

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Instituut voor Informatierecht

Kennisinstellingen en informatiebeleid

Lusten en lasten van de publieke taak

Prof. mr. J.J.C. Kabel

Prof. mr. P.B. Hugenholtz

Mr. Chr. A. Alberdingk Thijm

Dr. D.J.B. Bosscher

Kennisinstellingen en informatiebeleid

Lusten en lasten van de publieke taak

Kennisinstellingen en informatiebeleid

Lusten en lasten van de publieke taak

Prof. mr. J.J.C. Kabel

Prof. mr. P.B. Hugenholtz

Mr. Chr. A. Alberdingk Thijm

Dr. D.J.B. Bosscher

Instituut voor Informatierecht

mei 2001

Voorwoord

Deze studie is door het Instituut voor Informatierecht verricht in opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (OCenW), Directie Onderzoek en Wetenschapsbeleid. De studie is opgesteld onder leiding van prof. mr. J.J.C. Kabel en prof. mr. P.B. Hugenholtz. De eerste drie hoofdstukken zijn van de hand van mr. Chr. A. Alberdingk Thijm. Het vierde hoofdstuk is op basis van een concept van mr. Alberdingk Thijm bewerkt door prof. Kabel. Hoofdstukken 5 en 6 werden geschreven door prof. Hugenholtz met medewerking van dr. D.J.B. Bosscher. Prof. Kabel en prof. Hugenholtz waren gezamenlijk verantwoordelijk voor de eindredactie en voor hoofdstuk 7. De studie vormt deels een weerslag van discussies en gesprekken met belanghebbenden en vertegenwoordigers uit de culturele en onderzoekssector. Zij geeft voorts een analyse van bestaand recht en voorgesteld beleid met betrekking tot het omgaan door publieke instellingen met overheidsinformatie en zij besluit met een kader voor het beleid met betrekking tot overheidsinformatie bij kennisinstellingen.

Jan Kabel, Amsterdam, januari 2001

Inhoudsopgave

1	Inleiding	11
1.1	Aanleiding	11
1.2	Definities	12
1.2.1	Kennisinstellingen	12
1.2.2	Toegang tot en gebruik van informatie	13
1.2.3	Informatie	13
1.2.4	Publieke taak	14
1.3	Tendensen	15
1.3.1	Het publiek privaat	15
1.3.2	Rol van de overheid ten aanzien van publieke taak	16
1.3.3	Gevolgen ICT-ontwikkelingen voor publieke taak	17
1.3.4	Ontwikkelingen op het gebied van de intellectuele eigendom	17
1.4	Waar gaat dit onderzoek niet over?	17
2	Het informatiebeleid van kennisinstellingen – een praktijkonderzoek	19
2.1	Inleiding	19
2.2	Kennisinstellingen	19
2.3	De publieke taak van kennisinstellingen	20
2.4	Informatie	21
2.5	Het informatiebeleid van kennisinstellingen	22
2.5.1	Inleiding	22
2.5.2	Beleid t.a.v. toegang tot en gebruik van informatie	22
2.6	De acht dilemma's	24
2.6.1	Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar afnemer bij het verlenen van toegang tot informatie?	25
2.6.2	Hoe moet de prijs voor de informatie worden bepaald?	25
2.6.3	Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar gelang het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt?	25
2.6.4	Mag een kennisinstelling (beperkte) geheimhouding overeenkomen indien zij informatie in opdracht van een derde produceert of vormgeeft?	25
2.6.5	Mag een kennisinstelling informatie bewerken om deze interessant voor (commerciële) afnemers te maken?	26
2.6.6	Wat is de verhouding tussen de Auteurs- en Databankenwet en openbaarheidsregels, zoals geformuleerd in de Wob en de Archiefwet 1995?	26
2.6.7	Wie is rechthebbende op door werknemers geproduceerde of vormgegeven informatie?	26
2.6.8	In hoeverre kunnen kennisinstellingen gebruik maken of beschikken over informatie of documenten die voorwerp zijn van intellectuele eigendomsrechten van derden?	26

3	Toegang tot en gebruik van overheidsinformatie door kennisinstellingen: positief recht	29
3.1	Inleiding	29
3.2	Publieke taak: sectorspecifieke wetgeving	29
3.2.1	WHW	30
3.2.2	Archiefwet 1995	31
3.2.3	Wet verzelfstandiging rijksmuseumseale diensten	32
3.3	Wet openbaarheid van bestuur	32
3.4	Intellectuele eigendomsrechten	34
3.4.1	Inleiding	34
3.4.2	Het auteursrecht	35
3.4.3	Databankenrecht	38
3.4.4	Octrooirecht	39
3.5	Mededingingsrecht	40
3.5.1	Artikel 24 Mw: misbruik van economische machtspositie	41
3.5.2	Artikel 25 Mw	43
3.5.3	Mededingingswet dekt niet alle gedragingen	44
3.6	Ongeoorloofde mededinging door de overheid	45
4	Toegang tot en gebruik van overheidsinformatie: overheidsbeleid	47
4.1	Inleiding	47
4.1.1	Beleidsdocumenten t.a.v. gebruik van overheidsinformatie	48
4.1.2	Beleidsdocumenten t.a.v. toegang tot overheidsinformatie	49
4.2	Publieke sector, overheidsinformatie	51
4.2.1	Publieke sector	51
4.2.2	Overheidsinformatie	52
4.3	Bestaand beleid en de informatie bij kennisinstellingen: aanpak	54
4.4	Actieve en passieve openbaarheid	55
4.5	Gebruiksrestricties	56
4.6	Prijs	57
4.7	Marktactiviteiten van publiek gefinancierde instellingen	58
4.8	Marktrijp maken van kennis	60
4.9	Uitoefening van rechten van intellectuele eigendom	62
4.10	Weigeringsgronden	63
4.11	Voorlopige conclusies	64
5	Allocatie van rechten op wetenschappelijke kennis	67
5.1	Inleiding	67
5.2	Werkgeversauteursrecht en onderzoekers	69
5.3	Werkgeversoctrooirecht en onderzoekers	72
6	Kennisinstellingen en de ontwikkeling van kennis: de wettelijke beperkingen van de intellectuele eigendom	77
6.1	Introductie	77
6.2	Auteursrecht	77
6.2.1	Bibliotheekprivilege	78
6.2.2	Wetenschappelijk gebruik	81
6.2.3	Musea	81
6.3	Databankenrecht	82
6.4	Octrooirecht	83
6.4.1	Beperkingen specifiek voor het octrooirecht	83
6.4.2	Speciale beperkingen ten behoeve van kennisinstellingen	84
7	Samenvatting en conclusies	87
7.1	Inleiding	87

7.2	De dilemma's beantwoord	88
7.2.1	Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar afnemer bij het verlenen van toegang tot informatie?	88
7.2.2	Hoe moet de prijs voor de informatie worden bepaald?	88
7.2.3	Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar gelang het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt?	89
7.2.4	Mag een kennisinstelling (beperkte) geheimhouding overeenkomen indien zij informatie in opdracht van een derde produceert of vormgeeft?	90
7.2.5	Mag een kennisinstelling informatie bewerken om deze interessant voor (commerciële) afnemers te maken?	91
7.2.6	Wat is de verhouding tussen de Auteurs- en Databankenwet en openbaarheidsregels?	91
7.2.7	Wie is rechthebbende op door werknemers geproduceerde of vormgegeven informatie?	91
7.2.8	In hoeverre kunnen kennisinstellingen gebruik maken of beschikken over informatie of documenten die voorwerp zijn van intellectuele eigendomsrechten van derden?	92
7.3	Besluit	93
	Literatuurlijst	97
	Bijlage: Gesprekspartners	103
	Discussiebijeenkomst d.d. 27 maart 1999	103
	Praktijkonderzoek	103
	Bijlage: Vragenlijst	105

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Op 17 december 1999 heeft het Rijksmuseum een van 's werelds grootste websites gelanceerd. Via <www.rijksmuseum.nl> kan toegang worden verkregen tot zesduizend pagina's tekst en meer dan vierduizend illustraties. Eerder bracht het Rijksmuseum al een CD-Rom op de markt met 150 virtuele wandelingen. Vanuit de huiskamer kan de gebruiker door zalen van het museum dwalen, schilderijen bekijken en als deze interessant lijken door een muisklik meer informatie opvragen. Voor de CD-Rom moet betaald worden, maar de toegang tot de website is in beginsel gratis. Tegen betaling met de creditcard kan men op de website wel allerhande artikelen uit de museumwinkel bestellen. 'Uiteraard heeft het Rijksmuseum ook aan de commercie gedacht.', luidt het commentaar op de voorpagina van Het Parool.¹

Nu mag het Parool de commerciële handelsgeest van het Rijksmuseum vanzelfsprekend achten, vanuit juridisch oogpunt roept hij een aantal vragen op. Het Rijksmuseum wordt voor meer dan 60 % gesubsidieerd door het Ministerie van OCenW.² De informatie die door het museum wordt ontwikkeld en beheerd, is volgens de meest gangbare definitie dus overheidsinformatie.³ Moet deze informatie voor iedereen toegankelijk zijn? Mag een kennisinstelling deze informatie exploiteren? Hoe moet de prijs voor deze informatie worden berekend? Mag auteursrechtelijk beschermde informatie vrijelijk op een website geplaatst worden? Deze vragen zijn de resultante van twee (schijnbaar) strijdige belangen: de openbaarheid van overheidsinformatie en het gebruik daarvan. Deze belangentegenstelling staat in dit onderzoek centraal.

Het zijn niet alleen de musea die, mede tengevolge van de recente ontwikkelingen op het terrein van de informatietechnologie, met dergelijke vragen worden geconfronteerd. Ook onderzoeksinstellingen, archieven en bibliotheken kunnen dankzij de nieuwe technologie bij hen berustende informatie beter toegankelijk maken, en dus ook beter exploiteren. De databestanden van een ziekenhuis of een onderzoeksinstelling vormen bijvoorbeeld een schat aan informatie, zowel voor het ziekenhuis of de onderzoeksinstelling als voor het publiek.

Dit onderzoek handelt over 'kennisinstellingen'. Wat hieronder verstaan moet worden wordt verduidelijkt in paragraaf 1.2.1. Kort samengevat gaat het om instellingen die zich uit hoofde van hun publieke taak specifiek op het verzamelen, ontwikkelen en beheren van kennis richten, en in overwegende mate uit publieke middelen worden gefinancierd.

Het spanningsveld tussen de publieke taak van de kennisinstellingen en de commercialisering van kennis wordt in dit onderzoek vanuit verschillende gezichtshoeken

¹ *Het Parool* 17 december 1999.

² *Jaarverslag Rijksmuseum* 1998, p. 107.

³ Zie paragraaf 4.2.2.

belicht. Centraal in deze studie staat de vraag welke belemmeringen het recht opwerpt bij het gebruik door de kennisinstellingen van door hen verworven kennis en informatie. Deze vraag wordt in Hoofdstuk 3, aan de hand van een analyse van het relevante positieve recht (openbaarheidswetgeving, auteursrecht, databankenrecht, octrooirecht, mededingingsrecht), voorzover mogelijk van een antwoord voorzien. Aangezien het recht direct samenhangt met het overheidsbeleid terzake, dat op het punt van de commercialisering van overheidsinformatie nog in belangrijke mate *in statu nascendi* verkeert, wordt ook aan dit beleid uitvoerig aandacht besteed, en wel in Hoofdstuk 4. Zoals zal blijken, wordt de handelingsvrijheid van de kennisinstellingen in belangrijke mate bepaald door hun publieke taak.

Uitgangspunt van dit deel van het onderzoek is geweest een aantal concrete vragen die in de praktijk bij de kennisinstellingen bleken te leven met betrekking tot toegang tot en gebruik van overheidsinformatie. Teneinde de in de praktijk levende vragen te inventariseren, is in maart 1999 door het IViR in samenwerking met de opdrachtgever een workshop georganiseerd waarvoor representatieve kennisinstellingen uit de onderzoeks- en culturele sector waren uitgenodigd. Vervolgens is aan de hand van een vragenlijst (bijlage) gesproken met twaalf vertegenwoordigers van kennisinstellingen. Deze gesprekken hebben geresulteerd in het opstellen van een aantal ‘dilemma’s’. Het zijn deze dilemma’s uit de praktijk die in dit onderzoek aan de hand van het positieve recht en het daarmee verband houdende overheidsbeleid worden beantwoord.

In de loop van het onderzoek is gebleken dat de eigen aard van de kennisinstellingen zich moeilijk verdraagt met het aandragen van generieke, voor alle kennisinstellingen geldige oplossingen. Met name de wetenschappelijke kennisinstellingen, in het bijzonder de universiteiten, blijken te worstelen met eigensoortige problemen van kennisgebruik, die veelal rechtstreeks verband houden met de academische vrijheid die dicteert dat wetenschappelijke onderzoeksresultaten zo vrij mogelijk circuleren. De bijzondere positie van de wetenschappelijke kennisinstellingen manifesteert zich met name op het punt van de allocatie van rechten: wie is ‘eigenaar’ van binnen deze instellingen voortgebrachte kennis? Aan deze kwestie wordt Hoofdstuk 5 gewijd. Omdat verwerving van kennis een *sine qua non* is voor de verspreiding en het eventuele gebruik ervan, is een afzonderlijk Hoofdstuk 6 gewijd aan de belemmeringen die het positieve recht, in het bijzonder het recht van intellectuele eigendom, hierbij opwerpt. Ook hier blijkt de handelingsvrijheid van de kennisinstellingen in rechtstreeks verband te staan met hun publieke taak. Het rapport wordt afgesloten met een aantal conclusies en aanbevelingen (Hoofdstuk 7).

1.2 Definities

1.2.1 Kennisinstellingen

Dit onderzoek richt zich op ‘kennisinstellingen’. Hiermee wordt bedoeld op instellingen die zich uit hoofde van hun publieke taak specifiek op het verzamelen, ontwikkelen en beheren van kennis richten. Wat onder het begrip ‘publieke taak’ moet worden verstaan, komt hieronder (par. 1.2.4) aan de orde.

De kennisinstellingen die in dit onderzoek centraal staan worden overwegend uit publieke middelen gefinancierd. Wij schrijven ‘overwegend’, omdat tegenwoordig weinig kennisinstellingen nog volledig uit publieke middelen worden gefinancierd. De financiering kan geschieden door subsidies of eerste geldstroom financiering vanwege de Staat. Instellingen die hoofdzakelijk gesubsidieerd worden door lagere overheden, zoals

gemeenten, of door semi-overheidsorganisaties vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

Onze aandacht heeft zich in het bijzonder gericht op kennisinstellingen die onder de verantwoordelijkheid van het Ministerie van OCenW vallen. Daarbij ging onze voorkeur weer uit naar instellingen die specifiek tot het beleids- en toezichtterrein behoren van de opdrachtgever, de directie Onderzoek en Wetenschapsbeleid.

Waar wij in het vervolg van dit onderzoek de term ‘kennisinstelling’ gebruiken, worden de hierboven beschreven instellingen bedoeld. Kennisinstellingen treffen we met name aan op het terrein van wetenschappelijk onderzoek en beheer van cultureel erfgoed. Voorbeelden van kennisinstellingen zijn de Nederlandse organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO), de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen (KNAW), de universiteiten, de Koninklijke Bibliotheek (KB), Rijksmuseale instellingen en de Rijksarchieven.

De hierboven geformuleerde uitgangspunten resulteren in de volgende definitie van kennisinstellingen: overwegend van rijkswege gefinancierde instellingen die uit hoofde van een publieke taak informatie ontwikkelen, verzamelen en/of beheren.

1.2.2 Toegang tot en gebruik van informatie

In dit onderzoek wordt gesproken over de toegang tot en gebruik van informatie. Het begrip toegang heeft in de eerste plaats te maken met de vraag of inzage kan worden verkregen. Voorbeeld: een geografisch wetenschapper wenst toegang tot een unieke topografische kaart van de Topografische Dienst. Toegang hoeft nog geen openbaarheid te impliceren, maar kan worden verleend aan een of meer personen of instanties. Wanneer toegang voor eenieder openstaat, is er sprake van openbaarheid.

Toegang impliceert vervolgens nog niet dat men met de toegankelijke informatie ook vrij is om te doen wat men wil. Toegang moet dus worden onderscheiden van gebruik van informatie. Dat gebruik kan al dan niet commercieel zijn; als het eerste het geval is, spreken wij in dit rapport dan doorgaans van exploitatie van informatie of van het commercialiseren van informatie. Gebruik kan plaatsvinden door de kennisinstelling zelf of door derden die als afnemers van de informatie optreden. In dit rapport ligt een accent op problemen rondom het commerciële gebruik door de kennisinstelling zelf.

1.2.3 Informatie

Het begrip informatie is een subjectief begrip: wat voor de één informatie is, hoeft dat voor een ander niet te zijn.⁴ Dat begrip moet dus in het kader van dit onderzoek worden geobjectiveerd. In dit onderzoek wordt een ruime definitie van informatie gehanteerd, zoals blijkt uit de definitie van het woordenboek Van Dale: alles wat van buitenaf als bericht, als overdracht van gegevens tot iemand komt. Dat betekent dat ook potentiële informatie, namelijk gegevens, tot het informatiebegrip worden gerekend. Informatie van kennisinstellingen bestaat dus niet alleen uit wetenschappelijke onderzoeksrapporten, octrooischriften of schilderijen, maar ook uit bijvoorbeeld de titelbeschrijvingen in een bibliografische databank.

⁴ Hugenholtz 1989, p. 4-11.

1.2.4 Publieke taak

Het Nederlandse recht kent geen definitie van het begrip ‘publieke taak’. Hoewel het begrip in de praktijk van het beleid,⁵ en soms ook door de wetgever, te pas en te onpas wordt gebruikt, is het geen rechtsbegrip waarvan de contouren vast staan. Dit betekent echter niet dat het formuleren van een publieke taak van een instelling onmogelijk of onbelangrijk zou zijn. Aan de hand van een specifieke publieke taak kan vastgesteld worden of het beleid van een instelling daarmee in overeenstemming is. Zoals verderop (Hoofdstuk 3) in dit onderzoek zal blijken speelt de publieke taak tevens een rol bij de toepassing en uitleg van relevante wetgeving op het terrein van openbaarheid, intellectuele eigendom en mededinging. Ook ten aanzien van de interpretatie én legitimatie van wettelijke beperkingen van de intellectuele eigendom, blijkt de publieke taak een maatgevend criterium te zijn; zie Hoofdstuk 6.

Gezien deze functie van de publieke taak wordt in dit onderzoek geen puur formele benadering van het begrip publieke taak gehanteerd.⁶ In dat geval zou de publieke taak alleen in de wet in formele zin te vinden zijn. Een dergelijke formele benadering is echter in strijd met de praktijk. Kennisinstellingen kijken niet louter naar de wet om te bepalen of, en zo ja, wat hun publieke taak is. Bovendien wordt de wet niet zelden door de praktijk ingehaald. Kennisinstellingen kunnen hun takenpakket uitbreiden of inkrimpen. Bij een puur formele benadering van het begrip ‘publieke taak’ zou de wetgeving dus iedere keer aangepast moeten worden aan de praktijk.

Ook private instellingen kunnen belast zijn met publieke taken.⁷ Een voorbeeld is de universele leveringsplicht die aan geprivatiseerde telecommunicatiebedrijven, vervoersbedrijven en nutsbedrijven bij wet, vergunning of ander publiekrechtelijk of privaatrechtelijk instrument wordt opgelegd. Een ander voorbeeld is de ‘publieke omroep’ die in Nederland van oudsher door private rechtspersonen pleegt te worden verzorgd.⁸ De Beleidslijn ‘Werken voor derden’ signaleert terecht dat er de laatste jaren in toenemende mate sprake is van bedrijven die zich op de publieke markt begeven.⁹

Een puur formele interpretatie van het begrip publieke taak zou tot gevolg hebben dat veel (geprivatiseerde) semi-overheidsinstellingen niet als ‘kennisinstelling’ in de zin van dit onderzoek beschouwd zouden worden.¹⁰ In dit onderzoek hanteren wij dan ook een ruimere, materiële benadering van ‘publieke taak’. Deze materiële benadering gaat er van uit dat instellingen die overheidstaken verrichten een publieke taak uitoefenen, ongeacht de rechtsvorm van de instelling in kwestie. Een eerste indicatie hiervoor kan zijn de wijze van financiering. Indien de middelen van de instelling hoofdzakelijk uit de rijkskas afkomstig zijn, is aannemelijk dat de instelling een publieke taak vervult. Blijkbaar voorzien deze instellingen in een publieke behoefte waarin de markt niet (volledig) kan

⁵ Zie bijvoorbeeld het rapport *Markt & Overheid* van de werkgroep Markt & Overheid o.l.v. J. Cohen. In het rapport wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van een publieke taak indien daar een specifieke wettelijke grondslag voor is. De belangrijkste aanbeveling van het rapport is dat instellingen die een publieke taak uitoefenen zich in beginsel daarnaast niet op de markt in concurrentie met private instellingen mogen begeven. Uit het rapport blijkt dat deze aanbeveling ook geldt voor geprivatiseerde overheidsinstellingen, zoals KPN. *Markt en Overheid* 1997.

⁶ Zie ook Beers 1987, p. 27.

⁷ Vgl. ook het op artikel 16b lid 6 Aw gebaseerde Reprobesluit. Hier wordt er eveneens vanuit gegaan dat hoofdzakelijk door de overheid gefinancierde (privaatrechtelijke) instellingen een publieke taak kunnen uitoefenen; deze ‘in het algemeen belang werkzame instellingen’ kunnen evenals de publiekrechtelijke instellingen met een publieke taak een beroep op het Reprobesluit doen.

⁸ Vgl. Schuijt 1993.

⁹ Beleidslijn werken voor organisaties binnen en buiten de rijksoverheid, 21 maart 1996, kenmerk B96/91m, alinea 9.3.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de brief d.d. 17 mei 1999 van de Staatssecretaris van OCenW aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer voor deze formele benadering. De Staatssecretaris schrijft dat de rijksmusea geen publieke taken uitoefenen, omdat er voor de rijksmusea geen specifieke wettelijke regeling bestaat. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 475, nr. 2, p. 2.

voorzien, zodat deze enkel met behulp van overheidssteun gerealiseerd kan worden. Daarnaast kunnen ook allerlei andere factoren (lagere regelgeving, statuten, subsidiebesluiten, beleidsnota's en zelfs feitelijke gedragingen) voor de aanwezigheid van een publieke taak indicatief zijn.¹¹

Het vorenstaande betekent echter geenszins dat alle instellingen die geheel of gedeeltelijk uit publieke middelen worden gefinancierd per definitie steeds publieke taken vervullen. Een scheepswerf die hoofdzakelijk door overheidssteun in leven wordt gehouden, vervult geen publieke taak. Hetzelfde geldt voor ondernemingen waarvan de aandelen weliswaar in handen van de Staat zijn, maar die overigens normaal op de markt opereren.

Evenmin is gezegd dat instellingen met een publieke taak, zoals de kennisinstellingen die in dit onderzoek centraal staan, per definitie handelen binnen het kader van die taak. De kernvraag van dit onderzoek is nu juist na te gaan in hoeverre het positieve recht, uitgaande van die publieke taak, aan de handelingsvrijheid van de kennisinstellingen beperkingen oplegt.

Als de publieke taak niet alleen in de wet in formele zin kan worden aangetroffen, is het uiteraard de vraag waar die dan nog meer uit af te leiden is. Dat is in de eerste plaats in lagere wetgeving, zoals AMvB's en KB's. Voor de publieke taken van bibliotheken en musea is bijvoorbeeld niet alleen de Wet op het specifiek cultuurbeleid (*Stb.* 1993, 204) van belang, maar ook het daarop gebaseerde Bekostigingsbesluit cultuuruitingen (*Stb.* 1994, 473). Een publieke taak kan echter ook blijken uit een overeenkomst, bijvoorbeeld de Beheersovereenkomst over het beheer van de Rijkscollectie tussen de Staat en het Rijksmuseum. Ook kunnen de statuten van de instelling of interne beleidsstukken aangeven wat de publieke taak is. Ten slotte kan ook uit de feitelijke situatie blijken dat de instelling een publieke taak vervult.

Instellingen met een publieke taak in de zin van dit onderzoek zijn vaak producenten van wat in de economie ook wel als *public* of *merit goods* wordt aangeduid. Een *public good* wordt in een vrije markteconomie niet aangeboden omdat er geen mogelijkheid bestaat voor betaling voor het product of de dienst. Een bekend voorbeeld van een *public good* is straatverlichting. Een *merit good* wordt wel door de markt aangeboden, maar niet in voldoende mate of kwaliteit. Marktpartijen houden immers alleen rekening met de eigen kosten en opbrengsten, niet met het maatschappelijk nut van het aanbieden van het product of de dienst. Een voorbeeld van een *merit good* is wetenschappelijk onderzoek.

1.3 Tendensen

1.3.1 Het publiek privaat¹²

Hierboven werd al duidelijk dat ook private instellingen in het kader van dit onderzoek een publieke taak kunnen uitoefenen. Dit is mede van belang gezien de tendens van de centrale overheid publieke instellingen te verzelfstandigen. Deze verzelfstandiging kan op twee manieren geschieden, zowel intern als extern. Bij interne verzelfstandiging wordt een publieke instelling omgezet in een zelfstandig bestuursorgaan of een agentschap. Recente voorbeelden hiervan zijn de Koninklijke Bibliotheek, de Rijksarchiefdienst en de openbare universiteiten. Externe verzelfstandiging komt neer op volledige privatisering.

¹¹ Zie over de publieke taak van de bibliotheken Krikke 2000, p. 21 e.v.

¹² Kabel 1993, p. 13-14.

Privatisering van een publieke instelling heeft tot gevolg dat deze wordt omgezet in een privaatrechtelijke rechtspersoon, meestal een naamloze vennootschap of in een stichting. Het ligt voor de hand om instellingen met een ideële doelstelling zonder winstoogmerk om te zetten in stichtingen. Kennisinstellingen zullen dus doorgaans tot een stichting worden geprivatiseerd. De wet verzelfstandiging rijksmuseumse diensten van 24 juni 1993 heeft bijvoorbeeld de privatisering van de rijksmusea tot gevolg gehad.

Het gevolg van privatisering is wel dat informatie die voorheen als overheidsinformatie is aangemerkt, plots in het private domein valt. Dat betekent ook, zoals in paragraaf 3.3 zal worden aangetoond, dat de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) in beginsel niet meer op de instellingen van toepassing is.¹³ In het bestek van dit onderzoek is het voldoende deze tendens te signaleren. Zij behoeft geen uitvoerige behandeling gelet op de hier verdedigde opvatting over de publieke taak (zie ook paragraaf 1.4). Wel willen wij op deze plaats opmerken dat deze kwestie in het geval van privatisering van overheidsinstellingen beter geregeld kan worden.

De ervaring leert dat verzelfstandiging er gemakkelijk toe leidt dat kennisinstellingen naast hun publieke taak ook commerciële activiteiten gaan ontwikkelen. Dat wordt ook vaak van overheidswege gestimuleerd: de instelling wordt verplicht deels in haar eigen inkomsten te voorzien. Het risico bestaat dan dat het uitoefenen van commerciële activiteiten ten koste gaat van het uitvoeren van de publieke taak.

1.3.2 Rol van de overheid ten aanzien van publieke taak

Ondanks verzelfstandiging, zelfs privatisering, van kennisinstellingen blijft er ministeriële verantwoordelijkheid voor het uitoefenen van de publieke taak van de instellingen.¹⁴ In het geval van privatisering is die verantwoordelijkheid in beginsel beperkt tot een aantal specifieke taken en bevoegdheden. Deze taken en bevoegdheden kunnen in diverse stukken worden vastgelegd, bijvoorbeeld in overeenkomsten, bekostigingsvoorwaarden en ministeriële regelingen. In het geval van interne verzelfstandiging blijft de desbetreffende minister volledig verantwoordelijk voor de kennisinstelling.

Om de ministeriële verantwoordelijkheid gestalte te kunnen geven, zal de minister toezicht moeten houden op de uitoefening van de publieke taak door kennisinstellingen.¹⁵ Voorzover de minister specifieke taken en bevoegdheden bezit, zal hij hier direct verantwoordelijk voor zijn. Indien kennisinstellingen zich niet in zekere mate zouden richten tot de aanwijzingen van de minister zou deze verantwoordelijkheid in de praktijk niet te realiseren zijn.

Daarbij hebben kennisinstellingen die subsidie ontvangen ook om een andere reden rekening te houden met het beleid van de minister. Op grond van bijvoorbeeld artikel 3 sub b van het Bekostigingsbesluit cultuuruitingen verstrekt de minister van OCenW enkel subsidies aan kennisinstellingen indien hij van mening is dat dit zijn beleid ondersteunt dat is neergelegd in de cultuurnota of in een sectornota. Dat betekent dat de minister ondanks de eventuele zelfstandigheid van de kennisinstelling een flinke vinger in de pap blijft hebben.

¹³ Maandag 1999, p. 18-20.

¹⁴ Vanuit de politiek en wetenschap vindt er momenteel een herwaardering plaats van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Zie o.a. Peper 1999 en Lange 1999, p. 809-812.

¹⁵ *Toezicht op de uitvoering publieke taken* 1998.

1.3.3 Gevolgen ICT-ontwikkelingen voor publieke taak

De technologische ontwikkelingen op het gebied van de nieuwe media, zoals databanken en het internet, hebben onmiskenbaar gevolgen voor de publieke taak van kennisinstellingen. Deze gevolgen komen in het bijzonder tot uiting op het gebied van dit onderzoek: toegang tot en gebruik van informatie. Via het internet kan een kennisinstelling haar informatie ter beschikking stellen van de hele wereld; het net neemt fysieke barrières uit de weg. Ook nemen de mogelijkheden om informatie te exploiteren toe. Door toepassing van informatietechnologie kunnen onbewerkte gegevens betrekkelijk gemakkelijk bewerkt worden tot waardevolle informatie. Informatie is in de 'nieuwe economie' goud waard. De verleiding voor kennisinstellingen om dat goud te verzilveren, is groot. Dat kan echter weer consequenties hebben voor de vervulling van de publieke taak. Het commercieel exploiteren van informatie valt immers moeilijk te rijmen met de openbare toegankelijkheid daarvan. Tevens kunnen kennisinstellingen in de verleiding komen minder profijtelijke activiteiten die tot de publieke taak behoren te verwaarlozen of af te stoten ten faveure van beter renderende nevenactiviteiten.

1.3.4 Ontwikkelingen op het gebied van de intellectuele eigendom

In paragraaf 3.4 wordt het recht van intellectuele eigendom beschreven. Heel in het kort beschermt dit rechtsgebied bewerkte informatie. Voorlopig is het voldoende om te constateren dat er binnen dit rechtsgebied een tendens bestaat om deze informatie steeds meer te bescherming te verlenen en ook onbewerkte informatie te beschermen.¹⁶ Voor de kennisinstellingen die in dit onderzoek centraal staan, heeft deze ontwikkeling tweërlei gevolgen. Enerzijds vormt de proliferatie van de intellectuele eigendom een verdere stimulans aanwezige informatie commercieel uit te baten, eventueel met voorbijgaan van de publieke taak, met alle gevolgen van dien voor de toegankelijkheid van de informatie. Anderzijds vormt deze ontwikkeling een beletsel bij de kennisverwerving en het ontwikkelen van nieuwe informatie. Innovatie komt immers hoofdzakelijk tot stand dankzij de mogelijkheid gebruik te maken van informatie van anderen. In de woorden van Isaac Newton: 'If I have seen further it's by standing on the shoulders of others.' Al te ruime bescherming van informatie werkt inertie in de hand. Aangezien de rechtsgrond van het intellectuele eigendomsrecht mede het stimuleren van innovatie is, is dit een problematische ontwikkeling.

1.4 Waar gaat dit onderzoek niet over?

Centraal in deze studie staat de vraag welke belemmeringen het recht opwerpt bij gebruik door de kennisinstellingen van door hen verworven kennis en informatie. Meer in het bijzonder gaat het om de vraag of, en zo ja, hoe het positieve recht en het beleid (in wording) de door ons in het praktijkonderzoek aangetroffen vragen beantwoordt. Als gevolg van de gehanteerde methodiek zullen dus voornamelijk vragen vanuit de door ons waargenomen praktijk worden behandeld. Hierin ligt besloten dat wij volledigheid noch importantie kunnen garanderen. Dit is wat wij hebben waargenomen, niet meer en niet minder, en daarom wordt het behandeld.

In de omvang van dit onderzoek ligt direct een inperking besloten. De behandelde materie is wijdvertakt en omvangrijk. Veel onderwerpen verdienen nadere of aparte bestudering. Het was echter de wens van de opdrachtgever dit onderzoek zo breed mogelijk op te

¹⁶ Vgl. Spoor 1990; Verkade 1990, p. 11-15; Koopmans 1994, p. 110-111; Laddie 1996, p. 253.

zetten. Ook bleek uit het praktijkonderzoek dat de opgeworpen dilemma's zeer divers van aard zijn. Daardoor kan helaas niet altijd de diepte in worden gegaan.

Het informatiebeleid van kennisinstellingen raakt niet alleen veel juridische gebieden, maar ook economische, sociologische en politieke. Dit is echter een *juridisch* onderzoek, met als logische consequentie dat andere onderzoeksterreinen die buiten onze expertise liggen niet zullen worden behandeld. Bovendien is dit een onderzoek naar *Nederlandse* kennisinstellingen en *Nederlands* beleid. De Nederlandse situatie zal dus als uitgangspunt dienen. Hoewel niet voorkomen kan worden dat rekening wordt gehouden met Europese regelgeving of Europees beleid, is dit geen rechtsvergelijkende studie.

2 Het informatiebeleid van kennisinstellingen – een praktijkonderzoek

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk vormt de spil van het onderzoek. Het is de uitwerking van een door ons geïnitieerd praktijkonderzoek naar het informatiebeleid van de kennisinstellingen. Door middel van het praktijkonderzoek is geanalyseerd in hoeverre kennisinstellingen een informatiebeleid voeren, en of er vanuit de praktijk behoefte bestaat aan explicitering daarvan. Dit heeft geresulteerd in een achttal ‘dilemma’s’ – acht vragen van juridisch aard waarmee veel kennisinstellingen zich in de dagelijkse praktijk geconfronteerd zien.

Voor het antwoord op de vraag of kennisinstellingen een informatiebeleid voeren, is gekeken of, en zo ja, welke criteria kennisinstellingen hanteren met betrekking tot de toegang tot en gebruik van informatie. Hiervoor is tijdens diverse gelegenheden gesproken met vertegenwoordigers van deze instellingen. In maart 1999 is een eerste oriëntatie van het onderzoeksveld gemaakt tijdens een discussiebijeenkomst met deskundigen, belanghebbenden en vertegenwoordigers op het Instituut voor Informatierecht. Daarna zijn vertegenwoordigers van kennisinstellingen in zo’n twee uur durende diepte-interviews ondervraagd met behulp van een vragenlijst (bijlage). Naast de vragen zijn tijdens de gesprekken ook andere relevante zaken aan de orde gekomen. Een lijst met gesprekspartners is als bijlage aan dit rapport gehecht.

De vele ervaringen uit de praktijk geven mooi aan waar de informatieschoen kan wringen. Deze praktijkvoorbeelden zijn op diverse plaatsen in dit hoofdstuk opgenomen in kaders. Ook is voor dit hoofdstuk gebruik gemaakt van door de geënquêteerde instellingen verschaft schriftelijke stukken, zoals jaarverslagen, overeenkomsten met derden, statuten en beleidsplannen.

In de navolgende paragrafen zullen allereerst de rechtsvorm en de publieke taak van de kennisinstellingen worden besproken. Vervolgens zal het informatiebeleid en daarmee samenhangende dilemma’s van kennisinstellingen worden geanalyseerd.

2.2 Kennisinstellingen

In het eerste hoofdstuk zijn kennisinstellingen gedefinieerd als overwegend van rijkswege gefinancierde instellingen die uit hoofde van een publieke taak informatie ontwikkelen, verzamelen en/of beheren. Om een representatief beeld van het informatiebeleid van kennisinstellingen te verkrijgen, is een grote verscheidenheid aan instellingen voor het praktijkonderzoek geselecteerd. De volgende kennisinstellingen zijn bereid gevonden mee te werken aan het onderzoek: ADO/DLO van de Universiteit Wageningen, het Academisch

Ziekenhuis Rotterdam (AZR), het Instituut Collectie Nederland (ICN), de Koninklijke Bibliotheek (KB), het Letterkundig museum (LM), het Meertens Instituut (MI), het Nederlands Audiovisueel Archief (NAA), het Nederlands Instituut voor Wetenschappelijke Informatiediensten (NIWI), de Rijksarchiefdienst (RAD), het Rijksmuseum (Rm), de Technische Universiteit Delft (TUD) en de Universiteit van Amsterdam (UvA).

Deze instellingen zijn grofweg in twee categorieën onder te verdelen: instellingen die zich bezig houden met het beheer van cultureel erfgoed en instellingen die zich richten op wetenschappelijk onderzoek. Hieronder zal blijken dat deze twee categorieën deels geconfronteerd worden met verschillende dilemma's ten aanzien van het toegankelijk maken en gebruik van informatie.

Alhoewel alle genoemde instellingen overwegend door of vanwege de overheid worden gefinancierd, verschillen zij qua rechtsvorm. Zoals in hoofdstuk 1 is betoogd, kan dat consequenties hebben voor de ministeriële verantwoordelijkheid. In figuur 1 zijn de kennisinstellingen en hun rechtsvormen afgebeeld.

Figuur 1 - kennisinstellingen en hun rechtsvormen

De met een *) gemerkte instellingen zijn een onderdeel van de KNAW

	AZR	ICN	KB	LM	MI	NAA	NIWI	RAD	Rm	UvA
ZBO			X					X		X
Stichting				X		X			X	
Wetsduiding	X				X*		X*			
Agentschap		X								

2.3 De publieke taak van kennisinstellingen

De bij het praktijkonderzoek betrokken instellingen hanteren allemaal een materiële benadering van het begrip 'publieke taak'. Met andere woorden, gevraagd naar de publieke taak van de instelling verwijzen zij niet enkel naar een eventuele wet in formele zin. Alleen de RAD en het AZR verwijzen desgevraagd expliciet naar de relevante bepalingen uit respectievelijk de Archiefwet 1995 en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Ook deze instellingen baseren hun publieke taken echter tevens op interne beleidsplannen. Uit antwoorden op overige vragen blijkt eveneens dat zij hun publieke taken ruimer opvatten dan de formulering in de Archiefwet 1995 en de WHW. Voor een aantal kennisinstellingen, zoals het Rijksmuseum, geldt overigens dat er überhaupt geen wettelijke grondslag voor de vervulde (publieke) taak bestaat.

In het geval van de KB werd de omschrijving van zijn publieke taak in de WHW als dermate vaag ervaren dat uitgebreid met het Ministerie van OCenW is overlegd om tot een heldere formulering van de publieke taak te komen. Dit heeft geresulteerd in een specifieke 'taken en positie' notitie van de KB. In deze notitie geeft de KB aan dat hij zijn taken niet enkel op de WHW baseert, maar ook op de gegroeide praktijk.

In plaats van de ruime of vage formulering in de wet nader in te vullen, kiest een aantal door ons ondervraagde kennisinstellingen ervoor het daarbij te laten. Een ruime of vage formulering in de wet kan immers gemakkelijk in het voordeel van de kennisinstelling worden uitgelegd. In extremis zouden alle activiteiten van de instelling onder de publieke taak geschaard kunnen worden. Opvallend is dat alleen de NAA meent dat de instelling activiteiten verricht die niet of nauwelijks verbonden zijn met de publieke taak. Indien inkomsten uit een nevenactiviteit worden aangewend voor de publieke taak, wordt deze nevenactiviteit nogal eens als onderdeel van de publieke taak gezien.

De definiëring van de publieke taak verschilt uiteraard per instelling. Logischerwijze richten kennisinstellingen die cultureel erfgoed beheren zich overwegend op beheer en behoud, en concentreren instellingen voor wetenschappelijk onderzoek zich meer op onderzoek. Alle respondenten zien de overdracht van informatie aan de maatschappij als onderdeel van hun publieke taak. Een duidelijke tendens is dat kennisinstellingen zich steeds meer richten op de wensen en behoeften van het door hen bediende publiek.

Samengevat luiden de belangrijkste bevindingen als volgt:

- Kennisinstellingen hanteren een materiële benadering van het begrip ‘publieke taak’;
- Kennisinstellingen hanteren een ruime definitie van hun publieke taak;
- Kennisinstellingen zien de overdracht van informatie als onderdeel van hun publieke taak.

2.4 Informatie

De onderzochte kennisinstellingen bezitten een uiteenlopende hoeveelheid informatie. Bij het praktijkonderzoek hebben wij ons geconcentreerd op gefixeerde informatie, dat wil zeggen, informatie die op een materiële drager is vastgelegd. Expertise bij de individuele medewerkers van de instellingen die door mondelinge advisering toegankelijk wordt gemaakt, valt buiten het bestek van het onderzoek.

De door ons bij kennisinstellingen aangetroffen informatie kan in drie categorieën worden onderverdeeld:

Het Rijksarchief Flevoland beschikt over een digitaal fotoarchief met zo'n 54.000 foto's. Van ongeveer 10% van deze foto's is het onduidelijk bij wie de auteursrechten berusten. Als gevolg daarvan heeft het Rijksarchief besloten dat bezoekers van het Rijksarchief deze foto's niet mogen printen. Er bestaan plannen het digitaal fotoarchief volgend jaar via Internet toegankelijk te maken. De foto's waarvan

- Informatie verzameld uit hoofde van de publieke taak, bijvoorbeeld de collecties van musea, bibliotheken en archieven;
- Informatie geproduceerd met behulp van informatie die is verzameld uit hoofde van de publieke taak, bijvoorbeeld de nationale bibliografie ‘Brinkman’ van de KB of het digitale fotoarchief van het Rijksarchief Flevoland;
- Informatie die in de eerste plaats als intern beheersinstrument is geproduceerd, bijvoorbeeld catalogi.

Bij ieder van de drie categorieën informatie spelen bijzondere dilemma's ten aanzien van toegang en gebruik daarvan een rol. Bij de eerste categorie gaat het om klassieke dilemma's die niet direct veroorzaakt worden door ICT-ontwikkelingen. Voor toegang tot de brievencollectie van het Letterkundig museum is bijvoorbeeld voorafgaand toestemming nodig van de auteur en de geadresseerde. Deze toegangsrestrictie wordt door het museum onderbouwd met een beroep op de privacy van de auteur en de geadresseerde. Het Meertens Instituut weigert de toegang tot specifieke gegevens gereserveerd voor eigen onderzoek. De

vraag wat gerechtvaardigde weigeringsgronden voor toegang tot informatie zijn, komt in de navolgende hoofdstukken aan de orde.

Bij de tweede en derde categorie worden de problemen wel mede veroorzaakt door ICT-ontwikkelingen. Daardoor zijn allerlei nieuwe toepassingen mogelijk van bij kennisinstellingen berustende informatie mogelijk geworden. Een kennisinstelling die cultureel erfgoed beheert, kan bijvoorbeeld de titelcatalogus van de collectie via Internet toegankelijk maken. Een stap verder gaan de plannen van het Nederlands Audiovisueel Archief om muziek via Internet openbaar te maken.

2.5 Het informatiebeleid van kennisinstellingen

2.5.1 Inleiding

Het informatiebeleid van kennisinstellingen kan op verschillende manieren zijn vormgegeven. Idealiter is er sprake van een praktijkboek waarin alle mogelijke dilemma's ten aanzien van toegang tot en gebruik van informatie worden behandeld. Dat hebben wij bij geen van de ondervraagde kennisinstellingen aangetroffen. Over het algemeen geldt dat hoe meer interacties een kennisinstelling met de markt heeft, hoe beter het informatiebeleid is ontwikkeld. Dat ligt ook voor de hand: marktgedrag noopt al snel tot een consequent en efficiënt beleid. Aangezien wetenschappelijke onderzoeksinstituten in verhouding meer marktgericht opereren dan instellingen die cultureel erfgoed beheren, werd bij eerstgenoemde instellingen dan ook een redelijk tot goed vormgegeven informatiebeleid aangetroffen. Dat betekent overigens niet dat altijd de 'juiste' keuzes worden gemaakt, maar enkel dat er beleid aan de keuzes ten grondslag ligt.

Niettemin kan ons inziens al van een zeker informatiebeleid gesproken worden indien kennisinstellingen consequente keuzes maken ten aanzien van toegang tot en gebruik van informatie. In het praktijkonderzoek is aan de hand van een aantal vragen bekeken of er sprake is van een dergelijk informatiebeleid. Het gaat, verkort weergegeven, om de volgende vragen:

- Heeft uw organisatie beleid in de ruime zin van het woord geformuleerd ten aanzien van het verstrekken van informatie aan derden?
- Is het verstrekken van informatie ondergebracht in een aparte rechtspersoon?
- Kan iedereen in beginsel toegang tot de door uw organisatie verstrekte informatie krijgen?
- Stelt uw organisatie voorwaarden aan toegang tot de informatie?
- Maakt uw organisatie m.b.t. toegang onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële afnemers?
- Is voor afname van informatie een specifiek doel vereist?

2.5.2 Beleid t.a.v. toegang tot en gebruik van informatie

De mate waarin kennisinstellingen een beleid ten aanzien van de toegang tot en gebruik van informatie hebben ontwikkeld, varieert van instelling tot instelling. Zoals gezegd is bij de door ons onderzochte wetenschappelijke onderzoeksinstituten het informatiebeleid over het algemeen redelijk tot goed vormgegeven. Het zijn ook deze instellingen die hun informatie met name exploiteren, bijvoorbeeld in de vorm van octrooicenties. Bij het AZR wordt octrooiëring echter niet de prioriteit gegeven, waardoor eventuele uitvindingen de voor octrooiëring vereiste nieuwheid verliezen. Bij de TUD en de Landbouw Universiteit

Wageningen werd opgemerkt dat de coördinatie bij octrooiaanvragen nogal eens ontbreekt. Dat komt omdat interne kennis over octrooiering, bijvoorbeeld het schrijven van een octrooischrift, niet voorhanden is. Gesuggereerd werd daarvoor een speciale octrooimanager aan te stellen (dus naast een eventueel bureau kennistransfer), die eveneens over licenties kan onderhandelen. Instellingen die cultureel erfgoed beheren gaan er weliswaar vanuit dat in de toekomst de markt geïnteresseerd zal zijn in bepaalde toepassingen van de beheerde collecties, maar daar is vooralsnog niet echt sprake van. Vooral deze instellingen worden geconfronteerd met dilemma's met betrekking tot de toegang tot informatie.

Het MI beschouwt vakgenoten en andere wetenschappelijke onderzoekers als zijn primaire gebruikersgroep. Voor overige gebruikers, zoals journalisten, hanteert het MI specifieke criteria voor toegang: relevantie van het verzoek, bereikbaarheid van de informatie elders, met het verzoek gemoeide tijd, verwerven van materiaal in ruil voor toegang, en bijdrage aan de bekendheid van het MI.

Dit beeld wordt bevestigd door de antwoorden op de vraag of de kennisinstelling beleid heeft

ontwikkeld ten aanzien van het verstrekken van informatie. Enkel de UvA beantwoordt deze vraag volmondig met 'ja'. Bij de kennisinstellingen die cultureel erfgoed beheren, varieert het beleid van volstrekt ad hoc (bijvoorbeeld het Rijksmuseum) tot beknopte aanwijzingen vastgelegd in interne notities (het MI). Het NIWI en het ICN meldden dat momenteel een concreter informatiebeleid wordt geformuleerd.

Overigens blijkt dat veel instellingen toch bepaalde keuzes hebben gemaakt met betrekking tot het verstrekken van informatie. Zo verleent een aantal instellingen niet aan iedereen toegang tot de door hen beheerde informatie. Het ICN verschaft primair toegang aan instellingen die cultureel erfgoed beheren in openbare collecties, het KB hanteert een leeftijdsgrens van 17 jaar, het Letterkundig museum vereist toestemming van betrokkenen en het Meertens Instituut verleent slechts toegang voor wetenschappelijk onderzoek.

De redenen voor toegangsrestricties zijn velerlei. Genoemd werden respectievelijk de publieke taak van de instelling, beheersbaarheid van de instelling en de doelgroep van de instelling.

Een zestal instellingen maakt bij prijsstelling voor toegang tot de informatie onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële afnemers. Het betreft de volgende instellingen: de KB, het NAA, het NIWI, het RAD, het Rijksmuseum en de UvA. Het NAA hanteert zelfs vijf verschillende prijscategorieën: profit instellingen, non-profit instellingen, studenten en onderzoekers, particulieren en de publieke omroep. Deze laatste categorie krijgt toegang voor een gereduceerd tarief omdat het archiefmateriaal afkomstig is van de publieke omroepen. Studenten en onderzoekers zijn bij het NAA het goedkoopste uit.

Voor het toepassen van prijsdiscriminatie worden vier redenen genoemd:

- De publieke taak van de instelling;
- Toepassen van het profijtbeginsel: instelling wenst mee te delen in de winst die met 'haar' informatie wordt gegenereerd;
- Het mededingingsrecht vereist dat aan commerciële afnemers een marktconforme prijs in rekening wordt gebracht;
- De aard van het product en de bewerkelijkheid van de dienstverlening.

Prijsstelling wordt door enkele instellingen als een belangrijk middel ervaren om te peilen in hoeverre er vraag naar een bepaalde informatievoorziening is. Verreweg de meeste

kennisinstellingen vinden het doel waarvoor de verzoeker de informatie gaat gebruiken van belang voor het al of niet het verschaffen van toegang daartoe. Slechts de RAD en het NAA geven aan dat niet naar het doel van het gebruik wordt gevraagd. Ook hier vallen verschillende redenen te onderscheiden waarom het doel van het gebruik door de kennisinstelling relevant wordt geacht:

- De informatie of de vormgeving daarvan is beschermd uit hoofde van een intellectueel eigendomsrecht van een derde;
- De publieke taak: er wordt bijvoorbeeld alleen toegang verleend ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek;
- Beperkende toegangsvoorwaarden die door de deposanten van het materiaal zijn gesteld.

2.6 De acht dilemma's

Gebleken is dat er bij de meerderheid van de ondervraagde kennisinstellingen geen sprake is van een coherent informatiebeleid. Toch hebben de instellingen op verschillende beleidsterreinen keuzes gemaakt. De keuzes vloeien logischerwijs voort uit de alledaagse praktijk van verzoeken om informatie. Al snel wordt de instelling daarbij geconfronteerd met een aantal dilemma's. Maakt de instelling wel of geen onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële afnemers? Wat voor een prijs brengt de instelling in rekening? Acht de instelling het doel van het gebruik van de informatie van belang? De door ons onderzochte kennisinstellingen geven om verschillende redenen verschillende antwoorden op dergelijke vragen.

Een aantal kennisinstellingen verschaft op aanvraag kopieën van auteursrechtelijk beschermd materiaal aan derden. Voor het NIWI is deze zogenaamde document delivery zelfs de belangrijkste inkomstenbron. Het NIWI levert documenten op verschillende manieren: per post, fax of e-mail, maar ook via een speciaal bestelprogramma ibis. Dankzij ICT-ontwikkelingen kan document delivery een grote vlucht nemen. De praktijk van document delivery wordt gebaseerd op een uitzondering in de Auteurswet 1912. Steeds vaker worden vraagtekens geplaatst bij de rechtmatigheid van deze praktijk.

In het vervolg van dit rapport zal getracht worden op deze vragen een antwoord te vinden. Wij hebben deze praktijkvragen in een achttal 'dilemma's' gegroepeerd:

1. Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar afnemer bij het verlenen van toegang tot informatie?
2. Hoe moet de prijs voor de verstrekte informatie worden bepaald?
3. Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar gelang het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt?
4. Mag een kennisinstelling (beperkte) geheimhouding overeenkomen indien zij informatie in opdracht van een derde produceert of vormgeeft?
5. Mag een kennisinstelling informatie bewerken om deze interessant te maken voor (commerciële) afnemers?
6. Wat is de verhouding tussen de Auteurs- en Databankenwet en openbaarheidsregels, zoals geformuleerd in de Wob en de Archiefwet 1995?
7. Wie is rechthebbende op door werknemers geproduceerde of vormgegeven informatie?

8. In hoeverre kunnen kennisinstellingen gebruik maken of beschikken over informatie of documenten die voorwerp zijn van intellectuele eigendomsrechten van derden?

Hierbij dient opgemerkt te worden dat dit de meest urgente vragen zijn die zijn gerezen tijdens de door ons gehouden diepte-interviews. Dit betekent dat wij geen volledigheid kunnen garanderen, noch nastreven. Hieronder volgt een korte toelichting op de acht dilemma's.

2.6.1 Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar afnemer bij het verlenen van toegang tot informatie?

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat sommige kennisinstellingen onderscheid maken naar afnemer bij het verlenen van toegang tot informatie of van gebruiksrechten. Gebleken is dat onderscheid wordt gemaakt naar leeftijd, beroep of aard van de verzoeker. De redenen daarvoor lopen uiteen. Het is de vraag of, en zo ja, op welke gronden, onderscheid naar afnemer mag worden gemaakt.

2.6.2 Hoe moet de prijs voor de informatie worden bepaald?

Prijsstelling van door kennisinstellingen verstrekte informatie is een ingewikkeld dilemma. In het praktijkonderzoek zijn wij verschillende criteria tegengekomen. Sommige kennisinstellingen verschaffen informatie tegen zo laag mogelijke kosten, veelal verstrekkingskosten. Andere instellingen willen meedelen in de eventuele met de informatie gegenereerde winst. Dan wordt op basis van het zogenaamde profijtbeginsel een prijs berekend. Een derde door ons aangetroffen maatstaf is het voorkomen van concurrentievervalsing. In dat geval wordt rekening gehouden met de gangbare prijs voor de informatie op de markt. In de navolgende hoofdstukken zal geanalyseerd worden welke methode van berekenen in welke gevallen de meest geëigende is.

2.6.3 Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar gelang het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt?

Uit het praktijkonderzoek is naar voren gekomen dat een aantal kennisinstellingen expliciet vraagt naar het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt. Dat kan te maken hebben de voorgaande dilemma's. Wie bijvoorbeeld enkel toegang verleent aan wetenschappers zal ook eisen dat de informatie voor een wetenschappelijk doel worden gebruikt. Als een kennisinstelling zijn prijs laat afhangen van het profijtbeginsel, vindt deze het doel van het gebruik eveneens van belang. Ook kan het doel van belang zijn voor het antwoord op de vraag of zich een uitzondering op het auteursrecht van derden voordoet.

2.6.4 Mag een kennisinstelling (beperkte) geheimhouding overeenkomen indien zij informatie in opdracht van een derde produceert of vormgeeft?

Dit dilemma is typerend voor wetenschappelijke onderzoeksinstituten. Deze instellingen verrichten nogal eens onderzoek in opdracht van derden. Dit onderzoek kan resulteren in een wetenschappelijke publicatie, een octrooi of software. De opdrachtgever kan het van belang achten dat de resultaten van het onderzoek (gedurende een bepaalde periode) geheim blijven. Dit gaat uiteraard ten detrimente van de openbaarheid van de informatie. Dit spanningsveld tussen de gewenste openbaarheid van informatie en de overeengekomen geheimhouding zal nader moeten worden geanalyseerd in Hoofdstuk 5.

Het Academisch Ziekenhuis Rotterdam (AZR) is bijvoorbeeld bij onderhandelingen over contractsonderzoek geconfronteerd met de volgende bepaling: 'AZR agrees to provide advance notice and prior review of any manuscript proposed for submission for publication in order to permit [the other party] sufficient time to prepare and file a patent application with respect to any invention disclosed in such manuscript. [The other party] provides the permission, after having secured the protection of rights connected to the inventions.'

2.6.5 Mag een kennisinstelling informatie bewerken om deze interessant voor (commerciële) afnemers te maken?

Ruwe data zijn voor een afnemer van informatie niet altijd even interessant. Zonder bijvoorbeeld een toelichting of een bepaalde rangschikking kan sommige informatie waardeloos zijn. Ook kan het voor de toepasbaarheid van de informatie vereist zijn dat die in een bepaalde format wordt aangeleverd. Al deze bewerkingen van informatie kunnen ten koste gaan van de kerntaak van de kennisinstelling. Tevens kan het bewerken van informatie mededingingsrechtelijke consequenties hebben.

Een arts verbonden aan het AZR heeft een aantal unieke diagnostische kits ontwikkeld waarmee virussen kunnen worden ontdekt. Bij de productie van deze kits dringt zich de vraag op wie daarvoor zorgdraagt: het ziekenhuis of de markt?

2.6.6 Wat is de verhouding tussen de Auteurs- en Databankenwet en openbaarheidsregels, zoals geformuleerd in de Wob en de Archiefwet 1995?

Tijdens het praktijkonderzoek zijn vragen gerezen naar de verhouding tussen de Auteurswet en databankenwet enerzijds en de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en de Archiefwet 1995 (Arw) anderzijds. Op grond van laatstgenoemde openbaarheidswetgeving kunnen aan de verzoeker kopieën worden verschaft. Dat betekent echter in beginsel tevens een inbreuk op het eventuele auteurs- of databankenrecht op het gekopieerde document. Het is de vraag welke wet prevaleert.

2.6.7 Wie is rechthebbende op door werknemers geproduceerde of vormgegeven informatie?

Nadat informatie door werknemers is geproduceerd of vormgegeven, is het niet altijd duidelijk bij wie de rechten daarop berusten: bij de werknemer of de werkgever. Dit allocatievraagstuk speelt met name bij wetenschappelijke onderzoeksinstituten; in Hoofdstuk 5 wordt hierop uitvoerig ingegaan.

2.6.8 In hoeverre kunnen kennisinstellingen gebruik maken of beschikken over informatie of documenten die voorwerp zijn van intellectuele eigendomsrechten van derden?

De door de kennisinstellingen geproduceerde of beheerde informatie wordt in de praktijk zelden *ex nihilo* gecreëerd. Veel instellingen maken bij de kennisverwerving ruimschoots gebruik van informatie waarop rechten van derden rusten. Daarbij rijst dikwijls de vraag in hoeverre zij, uitgaande van hun publieke taak, daadwerkelijk onderworpen zijn aan de regels van de intellectuele eigendom. Op welke wettelijke beperkingen kunnen de kennisinstellingen zich beroepen? In Hoofdstuk 6 wordt aan deze vraag bijzondere aandacht besteed.

Het praktijkonderzoek heeft bijvoorbeeld uitgewezen dat er bij een aantal kennisinstellingen een levendige praktijk van 'document delivery' bestaat. Hieronder wordt verstaan het tegen

betaling vertrekken van kopieën van auteursrechtelijk werk van derden. De ICT-ontwikkelingen dragen ertoe bij dat dit steeds eenvoudiger wordt. Het elektronisch verzenden en scannen van een artikel maken een snelle levering van bijna perfecte kopieën mogelijk. Deze praktijk wordt gebaseerd op een uitzondering op het auteursrecht.

3 Toegang tot en gebruik van overheidsinformatie door kennisinstellingen: positief recht

3.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk een achttal informatiedilemma's van kennisinstellingen is geformuleerd, zal in dit hoofdstuk worden beschouwd in hoeverre het positieve recht een antwoord geeft op de dilemma's. Verschillende wetten zullen worden onderzocht. Aangezien de dilemma's alle verband houden met de toegang tot en gebruik van informatie zullen de daarvoor relevante wetten onderwerp van dit hoofdstuk zijn. Een bonte stoet van wetgeving zal de revue passeren, zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk: de Wet openbaarheid van bestuur, de Auteurswet 1912, de Databankenwet, de Rijksoctrooiwet 1995 en de Mededingingswet. De bestaande Grondwet bevat (nog) geen afzonderlijk toegangsrecht.

Om overwegingen van eenvoud, overzichtelijkheid en samenhang is ervoor gekozen slechts formele wetgeving te behandelen en niet tevens lagere wetgeving, zoals AMvB's, koninklijke besluiten en ministeriële regelingen. Bespreking van lagere wetgeving zou ertoe leiden dat op bepaalde deelgebieden een veelheid van extra regelgeving wordt geanalyseerd, terwijl dat bij gebreke daaraan op andere gebieden weer niet het geval zou zijn. Bovendien moet lagere regelgeving in overeenstemming zijn met de hogere regel, welke dus afdoende inzicht in de wettelijke norm geeft.

Van cruciaal belang bij vragen over de mate waarin kennisinstellingen toegang tot informatie moeten verschaffen en in hoeverre zij informatie mogen exploiteren is de publieke taak van de instellingen. Deze zal voor de bij het praktijkonderzoek betrokken instellingen voorzover mogelijk uit sectorspecifieke wetgeving worden herleid.

3.2 Publieke taak: sectorspecifieke wetgeving

De veelheid aan kennisinstellingen maakt het ondoenlijk om alle publieke taken te onderzoeken. Daarom hebben wij ervoor gekozen de publieke taak te bespreken van de kennisinstellingen die bij het in Hoofdstuk 2 besproken praktijkonderzoek zijn betrokken. Hieronder volgt een overzicht van de geconsulteerde kennisinstellingen en de daarvoor relevante wetgeving.

Figuur 2 - Kennisinstellingen en publieke taak

	AZR	ICN	KB	LM	MI	NAA	NIWI	RAD	Rm	TUD	UvA
Arw								X			
Mw.						X					
WHW	X		X		X		X			X	X
WvR				X					X		

3.2.1 WHW

Uit het bovenstaande overzicht volgt dat de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) voor de meeste door ons onderzochte kennisinstellingen van belang is. In de WHW is een aantal afzonderlijke regelingen op het gebied van hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek samengebracht. Het primaire doel van de wet van 8 oktober 1992¹⁷ was de zelfstandigheid van de betrokken instellingen te vergroten mede met het oog op marktwerking en deregulering. Dit met het oog op de versterking van de kwaliteit, het vernieuwend vermogen en de maatschappelijke gerichtheid van instellingen van hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. In artikel 1.2 WHW zijn de instellingen opgenomen waarop de WHW van toepassing is. Het gaat om universiteiten, hoge scholen en de Open Universiteit (instellingen van hoger onderwijs), academische ziekenhuizen, en de KNAW en de KB (instellingen van wetenschappelijk onderzoek). In de daarop volgende artikelen worden de taken van deze instellingen beschreven.

Blijkens artikel 1.3 lid 1 WHW hebben universiteiten als taak: het verzorgen van wetenschappelijk onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. Daartoe behoort volgens het artikel in ieder geval kennisoverdracht aan de maatschappij. Academische ziekenhuizen verbonden aan de universiteiten zijn werkzaam op het gebied van de patiëntenzorg en staan mede ten dienste van het wetenschappelijk geneeskundig onderwijs en onderzoek (artikel 1.4 WHW). De KNAW, waarvan het door ons onderzochte NIWI en het Meertens Instituut onderdelen zijn, is op grond van artikel 1.5 lid 1 werkzaam op het gebied van wetenschappelijk onderzoek. Zij bevordert in elk geval de uitwisseling van gedachten en informatie tussen haar leden onderling en tussen deze leden en andere wetenschapsbeoefenaren en wetenschappelijke organisaties. Volgens het tweede lid van artikel 1.5 is de KB als nationale bibliotheek werkzaam op het gebied van bibliotheekwezen en de informatieverzorging, zowel ten behoeve van het hoger onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek als ten behoeve van het openbaar bestuur en de uitoefening van beroep of bedrijf.

Deze bepalingen laten wat duidelijkheid betreft het een ander te wensen over. Hieruit valt niet direct af te leiden in hoeverre deze kennisinstellingen toegang tot de door hen beheerde informatie moeten verschaffen en in hoeverre ze deze mogen exploiteren. Opvallend is dat de universiteiten expliciet de overdracht van kennis aan de maatschappij tot taak hebben. De KNAW en haar instellingen zijn daarentegen in de eerste plaats gericht op de overdracht van gedachten en informatie tussen haar leden onderling en andere wetenschapsbeoefenaren. De KNAW richt zich derhalve primair op wetenschappers. De KB ten slotte richt zich tevens op de publieke sector ('het openbaar bestuur') en de private sector ('de uitoefening van beroep

¹⁷ *Stb.* 1992, 593.

of bedrijf¹⁸). De voorzichtige conclusie dat de universiteiten en de KB een ruimere toegangstaak bezitten dan de KNAW en haar instellingen lijkt dan ook op zijn plaats.

3.2.2 Archiefwet 1995

De Rijksarchiefdienst valt onder de Archiefwet 1995 (Arw). Ingevolge artikel 25 lid 2 Arw heeft de Rijksarchiefdienst onder meer tot taak het beheer van de in de rijksbewaarplaatsen berustende archiefbescheiden. Dit zijn documenten van overheidsorganen. Voorzover ze niet worden vernietigd plegen deze documenten na twintig jaar naar een archiefbewaarplaats te worden gebracht (artikel 12). De archiefbescheiden in een archiefbewaarplaats zijn openbaar en mogen op grond van artikel 14 kosteloos door eenieder worden geraadpleegd. Van de archiefbescheiden mogen tevens afbeeldingen, afschriften, uittreksels en bewerkingen worden gemaakt.¹⁸ Indien gewenst, kan eenieder op zijn kosten afbeeldingen, afschriften, uittreksels en bewerkingen laten maken. De door artikel 14 gegarandeerde openbaarheid kan voor een bepaalde tijd aan een limitatief aantal beperkingen onderhevig zijn. Artikel 15 lid 1 Arw bepaalt dat het moet gaan om beperkingen met het oog op:

- de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- het belang van de Staat of zijn bondgenoten;
- het anderszins voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Ook kan de openbaarheid ten aanzien van archiefbescheiden beperkt zijn ingevolge overeenkomsten met of beschikkingen van instellingen of personen (artikel 16 lid 1 Arw). De beperkingen van de in de artikel 15 genoemde eerste en derde categorie kunnen terzijde worden geschoven indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van raadpleging of gebruik van de archiefbescheiden. Archiefbescheiden die ouder zijn dan 75 jaar kunnen in beginsel geen voorwerp zijn van beperkingen.

Ten aanzien van de openbaarheid respectievelijk de toegang tot door archieven in de zin van de Archiefwet 1995 beheerde informatie bevat de wet dus een aantal duidelijke bepalingen. Iedereen dient toegang tot de archiefbescheiden te krijgen, tenzij één of meerdere van de limitatieve beperkingen van toepassing zijn. Over het mogelijke gebruik van door archieven beheerde informatie bevat de Archiefwet 1995 echter weinig concrete bepalingen. Wel kunnen blijkens artikel 14 Arw aan degene die opdracht geeft een afbeelding, afschrift, uittreksel en bewerking van archiefbescheiden te maken kosten worden doorberekend. Het is niet duidelijk hoe deze kosten moeten worden berekend, bijvoorbeeld integraal of marginaal, maar het gegeven dat toegang in beginsel kosteloos is zal richtinggevend zijn. Het is niet ondenkbeeldig dat een archief, bij een grote vraag naar bepaalde archiefbescheiden in een bepaalde vorm, deze bewerkt en op aanvraag verschaft. Te denken valt aan genealogische gegevens. Artikel 14 Arw zal het uit het oogpunt van efficiency billijken dat een archief een algemene CD-ROM met genealogische gegevens ontwikkelt in plaats van iedere keer specifieke gegevens te bewerken.

¹⁸ Het is overigens de vraag hoe de bevoegdheid van artikel 14 Arw 1995 zich tot de Auteurswet 1912 verhoudt. Voorzover archiefbescheiden auteursrechtelijk beschermd zijn, kan daarvan slechts een kopie of een bewerking worden gemaakt indien zich een wettelijke beperking op het auteursrecht voordoet. De Auteurswet bevat geen beperking ten behoeve van archieven; dit in tegenstelling tot een groot aantal andere landen. Wellicht biedt artikel 16b Auteurswet 1912 enige ruimte voor het veeleenvoudigen van archiefbescheiden door of in opdracht van gebruikers. De veeleenvoudiging moet dan wel beperkt blijven tot enkele exemplaren en dienen tot eigen oefening, studie of gebruik van degene die de veeleenvoudiging vervaardigt of tot het veeleenvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft. Zie over artikel 16b Auteurswet ook hieronder.

3.2.3 Wet verzelfstandiging rijksmuseumse diensten

De Rijksmuseum, waartoe o.a. het Rijksmuseum en het Letterkundig museum behoren, zijn bij wet van 24 juni 1993 verzelfstandigd. Op grond van artikel 2 van de Wet verzelfstandiging rijksmuseumse diensten (VRD) wordt de Minister van OCenW (voorheen WVC) gemachtigd stichtingen op te richten die de uitoefening van museumse en museumse ondersteunende functies tot doel hebben als voortzetting van de diensten van de rijksmuseum. Als museumse functies worden in de Memorie van Toelichting bij de VRD genoemd collectievorming, collectiebeheer en behoud (registratie, conservering en restauratie, wetenschap en documentatie) en presentatie (educatie, tentoonstellingsbeleid, voorlichting); en als museumse ondersteunende functies onderwijs, onderzoek en advisering.¹⁹

Aan de hand van deze functies komt men niet veel te weten over de mate waarin toegang tot informatie moet worden verschaft en de mate waarin deze mag worden geëxploiteerd. De presentatie-, onderwijs-, onderzoeks- en adviesfuncties kunnen duiden op een ruime mate van beschikbaarstelling, maar hierover is geen uitsluit te geven. Een indicatie kan zijn dat de functies niet beperkt zijn, bijvoorbeeld ten behoeve van wetenschap of andere museum, zoals in het geval van de KNAW.

3.3 Wet openbaarheid van bestuur

De publiekrechtelijke Wet openbaarheid van bestuur (Wob) is, zoals de naam al suggereert, de wet bij uitstek die de mate van openbaarheid van overheidsinformatie aangeeft. De term 'openbaarheid' in publiekrechtelijke zin betekent dat toegang tot informatie rechtens is opengesteld voor eenieder. Belangrijke vragen in het kader van dit onderzoek zijn of kennisinstellingen onder het begrip 'bestuur' of anderszins onder de Wob vallen, en of de Wob betrekking heeft op de door hen beheerde informatie.

Blijkens artikel 1a lid 1 onder e is de Wob onder meer van toepassing op bestuursorganen voorzover deze niet bij AMvB zijn uitgezonderd. Tot 30 juni 1998 gold een systeem van aanwijzing: bestuursorganen vielen onder de Wob voorzover ze bij AMvB waren aangewezen. Bij wet van 18 juni 1998 (*Stb.* 1998, 356), welke op 30 juni 1998 in werking is getreden, is dit systeem gewijzigd. Het nieuwe 'ja, tenzij uitgezonderd' principe kent echter een tijdelijke uitzondering voor instellingen die belast zijn met onderwijs en onderzoek op het beleidsterrein van het Ministerie van OCenW. Met betrekking tot deze instellingen wordt het aanwijzingssysteem van het oude artikel 1a onder d voor vijf jaar gecontinueerd. Het kamerlid Wessels had bij amendement nog voorgesteld geen uitzondering voor deze instellingen te maken.²⁰ Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wob heeft staatssecretaris Kohnstamm echter bezwaar gemaakt tegen het amendement-Wessels. De ratio van de uitzondering is volgens de staatssecretaris tweeledig. In de eerste plaats is de bestuurlijke status van universiteiten een afgeleide van haar primaire taak, namelijk het aanbieden van kwalitatief goed onderwijs. Daarmee lijkt hij te suggereren dat aan de openbaarheid bij universiteiten minder zwaar getild hoeft te worden. Een tweede reden voor de uitzondering, en dit lijkt de belangrijkste, is dat de onderwijsinstellingen hun informatiebeleid ten tijde van het wetsvoorstel aan het professionaliseren zijn en ze een periode van vijf jaar wordt gegund om daar ervaring mee op te doen.²¹

¹⁹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 771, nr. 3, p. 13.

²⁰ *Kamerstukken II* 25 456, nr. 10.

²¹ *Handelingen II*, 1997/98, p. 49-3820.

De instellingen bij wie informatie kan worden betrokken, worden in artikel 3 lid 1 van de Wob uitgebreid met een extra categorie: de onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Wat onder ‘instelling, dienst of bedrijf’ moet worden verstaan is niet helemaal duidelijk.²² Evenmin is duidelijk wat ‘onder verantwoordelijkheid’ van een bestuursorgaan inhoudt. De uitleg van deze zinsnede, die ook in artikel 1a wordt gebruikt, is van belang voor de vraag in hoeverre privaatrechtelijke kennisinstellingen met een publieke taak, zoals de Rijksmusea, onder de Wob vallen. In de Memorie van Toelichting bij de Wob wordt opgemerkt dat ‘onder verantwoordelijkheid’ betekent dat bedoelde instellingen, diensten en bedrijven zich bij hun werkzaamheden moeten richten naar de opdrachten van het bestuursorgaan.²³ Voor privaatrechtelijke organisaties vat de regering dit criterium als volgt samen: zij vallen niet onder de Wob, andere regelingen voorbehouden.²⁴

In het Evaluatieverslag Wob d.d. 29 april 1997 wordt opgemerkt dat de overheid ‘overwegende invloed’ moet kunnen uitoefenen op de instelling, de dienst of het bedrijf.²⁵ Deze ‘overwegende invloed’ komt volgens de auteurs, de Minister-President en de Minister van Binnenlandse Zaken, vaak voort uit het feit dat de organisaties met publieke middelen worden gefinancierd; een maatstaf die wij hierboven reeds zijn tegengekomen bij de uitleg van het begrip publieke taak. In dit geval lijkt dat echter een minder geslaagde maatstaf. Het feit dat een instelling met publieke middelen wordt gefinancierd zegt niet alles over de invloed die de overheid op de instelling heeft. Hiervoor zal toch gekeken moeten worden naar wetgeving, de statuten van de organisatie, eventuele overeenkomsten met de overheid of de feitelijke situatie. Dit in ogenschouw nemend, is het twijfelachtig of de Wob van toepassing is op de geprivatiseerde Rijksmusea.

De tweede belangrijke vraag is of de Wob van toepassing is op de informatie waarop dit onderzoek betrekking heeft. Op grond van artikel 3 Wob gaat het om ‘informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid’. Onder ‘document’ verstaat de Wob ingevolge artikel 1 sub a: ‘een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat’. Door toevoeging van de zinsnede ‘of ander materiaal’ is de definitie techniekonafhankelijk gemaakt. Wel moet de informatie in enig materiaal zijn neergelegd; dat betekent dat mondelinge adviezen buiten het bereik van de Wob vallen.

Bovendien, belangrijker, moet de informatie een ‘bestuurlijke aangelegenheid’ betreffen. De ratio van de Wob is blijkens haar considerans dan ook niet openbaarheid in het algemeen, maar openbaarheid ‘met het oog op een goede en democratische bestuursvorming’. Met dat oogmerk hoeft niet alle informatie verstrekt te worden. De verzoeker om informatie moet bovendien op grond van het tweede lid van artikel 3 aangeven over welke bestuurlijke aangelegenheid of het daarop betrekking hebbende document hij informatie wenst. In de literatuur²⁶ wordt er op aangedrongen dat het begrip ‘bestuurlijke aangelegenheid’ ruim wordt uitgelegd. In het geval van informatie die niets met het beleid of bestuur van de instelling te maken hebben, zal daar ons inziens echter niet snel sprake van zijn. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Wob zijn gegevens van onderzoeksinstellingen in ieder geval geen informatie over een bestuurlijke aangelegenheid.

Veel informatie die onderwerp van dit onderzoek is, zal niet opvraagbaar zijn op grond van de Wob. Voorbeelden hiervan zijn een rekenkundig model van TNO, een catalogus van het Rijksmuseum, de CD-Rom Nederlandse Publicaties van de KB en een wetenschappelijke publicatie van een universitaire onderzoeker. Toch kan de Wob een rol spelen bij een

²² Nicolai 1994, p. 191-193.

²³ *Kamerstukken II*, 1986/87, 19859, nr. 3, p. 23-24.

²⁴ Zie ook Wopereis 1996, p. 104-105.

²⁵ *Evaluatieverslag Wet openbaarheid bestuur* 1997, p. 30.

²⁶ O.a. Elferink 1998, p. 242 en Van Eechoud 1998, p. 179.

antwoord op de vraag in hoeverre kennisinstellingen toegang tot de door hen beheerde informatie moeten verschaffen. De Wob bevat namelijk in hoofdstuk V een aantal uitzonderingen op de openbaarheid. In deze gevallen zullen de kennisinstellingen in ieder geval *niet* verplicht zijn toegang tot de informatie te verschaffen.

De uitzonderingen op de openbaarheid worden in artikel 10 Wob opgesomd. Het eerste lid bevat een drietal absolute uitzonderingsgronden in welk geval het verstrekken van informatie achterwege blijft: gevaar voor de eenheid van de Kroon, schade voor de veiligheid van de Staat, en bedrijfs- en fabricagegegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld. In het tweede lid zijn de relatieve uitzonderingsgronden opgesomd. Het verstrekken van informatie blijft achterwege voorzover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

- de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties;
- de economische of financiële belangen van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen waarop de Wob van toepassing is;
- de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
- inspectie, controle en toezicht door of vanwege bestuursorganen;
- de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- het belang dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;
- het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van de bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Het spreekt vanzelf dat deze weigeringsgronden ook in situaties waarop de Wob niet rechtstreeks van toepassing is – de gevraagde informatie betreft bijvoorbeeld niet een ‘bestuurlijke aangelegenheid’ – door de (kennis)instelling in kwestie kunnen worden ingeroepen.

3.4 Intellectuele eigendomsrechten

3.4.1 Inleiding

Centraal in dit onderzoek staat de vraag welke belemmeringen het positieve recht opwerpt bij gebruik van kennis door de kennisinstellingen. Het recht van de intellectuele eigendom speelt hierbij op twee manieren een rol. In de eerste plaats kan het gebruik worden belemmerd doordat de wet de in gebruik te brengen kennis niet beschermt (voorbeeld: het auteursrecht beschermt geen wetten en rechtspraak; art. 11 Auteurswet) of het gebruik of de toepassing van de kennis zonder toestemming van de rechthebbende onder bepaalde omstandigheden toelaat (voorbeeld: de reproductie van overheidsinformatie waarop het auteursrecht niet uitdrukkelijk is voorbehouden; art. 15b Auteurswet). Waar geen exclusief recht van intellectuele eigendom bestaat, is het commerciële gebruik in de praktijk moeilijk realiseerbaar. Bij gebreke aan dergelijke rechten is het gebruik van informatie niet of nauwelijks mogelijk; de informatie is in dat geval immers door eenieder die daartoe toegang heeft verkregen vrij te reproduceren en te verspreiden. Het is dit type belemmeringen dat in deze paragraaf zal worden besproken.

Omgekeerd kan het recht van intellectuele een rol spelen bij het vergaren van kennis door de kennisinstellingen. In dit geval zijn het de kennisinstellingen die baat (kunnen) hebben bij de beperkingen van en uitzonderingen op het recht van intellectuele eigendom. Zo kunnen de

bibliotheken bijvoorbeeld profiteren van zekere wettelijke ‘privileges’; hetzelfde geldt, zij het in mindere mate, voor wetenschappelijke onderzoeksinstellingen. De rol van het recht van intellectuele eigendom bij de acquisitie van kennis door de kennisinstellingen wordt in een afzonderlijk hoofdstuk belicht (Hoofdstuk 6).

Wat zijn intellectuele eigendomsrechten? De term ‘intellectuele eigendom’ duidt op het object van deze rechten, namelijk creaties van de geest, immateriële producten. Het recht van de intellectuele eigendom valt uiteen in een aantal verschillende rechten, waarvoor in het kader van dit onderzoek de volgende van belang zijn: het auteursrecht, het databankenrecht en het octrooirecht. Deze rechten zullen hieronder summier worden besproken.

3.4.2 Het auteursrecht

Het auteursrecht beschermt de oorspronkelijke creatie van de auteur en diens rechtsopvolgers. Wie zoal rechthebbenden (kunnen) zijn, wordt in Hoofdstuk 5, toegespitst op de wetenschappelijke kennisinstellingen, afzonderlijk besproken. Object van auteursrecht zijn werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Nu moet men het met deze classificatie niet al te nauw nemen. Het zijn rekbare begrippen: het auteursrecht beschermt ook bijvoorbeeld computerprogramma’s, schoenen en slagzinnen.

Het beslissende criterium voor de vraag of een geestelijk object voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, is of het voldoende oorspronkelijk is. Niet alle informatie wordt dus beschermd. Feiten, formules, methodes, ontdekkingen en in het algemeen technische, objectieve prestaties zijn niet oorspronkelijk en worden derhalve niet door het auteursrecht beschermd. Een werk moet een eigen, oorspronkelijk karakter bezitten en het persoonlijk stempel van de maker dragen.²⁷ Er moet sprake zijn van een originele, geestelijke prestatie van een auteur die in een werk tot uiting komt. Ter beloning van deze prestatie verwerft de maker direct na de schepping een exclusief recht voor een periode tot zeventig jaar na zijn dood. Deze beloning vormt tevens een stimulans voor anderen om originele werken te creëren.

Het auteursrecht ontstaat van rechtswege. Het is niet van belang een werk te deponeren of te registreren om het auteursrechtelijke bescherming te laten genieten. Ook onvoltooide werken komen in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming indien deze voldoende oorspronkelijk zijn. Een maker van een werk hoeft evenmin de creatie van een auteursrechtelijk beschermd werk op het oog te hebben gehad. Het doel waarvoor een werk wordt gemaakt, is dus irrelevant voor de vraag of het auteursrechtelijk wordt beschermd.²⁸

De inhoud van het exclusieve auteursrecht wordt gevormd door een tweetal exploitatierechten en een aantal persoonlijkheidsrechten, welke laatste hier bij gebrek aan belang onbehandeld blijven. De exploitatierechten vallen uiteen in het recht van verveelvoudigen en het recht van openbaar maken. Onder het recht van verveelvoudigen wordt niet alleen, zoals de naam al aangeeft, het recht om kopieën van het werk te maken verstaan, maar ook het recht om het werk te bewerken, bijvoorbeeld in de vorm van een vertaling. Het recht van openbaar maken is het recht een werk op verschillende manieren toegankelijk te maken voor het publiek, bijvoorbeeld door het uit te lenen, tentoon te stellen of op een website te plaatsen.

Het auteursrecht dient niet enkel de belangen van auteurs en hun rechtsopvolgers, maar ook de belangen van de maatschappij in het algemeen. De ratio van het auteursrecht geeft dit al

²⁷ HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 (*Van Dale / Romme*).

²⁸ Hugenholtz 1989, p. 25.

aan: het recht beoogt mede het ontstaan van werken te stimuleren in het belang van de maatschappij als geheel. De belangen van de maatschappij, van gebruikers van auteursrechtelijk beschermde werken, komen tot uiting in de mate waarin het exclusieve auteursrecht is beperkt. Hierboven is al opgemerkt dat het is beperkt door de duur, de omvang en de inhoud van het recht. Daarnaast bevat de Auteurswet 1912 (Aw) een aantal specifieke beperkingen die een uitzondering op het recht vormen. Aan deze beperkingen liggen in de regel constitutioneel gewaarborgde vrijheden, zoals de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en specifieke maatschappelijke belangen ten grondslag, bijvoorbeeld onderwijs of bibliotheekvoorzieningen.

De beperkingen geven dus aan in hoeverre het publiek toegang tot een werk heeft en, daarmee verband houdend, de mate waarin een werk geëxploiteerd mag worden. In het kader van dit hoofdstuk is een tweetal beperkingen van bijzonder belang: de beperking van het auteursrecht op een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk (artikel 15b Aw) en de beperking van het auteursrecht ten behoeve van eigen oefening, studie of gebruik (artikel 16b Aw). Andere beperkingen, waarop de kennisinstelling zelf zich bij het verwerven en exploiteren van kennis wellicht zou kunnen beroepen, komen ter sprake in Hoofdstuk 6.

3.4.2.1 Artikel 15b Aw

Artikel 15b Aw luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

‘Als inbreuk op het auteursrecht op een door de openbare macht openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan, tenzij het auteursrecht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden.’

Werken die door de openbare macht zijn openbaargemaakt kunnen vrijelijk door derden worden gebruikt en geëxploiteerd. In verband met de reikwijdte van het artikel is het van belang wat onder ‘openbare macht’ moet worden verstaan. Worden overwegend door de overheid gefinancierde kennisinstellingen daartoe gerekend? Waarschijnlijk wel. Het begrip ‘openbare macht’ van artikel 15b Aw wordt in de rechtspraak ruim opgevat.²⁹ Het voormalige Staatsbedrijf PTT wordt door de Hoge Raad daar ook toe gerekend; de Nederlandse bank echter ‘in het algemeen’ weer niet.³⁰ Er zal waarschijnlijk ook nog sprake zijn van ‘openbare macht’ na privatisering of verzelfstandiging, indien de geprivatiseerde of verzelfstandigde instelling nog publieke taken uitvoert.³¹ In de literatuur is eveneens verdedigd dat een structurele subsidiëring, die is gegeven ter verwezenlijking van een bepaald, de gemeenschap dienend doel, voldoende is voor de toepasbaarheid van artikel 15b.³²

Artikel 15b gaat slechts op nadat een werk is openbaar gemaakt. De ondergrens van het begrip ‘openbaar maken’ is nog niet door de rechter aangegeven. Het is verdedigbaar dat er pas sprake is van een openbaarmaking indien een werk de familie-, vrienden- of daaraan

²⁹ Overigens wijst de vroegere plaatsing van artikel 15b als tweede lid van artikel 11 Aw op een beperkte uitleg van het begrip ‘openbare macht’, namelijk enkel de centrale overheid. De Hoge Raad heeft echter anders beslist. HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 276 (m.nt. HB; *Bankbiljetten*).

³⁰ HR 9 mei 1987, *Informatierecht/AMI* 1987-5, p. 105 (m.nt. DWFV; *Postzegel*) en HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 276 (m.nt. HB; *Bankbiljetten*).

³¹ Hugenholtz 1993, p. 132 en Spoor & Verkade 1993, p. 128.

³² Elferink 1999, p. 56, besproken in Kabel 2000, p. 235.

gelijk te stellen kring heeft verlaten (vergelijk artikel 12 lid 4 Aw).³³ Of een werk geheim of vertrouwelijk is, is niet van belang voor de vraag of er sprake is van een openbaar gemaakt werk.³⁴

Naar de letter is artikel 15b van toepassing op *alle* werken die door de openbare macht zijn openbaar gemaakt. Het artikel maakt geen onderscheid tussen werken waarvan de openbare macht maker is en waarvan een ander maker is. Dat betekent dat bij een letterlijke interpretatie het artikel ook geldt indien het Rijksmuseum een kunstwerk van Rob Scholte voor de eerste keer openbaar maakt. Het valt echter te betwijfelen of dat ook de strekking van het artikel is. Op basis van de wetsgeschiedenis ligt het meer voor de hand het artikel in verband met artikel 11 Aw, dat wetten, besluiten en rechtspraak vrij van auteursrecht verklaart, te lezen.³⁵

Tot de wetwijziging van 1972 was de tekst van artikel 15b opgenomen in het tweede lid van artikel 11 op grond waarvan er geen auteursrecht rustte op door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakte werken, behoudens een voorbehoud. Artikel 11 sluit basisinformatie van de democratische rechtsstaat uit van auteursrechtelijke bescherming, namelijk wetten, besluiten en verordeningen en rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen. Er valt dan wat voor te zeggen om artikel 15b slechts van toepassing te laten zijn op werken die verband houden met onze democratische rechtsstaat. Met andere woorden, wel parlementaire handelingen en gemeentelijke beleidsstukken, maar geen kunstwerken van Rob Scholte.

De interdepartementale werkgroep ‘Wob-auteursrecht’ blijkt geen voorstander te zijn van een beperkte uitleg van artikel 15b in voornoemde zin. Volgens de werkgroep is het in strijd met de ratio van het artikel om het enkel van toepassing te laten zijn op werken die in het kader van een publieke taak openbaar worden gemaakt. Bovendien leidt een beperkte uitleg volgens de werkgroep tot nieuwe onzekerheden zowel voor de rechthebbende als voor degenen die van een door de openbare macht openbaar gemaakt werk gebruik maken. Waarschijnlijk bedoelt de werkgroep hiermee dat niet bij voorbaat duidelijk is welke werken in het kader van een publieke taak worden openbaar gemaakt.

3.4.2.2 Artikel 16b Aw

Ook artikel 16b Aw beperkt de exploitatiemogelijkheden van auteursrechthebbenden. Het artikel staat onder bepaalde voorwaarden de verveelvoudiging van auteursrechtelijk beschermde werken toe voor eigen oefening, studie of gebruik. Het openbaar maken van werken is echter niet toegestaan op grond van dit artikel. De ratio van het artikel moet gezocht worden in de bescherming van persoonlijke levenssfeer: de arm van de rechthebbende reikt niet tot in de huiskamer van particulieren. Het gaat hier om kleinschalig gebruik. Dat wordt ook nadrukkelijk door het artikel bepaald: de verveelvoudiging moet beperkt blijven tot enkele exemplaren. Het artikel geldt in beginsel ook met betrekking tot verveelvoudigingen in opdracht. Blijkens artikel 45n Aw is het artikel niet van toepassing op computerprogramma’s.

³³ Zie ook Visser 1997.

³⁴ Rb. ’s-Gravenhage 9 juni 1999, *Computerrecht* 1999-4, p. 200 (*Scientology/XS4ALL* – bodemprocedure), anders Spoor & Verkade 1993, p. 129.

³⁵ Gerbrandy 1988, p. 228.

3.4.3 Databankenrecht

Dankzij de Europese wetgever bezit Nederland sinds 20 juli 1999 een nieuw intellectueel eigendomsrecht, het databankenrecht. Op voornoemde datum is in Nederland de Databankenwet (Dw) in werking getreden, die een implementatie is van de Europese Databankenrichtlijn.³⁶ Deze wet voorziet in een sui generis bescherming voor niet-oorspronkelijke databanken, ook wel databankenrecht genoemd. Zoals gezegd, verleent het auteursrecht bescherming aan oorspronkelijke werken. Het databankenrecht beschermt daarenboven niet-oorspronkelijke verzamelingen van gegevens of andere zelfstandige elementen. Ingevolge artikel 1 sub a Dw moet deze verzameling op enige wijze geordend zijn en moeten de elementen van de databank afzonderlijk toegankelijk zijn en moet de verkrijging, de controle of presentatie daarvan in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigen van een substantiële investering. Net als het auteursrecht ontstaat het databankenrecht van rechtswege.

De producent van een databank, dat wil zeggen degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering, geniet op grond van artikel 2 lid 1 onder a Dw het uitsluitende recht op het opvragen en hergebruiken van de inhoud van de databank of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel daarvan. Het begrip ‘opvragen’ is vergelijkbaar met het auteursrechtelijke begrip verveelvoudigen, terwijl het begrip ‘hergebruiken’ kan worden vergeleken met het begrip openbaar maken, met dien verstande dat uitlenen door bibliotheken en andere publiek toegankelijke instellingen daar niet onder valt (artikel 1 lid 2 Dw). De producent van een databank kan zich dus in beginsel niet verzetten tegen het opvragen en hergebruiken van een *niet*-substantieel deel van een databank. Blijkens artikel 2 lid 1 onder b kan hij dit echter weer wel indien dit herhaaldelijk gebeurt en dit strijdig is met de normale exploitatie van de databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent. Het databankenrecht verstrijkt na verloop van vijftien jaar, tenzij de producent een nieuwe substantiële wijziging die getuigt van een substantiële investering in de databank aanbrengt. In dat geval begint het recht weer aan een nieuwe termijn van vijftien jaar (artikel 6 Dw).

Net als de Auteurswet bevat ook de Databankenwet een aantal beperkingen. De mogelijkheid om beperkingen op het Databankenrecht op te nemen is echter door de Databankenrichtlijn beperkt. De in de Richtlijn gevolgde systematiek is bovendien ietwat verschillend in vergelijking met het systeem van de Auteurswet. Er is in de Richtlijn en Databankenwet niet zozeer sprake van beperkingen op het recht, maar van niet verboden handelingen respectievelijk handelingen die geen toestemming vereisen. Op grond van artikel 9 van de Richtlijn mogen Lidstaten een drietal ‘beperkingen’ opnemen. De Nederlandse regering is echter opvallend genoeg verder gegaan en heeft in het onverlet laten van de wetgeving inzake ‘de toegang tot publieke documenten’ door de Richtlijn (artikel 13 Richtlijn) een mogelijkheid gezien nadere ‘beperkingen’ in te voeren. Op grond van artikel 13 Richtlijn – waar op openbaarheidswetgeving, zoals de Wob, zal zijn gedoeld – heeft de regering een pendant van artikel 15b Aw in de Databankenwet opgenomen.

Het databankenrecht is ingevolge artikel 8 lid 2 Dw niet van toepassing op databanken waarvan de openbare macht de producent is, tenzij het databankenrecht in het algemeen bij de wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op de databank zelf of bij de ter beschikking stelling aan het publiek van de databank uitdrukkelijk is voorbehouden. Opvallend is dat artikel 8 lid 2 Dw zich enkel uitstrekt tot databanken waarvan de openbare macht zelf producent is, terwijl artikel 15b Aw, in elk geval naar de letter van deze bepaling, eveneens betrekking heeft op werken waarvan derden

³⁶ Richtlijn 96/9/EG van de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996 L77/20, geïmplementeerd bij wet van 8 juli 1999, *Stb.* 1999, 303 (Databankenwet).

auteursrechthebbenden zijn. Tevens valt in vergelijking met artikel 15b Aw op dat het ontbreken van een voorbehoud in alle gevallen fataal is, ook voor databanken die nog niet openbaar gemaakt zijn.

Een uitzondering voor privé-doeleinden, met andere woorden vergelijkbaar met eigen oefening, studie of gebruik, is ten aanzien van niet-elektronische databanken opgenomen in artikel 5 sub a Dw. Deze uitzondering geldt echter niet met betrekking tot opdrachten, zodat de ‘document delivery’ problematiek zich hier niet zal voordoen. Op grond van artikel 5 sub b is het opvragen voor niet-commercieel wetenschappelijk onderzoek eveneens toegestaan, mits de bron wordt vermeld. Dit geldt ook ten aanzien van elektronische databanken.

3.4.4 Octrooirecht

Anders dan het auteursrecht en het databankenrecht, beoogt het octrooirecht bescherming te verlenen aan technische uitvindingen, en daardoor de uitvinders te belonen. Wat is een uitvinding? De Rijksoctrooiwet (ROW) 1995 geeft geen definitie. De wet noemt in art. 2 lid 2 wel een aantal van octrooiering uitgesloten categorieën, zoals wiskundige theorieën. Ook zijn computerprogramma's ‘als zodanig’ niet octrooieerbaar, al is niet duidelijk wat dat precies betekent. Medische behandelingen zijn niet octrooieerbaar; medicijnen daarentegen wel.

Art. 3 lid 2 ROW 1995 bepaalt dat planten- of dierenrassen of methodes om gewassen of dierenrassen voort te brengen niet octrooieerbaar zijn om een doublure met het kwekersrecht te voorkomen. Dit sluit overigens de octrooiering van micro-organismen en biotechnologische vindingen niet uit.

Uitvindingen moeten aan een aantal eisen voldoen; deze zijn opgesomd in de artikelen 2-8 ROW 1995. Een uitvinding moet nieuw zijn, d.w.z. nog niet bekend uit een eerdere octrooiaanvraag of kenbaar uit een publicatie. Verder moet de uitvinding inventief zijn door van uitvindingshoogte te getuigen, of zoals de wet het zegt ‘het resultaat van uitvinderswerkzaamheid’ zijn. Tenslotte moet een uitvinding industrieel toepasbaar zijn. Een ongeschreven eis is dat een uitvinding nawerkbaar is: een deskundige moet de uitvinding kunnen maken of toepassen. Een perpetuum mobile is daarom niet octrooieerbaar.

Het octrooirecht ontstaat niet vanzelf. Na het concipiëren van de uitvinding moet een octrooiaanvraag worden gedaan. De aanvraag bestaat o.a. uit een beschrijving in tekst met afbeeldingen van de uitvinding. Het opstellen van de beschrijving van de uitvinding in het zgn. octrooischrift is gespecialiseerd werk waarvoor in de praktijk de hulp van een octrooigemachtigde nodig is. Voor Nederland kunnen octrooien worden aangevraagd via de nationale of Europese weg; daarnaast bestaat ook een internationale aanvraagprocedure die hier onbesproken blijft.

Nationale aanvraag. De Rijksoctrooiwet 1995 kent de mogelijkheden van een zesjarig en een twintigjarig registratieoctrooi. Nederlandse octrooien worden verleend door het Bureau voor de Industriële Eigendom in Rijswijk. Voor het twintigjarig octrooi moet verplicht een nieuwheidsonderzoek worden verricht. In dit onderzoek wordt gezien of de uitvinding al bekend is oftewel ‘tot de stand der techniek’ behoort. Zo ja, dan is de uitvinding niet nieuw en kan na verlening het octrooi in een procedure voor de rechter worden vernietigd. De eventuele negatieve uitkomst van een nieuwheidsonderzoek heeft echter geen invloed op de registratie.

Europese aanvraag. In Nederland is daarnaast sinds 1977 het Europees Octrooiverdrag (EOV)³⁷ van kracht. Het EOV voorziet in een procedure voor het verkrijgen een zgn. Europese octrooi, aan te vragen bij het Europees Octrooibureau (EOB) in München. De aanvrager geeft aan voor welke bij het EOV aangesloten landen hij octrooi wenst. Als Nederland bij de aanvraag is aangewezen, wordt het Europese octrooi in Nederland erkend als een twintigjarig octrooi.³⁸ Het EOB onderzoekt alle aanvragen op nieuwheid en uitvindingshoogte. De uitkomst van dat onderzoek bepaalt het lot van de octrooiaanvraag. Door deze verplichte toetsing is een Europees octrooi over het algemeen meer solide dan een Nederlands registratieoctrooi. Nadeel van de Europese procedure is dat de aanvraag kostbaar is en de verlening lang duurt. Dat komt omdat de procedure met allerlei waarborgen omkleed is, zoals de mogelijkheid van oppositie tegen de voorlopige verlening en beroep tegen de definitieve verlening.

Het octrooirecht geeft een tijdelijk monopolie op de toepassing en verhandeling van de geoctrooieerde uitvinding. De primaire functie van het octrooirecht is het ordenen van de marktverhoudingen in handel en industrie. Vandaar dat er in de octrooiwetgeving weinig bepalingen te vinden zijn die direct betrekking hebben op kennisinstellingen. Een uitzondering vormt de allocatieregel van art. 12 lid 2 ROW. Hoofregel is dat het recht op een uitvinding aan de uitvinder toekomt. Als de uitvinding echter verband houdt met de normale werkzaamheden van de werknemer, dan komt de uitvinding toe aan de werkgever. Art. 12 lid 2 ROW 1995 bepaalt expliciet dat het werkgeversoctrooirecht ook betrekking heeft op onderzoekers en stagiairs. Welke betekenis deze bepaling heeft voor de positie van de kennisinstellingen, wordt besproken in Hoofdstuk 5.

Bij het octrooirecht is de toepassing van de geoctrooieerde informatie aan de octrooihouder voorbehouden, maar de informatie als zodanig maakt deel uit van het publieke domein. Met uitzondering van de periode tussen de aanvraag en inschrijving in het octrooiregister is het octrooi openbaar toegankelijk. Eenieder kan gegevens opvragen over aangevraagde en verleende octrooien in publiek toegankelijke registers. In Nederland wordt zo'n register bijgehouden door het Bureau voor de Industriële Eigendom. De (schaarse) wettelijke beperkingen van het octrooirecht hebben dan ook betrekking op de toepassing van geoctrooieerde uitvindingen tegen de wens van de octrooihouder, niet op het verspreiden van geoctrooieerde kennis als zodanig. In Hoofdstuk 6 wordt ingegaan op enkele beperkingen die voor kennisinstellingen bij de verwerving van kennis mogelijk van belang zijn, in het bijzonder de onderzoeksexceptie van art. 53 lid 3 ROW 1995.

Moeilijk te beantwoorden is de vraag of de opbouw en instandhouding van een octrooiportefeuille tot de publieke taak van de kennisinstellingen behoort. Daar is geen pasklaar antwoord op. Het 'ontdekken' van octrooieerbare uitvindingen vraagt commerciële expertise die informatie-instellingen meestal niet in huis hebben. Goede raad is ook daar duur. De aanvraag van het octrooi met behulp van een octrooigemachtigde, alsmede de instandhouding ervan, is een dure hobby als het octrooi niet wordt gekapitaliseerd.

3.5 Mededingingsrecht

Op 1 januari 1998 werd de Wet Economische Mededinging vervangen door de Mededingingswet (Mw).³⁹ De Mededingingswet beoogt de ongewenste economische

³⁷ *Trb.* 1975, 108 en *Trb.* 1976, 101.

³⁸ Nederland wordt in 83.3% van de Europese aanvragen aangewezen, zie het *Jaarverslag van het EOB* 1999, WWW <http://www.epo.co.at/epo/an_rep/1999/index.htm>. p. 62, geraadpleegd 5 februari 2001.

³⁹ *Stb.* 1997, 242.

effecten van concurrentiebeperkingen tegen te gaan.⁴⁰ Daarmee lijkt deze wet bij uitstek geschikt om normen te verschaffen voor het exploiteren en toegankelijk maken van overheidsinformatie. De wet bestrijdt kartels (afspraken tussen ondernemingen die de mededinging verstoren), misbruik van economische machtsposities en concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande toestemming.

Ook bij overheidsinstellingen kan er sprake zijn van misbruik van economische machtsposities. Hieronder (paragraaf 3.5.3) zal blijken dat het leerstuk in mindere mate richtinggevend is voor het *gebruik* van overheidsinformatie. Daarvoor is slechts van belang dat het toerekenen van kosten van activiteiten op de vrije markt aan activiteiten op de beschermde publieke markt (kruissubsidiëring) per definitie misbruik van economische machtspositie oplevert.⁴¹ De Mededingingswet is in grotere mate van belang met betrekking tot het verschaffen van *toegang* tot overheidsinformatie.⁴² Indien een overheidsinstelling onbillijke prijzen of voorwaarden hanteert voor het verschaffen van overheidsinformatie of de toegang tot informatie überhaupt weigert, kan de overheidsinstelling haar economische machtspositie misbruiken. Hieronder zullen de kernbegrippen worden besproken van artikel 24 Mw, dat het misbruiken van een economische machtspositie verbiedt.

3.5.1 Artikel 24 Mw: misbruik van economische machtspositie

Artikel 24 Mw bepaalt kortweg dat het ondernemingen verboden is misbruik te maken van een economische machtspositie. Onder het begrip ‘onderneming’ valt iedere entiteit die aan het economisch verkeer deelneemt, waaronder het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten wordt verstaan. Dat geldt ongeacht de rechtsvorm of de wijze van financiering van die entiteit en ongeacht of er sprake is van een winstootmerk. Een overheidsinstelling kan dus een onderneming in de zin van artikel 24 Mw zijn.⁴³

Om te bepalen of er sprake is van een ‘economische machtspositie’ moeten eerst de relevante markt voor goederen en diensten en de relevante geografische markt worden bepaald. De relevante markt voor goederen en diensten wordt door de Europese Commissie gedefinieerd als de markt van alle goederen en diensten die voor de consument substitueerbaar zijn vanwege de eigenschappen, prijs en het beoogde gebruik van de goederen of diensten.⁴⁴ De relevante geografische markt bestaat uit het gebied waarin de betrokken ondernemingen goederen en diensten vragen en aanbieden, waarin de mededinging min of meer homogeen is (en verschillend van de mededinging in aanpalende gebieden). Nadat de relevante markten zijn bepaald, moet worden bekeken of er sprake is van een machtspositie op die markt. Een onderneming aan wie de overheid als enige een exclusieve taak met betrekking tot economische activiteiten heeft toegekend, heeft per definitie een machtspositie op die markt.

Onder ‘misbruik’ vallen gedragingen van een onderneming met een machtspositie waardoor de concurrentie wordt tegengegaan met andere middelen dan in het geval er geen machtspositie zou zijn. Te denken valt aan het genoemde hanteren van onbillijke prijzen of voorwaarden voor of het weigeren van toegang tot overheidsinformatie. Ook subsidiëring van een commerciële nevenactiviteit met door de overheid gefinancierde fondsen, de zogenaamde kruissubsidiëring, is doorgaans als ‘misbruik’ te kwalificeren.⁴⁵ Voor het van toepassing zijn van het verbod van artikel 24 Mw is niet vereist dat er een oorzakelijk

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 9.

⁴¹ *Kamerstukken I* 1995/96, 24 707, nr. 232b, p. 17.

⁴² Vgl. Grosheide 1996, p. 67.

⁴³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

⁴⁴ The Commission Notice on Market Definition, 1997 *OJ C* 372/5.

⁴⁵ *Kamerstukken I* 1995/96, 24 707, nr. 232b, p. 17.

verband bestaat tussen de economische machtspositie en het misbruik. Evenmin is vereist dat de economische machtspositie het middel is om tot het misbruik te komen.⁴⁶

3.5.1.1 *Overheidsinformatie als essential facility*

Een bijzondere toepassing van artikel 24 Mw betreft de binnen het Europese recht op basis van artikel 82 (86 oud) EG-Verdrag ontwikkelde ‘essential facilities’ doctrine. Op grond van deze leer kan een onderneming met een economische machtspositie die een essentiële faciliteit voor de toegang tot een bepaalde markt bezit, worden gedwongen een (potentiële) concurrent toegang tot de faciliteit te bieden. De faciliteit zal essentieel zijn indien hij redelijkerwijze niet gedupliceerd kan worden en bij gebreke van toegang daartoe de markt onbereikbaar of permanent verliesgevend voor de (potentiële) concurrent is.⁴⁷ Er zal geen sprake zijn van een essentiële faciliteit op het moment dat toegang enkel een concurrentievoordeel verschaft, ongeacht de vraag of het weigeren tot toegang nadelige gevolgen voor de mededinging heeft. In beginsel is immers ook een onderneming met een economische machtspositie vrij in zijn keuze van handelspartners. Voorbeelden van essentiële faciliteiten zijn kabels in de telecommunicatie- en nutsectoren, spoorwegen en havens. Problemen met toegang tot een essentiële faciliteit ontstaan bij uitsteking bij verzelfstandigde of geprivatiseerde voormalige overheidsinstellingen, zoals KPN, ENW of de NS.

Ook informatie kan een essentiële faciliteit vormen. Voorbeelden daarvan zijn de programmagegevens van de omroepen en de abonneegegevens van KPN. Iemand die een televisie- of telefoongids wil uitgeven is daarvoor afhankelijk van de omroepen en KPN. Indien de informatie beschermd is uit hoofde van een intellectueel eigendomsrecht is de toepassing van de ‘essential facilities’ doctrine problematisch. Een intellectueel eigendomsrecht wordt onder meer verschaft om innovatie te bevorderen. Het tijdelijke monopolie dat op de (vormgegeven) informatie wordt verkregen, vormt een beloning voor het produceren daarvan. Als nu de rechthebbende wordt verplicht toegang tot de informatie te verschaffen – hetgeen neerkomt op het intellectuele eigendomsrecht te licentiëren – wordt de stimulans om informatie te produceren (deels) weggenomen.⁴⁸ Toepassing van de doctrine werkt in dat geval dus contraproductief.

Het Europese Hof van Justitie (HvJEG) is voorzichtig in de toepassing van de leer met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten. In de zaken Volvo en Renault bijvoorbeeld oordeelde het HvJEG dat het weigeren van Volvo en Renault om hun modelrecht op auto-onderdelen in licentie te geven op zichzelf geen misbruik van economische machtspositie inhielden.⁴⁹ Een verplichting tot het verlenen van een licentie zou de rechthebbende het wezen van het uitsluitende recht ontnemen. In de Magill-zaak legde het HvJEG wel een verplichting op een intellectueel eigendomsrecht te licentiëren.⁵⁰ In deze zaak weigerden de omroepen ITP, BBC en RTE aan Magill een auteursrechtlicentie te verlenen met betrekking tot hun programmagegevens. Hoewel er vanuit de markt vraag naar was, bestond er mede hierdoor in Ierland nog geen alomvattende wekelijkse televisiegids. De weigering van de omroepen vond volgens het Hof geen rechtvaardigingsgrond in de activiteiten van het televisiebedrijf of in die van het uitgeven van televisiegidsen. Het Hof achtte de weigering in deze ‘exceptional circumstances’ in strijd met artikel 86 EG-Verdrag.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 26.

⁴⁷ Temple Lang 1995.

⁴⁸ Dumont 1999.

⁴⁹ HvJEG 5 oktober 1988, zaak 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo*) en HvJEG 5 oktober 1988, zaak 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (*Renault*).

⁵⁰ HvJEG 6 april 1995, zaak C-241/91, C-242/91, *NJ* 1995, 492 (m.nt. DWFV; *Magill*).

‘De aanduiding van het kanaal, de dag, het uur en de titel van de uitzendingen is evenwel een noodzakelijk uitvloeisel van de programmavaststelling door de tv-stations, die dus de enige bron van die gegevens zijn voor een onderneming als Magill, die deze tezamen met commentaar of foto’s wil publiceren. (...) Door met een beroep op de nationale bepalingen inzake het auteursrecht te weigeren de basisgegevens te verstrekken, hebben requiranten derhalve de introductie belet van een nieuw produkt, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zijzelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond, hetgeen misbruik in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b, van het Verdrag oplevert.’

Feitelijk introduceert het Hof een dwanglicentie in het auteursrecht.⁵¹ Als rechtvaardiging voor de Magill-uitspraak wordt meestal op de bijzondere omstandigheden van de zaak gewezen.⁵² In de eerste plaats bestond er in Ierland geen wekelijkse televisiegids, zodat de weigering van de omroepen de introductie van een veelgevraagd product weerhield. Ten tweede valt de auteursrechtelijke bescherming van weinig oorspronkelijke programmeergegevens moeilijk te rijmen met de rechtsgrond van het auteursrecht: het stimuleren van het ontstaan van oorspronkelijke werken. In de derde plaats zijn programmeergegevens slechts van korte duur van waarde, waardoor de licentieweigering een permanente toegangsblokkade tot de markt vormde.

3.5.1.2 Toepassing essential facilities doctrine door de NMa

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die door de Mededingingswet in het leven is geroepen, heeft in een tweetal beslissingen over de leverantie van gegevens toepassing gegeven aan het Magill-arrest. In een geschil over programmeergegevens tussen De Telegraaf enerzijds en HMG en de NOS anderzijds, oordeelde de NMa dat de omroepen hun auteursrechten op de programmeergegevens misbruikten door De Telegraaf geen gegevens met bijbehorende licentie te verlenen, waardoor het Nederlandse lezerspubliek van een combinatie dagblad-programmagids verstoken bleef. In een beslissing over een geschil tussen KPN en Denda over levering van de abonneegegevens van KPN kwam de NMa tot een vergelijkbaar oordeel.

In beide zaken speelden publiekrechtelijke aspecten een niet onbelangrijke rol. Zowel de Mediawet (artikel 58) als de Telecommunicatiewet (artikel 7.5) scheppen uitdrukkelijk ruimte voor de levering van programmeergegevens resp. abonneegegevens aan derden. In de zaak NOS/Telegraaf overwoog de NMa:

‘De verweten gedragingen gaan (...) lijnrecht in tegen de democratische wilsvorming in Nederland inzake de gewenste structuur van de markt. (...) De Kamer heeft de regering verzocht, te bevorderen dat de NOS de haar ter beschikking gestelde omroepgegevens tegen een marktconforme vergoeding aan derden ter beschikking stelt.’

3.5.2 Artikel 25 Mw

Indien overheidsinstellingen toegang tot door hen beheerde informatie moeten verschaffen op grond van artikel 24 Mw kunnen zij een beroep doen op artikel 25 lid 1 Mw.

‘Voor zover de toepassing van artikel 24, eerste lid, de vervulling van bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan aan een onderneming opgedragen beheer van een dienst van algemeen economisch belang verhindert, kan de directeur-generaal op aanvraag verklaren dat artikel 24, eerste lid, niet van toepassing is op een daarbij aangewezen gedraging.’

⁵¹ Govaere 1996, Van Duijvenvoorde 1996 en Goyder 1998, p. 355-359.

⁵² Conclusie A.G. Jacobs bij HvJEG 26 november 1998, zaak C-7/97 (*Bronner*).

Volgens de MvA zal er echter niet snel een ontheffing worden verleend.⁵³ De ontheffingscriteria zijn ontleend aan artikel 86 lid 2 (90 lid 2 oud) EG-Verdrag. Overeenkomstig de jurisprudentie met betrekking tot dat artikel zal artikel 25 Mw zeer stringent worden toegepast. Om in aanmerking te komen voor een ontheffing moet een overheidsinstelling of een instelling die een dienst van algemeen economisch belang uitvoert aantonen dat het toepassen van artikel 24 Mw en het uitvoeren van de publieke taak innerlijk tegenstrijdig zijn.⁵⁴ Artikel 25 is zelfs nog iets stringenter dan artikel 86 lid 2 EG-Verdrag. Artikel 86 lid 2 voorziet in een vrijstelling indien aan de genoemde voorwaarden is voldaan, terwijl voor een beroep op artikel 25 Mw een ontheffing moet worden gevraagd.

Het belast zijn met een ‘dienst van algemeen economisch belang’ dient in beginsel te blijken uit een wettelijk voorschrift of uit een besluit van een bestuursorgaan. Volgens de MvT is echter niet uit te sluiten dat ‘in zeer bijzondere gevallen’ zo’n taak, hoewel niet expliciet en als zodanig bij (formeel) besluit opgedragen, ook afgeleid kan worden uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten.⁵⁵ In zo’n geval zal van overheidswege die taak in de praktijk ook als zodanig zijn erkend. De wetgever is dus ook voorzichtig om enkel een formele benadering van het begrip publieke taak te hanteren.⁵⁶

3.5.3 Mededingingswet dekt niet alle gedragingen

In verband met het *gebruik* van overheidsinformatie kan de mededinging op verschillende manieren worden beperkt. Een voorbeeld daarvan is dat een overheidsinstelling zich naast zijn hoofdtak gaat toeleggen op een afgeleide taak daarvan en zo in concurrentie treedt met marktpartijen. Indien overheidsinstellingen zich op de markt begeven in concurrentie met private instellingen, kan dat concurrentievervalsing werken. Overheidsinstellingen genieten immers bepaalde voordelen, waarover niet-overheidsinstellingen niet beschikken. Zo ontvangen overheidsinstellingen subsidie en geldt voor hen een ander fiscaal regime. Deze wijze van concurreren door overheidsinstellingen wordt echter door de Mededingingswet in beginsel niet bestreken.

Zo ontbreken nationale pendanten van de artikel 86 lid 1 en 87 (82 oud) EG-Verdrag. Op grond van artikel 86 lid 1 is het lidstaten onder meer verboden met betrekking tot (semi-) overheidsinstellingen maatregelen in stand te houden of in te voeren die in strijd zijn met de mededingingsregels van het EG-Verdrag. Artikel 87 verbiedt kortweg mededingingsbeperkende steunmaatregelen van overheden, waaronder ook subsidies en belastingvoordelen worden verstaan. Hoewel deze artikelen directe werking hebben, geldt voor de toepassing ervan dat er sprake moet zijn van een mededingingsbeperking tussen lidstaten. Van grensoverschrijdende concurrentievervalsing zal echter niet zo snel sprake zijn. De regering heeft aangekondigd dat deze concurrentievervalsing via aparte wetgeving zal worden weggenomen. Het in het volgende hoofdstuk te behandelen rapport ‘Markt en overheid’ van de commissie Cohen zal daarbij richtinggevend zijn.⁵⁷

⁵³ *Kamerstukken I* 1995/96, 24 707, nr. 232b, p. 17.

⁵⁴ Goyer 1998, p. 535.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 64.

⁵⁶ Vergelijk in dit verband echter het in het volgende hoofdstuk te bespreken Rapport Markt & Overheid van de Commissie-Cohen. *Markt en Overheid* 1997.

⁵⁷ *Kamerstukken I* 1995/96, 24 707, nr. 232b, p. 16.

3.6 Ongeoorloofde mededinging door de overheid

Hierboven zagen we dat het concurreren van overheden op de vrije markt vooralsnog niet goed te bestrijden is met behulp van de Mededingingswet. Het *gebruik* van overheidsinformatie kan op grond van artikel 24 Mw alleen bestreden worden indien de overheidsinstelling haar marktactiviteiten bekostigt uit publieke middelen. In dat geval is er sprake van kruissubsidiëring, hetgeen misbruik van machtspositie oplevert. Voor de juridische verweren tegen gebruik van overheidsinformatie zijn wij dus ook na de invoering van de Mededingingswet in bijzondere mate aangewezen op het civiele recht. Daarbij wordt de toelaatbaarheid van de overheidsmededinging beoordeeld aan de hand van het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging, een species van de onrechtmatige daad van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW).

De vraag *of* overheden zich op de vrije markt mogen begeven, is in 1974 door de Hoge Raad in bevestigende zin beslist.⁵⁸ Het is dus niet per se onrechtmatig indien een overheidsinstelling deelneemt aan de concurrentiestrijd vanuit zijn van rechtswege verkregen voorsprongpositie ten opzichte van private partijen.⁵⁹ Het is evenwel mogelijk dat de wetgever met de omschrijving van de publieke taak van de overheidsinstelling heeft aangegeven dat de overheidsinstelling zich niet met nevenactiviteiten op de markt dient te begeven. De Hoge Raad volgt hier dus een ‘ja, tenzij’ redenering in plaats van de evenmin ondenkbeeldige ‘neen, tenzij’ weg: de commerciële activiteit moet uit de specifieke publieke taakstelling blijken.⁶⁰ Concurrentie door overheidsinstellingen kan volgens de Hoge Raad echter ongeoorloofd zijn indien er in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan:

‘[D]at het belang bij een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van de particuliere dienstverleners om tegen een zodanige concurrentie door de overheid beschermd te worden.’

Bij deze casuïstische belangenafweging moet tevens rekening worden gehouden met de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen, aldus de Hoge Raad. Die opvattingen waren een kleine twintig jaar later in zoverre veranderd dat deze in 1994 volgens de Rechtbank Zutphen mede zijn gevormd door het EG mededingingsrecht.⁶¹ Het belang van het publiek gefinancierde energiebedrijf VNB om nevenactiviteiten te verrichten op de installatiemarkt woog niet op tegen het belang van de private installateur VNI. De uitspraak illustreert overigens mooi de huidige tendens om meer rekening te houden met de belangen van de private sector ten opzichte van de publieke sector.⁶² De bereidheid van ‘de politiek’ om voor het marktoptreden van overheidsinstellingen (ministeriële) verantwoordelijkheid te dragen, lijkt gedaald.

Deze uitspraken geven weliswaar inzicht in de vraag *of* een overheidsinstelling zich op de markt mag begeven, zij geven echter geen antwoord op de vraag onder welke voorwaarden dat mag. Betoogd is dan ook wel dat de in het kader van de ongeoorloofde mededinging ontwikkelde rechtspraak onvoldoende steun geeft om concurrentievervalsing door overheidsinstellingen tegen te gaan.⁶³ De zorgvuldigheidsnormen die op basis van artikel 6:162 BW in de rechtspraak zijn ontwikkeld, bieden niet veel houvast voor een naar

⁵⁸ HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264 (*Artiestenbemiddeling*).

⁵⁹ Martens (*Onrechtmatige Daad VI*), nr. 4.

⁶⁰ Vgl. het in het volgende hoofdstuk te bespreken rapport Markt & Overheid van de Commissie-Cohen. *Markt en Overheid* 1997.

⁶¹ Rb. Zutphen 19 mei 1994, NJ Kort 1995, 8 (*VNB*).

⁶² Van Eechoud 1998, p. 182.

⁶³ Pijnacker Hordijk & Snoep 1996, p. 928.

zekerheid strevende overheidsinstelling.⁶⁴ De vraag in hoeverre een overheidsinstelling mag concurreren lijkt in de eerste plaats een politiek antwoord te vereisen.⁶⁵ Dat dat antwoord van tijd tot tijd kan verschillen, is inmiddels wel gebleken.⁶⁶

In een recente uitspraak van het Hof Amsterdam in een geschil tussen Security Print en de Gemeente Amsterdam wordt toch weer enige richting gegeven aan concurrerende overheden.⁶⁷ Volgens het Hof is er sprake van ongeoorloofde mededinging indien een overheidsinstelling zich in vergelijking tot private aanbieders een belangrijke voorsprong verschafft, doordat zij uit hoofde van haar publieke karakter bepaalde voordelen geniet. Die voordelen kunnen onder meer gelegen zijn in het niet betalen van vennootschapsbelasting, het verschaffen van garanties door medeoverheden en het voorzien in financieringsbehoefte door medeoverheden. De voordelen moeten in concreto worden getoetst, niet in abstracto.

Het complexe karakter van deze kwestie moge blijken uit het feit dat de uitspraak van het Hof al de vijfde rechterlijke tussenkomst was (inclusief een schadeprocedure te Den Haag). Bovendien betreft het hier nog maar een tussenarrest; er moet nog eerst uitgebreid advies worden uitgebracht door een deskundige. De bij uitstek economische aard van het mededingingsrecht leent zich kennelijk slecht voor toetsing door een burgerlijke rechter.⁶⁸ Een gespecialiseerde instantie, zoals de NMa, lijkt daartoe beter uitgerust. Er zal echter altijd een leemte in de specifieke mededingingsrechtelijke wetgeving zijn, die met behulp van het open geformuleerde leerstuk van de ongeoorloofde mededinging dient te worden opgevuld. Wat dat betreft, blijft de civiele rechter onmisbaar.⁶⁹

⁶⁴ Van der Saag 1985.

⁶⁵ Verkade 1976, p. 122.

⁶⁶ Vgl. Kabel 1996.

⁶⁷ Hof Amsterdam 18 februari 1999, rolnr. 258/97.

⁶⁸ Pijnacker Hordijk & Snoep 1996, p. 928.

⁶⁹ Vgl. Kabel 1998, p. 97.

4 Toegang tot en gebruik van overheidsinformatie: overheidsbeleid

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het overheidsbeleid (in wording) ten aanzien van de toegang tot en gebruik van overheidsinformatie centraal. Wij hebben ervoor gekozen om uit de veelheid van (concept) beleidsstukken en -rapporten een aantal algemene punten te destilleren waarin beleidslijnen zijn vervat. Deze beleidslijnen geven in grote lijnen aan hoe de centrale overheid in Den Haag (en in beperkte mate de Brusselse) meent dat bepaalde dilemma's met betrekking tot overheidsinformatie dienen te worden opgelost. Zij hebben voorzover zij uitontwikkeld zijn doorgaans betrekking op de vraag in hoeverre in een democratische rechtstaat met openbaarheid van overheidsinformatie moet worden omgegaan en zij zijn niet altijd rechtstreeks toepasbaar op ons onderwerp: de informatie van kennisinstellingen. Niettemin is op dat punt beleid voorhanden en moet worden bezien wat dat voor ons onderwerp kan opleveren. Vervolgens zal worden gekeken of, en zo ja, in hoeverre de resultaten van die exercitie van belang zijn voor de in het tweede hoofdstuk geconstateerde dilemma's.

Een aantal kanttekeningen is hier op zijn plaats. Allereerst: beleid is veranderlijk. Tijdens het schrijven van dit rapport is het in een aantal opzichten aangepast aan nieuwe beleidsregels. Het is daarom onzeker of over tien jaar nog steeds hetzelfde beleid zal worden gevoerd. In de tweede plaats bevindt veel beleid ten aanzien van toegang tot en gebruik van overheidsinformatie zich nog in de fase van ontwikkeling, zoals hieronder ook zal blijken. In de derde plaats is gebleken dat bij het formuleren van de beleidslijnen enige generalisering onvermijdelijk is. Niet zelden is een beleidsstuk geschreven om een specifiek informatiedilemma op te lossen, zonder daarbij rekening te houden met de consequenties voor andere dilemma's. Wij hebben daar wel zoveel mogelijk rekening mee gehouden. Ten slotte: beleid is niet per definitie in overeenstemming met het positieve recht.

Hieronder zullen allereerst de belangrijkste beleidsstukken kort worden besproken. Er is hierbij gekozen voor een onderverdeling tussen beleidsdocumenten die in de eerste plaats betrekking hebben op het *gebruik* van overheidsinformatie en beleidsdocumenten die *toegang* tot overheidsinformatie als invalshoek hebben. Deze afzonderlijke bespreking van de beleidsdocumenten betekent echter niet dat deze onderwerpen kunnen worden gescheiden. Beleid ten aanzien van de toegang tot overheidsinformatie heeft direct gevolgen voor het mogelijke gebruik daarvan. Na behandeling van de beleidsdocumenten zal bekeken worden of de documenten informatie van kennisinstellingen (mede) als onderwerp hebben. Daartoe zullen de begrippen 'publieke sector' en 'overheidsinformatie' als voorvragen worden behandeld. Vervolgens zullen beleidslijnen worden geformuleerd. Daarna zullen deze beleidslijnen worden vergeleken met de in het tweede hoofdstuk geformuleerde acht dilemma's. Daar zal blijken dat het huidige beleid met betrekking tot een aantal dilemma's geen pasklaar antwoord heeft.

4.1.1 Beleidsdocumenten t.a.v. gebruik van overheidsinformatie

De belangrijkste bij het onderzoek betrokken beleidsstukken over gebruik van overheidsinformatie luiden in chronologische volgorde als volgt:

- Aanbevelingen ter verbetering van de samenwerking tussen de openbare en de particuliere sector op de informatiemarkt;
- Beleidslijn werken voor organisaties binnen en buiten de rijksoverheid;
- Rapport Markt en Overheid van de werkgroep Markt en Overheid onder leiding van J. Cohen;
- Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst;
- Kaderstelling gebruik van publieke gegevensbestanden;
- Advies Markt en Overheid van de Sociaal Economische Raad;
- Advies De overheid de markt- in of uitprijzen van de Raad voor het openbaar bestuur;
- Kabinetsstandpunten op laatstgenoemde adviezen.

In 1989 deed de Europese Commissie de ‘Aanbevelingen ter verbetering van de samenwerking tussen de openbare en de particuliere sector op de informatiemarkt’⁷⁰ verschijnen (‘Aanbevelingen’). Zoals de naam van het stuk al aangeeft, dienen de Aanbevelingen ertoe de publieke sector aan te zetten door haar verzamelde en gesystematiseerde informatie aan de private sector te leveren. Deze zou zo in staat worden gesteld toegevoegde waarde producten met behulp van de informatie te maken. Door uit te gaan van een strikte scheiding tussen enerzijds publieke sector als verzamelaar van ruwe data en anderzijds de private sector als producent van toegevoegde waarde producten, stelt de Commissie zich op het standpunt dat in beginsel enkel de private sector zich met de productie van toegevoegde waarde producten dient bezig te houden. De Aanbevelingen hebben mede door hun niet-bindende karakter in Nederland weinig effect gesorteerd.

In Nederland is onder meer in het kader van het traject Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit aandacht besteed aan de concurrentieverhouding tussen de publieke en private sector. Zo zag op 21 maart 1996 de Beleidslijn werken voor organisaties binnen en buiten de rijksoverheid (‘Beleidslijn’) het licht.⁷¹ Er is sprake van werken voor derden wanneer de opdrachtgever behoort tot andere overheden en aan de overheid gelieerde organisaties, zoals gemeenten, provincies en Europese instanties. De Beleidslijn geldt als vertrekpunt voor het omvangrijkere rapport Markt en Overheid van de werkgroep Markt en Overheid onder leiding van J. Cohen (‘rapport-Cohen’).⁷² In het rapport komt de werkgroep tot de conclusie dat overheidsinstellingen zich naast de uitvoering van hun publieke taken niet op open markten in concurrentie met private instellingen dienen te begeven. Op grond van dit uitgangspunt heeft de werkgroep een aantal aanbevelingen geformuleerd. Deze aanbevelingen zijn grotendeels door de regering overgenomen⁷³ en onder meer uitgewerkt in de ‘Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst’⁷⁴ (‘Aanwijzingen rijksdienst’) en de ‘Kaderstelling gebruik van publieke gegevensbestanden’⁷⁵ (‘Kaderstelling’). Net als de Beleidslijn, hebben de Aanwijzingen rijksdienst enkel betrekking op organisatie-eenheden behorend tot de rechtspersoon Staat, zoals het Centraal Bureau voor de Statistiek en Senter. De Kaderstelling heeft daarentegen

⁷⁰ Zie voor de Nederlandse tekst *Computerrecht* 1990-1, p. 44-46.

⁷¹ *Werken voor organisaties binnen en buiten de overheid* 1996.

⁷² *Markt en Overheid* 1997.

⁷³ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 45.

⁷⁴ *Stcrt.* 1998, 95, p. 8 e.v.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 24 036, nr. 98.

betrekking op organisaties die vallen buiten de rechtspersoon Staat. Voorzover kennisinstellingen niet tot de Rijksdienst behoren, zal dus de Kaderstelling van belang zijn.

Inmiddels heeft de Sociaal Economische Raad (SER) de regering geadviseerd over markt en overheid-wetgeving.⁷⁶ De SER heeft bezwaren tegen het absolute verbod voor publieke instellingen om marktactiviteiten te verrichten, zoals geformuleerd door de Commissie Cohen. De SER vindt een absoluut verbod te rigide:

‘Een verbodssysteem betekent het trekken van een lijn, die in de praktijk in bepaalde situaties als te knellend kan worden ervaren waardoor een uitzondering in de vorm van een vrijstelling of ontheffing gerechtvaardigd kan zijn.’⁷⁷

Volgens de SER mogen publieke instellingen marktactiviteiten verrichten, mits daaraan een algemeen wettelijke basis ten grondslag ligt. Deze algemene wet markt en overheid kan vervolgens worden uitgewerkt in sector specifieke regelgeving, bijvoorbeeld in de vorm van een kaderregeling of een gedragscode.⁷⁸

4.1.2 Beleidsdocumenten t.a.v. toegang tot overheidsinformatie

De belangrijkste bij het onderzoek betrokken beleidsstukken over toegang tot overheidsinformatie luiden in chronologische volgorde als volgt:

- Groenboek Overheidsinformatie: een essentiële hulpbron voor Europa;
- Nota Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie;
- Nederlandse reactie op het Groenboek Overheidsinformatie;
- Discussienota Naar een beleidskader voor het extern gebruik van elektronische gegevensbestanden van de overheid;
- Beleidslijn Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie;
- Rapport van de Commissie Grondrechten in het Digitale tijdperk van mei 2000 en het bijbehorende Kabinetsstandpunt van oktober 2000.

Van belang is allereerst het recente Groenboek ‘Overheidsinformatie: een essentiële hulpbron voor Europa’⁷⁹ (‘Groenboek Overheidsinformatie’). In het Groenboek wordt een tiental vragen geformuleerd die een brede openbare discussie moeten uitlokken over de toegang tot en gebruik van overheidsinformatie. De verwachting is dat de Commissie mede op basis van de reacties op het Groenboek een richtlijn zal formuleren. In het Groenboek wordt mede als uitgangspunt genomen de richtlijn van de Raad van 7 juni 1990 inzake de vrije toegang tot milieu-informatie⁸⁰ (‘richtlijn Milieu-informatie’ of ‘richtlijn’). Doordat het Groenboek voortbouwt op de richtlijn, bevindt deze zich op het grensvlak tussen beleid en positief recht. Om die reden is de richtlijn ook betrokken bij de analyse van het beleid. Alhoewel de richtlijn enkel de toegankelijkheid van milieu-informatie als onderwerp heeft, kunnen daaruit ook enkele algemene regels met betrekking tot toegang tot overheidsinformatie afgeleid worden.

De Nederlandse regering heeft met name in het kader van het wetgevingstraject ‘Informatievoorziening openbare sector’⁸¹ aandacht besteed aan de toegang tot

⁷⁶ *Markt en overheid* 1999.

⁷⁷ *Markt en Overheid* 1999, p. 41.

⁷⁸ *Markt en Overheid* 1999, p. 56.

⁷⁹ COM(1998)585.

⁸⁰ Richtlijn 90/313/EEG van de Raad van 7 juni 1990 inzake de vrije toegang tot milieu-informatie, *PbEG* 1990 L 158/56.

⁸¹ *Kamerstukken II* 1996/97-1997/98, 20 644, nrs 1-32.

overheidsinformatie. Het meest in het oog springend is de nota 'Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie'⁸² ('nota Toegankelijkheid' of 'nota'). Aanleiding voor de nota vormde de wens beter gebruik te maken van moderne informatie- en communicatietechnologie bij het ontsluiten van overheidsinformatie. De Nederlandse regering acht dit in de eerste plaats van belang om de betrokkenheid van de burger bij het democratische proces te verzekeren. In de tweede plaats wenst het kabinet hiermee het gebruik van gegevensbestanden van de overheid door het bedrijfsleven te stimuleren.

De Nederlandse reactie op het Groenboek Overheidsinformatie⁸³ ('reactie Groenboek') moet gezien worden als een tussenstap in deze beleidsontwikkeling. Voorts valt te wijzen op de discussienota 'Naar een beleidskader voor het extern gebruik van elektronische gegevensbestanden van de overheid' ('Discussienota')⁸⁴, en op de beleidslijn 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie', die de Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid op 20 april 2000 aan de Tweede Kamer heeft aangeboden.⁸⁵

Het voorlopige sluitstuk van al deze ontwikkelingen is te vinden in het voorstel voor een nieuw grondrecht op toegang tot informatie die bij de overheid berust. De Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk heeft advies uitgebracht over de gevolgen van nieuwe informatie- en communicatietechnologie voor de grondrechten. Zij heeft zich daartoe gebogen over de aanpassing van bestaande grondrechten én over de wenselijkheid nieuwe grondrechten vast te stellen. Bij dat laatste is vooral gedacht aan een grondrecht met betrekking tot de toegankelijkheid van elektronische overheidsinformatie. Het advies bevat inderdaad zo een nieuw grondrecht en het kabinet heeft aan het eind van het vorig jaar de formulering van de Commissie gevolgd en het wenselijk geacht dat bij de eerstvolgende grondwetswijziging in de grondrechtencatalogus een subjectief recht wordt opgenomen voor iedere burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie.⁸⁶ De formulering luidt:

1. Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt.
2. De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.

Toegang impliceert nog niet dat verkrijging gratis is, noch dat er geen enkele beperking aan het gebruik kan worden gesteld. Uitgangspunt is wel dat zoveel mogelijk tegen kosten van verstrekking toegang wordt verleend. Toegang impliceert nog niet dat aan het gebruik door afnemers geen restricties mogen worden gesteld. Uitgangspunt is in ieder geval ook dat de zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtsstaat (wetgeving, rechtspraak, parlementaire stukken, overheidsbesluiten) commercieel mag worden gebruikt. Wanneer het om andere informatie gaat, is de kwestie echter nog open: het kabinet meent dat die materie nog niet voldoende is uitgekristalliseerd. Bij die andere informatie kan worden gedacht aan Wob-informatie, d.w.z. aan informatie die op basis van de Wet openbaarheid van bestuur op verzoek verstrekt kan worden en aan allerlei andere informatie die bij (semi-)overheidsinstellingen berust, zoals bij het CBS, de Kamers van Koophandel, het Kadaster, universiteiten, musea, rijksarchieven, e.d. In de bestaande openbaarheidswetgeving zal geen verandering worden gebracht en dat betekent dat Wob-informatie ook, net zoals thans, commercieel mag worden gebruikt en dat wij voor het overige nog niet precies weten hoe het zit, tenzij er voor bepaalde vormen van informatie al een wettelijke regeling bestaat, zoals het geval is bij het Kadaster, bij de informatie die bij de Kamers van Koophandel berust of bij informatie die onder het regime van de Archiefwet valt. Dat in de bestaande

⁸² *Nota Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie* 1997.

⁸³ Reactie Groenboek van 27 mei 1999, WWW <http://www.minbzk.nl/pdf/eo/goed/regeringsreactie_groenboek_bijlage_5-99.pdf>, geraadpleegd 2 februari 2001.

⁸⁴ *Discussienota* 2000.

⁸⁵ *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000.

⁸⁶ *Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk* 2000.

openbaarheidswetgeving geen vernieuwing wordt gebracht betekent waarschijnlijk dat voor nog niet geregelde vormen van overheidsinformatie per geval afzonderlijke wetgeving tot stand wordt gebracht. Een soort van kaderwet zal daarbij echter niet kunnen worden gemist en die zal, voor zover het gaat om marktactiviteiten van de overheid, te vinden zijn in het wetsvoorstel Markt en overheid. Vooralsnog betekent het voorgestelde grondwetsartikel dus dat er een soort van Wob-regime gaat gelden voor alle informatie die bij de overheid berust. Dat regime komt er op neer dat toegang kan worden verleend tot informatie die op gegevensdragers beschikbaar is. Een recht op toegang betekent nog niet dat de informatie ook openbaar is; zij kan ook aan een beperkte groep van afnemers worden verstrekt. Het recht op toegang betekent evenmin dat er aanspraak bestaat op de echte documenten; een overheidsinstantie kan er ook voor kiezen om toegang te verlenen in de vorm van inlichtingen of samenvattingen. Tenslotte gaat het om informatie die berust bij een overheidsorgaan, d.w.z. bij een instantie die met openbaar gezag is bekleed. Informatieverkrijging van andere instellingen wordt niet geregeld.

4.2 Publieke sector, overheidsinformatie

Bij deze inventarisatie van beleidsdocumenten is het uiteraard van belang te bezien of de gehanteerde definities ‘publieke sector’ en ‘overheidsinformatie’ zo ruim zijn dat de kennisinstellingen en de door hen beheerde informatie eronder vallen. In hoofdstuk 1 zijn de kennisinstellingen beschreven. Daar bleek dat het gaat om overwegend publiek gefinancierde instellingen die uit hoofde van hun publieke taak informatie (van derden) verzamelen en bewaren. Hiertoe behoren dus niet alleen instellingen die behoren tot de Rijksdienst, maar ook organisaties daarbuiten.

4.2.1 Publieke sector

Een belangrijke voorvraag is of het in de verschillende beleidsdocumenten geformuleerde beleid t.a.v. de toegang tot en het gebruik van overheidsinformatie betrekking heeft op kennisinstellingen. Daarbij is het van belang of kennisinstellingen tot de ‘overheid’ of de ‘publieke sector’ behoren.

Er bestaan verschillende methoden om de publieke sector te definiëren. Het Groenboek onderscheidt er drie:

- De functionele benadering: de publieke sector omvat de instellingen die overheidsgezag uitoefenen of een publieke taak verrichten;
- De formeel juridische/institutionele benadering: alleen instellingen die uitdrukkelijk als zodanig in de relevante wetten zijn genoemd, behoren tot de publieke sector;
- De financiële benadering: de publieke sector omvat alle instellingen die hoofdzakelijk met overheidsmiddelen worden gefinancierd.

Deze benaderingen zijn alle drie terug te vinden in de genoemde beleidsdocumenten. In de richtlijn Milieu-informatie wordt bijvoorbeeld de functionele benadering gevolgd. De richtlijn strekt zich op grond van artikel 2 sub b jo. artikel 6 van de richtlijn uit tot alle overheidsorganen die op het gebied van milieu verantwoordelijkheid dragen, alsmede tot die instellingen met een publieke verantwoordelijkheid op milieugebied en die onder toezicht staan van bedoelde overheidsorganen. In de Aanbevelingen van de Commissie wordt daarentegen een financiële benadering gehanteerd. De publieke sector omvat daar niet alleen

de centrale en plaatselijke overheidsorganen, maar tevens instellingen wiens voornaamste inkomsten afkomstig zijn uit publieke middelen.

De Nederlandse overheid geeft over het algemeen de voorkeur aan de formeel juridische/institutionele benadering. Onderwerp van het rapport Markt en Overheid zijn bijvoorbeeld instellingen die een publieke taak *krachtens overheidsbesluit* uitoefenen. Op grond van het rapport⁸⁷ dient de publieke taak expliciet in wet- en regelgeving te zijn verankerd. De Gedragsregels publieke gegevensbestanden richten zich enkel tot deze zogenaamde overheidsorganisaties met exclusieve of bijzondere marktrechten (OEMs). Als voorbeelden van OEMs worden in het rapport Markt en Overheid onder meer openbare universiteiten, TNO en bijzondere universiteiten genoemd. Ook uit de reactie Groenboek blijkt dat de Nederlandse regering de institutionele benadering prefereert. Volgens de Nederlandse regering dienen problemen met betrekking tot toegankelijkheid van overheidsinformatie vanuit het publiekrecht te worden opgelost:

‘Het aangrijpingspunt voor een doeltreffend instrumentarium (...) ligt daarmee noodzakelijkerwijs in de betrokken wetten van de Lid-Staten. Dit hoeft niet te betekenen dat steeds de in het Groenboek (punt 72) genoemde “formeel-juridische/institutionele” benadering van “overheid” wordt gevolgd, *al ligt daar wel de kern van het probleem* (curs. toegevoegd).’⁸⁸

De omvang van de ‘overheid’ zal afhankelijk zijn van de gevolgde benadering. Over het algemeen zullen de functionele en de financiële benadering van de publieke sector tot een ruimere publieke sector leiden dan de juridisch/ institutionele benadering. Het is niet moeilijk voor te stellen dat een (semi-)private instelling publieke taken uitoefent of hoofdzakelijk door overheidsgelden wordt gefinancierd, terwijl de instelling niet expliciet in wet- of regelgeving als overheidsinstelling wordt genoemd. Ook zal duidelijk zijn dat de omvang van de ‘overheid’ veranderlijk is. Op grond van bijvoorbeeld de juridische/institutionele benadering is de omvang zo veranderlijk als wet- en regelgeving. Ten slotte dient opgemerkt te worden dat alle benaderingen een ruime omvang van ‘publieke sector’ tot gevolg hebben.

In beginsel wordt in de verschillende beleidsstukken een zeer ruime definitie van de ‘overheid’ of ‘publieke instellingen’ gehanteerd. Een beperking is slechts gelegen in de veelal door de Nederlandse regering gehanteerde juridische benadering van de publieke sector; er moet sprake zijn van een op wet- of regelgeving gebaseerde publieke taak. Voor zover dit het geval is, zullen kennisinstellingen veelal onder het toepassingsbereik van het beleid vallen. Het is echter de vraag of dat ook de bedoeling is. Niet zelden lijkt het beleid zich vooral op de (centrale) overheid in enge zin richten.

4.2.2 Overheidsinformatie

In het eerste hoofdstuk hebben wij vastgesteld op wat voor informatie dit onderzoek betrekking heeft. Het gaat om informatie die kennisinstellingen uit hoofde van hun publieke taak verzamelen en bewaren. De volgende belangrijke voorvraag is uiteraard of deze informatie in de hier besproken beleidsdocumenten wel wordt aangemerkt als overheidsinformatie.

Overheidsinformatie komt in vele soorten en maten. In de verschillende beleidsdocumenten worden dan ook verschillende typen overheidsinformatie onderscheiden. Beleid ten aanzien

⁸⁷ *Markt en Overheid* 1997, p. 21

⁸⁸ Reactie Groenboek van 27 mei 1999, WWW <http://www.minbz.nl/pdf/eo/goed/regeringsreactie_groenboek_bijlage_5-99.pdf>, p. 8, geraadpleegd 2 februari 2001.

van toegang tot en gebruik van overheidsinformatie kan per type informatie verschillen. Het Groenboek noemt drie mogelijke onderscheidingen van overheidsinformatie:

- Administratieve en niet-administratieve informatie, waarbij de eerste categorie op de overheid als bestuurder slaat, terwijl de tweede categorie informatie de buitenwereld betreft die de overheid bij de uitvoering van publieke taken verzamelt. Administratieve informatie kan verder worden onderverdeeld in informatie die essentieel is voor de werking van de democratie en informatie die dat niet is;
- Onderverdeling naar belang van de informatie: informatie die relevant is voor een groot publiek en informatie waarbij slechts een beperkte groep personen een rechtstreeks belang heeft;
- Onderverdeling naar economische waarde van de informatie.

In haar reactie op het Groenboek uit de Nederlandse regering kritiek op het eerste onderscheid. Daar lopen volgens de regering een institutioneel (administratief tegenover niet-administratief) en een inhoudelijk (essentieel tegenover niet-essentieel voor de democratie) door elkaar. Zij geeft de voorkeur aan een institutioneel onderscheid, waarbij overheidsinformatie wordt onderscheiden naar de 'trias politica' die de informatie verzamelen en uitgeven. Volgens de regering moet een principieel onderscheid worden gemaakt tussen de informatie van de wetgevende en rechterlijke macht enerzijds en de uitvoerende macht c.q. het bestuur anderzijds. Vervolgens kan weer een juridisch onderscheid gemaakt worden op basis van de verschillende toegankelijkheidswetten waar de informatie onder valt. Voor Nederland komt de regering dan tot de volgende onderverdeling:

1. Basisinformatie van de democratische rechtsstaat. Deze wordt gevormd door wet- en regelgeving, uitspraken van de rechterlijke macht en informatie van vertegenwoordigende lichamen;
2. Bestuurlijke informatie die valt onder de Wet openbaarheid van bestuur;
3. Informatie, met name uit elektronische bestanden, die beschikbaar is onder bijzondere bestuurswetten;
4. Informatie die valt onder de Archiefwet 1995;
5. Twee restcategorieën:
 - Informatie van (semi-)overheidsinstellingen, al dan niet in elektronische vorm, die niet valt onder de Wob;
 - Informatie die kan worden aangemaakt met elektronische gegevensbestanden van bestuursorganen, maar die geen of een zeer indirecte relatie heeft met de bestuurlijke taakuitoefening, zodat het volgens de regering onzeker is of deze kan worden aangemerkt als Wob-informatie.

De informatie die bij de kennisinstellingen berust, zal met name in de eerste van de twee restcategorieën vallen. Als voorbeeld van deze categorie worden in de reactie Groenboek catalogi van culturele objecten in publieke eigendom die door (semi-)overheidsinstellingen worden opgesteld genoemd.

Een vergelijkbaar maar eenvoudiger onderscheid wordt gemaakt in de beleidslijn 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie'. In de beleidslijn wordt onderscheid gemaakt tussen drie categorieën overheidsinformatie, waarvoor verschillende openbaarheidsregimes zouden moeten gelden: 'basisinformatie van de democratische rechtsstaat', 'Wob-informatie' en 'overige informatie'. Onder de eerste categorie valt informatie die wezenlijk is voor het functioneren van de democratie, zoals wet- en regelgeving, jurisprudentie, enzovoorts. Voorgesteld wordt deze algemeen raadpleegbaar te maken, onder meer via bibliotheken en het Internet. Onder de tweede categorie valt informatie die op grond van de Wob openbaar is. Met 'overige informatie' wordt bedoeld op

overheidsinformatie die niet onder beide andere categorieën begrepen kan worden, onder meer omdat enige relatie met bestuurlijk handelen ontbreekt. De beleidslijn noemt als voorbeeld ‘informatie van onderzoeksinstellingen (onderzoeksrapporten en –bestanden) en culturele instellingen (catalogi).’⁸⁹ Daarnaast wordt gewezen op registerinformatie en op statistische informatie die doorgaans in bijzondere wetten is geregeld, zoals de Wet politieregisters, de Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten, de Kadasterwet of de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens. Voor ons onderwerp is uiteraard met name de informatie bij onderzoeksinstellingen en culturele instellingen van belang. Anders dan voor de eerste twee categorieën, basisinformatie van de democratische rechtsstaat en Wob-informatie, wordt bij de laatste categorie geen beleidslijn voorgesteld.

Typerend voor de categorie ‘overige informatie’ is dat zij vooralsnog negatief wordt geformuleerd als informatie waarop de Wob niet van toepassing is en die niet als basisinformatie is aan te merken. Gelet op het onderwerp van dit onderzoek is het vervolgens zaak om deze categorie nog verder te beperken door informatie die een duidelijk juridische functie heeft (kadasterinformatie, politionele informatie, e.d.) uit te sluiten. Resteert dus informatie die bij musea en archieven en bij onderzoeksinstellingen voorhanden is en beheerd wordt door instellingen die als publiek zijn te beschouwen in de ruime zin als hierboven aangegeven. Door de bank genomen zien deze instellingen overdracht van de bij hen berustende informatie als een belangrijk onderdeel van hun taak, zij het, zoals wij in hoofdstuk 2 hebben gezien, dat een helder informatiebeleid ter zake ontbreekt.

4.3 Bestaand beleid en de informatie bij kennisinstellingen: aanpak

Zoals boven wellicht al duidelijk is geworden, begint er ten aanzien van de twee categorieën Wob-informatie en ‘basisinformatie’ (van de democratische rechtsstaat) langzamerhand enige duidelijkheid te ontstaan over de vraag hoe met die informatie behoort te worden omgegaan. Voorzover die twee categorieën mede informatie van kennisinstellingen omvatten, behoeft het wiel niet opnieuw te worden uitgevonden. Als gezegd is voor de restcategorie overige informatie nog geen duidelijk beleid voorhanden, voorzover die restinformatie tenminste niet in bijzondere wetgeving is geregeld. Zo bevatten bijvoorbeeld de Kadasterwet en de Wet Gemeentelijke basisadministratie al aanwijzingen hoe om te gaan met de desbetreffende informatie. Nederland staat overigens niet alleen in het min of meer ongeregeld hebben van deze restinformatie.⁹⁰

Nu er beleid is geformuleerd met betrekking tot basis- en Wob-informatie, ligt het uiteraard in de rede te bezien wat dat beleid, met inachtneming van verschillen en overeenkomsten in de soort informatie, kan opleveren voor de derde groep van overheidsinformatie en dan in het bijzonder voor informatie van de kennisinstellingen. Hierna onderzoeken wij of het bestaande beleid ten aanzien van basis- en Wob-informatie überhaupt wat kan opleveren. Een volledig beeld kan dat nog niet geven, ook daarom niet omdat moet worden onderzocht hoe het zit met de allocatie van intellectuele eigendomsrechten en met de beperkingen op die rechten. Bij die twee onderwerpen gaat het echter om zeer specifieke, afzonderlijk te behandelen problemen die dan ook hierna in twee afzonderlijke hoofdstukken aan de orde zullen worden gesteld en pas bij de conclusies zullen worden geïntegreerd.

⁸⁹ *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000., p. 8

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld voor Frankrijk Szönyi 2000, p. 705.

4.4 Actieve en passieve openbaarheid

Algemeen wordt aangenomen dat de basisinformatie zelfstandig, laagdrempelig en in onderlinge samenhang raadpleegbaar dient te zijn. Er geldt hier dus een bekendmakingsplicht, ofwel een actieve openbaarmheidsplicht, te vergelijken met die in artikel 8 van de Wob. Die plicht vloeit voort uit rechtstatelijke principes: wetgeving en rechtspraak dienen openbaar te zijn omdat zij de burger plichten opleggen. Het object van de basisinformatie (wetgeving, rechtspraak en de handelingen van vertegenwoordigende lichamen die aan wetgeving ten grondslag liggen) bevat dat kenmerk dan ook. Dat voor die informatie een actieve openbaarmheidsplicht geldt, is dus onomstreden. Datzelfde kan niet worden gezegd van de actieve openbaarmheidsplicht in de Wob. Het object van die plicht is niet helder.⁹¹ Als dat al zo is ten aanzien van Wob-informatie, dan geldt zulks des te meer voor informatie van kennisinstellingen. De vraag of die instellingen onderworpen moeten worden aan een actieve openbaarmheidsplicht in de zin die voor basisinformatie geldt, kan dus vanuit het bestaande openbaarmheidsbeleid niet worden beantwoord en moet zelfstandig worden geformuleerd. Daarop is alleen maar een uitzondering mogelijk, indien het gaat om beslissingen van kennisinstellingen en de daaraan ten grondslag liggende informatie die algemeen bindende besluiten tot gevolg heeft.

Met het voorstel voor een nieuw grondrechtartikel over toegang en toegankelijkheid van overheidsinformatie, zal echter een uitdrukkelijke basis worden verschaft aan actieve openbaarheid van de informatie die bij kennisinstellingen berust. Het tweede lid van het voorgestelde artikel bepaalt immers – in de versie zoals in het Kabinetsstandpunt verwoord – dat de overheid zorg draagt voor de toegankelijkheid van de bij de overheid berustende informatie. Voor publieke kennisinstellingen wordt de taak tot verspreiding van kennis dus voorzien van een constitutionele grondslag. Die grondslag zegt nog niets over openbaarheid; wij hebben immers gezien dat het begrip toegang op zichzelf nog geen toegang voor iedereen behoeft te impliceren. Wanneer een kennisinstelling echter de markt betreedt met haar informatie, dan wel haar informatie slechts aan bepaalde derden zou willen leveren, volgt, zoals wij straks zullen zien, uit het beginsel van een onvervalste mededinging dat zij verplicht is haar informatie ook aan ieder ter beschikking te stellen en dat in dat opzicht toegankelijkheid dus gelijk te stellen is aan (actieve) openbaarheid. Tot actieve openbaarheid wordt een kennisinstelling dus gedwongen als zij zelf marktactiviteiten onderneemt, dan wel overweegt haar informatie exclusief ter beschikking te stellen in een situatie waarin haar publieke taak haar daartoe niet dwingt. Voor het overige is actieve openbaarheid, en met name de wijze waarop daaraan gevolg wordt gegeven, een kwestie van invulling van de publieke taak van een instelling.

Passieve openbaarheid is kenmerkend voor Wob-informatie. Het gaat om een recht om bestuurlijke informatie op verzoek te verkrijgen. Ook hier geldt dat de grondslag voor die plicht niet zonder meer te transponeren is op informatie die bij kennisinstellingen berust. Die grondslag is immers gelegen in het kunnen controleren en participeren in het democratisch debat, dat wil zeggen in een debat dat mogelijk plichten oplegt aan burgers, althans nadelige gevolgen voor die burgers kan hebben. In zoverre als het laatste het geval is, is een passieve openbaarmheidsplicht natuurlijk aangewezen, ook als het informatie betreft die bij kennisinstellingen berust en die niet onder Wob-informatie valt. In andere gevallen dient het toegangsprobleem zelfstandig te worden geformuleerd.

Met het nieuwe grondrechtartikel over toegang tot overheidsinformatie is de Wobstructuur in zekere zin echter tot een algemene structuur geworden. Ingevolge het eerste lid van het nieuwe grondrechtartikel heeft immers eenieder recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie en is het begrip informatie niet beperkt tot Wob-informatie. Dat neemt

⁹¹ Wopereis 1996, p. 246.

echter niet weg dat het gaat om een systeem waarin verlening van toegang afhankelijk is van een overheidsbesluit. De voorwaarden waaronder toegang wordt verleend, zullen toch in nadere wettelijke regelingen moeten worden vastgelegd.

4.5 Gebruiksrestricties

Toegang impliceert nog niet dat het gebruik van informatie ook volkomen vrij is. Kennisinstellingen plegen, zo is uit het praktijkonderzoek gebleken, nogal eens onderscheid te maken naar afnemers of naar het doel waarvoor de informatie wordt gevraagd. Basisinformatie dient, zo wordt nu wel algemeen aanvaard, vrij van restricties beschikbaar gesteld te worden voor zover uiteraard de overheid van die informatie de producent is. Voor gebruik en hergebruik dienen evenmin restricties te gelden, zelfs niet en misschien wel juist niet, wanneer het gebruik commercieel van aard is. De grondslag voor de actieve openbaarsplicht terzake ligt immers mede in de gedachte dat het aan de markt is om dit soort informatie verder te verfijnen en te bewerken. Van exclusieve beschikbaarstelling aan een enkele partij kan tenslotte evenmin sprake zijn.

Dit principe is zeer in het algemeen voor overheidsinformatie geformuleerd in de Kaderstelling publieke gegevensbestanden, waar als volgt wordt bepaald:

'Het verstrekken van gegevens uit publieke gegevensbestanden aan derden is enkel toegestaan voor zover verstrekking op non-discriminatoire wijze plaatsvindt en alle afnemers onder uniforme voorwaarden toegang krijgen tot de informatie.'⁹²

Zulks is ook één van de hoofdlijnen van het Informatiebeleid, zoals geformuleerd door het Ministerie van Binnenlandse Zaken in de Discussienota.⁹³ Ten aanzien van Wob-informatie geldt min of meer hetzelfde, zij het dat hier anders dan bij de auteursrechtelijk vrijgestelde basisinformatie, auteursrechtelijke beperkingen kunnen gelden wanneer het gaat om informatie die van derden afkomstig is. En in het algemeen geldt, dat het gebruik van Wob-informatie aan de gewone wettelijke beperkingen is onderworpen, zoals naast de Auteurs- en de Databankenwet, de Wet bescherming persoonsgegevens en mogelijke andere regels die tot geheimhouding dan wel vertrouwelijkheid verplichten. Belangrijk gemeenschappelijk kenmerk hier is dat het commercieel gebruik door afnemers vrij is, althans behoort te zijn. Een dergelijk uitgangspunt is op basis van het bestaande beleid niet gegeven bij het gebruik van informatie van kennisinstellingen. Het kan zijn dat die instellingen ook een actief of passief openbaarmakingsbeleid hanteren, maar dat hoeft nog niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat geen restricties aan het (her)gebruik door afnemers mogen worden gesteld. De grondslag voor een actief openbaarmakingsbeleid is immers in beide gevallen niet hetzelfde. De toelaatbaarheid van toegangsrestricties door kennisinstellingen dient in het algemene recht, in het bijzonder in het mededingingsrecht, te worden gevonden. In beginsel zijn gebruiksrestricties door kennisinstellingen echter niet verboden. Het voorgestelde grondwetsartikel over toegang tot bij de overheid berustende informatie brengt daarin geen verandering, omdat gebruikskwesties daarin vooralsnog uitdrukkelijk buiten beschouwing zijn gebleven voorzover het betreft de informatie waarover het hier gaat. Het Kabinet meent dat die materie nog niet voldoende is uitgekristalliseerd.

⁹² Kaderstelling publieke gegevensbestanden, *Kamerstukken II* 1997/98, 24 036, nr. 98, p. 3. Zie ook artikel 13 lid 2 Aanwijzingen Rijksdienst, *Stcrt.* 1998, 95, p. 8 e.v.

⁹³ *Discussienota* 2000, p. 7.

4.6 Prijs

Langzamerhand wordt algemeen aanvaard dat basisinformatie en Wob-informatie uitsluitend tegen de kostprijs van de verstrekking (bijvoorbeeld kopieën of andere informatiedragers) beschikbaar moeten worden gesteld. Met name voor basisinformatie zal dat op termijn een betrekkelijk grote ICT operatie vergen, omdat de gedachte is dat met behulp van ICT de toegankelijkheid van deze vormen van informatie aanzienlijk kan worden vergroot.

In de praktijk lopen de vergoedingssystemen bij overheidsinformatie echter nogal uit elkaar. Terwijl bijvoorbeeld het beleid met betrekking tot informatievoorziening binnen de publieke sector is gericht op het tegengaan van onderlinge verrekening, wijst de praktijk juist een andere kant op. De verklaring daarvoor is dat het principe van een doelmatige informatieverstrekking er als het ware vanzelf toe leidt dat structureel vergoedingen worden gevraagd die mede gebaseerd zijn op het opbouwen van de desbetreffende informatiebestanden. Voorts staat wel vast dat de kosten voor het verstrekken van Wob-informatie in de praktijk min of meer met de natte vinger worden vastgesteld en per instantie aanzienlijk uiteen kunnen lopen.⁹⁴ Niettemin is het uitgangspunt duidelijk gericht op een systeem waarin door publieke instanties geen vergoedingen mogen worden gevraagd voor investeringen in de informatie. Dat uitgangspunt hangt samen met de aard van de informatie waar het hier om gaat en is niet zonder meer toe te passen op informatie van kennisinstellingen. Niettemin is dat uitgangspunt mede gebaseerd op het voorkomen van dubbele betaling, d.w.z. nu de burger doorgaans via de belastingen al aan de opbouw van deze informatie heeft meebetaald, dient dat niet nog eens een keer te gebeuren. Dat laatste nu kan relevant zijn voor de vraag of publiek gefinancierde kennisinstellingen een prijs voor hun informatie mogen rekenen die geheel of voor een deel gebaseerd is op de investeringen, gemoeid met het opbouwen en onderhouden van die informatie. Het antwoord op die vraag wordt heden ten dage voor het grootste gedeelte bepaald door de restricties dienaangaande die het mededingingsrecht opwerpt voor publiek gefinancierde instellingen die activiteiten van min of meer commerciële aard ondernemen en wij komen daar in de volgende paragraaf dan ook op terug. Niettemin zijn er op dit punt beleidstukken van overheidszijde die, om het zachtjes uit te drukken, een nogal wisselend perspectief vertonen.

De prijsbepaling voor overheidsinformatie is, zo wordt in beginsel wel aangenomen, afhankelijk van de marktsituatie. In het geval een overheidsinstelling zich op de markt begeeft in concurrentie met de private instellingen, zal dit zoveel mogelijk op basis van gelijke concurrentieverhoudingen dienen te geschieden. Op grond van de Aanwijzingen rijksdienst dienen bijvoorbeeld de kosten aan arbeid, vermogen en productiemiddelen volledig doorberekend te worden in de prijs (Aanwijzingen 8, 9 en 10). Ook dienen op grond van Aanwijzing 11 de prijzen verhoogd te worden met een voor de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting op de markt gebruikelijk bedrag en met een winstopslag. Iets dergelijks is ook in de Beleidslijn bepaald:

'In de eerste plaats zal wanneer informatie over marktprijzen beschikbaar is, de prijs van de produkten die aan derden worden geleverd met het oog op mogelijke concurrentieverstoring moeten worden getoetst aan de gemiddelde marktprijs. In de tweede plaats dient, wanneer deze informatie niet beschikbaar is, uitgegaan te worden van de integrale of additionele kosten, plus een aantal fictieve elementen die bovengenoemde financiële voordelen teniet doen. De fiscale voordelen worden teniet gedaan door de kostprijs te verhogen met de voor de betreffende belastingen gebruikelijke percentages. Het voordeel van het ontbreken van een winststreven wordt opgeheven door de kostprijs te verhogen met een winstopslag van 5 procent. Verder worden in de administratieve organisatie waarborgen (maatregelen van interne controle) ingebouwd die kruissubsidiëring voorkomen.'⁹⁵

⁹⁴ Eechoud & Kabel 1998

⁹⁵ *Werken voor organisaties binnen en buiten de overheid* 1996.

Indien er sprake is van unieke overheidsinformatie, met andere woorden, indien de overheidsinstelling de enige aanbieder is van de informatie, dienen enkel de verstrekkingsof additionele kosten en eventueel de extractiekosten in rekening te worden gebracht. Dit komt onder meer tot uiting in Aanbeveling 4 van de Aanbevelingen van de Commissie:

‘Er zou een prijs moeten worden bepaald die een weerspiegeling is van de kosten die voortvloeien uit het voorbereiden van de informatie en het doorgeven ervan aan de particuliere sector, maar waarin niet noodzakelijk de totale kostprijs van het dagelijks verzamelen en verwerken van informatie door de administratie wordt doorberekend.’

Het is overigens opvallend dat in de reactie op het Groenboek met betrekking tot prijsbepaling een onderscheid wordt gemaakt tussen commerciële en niet-commerciële gebruikers. De Nederlandse regering acht het redelijk dat commerciële gebruikers op basis van het profijtbeginsel een hogere prijs betalen voor de informatie dan niet- commerciële gebruikers.

In de Beleidslijn ‘Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie’ wordt van dit onderscheid evenwel weer uitdrukkelijk afstand genomen: ‘tussen het gebruik van bestanden door andere overheidsorganen en het (al dan niet commercieel) gebruik door particulieren mag in beginsel geen onderscheid worden gemaakt.’⁹⁶ In de nota worden hiervoor drie redenen genoemd. Allereerst: ook het bedrijfsleven betaalt via de belastingheffing mee aan de totstandkoming van de bestanden; vaak worden de gegevens zelfs uit hoofde van een publiekrechtelijke regeling verplicht aangeleverd (aan bijvoorbeeld het Handelsregister). Ten tweede: van de levering aan het bedrijfsleven van overheidsbestanden tegen (maximaal) de verstrekkingskosten kan een economische stimulans uitgaan. En tenslotte: het is praktisch ondoenlijk een onderscheid te maken tussen particuliere en commerciële gebruikers.

Het zal duidelijk zijn: het laatste woord over prijsbepaling is, zelfs ten aanzien van situaties waarin zich langzamerhand een beleid begint te vormen, nog niet gezegd, met name niet wanneer overheden zich op de markt begeven. Dat laatste punt is scherper omlind aan de orde gekomen in de discussie over marktactiviteiten van publieke instellingen, een punt dat wij hierna dan ook aan de orde stellen.

4.7 Marktactiviteiten van publiek gefinancierde instellingen

Voorzover het om Wob-informatie en om basisinformatie gaat, begint langzamerhand de gedachte post te vatten dat deze informatie niet door de overheid zelf gecommercialiseerd mag worden. De vraag is of die gedachte ook voor kennisinstellingen geldt. De rapporten en bijbehorende kabinetsstandpunten op dit terrein hebben uitdrukkelijk ook gelding voor het terrein dat ons bezighoudt, de informatie die bij kennisinstellingen berust. Het gaat achtereenvolgens om het bekende rapport van de Commissie Cohen, de daarop uitgebrachte adviezen van de Raad voor het openbaar bestuur en de SER en de daarop gevolgde kabinetsstandpunten.⁹⁷

Het rapport van de Commissie Cohen bepleitte een even eenvoudige als radicale oplossing voor de bestrijding van oneerlijke overheidsconcurrentie: juridische, boekhoudkundige, beheersmatige en economische ontvlechting van publieke en marktactiviteiten. De belangrijkste uitzondering die op dit ontvlechtigingsgebod mocht worden gemaakt, had

⁹⁶ *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000, p. 16

⁹⁷ Kabinetsstandpunten, *Kamerstukken II* 1999/2000, 24 036, nr. 12; Rapport Cohen, *Markt en Overheid* 1997; SER-advies, *Markt en Overheid* 1999; Het Rob-advies dateert van eind januari 1999.

betrekking op ons terrein, dat van de zogenaamde kennisinfrastructuur. Op deze uitzondering waren echter een aantal gedragsregels van toepassing die als praktisch resultaat eigenlijk neerkwamen op eenzelfde radicale oplossing als die welke in het algemeen voor bestrijding van oneerlijke overheidsconcurrentie werd gehanteerd.⁹⁸ Niettemin bevatte de uitzondering een aantal belangrijke algemene richtlijnen die een meer algemene betekenis hebben voor publieke kennisinstellingen die zich op de markt willen begeven. Ervan uitgaande dat het juist tot de publieke taak van dergelijke instellingen behoort hun kennis te verspreiden – de grondslag voor de uitzondering – dient zulks echter uitsluitend onder vier, zelfstandige, niet cumulatieve voorwaarden plaats te vinden, te weten:

1. de activiteit is onlosmakelijk verbonden aan een wettelijk geformuleerde publieke taak; of
2. de activiteit wordt door niemand anders op de markt geleverd; of
3. de resultaten van de activiteit worden openbaar gemaakt; of
4. de desbetreffende instelling behoudt zich de intellectuele eigendomsrechten voor.

De gedragsregels die in die vier situaties van toepassing zouden zijn, hadden voornamelijk als doel een gelijkheid van concurrentievoorwaarden, met name te bewerkstelligen door middel van een juiste toerekening van kosten aan de marktactiviteiten van de instelling. Vennootschapsbelasting betalen, geen kruissubsidies, het vermogen van de instelling alleen beschikbaar stellen op marktconforme voorwaarden, toerekening van activa aan marktactiviteiten, non-discriminatoire en marktconforme beschikbaarstelling van de kennis, integrale afrekening van loon- en andere personeelslasten, niet aanleunen tegen het imago van de publieke instelling, geen toepasselijkheid van bestuursrecht maar ook niet van publieke openbaarheidswetgeving, om maar de belangrijkste gedragsregels te noemen. De laatste gedragsregel, als die zo genoemd kan worden, is verhelderend en maakt een eind aan de moeizame discussie over de vraag wat de rol van openbaarheidswetgeving op dit terrein zou moeten zijn. Bezielt men die regels dan wordt echter tevens duidelijk dat er weinig of geen verschil bestaat met de gewone oplossing waarvoor de uitzondering niet geldt. Het enige verschil is dat er juridisch niet hoeft te worden ontvlochten. Voor het overige is er sprake van een 100% ontvlechting.

De Cohensoep is niet zo heet gegeten als zij werd opgediend. Allereerst is opvallend dat de uitzondering met betrekking tot de kennisinfrastructuur in de op het rapport Markt en Overheid gebaseerde Aanwijzingen rijksdienst is verdwenen.⁹⁹ In plaats daarvan is een algemene uitzonderingsgrond opgenomen: in het geval de marktactiviteit bij of krachtens de wet is opgedragen of voortvloeit uit internationale verplichtingen is deze toegestaan. De uitzondering met betrekking tot kennisinfrastructuur zou hierdoor volgens de toelichting bij de Aanwijzingen zijn ondervangen. Dat is niet helemaal juist, aangezien bij deze uitzondering nu juist geen sprake was van een op wet- of regelgeving gebaseerde marktactiviteit. Het lijkt erop dat de Nederlandse regering uitzonderingen zoveel mogelijk in de wet opgenomen wenst. Wat dat betreft zij opgemerkt dat een wijziging van de publieke taak bij wet ook de mogelijkheid tot het verrichten van marktactiviteiten kan introduceren. Jammer is alleen dat de bovengenoemde zelfstandige voorwaarden waarbinnen de uitzondering voor de kennisinfrastructuur van toepassing is, daardoor ietwat uit het zicht zijn verdwenen.

De SER zit op het oog op dezelfde lijn: uitzonderingen dienen wettelijk te worden vastgelegd. Zij heeft bezwaren tegen het absolute verbod voor publieke instellingen om marktactiviteiten te verrichten, zoals geformuleerd door de Commissie-Cohen. Zij meent dat het verrichten van marktactiviteiten door publieke instellingen toegestaan is, mits hieraan

⁹⁸ Vgl. Kabel 1998, p. 94-95.

⁹⁹ Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksoverheid, *Kamerstukken II* 1997/98, 24 036, nr. 91.

een besluit van een democratisch gekozen vertegenwoordiging (parlement, provinciale staten, gemeenteraad) aan ten grondslag ligt. Volgens de SER zijn met een dergelijke oplossing de verschillende, divergerende belangen van enerzijds de markt en anderzijds de overheid het meest gediend.¹⁰⁰ In beginsel moet de publieke sector zich niet aan marktactiviteiten wagen, indien de uitvoering daarvan efficiënter door een particuliere onderneming kan worden verricht. De SER neemt de optimale allocatie van collectieve en private middelen dus als uitgangspunt.¹⁰¹

Naast het SER-advies is nog advies gevraagd aan de Raad voor het openbaar bestuur. Ook deze kiest voor een flexibele opstelling. De Raad komt daartoe met een aantal criteria in acroniemvorm die uitmonden in min of meer vanzelfsprekende trefwoorden als b.e.t.e.r. (betrouwbaar, effectiviteit, transparantie, efficiency en rechtvaardigheid) en als b.r.a.v.o. (balans tussen wet- en regelgeving, rechtsbescherming, afwenteling van private kosten op publieke middelen voorkomen evenals verstoring van marktwerking alsmede het oneigenlijk gebruik van gegevens).

De standpunten van het kabinet op beide adviezen geven geen concrete oplossing voor het probleem dat ons bezighoudt. Meer in het algemeen valt uit die standpunten het volgende af te leiden:

1. Het beleid dient gericht te zijn op een wettelijke regeling van de problematiek van markt en overheid;¹⁰²
2. De opvatting om alleen in uitzonderingssituaties marktoptreden toe te staan is verlaten;
3. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen toetredings- en gedrags- of spelregels. Bij de eerste staat centraal de vraag welk publiek belang gemoeid is met het betreden van de markt door een overheid en of het dienen van dat belang opweegt tegen een eventueel concurrentieverstorende werking ervan. Wanneer eenmaal antwoord is gegeven op de vraag waarom de overheid iets zou moeten ondernemen, is vervolgens de vraag op welke wijze, d.w.z. volgens welke spelregels dat dient te gebeuren;
4. Beide vragen, die naar het waarom en naar het hoe, dienen steeds van geval tot geval te worden beoordeeld.

4.8 Marktrijp maken van kennis

Een probleem dat met het voorgaande verband houdt, maar hier toch afzonderlijk wordt behandeld omdat het tot zoveel discussies en dilemma's aanleiding heeft gegeven, betreft de vraag of een kennisinstelling de kennis waarover zij de beschikking heeft gemakkelijker toegankelijk mag maken voor het publiek of voor bepaalde afnemers. Vergroten van de toegankelijkheid heeft uiteraard vaak mede tot gevolg dat het product daardoor aantrekkelijker wordt voor de gebruikers en daarmee dreigt het gevaar van concurrentieverstoring. Van de andere kant kan het juist mede tot de publieke taak van de desbetreffende instelling behoren kennis aldus toegankelijk te maken.

Op grond van de Kaderstelling publieke gegevensbestanden is bijvoorbeeld het bewerken van overheidsinformatie in publieke gegevensbestanden slechts in beperkte mate toegestaan. Bewerkingen zijn in de eerste plaats toegestaan indien deze verbonden zijn met de publieke taak. In de tweede plaats kan de politiek verantwoordelijke toestemming verlenen voor bewerkingen indien het informatie betreft waarin de markt niet voorziet en de informatie van

¹⁰⁰ *Markt en Overheid* 1999, p. 54.

¹⁰¹ *Markt en Overheid* 1999, p. 40.

¹⁰² De verwachting is dat een daartoe strekkend ontwerp nog dit jaar wordt ingediend. Uiteraard zal zo een ontwerp vooral algemene lijnen bevatten.

groot maatschappelijk belang is voor de burger.¹⁰³ In het geval dat de informatie bewerkt wordt zal de toegang tot het ruwe basismateriaal gewaarborgd moeten blijven. Dit volgt onder meer uit Aanwijzing 13 lid 2 van de Aanwijzingen rijksdienst.¹⁰⁴

In de Nota Toegankelijkheid en de Nederlandse reactie Groenboek wordt in dit verband gesproken van het 'dilemma van de publieke taak'. De publieke sector kan de gebondenheid met de publieke taak herstellen door bewerkingen aan de private sector over te laten. Deze heeft volgens de Nederlandse regering echter meestal slechts behoefte aan door de publieke sector verrijkte informatie. Om dit te realiseren moet de publieke sector zich dus weer losmaken van haar publieke taak. Volgens de Nederlandse regering kan dit dilemma enkel worden doorbroken door publiekrechtelijke regelgeving die het verstrekken en bewerken van bestandsinformatie onder de publieke taak van het bestuur brengt.¹⁰⁵ Dat is uiteraard nog geen inhoudelijke oplossing, omdat er dan toch nog gekozen dient te worden.

In het Publaw III rapport wordt scherpe kritiek geuit op dit onderscheid tussen enerzijds de publieke sector als verzamelaar van basismateriaal en anderzijds de private sector als producent van toegevoegde waarde producten. Volgens de schrijvers van het rapport is het niet realistisch de publieke sector te verbieden waarde toe te voegen aan hun informatieproducten. In sommige gevallen is de publieke sector volgens hen zelfs meer aangewezen om waarde toe te voegen, bijvoorbeeld omdat de informatie zonder de toegevoegde waarde niet volledig is.¹⁰⁶ Ook in de reactie van het Legal Advisory Board wordt gepleit voor flexibiliteit ten aanzien van het bewerken van basismateriaal door de publieke sector. Indien de publieke sector van oordeel is dat waarde aan overheidsinformatie dient te worden toegevoegd om publieke belangen te dienen, moet dit volgens het LAB mogelijk zijn.¹⁰⁷

De Franse rechtspraak wijst echter uit dat het argument van verwarring en bijbehorende aansprakelijkheid nauwkeurig moet worden gewogen. In een aantal zaken weigerden Franse publieke kennisinstellingen levering van gespecialiseerde informatie aan afnemers met het argument dat door die levering geen zicht meer bestaat op de betrouwbaarheid van de verdere verspreiding van informatie, zodat er ook geen mogelijkheid bestaat mogelijke aansprakelijkheid van de oorspronkelijke houder van de informatie te beperken. Dat argument pleit er voor bewerkingsactiviteiten exclusief voor te behouden aan de publieke kennisinstelling.¹⁰⁸ Het noopt echter tegelijkertijd tot nauwkeurig onderzoek naar de vraag of dat voorbehoud inderdaad noodzakelijk is om de gevreesde verwarring te voorkomen.

Een eerste concrete oplossing van de problematiek is te vinden in de afspraken die door overheid en Kamers van Koophandel zijn gemaakt over de informatieproducten van de Kamers.¹⁰⁹ Daaruit blijkt dat de gegevens uit het handelsregister alleen als afzonderlijk informatieproduct mogen worden aangeboden. Gegevens uit verschillende registers mogen

niet worden gecombineerd. Auteursrecht op een informatieproduct mag niet worden voorbehouden. Het is iedere afnemer toegestaan om vrijelijk gebruik te maken van de gegevens uit het handelsregister en het register als bron te vermelden. De Kamers dienen

¹⁰³ In de Aanbevelingen van de Commissie wordt naast deze twee uitzonderingen nog een derde genoemd: wanneer een onmiskenbaar neutrale en van de particuliere informatie-industrie onafhankelijke dienst wordt vereist (Aanbeveling 8).

¹⁰⁴ Vgl. ook Aanbeveling 19 van de Aanbevelingen van de Commissie en *Publaw III*, WWW <<http://158.169.50.95:10080/legal/en/publaw/publaw.html>>, p. 81, geraadpleegd 5 februari 2001.

¹⁰⁵ Reactie Groenboek van 27 mei 1999, WWW <http://www.minbzk.nl/pdf/eo/goed/regeringsreactie_groenboek_bijlage_5-99.pdf>, p. 6, geraadpleegd 2 februari 2001 en *Discussienota* 2000, p. 2; in gelijke zin *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000, p. 9: 'Overwogen kan worden dergelijke verstrekkingen en bewerkingen wettelijk vast te leggen als behorend tot de publieke taak.'

¹⁰⁶ *Publaw III*, WWW <<http://158.169.50.95:10080/legal/en/publaw/publaw.html>>, geraadpleegd 5 februari 2001, p. 76 e.v.

¹⁰⁷ Reactie LAB, p. 6.

¹⁰⁸ Vgl. hierover uitgebreider Kabel 1997, p. 13-20.

¹⁰⁹ *Kamersstukken II* 1998/99, 24 036, nr. 112, p. 7.

zich te onthouden van een actief promotie- en marketingbeleid. Deze restricties zijn opgelegd om concurrentievervalsing te voorkomen.

Dergelijke restricties zijn bijvoorbeeld ook te vinden bij de wijze waarop het Kadaster dient om te gaan met haar registerinformatie. Een aanpak als deze is geschikt voor een markt waarop inderdaad concurrentie mogelijk is. Getuige de procedures die bijvoorbeeld tegen de Kamers van Koophandel zijn gevoerd door particuliere bedrijven, was in die sector ook feitelijk van concurrentie sprake. Dergelijke procedures zijn eveneens gevoerd op het terrein van arbeidsbemiddeling en van drukkerijbedrijven. Vooraleer met dit soort bewerkingsrestricties wordt gewerkt, dient dus te worden onderzocht of er op de kennismarkt eveneens van soortgelijke concurrentie sprake kan zijn. Mocht dat het geval zijn, dan is een zekere mate van concurrentievervalsing bewerkend, gelet op de publieke taak van de instellingen (verdeling van kennis), niet uitgesloten. Een en ander vergt echter een duidelijke politieke keuze, zoals die ook verricht is bij instellingen als de Kamers van Koophandel en het Kadaster. Die politieke keuze dient zijn weerspiegeling te vinden in een uitdrukkelijke taakomschrijving voor de desbetreffende instellingen.

4.9 Uitoefening van rechten van intellectuele eigendom

De meeste beleidsstukken erkennen dat het auteurs- of databankrecht op gespannen voet kan staan met de toegang tot overheidsinformatie.¹¹⁰ Tegelijkertijd lijkt een oplossing niet direct voorhanden. Aan de ene kant dienen auteurs- en databankrechten van derden gerespecteerd te worden; aan de andere kant dient de publieke sector zelf niet rauwelijks hun auteurs- en databankrechten uit te oefenen. Ook kan bescherming uit hoofde van het auteurs- of databankrecht van overheidsinformatie een belangrijke bron van inkomsten bieden aan de publieke sector. In het Groenboek wordt echter terecht opgemerkt dat dit weer concurrentievervalsingen tot gevolg kan hebben.¹¹¹ De Nederlandse regering heeft aangekondigd dat op korte termijn gestart zal worden met beleidsontwikkeling ten aanzien van het al dan niet voorbehouden van het auteursrecht door de overheid.¹¹²

In de Aanbevelingen van de Commissie wordt nog het meest duidelijk richting gegeven aan overheidsbeleid ten aanzien van overheidsauteursrecht. Op grond van Aanbeveling 17 moet de publieke sector ernaar streven juridische en andere belemmeringen uit de weg te ruimen waardoor de private sector de toegang tot overheidsinformatie wordt belemmerd. In verband hiermee bepaalt Aanbeveling 18 dat de publieke sector zoveel mogelijk gebruik dient te maken van de mogelijkheid beleidslijnen door artikel 2 lid 4 van de Berner Conventie om officiële teksten op het gebied van wetgeving, bestuur en rechtspraak, alsmede de officiële vertalingen daarvan uit te sluiten van auteursrechtelijke bescherming. Voorzover overheidsinformatie wel wordt beschermd uit hoofde van het auteursrecht dienen geen exclusieve licenties ten aanzien van de verveelvoudiging van de overheidsinformatie te worden verleend, aangezien dit de toevoeging van waarde door andere gebruikers in de weg kan staan.¹¹³

In de Beleidslijn 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie' wordt het invoeren van auteurs- of databankrechten door bestuursorganen met het oog op het bedingen

¹¹⁰ Bijvoorbeeld reactie Groenboek van 27 mei 1999, WWW <http://www.minbzk.nl/pdf/eo/goed/regeringsreactie_groenboek_bijlage_5-99.pdf>, p. 5, geraadpleegd 2 februari 2001.

¹¹¹ COM (1998) 585, p. 19.

¹¹² *Nota Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie* 1997, p. 12.

¹¹³ Zie in dit verband ook Kaderstelling publieke gegevensbestanden, op basis waarvan het wel toegestaan lijkt exclusieve licenties te verlenen, zij het voor beperkte duur; *Kamerstukken II* 1997/98, 24 036, nr. 98. p. 3: 'Ook moet de looptijd van de licentie beperkt zijn, zodat periodiek sprake kan zijn van concurrentie.'

van licentievergoedingen die uitgaan boven de verstrekkingkosten, voorzover het gaat om Wob-informatie, onwenselijk geacht; 'voor het *gebruik* van overheidsbestanden zou daarenboven geen prijs voor een licentie mogen worden gevraagd, gebruik door de overheid zelf wordt hierdoor uitgesloten¹¹⁴. Daarentegen worden overheidsinstellingen ten aanzien van de (zeer ruime categorie) 'overige informatie' geheel vrijgelaten bij het vragen van een vergoeding en het opleggen van condities van gebruik, voorzover toepasselijke specifieke wetgeving zich daartegen niet verzet.¹¹⁵

De verhouding tussen basisinformatie, Wob-informatie en auteurs- en databankenrecht is nader onderzocht door de (ambtelijke) werkgroep Wob-auteursrecht. De rapportage van deze werkgroep is weer onderwerp geweest van een advies van de Commissie Auteursrecht.¹¹⁶ In rapportage en advies worden de eerder uitgezette lijnen doorgetrokken. Basisinformatie zou voor iedere burger gemakkelijk en op efficiënte wijze met behulp van algemeen gangbare technologie en tegen minimale kosten daadwerkelijk beschikbaar moeten zijn. Interessant is dat de actieve openbaarmakingsplicht die daarbij zou moeten gelden, de wettelijke regeling ter zake van opheffing of beperking van auteurs- of databankrechten van de overheid niet overbodig maakt. Actieve openbaarmaking regelt immers slechts de toegang tot informatie niet het (verdere) gebruik ervan. Verlening van toegang sluit niet uit dat de toegangsverlener restricties stelt aan het gebruik door degene die toegang heeft verkregen. Het blijft daarom nodig dat beperkingen worden gesteld aan het maken van restricties, ofwel door het auteursrecht uitdrukkelijk niet van toepassing te verklaren, zoals in artikel 11 Auteurswet gebeurt, ofwel door de restricties aan banden te leggen. Dat vereist een duidelijke omschrijving van de publieke taak met betrekking tot verspreiding van informatie.¹¹⁷ Voor zover het gaat om Wob-informatie bepleit de Commissie Auteursrecht dat er vrijheid dient te bestaan die informatie te gebruiken, voor zover dat gebruik gerechtvaardigd wordt door het doel, d.w.z. de strekking van de Wet openbaarheid van bestuur.

Ten aanzien van de informatie die bij kennisinstellingen berust leveren deze ontwikkelingen geen duidelijke handvaten, of het moest het hierboven signaleerde verband zijn tussen actieve openbaarmakingsplicht en de noodzaak van bijzondere auteursrechtelijke regelingen. Deze problematiek wordt afzonderlijk aan de orde gesteld in Hoofdstuk 5 en 6 van dit rapport.

4.10 Weigeringsgronden

Een verzoek om toegang tot overheidsinformatie kan in een beperkt aantal gevallen worden geweigerd. In alle beleidsstukken keren de klassieke weigeringsgronden terug. Deze uitzonderingen worden in het Groenboek in een viertal categorieën onderverdeeld:

1. Uitzonderingen in het belang van de Staat, bijvoorbeeld met betrekking tot de nationale veiligheid en de openbare orde;
2. Uitzonderingen in het belang van derden, bijvoorbeeld vertrouwelijkheid van de informatie of intellectuele eigendomsrechten van derden;
3. Uitzonderingen ter bescherming van het besluitvormingsproces, bijvoorbeeld voorbereidende informatie;

¹¹⁴ *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000, p. 15.

¹¹⁵ *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000, p. 8-9.

¹¹⁶ *Rapportage van de werkgroep 'Wob-Auteursrecht'* 1999, *Advies Commissie Auteursrecht* 1999.

¹¹⁷ Vgl. Kabel 1997, p. 56.

4. Uitzonderingen ter vermijding van onredelijke kosten of werkbelasting, bijvoorbeeld buitensporige verzoeken.¹¹⁸

Wanneer zich één van de voornoemde weigeringsgronden voordoet, moet dit door de overheidsinstelling ook worden aangegeven. Dit volgt onder meer uit Aanbeveling 1 van de Aanbevelingen van de Commissie:

‘Wanneer de particuliere sector de toegang tot en het gebruik van gegevens of informatie wordt geweigerd, dient hiervoor een reden te worden aangegeven.’

Alle beleidsstukken benadrukken dat de privacy van derden dient te worden gerespecteerd bij het verschaffen van overheidsinformatie. In Nederland is hierin al voor een groot deel voorzien in de huidige Wet persoonsregistraties, die zal worden vervangen en aangescherpt conform de Privacyrichtlijn 95/46/EG door de Wet bescherming persoonsgegevens.

4.11 Voorlopige conclusies

In dit hoofdstuk zijn de diverse (concept) beleidsstukken vanwege de Nederlandse overheid en de Europese Commissie gezien. Het zijn beleidsstukken die direct of indirect het onderwerp van dit onderzoek raken. Daarbij hebben we ook naar de omvang en reikwijdte van de begrippen ‘publieke sector’ en ‘overheidsinformatie’ gekeken.

De Nederlandse regering lijkt doorgaans een formeel-juridische benadering van de ‘publieke sector’ te hanteren. Een instelling is in deze zin publiek indien deze krachtens een publiekrechtelijk voorschrift is ingesteld en met openbaar gezag is bekleed. De Europese Commissie daarentegen opteert voor een financiële benadering; instellingen die overwegend door de overheid worden gefinancierd, worden aangemerkt als publiek. Dit verschil is van belang, aangezien de benadering van de Europese Commissie tot een ruimere publieke sector zou kunnen leiden dan die van de Nederlandse regering. Nochtans zal publieke financiering doorgaans ook op een publiekrechtelijk voorschrift berusten, zodat in de praktijk het verschil niet groot hoeft te zijn. Waar het uiteraard om gaat is niet zozeer de blote eis van een publiekrechtelijk voorschrift, als wel de inhoud van dat voorschrift en in het bijzonder de publieke taakomschrijving van de instelling.

Aanvankelijk is het begrip overheidsinformatie betrekkelijk ongedifferentieerd gebruikt. Dat leidt vaak tot verwarring omdat grondslagen voor toegang en gebruik die voor de ene categorie gelden, niet altijd van toepassing zijn op de andere categorie. Langzamerhand begint zich een driedeling af te tekenen in basisinformatie van de democratische rechtsstaat, Wob-informatie en overige informatie. De eerste categorie heeft met name betrekking op regelgeving en rechtspraak, de tweede op bestuurlijk handelen. De laatste categorie hebben wij weer onderscheiden in informatie die een duidelijk juridische functie heeft (bijvoorbeeld kadasterinformatie of handelsregisterinformatie) en overige informatie.

Het beleid met betrekking tot bijvoorbeeld kadasterinformatie en handelsregisterinformatie begint eveneens duidelijke vormen aan te nemen. Dat kan nog niet gezegd worden van de restgroep. In de diverse beleidsstukken wordt deze categorie dan ook vaak uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten. De restgroep bestaat voor het grootste deel uit informatie die wordt beheerd door publieke kennisinstellingen. Nu daarvoor geen duidelijk beleid voor

¹¹⁸ Zie ook Aanbeveling 1 van de Aanbevelingen van de Commissie en art. 3 lid 2 van de richtlijn Milieu-informatie.

handen is, hebben wij geprobeerd om te bezien wat het bestaande beleid voor overheidsinformatie kan opleveren voor informatie bij kennisinstellingen. De resultaten van deze exercitie zijn vooralsnog mager, maar niet onbelangrijk. Zij komen er voor een groot deel op neer dat een zelfstandig beleid dient te worden geformuleerd dat, naar het zich laat aanzien, de kennisinstellingen toch een betrekkelijk grote vrijheid laat bij het beheren en (laten) gebruiken van hun kennis.

Wij concludeerden allereerst dat de vraag of informatie van kennisinstellingen onderworpen dient te zijn aan een *actieve openbaarsheidsplicht* – met alle gevolgen van dien – vanuit het bestaande openbaarsheidsbeleid niet in algemene zin kan worden beantwoord. Dat is slechts anders indien een kennisinstelling de markt betreedt, dan wel exclusief informatie aan derden wil leveren. In die situatie is de instelling tot actieve openbaarsheid verplicht, dat wil zeggen dat zij haar informatie aan eenieder beschikbaar dient te stellen. Voor het overige is actieve openbaarsheid en met name de wijze waarop daaraan gevolg wordt gegeven, een kwestie van invulling van de publieke taak van de instelling.

Een *passieve openbaarsheidsplicht* (verplichte toegang op verzoek) zal met de introductie van het komende grondrechtsartikel over toegang tot bij de overheid berustende informatie gelden voor alle mogelijke vormen van informatie. De wijze waarop daaraan uitvoering moet worden gegeven is die van de huidige Wob, dat wil zeggen zal steeds berusten op een overheidsbesluit waarin een zekere vrijheid voor de instelling bestaat om te beslissen op welke wijze zij aan zo een verzoek gevolg zal geven.

Wij concludeerden verder dat *gebruiksrestricties* door kennisinstellingen niet zijn verboden, mits uiteraard voldaan wordt aan algemene regels. Nadere voorwaarden bij commercieel gebruik door afnemers zijn niet uitgesloten. Het voorgestelde grondwetsartikel over toegang tot overheidsinformatie laat gebruikskwesties bij informatie van kennisinstellingen uitdrukkelijk buiten beschouwing.

Ten aanzien van *marktactiviteiten* en in het bijzonder de *prijstelling* van kennis is geconstateerd dat hier het beleid ten aanzien van marktactiviteiten van publieke instellingen richtinggevend zou dienen te zijn. In dat beleid is een ontwikkeling te constateren die gaat in de richting van een grotere vrijheid voor publieke instellingen om zich op de markt te begeven, mits die marktactiviteiten onderworpen zijn aan een wettelijke regeling. Wij hebben gezien dat de rigoureuze Cohen-opvattingen plaats hebben gemaakt voor een gedifferentieerde, case-by-case benadering. Die benadering moet echter steeds gestoeld zijn op onderzoek naar de vraag of er een publiek belang is gediend bij het betreden van de markt door de overheid en, zo ja, volgens welke spelregels de desbetreffende activiteiten dan moeten worden ingericht. Van zeer algemene regels zoals wij die langzamerhand beginnen te kennen bij basisinformatie en Wob-informatie is dan geen sprake. Deze case-by-case benadering impliceert uiteraard een feitelijk onderzoek naar de vraag of er inderdaad sprake kan zijn van concurrentie door een publieke kennisinstelling. Die concurrentie en de mogelijk bijbehorende concurrentievervalsing kunnen mede het gevolg zijn van door intellectuele eigendomsrechten gewaarborgde monopolies op de kennismarkt. In de visie van de Commissie Cohen waarborgen intellectuele eigendomsrechten van kennisinstellingen nu juist (gedeeltelijk) een betreden van de kennismarkt, omdat daardoor de desbetreffende kennisinstellingen een eigen en onafhankelijk openbaarmakingsbeleid kan voeren. Die visie is onder het tapijt van de daaropvolgende beleidsontwikkelingen verdwenen. Niettemin is het ook bij een actief openbaarmakingsbeleid noodzakelijk dat beperkingen op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten worden voorzien, althans voorzover het gaat om beperkingen op rechten die aan de overheidsinstelling zelf toekomen.

Voor een aantal *andersoortige beperkingen* aan toegang en gebruik van overheidsinformatie, zoals wettelijk verplichte geheimhouding, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer of intellectuele eigendomsrechten van derden op informatie die bij de overheid berust, geldt dat

zulke beperkingen altijd al geaccepteerd zijn en in de diverse beleidsstukken dan ook vaak zonder al te veel commentaar zijn terug te vinden. Wel dient bijzondere aandacht te worden besteed aan situaties waarin de instelling informatie gaat bewerken met het argument dat levering van de informatie zoals zij in eerste instantie aanwezig is, bij afnemers tot verwarring of onbetrouwbaarheid van de informatie zal leiden.

5 Allocatie van rechten op wetenschappelijke kennis

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk handelt over de allocatie van rechten van intellectuele eigendom op informatie die binnen de muren van een wetenschappelijke kennisinstelling wordt voortgebracht. Anders geformuleerd: aan wie komen de rechten toe op de intellectuele creaties van onderzoekers verbonden aan hogescholen en universiteiten? Dit is een belangrijk en ingewikkeld onderwerp, dat (hoewel geen centrale onderzoeksvraag) een zelfstandige plaats in dit rapport verdient.

In tweeërlei opzicht wijkt dit hoofdstuk af van de rest van dit rapport. In de eerste plaats heeft het geen betrekking op alle kennisinstellingen, maar slechts op de wetenschappelijke instellingen. Zoals hieronder zal blijken, compliceert de bijzondere arbeidsrechtelijke relatie van de wetenschappelijk onderzoek tot zijn werkgever (de universiteit of hogeschool), vooral onder invloed van de academische vrijheid, de allocatievraag zodanig dat afzonderlijke bespreking van de positie van de wetenschappelijke kenniswerker op haar plaats is. In de tweede plaats gaat het hier in wezen om een voorvraag. Alvorens kennisinstellingen tot gebruik van kennis kunnen overgaan, zal moeten vaststaan dat de rechten van intellectuele eigendom daadwerkelijk bij hen berusten.

Universiteiten en hogescholen zijn geen *black boxes* waar boeken ingaan en waar op miraculeuze wijze bewerkte informatie uitkomt. De kennisproductie komt tot stand door de inspanningen van onderzoekers. Het positieve recht geeft op deze vraag maar een gedeeltelijk antwoord. De Auteurswet 1912 en de Rijksoctrooiwet 1995 bevatten elk één of meerdere bepalingen waarin het recht op de creatie van de werknemer aan de werkgever wordt toegekend. Die regels, waarvan overigens contractueel kan worden afgeweken, vormen een uitzondering op de hoofdregel dat de rechten toekomen aan de schepper/originator van het werk resp. de uitvinding. De wetgever heeft ervoor gekozen om in dit geval het werkgeversbeginsel te laten prevaleren boven het scheppersbeginsel. Volgens het werkgeversbeginsel heeft de werkgever recht op de vruchten van de arbeid van de werknemer.

Als dit beginsel *linea recta* zou worden toegepast op de creaties van onderzoekers, dan zou het recht op exploitatie ervan zonder meer toebehoren aan de universiteiten en hogescholen. Zo eenvoudig ligt het echter niet. De wetenschappelijke onderzoeker heeft zich gaandeweg een zodanig zelfstandig positie verworven dat hij niet meer te beschouwen is als een gewone werknemer. Dat is in belangrijke mate het gevolg van de wetenschappelijk of academische vrijheid die heerst op universiteiten en hogescholen.

In de westerse wereld beschouwt men de academische vrijheid als een groot goed. De Duitse grondwet stelt in art. 5 lid 3: 'Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind Frei'.¹¹⁹

¹¹⁹ De Nederlandse Grondwet kent niet een dergelijke bepaling. Er is wel uitingsvrijheid (art. 7 Gw) en vrijheid van onderwijs (art. 23 Gw), maar geen grondwettelijk vastgelegde vrijheid van onderzoek.

De Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek (WHW) stelt in art. 1 lid 6: 'aan de instellingen wordt de wetenschappelijke vrijheid in acht genomen'. Traditioneel wordt een aantal invullingen aan het begrip academische vrijheid gegeven. Voor de oudste universiteiten van Europa, zoals die van Bologna en Coimbra, betekende het een recht op het hebben van een eigen gemeenschap zonder overheidsbemoeienis.¹²⁰ Een laat negentiende-eeuwse opvatting is dat de universiteit haar eigen geloofsrichting mag kiezen, zoals de Vrije Universiteit van Amsterdam en de katholieke universiteiten van Nijmegen en Tilburg.

In de moderne opvatting bestaat de academische vrijheid uit drie delen: de vrijheid tot inrichting van het onderwijs, de vrijheid van onderzoek en de vrijheid onderzoekers, docenten en andere medewerkers aan te stellen. De klassieke motivatie van de academisch vrijheid is dat alleen op deze wijze onderzoekers ongestoord hun gang kunnen gaan. Dat is nodig omdat men alleen in volstrekte vrijheid tot 'ware' kennis kan komen. Het is echter geen vrijblijvende vrijheid. Deze verworven kennis staat aan de basis van de rationele oplossing van maatschappelijke problemen. De wetenschap hoeft ook niet expliciet praktisch georiënteerd te zijn. Het was reeds Pasteur die zei dat er geen praktisch wetenschappelijk onderzoek bestaat, maar alleen een praktische toepassing van wetenschappelijk onderzoek.

Op deze interpretatie van de academische vrijheid is stevige kritiek uitgeoefend. Wetenschapsfilosofen hebben het idee ontkracht van de waardevrije wetenschapsbeoefening en de maakbaarheid van de samenleving. De kosten die moderne wetenschapsbeoefening en academisch onderwijs met zich meebrengen voor de maatschappij als geheel vraagt duidelijker zichtbare resultaten. De moderne universiteit moet zich expliciet richten op de wensen van de maatschappij.

De postmoderne visie op academische vrijheid erkent de schatplichtigheid van universiteiten aan de maatschappij, maar legt de invulling van het onderzoek weer terug bij de instellingen. Het idee is dat de universiteiten en hogescholen niet de noden van het nu moeten oplossen, maar de voorwaarden voor de oplossing van toekomstige problemen moeten scheppen. Universiteiten en hogescholen leiden de 'reflexieve kenniswerker' op, wiens analytisch vermogen is voorbereid op een steeds veranderende maatschappij.

Hoe de academische vrijheid ook precies geïnterpreteerd moge worden, vast staat dat zij een belangrijke invloed heeft gehad op de wijze waarop in de praktijk met de rechten van intellectuele eigendom op wetenschappelijke creaties werd omgegaan. Ook al is in de loop der jaren met enige regelmaat juridisch discussie geweest over het allocatievraagstuk, *de facto* hebben deze rechten – in het bijzonder het auteursrecht op wetenschappelijke werken – steeds aan de wetenschappers zelf toebehoord. Daarbij heeft de academische vrijheid, het recht om in vrijheid wetenschappelijk onderzoek te verrichten en te publiceren, een belangrijke rol gespeeld.¹²¹ Daarnaast speelde mee dat de universiteiten zich voor de bescheiden baten die deze rechten opleverden zich niet daadwerkelijk interesseerden.

Door de toenemende marktgerichtheid van de universiteiten is het allocatievraagstuk echter onder druk komen te staan. Universiteiten concurreren met organisatieadviesbureaus op de markt voor toegepast onderzoek en commercieel advieswerk, en met commerciële leerinstellingen en congresbureaus op de markt voor overdracht van kennis aan professionals. De universiteiten zijn zich bewust geworden van de mogelijkheden van de commerciële exploitatie van wetenschappelijke kennis. Zij zien in de exploitatie van rechten van intellectuele eigendom een belangrijke aanvullende bron van inkomsten, en maken dan ook in toenemende mate aanspraak op deze rechten.

¹²⁰ Soetermeer 1995.

¹²¹ Vgl. Verkade 1986 en Verkade 1998, p. 67.

Deze meer marktgerichte benadering vertaalt zich voor de wetenschapper echter (nog) niet in meer marktconforme arbeidsvoorwaarden. Terwijl de universiteiten de wetenschapper hem met zachte drang tot het verrichten van méér derdegeldstroomonderzoek verplichten, en zich gaandeweg over al zijn rechten van intellectuele eigendom ontfemen, weerspiegelen de arbeidsvoorwaarden nog steeds die van de aloude ‘ivoren toren’. Ziehier, kort samengevat, de wringende schoen van het allocatievraagstuk.

Ingewikkelder wordt het probleem indien wij de relatie tussen de wetenschapper en de exploitant van wetenschappelijke kennis in ogenschouw nemen. Externe opdrachtgevers maken aanspraak op rechten van intellectuele eigendom (bijv. octrooien) ter zake van gedurende het project ontwikkelde kennis. Wetenschappelijke uitgevers verlangen, vooral in de bètawereld, overdracht van het auteursrecht op wetenschappelijke publicaties. Voor de ‘ondernemende universiteit’ die er zelf een *university press* op na houdt, is dat een extra reden zich de auteursrechten van haar personeel toe te eigenen.

De digitale omgeving waarin de wetenschapper tegenwoordig zijn hoofdarbeid verricht, maakt het allocatievraagstuk nog complexer. Het Internet biedt de wetenschappelijke auteur de mogelijkheid zich rechtstreeks tot zijn vakgenoten te richten, zonder (peperdure) tussenkomst van een wetenschappelijke uitgeverij. Wetenschappelijke instituten en bibliotheken krijgen dankzij het Internet de kans zich te emanciperen tot waarachtige information providers met een wereldwijd publiek. Uiteraard weet ook de wetenschappelijke uitgever de weg naar de nieuwe elektronische media te vinden. Hij heeft daarbij een krachtige troef in handen: het systeem van *peer reviewing*, dat met de wetenschappelijke vakpers onverbrekelijk verbonden lijkt.

Terwijl de universiteiten zich gaandeweg de rol van rechthebbende kennisproducent toemeten, worden de kennisinstellingen in hun positie van *gebruikers* van wetenschappelijke informatie steeds vaker geconfronteerd met auteursrechtelijke en aanverwante claims. Databankexploitanten maken in toenemende mate aanspraak op bescherming – en forse licentievergoedingen – voor gegevens die tot voor kort tot het publiek domein behoorden. Universiteiten betalen jaarlijks steeds grotere bedragen aan tijdschriftabonnementen, repropriechten, readergelden en campuslicenties, maar profiteren nauwelijks van de stijgende winsten die de uitgevers maken met de exploitatie van de – door universitaire onderzoekers zelf gegenereerde – wetenschappelijke informatie. Ook hier speelt de allocatie van rechten een rol.

In het vervolg van dit hoofdstuk worden in afzonderlijke paragrafen beschouwingen gewijd aan de allocatie van het auteursrecht (par. 5.2) respectievelijk het octrooirecht (par. 5.3) op wetenschappelijke kennis.

5.2 Werkgeversauteursrecht en onderzoekers

Het auteursrecht komt in de regel toe aan de feitelijke maker van het werk, de auteur. Omdat het auteursrecht een overdraagbaar recht is, is in de praktijk dikwijls niet de (wetenschappelijke) auteur, maar de uitgever auteursrechthebbende. Vooral in de bètawereld is het gebruikelijk dat de auteur bij brief of overeenkomst zijn rechten aan de uitgever overdraagt. In de alfa- en gammasector is de positie van de wetenschappelijke auteur meestal gunstiger. Hier prevaleert de *licentie* boven de overdracht; de auteur verleent de uitgever (soms in ruil voor *royalty's*) zekere bevoegdheden tot publicatie, maar behoudt zijn auteursrecht.

Indien een werk in het kader van een dienstbetrekking is gemaakt, wordt niet de auteur, maar de werkgever als ‘maker’ aangemerkt, tenzij in de arbeidsovereenkomst anders is bepaald (artikel 7 Aw). In de rechtsliteratuur laait om de zoveel tijd de discussie op of deze regel in het geval van wetenschappers in dienst van universiteiten wel van toepassing is.¹²² Tegenstanders van de toepasselijkheid van art. 7 Aw benadrukken dat de tekst van het artikel ervan uitgaat dat het dienstverband ertoe moet strekken ‘bepaalde’ auteursrechtelijk beschermde werken te maken.¹²³ De werken door wetenschappers gemaakt zouden, mede in verband met de academische vrijheid, niet aan dit criterium voldoen. Een volledig universitair auteursrecht zou immers op gespannen voet staan met de academische vrijheid. De universiteit zou in een *worst case scenario* een haar onwelgevallige publicatie eenvoudig kunnen verbieden.

Ook de schaarse rechtspraak terzake lijkt veel waarde te hechten aan de bepaaldheid van het werk.¹²⁴ Daarentegen pleit een meer rechtlijnige toepassing van art. 7 Aw voor allocatie van de rechten bij de universiteiten; ook deze opvatting heeft enige aanhang in de literatuur.¹²⁵

Hoe dit ook zij, het is sinds jaar en dag gebruikelijk – en volgens een enkele schrijver zelfs gewoonterecht¹²⁶ – dat universitaire medewerkers hun auteursrechten zelf behouden en exploiteren. Bij de meest recente CAO-onderhandelingen tussen wetenschappers en de universiteiten is gebleken dat de universiteiten zelf ook menen dat zij het auteursrecht op het werk van hun werknemers niet bezitten. Anders valt immers niet te verklaren dat zij gepoogd hebben zich bij CAO het auteursrecht volledig over te laten dragen; een poging die op taai verzet van de bonden is gestuit.¹²⁷

Bij de (nog altijd voortwoekerende) discussie over art. 7 Aw en de universitaire werknemer past ons inziens een belangrijke relativering. Zoals wij hiervoor uiteenzetten, is art. 7 Aw slechts van regeland recht; van de regel kan contractueel worden afgeweken. Het is derhalve uiteindelijk niet aan de wetgever, maar aan partijen (universitaire werknemers en werkgevers) om over de rechtenallocatie duidelijke afspraken te maken.

Doordat de universiteiten normaliter niet beschikken over eigen auteursrechten, ontstaat de merkwaardige situatie dat zij voor het reproduceren van boeken en artikelen die door hun eigen werknemers geschreven zijn, afzonderlijk toestemming moeten verwerven en betalen. De universiteiten betalen bijvoorbeeld jaarlijks forse sommen aan *repro-* en *readerrechten* voor het fotokopiëren en ‘readeren’ van werken die binnen de muren van de universiteiten tot stand zijn gebracht. Van deze bedragen vloeit het grootste deel naar de uitgevers; een klein deel wordt overgemaakt op de bankrekeningen (of vakgroepfondsen) van de auteurs.¹²⁸

De universiteiten zouden aan dit wegvloeien van universitaire middelen gemakkelijk een einde kunnen maken door bij de aanstelling van wetenschappelijk personeel standaard te bepalen dat alle repro- en readerrechten a priori aan de universiteiten worden overgedragen. De universiteiten zouden elkaar vervolgens onderling het recht kunnen verlenen elkaars wetenschappelijk publicaties (gedeeltelijk) te fotokopiëren of voor syllabi te gebruiken. Zo zouden aanzienlijke besparingen kunnen worden gerealiseerd.

Hiermee wordt niet gepleit voor volledige overdracht van het auteursrecht; het ligt, mede in verband met de academische vrijheid, voor de hand de wetenschappers zelf over de

¹²² Voor een overzicht Mossink 1999.

¹²³ Zie o.a. Spoor & Verkade 1993, p. 38-40. Zie laatstelijk Quaadvlieg 2000, p. 106.

¹²⁴ Hof ‘s-Gravenhage 14 oktober 1987, *NJ* 1989, 220 (*Rooijakkers / RU Leiden*).

¹²⁵ Schuijt 1999, p. 101.

¹²⁶ Veegens, noot onder HR 19 januari 1985, *NJ* 1985, 37.

¹²⁷ Obbink 1999, p. 11, Schuijt 1999 en Jaspar 1999.

¹²⁸ Meulenbeek & Minkman 1998.

publicatie van hun werk te laten beschikken. Primaire exploitatierechten (publicatie in boek- en tijdschriftvorm) zouden dan ook, evenals voorheen, aan de auteurs zelf moeten verblijven.

De nieuwe elektronische media hebben nieuwe markten geschapen voor het (her)gebruik van wetenschappelijke informatie. Informatie die in 'analoge' tijden uitsluitend in druk werd uitgegeven, wordt in toenemende mate ook in elektronische vorm (opnieuw) geëxploiteerd. Oude, reeds eerder in druk verschenen artikelen worden op CD-ROM, via het Internet of in on-line databanken opnieuw uitgegeven. Over de vraag aan wie de zogenoemde *elektronische rechten* toekomen, heeft de Amsterdamse rechtbank in 1997 een belangrijke uitspraak gedaan. In een proefprocedure geïnitieerd door de Nederlandse Vereniging voor Journalisten oordeelde de rechtbank dat een dagbladuitgever (De Volkskrant) niet zonder voorafgaande toestemming van de auteurs (een drietal freelance journalisten) artikelen op CD-ROM of via het Internet had mogen publiceren.¹²⁹ Voor de wetenschappelijke uitgeverij kan deze uitspraak grote gevolgen hebben. In veel gevallen hebben de auteurs aan hun uitgevers slechts de 'papieren' uitgaverechten verleend. Voor het (her)gebruik via CD-ROM of on-line databanken kunnen de auteurs derhalve een (afzonderlijke) vergoeding verlangen.

Het IWI-rapport *Auteursrechten op wetenschappelijke publicaties* (1997) adviseert de universiteiten zich de elektronische rechten van haar eigen wetenschappelijke personeel te laten overdragen.¹³⁰ Het voorstel oogt op het eerste gezicht aantrekkelijk. Indien alle elektronische rechten bij voorbaat aan de universiteiten zouden toekomen, zouden de uitgevers (of andere rechthebbenden) de distributie van wetenschappelijke publicaties via het Internet, die door steeds meer uitgevers als een concurrerende activiteit wordt ervaren, niet (langer) kunnen tegengaan. Tevens zouden de universitaire bibliotheken niet langer zijn overgeleverd aan de woekerpraktijken van uitgevers die voor het elektronisch hergebruik van tijdschriftpublicaties buitensporige tarieven vragen.

Bij nadere beschouwing lijken de nadelen van het IWI-voorstel de voordelen echter te overtreffen. Consequentie van het voorstel is dat de universiteiten voortaan zelf de (elektronische) rechten op wetenschappelijke informatie zullen moeten beheren. Voor iedere (her)publicatie of andere (her)exploitatie in elektronische vorm is voortaan de toestemming van de universiteit vereist. De daarmee gemoeide administratie vergt het inrichten en onderhouden van een omvangrijk universitair rechtenbureau. Het is twijfelachtig of de daarmee gemoeide kosten en inspanningen tegen de beoogde besparingen zullen opwegen.

Voorts zal het voor de wetenschappelijke auteurs ongetwijfeld onaanvaardbaar zijn als de universitaire bureaucratie een rol zou claimen in het wetenschappelijke publicatieproces. Publicatieplicht is tot daar aan toe; de universitaire autoriteiten laten meebeslissen over het medium van publicatie gaat een beslissende stap te ver. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat het Internet zich in snel tempo ontwikkelt tot *primair* publicatiemedium. Openbaarmaking via het Internet is niet langer enkel een vorm van hergebruik, zoals de secundaire exploitatie via on-line databanken en CD-ROM's. Steeds meer wetenschappers zullen in de komende jaren hun publicaties allereerst via het Internet (op eigen websites, via mailing lists of in elektronische tijdschriften) de wereld inzenden.

De 'CAO' die medio 2000 na moeizame onderhandelingen tussen de vakbonden en de universiteiten tot stand kwam, laat de universiteiten de ruimte desgewenst over de auteursrechten 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. Deze bevoegdheid is naar ons oordeel wel erg ruim geformuleerd. Het is ons inziens ongewenst indien de universiteiten van deze

¹²⁹ Rb. Amsterdam 24 september 1997, *Mediaforum* 1997-11/12, p. 159.

¹³⁰ Mossink 1999; zie diverse bijdragen in Hugenholtz e.a. 1998.

verreikende bevoegdheid gebruik zouden maken door zich het auteursrecht in volle omvang aan zich te laten overdragen.

Verstandiger lijkt het bij de allocatie van universitaire auteursrechten minder ambitieus te werk te gaan. De hierboven voorgestelde overdracht van (secundaire) repro- en readerrechten biedt het voordeel van de financiële besparing zonder de nadelen van verlies aan academische vrijheden en onnodige bureaucratisering. De wetenschappelijk auteurs zullen met het ‘inleveren’ van deze rechten waarschijnlijk weinig moeite hebben. Eventueel zouden ook de secundaire elektronische rechten (hergebruik via on-line databanken en op CD-ROM) aan de universiteiten kunnen worden overgedragen. Met deze rechten in de hand kunnen de universiteiten in hun (collectieve) onderhandelingen met de wetenschappelijke uitgevers ongetwijfeld aanzienlijke kortingen bedingen op de tarieven voor on-line en off-line informatieproducten.

De vrije keuze van de wetenschapper voor het medium van *primaire* publicatie (tijdschrift, boek, Internet) behoort ons inziens echter tot de essentie van de academische vrijheid. Die vrijheid dient ook in de toekomst gewaarborgd te blijven. De ‘rechtenpijn’ van de universiteiten kan ook zonder invoering van een algemeen universitair auteursrecht aanzienlijk worden verzacht. Veel kan worden bereikt door het wegnemen van de voornaamste oorzaak van het rechtenprobleem: de alomvattende overdracht van de rechten van de wetenschappelijke auteur aan zijn uitgever, die vooral in de bètawereld gemeengoed is.

Hoe zich tegen deze gevestigde praktijk teweer te stellen? Door het, bij voorkeur in samenspraak met de uitgevers, ontwerpen van een universitair modeluitgeefcontract, dat waarborgt dat slechts de hoogst noodzakelijke auteursrechtelijke bevoegdheden aan de uitgever worden verleend. Dus: geen alomvattende overdracht, maar een beperkte licentie die op het publicatiemedium in kwestie (tijdschrift, boek, elektronisch tijdschrift) is toegesneden. De universiteiten zouden het gebruik van het modelcontract door de wetenschappers moeten stimuleren (door brochures en andere voorlichting) of desnoods moeten voorschrijven. De universiteiten zouden zich bij dit alles kunnen laten inspireren door de inmiddels gegroeide praktijk in de letterkundige uitgeverij. Het door de Vereniging van Letterkundigen en de Koninklijke Nederlandse Uitgeversbond (thans NUV) ontwikkelde modelcontract voor de uitgave van literair werk is sinds vele jaren een industriestandaard.

Met dat al kan naar ons oordeel het allocatievraagstuk met betrekking tot het wetenschappelijk auteursrecht door betrokken partijen zelf bevredigend worden opgelost. Aan centrale sturing vanwege de overheid of wetgevende oplossingen, zoals de destijds (in 1986) mislukte poging tot aanpassing van het Rechtspositiereglement Wetenschappelijk Onderwijs, bestaat vooralsnog geen behoefte. Mochten partijen er onderling niet uitkomen, dan ligt hier wellicht toch nog een mooie taak voor de overheid.

5.3 Werkgeversoctrooirecht en onderzoekers

In deze paragraaf wordt de allocatievraag van het intellectueel eigendomsrecht behandeld voor het octrooirecht. Centraal staat art. 12 ROW 1995, waarin de octrooirechten van werknemers worden geregeld, inclusief die van onderzoekers en stagiairs. Het uitgangspunt van het octrooirecht is dat de rechten op een uitvinding toekomen aan de uitvinder die daarvoor een octrooi heeft verkregen. Dat staat niet als zodanig in de wet. Art. 8 ROW 1995 bepaalt dat de eerste aanvrager als uitvinder geldt die aanspraak heeft op het octrooi. Het

Angelsaksische systeem van de *true inventor* wordt te complex geacht.¹³¹ In de eerste zin van art. 12 lid 1 ROW 1995 wordt echter het uitvindersbeginsel expliciet genoemd: zelfs de rechten op de uitvinding die de werknemer doet in dienst van een ander komen aan hem toe. Dit zgn. uitvindersbeginsel wordt doorkruist door de rest van art. 12 lid 1 ROW 1995 dat bepaalt dat wanneer de aard van de betrekking meebrengt dat de werknemer zijn bijzondere kennis aanwendt tot het doen van uitvindingen, het octrooi op zo'n uitvinding toekomt aan de werkgever. Hier wordt het arbeidsrechtelijke billijkheids-, profijt- of werkgeversbeginsel neergelegd: vruchten van de arbeid komen toe aan de werkgever.

Om deze bepaling is veel te doen geweest. Vrijwel over alle onderdelen van de bepaling zijn vragen gesteld in de literatuur en er is met enige regelmaat over geprocedeerd. De gerezen vragen zijn:

1. Wanneer is er sprake van een dienstbetrekking? Moet er dan sprake zijn van een arbeidscontract of is een publiekrechtelijke aanstelling (zoals van een ambtenaar, of de meeste wetenschappelijke onderzoekers) voldoende? Valt een student of stagiair die onder begeleiding van een wetenschappelijke onderzoeker van een universiteit of hogeschool een octrooieerbare uitvinding doet hieronder?
2. Wanneer wendt iemand zijn kennis aan tot het doen uitvindingen? Valt een onderzoeker hieronder; kan gezegd worden dat hij zijn kennis aanwendt voor het doen van octrooieerbare uitvindingen? Art. 2 lid 2 WHW stelt niet meer dan dat universiteiten tot taak hebben kennis over te dragen aan de maatschappij. Voor een onderzoeker van het Shell-laboratorium, het Philips Natlab of het laboratorium van Nutricia kan stellig worden gezegd dat hij zijn kennis aanwendt voor het doen van octrooieerbare uitvindingen. Maar geldt dat ook voor een hoogleraar aan de Technische Hogeschool Twente die een vernieuwde transportband uitvindt, octrooieert en zelf de licentie ter hand neemt?¹³²
3. Wanneer is sprake van bijzondere kennis? Moet het doen van uitvindingen en het gebied waartoe de uitvinding behoort omschreven staan in de arbeidsovereenkomst of het aanstellingsbesluit in het geval universitaire onderzoekers?

Als eenmaal vaststaat dat de uitvinding aan de werkgever toekomt, dan nog zijn niet alle problemen uit de wereld. Art. 12 lid 6 ROW 1995 brengt mee dat de werkelijke uitvinder die niet in zijn loon gecompenseerd is, recht heeft op een billijke vergoeding.¹³³ De hoogte van de vergoeding hangt samen met het geldelijk belang en de omstandigheden waaronder de uitvinding plaatshad. Over de uitleg van deze bepaling heeft zich onder de ROW 1910 een moderne David-contra-Goliath-strijd afgespeeld in de zaak van Hupkens tegen Van Ginneken.¹³⁴ Hupkens vond vrij snel na zijn indiensttreding bij Van Ginneken een verbetering uit van een betonmengmachine, waardoor het beton niet meer aan de wanden van de mixer aankoekte. Van Ginneken vroeg octrooi aan voor deze uitvinding, verkreeg deze en verdiende aantoonbaar enige tientallen miljoenen guldens met een proces waarin de mixer werd toegepast. Over de vraag of Hupkens voldoende gecompenseerd was door Van Ginneken is meer dan tien jaar geprocedeerd met als einduitkomst een Pyrrusoverwinning van Hupkens.¹³⁵

Over de wettelijke regeling van de werknemersuitvinding is in de literatuur uitvoerig gediscussieerd, in het bijzonder over de allocatie van de rechten op uitvindingen aan

¹³¹ MvT II bij de ROW 1910.

¹³² Over deze affaire zijn kamervragen gesteld door leden van de VVD-fractie die klaarblijkelijk uitgingen van het misbruik van publieke middelen. *Aanhangsel Handelingen II* 1971/72, nr. 145.

¹³³ Rijlaarsdam 1999.

¹³⁴ HR 27 mei 1994, *NJ* 1995, 136.

¹³⁵ Quaedvlieg 1996.

onderzoekers. De kritiek betreft allereerst de onduidelijkheid van de regeling. De jurisprudentie laat de worsteling zien die rechters hebben met het moment waarop de uitvinding moet zijn gedaan om aan de werkgever te worden toegeschreven, de benodigde taakomschrijving om te spreken van bijzondere werkzaamheden en de bepaling van de omvang van de vergoedingsplicht. De enkele bepaling in de Nederlandse wet (art. 12 ROW 1995) steekt schril af bij de Duitse wet uit 1957 over de uitvindingen gedaan door werknemers, de zgn. *Arbeitnehmererfindergesetz*. In de Duitse wet is een onderscheid gemaakt tussen de uitvindingen die geen, of een directe relatie hebben met de uitgevoerde werkzaamheden, resp. de vrije- en dienstuitvindingen. Grofweg heeft de werknemer volgens de Duitse wet de verplichting om zijn uitvinding ter octrooiering aan te bieden aan zijn werkgever die daar binnen een betrekkelijk korte termijn op moet reageren. De werkgever kan een octrooiaanvraag op zijn naam doen of daarvoor bedanken. In het geval hij de aanvraag doet, is hij volgens een uitgewerkte vergoedingsregeling een extra beloning verschuldigd aan de werknemer. Als hij van de aanvraag afziet, kan de werknemer zonder ‘gevaar’ van latere opeising door de werkgever zelf een aanvraag doen. De werknemer moet de werkgever wel een (niet-exclusieve) licentie verlenen voor het gebruik van de geoctrooieerde uitvinding.

De tweede kritiek is fundamentele en betreft de opportuniteit van de opeising, met name bij uitvindingen van onderzoekers. In de jaren ‘70 heeft de studietoelichting Van Weel een kritisch rapport uitgebracht over de opeising van octrooieerbare uitvindingen door universiteiten.¹³⁶ De conclusie luidt dat octrooiering van onderzoekersuitvindingen geen verband houdt met de publieke taak van de universiteiten, en dat zij derhalve buiten het geval van contractonderzoek achterwege kan blijven. De verwachting is bovendien dat de kosten van het identificeren van octrooieerbare uitvindingen en het voeren van een licentiebeleid de baten zullen overstijgen. Cohen Jehoram drukt het nog puntiger uit:¹³⁷ ‘Het ontbreekt universiteiten en hogescholen ten enenmale aan commercieel inzicht en mogelijkheden om zich op het spekgladde ijs van de octrooipolitiek te begeven’. In de geciteerde opvattingen gaat het niet zozeer om de billijkheid van de toewijzing van de uitvinding aan onderzoeker of universiteit, als wel om de maatschappelijke effecten ervan.

Men is het er overigens over eens dat het niet van belang is of de uitvinding wordt verricht in het kader van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst, zoals bij een werknemer, of een publiekrechtelijke aanstelling, zoals het geval is voor de meeste onderzoekers die bij de universiteiten zijn aangesteld. De onduidelijkheid hierover onder de oude ROW 1910 is in de ROW 1995 verdwenen door invoering van de artikelen 12 lid 2 en lid 3 ROW 1995, die bepalen dat uitvindingen van stagiairs en onderzoekers volgens de normale regels aan de werkgever toekomen, d.w.z. aan de universiteiten en hogescholen.

Dat was overigens in jurisprudentie al veel eerder uitgemaakt voor degene die in dienst is van een publiekrechtelijk lichaam,¹³⁸ zoals een universiteit of hogeschool. Enigszins gechargeerd kan men zeggen dat van de wettelijke regeling van de positie van onderzoeker en stagiair nu de suggestie uitgaat dat hun octrooieerbare uitvindingen moeten worden opgeëist.

Hoe nu verder? In het Nederlandse staatsbestel past het niet dat de rechter zich uitspreekt over de inhoud en de opportuniteit van de wettelijke regeling van het werkgeversoctrooirecht voor universiteiten en hogescholen. Die rol ligt bij de wetgever en de universiteiten en hogescholen. Er zijn gelukkig amper mogelijkheden om de situatie te verbeteren. Evenals dit het geval is bij het auteursrecht, zijn partijen (universitaire werkgevers en werknemers) vrij

¹³⁶ *Rapport inzake het recht op octrooi bij universiteiten en hogescholen* 1989.

¹³⁷ Cohen Jehoram 1977.

¹³⁸ Octoiraad 27 juli 1943, *NJ* 1944/45, 676.

de allocatie van octrooirechten op uitvindingen naar goeddunken te regelen. De Hoge Raad heeft al in 1950 geoordeeld dat zelfs de meeste extreme variant – de allocatie van *alle* uitvindingen van de werknemer aan de werkgever – toelaatbaar is.¹³⁹ Van dwingend recht blijft wel het vereiste van een beloning voor de uitvinder-werknemer; hiermee zal in een contractuele oplossing rekening zijn te houden. Het omgekeerde kan natuurlijk altijd. Universiteiten kunnen geheel afzien van claims op octrooieerbare uitvindingen.

Redenerend vanuit de traditionele publieke taak van de universiteiten ligt het laatste meer voor de hand dan het eerste. Gesteld kan worden dat een onderzoeker ‘slechts’ is aangenomen om onderzoek te verrichten, niet om octrooieerbare uitvindingen te doen; het argument van de academische vrijheid ondersteunt dit argument. Bovendien strookt de opbouw van een universitaire octrooiportefeuille niet met de publieke taak van de universiteiten kennis in de samenleving te verspreiden. Voorts kan men bij de opportuniteit van allocatie van octrooirechten aan de universiteiten vraagtekens plaatsen, zolang niet is gebleken dat zij in staat zijn een goed octrooibeleid te voeren.

Voor de opeising door de universiteiten spreekt daarentegen dat onderzoekers slechts in staat zijn geweest de uitvinding te doen door gebruik te maken van universitaire faciliteiten. Een beleid van opeising vergt echter wel een aanzienlijke inzet op het gebied van de bewustmaking van personeel, de aanvraag en begeleiding van octrooiaanvragen en de instandhouding en exploitatie van een octrooiportefeuille. Men zou in dit verband kunnen denken aan de aanstelling van een speciale intellectuele eigendomsmanager, die belast wordt met de identificatie, het aanvragen en de exploitatie van octrooien. Daar zijn echter hoge kosten mee gemoeid die wellicht ten koste gaan van primaire universitaire activiteiten, dat wil zeggen: de publieke taak.

Voor alle betrokkenen is het hoe dan ook belangrijk dat er een duidelijke regeling komt die voldoende rechtszekerheid biedt zodat onderzoekers enerzijds en universiteiten en hogescholen anderzijds beter hun kansen kunnen inschatten; de kennisoverdracht zal hierdoor ongetwijfeld sterk worden bevorderd. Een goed voorbeeld biedt de Duitse wet. De regeling kan haar beslag krijgen in reglementen bij de aanstellingsvoorwaarden van onderzoekers.

Tenslotte een laatste opmerking. De slechtst denkbare oplossing zou zijn als universiteiten massaal zouden overgaan tot het opeisen van octrooien zonder daadwerkelijk iets met de octrooien te doen, en zonder de onderzoekers daarvoor geldelijk te belonen. Zonder uitzicht op exploitatie en zonder enigerlei ‘incentive’ zal de animo onder onderzoekers aan de opbouw van een universitaire octrooiportefeuille mee te werken, ongetwijfeld zeer gering zijn. Ook hier geldt dat de kennisinstelling die haar publieke taak wenst uit te breiden met ondernemersactiviteiten daaruit de consequenties dient te trekken.

¹³⁹ Hoge Raad 30 juni 1950, *BIE* 1950-12, p. 152-161 (*Perquin/Perfra*).

6 Kennisinstellingen en de ontwikkeling van kennis: de wettelijke beperkingen van de intellectuele eigendom

6.1 Introductie

Concentreerden wij ons in de voorgaande hoofdstukken op de uitbating van eenmaal verworven kennis door kennisinstellingen, in dit hoofdstuk onderzoeken wij de fase die daaraan voorafgaat: de kennisverwerving. Welke wettelijke belemmeringen ontmoet de kennisinstelling die van derden afkomstige kennis wenst te vergaren, en vervolgens te exploiteren? Deze vraag is, evenals de allocatieproblematiek (Hoofdstuk 5) in wezen een voorvraag; aan de exploitatie van kennis gaat de verwerving noodzakelijkerwijs vooraf. Gingen wij er in de voorgaande hoofdstukken stilzwijgend vanuit dat de kennis reeds ‘in huis’ was, hier wordt de vraag gesteld hoe het rechtens is gesteld met (potentieel exploiteerbare) kennis die van derden afkomstig is. Overigens roept ook deze voorvraag weer bekende thema’s op. Zoals zal blijken, speelt ook hier de publieke taak van de kennisinstelling – en in het bijzonder de wettelijke verankering daarvan – een belangrijke rol.

Het spreekt vanzelf dat in dit hoofdstuk de aandacht vooral uit zal gaan naar de wettelijke belemmeringen voortvloeiende uit het recht van de intellectuele eigendom. Het is immers het recht van intellectuele eigendom dat de voorwaarden dicteert waaronder – zonder toestemming van derden – van door derden geproduceerde informatie gebruik kan/mag worden gemaakt. Evenals in § 3.4 van dit rapport, staan hier drie onderdelen van het recht van de intellectuele eigendom centraal: het auteursrecht, het databankenrecht en het octrooirecht

6.2 Auteursrecht

Het auteursrecht is elders in dit rapport (§ 3.4.2) reeds in hoofdlijnen geschetst. Zoals gezegd, bevat de Auteurswet (in hoofdstuk 1, § 6, van de wet) een scala van wettelijke beperkingen, die in veel gevallen in zodanig algemene termen zijn geformuleerd dat ook kennisinstellingen er van kunnen profiteren. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 15 Aw (overname door de media), dat blijkens een belangrijk arrest van de Hoge Raad ook door kennisinstellingen (in casu ook: openbare bibliotheken) kan worden ingeroepen bij het vervaardigen en distribueren van knipselkranten.¹⁴⁰ Het geldt evenzeer voor het citaatrecht van artikel 15a Aw, dat onder nadere voorwaarden ruimte laat voor ‘het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling’ (zie nader par. 6.2.2) Ook het reeds in § 3.4.2.1 besproken artikel 15b Aw (overheidsinformatie) kan voor kennisinstellingen van belang zijn.

¹⁴⁰ Hoge Raad 10 november 1995, *NJ* 1996, 177.

Een zeer belangrijke beperking, waarvan in het bijzonder de culturele kennisinstellingen in hoge mate afhankelijk zijn, is de duurbeperking. Op grond van artikel 37 Aw, dat betrekkelijk recent aan de Europese Duurrichtlijn¹⁴¹ is aangepast, vervalt het auteursrecht door verloop van 70 jaar volgend op het sterfjaar van de maker. Voor werken waarvan een rechtspersoon als maker geldt, is de termijn 70 jaar na publicatie (38 lid 2 Aw). De recente verlenging van de duur van het auteursrecht van 50 tot 70 jaar *post mortem auctoris* die in de richtlijn haar beslag heeft gekregen, heeft vooral in de museumwereld aanleiding gegeven tot bezorgdheid. Niet ten onrechte wordt gevreesd dat deze duurverlenging in de toekomst een roep om verdere verlenging zal uitlokken, met het gevolg dat de omvang van het publieke domein steeds verder afnemen.

In dit hoofdstuk zal de aandacht zich met name richten op enkele wettelijke beperkingen die specifiek voor de kennisinstellingen, althans de door haar vervulde specifieke taken, zijn geschreven: het bibliotheekprivilege, beperkingen voor wetenschappelijke doeleinden en, tenslotte, museale beperkingen.

Bij de nu volgende beschouwingen past een *caveat*. Ten gevolge van de Auteursrechtrichtlijn,¹⁴² die naar verwachting in de loop van 2001 door de Raad en het Europees parlement zal worden aangenomen, wordt de autonomie van de Nederlandse wetgever op het punt van de wettelijke beperkingen ingesnoerd. De richtlijn bevat in de artikelen 5 (2) en 5 (3) een limitatieve lijst van wettelijke beperkingen die door de lidstaten van de Europese Gemeenschap naar believen mogen worden gehandhaafd c.q. geïntroduceerd. Het staat de Nederlandse wetgever derhalve niet langer vrij wettelijke beperkingen te handhaven c.q. in te voeren die niet op deze lijst te vinden zijn.

6.2.1 Bibliotheekprivilege

Over heden en toekomst van het bibliotheek privilege in de digitale omgeving heeft het Instituut voor Informatierecht, in het kader van het Nationale Onderzoeksprogramma Informatietechnologie en Recht (ITeR), onlangs een zeer uitvoerige studie verricht.¹⁴³ Zoals in de studie wordt uiteengezet, is van een coherent ‘privilege’ ten gunste van de bibliotheken in feite geen sprake; de Auteurswet voorziet in een samenraapsel van wettelijke bepalingen die op enigerlei wijze op de bibliotheken zijn toegesneden.¹⁴⁴ Deze bepalingen zijn in drie categorieën onder te verdelen: beperkingen ten behoeve van preserving, wettelijke faciliteiten met het oog op documentenleverantie en, tenslotte, het auteursrechtelijke regime voor de uitleen van auteursrechtelijk beschermde werken.

6.2.1.1 Preserving

De artikelen 16b (zie § 3.4.2.2.) en 17 Auteurswet lijken beperkte ruimte te laten voor het vervaardigen van kopieën voor preservingdoeleinden. Deze bepalingen laten echter niet toe dat de aldus gemaakte kopieën aan derden beschikbaar worden gesteld. Artikel 3 van het Reprobesluit, dat gebaseerd is op artikel 16b, laat hiertoe wel enige ruimte. Op de voet van artikel 3 Reprobesluit vervaardigde kopieën mogen dienen als ‘master’ van kopieën die, in plaats van originele, aan derden ter uitleen beschikbaar worden gesteld. Duidelijk is dat de bestaande regels onvoldoende ruimte laten voor het systematisch in digitale vorm

¹⁴¹ 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, *PbEG*. 1993 L 92/9.

¹⁴² Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr 48/2000, door de Raad van 28 september 2000 vastgesteld met het oog op de aanneming van Richtlijn 2000/.../EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

¹⁴³ Krikke 2000.

¹⁴⁴ Krikke 2000, p. 2.

preserveren van collecties, een activiteit waaraan, vooral in het licht van de snelle veroudering van bestaande media en ‘platforms’, dringend behoefte bestaat. In het ITeR-rapport wordt dan ook aangedrongen op een wettelijke regeling terzake.¹⁴⁵

6.2.1.2 Document delivery

Onder ‘document delivery’ (documentlevering) wordt verstaan het op individuele bestelling van eindgebruikers kopiëren en verzenden van documenten.¹⁴⁶ In het praktijkonderzoek is gebleken dat deze praktijk zich met name bij bibliotheken en onderzoeksinstituten op grote schaal voordoet. Te denken valt aan manuscripten en foto’s van het Letterkundig museum, archiefbescheiden in beheer van rijksarchieven en de boeken en tijdschriften van de bibliotheek van de TU Delft.

Document delivery wordt in de praktijk gebaseerd op art. 16b van de Auteurswet, die het kopiëren in opdracht toelaat. Het Nederlandse Uitgeversverbond heeft deze bepaling recentelijk het ‘grootste lek in de Nederlandse Auteurswet’ genoemd.¹⁴⁷ Inderdaad is het twijfelachtig of de huidige omvang van deze praktijk met de bedoelingen van de wetgever correspondeert. Daarentegen valt het incidenteel op verzoek van bibliotheekgebruikers kopiëren van artikelen of kleine gedeelten van grotere werken stellig binnen de publieke taak van de bibliotheken; enige ruimte voor bibliothecaire documentleverantie, bijv. door een verlaagd reprografietarief¹⁴⁸, lijkt daarom ook in de toekomst gerechtvaardigd.

Vooralsnog vindt ‘document delivery’ voornamelijk analoog plaats. De verwachting is dat deze praktijk zich snel zal uitbreiden tot digitale (elektronische) levering.¹⁴⁹ Binnen het kader van artikel 16b lid 1 Aw lijkt elektronische ‘document delivery’ voorlopig vrij te blijven. In een spoedig te verwachten wetsvoorstel voor een nieuw reprorecht, dat deze materie moet inkapselen, is niet voorzien in een regeling voor het elektronisch kopiëren. Ook de aanstaande Europese Auteursrechtlijn lijkt hiervoor maar zeer beperkt ruimte te laten.

6.2.1.3 Uitleen van werken

Sedert de implementatie van de richtlijn leen- en verhuur¹⁵⁰ behoren de verhuur en de uitleen van auteursrechtelijk beschermde werken in beginsel tot de aan de auteursrechthebbende voorbehouden handelingen. Artikel 12 lid 3 van de Aw verstaat onder uitleen ‘het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch voordeel voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen.’ Het begrip ‘voor het publiek toegankelijke instellingen’ wordt ruim geïnterpreteerd,¹⁵¹ en omvat niet alleen openbare bibliotheken, maar ook universiteitsbibliotheken en bedrijfsbibliotheken.

Blijkens artikel 15c Aw lid 1 voorziet de Nederlandse wet, in afwijking van de hoofdregel van de richtlijn, niet in een uitsluitend leenrecht doch in een recht op leenvergoeding; voor het uitleen van werken door bibliotheken is geen toestemming vereist, mits daarvoor aan rechthebbenden een billijke vergoeding wordt betaald. De leenvergoeding is verschuldigd aan de Stichting Leenrecht, waarin rechthebbenden van divers plumage zijn vertegenwoordigd. De hoogte van de leenvergoeding wordt vastgesteld door de Stichting Onderhandelingen Leenvergoedingen (STOL).

¹⁴⁵ Krikke 2000, p. 165. Zie ook de brief van FOBID aan Vaste Kamercommissie voor Justitie d.d. 17 september 1998.

¹⁴⁶ *Auteursrecht en document delivery* 1991. Zie ook Krikke 1999 en Krikke 2000, p.68-72.

¹⁴⁷ *Copyright Notice* 1999-3, p. 21.

¹⁴⁸ Krikke 2000, p. 169.

¹⁴⁹ Hugenholtz & Visser 1995.

¹⁵⁰ Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *PbEG* 1992 346/61.

¹⁵¹ Krikke 2000, p. 62.

Geheel vrijgesteld van de verplichting leenvergoedingen te betalen zijn ‘instellingen van onderwijs en instellingen van onderzoek’, alsmede de daaraan verbonden bibliotheken (universiteitsbibliotheken); hetzelfde geldt voor de Koninklijke Bibliotheek.

6.2.1.4 Toekomst van het bibliotheekprivilege

De aanstaande Europese Auteursrechtlijn laat het in Nederland bestaande bibliotheekprivilege (dat wil zeggen: de hiervoor geschetste wettelijke beperkingen ten behoeve van de bibliotheekwereld) in belangrijke mate intact. Bestaande reprografiebeperkingen, zoals de bepalingen van het Reprobesluit, worden geheel gedekt door artikel 5 lid 2a van de richtlijn. Voorts lijkt artikel 5 lid 2c voldoende ruimte te laten voor de door de bibliotheken vurig gewenste beperking voor het maken van preserveringskopieën. Van deze ruimte kunnen niet alleen ‘publicly accessible libraries’ profiteren, maar ook musea en archieven, zo lang de vrijgestelde handelingen tenminste niet geschieden voor direct of indirect economisch of commercieel voordeel. De Nederlandse wetgever ware deze ruimte ten volle te benutten.

Een potentiële bedreiging voor bestaande en toekomstige bibliotheekbeperkingen is echter gelegen in de snel om zich heen grijpende licentiëringspraktijk. Bibliotheken en andere (institutionele) gebruikers worden in toenemende mate onderworpen aan – dikwijls eenzijdig – opgestelde licentiecontracten terzake van het gebruik van databanken en andere digitale informatieproducten. In sommige gevallen voorzien dergelijke contracten in gebruiksbeperkingen die verder gaan dan op grond van de wettelijke beperkingen van het auteursrecht zou zijn toegestaan. De vraag rijst in hoeverre de wettelijke beperkingen van het auteursrecht een dwingendrechtelijk karakter hebben; deze vraag is voorwerp van een door het Nationale Onderzoeksprogramma Informatietechnologie en Recht gesubsidieerd onderzoek, dat begin 2001 zal worden gepubliceerd.¹⁵² Anders dan de Europese Computerprogrammatuurrichtlijn en Databankrichtlijn¹⁵³ voorziet de Auteursrechtlijn niet in een oplossingen van dit probleem. Hier ligt derhalve mogelijk een taak voor de Nederlandse wetgever.

Duidelijk is wel dat er tussen de publieke taak van de bibliotheken en de wettelijke beperkingen een direct verband bestaat. De legitimatie van het bibliotheekprivilege is in eerste en laatste instantie terug te voeren op de publieke taak van de bibliotheken. Waar bibliotheken zich, bijvoorbeeld door het op grote schaal verlenen van document delivery-diensten, op het gladde pad van de commercie begeven, dreigen zij deze legitimatie te verspelen.

Uit het door Krikke verrichte onderzoek blijkt duidelijk dat het in de huidige Nederlandse situatie aan een duidelijke publieke taakstelling van de bibliotheken veelal ontbreekt.¹⁵⁴ Krikke adviseert – en de stellers van dit rapport onderschrijven deze conclusie – onderzoek te laten verrichten naar de wenselijkheid de taakstelling van bepaalde bibliotheken wettelijk te verankeren, één en ander naar Zweeds model. Om dezelfde reden wordt geadviseerd bij het formuleren van toekomstige wettelijke beperkingen ten behoeve van bibliotheken geen institutionele bibliotheekdefinities te hanteren, doch aan te sluiten bij de (publieke) taak of functie en/of de aard van het handelen (wel of geen winstoogmerk), eventueel in samenhang

¹⁵² Intellectuele eigendom en informatievrijheid, ITeR-project 01437104, toegekend aan het Instituut voor Informatierecht.

¹⁵³ Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG*. 1991 L 122/42; Richtlijn 96/9/EG van de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996 L77/20

¹⁵⁴ Krikke 2000, p. 167.

met het omschrijven van een gebruikersgroep. ‘Commerciële primaire exploitatie dient in ieder geval niet onder de werking van wettelijke privileges te vallen.’¹⁵⁵

6.2.2 Wetenschappelijk gebruik

De Auteurswet voorziet slechts in geringe mate in wettelijke beperkingen van het auteursrecht ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek. Dat is niet zo verwonderlijk. Het auteursrecht beschermt immers van oudsher geen theorieën, ontdekkingen of gegevens. Slechts de vorm (expressie), niet de inhoud (idee) van het werk geniet bescherming. In theorie vormt het auteursrecht derhalve geen belemmering van de wetenschappelijke communicatievrijheid.

Desondanks kan het onder omstandigheden gewenst zijn niet slechts de inhoud, doch ook (delen van) de 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. Onder bepaalde voorwaarden wordt ‘het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemieek of wetenschappelijke verhandeling’ niet als inbreuk op het auteursrecht aangemerkt. Belangrijke voorwaarde is allereerst dat het werk waaruit is geciteerd rechtmatig openbaar gemaakt is. Voorts geldt de beperking dat het citeren slechts is toegelaten voor zover dat ‘naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is’. Tevens geldt de eis van bronvermelding en respect voor de morele rechten van de maker.

Symptomen van een ‘wetenschappelijk privilege’ zijn voorts te vinden in de regeling van het leenrecht, die, zoals gesteld, onder meer voorziet in een absolute vrijstelling van de verplichting leenvergoedingen te betalen voor instellingen van wetenschappelijk onderzoek (lees: universiteitsbibliotheken). Tenslotte voorziet, zoals eerder gememoreerd, artikel 16b Aw in een wettelijke beperking voor studiedoeleinden (§ 3.4.2.2); deze beperking laat echter in het geheel geen ruimte voor daarop volgende exploitatie van verworven kennis. De aanstaande Auteursrechttrichtlijn laat in artikel 5 lid 2 b de bestaande wettelijke beperking voor eigen oefening, studie of gebruik goedgekeurd intact, met dien verstande dat rechthebbenden voortaan aanspraak kunnen maken op ‘fair compensation’.

6.2.3 Musea

De Nederlandse Auteurswet bevat geen specifieke wettelijke beperkingen ten behoeve van musea of vergelijkbare culturele instellingen. Wel voorziet artikel 23 Aw in het recht van de eigenaar van een werk van beeldende kunst het werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende ten toon te stellen of ‘met het oogmerk het te verkoopen’ in een catalogus te reproduceren. Musea kunnen aan artikel 23 Aw evenwel niet het recht ontlenen tentoonstellingscatalogi te reproduceren of kunstwerken waarvan het museum de eigendom verworven heeft te ‘merchandisen’ (bijvoorbeeld in de vorm van printbriefkaarten, posters of T-shirts). Afhankelijk van de omstandigheden zou deze bevoegdheid eventueel wel uit de contractuele verhouding tussen kunstenaar en museum kunnen worden afgeleid.¹⁵⁶

Artikel 5 lid 3 sub j van de Auteursrechttrichtlijn lijkt ruimte te scheppen voor een verdergaande wettelijke beperking; uitzonderingen op het recht van reproductie en openbaarmaking zijn toegelaten voor ‘het gebruik voor reclamedoeleinden, voor openbare tentoonstellingen of openbare verkopen van artistieke werken, voor zover dat noodzakelijk is

¹⁵⁵ Krikke 2000, p. 168.

¹⁵⁶ Spoor & Verkade 1993, p. 257; zie tevens Beunen & De Cock Buning 2000, p. 273.

voor de promotie van die gebeurtenissen'. Ervan uitgaande dat een kunscatalogus (mede) dient ter 'promotie' van een tentoonstelling, zouden musea op basis van deze bepaling de bevoegdheid kunnen verkrijgen tentoongestelde kunstwerken in catalogi te (doen) reproduceren. Het ligt in de rede bij de implementatie van de richtlijn art. 23 Aw dienovereenkomstig aan te passen.

Voorts schept artikel 5 lid 2 c van de richtlijn de ruimte voor de introductie van nieuwe wettelijke beperkingen ten gunste van (onder meer) musea 'in welbepaalde gevallen', zoals het vervaardigen van conserveringskopieën. Dergelijke kopieën mogen echter niet voor direct of indirect economisch of commercieel voordeel worden aangewend; evenmin laat deze beperking ruimte voor het verrichten van openbaarmakingshandelingen.

6.3 Databankenrecht

Het databankenrecht, dat rechtstreeks voortvloeit uit de Europese Databankrichtlijn (Dw), is in § 3.4.3 van dit rapport reeds, tezamen met de daarin neergelegde wettelijke beperkingen, geïntroduceerd. De Nederlandse Databankenwet voorziet, in het voetspoor van de richtlijn, slechts in zeer beperkte mate in wettelijke beperkingen. Dit valt ten dele te verklaren door het feit dat 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 bestaat derhalve in de praktijk niet zoveel behoefte. Daar staat tegenover dat het databankenrecht zich ook uitstrekt tot het 'herhaald en systematisch' opvragen, waardoor de databankproducent schade lijdt. De Nederlandse bibliotheekinstellingen verenigd in FOBID hebben bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving tegenover de Minister van Justitie hun zorgen uitgesproken over de uitleg van deze laatste bepaling.¹⁵⁷ Gevreesd werd dat hierdoor allerlei gangbare bibliotheekpraktijken, zoals het systematisch gebruik van databanken voor het zelf opbouwen van bibliografische gegevensverzamelingen, in gevaar zou komen. Van de zijde van de bibliotheken werd daarom 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 gehoor gegeven.

De weinige wettelijke beperkingen waarin de Databankenwet, in navolging van de richtlijn, voorziet, houden met de bijzondere positie van de kennisinstellingen nauwelijks rekening. De bibliotheken blijven slechts in zoverre buiten schot dat het databankenrecht, in afwijking van het auteursrecht, geen leenrecht omvat (artikel 1 lid 2 Dw).

Artikel 5b Dw houdt voorts in beperkte mate rekening met de belangen van het wetenschappelijk onderzoek, 'voor zover door het niet-commerciële doel gerechtvaardigd'. Deze wettelijke beperking is belangrijk. Immers, anders dan het auteursrecht strekt het databankenrecht zich daadwerkelijk uit tot de inhoud (de gegevens) van het object van intellectuele eigendom. Het verdient dan ook aanbeveling deze beperking ruim te interpreteren.

Ten aanzien van musea en andere culturele instelling behelst de Databankenwet geen bijzondere bepalingen.

¹⁵⁷ Brief van FOBID aan Vaste Kamercommissie voor Justitie d.d. 17 september 1998.

6.4 Octrooirecht

Evenals het auteursrecht en het databankenrecht kent het octrooirecht een aantal beperkingen. Sommige van deze beperkingen zijn verwant; andere zijn verschillend van aard.

Evenals het auteursrecht vervalt het octrooirecht door tijdsverloop; het eindigt uiterlijk 20 jaar na de indiening van de aanvraag (art. 63 lid 1 Europees Octrooiverdrag en art. 49 lid 2 ROW 1995). Het Nederlandse registratieoctrooi bestaat in twee varianten: een zesjarig en een twintigjarig octrooi. Voor medicijnen geldt een verlengde duur die verband houdt met de verplichte registratie van geneesmiddelen. De registratieprocedure kost soms nog meer tijd dan de octrooiverlening. Voor farmaceutische octrooien is een verlenging mogelijk met maximaal vijf jaar, zo blijkt uit verordening (EU) nr. 1768/92, *PbEg* L 182 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen.¹⁵⁸

In theorie heeft de octrooihouder gedurende de gehele beschermingsduur profijt van zijn octrooi. In de praktijk pakt het vaak anders uit. De klok begint te lopen vanaf het moment van de aanvraag. Op dat moment bestaat echter nog geen zekerheid over de verlening. Dat kan een reden zijn om geen voorschot te nemen op de rechten uit het toekomstige octrooi, en potentiële inbreukmakers voorlopig maar met rust te laten.

6.4.1 Beperkingen specifiek voor het octrooirecht

De ratio van het octrooirecht is om innovatie te stimuleren door het belonen van uitvinders met een octrooi. Het octrooirecht schiet zijn doel voorbij als een ander dan de octrooihouder de geoctrooieerde uitvinding niet mag verbeteren. Daarom mag een verbetering op een geoctrooieerde uitvinding ook worden geoctrooieerd als het voldoet aan de eisen van een uitvinding. Dat kan een patstelling opleveren: de eerste octrooihouder mag toepassing van de verbeterde uitvinding verbieden, want dat levert een toepassing van zijn eerder geoctrooieerde uitvinding op. Op zijn beurt kan de octrooihouder van de verbeterde uitvinding de toepassing van de verbetering door de eerste octrooihouder verbieden. De ROW 1995 wet geeft in art. 57 een regeling voor deze situatie van het zgn. afhankelijke octrooi. De afhankelijke octrooihouder kan een zgn. dwanglicentie krijgen met hulp van de rechter. Hij mag dan de uitvindingen tezamen toepassen.¹⁵⁹ De eerste octrooihouder verkrijgt tevens een licentie voor het afhankelijke octrooi. De rechter mag op grond van art. 58 ROW 1995 ook de hoogte van de kruislingse licentievergoedingen vaststellen.

Dwanglicenties zijn ook mogelijk op grond van het algemeen belang en bij non-usus (niet-gebruik). Een dwanglicentie o.g.v. het algemeen belang wordt verstrekt door de Minister van Economische Zaken, waartegen de octrooihouder in een administratieve procedure bezwaar kan maken. Een dwanglicentie o.g.v. non-usus moet worden afgedwongen bij de rechter. Procedures hierover komen maar weinig voor.

De ROW 1995 houdt in art. 55 rekening met de situatie dat er twee uitvinders zijn, die niet van elkanders uitvindingen weten en waarbij maar één van hen een octrooi verleend krijgt. De voorgebruiker, de uitvinder die geen octrooi heeft aangevraagd en de vinding wel reeds te goeder trouw toepast in zijn bedrijf, mag doorgaan met het gebruik van de uitvinding. De voorgebruiker wordt wel in zijn vrijheid beperkt door het octrooi; hij mag de uitvinding niet licentiëren.

¹⁵⁸ De ROW 1995 bevat een summier regeling in de artt. 90-98 die verwijst naar de verordening.

¹⁵⁹ De afhankelijk octrooihouder krijgt geen licentie om de geoctrooieerde uitvinding van de eerste octrooihouder afzonderlijk toe te passen.

Van deze algemene beperkingen van het octrooirecht kunnen uiteraard ook de kennisinstellingen profiteren. De publieke taakstelling werkt in bepaalde gevallen ongetwijfeld in het voordeel van de kennisinstelling, vooral indien het gaat om octrooien met een grote maatschappelijke betekenis. Stel dat een bedrijf over een basisoctrooi beschikt op een uitvinding die essentieel is voor ontwikkeling van een middel ter genezing van AIDS. Het is aannemelijk dat de rechter welwillender staat tegenover de verlening van een dwanglicentie voor het gebruik van het octrooi aan een kennisinstelling met een publieke taak dan aan een willekeurige commerciële partij.

6.4.2 Speciale beperkingen ten behoeve van kennisinstellingen

Het octrooirecht maakt deel uit van het economisch mededingingsrecht. De ROW 1995 richt zich dan ook primair op industriële (commerciële) ondernemingen. Toch komt het onderzoek of de onderzoeker op enkele plaatsen voor in de wet. In oudere rechtspraak werd al een ongeschreven recht op wetenschappelijk onderzoek van geoctrooideerde uitvindingen aangenomen. Inmiddels heeft de wetgever een beperkte onderzoeksexceptie wettelijk vastgelegd. Kennisinstellingen kunnen profiteren van art. 53 lid 3 eerste volzin¹⁶⁰ ROW 1995, dat bepaalt dat onderzoek van geoctrooideerde uitvindingen toegestaan is. Dat klinkt echter eenvoudiger dan het in werkelijkheid is.

Het artikel is een uitvloeisel van de ondertekening door Nederland van het Gemeenschapsoctrooi-overdrag (GOV),¹⁶¹ waaraan de verplichting is verbonden een wettelijke onderzoeksexceptie in te voeren. De Nederlandse bepaling is gebaseerd op art. 27 aanhef en onder b en c GOV. De ROW 1995 spreekt niet van 'wetenschappelijk onderzoek', maar van 'onderzoek'. Dat onderzoek moet het doel van het octrooirecht dienen, dat wil zeggen: innovatie. De onderzoeksexceptie ziet dan ook niet slechts op onderzoek uit zuiver wetenschappelijke belangstelling.

Een voorbeeld van een geslaagd beroep op de onderzoeksexceptie is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 21 april 1995.¹⁶² Het farmaceutische bedrijf Boehringer werd toegestaan om een groot klinisch onderzoek uit te voeren in het Radboud-ziekenhuis in Nijmegen, het Nederlands Kanker Instituut in Amsterdam, het ziekenhuis de Lichtenberg in Amersfoort en de Daniël den Hoed-kliniek in Rotterdam. Onderwerp van onderzoek waren tweede¹⁶³ en verdere medische indicaties van het geneesmiddel Erythropoietine van concurrent Kirin. In eerdere instantie besliste het Gerechtshof 's-Gravenhage dat het vinden van een tweede medische indicatie tot het doel van het octrooirecht behoort.

De vraag is echter of de onderzoeksexceptie alleen ziet op onderzoek *aan* of ook op onderzoek *met* het geoctrooideerde. Een tweede vraag is of de onderzoeksexceptie ook omvat het onderzoek naar de mogelijkheid van een rendabele exploitatie van de uitvinding (na afloop van het octrooi van de octrooihouder), zoals de Memorie van Toelichting bij de wijzigingswet van de ROW 1910 stelt.¹⁶⁴ De tekst van de ROW 1995 en het GOV suggereert dat niet. Zoals gezegd is het GOV nog niet in werking getreden. Moet nu de (autonome)

¹⁶⁰ De tweede volzin van art. 53 lid 3 ROW 1995 behelst de z.g.n. 'magistrale bereiding', de bereiding van een enkel geoctrooieerd geneesmiddel voor een individuele patiënt op voorschrift van een arts door een apotheker. Dit gedeelte van art. 53 lid 3 ROW 1995 wordt pas van kracht als het Gemeenschapsoctrooi-overdrag (zie tekst) in werking treedt.

¹⁶¹ Het verdrag heet voluit Verdrag betreffende het Europese octrooi voor de gemeenschappelijke markt. Het Verdrag is op 15 december 1975 gesloten te Luxemburg.

¹⁶² Hoge Raad 21 april 1995, *BIE* 1995-12, p. 409-419.

¹⁶³ Men spreekt over een tweede medische indicatie van een geneesmiddel als een nog onbekend geneeskundig effect wordt ontdekt, zoals bijv. het heilzame effect van aspirine (bedoeld tegen hoofdpijn) op het voorkomen van hart- en vaatziekten. Het EOB verleent hier sinds enige tijd octrooien voor. De Octrooiraad stond hier onder de onder oude Rijksoctrooiwet 1910 afwijzend tegenover.

¹⁶⁴ Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Rijksoctrooiwet, *Kamerstukken II* 1974/75, 13 209 (R 967).

verdragsinterpretatie of de Nederlandse interpretatie worden aangehouden? Al deze factoren maken het moeilijk de juiste omvang van de onderzoeksexceptie te bepalen.

Over de onderzoeksexceptie bestaat maar weinig jurisprudentie. De bekendste zaak is die van ICI tegen Medicopharma¹⁶⁵, waarin de vraag aan de orde kwam of het ter registratie aanbieden van een geoctrooieerd geneesmiddel onder de onderzoeksexceptie valt. Een positief antwoord op die vraag zou betekenen dat concurrenten snel na het verlopen van een octrooi op een geneesmiddel een identiek product op de markt zouden kunnen brengen. Een negatief antwoord zou impliceren dat de octrooihouder na het verlopen van het octrooi feitelijk nog enige tijd – gedurende de registratieprocedure van de concurrerende ‘generieke’ producten – van zijn monopolie zou kunnen profiteren. De Hoge Raad geeft in deze zaak een negatief antwoord: de registratie is weliswaar voorwaarde voor de exploitatie, maar geen onderdeel van onderzoek naar de winstgevendheid.

De betekenis van het arrest van de Hoge Raad reikt verder dan alleen het onderzoek van geneesmiddelen. Uit de argumentatie van de HR blijkt dat de lezing van de Memorie van Toelichting wordt gevolgd. Het is echter onduidelijk of de onderzoeksexceptie in het GOV het onderzoek naar winstgevendheid omvat. Als dat niet zo is, dan is er een discrepantie van de Nederlandse wet met het verdrag. Mocht het GOV in werking treden, dan krijgt de onderzoeksexceptie wellicht een veel beperktere uitleg dan nu wordt gehanteerd.

Kennisinstellingen kunnen stellig profiteren van de onderzoeksexceptie. Voor zuiver wetenschappelijke doeleinden volgt dat uit oude rechtspraak en de wettelijke bepalingen. Anders is dat als het onderzoek ook commerciële doeleinden heeft; dan is niet ieder onderzoek toegestaan. Het verschil luistert nauw tussen onderzoek *van* – dat toegestaan is – en onderzoek *met* een geoctrooieerde uitvinding, dat niet is toegestaan. Dat veroorzaakt lastige vragen, zoals de volgende: stel dat de werking van een geoctrooieerd geneesmiddel bekend is, is dan het onderzoek naar een betere *toedieningsvorm* toegestaan of niet?¹⁶⁶ Ten overvloede zij opgemerkt dat de reikwijdte van de onderzoeksexceptie niet alleen een vraag is in het onderzoek naar geneesmiddelen. In het Verenigd Koninkrijk is al geprocedeerd over de vraag of veldonderzoek met genetische gemanipuleerde gewassen toegestaan is op grond van de onderzoeksexceptie door anderen dan de octrooihouder.¹⁶⁷

Voor de onderzoeksexceptie geldt eenzelfde *caveat* als voor het bibliotheekprivilege dat in paragraaf 6.2.1 besproken werd: de onderzoeksexceptie mag niet worden gebruikt ter ondersteuning van commerciële activiteiten. De legitimatie van de wettelijke beperking is ook hier in het geding. De publieke taak van de kennisinstellingen schept lusten en lasten. Of zoals de Engelsen het zeggen: *you can't have your cake and eat it*.

¹⁶⁵ Hoge Raad 18 december 1992, *NJ* 1993, 735 (*BIE* 1993, p. 310).

¹⁶⁶ Zie voor een ontkennend antwoord Hoyng 1992.

¹⁶⁷ Court of Appeal 1985, 1985 R.P.C. 515 (*Monsanto v. Stauffer*).

7 Samenvatting en conclusies

7.1 Inleiding

Centraal in deze studie stond de vraag welke belemmeringen het recht opwerpt bij het gebruik door de kennisinstellingen van door hen verworven kennis en informatie. Deze vraag is eerst (in Hoofdstuk 2) op basis van een praktijkonderzoek dat met medewerking van een groot aantal representatieve kennisinstellingen werd verricht, gepreciseerd. Dit praktijkonderzoek heeft geresulteerd in het formuleren van een achttal ‘dilemma’s’, die onder de geconsulteerde kennisinstellingen bleken te leven. Aangezien het recht direct samenhangt met – en voortvloeit uit – het overheidsbeleid ter zake, is, naast een overzicht van het positieve recht (Hoofdstuk 3), ook aan dit beleid uitvoerig aandacht besteed; gepoogd is te bezien wat het bestaande beleid oplevert voor de vraag hoe kennisinstellingen met hun informatie dienen om te gaan. De oogst was betrekkelijk mager: het informatiebeleid voor kennisinstellingen dient voor een groot deel nog zelfstandig te worden geformuleerd (Hoofdstuk 4).

De resterende twee hoofdstukken waren geconcentreerd op een tweetal vragen die aan de centrale onderzoeksvraag in zekere zin accessoir zijn. In Hoofdstuk 5 is, toegespitst op de wetenschappelijke kennisinstellingen, onderzocht bij wie de rechten op door de instellingen gegenereerde kennis berust. Ook bij de beantwoording van deze ‘allocatievraag’ blijkt het bijzondere statuut van de kennisinstellingen, en in samenhang hiermee het fundamentele beginsel van de academische vrijheid, een pregnante rol te spelen. Omdat verwerving van kennis een *sine qua non* is voor de verspreiding en eventuele exploitatie ervan, is een afzonderlijk Hoofdstuk 6 gewijd aan de belemmeringen die het positieve recht (met name het recht van intellectuele eigendom) hierbij opwerpt. De kennisinstelling heeft ook hier, naast de lusten van de wettelijke beperkingen, de lasten van haar publieke taak. Wie zich marktgericht gedraagt, kan niet gelijktijdig profiteren van een wettelijk regime dat voor instellingen met een publieke taak is ingericht. *Noblesse oblige*.

In dit afsluitende hoofdstuk worden allereerst, ter afsluiting van het praktijkonderzoek, bij wijze van samenvatting de in hoofdstuk 2 geschetste ‘dilemma’s’ aan de hand van het positieve recht en het bestaande overheidsbeleid beantwoord. Bij die beantwoording gaat het niet zozeer om wat wenselijk zou zijn, als wel om een weergave van de ruimte voor toekomstig beleid met betrekking tot toegang en gebruik van bij kennisinstellingen berustende informatie. Vervolgens worden bij wijze van besluit enkele meer algemene beschouwingen gewijd aan de relatie tussen de publieke taak en de exploitatie van kennis. Tenslotte worden enkele aanbevelingen aan het adres van de opdrachtgever van dit onderzoek, het Ministerie van OCenW dat voor de kennisinstellingen verantwoordelijk is, geformuleerd, alsmede enkele nadere suggesties voor wetgeving en beleid.

7.2 De dilemma's beantwoord

7.2.1 Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar afnemer bij het verlenen van toegang tot informatie?

In beginsel dient een publiek gefinancierde kennisinstelling toegang te verlenen tot de informatie die zij onder haar beheer heeft. Zulks volgt mede uit het nieuw te formuleren grondwetsartikel over toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dat sluit echter het maken van een onderscheid in afnemers van informatie niet uit. Indien het maken van onderscheid naar afnemer rechtstreeks samenhangt met de door de kennisinstelling vervulde publieke taak, is er geen probleem. Een instelling die zich uit hoofde van die taak slechts richt tot een wetenschappelijke cliëntèle, behoeft geen informatie te verstrekken aan middelbare scholieren.

Voor het overige is het antwoord op deze vraag vooralsnog slechts te vinden in algemene regels, in het bijzonder in het mededingingsrecht, dat ook een algemeen antwoord geeft op de vraag hoe intellectuele eigendomsrechten (die immers het maken van onderscheid toelaten) mogen worden uitgeoefend. Het is, gelet op de bijzondere aard van de categorie gegevens waar wij het hier over hebben, niet goed mogelijk met een algemene regel te komen die de instelling verplicht haar informatie aan iedere derde op gelijke voorwaarden ter beschikking te stellen. Zulks geldt echter wel indien de instelling zelf in concurrentie met derden treedt, of, anders gezegd, marktactiviteiten verricht.

Een interessante vraag is of onder deze derden ook soortgelijke overheidsinstellingen als de kennisinstelling moeten worden verstaan. Deze vraag roept het afzonderlijke en absoluut niet ondenkbare probleem van concurrentie tussen overheidsinstellingen op. Het algemene mededingingsrecht geeft hierop geen antwoord; hiervoor zullen afzonderlijke publiekrechtelijke voorzieningen moeten worden getroffen.

7.2.2 Hoe moet de prijs voor de informatie worden bepaald?

Toegang impliceert niet dat geen restricties aan het gebruik mogen worden gesteld. De leidraad die geldt voor Wob- en basisinformatie (informatie tegen verstrekkingskosten) is voor de kennisinstellingen bezwaarlijk toe te passen, omdat de beginselen die aan die leidraad ten grondslag liggen voor de kennisinstellingen niet onverkort gelden. Van een museum of universiteitsuitgeverij behoeft bijvoorbeeld niet geëist te worden dat een catalogus of studieboek tegen drukkosten op de markt wordt gebracht. Doet de desbetreffende instelling aan marktactiviteiten, dat wil zeggen treedt zij met haar kennis in concurrentie met commerciële ondernemingen, dan is langzamerhand wel algemeen aanvaard dat concurrentievoordelen die gebaseerd zijn op de status van publiek gefinancierde instelling dienen te worden weggenomen.

In concurrentiesituaties dient derhalve de prijsbepaling afhankelijk gesteld te worden van de marktsituatie. Daarbij kan worden onderscheiden tussen enerzijds de kennisinstelling die beschikt over unieke informatie, zodat de instelling met betrekking tot de informatie kan worden beschouwd als een monopolist, en anderzijds de instelling die met het aanbieden van de informatie in concurrentie treedt met derden op de open markt.

In het eerste geval dienen inderdaad enkel verstrekkings- of additionele kosten en eventueel de extractiekosten in rekening te worden gebracht. Zo een prijsbepaling kan concurrentievervalsing tegengaan, omdat de markt onder gelijke voorwaarden toegang heeft tot de informatie. Zij is te rechtvaardigen wanneer het gaat om informatie die niet of

nauwelijks bewerkt behoeft te worden, maar in ruwe vorm kan worden verstrekt. Monopolōide situaties kunnen zich uiteraard voordoen bij kennisinstellingen. Het is echter de vraag of die situaties met zo een enkele algemene regel over één kam geschoren behoren te worden. Wel dient tenminste de regel te gelden dat de kennis en informatie op gelijke voorwaarden aan derden worden verstrekt. De vraag welke prijsvoorwaarden bij die verstrekking moeten gelden, zal echter van geval tot geval moeten worden beantwoord. Voor informatie die zonder al te veel moeite door de kennisinstelling toegankelijk kan worden gemaakt, kan worden uitgegaan van een kostprijsberekening. Zodra kennis alleen maar op basis van een min of meer aanzienlijke investering toegankelijk kan worden gemaakt, ligt zo een kostprijsberekening minder voor de hand.

In het geval van concurrentie moeten de voorwaarden waaronder de kennisinstelling de informatie aanbiedt dus zoveel mogelijk gelijk gestreken worden met de voorwaarden waaronder private instellingen vergelijkbare of dezelfde informatie aanbieden. De prijs zal dan marktconform moeten zijn.

Indien geen gegevens bekend zijn over de marktprijs zal uitgegaan kunnen moeten worden van de kosten, vermeerderd met een aantal fictieve elementen die de concurrentievoorsprong van de kennisinstelling teniet doen. De fiscale voordelen worden te niet gedaan door de kostprijs te verhogen met de voor de betreffende belastingen gebruikelijke percentages. Het voordeel van het ontbreken van een winststreven wordt opgeheven door de kostprijs te verhogen met een winstopslag. Verder dienen in de administratieve organisatie waarborgen (maatregelen van interne controle) te worden ingebouwd die kruissubsidiëring voorkomen. Soortgelijke berekeningen worden bijvoorbeeld gehanteerd voor universitair wetenschappelijk onderzoek dat in opdracht van derden wordt verricht. Over de noodzaak en de grove methodiek van dergelijke berekeningen bestaat langzamerhand wel consensus en in zeer algemene zin zijn deze wel in beleidslijnen neer te leggen. Dat wil niet zeggen dat de gebruikte methoden overal hetzelfde zijn. De vraag of dat nodig is, is ook moeilijk positief te beantwoorden, gelet op de verschillende aard van de kennisinstellingen (archieven, musea, technische en andere onderzoeksinstellingen) en de verschillende varianten die zich voordoen bij het plegen van marktactiviteiten (derde geldstroom onderzoek, private-public partnership, uitbaten van kennis en informatie door musea of door archiefinstellingen, post academisch onderwijs, enzovoort).

7.2.3 Mag een kennisinstelling onderscheid maken naar gelang het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt?

Met betrekking tot de prijsbepaling wordt vaak een onderscheid gemaakt al naar gelang de informatie voor een commercieel of non-commercieel doel wordt gebruikt. In het eerste geval wordt het billijk geacht dat de overheidsinstelling meedeelt in de eventuele winst die de private instelling met het gebruik van de informatie genereert. Hantering van dit zogenaamde profijtbeginsel is bij Wob- en bij basisinformatie uit den boze. Voor andere vormen van informatie is de situatie nog niet uitgekristalliseerd.

Het profijtbeginsel kan gelijktijdig worden toegepast met het beginsel dat kennis aan derden onder gelijke voorwaarden wordt verstrekt. Niettemin lijkt toepassing van het beginsel voor publiek gefinancierde instellingen een zeer betwistbaar principe. Soms wordt het gemotiveerd doordat de verstrekker controle wil houden op het gebruik van gegevens en daarom de gegevensverstrekking doet plaatsvinden in de vorm van beperkte licenties met royalty's voor het gebruik door de afnemer.¹⁶⁸ Een dergelijke controle kan uiteraard ook zonder heffing van royalty's. Tegen toepassing van het beginsel wordt doorgaans

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld de praktijk van het CBS, besproken in Van Eechoud & Kabel 1998, p. 62.

aangevoerd dat de daarmee gepaard gaande doorleveringtoeslagen die de afnemer aan de verstrekker betaalt, erop neer komen dat de afnemer dubbel betaalt, eerstens als belastingbetaler en vervolgens als afnemer van de publiek gefinancierde dienst. Het probleem is dat dit argument niet echt van principiële aard is. De discussie zal dus nog wel blijven voortduren en is alleen maar op te lossen door een duidelijke politieke keuze.

Het onderscheid tussen al dan niet commerciële gebruiksdoeleinden bij de afnemer van publiek gefinancierde kennis, is auteursrechtelijk en databankrechtelijk relevant gegeven het limitatieve stelsel van beperkingen van auteurs- en databankrechten. Die beperkingen hebben door de bank genomen immers betrekking op niet-commercieel gebruik, bijvoorbeeld door niet-commercieel werkende onderwijsinstellingen of voor privé-gebruik. Dat stelsel is een wettelijk gegeven waarvan iedere afnemer die in de termen valt, kan profiteren, indien en voorzover hij over de desbetreffende informatie reeds beschikt. Indien dat niet het geval is, blijft er een probleem; de wettelijke beperkingen van het recht van intellectuele eigendom scheppen immers geen recht op toegang. De toegang tot de informatie wordt alsdan beheerst door de criteria die in het Magill-arrest geformuleerd zijn.

7.2.4 Mag een kennisinstelling (beperkte) geheimhouding overeenkomen indien zij informatie in opdracht van een derde produceert of vormgeeft?

Geheimhouding staat op gespannen voet met de publieke taak van de kennisinstellingen: het verschaffen van informatie aan het publiek. Het dilemma van geheimhouding speelt met name bij onderzoeksinstellingen. In het geval van derde geldstroom onderzoek zal een opdrachtgever graag geheimhouding (voor een bepaalde tijd) willen overeenkomen. Een dergelijke geheimhouding kan technisch mede worden gerealiseerd door overdracht van auteursrechten aan een opdrachtgever; het auteursrecht houdt immers ook – en zelfs in de eerste plaats – de bevoegdheid in een werk niet te publiceren. Geheimhouding speelt ook een rol bij de octrooiering van uitvindingen. Openbaarmaking voordat de octrooiaanvraag is ingediend, is immers fataal. Een dergelijke spanning bestaat niet, indien geheimhouding wettelijk is voorgeschreven of indien het gaat om bijvoorbeeld persoonsgegevens die ingevolge de Wet bescherming persoonsgegevens niet als zodanig in de openbaarheid mogen komen.

Het rapport van de Commissie Cohen tracht, als wij het goed zien, openbaarheid van kennis te garanderen door de uitzonderingen voor de kennisinfrastructuur slechts van toepassing te achten onder een aantal voorwaarden. Één daarvan, de voorwaarde dat de instelling zich de intellectuele eigendomsrechten voorbehoudt, heeft ten doel de openbaarheid van publiek gefinancierde kennis te bevorderen door de exclusieve beslissingsbevoegdheid over openbaarmaking bij de instelling te laten. Hoewel te prijzen, vormt deze regel echter geen garantie voor openbaarheid; intellectuele eigendomsrechten scheppen immers geen verplichting tot publicatie over te gaan. In het algemeen levert dit geen problemen op, omdat onderzoekers er een eigen belang bij hebben dat hun onderzoeksresultaten worden gepubliceerd. In de verhouding met een externe opdrachtgever kan dit echter anders liggen. Het positieve recht geeft eigenlijk geen pasklaar antwoord op dit dilemma.

Het geschetste probleem ligt in feite primair op het terrein van de wetenschappelijke ethiek. Standaardclausules in contracten voor opdrachtonderzoek zouden hier oplossingen kunnen bieden. Met dergelijke clausules zou kunnen worden voorkomen dat wetenschappelijk werk niet wordt gepubliceerd om redenen die niet met de kwaliteit van het werk verband houden. Het ligt niet in de rede, gegeven de vrijheid van academisch onderzoek, om op dit terrein regels te stellen; wel zou de overheid een stimulerende rol kunnen spelen bij het invoeren van modelclausules op dit terrein.

7.2.5 Mag een kennisinstelling informatie bewerken om deze interessant voor (commerciële) afnemers te maken?

Het meest zuivere antwoord op deze vraag is: neen. In zijn meest extreme vorm leidt bewerking tot het marktrijp maken van kennis, welke activiteit doorgaans zonder meer leidt tot een situatie die gelijk te stellen is aan het uitoefenen van marktactiviteiten door een overheidsinstelling – met alle consequenties van dien. Bovendien gaan bij bewerking vaak allerlei oneigenlijke argumenten een rol spelen, waarbij de instelling zich oordelen gaat aanmeten over de geschiktheid van de desbetreffende informatie voor de afnemer, e.d. Tenslotte leidt bewerking tot het verkrijgen van (nieuwe) intellectuele eigendomsrechten die op hun beurt weer consequenties kunnen hebben voor een mogelijk gewenste openbaarheid van kennis. Op gebieden waar concurrentie met particuliere bedrijven mogelijk is, dient dus uiterst restrictief met bewerkingsactiviteiten te worden omgegaan. Waar openbaarheid en verspreiding van kennis hoog in het vaandel staan, dient bewerking niet tot een prohibitief gebruik van intellectuele eigendomsrechten te leiden. Een duidelijke politieke keuze met bijbehorende regulering van bewerkingsactiviteiten lijkt hier aangewezen.

7.2.6 Wat is de verhouding tussen de Auteurs- en Databankenwet en openbaarheidsregels?

In de beleidslijn ‘Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie’¹⁶⁹ wordt voorgesteld in de Auteurswet een bepaling op te nemen waardoor vast komt te staan dat de verstrekking van informatie uit hoofde van de Wob geen inbreuk op het auteursrecht vormt. Omgekeerd zal in de Wob worden bepaald dat de informatieverstrekking op grond van die wet geen afbreuk zal doen aan het auteursrecht van derden. Het valt te verwachten dat vergelijkbare bepalingen ook zullen worden opgenomen in de Wet op de Naburige Rechten en de Databankenwet. Deze constructies worden gerechtvaardigd door de democratische noodzaak onbelemmerd kennis te kunnen nemen van bestuurlijke informatie. Voor basisinformatie geldt dat er in het geheel geen auteursrechtelijke bevoegdheden door de overheid zijn uit te oefenen.

De verhouding tussen openbaarheid en exclusieve rechten van kennisinstellingen wordt beheerst door de beperkingen die de verschillende intellectuele eigendoms wetten op dit punt kennen. Ontsnapping aan dit doorgaans limitatieve stelsel van beperkingen is mogelijk door de introductie van actieve openbaarmakingsplichten voor de desbetreffende instelling. Dergelijke verplichtingen hebben tevens als voordeel dat de informatie ter feitelijke beschikking komt van de afnemers, zodat gemakkelijker een beroep kan worden gedaan op de gebruiksprivileges die in het intellectuele eigendomsrecht zijn voorzien.

7.2.7 Wie is rechthebbende op door werknemers geproduceerde of vormgegeven informatie?

Dit dilemma betreft het vraagstuk van de zogenaamde allocatie van rechten. Hoofregel is dat de rechten toekomen aan de werkgever, voorzover de informatie in het kader van de dienstbetrekking is gecreëerd. Het allocatievraagstuk is echter tamelijk complex, met name ten aanzien van de kennis die binnen de wetenschappelijke kennisinstellingen (in het bijzonder universiteiten) wordt gegenereerd.

De ‘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

¹⁶⁹ *Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* 2000.

worden verplicht op verzoek van hun werkgever het auteursrecht op in dienstbetrekking gemaakte werken over te dragen. Deze bevoegdheid is voor wat betreft het auteursrecht naar ons oordeel té ruim geformuleerd. Het is ons inziens ongewenst en 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 immers 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.

Voor wat betreft de allocatie van het octrooirecht is geconstateerd dat de wet en praktijk betrokken partijen onvoldoende duidelijkheid bieden. Gepleit is voor de invoering van een duidelijke regeling, die voldoende rechtszekerheid biedt zodat onderzoekers enerzijds en universiteiten en hogescholen anderzijds beter hun kansen kunnen inschatten; de kennisoverdracht zal hierdoor ongetwijfeld sterk worden bevorderd. Een goed voorbeeld biedt de Duitse wet. De regeling kan haar beslag krijgen in reglementen bij de aanstellingsvoorwaarden van onderzoekers.

7.2.8 In hoeverre kunnen kennisinstellingen gebruik maken of beschikken over informatie of documenten die voorwerp zijn van intellectuele eigendomsrechten van derden?

Kennisinstellingen zijn, evenals gewone burgers, in beginsel ten volle onderworpen aan de wettelijke regels op het gebied van de intellectuele eigendom. Dit betekent dat instellingen voor het gebruik van informatie waarop rechten van derden rusten in beginsel toestemming van deze derden zullen moeten vragen. Zo zal een museum dat grote bedragen neertelt voor de aankoop van een kunstwerk waarop nog auteursrecht rust, en dat werk vervolgens (bijvoorbeeld door de verkoop van prentbriefkaarten) wenst te exploiteren, daarover met de rechthebbende sluitende afspraken moeten maken.

Het gebruik door kennisinstellingen van informatie afkomstig van derden is slechts vrij indien

- de informatie (bijvoorbeeld wegens verjaring van het auteursrecht) niet beschermd is; of
- het gebruik in kwestie niet geldt als een aan de rechthebbende voorbehouden handeling; of
- indien de kennisinstelling zich op een wettelijke beperking van het recht kan beroepen.

Geconstateerd is dat de kennisinstellingen in een aantal in de wet, in het bijzonder de Auteurswet, genoemde situaties van wettelijke beperkingen kunnen profiteren. In de digitale omgeving lijken de bestaande wettelijke beperkingen te krap bemeten; zo is gepleit voor de introductie van een beperking die het maken van conserveringskopieën toelaat. Tevens zou overwogen kunnen worden enkele beperkingen die voor de vervulling van de publieke taak van de kennisinstellingen essentieel zijn een dwingendrechtelijk karakter te geven. De binnenkort vast te stellen Auteursrechtrichtlijn, die het auteursrecht in de Europese Unie beoogt te harmoniseren, laat de lidstaten hiertoe de ruimte.

Duidelijk is overigens dat er tussen de publieke taak van de kennisinstellingen en de reikwijdte van de wettelijke beperkingen een direct verband bestaat. De legitimatie van de beperkingen is immers terug te voeren op de publieke taak. Waar de kennisinstellingen zich op het gladde pad van de commercie begeven, dreigen zij deze legitimatie te verspelen.

7.3 Besluit

De centrale vraag in dit onderzoek was wat er in juridisch opzicht te zeggen valt over een informatiebeleid van publieke kennisinstellingen. Informatiebeleid dan vooral te verstaan als beleid met betrekking tot de toegang tot en het gebruik van informatie. Voorwaarde voor het kunnen voeren van een beleid is uiteraard aanwezigheid van bevoegdheden met betrekking tot informatie. Die voorwaarde kwam aan de orde in de Hoofdstuk 5 en 6. Tezamen genomen zouden de resultaten van dit onderzoek een min of meer algemeen juridisch kader kunnen opleveren voor een informatiebeleid van publieke kennisinstellingen met bijbehorende aanbevelingen voor de wetgever om juridische knopen waar nodig door te hakken. Het aangeven van zo'n kader is dringend gewenst in een tijd waarin, zoals thans, toegang tot en gebruik van informatie niet langer op allerlei praktische hinderpalen hoeft te stuiten.

Uit dit praktijkonderzoek is gebleken dat er door de verschillende kennisinstellingen een wisselend beleid wordt gevoerd, grotendeels bepaald door incidentele behoeften en eigen opvattingen over de taak van de instelling. Op zichzelf is daar niets mis mee: de instellingen beslaan nu eenmaal een zeer uiteenlopend en geschakeerd terrein, variërend van zuiver wetenschappelijk onderzoek tot rechtstreekse dienstbaarheid aan een informatie zoekend algemeen publiek. Niettemin ervaren de instellingen zelf problemen en bestaat in een betrekkelijk groot aantal situaties onzekerheid over de vraag wat een behoorlijk en juridisch verantwoord informatiebeleid zou dienen te zijn. Alleen daarom al zijn nadere richtlijnen van de kant van de wetgever welkom. De onzekerheden doen zich in ieder geval voor in een achttal situaties die wij als even zovele zogenaamde dilemma's hebben geformuleerd.

Deze in de praktijk als probleem ervaren dilemma's sporen – en dat is niet verwonderlijk – met de vragen die in het algemeen als problematisch worden ervaren bij het omgaan met publieke informatie. Die vragen worden door het geldende Nederlandse recht lang niet allemaal bevredigend opgelost. Uit het onderzoek naar het positieve recht met betrekking tot toegang tot en gebruik van overheidsinformatie door kennisinstellingen bleek bijvoorbeeld dat met name de wettelijke regeling van de verhouding tussen openbaarheid enerzijds en bescherming van intellectuele eigendomsrechten anderzijds problematisch is. Voorts bleek dat van het mededingingsrecht weliswaar een zekere ordenende werking kan uitgaan, maar dat dit rechtsgebied nog onvoldoende is toegerust om mededinging door de overheid op de informatiemarkt van een maatschappelijk acceptabel kader te voorzien.

Ook het door ons vervolgens geanalyseerde overheidsbeleid (in wording) ter zake van het omgaan met overheidsinformatie leverde niet het gewenste eenduidige kader op. Vooral ten aanzien van de categorie 'overige informatie' (niet zijnde Wob-informatie of basisinformatie van de democratische rechtstaat), waartoe de door de kennisinstellingen beheerde informatie grosso modo valt te rekenen, is het beleid nog allerminst uitgekristalliseerd, zodat hieruit ten aanzien van de kennisinstellingen bezwaarlijk algemene beleidsregels zijn te putten.

Het verbaast dan ook niet te moeten concluderen dat het beleid met betrekking tot het omgaan met informatie door kennisinstellingen nog in belangrijke mate vorm zal moeten krijgen. Begin- en eindpunt van een dergelijke exercitie zal ons inziens moeten zijn het helder formuleren van de publieke taak van de kennisinstellingen. In zo een formulering ligt

immers in eerste instantie besloten wat de kennisinstelling met de door haar vergaarde kennis vermag. Zoals uit het praktijkonderzoek gebleken is, bestaat ook in de praktijk bij de kennisinstellingen grote behoefte aan een helder geformuleerde publieke taakstelling, een ‘mission statement’ dat voor de kennisinstelling als kompas kan dienen.

Een dergelijke formulering is voorts noodzakelijk om te kunnen beoordelen in hoeverre een instelling zijn publieke boekje op de markt te buiten gaat. Wie de inhoud van die taak moet formuleren is ons inziens zonder meer duidelijk: het is op ons terrein, het terrein van de kennisinfrastructuur, niet wenselijk dat die taak in alle opzichten op het niveau van lagere wetgeving of bestuursorganen wordt voorgeschreven. Hiervoor zal een besluit op het niveau van de formele wetgeving nodig zijn.

Met het vorenstaande is niet gezegd dat het goed definiëren van de publieke taak een panacee is. Denkbaar is immers, dat de publieke taak zó ruim geformuleerd wordt dat marktgerichte activiteiten de boventoon gaan voeren, waardoor het zicht op het publieke belang verloren gaat, bijvoorbeeld doordat informatie om louter financiële redenen exclusief wordt uitgebaat. Dat laatste dreigt bijvoorbeeld te gebeuren, wanneer bewerking van informatie teneinde deze voor de markt geschikt te maken, als een publieke taak wordt gezien.

De vraag wat de inhoud van de publieke taak zou moeten zijn, is *au fond* een politieke kwestie. Dat betekent echter niet dat de ‘politiek’ (lees: de wetgever) op dit punt *carte blanche* heeft. Aan de omvang van de publieke taak van de kennisinstellingen zijn zekere grenzen te stellen. Deze zijn allereerst negatief: de tot de uitvoering van een publieke taak verleende privileges beperken de kennisinstelling in zijn marktactiviteiten. Het moet voorts niet zo zijn, dat de publieke taak uitdrukkelijk marktactiviteiten voorschrijft. Positief geformuleerd ligt het voor de hand dat het accent bij de invulling van de publieke taak gericht is op openbaarheid, op verspreiding van kennis en op verbetering van de kennisinfrastructuur. Het is daarbij niet uitgesloten dat die doeleinden ook door marktactiviteiten van kennisinstellingen kunnen worden bereikt, vooropgesteld dat die altijd ondergeschikt zijn aan het verrichten van de hoofdtaak.

Meer in concreto concludeerden wij in het voorafgaande tot:

- Het openhouden van de mogelijkheid een onderscheid naar afnemers te maken, indien de publieke taak dit uitdrukkelijk vergt;
- Het hanteren van tenminste marktconforme prijzen indien sprake is van concurrentie met de private informatiemarkt;
- Ecartering van het profijtbeginsel;
- Een politieke afweging met een duidelijk omschrijving van de publieke taak terzake van het bewerken van informatie teneinde deze geschikt te maken voor de markt;
- De noodzaak van een betere afstemming van de Auteurs- en Databankenwet met de openbaarheidsregels in Wob en Archiefwet.

Beleid met betrekking tot informatie impliceert de bevoegdheid om over die informatie te beschikken. De vraag naar deze bevoegdheid is in de praktijk vooral van belang voor wetenschappelijke instellingen. In het hoofdstuk over allocatie van rechten bepleitten wij behoud van auteursrechten voor wetenschappelijke medewerkers voorzover het gaat om primaire exploitatie; secundaire exploitatie zou aan de universiteiten kunnen worden overgelaten. Universiteiten zouden door het in samenspraak met de uitgevers publiceren van modelcontracten medewerkers kunnen stimuleren rechtenverlening aan uitgevers zo beperkt mogelijk te houden. Een taak voor de overheid bij dit alles ligt niet in de rede. Voor het octrooirecht bepleitten wij een regeling naar Duits model die beter dan de huidige

Nederlandse regeling kennisoverdracht kan bevorderen en meer rechtszekerheid voor betrokkenen biedt. Beide conclusies beperken in zekere mate de beleidsvrijheid van kennisinstellingen. Deze beperkingen vloeien echter voort uit de publieke taak van de desbetreffende instellingen, die niet lijkt te zijn gediend met het creëren van institutionele monopolies met betrekking tot het gebruik van wetenschappelijke kennis.

Informatie bij kennisinstellingen is niet alleen van die instellingen zelf afkomstig. Vaak gaat het om informatie waarop rechten van derden rusten. Deze rechten beperken tenslotte evenzeer de beleidsvrijheid van kennisinstellingen. De beleidsruimte die er is, is te vinden in het systeem van bestaande wettelijke beperkingen met betrekking tot de rechten van derden. Dat systeem zal, voor zover het gaat om auteursrechtelijke beperkingen, ingevolge de aanstaande Europese Auteursrichtlijn limitatief zijn, zodat de Nederlandse wetgever op dit punt weinig eigen beleid meer kan voeren. Wij bepleitten, in navolging van eerder door ons uitgevoerd onderzoek, een wettelijke regeling voor het preserven van informatie en een beperkte vrije ruimte voor het (ook digitaal) leveren van documenten door kennisinstellingen. Voorts drongen wij aan op meer duidelijkheid over de reikwijdte van de onderzoeksexceptie in het octrooirecht.

Bij dit alles benadrukten wij dat de privileges die de wetgever voor de kennisinstellingen in petto heeft, hun legitimiteit ontleen aan – en dus hun grenzen vinden in – de publieke taak van de instellingen. Adeldom verplicht, in dit geval tot het niet verrichten van (commerciële) arbeid. *Noblesse oblige*; eens te meer vergt deze simpele waarheid een heldere omschrijving van de publieke taak van de kennisinstellingen.

Literatuurlijst

Advies Commissie Auteursrecht 1999

Advies Commissie Auteursrecht (advies van 20 december 1999, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 387, nr. 7), Den Haag: Sdu 2000.

Auteursrecht en document delivery 1991

Auteursrecht en document delivery, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1991.

Beers 1987

A.A.L. Beers, *Commentaar op het voorstel voor een nieuwe Wet openbaarheid van bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Beunen & De Cock Buning 2000

A. Beunen & M. de Cock Buning, 'Auteursrecht en musea', in: A. Beunen, *Museumrechtwijzer*, Amsterdam: Stichting Boekmanstudies 2000.

Cohen Jehoram 1977

H. Cohen Jehoram, 'Octrooi voor uitvindingen, gedaan aan universiteiten en hogescholen', *BIE* 1977, p. 156-158.

Discussienota 2000

Discussienota Naar een beleidskader voor het extern gebruik van elektronische gegevensbestanden van de overheid, WWW <<http://www.bzk.discussie.net>>, geraadpleegd 5 februari 2001.

Van Duivenvoorde 1996

G.P. van Duivenvoorde, *Informatietechnologie en Europees mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.

Dumont 1999

B. Dumont, 'Reasonable Access to Essential Facilities: An Empty Label of Competition in Information Technologies', *Communications & Strategies* 1999-34, p. 137-163.

Eechoud 1998

M.M.M. van Eechoud, 'Openbaarheid, exclusiviteit en de markt: commercialisering van overheidsinformatie', *Mediaforum* 1998-6, p. 177-184.

Eechoud & Kabel 1998

M.M.M. van Eechoud & J.J.C. Kabel, *Prijsbepaling voor elektronische overheidsinformatie*, ITeR nr. 14, Deventer: Kluwer 1998.

- Elferink 1998
M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
- Elferink 1999
M.H. Elferink, 'De auteursrechtelijke status van normalisatienormen', *Informatierecht/AMI* 1999-4, p. 49-57.
- Evaluatieverslag Wet openbaarheid bestuur* 1997
Evaluatieverslag Wet openbaarheid bestuur ingevolge artikel 17 Wob, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken 1997.
- Gerbrandy 1988
S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Govaere 1996
I. Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London: Sweet & Maxwell 1996.
- Goyder 1998
D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 1998.
- Grosheide 1996
F.W. Grosheide, 'Monopolisering van informatie in Europa', *Mediaforum* 1996-5, p. 67.
- Hoyng 1992
W.A. Hoyng 'Onderzoek van het geoctrooieerde', in: J.A. Stoop e.a., *Een Gulden Pil. Opstellen over farmaceutisch recht aangeboden aan Jhr Mr. J.A. Stoop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 35-56.
- Hugenholtz 1989
P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989.
- Hugenholtz 1993
P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht op overheidsinformatie', in: A.M. van Eyck (red.), *Nieuwe sleutels tot overheidsinformatie*, Den Haag: Rabin 1993, p. 131-135.
- Hugenholtz 1998
P.B. Hugenholtz e.a. (red.), *Universiteit en auteursrecht: wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1998.
- Jaarverslag Rijksmuseum* 1998
Jaarverslag Rijksmuseum, Zwolle: Waanders Drukkers 1999.
- Hugenholtz en Visser 1995
P.B. Hugenholtz & D.J.G. Visser, *Copyright problems of electronic document delivery* (rapport in opdracht van de Europese Commissie), Luxemburg: Europese Commissie 1995.

- Jaspar 1999
E.P.J. Jaspar, 'Het universitaire auteursrecht: juridisch recht versus praktisch beleid', *Informatierecht/AMI* 1999-10, p. 153-155.
- Kabel 1993
J.J.C. Kabel, 'Commercialisering van overheidsinformatie: het publiek privaat', *I&I* 1993-3, p. 13-14.
- Kabel 1996
J.J.C. Kabel, 'Commercialisering van overheidsinformatie aan de hand van Vierhand vs. NV Databank', *Computerrecht* 1996-1, p. 20-24.
- Kabel 1997
J.J.C. Kabel, *Communicatie & Commerce*, Deventer: Kluwer 1997.
- Kabel 1998
J.J.C. Kabel, 'De ivoeren toren en de kip met de gouden eieren. Contractonderzoek en uitgeefactiviteiten van universiteiten: oneerlijke concurrentie op de kennismarkt?', in: P.B. Hugenholtz e.a. (red), *Universiteit en auteursrecht: wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1998, p. 93-106.
- Kabel 2000
J.J.C. Kabel, *RM Themis* 2000, p. 235.
- Koopmans 1994
T. Koopmans, 'Intellectuele eigendom, economie en politiek', *Informatierecht/AMI* 1994, p. 110-111.
- Krikke 1999
J.I. Krikke, 'Document delivery: onderweg naar morgen', *Informatierecht/AMI* 1999-8, p. 121-127.
- Krikke 2000
J.I. Krikke, *Het bibliotheekprivilege in een digitale omgeving*, ITeR nr. 29, Deventer: Kluwer 2000.
- Laddie 1996
H. Laddie, 'Copyright: Over-Strength, Over-Regulated, Over-Rated?', *EIPR* 1996, p. 253.
- Lange 1999
R. de Lange, 'Ministeriële verantwoordelijkheid', *Ars Aequi* 1999-11, p. 809-812.
- Maandag 1999
A. Maandag, 'Steeds meer WOB-zaken, maar ook tegenwerking', *De Journalist* 1999, p. 18-20.
- Markt en Overheid 1997
Markt en Overheid (rapport van de werkgroep Markt en Overheid, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 45), Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

Markt en Overheid 1999

Markt en Overheid (advies van 17 september 1999, SER 99/12), Den Haag: SER 1999.

Martens (*Onrechtmatige daad* VI), nr. 4

S.K. Martens, 'VI. Onrechtmatige daad in het sociaal-economische verkeer', in: A.R. Bloembergen (red.), *Onrechtmatige daad*, Supplement 251, Deventer: Kluwer 1990 (losbl.).

Meulenbeek & Minkman

H. Meulenbeek & M. Minkman, 'Geldstromen rond auteursrecht en wetenschappelijke productie', in: P.B. Hugenholtz e.a. (red.), *Universiteit en auteursrecht: wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1998, p. 133 e.v.

Mossink 1999

W.A.M. Mossink, *Auteursrechten op wetenschappelijke publicaties*, Utrecht: Stichting Surf 1999.

Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie 2000

Beleidslijn Naar optimale beschikbaarheid overheidsinformatie (Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7), Den Haag: Sdu 2000.

Nicolaï e.a. 1994

P. Nicolaï e.a., *Bestuursrecht*, Amsterdam: Factotum 1994.

Nota Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie 1997

Nota Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie (Kamerstukken II 1996/97, 20 644, nr. 30), Den Haag: Ministerie van Binnenlandse zaken 1997.

Obink 1999

H. Obbink, 'Universiteiten praten met vakbonden over auteursrechten', *Folia* 1999-34, p. 11.

Peper 1999

B. Peper, *Op zoek naar samenhang en richting. Een essay over de veranderde verhoudingen tussen overheid en samenleving*, WWW <<http://www.nrc.nl/Doc/peper.html>>, publicatie 12 juli 1999.

Pijnacker Hordijk & Snoep 1996

E.P.H. Pijnacker Hordijk & T.M. Snoep, 'De overheid als ondernemer', *NJB* 1996-24, p. 923-929.

Quaadvlieg 1996

A.A. Quaadvlieg, 'De betrekkelijk waarde van de werknemer voor de vooruitgang. De teleurstellende rechtsvorming in de zaak Hupkens/Van Ginneken', *BIE* 1996, p. 121-126.

Quaadvlieg 2000

A.A. Quaadvlieg, 'Een doelmatige allocatie van de auteursrechten van universitaire auteurs', *Informatierecht/AMI* 2000-6, p. 106-110.

- Rapport inzake het recht op octrooi bij universiteiten en hogescholen* 1989
 ‘Rapport aan de Voorzitter van de Octrooiraad inzake het recht op octrooi bij universiteiten en hogescholen’, *BIE* 1989, p. 64-67.
- Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk* 2000
Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk (Kabinetsstandpunt Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1), Den Haag: Sdu 2000.
- Rapportage van de werkgroep ‘Wob-Auteursrecht’* 1999
Rapportage van de werkgroep ‘Wob-Auteursrecht’ (rapportage van 29 juni 1999, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 387, nr. 7), Den Haag: Sdu 2000.
- Rijlaarsdam 1999
 A. Rijlaarsdam, ‘De vergoeding voor een werknemersuitvinding in Nederland en Duitsland’, *BIE* 1999, p. 346-353.
- Van der Saag 1985
 A.J. van der Saag, ‘Ongeoorloofde mededinging door de overheid’, *TVVS* 1985-5, p. 115-120.
- Schuijt 1993
 G.A.I. Schuijt, *Publieke omroep. Hoezo publiek?* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
- Schuijt 1999
 G.A.I. Schuijt, ‘Nogmaals artikel 7 Auteurswet en de wetenschappelijke werknemers’, *Informatierecht/AMI* 1999-7, p. 101-109.
- Soetermeer 1995
 F.P.W. Soetermeer ‘Academische vrijheid aan de universiteit van Bologna’, in: J.C.H. Blom e.a. (red.) *Academische vrijheid*, Amsterdam: Vossiuspers 1995, p. 9-36.
- Spoor 1990
 J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Spoor & Verkade 1993.
 J.H. Spoor & D.W.F. Verkade, *Auteursrecht: auteursrecht en naburige rechten*, Deventer: Kluwer 1993.
- Szönyi 2000
 C. Szönyi, ‘Die Vermarktung öffentlicher Daten und das französische Wettbewerbsrecht’, *GRUR Int* 2000-8/9, p. 701-714.
- Temple Lang 1995
 J. Temple Lang, ‘Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities’, *Fordham International Law Journal* 1995-18, p. 441-523.
- Toezicht op de uitvoering van publieke taken* 1998
 ‘Toezicht op de uitvoering publieke taken (Rapport van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 956, nr. 2), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Verkade 1976

D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

Verkade 1986

D.W.F. Verkade, 'Een nog net niet verboden artikel', *NJB* 1986, p. 1235-1242.

Verkade 1990

D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer: Kluwer 1990.

Verkade 1998

D.W.F. Verkade., 'Academische vrijheid bedreigd?', in: P.B. Hugenholtz e.a. (red.), *Universiteit en auteursrecht: wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1998, p. 73-82.

Werken voor organisaties binnen en buiten de overheid 1996

Beleidslijn Werken voor organisaties binnen en buiten de rijksoverheid, 21 maart 1996, kenmerk B96/91m.

Visser 1997

D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang: de exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997.

Wopereis 1996

L.W.M. Wopereis, *De grondslagen en grenzen van overheidsvoorlichting* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996.

Bijlage: Gesprekspartners

Discussiebijeenkomst d.d. 27 maart 1999

Naam:	Instantie:	Functie/Afdeling:
Dhr. R.L.M. Berger	Bureau Industriële Eigendom	Directeur
Dhr. J. Dumortier	KU Leuven	Hoogleraar
Mw. M. van Eechoud	IVIR	Onderzoeker
Dhr. Chr. Groeneveld	Koninklijke Bibliotheek	Beleid
Dhr. F.W. Grosheide	Universiteit Utrecht	Hoogleraar
Dhr. P.B. Hugenholtz	IVIR	Hoogleraar
Dhr. E. van Huis	Ned. Audiovisueel Archief	Directeur
Mw. J.I. Krikke	IVIR	Onderzoeker
Dhr. S.J. Noorda	Universiteit van Amsterdam	Bestuur
Dhr. P. Schröder	Min. OCenW	Wetenschapsbeleid
Dhr. G. Schwartz	Stichting Codart	Directeur
Dhr. P.C. Sijmons	LU Wageningen	ATO/DLO
Dhr. E.B. van Veen	Academisch Ziekenhuis R'dam	Juridische zaken
Dhr. R.H.C. Vos	Instituut Collectie Nederland	Directeur

Praktijkonderzoek

Naam:	Instantie:	Functie/Afdeling:
Dhr. B. Bohlander	TU Delft	Kennistransfer
Dhr. D. Bohmert	Universiteit van Amsterdam	Liaison Office
A.M. Dekker	Rijksarchiefdienst	Inspectie
Dhr. P. Doorn	NIWI	Technologie
Dhr. Chr. Groenfeld	Koninklijke Bibliotheek	Beleid
Dhr. H. Harmsen	Meertens Instituut	Onderzoek
Mw. E. Hokke	Rijksarchiefdienst	Directiesecretaris
Dhr. E. van Huis	Ned. Audiovisueel Archief	Directeur
Mw. L. Jacobs	Universiteit van Amsterdam	Kennistransfer
Dhr. W. Jacobs	Instituut Collectie Nederland	Bedrijfsvoering
Dhr. M. van Oostendorp	Meertens Instituut	Onderzoek
Mw. K. Schell	Meertens Instituut	Informatievoorziening
Dhr. P.C. Sijmons	Agbiotech Consultancy	Directeur
Mw. A. Smid	Letterkundig museum	Public relations
Mw. M. Verberne	Rijksmuseum	Directiesecretaris
Dhr. E.B. van Veen	Academisch Ziekenhuis R'dam	Juridische zaken
Dhr. J. Wieland	Rijksarchief Flevoland	Rijksarchivaris
Dhr. P.M.H. Waters	Min. Binnenlandse Zaken	Toegankelijkheid

Bijlage: Vragenlijst

Naam van de organisatie:

.....

Naam en functie contactpersoon:

.....

I. Rechtsvorm, financiering en publieke taak

1. Tot wat voor organisatie wordt u gerekend?

- onderdeel ministerie (bijvoorbeeld een agentschap)
- zelfstandig bestuursorgaan (dit houdt in dat de organisatie overheidsgezag kan uitoefenen, zoals vergunningen verstrekken)
- privaatrechtelijke rechtspersoon, waarvan de zeggenschap direct of indirect of in meerderheid in handen is van overheden (bijvoorbeeld een overheids-NV of stichting)
- privaatrechtelijke rechtspersoon, waarvan de zeggenschap direct of indirect of in meerderheid in particuliere handen is

2. Ontvangt u (overheids)subsidie? Zo ja, welk deel van uw begroting bestaat uit subsidie?

.....

3. Wat ziet u als de publieke taak van uw organisatie?

.....

4. Waarop baseert u deze publieke taak? *)

- Wet- en regelgeving, namelijk:.....
- Interne richtlijnen, namelijk:.....
- Overheidsbeleidsstukken, namelijk:.....
- Statuten eigen organisatie

5. Ontvangt u inkomsten uit het uitvoeren van uw publieke taak? Zo ja, zijn deze inkomsten:

- marginaal kostendekkend
- totaal kostendekkend
- winstgevend

6. Verricht u ook activiteiten die niet of nauwelijks verbonden zijn met uw publieke taak? Zo ja, kunt u aangeven wat deze activiteiten zijn?

.....

7. Ontvangt u ook inkomsten uit deze nevenactiviteiten die niet of nauwelijks verbonden zijn met uw publieke taak? Zo ja, zijn deze inkomsten:

- marginaal kostendekkend
- totaal kostendekkend
- winstgevend

8. Bestaan de activiteiten van uw organisatie ook uit het ter beschikking stellen of exploiteren van kennis en informatie vervat in (elektronische) informatie- of gegevensbestanden zoals catalogi, databanken, software of octrooien? Zo ja, kunt u aangeven welke dit zijn?

.....

Indien het antwoord op vraag 8 bevestigend is, verzoeken wij u ook de volgende vragen te beantwoorden →

II Beleid t.a.v. toegang tot en gebruik van kennis en informatie

9. Is er binnen uw organisatie beleid in de brede zin van het woord geformuleerd m.b.t. het gebruik van kennis en informatie? Zo ja, kunt u aangeven hoe dit beleid is vastgelegd (bijvoorbeeld in overeenkomsten met derden, interne beleidsstukken, foldermateriaal et cetera)? *)

.....

10. Is het gebruik van kennis en informatie ondergebracht in een aparte rechtspersoon?

.....

11. Er zijn verschillende doelen te onderscheiden om gegevens uit bestanden beschikbaar te stellen. Kunt u aan de volgende doelen een cijfer toekennen, waarbij 5 voor u het belangrijkste doel is en 1 het minst belangrijke doel?

- realiseren doelstelling / publieke taak
- dienen van het maatschappelijk belang
- genereren van inkomsten

- legitimering/draagvlakvergroting organisatie
- stimuleren onderzoek en kennisvergroting

12. Kan iedereen in beginsel toegang tot de door uw organisatie verschaft kennis en informatie krijgen?

.....

13. Zo nee, stelt uw organisatie dan voorwaarden aan toegang tot de kennis en informatie, bijvoorbeeld in de vorm van een belang of een bepaalde hoedanigheid?

.....

14. Maakt uw organisatie m.b.t. toegang onderscheid naar commerciële en niet-commerciële afnemers, bijvoorbeeld in prijsbepaling?

.....

15. Is voor afname een bepaald doel vereist?

.....

16. Produceert uw organisatie informatie- en gegevensbestanden ook wel in opdracht van of exclusief voor derden?

.....

Indien de door uw organisatie beheerde kennis en informatie is opgenomen in een elektronisch informatie- of gegevensbestand, verzoeken wij u ook de volgende vragen te beantwoorden →

III Informatie- en gegevensbestanden

Bij de beantwoording van onderstaande vragen kunt u uw meest belangrijke informatie- of gegevensbestand(en) als uitgangspunt nemen.

17. Welk type data is in het informatie- of gegevensbestand opgenomen?

- auteursrechtelijk beschermde werken of werken die vallen onder de bescherming van het databankenrecht
- persoonsgegevens
- uitsluitend overige gegevens

18. Is het bestand opgezet ter vervulling van een wettelijke plicht? Zo ja, welke?

.....

19. Met welk (ander) doel is het informatie- of gegevensbestand opgezet?

.....

20. Zijn er, voorzover bekend, identieke of soortgelijke informatie- of gegevensbestanden in Nederland aanwezig?

.....

21. Worden de informatie- of gegevensbestanden aan anderen buiten uw organisatie geleverd?
Zo ja, op welke manier?

.....

22. Vindt aanpassing van het bestand plaats door middel van het weglaten of toevoegen van gegevens alvorens deze aan anderen worden verstrekt?

.....

23. Stelt u beperkende voorwaarden bij het verstrekken van informatie- of gegevensbestanden aan anderen? Zo ja, welke voorwaarden hanteert u? *)

- auteursrechtbescherming (geheel of gedeeltelijk)
- beperkingen in het gebruik
- beperkingen aan de doorlevering
- integriteit/reputatie van de afnemer van belang
- bescherming van persoonsgegevens
- afspraken omtrent juridische aansprakelijkheid
- waarborgen voor vertrouwelijke bedrijfsgegevens
- anders, nl:

.....

24. Bezit uw organisatie de auteursrechten of de databankrechten op de verzameling(en) kennis en informatie? Zo ja, hoe weet u dat?

.....

***) Voorzover u naar documenten verwijst, zoals interne beleidsstukken of contracten, zouden wij het op prijs stellen indien u ons daarvan kopieën verschaft.**