen noemen. McSherry (2001: hfdst. 2) bespreekt een aantal rechtszaken over academische geschillen waarin wetenschappers zonder toestemming onderzoeks- en lesmateriaal van de ander gebruikten, waarin die twee waardenstelsels aan de orde waren. Zij spreekt in dat verband van een ‘gift economy’ versus een ‘market economy’. De bekende socioloog Merton stelde het – heel radicaal – aldus: “Recognition and esteem are the sole property rights of a scientist in his discoveries and that these property rights are fundamentally incompatible with the private property rights granted in artifacts by IP law” (geciteerd bij McSherry 2001: 192). Ook hier is de druk van de overheid op de universiteiten zelf de markt op te gaan om de academische activiteiten uit de markt te financieren (wat in Nederland heet ‘de derde geldstroom’) een belangrijke motor die dit proces versterkt. Termen als ‘academic capitalism’ en ‘enterpreneurial universities’ verschaffen de etiketten aan dit debat.

Meer in het algemeen is een trend waar te nemen dat het contractenrecht het juridische statuut wordt dat toegang, uitwinning en gebruik van informatie reguleert. Dit is voor het publieke domein een stap terug ten opzichte van het recht van intellectuele eigendom. Wij zagen in paragraaf 1.2 dat het publiek domein in ruime zin berust op *openbaar gemaakte kennis* en dat dit ook het uitgangspunt is van rechten van intellectuele eigendom. De discussie gaat er dan vervolgens over of *binnen* de rechten van intellectuele eigendom de afweging tussen vrij te gebruiken ideeën en feiten nog wel op de juiste manier wordt gemaakt (publiek domein in enge zin). Bij het contractenrecht zien we evenwel dat *niet-openbaarmaking* het uitgangspunt is, en dat toegangs- en uitwinningshandelingen telkens van verdere toestemming van de rechthebbende afhankelijk worden gesteld. Voor zover informatie langs contractuele weg wel aan het publiek domein wordt toevertrouwd, komt het steeds vaker voor dat dit slechts tijdelijk gebeurt door middel van licenties die een tijdshorizon kennen. Het publiek domein (zowel in ruime als in enge zin) is daarmee opgeheven.

1.7.3 ICT

ICT toont zich in dit perspectief allereerst van haar positieve zijde. Het Internet heeft de mogelijkheden voor het publiek domein sterk doen toenemen. Het is een vrijplaats voor wetenschappers en anderen die vrij kennis (al of niet in gereede

vorm) uitwisselen, die niet of later in een vorm wordt aangeboden die binnen de sfeer van het intellectuele eigendomsrecht valt (de wetenschappelijke paper van een conferentie die onmiddellijk beschikbaar is op het internet en de bundeling in boekvorm jaren later). De ontwikkeling van vrij toegankelijk wereldwijd multifunctioneel telecommunicatienet (sinds de telefonie de grootste sprong voorwaarts in de telecommunicatie) waardoor informatiebestanden en kennisinstellingen met elkaar worden verbonden en toegankelijk zijn, is de beste overlevingskans van het publiek domein.

Hier liggen echter tegelijkertijd de bedreigingen. ICT snijdt diep in in de privé-sfeer van de gebruiker en maakt het mogelijk in veel verdergaande mate dan bij materiële informatiedragers, die na hun openbaarmaking hun eigen weg in de openbaarheid afleggen (denk aan het boek), toegang, uitwinning en beschikking te controleren en aan banden te leggen. Uitgevers van wetenschappelijke periodieken passen hun licentiepolitiek daaraan aan, waardoor veel informatie onbetaalbaar en/of beperkt toegankelijk wordt. De technologie verschaft rechthebbenden een aanvullend controle-instrument, waarmee technische barrières en *lock-in*constructies kunnen worden opgeworpen die een vorm van toegangs- en gebruikscntrole van informatie mogelijk maken die wij sinds de ontwikkeling van de informatietechnologie niet eerder hebben gezien.

1.7.4 CONCENTRATIE

In het verlengde van de internationalisering en de grote controlemogelijkheden die ICT biedt, zien wij grote internationale uitgeefconglomeraten ontstaan die de eigendomsbevoegdheden met betrekking tot informatie op materiële dragers en immateriële dragers bundelen om daarmee deelmarkten waarin informatie wordt gebruikt te kunnen beheersen en aan elkaar te verbinden. Zo kan een licentiepolitiek worden bedreven die de beschikbaarheid van informatie koppelt aan bepaalde (gecombineerde) presentatievormen (bijv. alleen nog elektronische tijdschriften of vaste informatie), pakketten (alles of niets) en gebruiksbependingen (*pay per use* of *pay per user*). Deze vorm van *packaging* en *bundling* confronteert met name de wetenschappelijk en openbare bibliotheken met een machtsvorming waartegen zij geen of onvoldoende onderhandelingsmacht hebben. Zij kan er toe leiden dat de informatiestromen die traditioneel tot het publiek domein behoorden meer en meer in commerciële handen komen.

1.7.5 POSTMODERNE KENNISSAMENLEVING: 'COMMODIFICATIE' VAN INFORMATIE

De steeds grotere kennisvoorraad van de post moderne samenleving maakt het noodzakelijk dat deze wordt bewerkt en systematisch toegankelijk wordt gemaakt. Nieuwe kennis wordt steeds vaker met behulp van ICT door het aanleggen van omvangrijke dataverzamelingen gegenereerd (denk aan het Human Genome project). ICT maakt het bovendien mogelijk steeds meer ruwe feitencomplexen te bewerken en als derivaat producten op de markt te brengen. Dat geldt met name

ook voor de enorme hoeveelheid persoons- en objectinformatie die bij de overheid ligt opgeslagen. Dit heeft tot gevolg dat rond de feiten in het publiek domein (in beide betekenissen van het woord) een cordon van commerciële producten wordt gelegd die de toegankelijkheid van kennis in het publiek domein vermindert (vergelijk ook McSherry 2001: 193 e.v. die spreekt van de ‘relocation of data to the private domain’).

2 INTELLECTUELE EIGENDOM

2.1 INLEIDING

Het recht van intellectuele eigendom is het juridisch domein bij uitstek waar zich het debat over de ‘toe-eigening van kennis’ c.q. het ‘afkalvende publiek domein’ pleegt te voltrekken. Deze vooronderstelling dient echter onmiddellijk te worden gerelativeerd. In de eerste plaats zij herhaald hetgeen in hoofdstuk 1 (par. 1.2.1) is opgemerkt: het recht van intellectuele eigendom is slechts één van de instrumenten waarmee informatie buiten het publiek domein wordt gehouden. Naast het recht van intellectuele eigendom heeft de producent of bezitter van (een) informatie(product) de beschikking over diverse praktische instrumenten om de toegang tot of het gebruik van informatie exclusief te houden, variërend van geheimhouding tot de toepassing van toegangcontroleerende technische maatregelen (*conditional access*).

Hierop sluit aan een tweede relativering; in wezen vormt het gebruik van dergelijke praktische (niet-juridische) instrumenten een veel grotere bedreiging voor het publiek domein dan de uitoefening van rechten van intellectuele eigendom. Geheimhouding en toegangcontrole belemmeren immers de *toegang* van het publiek tot informatie (bijv. een particuliere brievenverzameling of een besloten databank), terwijl rechten van intellectuele eigendom normaliter slechts worden ingeroepen ten aanzien van informatie die reeds is openbaar gemaakt.^{iv} Het recht van intellectuele eigendom kan niet verhinderen dat auteursrechtelijk beschermde romans worden gelezen of dat van geoctrooide uitvindingen kennis wordt genomen. Het auteursrechtelijke exploitatierecht omvat geen uitsluitend recht van toegang, ook al wordt dat door een enkele schrijver wel bepleit (Ginsburg en Heide 2001: 363). Het staat een ieder in beginsel vrij in de boekhandel, in de bibliotheek of desnoods in de Oudemanhuispoort tussen de tweehandsboeken te ‘browsen’.^v Voor het octrooierecht is openbaarheid van de in een uitvinding tot uitdrukking gebracht kennis zelfs een *sine qua non* voor bescherming. Wie zijn uitvinding niet aan de openbaarheid prijs geeft, krijgt geen octrooi.

Uitgaande van de in paragraaf 1.4.2. geïntroduceerde typologie van de eigendomsrechten omvatten de rechten van intellectuele eigendom vooral rechten van uitwinning (het recht het werk of de uitvinding te exploiteren en van de exploitatie de vruchten te plukken), uitsluiting (het recht derden deze exploitatie te ont-

zeggen) en beschikking (het recht de intellectuele eigendom geheel of gedeeltelijk over te dragen of te licentiëren). Daarnaast omvat het auteursrecht enkele zogenoemde morele rechten, die de integriteit van het werk en de reputatie van de maker beogen te beschermen, en die men als beheersrechten zou kunnen aanmerken. Maar hoe men het recht van intellectuele eigendom ook wenst te typeren, duidelijk is dat het geen ‘meest volledig recht’ met betrekking tot informatie in het leven roept.

In het verlengde van deze constatering past nog een relativering. Veruit de meeste producten waarop rechten van intellectuele eigendom rusten worden grootschalig geëxploiteerd en zijn daardoor tegen bescheiden kosten voor een breed publiek beschikbaar. ‘Harry Potter and the Philosopher’s Stone’ is (tot 70 jaar na de dood van auteur Rowlings) auteursrechtelijk beschermd en maakt dus, strikt genomen, geen deel uit van het publiek domein. Dat neemt niet weg dat het werk in vele vertalingen zijn weg heeft gevonden naar honderden miljoenen huishoudens en duizenden bibliotheken. Daarmee behoort het werk met De Bijbel en De Koran tot de meest algemeen verbreide en toegankelijke informatieproducten aller tijden. Het feit dat op een informatieproduct rechten van intellectuele eigendom drukken, betekent dus allerm minst dat de informatievrijheid op het spel staat.

Een volgende relativering vloeit voort uit het onderscheid tussen het bestaan en de uitoefening van rechten van intellectuele eigendom. Zeer veel recht van intellectuele eigendom lijden een sluimerend, of zo men wil ‘onzichtbaar’ bestaan. Auteursrechten op vakantiefoto’s, sinterklaasgedichten en keukenmeidenromans worden in de praktijk even zo weinig uitgeoefend als databankrechten op kasboeken en postzegelverzamelingen of octrooien op nutteloze uitvindingen. Belangrijker voor de wetenschappelijke informatievoorziening is dat zeer veel informatie waarop intellectuele eigendomsrechten drukken, waaronder het leeuwendeel van de ‘content’ die via het internet wordt aangeboden, *pro deo* aan het publiek beschikbaar wordt gesteld. Het bestaan van rechten van intellectuele eigendom dwingt niet tot uitoefening ervan.⁶

Dat het recht van intellectuele eigendom niet noodzakelijk ten koste gaat van het publiek domein blijkt bovenal uit het feit dat één van de rechtsgrondslagen ervan juist gelegen is in het stimuleren van de verspreiding van kennis en het bevorderen van de innovatie. In de veel geciteerde ‘copyright clause’ van de Amerikaanse constitutie is deze rechtsgrondslag met zoveel woorden vastgelegd. Het recht van intellectuele eigendom heeft ten doel “to promote the progress of science and useful arts”. Achterliggende gedachte is dat voortbrengselen van de menselijke geest (werken van letterkunde, wetenschap of kunst, uitvindingen enz.) producten zijn die tegen zeer geringe kosten kunnen worden gereproduceerd, nagemaakt of toegepast, terwijl de productie ervan veelal grote investeringen in menskracht en kapitaal heeft gevergd. Het recht van intellectuele eigendom herstelt dit ‘marktfaalen’ doordat aan de informatieproducent (auteur, uitvinder) tijdelijke exclusieve rechten met betrekking tot de exploitatie van deze voortbrengselen worden toegekend, waardoor de producent gestimuleerd wordt zijn werk of vinding op de markt te brengen.

Het recht van intellectuele eigendom heeft daarnaast (of volgens sommigen: in de eerste plaats) zijn wortels in noties van rechtvaardigheid of 'natuurlijk recht'. Dit geldt met name voor het auteursrecht, dat meer dan andere rechten van intellectuele eigendom persoonsgebonden is. Volgens traditionele natuurrechtelijke opvattingen heeft de auteur van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst van nature zeggenschap over zijn geestelijke scheppingen; het auteursrecht is, hiervan uitgaande, eenvoudig een kwestie van rechtvaardigheid.

Welke opvatting men over de grondslagen van intellectuele eigendom ook huldigt, vast staat, zoals wij eerder hebben geconstateerd, dat het recht geen alomvattend karakter heeft. Het recht van intellectuele eigendom vindt zijn limiet in het algemene belang van de informatievrijheid en de vrije mededinging. In een ideaal stelsel van intellectuele eigendom vormen exclusieve rechten en vrijheden (beperkingen) een 'delicate balance', waarin de stimuleringsfunctie, de rechtvaardigheid en het algemeen belang nauwkeurig op elkaar zijn afgestemd.

Dit delicate evenwicht is, mede onder invloed van de opmars van de informatietechnologie, in de afgelopen decennia onder druk komen te staan. Het domein van het auteursrecht, dat zich traditioneel beperkte tot de productie van culturele goederen, werd verruimd met quasi-technische voortbrengselen, zoals producten van toegepaste kunst en computerprogrammatuur. Het domein van het octrooirecht, dat van oudsher juist tot het terrein van de techniek beperkt was, werd gaandeweg eveneens verruimd. Ook hier deed de computerprogrammatuur zijn intrede, later gevolgd door biotechnologische vindingen (waaronder genetische sequenties) en nog recenter (vooralsnog uitsluitend in de Verenigde Staten) methoden van zaken doen ('business methods').

Deze uitdijning van het domein van het recht van intellectuele eigendom is gepaard gegaan met geleidelijke verlenging van de beschermingsduur. De termijn van auteursrechtelijke bescherming werd onder invloed van een Europese richtlijn met twintig jaar verlengd tot zeventig jaar na de dood van de maker. Door de introductie van een zogenoemd 'aanvullend beschermingscertificaat' werd de duur van het octrooirecht op geneesmiddelen verlengd met een periode van maximaal vijf jaar.⁷

Terwijl het domein, de beschermingsomvang en de duur van de rechten van intellectuele eigendom werden uitgebreid, zijn de wettelijk beperkingen gaandeweg onder druk komen te staan. Met name in de sfeer van het auteursrecht wordt door rechthebbenden gepleit voor vergaande inkrimping of zelfs afschaffing van de wettelijke beperkingen. Daartoe wordt een combinatie van economische en technologische argumenten aangevoerd. De algemene beschikbaarheid van digitale reproductie- en distributiemiddelen (PC en internet) zou van iedere consument een potentiële piraat hebben gemaakt. Bovendien zou de maatschappelijk noodzaak aan de meeste wettelijke beperkingen zijn ontvallen nu de 'digitale netwerkomgeving' kleinschalig gebruik van informatie (bijv. in ondernemingen of in de privésfeer) individueel afrekenbaar heeft gemaakt.

De proliferatie van het recht van intellectuele eigendom manifesteert zich met name in de introductie van een reeks van nieuwe uitsluitende rechten. In 1993 trad de Wet op de naburige rechten, die aan het auteursrecht verwante rechten toekent aan uitvoerende kunstenaars, platenproducenten en omroeporganisaties, in werking. In 1999 zag de Databankenwet het licht, ter implementatie van de Europese Databankrichtlijn van 1996.

Hieronder zal een drietal rechten van intellectuele eigendom die bij uitstek voor het terrein van de kenniscreatie en -verspreiding relevant zijn, nader worden besproken. Vervolgens zal kort worden ingegaan op het gebruik van contracten en technologische beschermingsmaatregelen.

2.2 AUTEURSRECHT

2.2.1 RECHTEN

Het auteursrecht beschermt werken van letterkunde, wetenschap en kunst. Het recht is weliswaar wettelijk geregeld in de Auteurswet 1912 (Aw), maar ten gevolge van een reeks van Europese harmonisatiemaatregelen is van de autonomie van de Nederlandse wetgever op dit terrein niet veel overgebleven. De vrijheid van de wetgever wordt tevens ingeperkt door internationale verdragsverplichtingen, met name uit hoofde van de Berner Conventie (1886) en de Overeenkomst inzake handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS-verdrag), onderdeel van het Wereldhandelsverdrag van 1995.

Het object van auteursrechtelijke bescherming (het ‘werk’) wordt in de rechtspraak ruim opgevat; bescherming geniet iedere geestelijke schepping die voldoet aan de eis van oorspronkelijkheid en een persoonlijk stempel. Het auteursrecht op een werk ontstaat van rechtswege door het scheppen van het werk; publicatie, registratie of vervulling van formaliteiten is geen vereiste.

De auteursrechthebbende geniet een tweetal uitsluitende exploitatierechten: recht van verveelvoudiging en recht van openbaarmaking. Het auteursrecht schept echter geen monopolie in eigenlijke zin; het vereiste van ontlening laat (althans in theorie) ruimte voor ‘Doppelschöpfung’. Wie niet ontleent, pleegt nooit auteursrechtinbreuk.

Auteurs genieten daarnaast enige zogenoemde persoonlijkheidsrechten (art. 25 Auteurswet), die – ook in de relatie tot uitgevers die over auteursrechten beschikken – enigermate bescherming bieden tegen onjuiste naamsvermelding en aantasting van de integriteit van het werk, waardoor auteurs reputatieschade lijden. Aldus vormt het auteursrecht een probaat middel om de authenticiteit van het (wetenschappelijke) werk te waarborgen.

Het morele recht omvat tevens een recht van eerste openbaarmaking (‘droit de divulgation’), op grond waarvan de auteur zich kan verzetten tegen publicatie van zijn werk tegen zijn wil – ook indien derden daarop inmiddels auteursrechtelijke claims hebben. De wetenschappelijke auteur kan derhalve niet tegen zijn wil tot

publicatie worden gedwongen. Om dezelfde reden behoeft de auteur van een wetenschappelijke relevante, niet gepubliceerde brief niet te dulden dat deze zonder zijn toestemming wordt openbaar gemaakt. Ook het ‘gewone’ eigendomsrecht (op roerende en onroerende zaken) en het algemene recht van privacy maken een recht van toegang tot particuliere wetenschappelijke collecties illusoir.

2.2.2 WAARBORGEN

Het auteursrechtelijk systeem bevat desalniettemin diverse instrumenten om het publieke domein te waarborgen. Belangrijk is allereerst de regel dat het auteursrecht slechts de oorspronkelijke vorm, niet de zakelijke inhoud van het werk beschermt. Ideeën, ontdekkingen, feitelijke gegevens en wetenschappelijke theorieën blijven daardoor vrij van auteursrechtelijke bescherming. Deze zogenoemde *idea/expression dichotomy* is vastgelegd in artikel 9 lid 2 van het TRIPS-verdrag: “de bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.” Dit beginsel voorkomt echter niet dat uitgewerkte ideeën, zoals programmaformules, object van auteursrechtelijke bescherming kunnen zijn (Haeck 1998). De rijke jurisprudentie over de bescherming van programma-ideeën en spelformules laat zien dat de grens tussen onbeschermd idee en beschermd *format* flinterdun is. De indruk bestaat dat waar ideeën als zodanig een grote commerciële waarde vertegenwoordigen, rechters gemakkelijk tot auteursrechtelijke bescherming overgaan.

Wij zagen eerder dat een belangrijke beperking van het auteursrecht voorts is gelegen in het feit dat onder de exploitatierechten normaliter geen gebruiksrecht wordt begrepen. Het auteursrecht beschermt tegen ongeoorloofde reproductie en openbaarmaking; niet tegen onbevoegd gebruik. Het auteursrecht conflicteert hierdoor niet met de vrijheid kennis te nemen van openbare informatie. Door de opmars van informatietechnologie is dit belangrijke beginsel echter enigszins verwaterd. Omdat de consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken in een digitale omgeving onvermijdelijk met reproductie van het werk gepaard gaat, strekt het auteursrecht zich thans ook uit tot zuivere gebruikshandelingen, zoals het laden van een computerprogramma of het weergeven van een tekst op een beeldscherm. De Europese Auteursrechtlijn, die op 22 mei 2001 werd aangenomen, laat dergelijk ‘technisch kopiëren’ weliswaar toe, voor zover dit althans noodzakelijk is om informatietransport en -gebruik mogelijk te maken, maar laat nog vele vragen onbeantwoord.

Een belangrijke concessie aan het publiek domein is voorts gelegen in de duur van het auteursrecht. De beperkte duur van het recht brengt tot uitdrukking dat op den duur iedere schepping deel zal uitmaken van het algemene culturele erfgoed. Zoals wij eerder constateerden, is de beschermingsduur van het auteursrecht ten gevolge van een Europese richtlijn⁸ met twintig jaar verlengd tot zeventig jaar na de dood van de maker. Een zelfde verlenging heeft zich nadien voorgedaan in de Verenigde Staten; daarmee lijkt de beschermingsduur van zeventig jaar *post mor-*

tem auctoris de internationale norm te zijn geworden. Deze duurverlening heeft vooral in de Verenigde Staten aanleiding gegeven tot bezorgdheid. Niet ten onrechte wordt gevreesd dat deze duurverlening in de nabije toekomst een roep om verdere verlenging zal uitlokken, met het gevolg dat het publieke domein ten opzichte van het privaatsdomein steeds verder zal worden verkleind.

2.2.3 WETTELIJKE BEPERKINGEN

Zeer belangrijk zijn ten slotte de wettelijke beperkingen van het auteursrecht, gecodificeerd in hoofdstuk I titel 6 van de Auteurswet. Het stelsel van wettelijke beperkingen is voor de wetgever het instrument bij uitstek om in het algemeen belang uitzonderingen te maken op de auteursrechtelijke bescherming. Wettelijke beperkingen op het terrein van de kenniscreatie en -verspreiding zijn onder meer: de beperking voor eigen oefening, studie of gebruik (artikel 16b Auteurswet); het citaatrecht (artikel 15 Auteurswet); het gebruik voor educatieve doeleinden (artikel 12 lid 5 en artikel 16 Auteurswet); en het gebruik van overheidsinformatie (artikel 15b Auteurswet). Voorts bepaalt artikel 11 Auteurswet dat op wetten, overheidsbesluiten en rechtspraak in het geheel geen auteursrecht bestaat. Uiteraard verdienen ook de diverse regels die tezamen wel als ‘bibliotheekprivilege’ worden aangemerkt (waaronder het recht van openbare uitleening) in dit verband afzonderlijke vermelding (Krikke 2000; Kabel et al. 2001). Verheugend is te constateren dat in het conceptwetsvoorstel ter aanpassing van de Auteurswet aan de Europese Auteursrechtlijn⁹ wordt voorzien in een breed geformuleerde conserveringsbeperking (art. 16n *nieuw*), waarvan niet alleen bibliotheken, maar ook archieven, musea en onderwijsinstellingen kunnen profiteren. Tevens voorziet het conceptwetsvoorstel in een nieuwe beperking met het oog op de raadpleging van informatieproducten in bibliotheeknetwerken (art. 15h *nieuw*).

De huidige Auteurswet voorziet slechts in zeer beperkte mate in wettelijke beperkingen van het auteursrecht ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek. Dat is niet verwonderlijk. Het auteursrecht beschermt immers, zoals wij hebben gezien, geen wetenschappelijke theorieën, ontdekkingen of gegevens. Desalniettemin kan het onder omstandigheden gewenst zijn niet slechts de (onbeschermde) inhoud, doch ook (delen van) de (beschermde) vorm van een wetenschappelijk werk geheel of gedeeltelijk over te nemen. Het citaatrecht, geregeld in artikel 15a AW biedt hiertoe in zekere mate de ruimte. Voorts voorziet artikel 16b Auteurswet in de wettelijke beperking voor eigen studiedoeleinden. Deze beperking laat echter geen ruimte voor daarop volgende reproductie of publicatie van aldus verworven kennis. Het conceptwetsvoorstel komt aan deze leemte tegemoet door te bepalen dat verveelvoudiging en openbaarmaking van wetenschappelijke werken is toegestaan met bronvermelding voor zover dit door het beoogde, niet-commerciële doel is gerechtvaardigd (art. 16 lid 2 *nieuw*).

Op grond van het TRIPS-verdrag zijn uitzonderingen op het auteursrecht slechts toegelaten in “bepaalde bijzondere gevallen die niet in strijd zijn met de normale exploitatie van het werk en de legitieme belangen van de bezitter van het recht

niet op onredelijke wijze schaden” (artikel 13 TRIPS). Voor het octrooirecht voorziet artikel 30 van het in TRIPS-verdrag een vergelijkbare regel. Deze ‘driestap-pentoets’ keert terug in artikel 10 van het World Intellectual Property Organization (WIPO) Auteursrechtverdrag van 1996 en artikel 5 lid 5 van de Europese Auteursrechtrichtlijn, die op 22 mei 2001 werd aangenomen. Invoering in Nederland van een breed geformuleerde ‘fair use’ regel naar Amerikaans model, zoals in de rechtsleer (en zelfs door de minister van Justitie) regelmatig is bepleit, lijkt daardoor uitgesloten te zijn.

De Auteursrechtrichtlijn voorziet tevens in een limitatieve opsomming van 21 categorieën van wettelijke beperkingen die aan de lidstaten van de Europese Unie worden toegestaan. Beperkingen die niet voorkomen op deze ‘boodschappenlijst’ zijn niet of niet langer geoorloofd. Voor enkele categorieën wettelijke beperkingen (waaronder de privékopie) geldt voortaan de voorwaarde van ‘fair compensation’. De beleidsvrijheid voor de Nederlandse wetgever ter zake van de wettelijke beperkingen is hierdoor beperkt (Commissie Auteursrecht 2001; in haar rapport aan de minister van Justitie van juli 2001 heeft de Commissie Auteursrecht geadviseerd, nu de weg naar de door haar gewenste *fair use* bepaling is afgesloten, de ruimte die de richtlijn laat te benutten door het introduceren van enkele nieuwe beperkingen die op de ‘boodschappenlijst’ voorkomen).

2.2.4 INFORMATIEVRIJHEID

Waar wettelijke beperkingen geen soelaas (meer) bieden, wordt in toenemende mate de informatievrijheid, verankerd in art. 7 van de Grondwet en (meer expliciet) in art. 10 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), in stelling gebracht. Op grond van laatstgenoemde – in Nederland rechtstreeks werkende – verdragsbepaling dienen wettelijke beperkingen van de informatievrijheid ‘in een democratische samenleving noodzakelijk’ te zijn. Het recht van intellectuele eigendom dat, zoals wij zagen – niettegenstaande zijn nobele doelstelling – regelmatig met deze vrijheid conflicteert, zal aan deze proportionaliteitstoets moeten voldoen. Het is verheugend te zien dat rechters zich hiervan in toenemende mate bewust zijn; wettelijke beperkingen worden regelmatig met een beroep op de informatievrijheid ‘opgerekt’. De invloed van de informatievrijheid geldt vooral binnen de politieke, artistieke en journalistieke uitingsvrijheden, die de kern uitmaken van het grondrecht. Rechten van intellectuele eigendom zijn echter in beginsel ‘content neutral’; tegen ongecontroleerde proliferatie ervan biedt de informatievrijheid derhalve geen remedie.

Het is aan de wetgever zonodig paal en perk te stellen aan de wildgroei van deze rechten.

2.3 DATABANKRECHT

De Europese Databankrichtlijn¹⁰ heeft geresulteerd in een nieuwe Databankenwet, die medio 1999 in Nederland in werking is getreden. De wet heeft een nieuw databankenrecht *sui generis* in het leven geroepen, dat bescherming biedt aan de producenten van gegevensverzamelingen. Object van het nieuwe recht zijn ‘databanken’, een ruim begrip dat verzamelingen van gegevens, werken en andere elementen omvat, al dan niet in elektronische vorm verzameld en geordend. Voor het databankenrecht geldt niet de auteursrechtelijke oorspronkelijkheidseis; voldoende is dat in de verzameling ‘substantieel’ is ‘geïnvesteed’, hetzij in ‘kwantitatieve’ hetzij in ‘kwalitatieve’ zin. Daarmee voorziet het databankenrecht in een door de Europese Commissie gesignaleerde lacune; in veel gevallen voldoen gegevensverzamelingen niet aan de oorspronkelijkheidseis. Op grond van het databankenrecht kan de producent zich verzetten tegen het ongeoorloofd ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ van de beschermde databank of van substantiële delen daarvan.

De Databankrichtlijn die aan de nieuwe wet ten grondslag heeft gelegen is primair toegesneden op de bescherming van commerciële databanken; de wetenschappelijke wereld is bij de totstandkoming van de richtlijn niet geconsulteerd. Door de zeer ruime definitie van het object (‘databank’) en de inhoud van het databankenrecht (‘opvraging’ en ‘hergebruik’) is de werkingssfeer ervan echter aanmerkelijk breder. In feite wordt iedere verzameling van gegevens, die op enigerlei wijze is geordend – al dan niet elektronisch vastgelegd – beschermd. Voor de wetenschappelijke informatievoorziening zijn de repercussies mogelijk versprekend. Verzamelingen van gegevens waarover wetenschappers traditioneel vrij konden beschikken, zoals meteorologische, oceanografische of genetische databases, zijn sedert de inwerkingtreding van het nieuwe recht object van databankenrechtelijke bescherming – en daarmee aan het publieke domein (in enge zin) onttrokken. De introductie van het databankenrecht versterkt de elders in dit rapport gesignaleerde tendens van ‘privatisering’ (commodificering) van overheidsinformatie, doordat publiek gefinancierde instellingen worden gestimuleerd door hen beheerde databanken commercieel te vermarkten.

Evenmin als de Auteurswet stelt de Databankenwet als eis dat het object van bescherming is of wordt gepubliceerd. Gegevensverzamelingen die niet of slechts ten dele worden openbaar gemaakt, zoals databanken die op basis van *conditional access* worden geëxploiteerd, genieten dus ook bescherming. Het lijkt met dat al niet erg waarschijnlijk dat het nieuwe recht een positief effect zal hebben op de verspreiding van wetenschappelijke kennis.

De Databankenwet voorziet, evenals richtlijn, slechts in een gering aantal wettelijke beperkingen. Dit valt ten dele te verklaren doordat het databankenrecht gebruikers per definitie de vrijheid laat ‘niet substantiële gedeelten’ van de beschermde databank op te vragen en te hergebruiken. Aan een citaatrecht of beperkingen van gelijke strekking zou derhalve weinig behoefte bestaan.

Daar staat tegenover dat het databankenrecht zich ook uitstrekt tot het ‘herhaald en systematisch’ opvragen voor zover de databankproducent schade lijdt. In de bibliothecaire en wetenschappelijke wereld bestaat enige bezorgdheid over de uitleg van deze bepaling (US National Committee of CODATA 1997; Reichman en Samuelson 1997: 113). Gevreesd wordt dat gangbare praktijken, zoals het gebruik van databanken voor het opbouwen van bibliografische gegevensverzamelingen, hierdoor in gevaar komen.¹¹

De Databankenwet voorziet – in het voetspoor van de Databankrichtlijn – wel in beperkingen ten behoeve van het opvragen uit een databank voor privé-doeleinden (enkel uit een niet-elektronische databank) en voor educatieve of wetenschappelijke doeleinden (artikel 5 Databankenwet). Laatstgenoemde regel laat echter geen ruimte voor ‘hergebruik’ van voor wetenschappelijke doeleinden opgevraagde gegevens, zodat de praktische betekenis ervan gering is. Vanuit de wetenschappelijke wereld wordt dan ook gepleit voor aanpassing van de richtlijn (Maurer et al. 2001: 789).

Voorts bepaalt artikel 8 van de Wet dat de openbare macht geen databankenrecht bezit ten aanzien van verzamelingen van wetten, besluiten, verordeningen en gerechtelijke uitspraken. Op andere overheidsdatabanken rust databankenrecht voor zover dit uitdrukkelijk is voorbehouden.

Het databankenrecht vervalt vijftien jaar na voltooiing van de databank c.q. eerste publicatie. In de praktijk zal de beschermingsduur echter dikwijls aanzienlijk langer zijn; telkens wanneer door toevoegingen, wijzigingen of verificatie van de databank ‘substantieel’ in de databank geïnvesteerd is, gaat een nieuwe beschermingstermijn lopen. Zolang een databank wordt onderhouden, is de beschermingsduur derhalve onbeperkt.

2.4 OCTROOIRECHT

2.4.1 RECHTEN

Het octrooirecht (patentrecht) beschermt uitvindingen op het terrein van techniek en nijverheid, voor zover deze nieuw zijn en voor een deskundige niet voor de hand liggen. Anders dan het auteursrecht en het databankenrecht is het octrooirecht tot op heden nauwelijks door Europese harmonisatiemaatregelen beïnvloed. Wel speelt het Europese Octrooioverdrag (EOV), dat voorziet in een enkelvoudige verleningsprocedure voor zogenoemde Europese octrooiën, in de praktijk een belangrijke rol. Dergelijke octrooiën worden verleend door het Europees octrooibureau (EOB), die geclaimde uitvindingen *a priori* toetst aan de eisen van nieuwheid en inventiviteit. Na verlening door het Europees octrooibureau geniet de octrooihouder in de door hem aangewezen landen maximaal twintig jaar bescherming, te rekenen vanaf de dag van aanvraag. Daarentegen verleent het Bureau voor de Industriële Eigendom in Nederland zonder onderzoek zogenoemde registeroctrooiën met een beperkte beschermingsduur van maximaal zes jaar.

Indien de aanvrager een nieuwheidonderzoek heeft laten verrichten, is de maximale beschermingsduur twintig jaar. Registeroctrooien zullen uiteindelijk door de rechter in het kader van een inbreuk- of nietigheidsprocedure aan de octrooi-rechtelijke criteria moeten worden getoetst.

De relatief korte beschermingsduur van het octrooirecht is een uitdrukkelijke, mededingingspolitieke keuze van de wetgever geweest. Na het aflopen van het octrooi is de vinding vrij (al dan niet commercieel) toe te passen; de octrooihouder kan zich niet beroepen op aanvullende bescherming door het gemene recht of het contractenrecht.

Het octrooirecht biedt de octrooihouder een zeer uitgebreide bescherming ter zake van de commerciële exploitatie en toepassing van de geoctrooieerde uitvinding. Het octrooierechtelijke exploitatierecht omvat de productie, verhandeling en commerciële toepassing van de geoctrooieerde uitvinding of van equivalenten daarvan.

2.4.2 WAARBORGEN

Het octrooirecht bevat diverse instrumenten ter waarborging van het publiek domein. In de eerste plaats zij nogmaals gewezen op de eis van openbaarmaking van de uitvinding, die inherent is aan het octrooierechtelijk systeem. De geoctrooieerde kennis is derhalve steeds algemeen toegankelijk, en meestal gratis (in toenemende mate on-line) in te zien in nationale, Europese en internationale octrooiregisters. Het octrooirecht schept dan ook geen kennismonopolies in eigenlijke zin; het uitsluitend recht betreft enkel de commerciële toepassing van de geoctrooieerde vinding. Voorts sluit de Rijsoctrooiwet (ROW), evenals het Europees Octrooioverdrag, een aantal objecten categoriaal van octrooiëring uit, zoals ontdekkingen, natuurwetenschappelijke theorieën, wiskundige methoden, esthetische vormgevingen, stelsels, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, computerprogramma's, presentaties van gegevens (artikel 2 ROW). Evenmin vatbaar voor octrooi zijn planten- of dierenrassen (artikel 3 ROW), evenals geneeskundige behandelingen (artikel 7 lid 2 ROW). Deze categorale uitsluitingen dienen blijkens de octrooiverleningspraktijk echter sterk te worden gerelativeerd. Computerprogramma's blijken in combinatie met een (eenvoudig te construeren) technisch effect wel degelijk octrooieerbaar. Medicamenten, farmacologische methodes en medische technieken worden in de praktijk evenzeer geoctrooieerd, evenals (micro)biologische werkwijzen. Zelfs genetische sequenties zijn in de praktijk vatbaar voor octrooiëring gebleken, ook al betreffen dergelijke claims in wezen niet meer dan de ontdekking c.q. beschrijving van de door de genetische informatie gecodeerde fysiologische functies. Van het octrooiëeringsverbod ten aanzien van planten- en dierenrassen blijft in de praktijk evenmin veel over, getuige het grote aantal verleende octrooien op genetisch gemanipuleerde planten en dieren.

2.4.3 WETTELIJKE BEPERKINGEN

Het octrooirecht bevat voorts enkele specifieke wettelijke beperkingen. De houder van een zogenaamd ‘afhankelijk’ octrooi (terzake van een uitvinding die op een geoctrooieerde vinding voortbouwt) kan de rechter vragen om een dwanglicentie, zodat hij de onderliggende uitvinding mag toepassen (artikel 57 ROW). Voorts kan de Minister van Economische Zaken een dwanglicentie op grond van het algemeen belang of in geval van *non-usus* (niet-gebruik) verlenen; in de praktijk komen dergelijke dwanglicenties overigens nauwelijks voor. Van belang voor de kennisinstellingen is verder de zogenoemde onderzoeksexceptie (artikel 53 lid 3 eerste volzin ROW), die bepaalt dat onderzoek van geoctrooieerde uitvindingen is toegestaan. Op deze beperking kunnen zich niet alleen wetenschappelijke onderzoeksinstituten beroepen, maar ook commerciële onderzoekslaboratoria.

2.5 BESCHERMING DOOR CONTRACTEN EN TECHNOLOGISCHE VOORZIENINGEN

Naast of in samenwerking met het recht van intellectuele eigendom speelt het contractenrecht een belangrijke rol bij het exclusief houden of maken van informatie. Houders van rechten van intellectuele eigendom reguleren en beperken het gebruik c.q. de toepassing van door rechten van intellectuele eigendom beschermde producten of vindingen door middel van – veelal zeer gedetailleerde – licentiecontracten. Dergelijke contracten beperken de licentienemer in zijn vrijheid het gelicentieerde product of de gelicentieerde vinding te gebruiken of toe te passen. Het licentiecontract beperkt de licentienemer doorgaans in zijn vrijheid bepaalde (geografisch of sectoraal) omschreven (deel)markten te betreden, sublicenties te verlenen of met de licentiegever in concurrentie te treden.

Een belangrijk neveneffect van de digitalisering van de informatiemarkt is de sterke opmars van zogenoemde ‘gebruikslicenties’, waarin de rechten en plichten van gebruikers van (digitale) informatieproducten gedetailleerd worden geregeld. Het gebruik van wetenschappelijke informatie door universiteiten en bibliotheken wordt in toenemende mate door dergelijke contracten (veelal met grote wetenschappelijke uitgevers) beheerst. Enige bezorgdheid bestaat in bibliothecaire kringen over de mogelijkheid aldus gelicentieerde informatie na het verstrijken van de licentieovereenkomst voor de collecties te behouden.

In sommige gevallen voorzien deze contracten in beperkingen die verder gaan dan op grond van de wetgeving op het terrein van de intellectuele eigendom gerechtvaardigd zou zijn. De vraag doet zich dan voor in hoeverre het contractenrecht bestaande wettelijke beperkingen kan ‘overrulen’. Op deze vraag is geen eenduidig antwoord mogelijk. Aannemelijk is dat beperkingen die voorkomen in standaardlicentievoorwaarden eerder in strijd met het recht zullen worden verklaard dan beperkingen die in vrije onderhandelingen tot stand zijn gekomen (Guibault 2002).

Voorts wordt in veel gevallen geheime (vertrouwelijke) kennis gelicentieerd die geen voorwerp is van rechten van intellectuele eigendom. Het betreft hier bijvoorbeeld know-how die niet octrooieerbaar is of waarvan de bezitter – om hem moverende commerciële redenen – octrooiëring onwenselijk acht. *Know-how* contracten bevatten in de praktijk vergaande beperkingen aan het hergebruik van de gelicentieerde kennis. Derden die niet aan de overeenkomst gebonden zijn, staat het echter in beginsel vrij van deze kennis gebruik te maken; de know-how bescherming heeft in Nederland, anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, geen ‘derdenwerking’.

Zeer actueel is het verschijnsel van de technologische voorziening waarmee toegang tot of reproductie van informatieproducten of -diensten moeilijk of onmogelijk gemaakt wordt. Zo worden muziek-cd's en videospelletjes in toenemende mate van een technische kopieerbeveiliging voorzien, waardoor het ‘branden’ van ongeautoriseerde kopieën onmogelijk wordt. Het grootschalige gebruik van dergelijke technologische voorzieningen geeft aanleiding tot enige bezorgdheid. Wat blijft er over van wettelijk gewaarborgde gebruiksvrijheden, als de techniek iedere reproductie feitelijk onmogelijk maakt? Artikel 6 lid 4 van de Auteursrechtlijn tracht een uitweg te vinden in dit dilemma. Op grond van deze buitengewoon ingewikkelde bepaling dienen de lidstaten van de Europese Unie erop toe te zien dat bonafide gebruikers de gelegenheid behouden hun gebruiksvrijheden daadwerkelijk uit te oefenen. Hoe deze zorgplicht zich moeten realiseren, blijft voorshands onduidelijk. Wellicht zullen rechthebbenden verplicht worden niet-beveiligde kopieën te deponeren bij een nationale bibliotheek of een ‘trusted third party’, zodat legitieme gebruikers daarvan kopieën kunnen maken. Daarmee zou de *depotverplichting* uit de prehistorie van het auteursrecht, waaraan nationale bibliotheken overal ter wereld hun collecties hebben te danken, nieuw leven worden ingeblazen; het publiek domein zou hier stellig mee gebaat zijn.

2.6 ALLOCATIE VAN RECHTEN VAN INTELLECTUELE EIGENDOM

De vraag aan *wie* rechten van intellectuele eigendom toekomen (het zogenaamde allocatievraagstuk) is in het voorgaande nog niet beantwoord. Het antwoord bepaalt mede de omvang van het publiek domein. Of het uitsluitend recht op een werk van wetenschap of een uitvinding berust bij een individuele wetenschapper, een universiteit of een commerciële onderneming maakt in de praktijk immers een heel verschil. Wetenschappers plegen ‘eigen werk’ op eigen (universitaire) websites, via preprint servers, elektronische discussielijsten en anderszins zoveel mogelijk gratis te verspreiden. Hiermee wordt uiteraard een belangrijke bijdrage geleverd aan het publiek domein. Contracten met wetenschappelijke uitgevers of opdrachtgevers voorzien echter regelmatig in de overdracht van rechten of vergaande exclusiviteit, waardoor de vrije uitwisseling van wetenschappelijke informatie wordt belemmerd.

Aan het allocatievraagstuk is in de afgelopen jaren, vooral naar aanleiding van klachten over ‘dubbel betalen’ voor de producten van universitaire wetenschappers, veel aandacht gekregen in universitaire kringen. In het kader van deze

studie kan daarom worden volstaan met een korte signalering van het probleem (Hugenholtz et al. (red.) 1999; Kabel et al. 2001).

Hoofdregel is dat de rechten toekomen aan de werkgever, voor zover de informatie in het kader van de dienstbetrekking is gecreëerd. De ‘collectieve arbeidsovereenkomst’ (CAO) waarover bonden en de universiteiten medio 2000 overeenstemming hebben bereikt, laat de universiteiten de ruimte desgewenst over de auteurs- en octrooirechten van ‘hun’ wetenschappers geheel of gedeeltelijk te beschikken. Universitaire werknemers worden verplicht op verzoek van hun werkgever het auteursrecht op in dienstbetrekking gemaakte werken over te dragen – kennelijk met het doel te voorkomen dat deze rechten in handen van derden geraken. Deze bevoegdheid is voor wat betreft het auteursrecht naar ons oordeel té ruim geformuleerd. Het is onnodig dat de universiteiten van deze verreikende bevoegdheid gebruik zouden maken door zich het auteursrecht in volle omvang aan zich te laten overdragen. De universiteiten zijn niet in staat deze rechten zelfstandig uit te baten; bovendien wordt de academische vrijheid, die mede het recht omvat zelf het medium van publicatie te kiezen, hierdoor beperkt.

Veel belangrijker is het wegnemen van de voornaamste oorzaak van het rechtenprobleem: de alomvattende overdracht van de rechten van de wetenschappelijke auteur aan zijn uitgever. De universiteiten zouden, bij voorkeur in samenspraak met het wetenschappelijk personeel en de uitgevers, over moeten gaan tot het ontwerpen van een universitair modeluitgeefcontract, dat waarborgt dat slechts de hoogst noodzakelijke auteursrechtelijke bevoegdheden aan de uitgevers worden verleend. Voorts zou ware te overwegen een universitaire gedragscode op te stellen, waarin richtsnoeren omtrent de allocatie en uitoefening van rechten op wetenschappelijk onderzoek zijn neergelegd.

3 OPENBAARHEID VAN OVERHEIDSINFORMATIE

3.1 VRAAGSTELLING

De algemene vraagstelling van deze studie luidt: Welk juridisch instrumentarium staat de nationale overheid binnen de door het internationale (Europese) recht getrokken randvoorwaarden ter beschikking om maatregelen tot behoud van het publiek kennisdomein te nemen. Daarbij wordt vooral gedacht aan het belang van het publiek kennisdomein voor kennisinstellingen in hun rol van gebruikers van die kennis, zoals wetenschappelijke instellingen en instellingen die een dienstverlenende functie hebben op dit terrein zoals bibliotheken, archiefinstellingen en andere niet-universitaire onderzoeksinstellingen (Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO), Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), e.d.). Het publiek kennisdomein dat van belang is voor weten-

schappelijke onderzoekers in hun rol van gebruiker van overheidsinformatie is in beginsel niet nader te definiëren omdat op voorhand niet te zeggen valt wat vanuit een onderzoeksoogpunt relevant is en wat niet. Elke vorm van overheidsinformatie kan op zeker moment wetenschappelijk gezien interessant zijn. Dat geldt uiteraard ook voor de kennis die de onderzoeksinstellingen en de documentatiecentra zelf in huis hebben. Waarborging van het publieke domein schept immers ook voor de instellingen zelf openbaarheidsverplichtingen.

Wij hebben het intussen wel over een publiek domein en dat betekent dat het begrip publiek moet worden afgescheiden van het begrip privaat domein. Daartoe wordt doorgaans het begrip overheid gedefinieerd en daarmee wordt tegelijkertijd de informatie die bij het aldus gedefinieerde begrip berust afgescheiden van informatie die elders aanwezig is. Er bestaan verschillende mogelijkheden om in dit verband het begrip overheid te definiëren. Wij zullen hierna enkele voorbeelden geven. Wezenlijk probleem bij dit soort definities is het onderscheid tussen de houder en de aard van de desbetreffende informatie. Een formele definitie van de houder doet wellicht informatie die interessant is voor het publiek domein uit het zicht verdwijnen. Niettemin lijkt het voor het onderwerp van deze studie niet aangewezen om in te gaan op de toegang en de toegankelijkheid van informatie die bij private entiteiten aanwezig is. Wij zijn in onze inleiding uitgegaan van instellingen die door de overheid worden gefinancierd en/of gecontroleerd. Dat abstraheert van de vraag of zij een publieke taak vervullen. Een ander criterium, dat echter weer andere beperkingen oproept, is het criterium van de Algemene wet bestuursrecht. Die wet hanteert als aanknopingspunt: ingesteld krachtens publiek recht en bekleed met enig overheidsgezag. Afbakingsvraagstukken zullen er steeds blijven.

3.2 TERMINOLOGIE: TOEGANG, TOEGANKELIJKHEID EN GEBRUIK

In paragraaf 1.2.2 hebben wij uiteengezet dat behoud van het publiek kennisdomein voor een deel wordt gerealiseerd door overheidswetgeving, dat wil zeggen door voorwaarden te scheppen voor de toegang en de toegankelijkheid van overheidsinformatie. Toegang wordt gewoonlijk onderscheiden van toegankelijkheid, omdat met het verlenen van een formeel juridisch toegangsrecht, afgezien van de (primaire) beperkingen die er al op dat toegangsrecht kunnen bestaan (privacy, belang van de Staat, rechten van derden), nog niet gewaarborgd is dat de desbetreffende informatie ook feitelijk beschikbaar is voor derden. Toegankelijkheid impliceert, zo zagen wij in diezelfde paragraaf 1.2.2 daarom dat overheidsinformatie fysiek beschikbaar moet zijn en blijven, zo min mogelijk beperkingen aan het kennismaken ervan mogen worden gesteld en ook inzichtelijk beschikbaar moet zijn, dat wil zeggen dat er overzichten zijn van informatiebronnen en de informatie zelf begrijpelijk is. Voor zover sprake is van eigendomsrechten op informatie van overheidsinstellingen, zou men in het voetspoor van hetgeen hiervoor over eigendomsrechten is opgemerkt, een analogie kunnen maken met het beheer van eigendom en kunnen stellen dat toegankelijkheid een vorm van

(verplicht) beheer is dat uiteraard ook aan anderen kan worden uitbesteed. Bij de beperkingen valt onder meer te denken aan prijsbepaling en aan beperkingen met betrekking tot hergebruik (alweer in het kader van voorgaande analogie zou men van uitwinningrechten kunnen spreken).

De analogie met de gewone eigenaarbevoegdheden kan verder worden doorgetrokken en wellicht verhelderend werken voor de discussie over het publiek overheidsdomein. Die analogie zou er dan als volgt uit kunnen zien:

	openbaarheidregelingen	bevoegdheden Intellectuele eigendom
toegang	toegang	octrooiregister; toegangsrechten bij internetpublicaties
beheer	vergroten/gemakkelijk maken van toegankelijkheid	bewerking in gewijzigde vorm art. 13 Auteurswet (Aw)
uitwinning	(her)gebruik/exploitatie/publiek-private samenwerkingsvormen (PPS)/licenties	licenties
beschikking	vervreemding/verkoop/overdracht/privatisering/verzelfstandiging	overdracht

3.3 HET PUBLIEK DOMEIN: OPENBAARHEIDSREGELINGEN

Waar hebben wij het eigenlijk over wanneer wij in verband met openbaarheidswetgeving van publiek domein spreken? Hoewel zoals hierboven opgemerkt, het publiek kennisdomein dat van belang is voor wetenschappelijke onderzoekers in hun rol van gebruiker van overheidsinformatie in beginsel niet nader te definiëren valt, is er op basis van de bestaande openbaarheidswetgeving toch wel het een en ander in kaart te brengen. Wanneer men als onderscheidend criterium neemt wat er op dit terrein voorzien is van een uitdrukkelijke, wettelijke openbaarheidsregeling en wat niet, verschijnt het volgende beeld.

Uitdrukkelijke wettelijke openbaarheidsregeling

Wetgeving	Bekendmakingwet, Statuut, Rijkswet
Witte stukken	Reglement van Orde Tweede en Eerste Kamer
Rechtspraak	Geen publicatievoorschriften, toegang tot afschriften: Wetboek van Strafvordering (WvSv), Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (WBRv), Algemene wet bestuursrecht (Awb)
Bestuursinformatie	Wet openbaarheid bestuur (WOB)
Archiefbescheiden A	rchiefwet
Bevolkingsgegevens	Wet Gemeentelijke Basisadministraties (Wet GBA)
Statistische informatie	Wet Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), Centrale Commissie voor de statistiek (CCS)

Voertuig informatie	Regeling gegevensverstrekking kentekenregister
Handelsregisterinformatie	Handelsregisterwet
Merken- modellen en octrooi informatie	Benelux Merkenwet (BMW), Benelux Modellen- en Tekeningenwet (BMTW), Rijksoctrooiwet (ROW)
Milieu informatie	Wet Milieubeheer
Kadastrale informatie	Kadasterwet
Meteorologische informatie	Wet op het Koninklijk Meteorologisch Instituut (KMNI)

Geen uitdrukkelijke wettelijke openbaarheidsregeling

Wetenschappelijke onderzoekresultaten

Bibliothecaire informatie

Museale informatie

Geografische informatie

Medische informatie

Media informatie

Financiële informatie

Culturele informatie

Kredietinformatie

Handelsinformatie

Normalisatienormen

Criminologische informatie

Op het eerste gezicht valt al te constateren dat openbaarheidswetgeving betrekkelijk versnipperd is. Dat wordt deels veroorzaakt door dat de regelingen nu eenmaal van verschillende ministeries afkomstig zijn. Sommige van die regelingen verdienen geen schoonheidsprijs, andere wel. De mooiste regeling, hoe kan het ook anders in ons land, is die over het weer: de Wet op het KMNI.¹² Versnippering wordt ook veroorzaakt doordat wij met uiteenlopende vormen van overheidsinformatie te maken hebben. Doorgaans wordt een onderscheid gemaakt tussen basisinformatie van de democratische rechtsstaat (wetgeving, rechtspraak en parlementaire informatie), bestuursinformatie en overige informatie. Dat onderscheid is langzamerhand gegroeid in de discussie over de toegang tot overheidsinformatie (Kabel et al. 2001: 64-66). Onder die laatste categorie valt enerzijds informatie die primair een juridische functie heeft (informatie in registers), anderzijds andere informatie die berust bij overheidsinstellingen. Dat er een restcategorie (andere informatie) bestaat, geeft aan dat juist daar enige problemen liggen. Het onderscheid is relevant omdat de grondslagen voor openbaarheid voor die drie soorten informatie verschillend van aard zijn. Deels wordt die door democratische beginselen bepaald, zoals bij openbaarheidswetgeving op het terrein van wetgeving, rechtspraak en bestuur. Deels door constitutionele vrijheden zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van onderzoek. Deels door beginselen van rechtszekerheid, zoals op het terrein van bevolkingsregisters, merken- en modellenregisters, het kadaster of het handelsregister. Deels ook door het feit dat de desbetreffende informatie publiek wordt gefinancierd en daarom niet exclusief zou mogen worden geëxploiteerd, zoals het geval is bij

informatie die bij publieke omroepen berust of bij zogeheten eerste en tweede geldstroom onderzoek van universitaire instellingen. De grondslagen overlappen elkaar. Nu de onderhavige studie zich vooral richt op kennisinstellingen, spelen constitutionele vrijheden en financieringsmodellen een belangrijke rol.

Daar waar uitdrukkelijke openbaarheidsregels ontbreken komen wij de overheid of overheidsinstelling tegen als eigenaar. Die kwalificatie heeft geen geringe consequenties. Wij herinneren aan de eigenaarbevoegdheden zoals die in het eerste hoofdstuk zijn opgesomd.

3.4 PLAN VAN BEHANDELING

Hieronder geven wij eerst het Europese kader aan en behandelen vervolgens de ruimte die de nationale overheid toekomt om binnen dat kader voorwaarden te scheppen voor de toegang tot en de toegankelijkheid van overheidsinformatie. Aangezien die ruimte vrij groot is, analyseren wij tevens een aantal bestaande modellen van (nationale) openbaarheidsregelingen. Die modellen zijn in twee categorieën te verdelen: die van de zuivere en die van de hybride modellen. Bij de laatste gaat het om gevallen waarin de overheidsinstelling zelf informatie toegankelijk gaat maken door de oorspronkelijke informatie te bewerken, ofwel voorheen publieke informatietaken worden overgelaten aan de markt, concreet worden uitbesteed aan partijen in het private domein dan wel worden uitgevoerd door geprivatiseerde overheidsinstellingen. Het hoofdstuk wordt besloten met enkele conclusies die op basis van die modellen kunnen worden getrokken.

283

3.5 EUROPEES KADER: EU EN RAAD VAN EUROPA

3.5.1 TOEGANG

Toegang tot nationale overheidsinformatie is tot dusver op communautair niveau alleen geregeld voor milieu informatie.¹³ De Commissie overweegt geen verdere harmonisatie van specifieke aspecten van de toegang tot overheidsinformatie (EUROPE 2000: 10-11) en ziet toegangsregelingen eerst en vooral als een zaak van nationale, regionale en lokale verantwoordelijkheid. Anders dan bij intellectuele eigendom is er dus vooralsnog voldoende ruimte voor een nationaal beleid op het terrein van de (formeel juridische) verlening van toegang. Het valt niet aan te nemen dat de Openbaarheidsverordening van de Europese Unie EU)¹⁴ deze ruimte fundamenteel inperkt. Deze Verordening is beperkt tot informatie die betrekking heeft op beleidsmaatregelen, acties en besluiten die tot de bevoegdheid van een Europese instelling behoren en regardeert dus niet het nationale beleid op het terrein van overige informatie. Artikel 15 van die Verordening bepaalt uitdrukkelijk dat daarmee niet wordt beoogd nationale regels te wijzingen. Voor een aantal kanttekeningen ter zake verwijzen wij verder naar Daalder (Daalder 2001: 1424-1425). De Verordening is ruimhartiger dan de Nederlandse Wet openbaarheid van bestuur (WOB) voor de toegang tot bedrijfs- en fabricage gegevens, omdat in de Verordening een relatieve weigeringgrond is opgenomen en niet een absolute. De Verordening heeft daarbij ook het oog op een ruimer gebied dan bedrijfs- en

fabricage gegeven en spreekt heel in het algemeen van de commerciële belangen van natuurlijke en rechtspersonen, met inbegrip van onder meer intellectuele eigendom. Die belangen kunnen worden afgewogen tegen een hoger publiek belang bij openbaarmaking. Via een Europese procedure kan dus enerzijds meer bedrijfsinformatie, anderzijds minder geclassificeerde informatie worden verkregen dan via een procedure op basis van de Nederlandse WOB) het geval is.

Het Verdrag van de Raad van Europa (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) bevat geen expliciet geformuleerde toegangsrechten met betrekking tot overheidsinformatie. Dat is al evenmin het geval met het Handvest van de EU. De bepalingen met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting in beide documenten betreffen slechts een recht om zonder overheidsinmenging informatie te verzamelen en door te geven uit openbaar toegankelijke bronnen. Afweerrechten zijn nu eenmaal beter gejuridiseerd dan toegangsrechten. Verplichtingen om informatie te verstrekken kunnen alleen worden afgeleid uit de rechtspraak met betrekking tot artikel 8 EVRM. Zoals blijkt uit de Guerra-zaak kan het recht op respect voor het privé leven voor de overheid de positieve verplichting meebrengen om informatie over milieuzaken te verschaffen (Nieuwenhuis 2001: 136). Dergelijke toegangsrechten die te maken hebben met informatie over gezondheid en veiligheid zijn in het kader van de EU al te vinden in de Richtlijn milieu informatie. Latere wijzigingen van deze richtlijn gaan in de richting van een plicht tot het toegankelijk maken van de desbetreffende informatie.¹⁵

3.5.2 TOEGANKELIJKHEID

Aan verbetering van de toegankelijkheid van overheidsinformatie wordt op Europees niveau vooral gewerkt in het kader van de elektronische toegankelijkheid. Het karakter van de voorgestelde maatregelen is vooralsnog – milieu-informatie uitgezonderd – beperkt tot ondersteunende maatregelen en het coördineren, stimuleren en uitwisselen van informatie (zie verder Prins 2001: 516). Van mogelijke Europese beperkingen bij de vormgeving van een nationaal beleid op dit terrein is geen sprake. De Openbaarheidsverordening bevat de verplichting een documentenregister aan te leggen dat elektronisch kan worden geraadpleegd. Zoals bekend kennen de instellingen van de EU al een dergelijk register dat via internet publiek kan worden geraadpleegd en dat vooral van belang is voor het raadplegen van basisinformatie.

3.5.3 HERGEBRUIK

Anders dan op het terrein van de toegang tot overheidsinformatie waar de Commissie de bestaande stelsels intact wil laten, stelt zij harmonisering voor op het terrein van het hergebruik. Die voorstellen worden gedaan onder de uitdrukkelijke conditie dat zij geen negatief effect hebben op de toegankelijkheid van de informatie bij zijn oorspronkelijke bron (eEUROPE 2001: 11). Dat betekent dus al een rem op bewerking van overheidsinformatie door de overheid zelf en uitslui-

ting van de toegang tot de oorspronkelijke informatie met het paternalistische argument dat de informatie anders niet bevattelijk zou zijn (Kabel 1997: 13-19). De keerzijde van die conditie is uiteraard dat overheidsinstellingen ook niet kunnen worden verplicht om documenten te creëren of aan te passen (eUROPE 2001: 13). Dergelijke regelingen, hier voor het gemak aan te duiden als toegankelijkheidsregelingen, kunnen uiteraard wel op nationaal niveau in het leven worden geroepen. De voorstellen zullen waarschijnlijk uitmonden in een Richtlijn met minimum harmonisering als uitgangspunt zodat de lidstaten voldoende speelruimte resteert, maar tegelijkertijd de grootste hinderpalen voor de industrie uit de weg worden geruimd.

De voorstellen zullen geen betrekking hebben op bedrijfsgeheimen van overheidsbedrijven, privacy en intellectuele eigendomsrechten van derden zullen conform het *acquis* van de EU niet door de voorstellen worden beïnvloed en gedacht wordt aan een uitzondering voor creatieve activiteiten van publieke omroepen en hun archieven, vanwege de specifieke eigenschappen van deze sector. Informatie wordt in de meest ruime zin van het woord en techniek onafhankelijk gedefinieerd en er wordt een uitdrukkelijke definitie gegeven van overheidsinstellingen. Deze definitie is ontleend aan de definitie van publiekrechtelijke instellingen in Richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. In die Richtlijn wordt als publiekrechtelijke instelling beschouwd:

iedere instelling die

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en rechtspersoonlijkheid heeft
- en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd; ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste; ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Wij merken op dat deze omschrijving een veel ruimer terrein bestaat dan het recht op openbaarheid zoals dat wordt voorgesteld door de Commissie-Franken. Het voorstel van deze commissie sluit uitdrukkelijk instanties die van overheidswege worden gefinancierd maar die geen publieke taak hebben uit van een toekomstig grondwettelijke openbaarheidsverplichting (Franken 2000: par. 7.6.2.1.). Zij motiveert dat met het voorbeeld van bijzondere scholen die immers zelf dragers van grondrechten zijn. Dat is een wat ongelukkig voorbeeld dat geen ruimte laat voor het terechte argument dat publieke financiering in beginsel ook publieke toegang tot de aldus gefinancierde informatie vergt.

Het voorstel van de Europese Commissie is intussen vooral door commerciële motieven geïnspireerd en bevat geen openbaarheidsregeling die gebaseerd is op democratische principes. Het formuleert een algemeen recht op hergebruik van

overheidsinformatie: wanneer overheidsinformatie algemeen toegankelijk is, dient hergebruik voor commerciële doeleinden mogelijk te zijn. Exclusieve overeenkomsten met betrekking tot hergebruik die dit gebruik op onredelijke wijze beperken, zouden moeten worden verboden. Voor hergebruik mag een compensatie worden gevraagd die dan wel adequaat moet zijn en op transparante basis moet zijn vastgesteld. Interessant is een aanzet tot een registerplicht: ook catalogi van gegevenshulpbronnen zouden beschikbaar moeten zijn.

Al met al een mager voorstel na jaren van discussie. Het Amerikaanse systeem (hergebruik door het bedrijfsleven zonder kosten) wordt niet gevolgd. Dat kan betekenen dat derdegeldstroomactiviteiten van universiteiten voor zover deze op commerciële basis worden gedaan, rekening moeten houden met het betalen van een adequate vergoeding als compensatie voor het commercieel hergebruik van de overheidsinformatie. De drempel voor hergebruik is dat het gaat om informatie die al algemeen toegankelijk is. Er is voorsnog geen sprake van een rechtsplicht om overheidsinformatie algemeen toegankelijk te stellen.

3.6 HET NATIONALE KADER

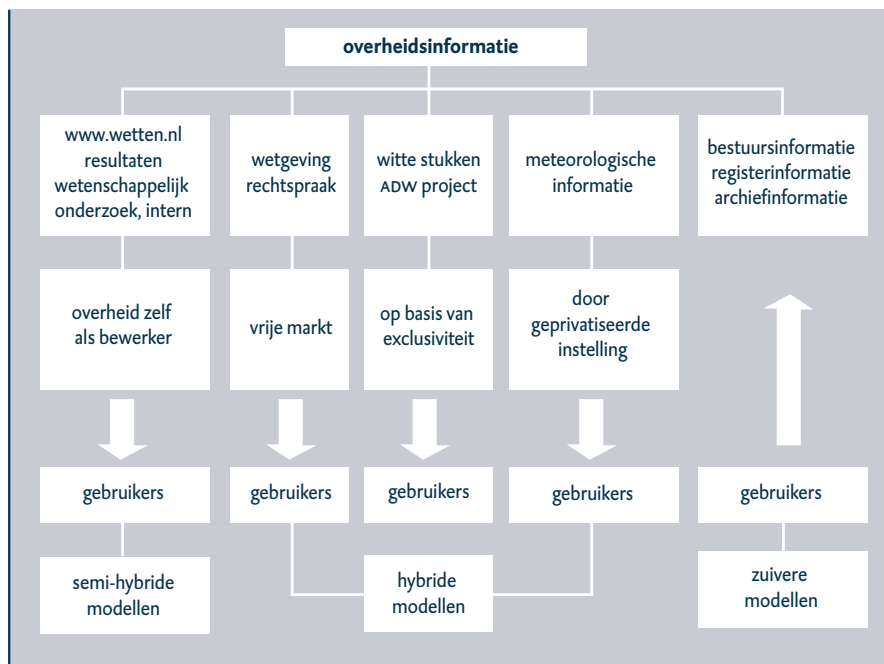
3.6.1 INLEIDING

Zoals wij hierboven hebben gezien bestrijkt de Nederlandse openbaarheidswetgeving een gevarieerd gebied en betreft de (grondwettelijke) regeling van openbaarheid in wetgeving en rechtspraak, de Wet openbaarheid van bestuur, de Wet Milieubeheer, de Archiefwet, maar ook regelingen met betrekking tot de openbaarheid van registraties, zoals de Wet gemeentelijke basisadministraties, de Kadasterwet of de Handelsregisterwet. Veel gebieden zijn echter niet wettelijk in kaart gebracht, zoals de openbaarheid van kennis die bij onderzoeksinstellingen en wetenschappelijke bibliotheken berust. Het wetsvoorstel Markt en overheid bevat intussen bijzondere regels voor de marktactiviteiten die rechtstreeks bijdragen aan de ontwikkeling en de overdracht van nieuwe kennis, welke worden uitgevoerd door onderzoeksinstellingen, zoals universiteiten, TNO, RIVM en Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) en die mede consequenties zouden moeten hebben voor de openbaarheid van de aldus geproduceerde kennis. Tegelijkertijd staat veel bestaande openbaarheidswetgeving weer op de helling in verband met de vraag wat digitalisering moet betekenen voor de functie van die wetgeving. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval met de Archiefwet die aanpassingen vergt op het terrein van de duurzaamheid van digitale documenten (Noordam 1998). Ten slotte ligt er een door het kabinet geaccordeerd voorstel om toegang en toegankelijkheid van overheidsinformatie grondwettelijk te regelen.

3.6.2 MODELLEN VAN NATIONALE OPENBAARHEIDSWETGEVING: ALGEMEEN

Op het eerste gezicht lijkt het niet zinnig veel woorden vuil te maken aan openbaarheid van kennis die bij publieke instellingen aanwezig is. Adagia als wetenschappelijke onderzoeksvrijheid die uiteraard toegang tot kennis impliceert of

publieke financiering die dan vanzelfsprekend ook de aldus gefinancierde resultaten publiek beschikbaar doet zijn, geven een eenvoudig antwoord op de vraag naar de openbaarheid van informatie die bij overheidsinstellingen aanwezig is. Die informatie zou gratis of tegen een bescheiden vergoeding voor de moeite die met verstrekking gepaard gaat, voor ieder, ook voor bedrijven en ook voor overheidsinstellingen zelf, beschikbaar moeten zijn. De klassieke beperkinggronden (bescherming van privacy, bescherming van intellectuele eigendomsrechten, staatsveiligheid en bescherming van vertrouwelijke informatie) dienen in zo'n stelsel uiteraard te worden meegenomen. Zo eenvoudig ligt het echter niet. De veelheid aan informatieverzamelingen bij de overheid kent ook een veelheid van regels. Onderstaand proberen wij die veelheid van regels in twee van elkaar verschillende modellen te presenteren teneinde die modellen te kunnen gebruiken voor een wat algemenere benadering van openbaarheid van overheidsinformatie. In die modellen is telkens een andere verhouding tussen toegang, toegankelijkheid en (her)gebruiksmogelijkheden te vinden, of – in het kader van ons eigendomsmodel in paragraaf 1.2.2 –: tussen toegang, beheer, uitwinning en beschikking. Wij zien bovendien dat er voortdurend een spanningsveld optreedt tussen hetgeen krachtens een publiekrechtelijke regeling publiek domein is, maar krachtens een privaatrechtelijke regeling weer beperkter toegankelijk wordt. Teneinde een en ander op deze plek alvast wat schematisch in beeld te brengen, kan het volgende overzichtje dienen. Het schema leent zich gemakkelijk voor nadere uitwerking met de voorbeelden die hierna in de tekst worden gegeven.



3.6.3 OPENBAARHEID EN MARKT: HET HYBRIDE MODEL

Het is opvallend dat de informatie die aan de basis van de democratische rechtsstaat ligt, voor het grootste deel door de marktsector toegankelijk wordt gemaakt. De in paragraaf 1.6 gesignaleerde trend naar *commodification* van informatie heeft hier al vroeg ingezet. Bestuursinformatie wordt door de desbetreffende overheidsinstantie zelf openbaar gemaakt, bij wetgeving en rechtspraak is immers sinds jaar en dag een belangrijke taak voor commerciële uitgeverijen weggelegd. Die taak wordt mogelijk gemaakt doordat auteursrechtelijke exclusiviteit op de grondtekst is uitgesloten (art. 11 Auteurswet), het materiaal dus vrij is voor commerciële exploitatie en de overheid geen taak voor zichzelf zag weggelegd bij het meer toegankelijk maken van de door haar verplicht openbaar te maken grondtekst. Door het sluiten van een exclusief contact met een commerciële uitgever heeft de overheid de toegankelijkheid van dit publieke domein soms weer beperkt (men zie het hierna te bespreken ADW-project). Bij rechtspraak geldt zelfs geen verplichting tot actieve openbaarheid van de tekst van de uitspraak (De Werd 2001).

Zodra die taak wel als belangrijk wordt beschouwd, belandt de overheid onmiddellijk in een impasse: bewerking is nodig uit democratisch oogpunt, maar bewerking kost geld en dat doet de overheid belanden in werkzaamheden die ook (en vaak veel beter, maar duurder) door de markt kunnen worden gedaan. Kortom: de overheid moet die taak uitvoeren maar als zij het goed wil doen, doet zij het verkeerd omdat zij dan in concurrentie treedt met commerciële marktpartijen aan wie dezelfde informatie auteursrechtelijk vrij ter beschikking is gesteld. Toegankelijk maken van overheidsinformatie door de overheid zelf in een sector waar de markt ook al in voorziet, blijkt dus een heikel onderwerp, hoe gewenst ook vanuit een democratisch oogpunt (interessante variant is primaire publicatie van basisinformatie door een privaatrechtelijke rechtspersoon; Elferink 1998).

Synergie tussen publieke en private partijen treedt echter ook vaak op doordat de publieke partij haar oorspronkelijke informatie ter bewerking exclusief en tegen een vergoeding ter beschikking stelt aan een bepaalde marktpartij teneinde die informatie beter toegankelijk te maken of domweg omdat er een markt is voor die informatie. Die publiek-private samenwerkingsvormen (PPS) komen betrekkelijk veel voor. Zo verleent bijvoorbeeld de Koninklijke Bibliotheek een exclusieve licentie aan een uitgeverij teneinde de zogenaamde Brinkmann Catalogus op cd-rom te zetten, bestaat er een zeer nauwe samenwerking tussen universiteiten en commerciële uitgeverij of kunnen parlementaire stukken elektronisch worden ingezien via Opmaat van Uitgeverij Sdu.

De problemen die aan een dergelijke PPS zijn verbonden, zijn onder meer aan het licht getreden in het zogenaamde ADW-project, een project waarbij de opbouw van een algemene, elektronische databank met wet- en regelgeving door de overheid werd uitbesteed aan één commercieel consortium. Zij hadden vooral betrekking op de tamelijk exclusieve constructie waarvoor werd gekozen, op het feit dat

het gewone publiek een marktprijs moest betalen voor elektronische raadpleging van basisinformatie en op het gegeven dat de overheid de door haarzelf geproduceerde informatie weer moest terugkopen van het consortium (Van Eechoud en Kabel 1998: 39-40). Voor de toegankelijkheid voor het gewone publiek is tenslotte een oplossing gevonden: de ADW is te raadplegen op openbare bibliotheken. De kosten van die raadpleging worden door de overheid gedragen.

Ook op het terrein van registerinformatie is er van dergelijke samenwerkingsvormen sprake geweest. Zowel het kadaster als het handelsregister hebben een tijd lang via afzonderlijke rechtspersonen concurrerende marktactiviteiten uitgeoefend, deels gesanctioneerd door de rechtspraak, deels door wetgeving. Aan die activiteiten is echter weer een einde gekomen omdat geleidelijk aan het besef doordrong dat hier sprake kon zijn van oneerlijke (overheids)concurrentie met betrekking tot publiek gefinancierde informatie (Kabel 1997: 42-43). Niettemin blijft het probleem recht overeind, zij het nu gehuld in het gewaad van de publieke taak. Ingevolge artikel 2a sub c. Kadasterwet heeft de Dienst van het Kadaster immers onder meer tot doel: “ondersteuning en bevordering van de economische activiteiten”. Het breder toegankelijk maken van de gegevens die op grond van de wet bij het kadaster berusten, is als een wettelijke taak voor het kadaster geformuleerd. Het kadaster mag thans zogenaamde halffabrikaten ontwikkelen ten behoeve van marktpartijen. Dat betekent dat het daaraan geen gegevens van buiten mag toevoegen (men spreekt van verrijking van de publieke gegevens) en dat het aan alle afnemers onder gelijke condities toegang moet geven. Deze keuze betekent tegelijkertijd dat marktpartijen geen directe toegang behoeft te worden gegeven tot de publieke bestanden bij het Kadaster. Nu deze activiteiten eenmaal als wettelijke taak zijn geformuleerd, behoeven zij ook niet door een afzonderlijke vennootschap (zoals tot voor kort het geval was met Kadata) te worden uitgevoerd, maar kunnen zij door het publiekrechtelijke lichaam zelf ter hand worden genomen.¹⁶

Daarnaast is als variant van kenniscommercialisering te noemen het verschijnsel dat overheidsinstellingen overgaan naar de particuliere sector en hun overheidsinformatie als het ware mee privatiseren, dan wel afzonderlijke overheidsbedrijven oprichten die marktactiviteiten verrichten in het verlengde van de oorspronkelijke activiteiten van de instelling. In die gevallen is er overigens opmerkelijk weinig aandacht geweest voor het bruidschat gegeven: de informatie die een instelling zo krijgt zou eigenlijk moeten worden afgerekend. Bovendien zouden dit soort activiteiten niet mogen worden ondernomen, wanneer de markt daarin al voorziet.

In de Wet op de Kamers van Koophandel en Fabrieken is voor dat laatste probleem ten aanzien van informatie uit het handelsregister de volgende oplossing gevonden. Artikel 31 bepaalt:

Artikel 31

1. Een kamer oefent de in de artikelen 24 en 27 bedoelde taken en de in artikel 29 bedoelde andere taken uit voor zover daarin niet in voldoende mate wordt voorzien door rechtspersonen die volgens hun statuten tot doel hebben de belangen van ondernemers te behartigen.
2. Het eerste lid geldt eveneens met betrekking tot de uitoefening van de in artikel 26 bedoelde taak, voor zover het betreft advisering uit eigen beweging door de kamer.

Het wetsvoorstel Markt en overheid beoogt soortgelijke problemen op een algemener niveau te reguleren. Het maakt daartoe in navolging van het WRR-rapport *Het borgen van het publieke belang* (WRR 2000) een onderscheid tussen de vraag wanneer er bij de levering van goederen en diensten sprake is van een publiek belang enerzijds en anderzijds de vraag hoe dat eenmaal vastgestelde publieke belang het beste kan worden gewaarborgd. Het inschakelen van het private domein (de markt), kan soms een instrument zijn om dat belang het beste te waarborgen. Het mechanisme voor die afweging dat het wetsvoorstel bevat, komt erop neer dat via (preventieve) toetredingsregels de vraag wordt beantwoord of de overheid op de een of andere wijze de markt mag betreden en via (repressieve) gedragsregels de vraag op welke wijze de toegelaten instelling zich op de markt behoort te gedragen. De toetredingsregels vereisen tenminste een formele (wettelijke) grondslag voor het ondernemen van marktactiviteiten.¹⁷ Wij signaleerden reeds in paragraaf 1.2.1 dat in deze regeling geen afzonderlijke aandacht is besteed aan het publiek kennisdomein.

De problematiek van het wetsvoorstel is ook van toepassing op de activiteiten van onderzoeksinstellingen. Universitaire instellingen doen vaak onderzoek in opdracht van derden. Kenniscommercialisering door publiekrechtelijke instellingen is langzamerhand tot een autonome ontwikkeling geworden (Kabel 1998: 89-92). Als wij huidige opvattingen over commercieel onderzoek door universitaire instellingen zouden hebben gehanteerd in de tijd dat in wetenschappelijke kring het TCP/IP-protocol als open standaard werd ontwikkeld, een standaard waarop het hele succes van het internet is gebaseerd, zou het niet onwaarschijnlijk zijn dat deze standaard als exclusieve standaard buiten het publiek domein zou zijn gehouden (Benner 2002: 1).

Het regime van het wetsvoorstel wordt, in aansluiting op dergelijke opvattingen in zijn volledigheid minder geschikt geacht voor toepassing op onderzoeksinstellingen, omdat die toepassing zou leiden tot een situatie waarin de ontwikkeling van nieuwe kennis niet meer op een slagvaardige wijze plaatsvinden kan.¹⁸ Er zal dus een situatie kunnen ontstaan, waarin onderzoeksinstellingen op het terrein van marktactiviteiten meer is toegestaan dan de houders van een aantal andere bronnen van overheidsinformatie die niet als onderzoeksinstelling in de zin van het wetsvoorstel kunnen worden aangemerkt. Wij herinneren aan de hierboven gedane uitspraak dat de waarborging van het publiek domein ook voor de instellingen zelf openbaarheidsverplichtingen in het leven roept.

Het kan dus niet zo zijn dat de genoemde slagvaardigheid tot een vermindering leidt van openbaarheid van onderzoeksresultaten van onderzoeksinstellingen. Anderzijds dienen de toelatingsregels en de gedragsregels die voor andere dan onderzoeksinstellingen gelden, de toegang en de toegankelijkheid van overheidsinformatie voor onderzoeksinstellingen evenmin te verminderen.

Het wetsvoorstel bepaalt nu op het punt van openbaarheid van onderzoeksinformatie niets. De instellingen mogen zelf beoordelen of zij al dan niet de markt betreden; zij dienen bij zo een beoordeling het belang van derden bij oneerlijke concurrentie in acht te nemen. Er gelden dus geen afzonderlijke (preventieve) toetredingsregels. Wel gelden enige gedragsregels met betrekking tot kosten-doorberekening en gegevensgebruik, naast enkele boekhoudkundige voorschriften. Toetsing geschiedt achteraf door de bekostigende overheidsorganisatie dan wel doordat ondernemers in staat worden gesteld bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) klachten in te dienen in gevallen van mogelijk oneerlijke concurrentie. Dit regime geldt alleen voor activiteiten die gericht zijn op het ontwikkelen en overdragen van nieuwe kennis. Met een beetje goede wil vallen universitaire uitgeverijen hier nog onder te scharen, maar bijvoorbeeld post academisch onderwijs (PAO) activiteiten vallen er zeker buiten.

3.6.3 TOEKOMSTIGE HYBRIDE MODELLEN: ARCHIEVEN EN DOCUMENTATIECENTRA

Het archiefmodel is thans nog in hoge mate gericht op behoud van informatie teneinde raadpleging van het oorspronkelijk materiaal mogelijk te maken. De Archiefwet 1995 geeft een ieder de mogelijkheid de archiefbescheiden kosteloos te raadplegen en daarvan of daaruit afbeeldingen, afschriften, uittreksels en bewerkingen te maken of op zijn kosten te doen maken. De beperkingen aan de openbaarheid zijn deels klassieke beperkingen zoals privacy, het belang van de Staat of zijn bondgenoten, voorwaarden die derden hebben gesteld, deels beperkingen die te maken hebben met de fysieke toestand van de bescheiden.

Archivering impliceert duurzaamheid en toegankelijkheid van de gearchiveerde bescheiden. De wet geeft dan ook in artikel 21 een basis voor het treffen van maatregelen met betrekking tot de duurzaamheid en met betrekking tot het in geordende en toegankelijke staat brengen en bewaren van archiefbescheiden. In het elektronisch tijdperk schuilt daarin een probleem. Tegelijkertijd maakt de techniek van datzelfde tijdperk meer mogelijk op het terrein van de toegankelijkheid. Het probleem is dat van de duurzaamheid van elektronische bescheiden en van de middelen om die bescheiden te raadplegen. Nieuwe mogelijkheden doen zich voor ten aanzien van de elektronische ontsluiting van archiefmateriaal; die mogelijkheden leiden tot een ander accent op de functie van archieven.

Duurzaamheid van archiefbescheiden impliceert dat de bescheiden ook na lange tijd in oorspronkelijke vorm raadpleegbaar moeten zijn. Artikel 11 van het Archiefbesluit verplicht tot zodanige voorzieningen ten aanzien van archief-

bescheiden die ingevolge een geldende selectielijst voor bewaring in aanmerking komen, dat bij het raadplegen van die archiefbescheiden na ten minste honderd jaar geen noemenswaardige achteruitgang zal zijn te constateren. Dat betekent dat de informatie in dezelfde toestand reproduceerbaar moet zijn als deze door de oorspronkelijke administratie is bedoeld. Een digitale brief geproduceerd in 2002 moet dus in 3002 in identieke vorm kunnen worden gelezen, ondanks alle opeenvolgende wijzigingen in hardware, software, gegevensdragers, en dergelijke (Noordam 1998: 164). Men begrijpt dat zich daar enige problemen kunnen voordoen. Gegeven de veranderende technologie kan de Archiefwetgeving niet anders zijn of worden dan een geheel van niet-technologiespecifieke regels. Noordam spreekt van een Administratiewet.

Anderzijds opent digitale technologie meer mogelijkheden voor de toegankelijkheid van archiefbescheiden. Op basis daarvan wordt dan ook gepleit voor het meer dienstbaar maken van de collectie aan een groot publiek. De toegankelijkheid van de archieven zou kunnen worden vergroot door bestaande voor het merendeel kleinschalige archiefdiensten te laten fuseren en archieven te digitaliseren, zodat thans nog verspreide informatie via zoeksystemen samenhangend toegankelijk is. De publieksfunctie zou in de nabije toekomst een primaire taak moeten zijn van de archiefdiensten (Archieven in de etalage 2000: 7). Het rapport *Archieven in de etalage* ziet mogelijkheden voor het onder verantwoordelijkheid van de overheid laten beheren van archieven door particuliere organisaties (Archieven in de etalage 2000: 7, 24) en het uitbreiden van de huidige overheidsarchiefcollecties met andere verzamelingen zoals bibliotheekcollecties en audiovisuele collecties zodat de huidige archiefbewaarplaatsen kunnen uitgroeien tot documentatiecentra. De Archiefwet zou in die visie zich dienen te beperken tot het stellen van algemene regels met betrekking tot beheer en toegankelijkheid; kwaliteitsnormen zouden moeten worden ontwikkeld in een systeem van zelfregulering en eenmaal geaccepteerd, in een later stadium in de Archiefwet kunnen worden verankerd.

Deze verschuiving die ook op andere terrein valt waar te nemen (bibliotheken, musea) zal ons inziens gevolgen hebben voor de eigenlijke archieffunctie van de diensten. Net zo belangrijk is dat de verschuiving naar een publieksfunctie ongetwijfeld zal leiden tot een zekere mate van commercialisering van de aangeboden diensten, terwijl de Archiefwet zoals die thans luidt geen voorzieningen kent voor op deze wijze aangeboden diensten. Beperkingen aan hergebruik bestaan niet; bepalingen omtrent bewerking door de overheidsinstelling zelf evenmin. Bijzonder is dat de wet openbaarheid kent ten aanzien van hetgeen verdwijnt. Artikel 5 lid 3 verplicht tot publicatie in de Staatscourant van selectielijsten waarin wordt aangegeven welke archiefbescheiden voor vernietiging in aanmerking komen.

3.6.4 ZUIVERE OPENBAARHEID: HET WOB-MODEL

Het meest eenvoudige model vinden wij in theorie in de Wet openbaarheid van bestuur, een model waarin bestuursinformatie voor burger en bedrijf gemakkelijk beschikbaar dient te zijn, hetzij op verzoek van betrokkene (zogenaamde passieve openbaarheid, in deze studie aangeduid met ‘toegang’) hetzij doordat de overheidsinstantie zelf tot openbaarmaking overgaat (actieve openbaarmaking, in deze studie aangeduid met ‘toegankelijkheid’). De WOB gaat er in beginsel ook van uit dat geen beperkingen aan hergebruik van bestuursinformatie mogen worden gesteld en dat selectieve en exclusieve verlening van informatie is uitgesloten (Damen 2000: 1818; Kabel 1997: 44-45). Een ideaal model dus, gezien vanuit een oogpunt van openbaarheid en het is dan ook niet voor niets dat de Commissie Franken voorstelde de WOB uit te breiden tot een wet die in het algemeen op overheidsinformatie betrekking zou moeten hebben en die dus ook de kenmerken daarvan zou moeten vertonen, te weten non-discriminatoire, niet exclusieve verstrekking van overheidsinformatie tegen verstrekkingkosten en zonder beperkingen op het hergebruik. Als gezegd hanteert de commissie daarbij een Awb overheidsbegrip en sluit zij van het begrip overheidsinformatie bijvoorbeeld uit informatie die toevallig bij de overheid terechtkomt (Franken 2000: 7.6.2.2.).

293

De problemen die met de uitvoering van zo een ideaal gepaard gaan in het elektronische tijdperk, worden echter langzamerhand duidelijk en liggen vooral op praktisch-financieel terrein. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen verstrekking van informatie tussen overheden en overheidsinstellingen onderling en informatieverstrekking aan particulieren.

Binnen de publieke sector zelf is er op het punt van informatieverstrekking een discrepantie waar te nemen tussen beleid en praktijk. Het beleid is erop gericht onderlinge kostenverrekening tegen te gaan; de praktijk wijst uit dat er ter wille van een doelmatige omgang met informatieverstrekking en ter wille van het tegengaan van concurrentievervalsing vergoedingen worden ingebouwd die op de korte of wat langere termijn ook structureel worden gevraagd en waarmee aan het ideaal van het tegengaan van onderlinge kostenverrekening afbreuk wordt gedaan (Van Eechoud en Kabel 1998: 69). Van Eechoud en Kabel bevelen dan ook aan op dit punt de knoop door te hakken en de principes aan de praktijk aan te passen, dat wil zeggen kostenverrekening toe te passen. Een zodanige praktische oplossing kan worden gekozen, omdat aan overheden nu eenmaal geen grondrechten toekomen. Dat ligt voor wetenschappelijke onderzoeksinstellingen en de facilitaire instellingen anders. Kostenverrekening dient dus beperkt te blijven tot overheidsinstellingen op het bestuurlijke vlak.

Bij de informatievoorziening aan burger en bedrijf kan een dergelijke keuze in het geheel niet worden gemaakt. Het gaat daar immers om een constitutioneel principe, dat van de openbaarheid naar de maatschappij toe van overheidsinformatie. Van Eechoud en Kabel concluderen dat er nogal wat verschillen bestaan met betrekking tot de prijs die ontvangers van WOB-informatie, maar ook van infor-

matie uit overheidsarchieven betalen, met name op het niveau van lagere overheidsorganen. Die conclusie gaat overigens in het algemeen op voor de prijs van overheidsinformatie in de lidstaten van de EU (eEUROPE 2002: 7). Digitalisering van bestuursinformatie zou, gelet op de principes van de WOB, er niet toe moeten leiden dat meer dan de verstrekkingkosten voor digitale reproducties wordt gevraagd.

Een dergelijke democratische invulling van het openbaarheidsprincipe stuit, indien het niet om bestuursinformatie gaat, op twee andere principes: dat van het profijtbeginsel en dat van het tegengaan van concurrentievervalsing op grond waarvan marktprijzen zouden moeten worden gevraagd. Concurrentievervalsing kan echter ook worden tegengegaan door de informatie in ruwe vorm tegen de kosten van verstrekking beschikbaar te stellen. Toepassing van het profijtbeginsel zou de overheid niet moeten passen, in ieder geval niet wanneer het gaat om het verstrekken van de oorspronkelijke informatie. Zij behoeft immers geen voordeel te trekken uit informatie waarvoor door de gemeenschap is betaald (Kabel 1997: 47). De gedachte dat het maken van winst ook een overheidstaak zou kunnen zijn, is bijvoorbeeld in het wetsvoorstel Markt en overheid terecht verworpen.¹⁹ Het WOB-model is dus inderdaad ruimer toepasbaar, mits er een zekere harmonisering van de prijsbepaling plaatsvindt, het profijtbeginsel wordt uitgesloten voor zover het gaat om het verstrekken van de oorspronkelijke informatie, de oorspronkelijke informatie ook altijd in die vorm beschikbaar is (eEUROPE 2001: 11) en elektronische toegangsverlening gepaard gaat met betrouwbare betaalsystemen en goede identificatiemogelijkheden in een elektronische omgeving (De Vries 2001: 37-40).

Bij dit alles moet niet worden vergeten dat het verlenen van toegangsrechten en het vergroten van toegankelijkheid gepaard gaat met een grotere overheidsbemoeienis dan bij afweerrechten het geval is. Toegangsrechten impliceren nu eenmaal dat men op de toegangsverlener vertrouwen moet, zowel wat betreft de vraag waartoe toegang wordt verleend als met betrekking tot de vraag hoe de toegankelijkheid wordt georganiseerd. De ervaringen met de WOB leren dat het met dat vertrouwen niet altijd even goed hoeft te zijn gesteld (Damen 2000).

3.6.5 EEN ZUIVERE HYBRIDE: HET WEER

De al eerdergenoemde Wet op het KMNI is een aardig voorbeeld van een in onze ogen perfecte openbaarheidswetgeving. Zij bepaalt welke informatie om niet en eigener beweging ter beschikking dient te worden gesteld, welke andere gegevens op verzoek aan afnemers ter beschikking mogen worden gesteld en onder welke condities inclusief een bij ministeriele regeling vastgestelde tariefregeling en bepaalt dat de laatste categorie van gegevens in een publiekelijk beschikbare catalogus dienen te worden vastgelegd. Onderzoeksresultaten dienen uiterlijk een jaar nadat zij zijn tot stand gekomen, te worden openbaar gemaakt en tenslotte bevat de wet een regeling voor onderzoek verricht in opdracht van derden. Deze regeling is betrekkelijk simpel en gaat vooral over de kostenberekening.

4 CONCLUSIES

4.1 ALGEMEEN

Uit de voorgaande hoofdstukken bleek dat het publiek domein uiteen valt in een gebied dat is toe te rekenen aan de intellectuele eigendom en een gebied dat te maken heeft met de rol van de overheid in het informatievoorzieningsproces. In het eerste gebied (zie par. 1.2) moet een onderscheid worden gemaakt tussen het publiek domein in ruime zin (alle openbaar gemaakte informatie) en in enge zin (openbaar gemaakte informatie die niet vatbaar is voor een recht van intellectuele eigendom). In het tweede gebied moet een onderscheid worden gemaakt tussen informatie waarvoor een algemene of bijzondere publiekrechtelijke regeling van openbaarheid geldt en waarvoor dat niet het geval is.

Voor beide gebieden geldt dat informatie door middel van algemene privaatrechtelijke regels (contract of eigendom) geheel of gedeeltelijk aan het publiek domein in beide betekenissen kan worden onttrokken.

Uit de analyse (par. 1.4.1) kwam verder naar voren dat goederen niet per se een collectief karakter hebben, en dat het verschil maakt of we spreken over de (collectieve) bron en de vruchten die daaruit geplukt kunnen worden. Collectieve goederen kunnen exclusieve producten voortbrengen. Dit geldt a fortiori voor wetenschappelijke informatie.

Uit de analyse (par. 1.4.2) kwam ten slotte naar voren dat er een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds toegang, uitwinning en gebruik van informatie die beschermd wordt door een eigendomsrecht, anderzijds toegang, toegankelijkheid en (her)gebruik van informatie als het gaat om informatie bij de overheid, omdat dit evenzoveel aspecten van het publieke domein zijn. Wie toegang krijgt tot een informatiebron, maar deze niet mag bewerken tot een begrijpelijke vorm of niet mag hergebruiken, heeft niets aan het publiek domein. Aan de andere kant behoeven beperkingen in de toegankelijkheid en het gebruik niet altijd te betekenen dat de toegang tot het publiek domein is uitgesloten.

Een en ander brengt met zich mee dat de overheid verschillende strategieën kan ontwikkelen tot behoud of verbetering van het publiek domein. Het kan daarbij gaan om een mix van maatregelen, deels in de publieke beleidssfeer, deels privaatrechtelijke instrumenten, deels wetgeving. Onnodig te zeggen dat al deze maatregelen in elkaar grijpen. Wij geven hierna globaal de mogelijkheden aan.

Het instrumentarium dat de overheid hier ter beschikking staat valt uiteen in dat van de overheid als *wetgever*, de overheid als *werkgever* van kennisinstellingen, de overheid als *financier* van kennisinstellingen en de overheid als *beheerder/eigenaar* van voor het publiek domein belangrijke databestanden (voor het ter beschikkingstellen van kennis door wetenschappelijke instellingen zelf wordt verwezen naar de aanbevelingen in het rapport Kabel et al. 2001 : hfdst. 7).

Als *wetgever* is het instrumentarium in de sfeer van de intellectuele eigendom beperkt, maar is er enige ruimte zoals in paragraaf 4.2 uiteengezet zal worden. Op het gebied waar de overheid zelf een rol vervult in het publiek domein zijn er meer mogelijkheden. Bij de keuze tussen deze instrumenten moet de overheid een terdege afweging maken wat zij aan de *markt* (voor zover zij die zou kunnen beïnvloeden) en de *autonomie* (bijv. van de kennisinstellingen) zal overlaten.

Als wetgever in de sfeer van de openbaarheid (de rol van de overheid daarin) heeft de overheid de keuze om wat in hoofdstuk 3 het zuiver WOB-model is genoemd, maar dat beperkt is tot *bestuurlijke* informatie, verder te ontwikkelen voor andere informatie: wetenschappelijk en culturele. Moet er, zoals de WOB, een kaderwet komen voor de openbaarheid van wetenschappelijk en culturele kennis? Daarnaast zou specifieke wetgeving tegen het licht gehouden kunnen worden. Wetgeving kan ook een grondslag bieden voor *tariefpolitiek* ten aanzien van toegang en (her)gebruik. Hier staat de overheid opnieuw voor de vraag of de markt niet juist bevorderlijk is voor de ontwikkeling van het publieke domein in ruime zin. De keuze is dan tussen financieringsmaatregelen richting producent (tarieven) of richting gebruiker (subsidie).

Als *werkgever* heeft de overheid een aantal privaatrechtelijke instrumenten in handen om *allocatie* van intellectuele eigendomsrechten en openbaarmaking van informatie te beïnvloeden en te bevorderen. Het gaat dan om de arbeidsvoorwaarden die worden gehanteerd bij overheidsinstellingen ten aanzien van de toewijzing en/of uitoefening van intellectuele eigendomsrechten. Dat laatste (uitoefening) ziet dus zowel op toegang, uitwinning en gebruik. De overheid zou hierbij ook aan wetgeving kunnen denken met betrekking tot wetenschappelijk contractsonderzoek. Het wetsvoorstel *Markt en overheid* leert dat de overheid op dit moment juist niet voor wetgeving kiest, omdat zij de wetenschappelijke instellingen vrij wil laten de markt op te gaan. Daar dreigt echter (de dreiging verwezenlijkt zich bovendien) dat kennis die tot het publiek domein behoort als commercieel product aan het publiek domein onttrokken wordt. Wij signaleerden reeds dat dit wetsvoorstel het probleem van het publiek kennisdomein niet behandelt. Op dit punt ligt er dus nog een duidelijk keuzemoment voor de overheid zowel ten aanzien van het te formuleren beleid als het daarbij te hanteren instrumentarium. De keuze waarvoor de overheid staat is of zij een wettelijke regeling wil met betrekking tot de publiek domeinaspecten van het wetenschappelijk onderzoek of dit (geheel) aan de autonomie van de instellingen overlaat.

Als *financier* en *subsiënt* kan de overheid dat via financieringsvoorwaarden ook doen. Daarnaast is het subsidie instrument bij uitstek geschikt om het hoofd te kunnen bieden aan de marktontwikkelingen die wij in paragraaf 1.6 schetsten. Een gericht subsidiebeleid naar de wetenschappelijke en openbare bibliotheken om hen in staat te stellen de juiste rechten voor de instandhouding en vergroting van hun collecties te verwerven, zou een speerpunt van het beleid kunnen zijn. Het gaat er in dit geval dus om de toegang tot het publieke domein in ruime zin te blijven waarborgen. Dit beleid kan geflankeerd worden met het ondersteunen en

ontwikkelen van openbare kennisdomeinen op het internet. Bevordering van de *bargaining power* van de wetenschappelijke en openbare bibliotheken op de markt van het publiek domein in ruime zin behoort tot andere algemene maatregelen in de beleidssfeer.

Als *beheerder/eigenaar* van bestanden lost de vraag zich voor een deel op in die van de vraag naar algemene openbaarheidswetgeving. Daarnaast kan echter worden gedacht aan beleidsregels met betrekking tot privatisering van informatiebestanden.

4.2 ALGEMENE TRENDS EN DE POSITIE VAN NEDERLAND

4.2.1 DE ROL VAN ICT

Informatie- en communicatietechnologie (ICT) heeft een positief effect op het publiek domein, omdat het internet een enorme vrijplaats voor een wereldwijde uitwisseling van kennis tussen wetenschappelijke gemeenschappen is (zie par. 1.1.6). Het gaat hier met name om kennis die zich nog in de fase van niet geheel uitgekristalliseerde ideeën bevindt, waarvoor de vrije confrontatie in de discussie onontbeerlijk is. Is ICT ook een machtig instrument om organisaties transparant te maken voor de buitenwereld. Dat geldt dan ook in het bijzonder voor het publiek domein in de door ons gebruikte tweede betekenis van het woord (informatie die bij de overheid berust).

Nederland voert op dit gebied, zoals uit tal van regeringsnota's en stimuleringsprogramma's blijkt, een actief beleid. Het gaat het bestek van dit essay te buiten om te analyseren of dit beleid ook steeds voldoende concreet is. Volstaan kan worden met de constatering dat de rollen en instrumenten die de overheid, blijkens paragraaf 4.1 heeft, ook aangewend kunnen worden om dit positieve aspect van ICT te stimuleren.

Tegelijkertijd vormt ook een van de sleutelfactoren die de toegang en het gebruik van het publiek domein bedreigen. Het is immers het machtigste *controle-instrument* tot nu toe in de geschiedenis van de mensheid in handen van informatie-producenten en leveranciers. Daardoor kunnen zij de toegang en het gebruik tot de informatie van de eindgebruiker volledig controleren. Maar ook de gebruiker/producent van informatie bevindt zich hier in een andere situatie dan vroeger, omdat de wereld van de 'feiten' steeds meer een wereld wordt van commercieel geëxploiteerde databanken die slechts op voorwaarden van de eigenaar van die verzamelingen toegang bieden en kunnen worden gebruikt. De belangrijkste aannames die gedurende twee eeuwen in het recht van intellectuele eigendom zijn ontwikkeld en die berusten op de juiste balans tussen het vrije publiek domein, de vrije privé-sfeer en de uitbating van vruchten van intellectuele eigendom, komen daarmee op de helling te staan.

Ook hier geldt dat de analyse niet toelaat om stellige uitspraken te doen over het Nederlandse beleid om op deze trend een antwoord te formuleren. Toch kunnen de schrijvers zich niet aan de indruk onttrekken dat dit aspect in beleidsstukken en voorgenomen wetgevende maatregelen niet of onvoldoende accent krijgt, terwijl hetgeen op het moment in de Verenigde Staten speelt een duidelijke voorbode is van wat in Europa nog verder zal doorzetten. De discussie over de kennis die de universiteiten genereren staat (zowel op het niveau van de rijksoverheid als op dat van de kennisinstellingen zelf) geheel in de sleutel van de verdere uitbating van die kennis. Niet het publiek domein, maar de markt is het paradigma.

4.2.2 BINNENLANDS BELEID TEN AANZIEN VAN HET PUBLIEK DOMEIN

Los van de algemene constatering over ICT in paragraaf 4.2.1 signaleerden wij in hoofdstuk 3 dat in een aantal wettelijke maatregelen die gericht zijn op verbetering van openbaarheid en de commerciële rol van de kennisinstellingen, de aanpak door de overheid van het publiek domein in de tweede betekenis van het woord, zowel op het niveau van de wetgeving als op dat van het bestuur niet erg consistent is. Twee algemene wetgevende maatregelen die gaan over de rol van de overheid ten aanzien van informatie gaan niet in op de betekenis van het publiek domein zoals wij dat hier hebben gedefinieerd: de voorgenomen grondwetswijziging waarin wordt gepleit voor meer openbaarheid van overheidsinformatie raakt niet aan de in dit essay behandelde problematiek, het wetsontwerp Markt en Overheid opent ten aanzien van de commercialisering van wetenschappelijke kennis de sluizen naar de markt en daarmee een uitstroom van kennis uit het publiek domein. Een algemene aanpak van deze problematiek bij de om zich heen grijpende privatisering ontbreekt.

Meer in het bijzonder signaleerden Kabel en anderen (Kabel et al. 2001: hfdst. 7.2) het ontbreken van een duidelijke lijn bij kennisinstellingen ten aanzien van toegankelijkheid, prijsstelling, gebruiksbependingen, geheimhouding en allocatie van intellectuele eigendomsrechten ter zake van wetenschappelijke informatie.

4.2.3 INTERNATIONALISERING

De mogelijkheden van Nederland om op het internationale forum een beslissende rol te spelen zijn beperkt. Vanuit het Ministerie van Justitie wordt hier op ingespeeld door met behulp van een onafhankelijke wetenschappelijke Adviescommissie (de Commissie Auteursrecht) de standpunten voor het wetgevend proces op het gebied van het auteursrecht, waar de problematiek van het publiek domein in toenemende mate aan de orde is, voor te bereiden. Mede daardoor kan Nederland het consumenten perspectief (en dus ook: het behoud van het publiek domein) aan de orde stellen en proberen daarvoor binnen de internationale gemeenschap gehoor te vinden. Ook het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (OC&W) houdt zich binnen internationale gremia met de positie van kennisinstellingen bezig, maar niet in de eerste plaats vanuit het perspectief van het publiek domein, eerder in het perspectief van de commerciële uitbating.

Een meer gericht en interdepartementaal beleid strekkende tot de voorbereiding van beleidsstandpunten en de beïnvloeding van de meningsvorming op internationale fora zal zeker een positieve bijdrage kunnen leveren om een antwoord te vinden op de trends die wij hier hebben besproken.

4.3 CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN EN INTELLECTUELE EIGENDOM

Het recht van intellectuele eigendom en het publiek domein staan tot elkaar in een dubbelzinnige verhouding. Een belangrijke doelstelling van het wettelijke stelsel van intellectuele eigendom is de verspreiding van kennis en de bevordering van innovatie. Door het toekennen van tijdelijke exclusieve rechten worden auteurs en uitvinders gestimuleerd hun werken en uitvindingen aan de openbaarheid prijs te geven; de omvang van het publiek domein in ruime zin neemt hierdoor onmiskenbaar toe.

Tegelijkertijd beperkt het recht van intellectuele eigendom het publiek domein in enge zin per definitie. Het recht vindt zijn limiet in het algemene belang van de informatievrijheid en de vrije mededinging. Het is aan de wetgever het juiste evenwicht te vinden tussen bescherming en beperking van de intellectuele eigendom. Deze ‘delicate balans’ is in de afgelopen jaren, mede onder invloed van de oprukkende informatietechnologie, onder druk komen te staan.

Intussen heeft de wetgeving op het terrein van de intellectuele eigendom zich in de afgelopen jaren gaandeweg aan de autonomie van de nationale wetgever onttrokken. Het auteursrecht is door een reeks van harmonisatierichtlijnen in belangrijke mate gemeenschapsrecht geworden. Tevens is de nationale wetgever steeds meer gebonden aan internationale verdragsverplichtingen, zoals de Overeenkomst inzake handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS-Verdrag) en de World Intellectual Property Organization verdragen (WIPO-verdragen) van 1996. Het nieuwe databankenrecht, dat mogelijk vergaande implicaties heeft voor de wetenschappelijke informatievoorziening, danken wij zelfs geheel aan een Europese richtlijn.

De invloed van het communautaire recht op het octrooirecht is daarentegen tot op heden beperkt gebleven, maar ook op dit terrein dienen de ‘Brusselse’ initiatieven zich aan; het gemeenschapsoctrooi is (eindelijk) aanstaande. Tevens worden op korte termijn Commissiestandpunten verwacht over de octrooiëring van computerprogrammatuur en ‘business methods’. Vooral tegen laatstgenoemde, controversiële uitbreiding van het octrooierechtelijke domein dient krachtig stelling te worden genomen. Intussen wordt de octrooiopraktijk in Nederland gedomineerd door het Europese octrooi, dat zijn grondslag vindt in het Europees Octrooi-verdrag. Nationale octrooien spelen in Nederland nauwelijks nog een rol.

Met dat al is duidelijk dat de vrijheid van de nationale wetgever in te grijpen in het recht van intellectuele eigendom teneinde het publiek domein te sauveren, beperkt is. Dat neemt niet weg dat, zoals wij in paragraaf 4.2.3 al constateerden,

er voor de Nederlandse regering – bij voorkeur in samenspraak met andere lidstaten – een belangrijke rol blijft weggelegd bij de totstandkoming en aanpassing van communautaire regelgeving en internationale verdragen. Nederlandse delegaties dienen bij de onderhandelingen in raadswerkgroepen en andere fora het belang van een robuust publiek domein voor ogen houden. Tegelijkertijd dienen verantwoordelijke bewindslieden over de rechtsvorming op Europees niveau aan het parlement verantwoording af te leggen. Transparantie van het communautaire wetgevingsproces is daarvoor natuurlijk een voorwaarde.

Op de Europese en internationale agenda staan de komende jaren diverse initiatieven die met het oog op het publiek domein bijzondere aandacht verdienen. In de loop van dit jaar zal de Europese Commissie de Databankrichtlijn evalueren; het evaluatierapport vormt een goede aanleiding bepaalde aspecten van de richtlijn, onder meer de daarin neergelegde wetenschapsbeperking, nader te bezien. Op iets langere termijn (ultimo 2005) dient de Auteursrechtlijn, die in 2001 werd aangenomen, eveneens te worden geëvalueerd. Ook die exercitie kan worden aangegrepen om op communautair niveau aandacht te vragen voor het publiek domein. Binnen het kader van de Raad van Europa, het Europese orgaan dat zich bij uitstek voor de informatievrijheid pleegt sterk te maken, dient de discussie over het publiek domein eveneens te worden gestimuleerd.

De bescherming van databanken staat ook al enkele jaren op de internationale agenda (in het kader van WIPO). Mochten de Verenigde Staten in de komende jaren tot wetgeving op dit terrein overgaan, dan zal een internationaal verdrag niet lang meer op zich laten wachten. Een ander onderwerp dat vooral in internationaal verband (WIPO) aandacht verdient is de bescherming van folklore en inheemse kennis. Het gaat hier om – op zichzelf begrijpelijke – verlangens van ontwikkelingslanden om eigen cultureel en biologisch erfgoed veilig te stellen. Bescherming van dergelijke informatie, die van oudsher tot het publiek domein gerekend wordt, brengt echter grote risico's met zich mee.

Het voorgaande neemt niet weg dat de nationale wetgever op bepaalde terreinen (enige) autonomie heeft behouden. De Auteursrechtlijn laat de lidstaten vrij te kiezen uit ruim 20 categorieën van wettelijke beperkingen, met inachtneming van de – aan het TRIPS-Verdrag ontleende – 'driestappentoets'. Het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn, dat thans voor advies bij de Raad van State voorlegt, strekt ertoe diverse beperkingen aan het Europese kader aan te passen en enkele nieuwe te introduceren, met name op het terrein van het bibliotheekwezen. Bijzondere aandacht verdient de invoering van een specifieke wetenschapsexceptie, waartoe de Commissie Auteursrecht in haar rapport aan de Minister van Justitie (mei 2001) heeft geadviseerd.

De richtlijn laat lidstaten tevens de ruimte maatregelen te nemen ter voorkoming van 'digital lock-up', de door sommigen gevreesde situatie dat informatie door toepassing van technische voorzieningen blijvend aan het publiek domein onttrokken wordt. In het wetsvoorstel worden terzake (behoudens een delegatieregeling)

geen concrete maatregelen voorgesteld. Wel wordt de Minister van Justitie met een toezichthoudende rol ('monitoring') belast; mocht het publieke domein daadwerkelijk bedreigd worden, dan kan de minister maatregelen afkondigen. Te denken valt aan een verplichting onbeveiligde informatieproducten te deponeren bij de Koninklijke Bibliotheek of een 'trusted third party', zodat bonafide gebruikers hun wettelijke kopieervrijheden kunnen effectueren.

Op het terrein van het octrooirecht heeft de Nederlandse wetgever tot op heden de vrijheid behouden het nationale recht naar eigen goeddunken, zij het met inachtneming van internationale verdragsverplichtingen, in te richten. In dit verband verdient met name de reikwijdte van de onderzoeksexceptie aandacht.

De toenemende harmonisatie en unificatie van het recht van intellectuele eigendom op Europees en internationaal niveau laat onverlet dat de Nederlandse wetgever buiten het terrein van de intellectuele eigendom allerlei initiatieven kan ontplooiën tot behoud van het publiek domein. Met name het consumentenrecht en het contractenrecht bieden op dit punt mogelijkheden. Te denken ware aan de verankering in het WB van niet voor afstand vatbare gebruiksrechten (zoals door de Commissie Auteursrecht in haar rapport van juli 2001 gesuggereerd) en aan regels die de doorwerking in contractuele verhoudingen van de wettelijke beperkingen garanderen.

Tot slot valt te valt wijzen op een ruim instrumentarium van niet-wettelijke maatregelen in de sfeer van de intellectuele eigendom, zoals:

- standaardregelingen (bijv. inzake opdrachtonderzoek, wetenschappelijke uitgeefovereenkomst, enz.);
- universitaire collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's) (bijv. verbod op opdracht publicatierechten);
- modelsubsidievoorwaarden;
- modelcontracten opdrachtonderzoek;
- modeluitgeefcontracten;
- gedragscodes.

4.4 CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN EN OVERHEID

Het al enkele malen genoemde voorstel om een openbaarheidsrecht in de Grondwet op te nemen, doet niet af aan de noodzaak tot een zekere harmonisering van de bestaande openbaarheidswetgeving en zonodig van een openbaarheidsregime voor tot dusver nog niet uitdrukkelijk geregelde vormen van overheidsinformatie. Deze harmoniseringoperatie zou uiteraard gericht moeten zijn op behoud van het publieke domein aan overheidsinformatie. Op grond van het bovenstaande is al gebleken dat er allereerst enkele eenvoudige maatregelen bestaan in de meer praktische sfeer. Wij noemen:

- catalogisering en openbaarmaking van beschikbare informatiebronnen en harmonisering van tarieven;
- definiëring van het onderscheid tussen informatie die niet aan marktactiviteiten

- kan worden onderworpen en informatie waarbij dat wel het geval kan zijn;
- ontwikkeling van gemakkelijke elektronische toegangs- en betaalsystemen.

Kernproblemen liggen bij de ook in het Grondwetsvoorstel opgenomen regel dat de overheid zorg dient te dragen voor de toegankelijkheid van overheidsinformatie. Die zorgplicht zal er ingevolge het harmoniseringvoorstel van de Europese Commissie niet toe mogen leiden dat de oorspronkelijke informatie voor de markt niet meer toegankelijk is. Op dat punt zijn bijvoorbeeld vraagtekens te zetten bij de toegankelijkheidsregeling in de kadasterwetgeving en moet zorg worden uitgesproken bij de verschuiving in de Archiefwetgeving van behoud naar toegankelijkheid. Die verschuiving valt overigens ook waar te nemen bij aan archieven verwante instellingen. Het bewerken van informatie door de overheid of door een aan de overheid gelieerde instelling teneinde deze toegankelijk te maken, doet de bewerkte informatie al gauw in de categorie van beschermde informatie vallen, die ook door de markt kan worden geleverd met alle gevolgen van dien voor een verplicht marktconforme tariefstelling dan wel exclusieve leveranties. Van universiteiten wordt een nauwkeurig onderscheid gevergd tussen wetenschappelijk onderzoek en commercieel onderzoek. De soepele behandeling die deze en soortgelijke onderzoeksinstellingen krijgen in het voorstel Markt en Overheid verplicht hen uiteraard tot maximale openbaarheid van onderzoeksresultaten op het terrein van de ontwikkeling en het overbrengen van nieuwe kennis. Anderzijds kan het verrichten van commercieel onderzoek de instellingen doen belanden bij de categorie afnemers die een marktconforme prijs zouden moeten betalen voor overheidsinformatie die niet behoort tot basis- of tot bestuursinformatie. Commercialisering van onderzoek betekent immers dat de desbetreffende instelling niet alleen maar als verkoper maar ook als koper op de markt verschijnt. Optreden als gewone koper op de markt biedt geen privileges. Zo kunnen bijvoorbeeld de auteursrechtelijke beperkingen ten behoeve van echt wetenschappelijk onderzoek en onderwijs uiteraard niet opgaan voor onderzoeksinstellingen die zich als verkoper (en dus ook als koper) op de markt bewegen.

De verstrekking van informatie tussen bestuursorganen van de overheid is intussen een betrekkelijk vrij gebied. Wij constateerden dat daar kostenverrekening kan plaatsvinden die erop gericht is informatieverstrekking efficiënt te laten plaatsvinden.

Het zal ten slotte wel duidelijk zijn dat een grondwetsartikel zoals voorgesteld door de Commissie-Franken het probleem niet oplost. Damen heeft al terecht verdedigd dat openbaarheid ook zonder een afzonderlijk grondwetsartikel kan worden verbeterd (Damen 2000). En inderdaad: nu wij immers geen toetsing van wetten aan de Grondwet kennen, is zonder een internationaal verdragsrechtelijk geregeld toegangsrecht, een grondwettelijk toegangsrecht in de praktijk niet meer dan een loze kreet. Wellicht verdient het dan ook aanbeveling om te komen tot een regeling die enerzijds waarborgt dat wetenschappelijke instellingen zelf voldoende openbaarheid betrachten en anderzijds voor die instellingen de nodige toegankelijkheid garandeert. Een dergelijke regeling zou voor de wetenschappe-

lijke instellingen zelf niet een gedetailleerde wettelijke regeling behoeven te zijn. Anderzijds zou voor het domein waartoe wetenschappelijke instellingen toegang zouden moeten hebben – en dat niet precies tevoren gedefinieerd kan worden anders dan dat het gaat om informatie die bij de overheid berust –, een stelsel van wettelijke regels kunnen worden geformuleerd dat aansluiting kan vinden bij een model als hierboven kort beschreven in de Wet op het Koninklijk Meteorologisch Instituut (KNMI) of in soortgelijke modellen.

NOTEN

- ¹ Het Instituut voor Informatierecht publiceert over dat onderwerp binnenkort een afzonderlijke studie die een onderdeel vormt van het binnenkort helaas niet meer gefinancierde tweede geldstroom project: Informatietechnologie en Recht (ITeR).
- ² Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid), TK 2001-2002, 28 050, nrs. 1-2.
- ³ Dat geldt ook voor kwekersrechten, maar die worden hier om redenen van beperking van het onderwerp van analyse buiten beschouwing gelaten.
- ⁴ Het auteursrecht omvat daarnaast een moreelrechtelijk recht van eerste openbaarmaking, dat als een bijzonder privacyrecht kan worden opgevat.
- ⁵ Later in dit hoofdstuk wordt geconstateerd dat het auteursrecht en in het kielzog daarvan het nieuwe databankenrecht onder invloed van de digitalisering de neiging vertonen zich ook tot enkele consumptiehandelingen uit te strekken. Ongeautoriseerde toegang met digitale middelen gaat immers onvermijdelijk met reproductie (een aan de rechthebbende voorbehouden handeling) gepaard.
- ⁶ Omgekeerd kan aan disproportionele uitoefening van rechten van intellectuele eigendom – onder bijzondere omstandigheden – paal en perk worden gesteld door het mededingingsrecht. Zo is naar het oordeel van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, die met het toezicht op naleving van de Mededingingswet belast is, de weigering van de publieke omroep de omroepprogrammegevens aan commerciële uitgevers te licentiëren aan te merken als misbruik van machtspositie.
- ⁷ Verordening van de Raad betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen, van 18 juni 1992, *Pb. EG* 2 juli 1992 L 182/1.
- ⁸ Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb. Nr. L92/9* van 24 november 1993.
- ⁹ <http://www.ivir.nl/auteursrecht/richtlijn/conceptwetsvoorstel.pdf>
- ¹⁰ Richtlijn 96/9/EEG van de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken.
- ¹¹ van de zijde van de bibliotheken is bij de totstandkoming van de Databankenwet aangedrongen op de invoering van een specifieke wettelijke beperking terzake. Aan deze wens is door de wetgever, mede onder verwijzing naar de beperkte mogelijkheden die de Richtlijn daartoe biedt, echter geen gevolg gegeven.
- ¹² Wet van 1 november 2001, houdende regeling van de taken voor de meteorologie en andere geofysische terreinen (Wet op het Koninklijk Meteorologisch Instituut), S. 2001, 562.
- ¹³ Richtlijn van de Raad van 7 juni 1990 inzake de vrije toegang tot milieu-informatie (90/313/EEG).
- ¹⁴ Verordening (EG) nr. 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot de documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *PbEG* L 145 van 31 mei 2001.

- ¹⁵ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie (COM(2000)402 C5-0352/2000 2000/0169(COD)).
- ¹⁶ Zie o.m. TK 1997-1998, 26 500 XI, nr. 59: 6-7.
- ¹⁷ TK 2001-2002, 28 050, nr. 3: 2-4.
- ¹⁸ TK 2001-2002, 28 050, nr. 3: 23.
- ¹⁹ TK 2002-2002, 28 050, nr. 3: 5.

LITERATUUR

- Beers, A.A.L. (1996) *Informatica publica. Publieke toegankelijkheid van elektronische overheidsinformatie*, Rathenau Instituut, Studie 34, Den Haag.
- Benkler, Yochai (2001) 'A Political Economy of the Public Domain', blz. 267-292 in Rochelle Dreyfuss, Diane Zimmerman & Harry First (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford: Oxford University Press.
- Benner, Jeffrey 'Public money, private code', www.salon.com/tech/feature/2002/01/04/university_open_source: 1-4
- 'Commercialisering van overheidsinformatie', bijzonder nummer *i&i, Informatie en Informatiebeleid* 1993-3: 13-40.
- Commissie Auteursrecht (2001) *Advies over de uitvoering van de EG-richtlijn Auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij*, Den Haag, http://www.minjus.nl/a_beleid/auteurswet/adviescie/advies.doc
- Commissie Franken (2000) *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag.
- Daalder, E.J. (2001) 'Net op de valreep: de Europese Unie stelt de Eurowob vast', *NJB* 2001-30: 1419-1425.
- Damen, L.J.A. (2000) 'Openbaarheid van bestuur in discussie', *NJB* 2000-37: 1813-1825.
- Does, J.A.E. van der en G. Snijders (2001) *Overheidsprivaatrecht*, Deventer: Kluwer.
- Eechoud, Mireille van, en Jan Kabel, *Prijsbepaling voor elektronische overheidsinformatie*, Iter-reeks 14, Deventer: Kluwer.
- Elferink, M.H. (1998) *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke status van normalisatienormen*, Leiden/Deventer: Kluwer/E.M.Meijers Instituut.
- Ginsburg, J. (2001) 'From having copies to experiencing works. The development of an access right in U.S. copyright law', *Journal of the Copyright Society* 2001: 1-17
- Guibault, L. (2002) *Copyright contracts and exemptions*, dissertatie Universiteit van Amsterdam.
- Grosheide, F.W. (2000) 'Toegang tot informatie', blz. 211-265 in F.W.Grosheide (red.), *hoofdstukken Communicatie- en mediarecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Haeck, J.F. (1998) *Idee en programmaformule in het auteursrecht*, diss. Amsterdam UvA, Deventer: Kluwer.
- Hess, Charlotte en Elinor Ostrom (2001) 'Artifacts, Facilities, And Content: Information as a Common-pool Resource', blz. 44-83 in *Discussion Papers van de Conference on the Public Domain*, 9-11 november 2001, Duke University School of Law, <http://www.law.duke.edu/pd>
- Heide, Th. (2001) 'Copyright in the EU and US: What "access-right"?', *Journal of the Copyright Society* 2001: 363.
- Hugenholtz, P.B., J.J.C. Kabel en G.A.I. Schuijt (red) (1998) *Universiteit en auteursrecht. Wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever.
- Hugenholtz, P.B. en J.J.C. Kabel (1995) *Bescherming en verstrekking van geoinformatie*, Amersfoort: Ravi/IviR.
- Infodrome (2001) *Infodrome*, Amsterdam: Otto Cramwinckel.

- Jurgens, E.C.M. (1995) 'Biedt onze staatsrechtbeoefening een grondslag voor het bepalen van het publieke domein bij de informatievoorziening?', blz. 59-79 in *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Publicaties van de Staatsrechtkring -11-, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Kabel, J.J.C. (1997) *Communicatie en commercie*, Deventer: Kluwer.
- Kabel, J.J.C. (1998) 'De ivoren toren en de kip met de gouden eieren', blz. 87-101 in P.B. Hugenholtz, J.J.C. Kabel en G.A.I. Schuijt (red) *Universiteit en auteursrecht. Wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever.
- Kabel, J.J.C., C.A. Alberdingk Thijm, P.B. Hugenholtz (2001) *Kennisinstellingen en informatiebeleid. Lusten en lasten van de publieke taak*, Instituut voor Informatierecht.
- Köhler, Helmut (2001) 'Wettbewerbsverstos durch rechtswidrigen Marktzutritt', *GRUR* 2001-9: 777-782.
- Krikke, J.I. (2000) 'Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving', ITER-reeks nr. 29, Deventer: Kluwer.
- Maurer, Stephen M., P. Bernt Hugenholtz & Harlan J. Onsrud (2001) 'Europe's database experiment', *Science*, Vol. 294, 26 October 2001: 789, www.ivir.nl/publications/hugenholtz/maurer.pdf.
- Mededeling van de Commissie aan de Raad inz. eEUROPE 2002, de Realisatie van een EU-Kader voor de exploitatie van overheidsinformatie, Brussel 23 oktober 2001, COM (2001) 607 definitief
- McSherry, Corynne (2001) *Who owns Academic Work, Battling for control of intellectual Property*, Cambridge, Mass. en Londen: Harvard University Press.
- Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (2000) *Archieven in de etalage*.
- Nieuwenhuis, A. J. (1995) 'De nieuwe Archiefwet', *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiek recht* 1995-10: 557-560
- Nieuwenhuis, Aernout J. (2001) *Tussen privacy en persoonslijksrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Noordam, C.G.M. (1998) 'Juridische vormgeving Digitale Duurzaamheid bij de overheid', *Computerrecht* 1998-4: 162-165.
- Prins, J.E.J. (2001) 'E-overheid: evolutie of revolutie?', *NJB* 2001-11: 515-520
- Reichman, J.H. en P. Samuelson (1997) 'Intellectual property rights in data?', *Vanderbilt Law Review* 51, 1997: 113
- Shapiro, Carl en Hal Varian, *Information rules, A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard: Harvard Business School Press.
- Terwangne, Cécile de, Herbert Burkert and Yves Pouillet (eds.) (1995) *Towards a Legal Framework for a Diffusion Policy for Data held by the Public Sector*, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- US National Committee of CODATA (1997) *Bits of Power: Issues in Global Access to Scientific Data*, Committee on Issues of Transborder Flow of Scientific Data, US National Committee of CODATA, National Research Council, Washington DC: National Academy Press.
- Vydt, Sabine, Kathleen Jansen en Ulrike Maris (2001) *Transparante overheidsinformatie als competitief voordeel voor Vlaanderen*, Interim rapport Literatuurstudie, Eerste Ontwerp, K.U. Leuven: Leuven.
- Vries, Marc de (2001) *Met elektronische overheidsinformatie het nieuwe millennium in*, Rathenau Instituut, Studie 42, Den Haag.

Werd, M.F.J.M. de (2001) 'De openbare uitspraak. Reconstructie van een verwaarloosd leerstuk',
NJB 2001-2: 67-74.

WRR (2000) *Het borgen van het publieke belang*, Rapporten aan de Regering nr. 56, Den Haag: Sdu uitgeverijen.