

Bekeert Brussel zich tot artikel 8 Databankenwet?

Opendatabeleid en de IE-positie van de publieke sector na herziening Richtlijn hergebruik overheidsinformatie

Mireille van Eechoud

Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar Informatierecht, IViR Universiteit van Amsterdam.

De Europese Commissie zet in het kader van de ‘data-economiestrategie’ nieuwe stappen op het terrein van opendatabeleid. Het voorstel tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EC inzake hergebruik van overheidsinformatie (PSI Directive) legt de mogelijkheid voor (semi)publieke instellingen om databank- en auteursrechten uit te oefenen verder aan banden. Er komt een vergaand verbod op de uitoefening van databankrechten. Ook vallen er straks meer semipublieke databronnen onder de hergebruikregels, uit nutssectoren, transport en onderzoek. Een analyse van de plannen.

De Databankenrichtlijn en Richtlijn hergebruik overheidsinformatie¹ (in de wandelgangen doorgaans *Public sector information directive*, ofwel *PSI directive* genoemd, hierna: *Hergebruikrichtlijn*) hebben een gedeelde geschiedenis, die teruggaat tot de jaren tachtig. Ze waren onlangs tegelijkertijd onderwerp van evaluatie. De naam van het beleidsmandje waarin zowel de evaluatie van de Databankenrichtlijn als die van de *Hergebruikrichtlijn* vallen is de ‘common European dataspace’, dat zelf weer onderdeel is van de ‘Europese data-economiestrategie’² waaronder ook weer initiatieven vallen als het voorstel om (nationale) locatievoorschriften voor dataopslag aan banden te leggen, de zogeheten ‘non-personal data portability’. Het gaat al met al om een complex geheel van minder of meer samenhangende instrumenten. Deze bijdrage concentreert zich op de voorstellen voor wijziging van de *Hergebruikrichtlijn*, in het bijzonder waar die impact hebben op de mogelijkheden voor (semi)publieke instellingen om intellectuele eigendomsrechten uit te oefenen. Het gaat dan met name om databank- en auteursrechten, maar soms ook om naburige rechten op film- en geluidsopnamen.

Om de plannen in het juiste perspectief te plaatsen volgt eerst een korte uiteenzetting over de doelen en beginselen van de *Hergebruikrichtlijn* en de relatie met auteurs- en databankrechten. Dan komt aan de orde welke veranderingen de Commissie voorstelt naar aanleiding van de evaluatie van de *Hergebruikrichtlijn* en *Databankenrichtlijn*. Ten slotte zoomen we in op wat dit voor het Nederlandse recht en beleid betekent.

Een gedeelde geschiedenis

De doorbraak eind jaren tachtig van grootschalige automatisering ligt aan de bron van zowel het databankenrecht als regelgeving rond de positie van overheden op informatiemarkten (en nog veel meer wetgeving natuurlijk, denk bijv. aan gegevensbescherming). Al in 1989 kwam de Europese Commissie met aanbevelingen die ervoor moesten zorgen dat de grote hoeveelheden gegevens en informatie waarover de publieke sector beschikt in het kader van de taakuitoefening, beschikbaar komen voor commerciële exploitatie en

1 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996, L077 (implementatie in Auteurswet en Databankenwet); Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the re-use of public sector information, *PbEG* 2003, L345 (<http://data.europa.eu/eli/dir/2003/98/2013-07-17>), gewijzigd bij Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, *PbEG* 2013, L175 (implementatie primair in Wet hergebruik overheidsinformatie, *Stb.* 215, 271).

2 Communication ‘Towards a common European data space’, COM(2018)232 final <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2018:0232:FIN>>; Communication on ‘Building a European Data Economy’, COM(2017)09 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:9:FIN>; Communication ‘Towards a thriving data-driven economy’ COM(2014)442 final <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014DC0442>>.

ander gebruik.³ Een veelgehoorde klacht uit het bedrijfsleven was indertijd namelijk dat grote dataproducenten of -verzamelaars zoals staatsdrukkerijen, handelsregisters, meteorologische diensten, kadasters en topografische diensten de markt verpestten voor de private sector door commerciële producten op de markt te brengen. Beter ware het, aldus de industrie, om de investeringen van dataproducenten te beschermen en te zorgen dat de private sector toegang kreeg tot publiekesectordata, om daarmee producten en diensten met toegevoegde waarde te kunnen maken voor zowel private als publieke afnemers. Aldus geschiedde uiteindelijk. De Databankenrichtlijn uit 1996 geeft producenten van gegevensverzamelingen vergaande bescherming tegen het opvragen en hergebruiken van gegevens, zolang de vereiste drempel dat de verkrijging, selectie of presentatie van de dataverzameling een substantiële investering heeft geëist maar is gehaald. Dat geldt ook voor databanken die in het kader van de uitoefening van een publieke taak of met publieke middelen zijn geproduceerd, hoewel tijdens het EU-wetgevingsproces nog wel aan de orde is geweest dat er voor dergelijke databanken dwanglicenties mogelijk zouden moeten zijn.⁴ Die kwamen er niet.

Dat weerhield de Nederlandse wetgever er overigens niet van om analoog aan de al bestaande regeling in de Auteurswet te bepalen dat er geen sui generis databankrecht rust op verzamelingen van 'wetten, besluiten en verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen' (art. 8 lid 1 Dw), en ook niet op overige door de 'openbare macht' geproduceerde databanken tenzij een voorbehoud is gemaakt (art. 8 lid 2 Dw). Of de implementatie daarmee wel geheel richtlijnconform was, is voer voor discussie,⁵ maar zoals we zullen zien lijkt deze Nederlandse regeling inhoudelijk wel wat op de bepaling die de Europese Commissie nu voorstelt.

Hergebruikrichtlijn in een notendop

De aanbevelingen uit 1989 bleken de aanzet tot de uiteindelijke Hergebruikrichtlijn van 2003, die in 2013 is aangescherpt. De Wet hergebruik overheidsinformatie 2015 volgt trouw de richtlijntekst. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om de richtlijn in detail te bespreken, maar het is wel nuttig om op hoofdlijnen te duiden welke informatie in welke vorm het betreft, welke instellingen eronder vallen en wat de belangrijkste verplichtingen zijn. De huidige Hergebruikrichtlijn verplicht overheidsorganen om hergebruik toe

te staan van bestaande 'documenten' waarover zij uit hoofde van hun publieke taak beschikken en die op grond van nationale toegangsregimes openbaar zijn (art. 1 Hergebruikrichtlijn). Openbaar wil zeggen: niet vertrouwelijk of niet slechts toegankelijk voor specifieke belanghebbenden. In ons land is de Wet openbaarheid van bestuur de belangrijkste generieke wet die bepaalt welke informatie van primair de 'uitvoerende macht' openbaar is. Daarnaast kennen we de Archiefwet, registerwetgeving (o.a. Wet basisregistratie adressen en gebouwen, Handelsregisterwet, Kadasterwet) en een groot aantal speciale openbaarheidsregels die zien op onder meer openbaarheid van rechtspraak, besluiten, en wet- en regelgeving.

Document is een zeer ruim begrip, het betreft elke 'inhoud, ongeacht het medium' of deel van de inhoud (art. 2 lid 3 Hergebruikrichtlijn). Het dekt ook vastleggingen van werken in auteursrechtelijke zin, databanken en door naburige rechten beschermde prestaties. Wel een belangrijke inperking is dat de Hergebruikrichtlijn niet van toepassing is op documenten waarop derden (zijnde niet-overheidslichamen) intellectuele eigendomsrechten hebben. Het auteursrecht van een derde staat er over het algemeen niet aan in de weg dat documenten op grond van de Wet openbaarheid van bestuur openbaar worden gemaakt, maar voor die documenten geldt de Hergebruikrichtlijn dus niet.

De richtlijn is van toepassing op een breed scala aan publiekesectorinstellingen. Ik laat hier even grensgevallen buiten beschouwing, maar signaleer wel dat reikwijdte van de Hergebruikrichtlijn niet per se aansluit bij nationale openbaarheidsregels. De definitie van *public sector body* ('openbaar lichaam'⁶ in de Nederlandse versie van de richtlijn) is ontleend aan het Europese aanbestedingsrecht, en is ruimer dan bijvoorbeeld het bestuursrechtelijke begrip 'bestuursorgaan' dat bepalend is voor de vraag of de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing is. Het effect van die mismatch is dat als een instelling niet onder een nationale openbaarheidsregeling valt, maar wel een openbaar lichaam is in de zin van de Hergebruikrichtlijn, deze laatste geen effect heeft op de instelling: de informatie is immers niet openbaar, dus dan komt men aan verdere toepassing niet toe. Randgevallen zullen zich vooral voordoen in de semipublieke sector, bij privaatrechtelijke instellingen die een publieke taak uitoefenen.⁷ Zoals we zullen zien is de voorgestelde uitbreiding van de richtlijn tot (semi)overheidsbedrijven in dit opzicht problematisch, omdat de richtlijn toegang tot gegevens niet regelt.

3 Commission of the European Communities, 'Guidelines for improving the synergy between the public and private sectors in the information market', Brussel 1989.

4 Zie voor de totstandkomingsgeschiedenis: A. Beunen, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007; E. Derclaye, *The legal protection of databases: a comparative analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2008; en M. Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, München: Beck 2000.

5 Zie R. de Beer, A. de Leeuw & M. van Eechoud, 'Kruisende wegen, Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid', *AMI* 2015, afl. 3,

p. 75-83, en voor analogie met art. 15b en 11 Aw: Mireille van Eechoud, 'Government works', in: P.B. Hugenholtz, A.A. Quaadvlieg & D.J.G. Visser (Eds.), *A Century of Dutch Copyright Law. Auteurswet 1912-2012*, Amsterdam: deLex 2012, p. 36 e.v.

6 Art. 2 lid 1 Hergebruikrichtlijn definieert dat als 'de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen, en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen', waarbij die laatste categorie weer nader wordt gedefinieerd in lid 2 cf. aanbestedingsrichtlijnen.

7 Art. 1a Wob jo. 1:1 Awb, de zgn. 'b-organen' zonder publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid maar met publieke taak.

De belangrijkste verplichting die de Hergebruikrichtlijn oplegt, is dus dat elk gebruik voor commerciële of niet-commerciële doeleinden moet worden toegestaan. De oorspronkelijke richtlijn verplichtte daar trouwens nog niet toe. Als er al voorwaarden worden opgelegd, wat op grond van artikel 8 is toegestaan, mogen die 'mogelijkheden tot hergebruik niet nodeloos beperken' en moeten ze transparant zijn en niet-discriminerend (art. 10): dus geen voorkeursbehandeling voor bepaalde bedrijven (inclusief de eventuele eigen commerciële tak), of exclusiviteit⁸ (art. 11). Eventuele voorwaarden moeten zoveel mogelijk gestandaardiseerd zijn en van tevoren bekend gemaakt (art. 8 richtlijn). Uit diverse overwegingen bij de richtlijn en uit de aanbevelingen inzake licenties van de Commissie⁹ blijkt dat het gebruik van standaard 'open licenties' de voorkeur heeft. Voorbeelden zijn de Creative Commons-naamsvermeldinglicentie, de Creative Commons-zeroverklaring (veel gebruikt door de Nederlandse overheid), en de open government licenties zoals die in het UK worden gebruikt.¹⁰ Bij open licenties is het gebruik gratis. Ook de richtlijn heeft als uitgangspunt dat geen (licentie)vergoeding in rekening wordt gebracht, hooguit de kosten gemoeid met verstrekking (zgn. marginale kosten). Voor overheidsinstellingen die verplicht zijn om kostendekkend te werken geldt een uitzondering.

Van de plicht om hergebruik toe te staan zijn uitgezonderd openbare bibliotheken (inclusief universiteitsbibliotheken), archieven en musea. Ook de 'maximaal marginale kostenregel' geldt niet voor hen. Andere culturele instellingen zoals orkesten vallen überhaupt niet onder de richtlijn.

Auteursrecht, databankenrecht en Hergebruikrichtlijn

Zoals we eerder zagen, bevat de Databankenrichtlijn geen speciale bepalingen voor gegevensverzamelingen die voor of door de overheid worden geproduceerd. Ook de Auteursrechtrichtlijn¹¹ (en eerdere richtlijnen op het terrein van auteursrecht en naburige rechten) voorzien niet in een speciale behandeling. Het Hof van Justitie creëert langzaam een uniform werkbegrip, maar heeft zich nog niet hoeven buigen over de vraag in hoeverre het lidstaat vrijstaat om bepaalde categorieën werken van bescherming uit te sluiten, of de bescherming anderszins in te perken. Nationale regelgeving die dat doet, verschilt van lidstaat tot lidstaat.

Zoals bekend is de ruimte onder de Auteursrechtrichtlijn om nationale beperkingen te handhaven zeer bescheiden (art. 5 lid 3 sub o Auteursrechtrichtlijn).¹² Er zit wat dat betreft een blinde vlek in het auteursrechtacquis.

HvJ EU over overheidsdata

Uit de spaarzame rechtspraak van het Hof van Justitie inzake rechten op 'overheidsinformatie', kunnen we het volgende afleiden. In *Arpis-Hovec*¹³ bevestigt het Hof dat de Databankenrichtlijn geen onderscheid maakt naargelang de inhoud van verzamelingen, zodat ook een databank met officiële documenten die in het publiek domein vallen op grond van de (lokale) auteurswet, toch voor bescherming in aanmerking komt. Uit *Compass-Datenbank*¹⁴ volgt daarnaast impliciet dat overheidsdiensten databankrechten kunnen invoeren. Die zaak draaide primair om de vraag of het Oostenrijkse handelsregister misbruik van machtspositie maakte in de zin van artikel 102 VWEU door het (her)gebruik van data uit het handelsregister door *Compass* te verbieden, een en ander mede ter bescherming van de economische belangen van (private) partners. Voor het beantwoorden van die vraag moest worden vastgesteld of het handelsregister überhaupt een economische activiteit uitoefende, en in hoeverre het inzetten van intellectuele eigendomsrechten relevant is voor de beantwoording van die vraag. Het invoeren van databankbescherming, zo oordeelde het Hof, maakt nog niet dat sprake is van een economische activiteit. Deze zaak werd op grond van het mededingingsrecht gevoerd en niet op grond van de (Oostenrijkse implementatie van de) Hergebruikrichtlijn, omdat die nog geen verplichting kende om hergebruik toe te staan en dus weinig soelaas bood.

Ook in de zaak *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*¹⁵ bestond die verplichting nog niet. Daar bracht een overheidsorganisatie het sui generis databankrecht in stelling om het hergebruik van gegevens uit openbaar gemaakte papieren landkaarten te controleren. Dat lukte door de zeer ruime interpretatie van het begrip databank dat het Hof daar hanteerde. Kortom, er is geen reden om aan te nemen dat het Europese databanken- en auteursrecht zélf grenzen oplegt aan het beroep dat de publieke sector op intellectuele eigendomsrechten kan doen. In hoeverre volgen die grenzen dan uit de Hergebruikrichtlijn?

8 Op het verbod op exclusiviteitsregeling bestaan uitzonderingen, o.m. ten behoeve van grootschalige digitaliseringsprojecten.

9 Commission Notice, 'Guidelines on recommended standard licences, datasets and charging for the reuse of documents', *PbEG* 2014, C 240/01.

10 Zie Nynke Hendriks, 'Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht', *AMI* 2006, afl. 1, p. 1-7; zie ook <https://creativecommons.nl/uitleg/> voor een beschrijving van de meest recente licentieversties. De Engelse licentie die overheidsbreed wordt gebruikt sluit nauw aan bij Creative Commons, zie <http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/version/3/>.

11 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PbEG* 2001, L167.

12 Uitgebreid hierover: M. Senftleben, *Copyright Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International 2004.

13 HvJ EU 5 maart 2009, zaak C-545-07, ECLI:EU:C:2009:132 (*Arpis/Lakorda*).

14 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass Datenbank/Oostenrijk*). Over het mededingingsrechtelijke aspect, zie B. Lundqvist: "'Turning Government Data Into Gold": The Interface Between EU Competition Law and the Public Sector Information Directive – With Some Comments on the Compass Case', *IIC* 2013 p. 79-95.

15 HvJ EU 29 oktober 2015, zaak C-490/14, ECLI:EU:C:2015:735 (*Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*). Voor een bespreking: M. van Eechoud, 'De ontsporing van het begrip databank. Enige bedenkingen bij HvJ EU Freistaat Beieren/Verlag Esterbauer', *AMI* 2016, afl. 2, p. 25-30.

Hergebruikrichtlijn als beperking op auteursrechten en naburige rechten

Zowel Auteursrechtlijn (art. 9) als Databankenrichtlijn (art. 13) doen geen afbreuk aan ‘bepalingen betreffende ... de toegang tot overheidsdocumenten’. Maar zoals we hebben gezien is de Hergebruikrichtlijn geen toegangsregeling, althans niet in strikte zin. Op haar beurt doet de Hergebruikrichtlijn geen afbreuk aan de Auteursrechtlijn en Databankenrichtlijn (aldus overweging 34) maar bepaalt enkel voorwaarden ‘waaronder openbare lichamen hun intellectuele-eigendomsrechten op de interne informatiemarkt kunnen uitoefenen [curs. mve] wanneer zij het hergebruik van documenten toestaan.’ Formeel gezien mag dat dan wel zo zijn, maar er is dunkt me wel een grens aan hoever de uitoefening van exclusieve rechten beknot kan worden zonder dat materieel gezien de Auteurs- en Databankenrichtlijn buiten werking wordt gezet. En die grens nadert het voorstel voor herziening van de Hergebruikrichtlijn naar mijn mening met grote snelheid. Dat doet er overigens niets aan af dat het op diverse gronden wenselijk is om de IE-rechten van overheden aan banden te leggen (gezien het feit dat er geen investeringsbescherming nodig is, publieke karakter van informatie, economische voordelen van vrij gebruik, etc.).

De evaluatie Databankenrichtlijn van 2018

De Databankenrichtlijn is in 2017/18 voor de tweede maal geëvalueerd sinds de invoering ervan in 1996.¹⁶ De Commissie concludeert net als bij de eerste evaluatie dat de toegevoegde waarde van de Databankenrichtlijn beperkt lijkt.¹⁷ Maar dat is niet zo'n probleem, immers er zijn maar weinig databanken die überhaupt voor bescherming in aanmerking komen, aldus de Commissie: 'Indeed, it is generally assumed that most databases, notably so-called spin-off databases, do not fulfil the crucial criteria of protection – substantial investment – that would grant the “database maker” the sui generis right.'¹⁸ Dat is bepaald niet de conclusie van de auteurs van de studie die in het kader van de review uitgezet werd. Zij signaleren juist dat er veel onzekerheid is over de vraag wanneer sprake is van 'substantial investment'. Het Hof van Justitie heeft wel duidelijk gemaakt dat investeringen in het creëren van data niet meetellen, maar daarmee is er nog geen duidelijkheid over wat substantiële investeringen dan wel zijn. En de rechtspraak in de lidstaten is sporadisch en niet consistent, maar duidt er eerder op dat de drempel voor bescherming laag is.¹⁹

De Commissie acht dus enerzijds het databankenrecht van beperkt belang, maar signaleert tegelijkertijd dat databankenrechten 'misbruikt' zouden kunnen worden door overheids-

organen om onder de Hergebruikrichtlijn uit te komen, dat werd in de openbare consultatie ook geopperd. Mijns inziens is dat nu al niet meer mogelijk voor een overheidsorgaan dat onder de richtlijn van 2013 verplicht is hergebruik toe te staan. Zoals gezegd bestond die verplichting nog niet ten tijde van bovenbesproken zaken. De Commissie vindt wel dat er een probleem is, dat bovendien snel moet worden opgelost.

Een geheel ander kritiekpunt dat tot actie leidde, is dat de Databankenrichtlijn niet te rijmen zou zijn met het open-accessbeleid. Daar gaat het om beleid gevoerd door de EU zelf (o.a. middels onderzoeksfinancieringsinstrumenten), door lidstaten en door de academische gemeenschap waarbij de publieke, gratis toegang tot onderzoekspublicaties, en in toenemende mate ook onderzoeksdata wordt gestimuleerd. Kort gezegd gaat het daarbij om modellen waar de partijen die gepubliceerd willen worden (wetenschappers, universiteiten) de kosten van ontsluiting dragen, zodat lezers wereldwijd gratis toegang hebben tot de publicaties. Daarover later wat meer.

De Hergebruikrichtlijn zou dus niet met dat beleid sporen, aldus zeven van de negen reacties op dit gedeelte van de openbare consultatie. Dat zijn nou niet echt responsaantallen waaruit een betrouwbaar beeld van de opvattingen uit de praktijk is af te leiden. Maar voilà, op de dag dat de evaluatie van het databankenrecht verscheen, bracht de Commissie ook het voorstel voor herziening van de Hergebruikrichtlijn naar buiten met daarin zowel verplichtingen voor open(data-) access en een verbod voor overheidsorganen om databankenrechten uit te oefenen. De Commissie acht een aanpassing van de Databankenrichtlijn zelf de inspanning verder niet waard, hoewel het niet uitsluit dat in de toekomst een diepgaande 'strategic reflection' op zijn plaats is met het oog op de zich ontwikkelende data-economie.²⁰

Een maatregel die overigens ook dient ter uitvoering van opensciencebeleid is het faciliteren van onderzoek door tekst- en datamining op (grote) verzamelingen tekst, beeld en geluid. De invoering van een nieuwe beperking voor tekst- en datamining beperking ('TDM exceptie') in het auteurs- en databankenrecht moeten we in dat licht bezien. Wat die voorstellen – gedaan in het kader van de Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt – inhouden, bespreekt Hans Osinga uitgebreid elders in dit nummer. Hier signaleer ik alleen even dat de beperking ook gaat gelden voor werken en databanken waarop publieke instellingen intellectuele eigendomsrechten toekomen.

16 Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, SWD (2018) 146, Brussels, 25.4.2018.

17 Ibid., p. 46.

18 Ibid., p. 46-47.

19 JIPP, Technopolis, Bently, Derclaye, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Brussel 2018, p. 7-8, 53-54.

20 Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, p. 47.

Wijzigingen Hergebruikrichtlijn

Naast bovengenoemde wijzigingen, waarop ik hieronder nader inga, doet de Commissie nog enkele voorstellen. Deels dienen die om bestaande bepalingen aan te scherpen of te verduidelijken. Zo wordt het nog moeilijker voor overheidsorganen om meer dan verstrekingskosten in rekening te brengen. Ook wordt verduidelijkt dat met 'intellectuele eigendomsrechten van derden' alleen derden worden bedoeld die niet zelf 'overheidslichaam' (public sector body) zijn. Dus alleen als *private* partijen IE-rechten hebben op het gegevensmateriaal geldt de plicht om hergebruik toe te staan niet.²¹ Een inhoudelijke wijziging is de uitbreiding tot overheidsbedrijven, en de mogelijkheid voor de Commissie om datasets aan te wijzen die gratis voor hergebruik ter beschikking moeten komen.

Het verbod op uitoefening van databankrechten

Volgens de toelichting doet ook het wijzigingsvoorstel geen afbreuk aan de bescherming die het sui generis recht biedt aan overheidsinstanties als fabrikanten van databanken. Maar evenmin doet het voorstel af 'aan de juridische situatie op grond van de huidige richtlijn, waardoor openbare instanties het beschermingsrecht sui generis niet mogen aanwenden om het hergebruik van gegevens in databank te verbieden of te beperken'. Een nieuw op te nemen artikel 1 sub 5 bepaalt dit straks uitdrukkelijk: 'Openbare lichamen oefenen het bij artikel 7, lid 1, van Richtlijn 96/9/EG verleende recht van een fabrikant van een databank niet uit om het hergebruik van documenten op grond van deze richtlijn tegen te gaan of te beperken.'

Een verbod dus op het uitoefenen van sui generis databankrechten op openbare informatie. Het databankrecht blijft nog wel inzetbaar om het verspreiden van 'gelekte' gegevensverzamelingen tegen te gaan, die hebben immers niet de vereiste status van openbaar en vallen niet onder de richtlijn. Maar ook, zo neem ik aan, mag het databankrecht nog ingeroepen worden om open licenties te handhaven. Die worden immers door overheden gebruikt om hergebruik te bevorderen en 'toe-eigening' van open content tegen te gaan. Zo schrijft bijvoorbeeld Creative Commons Attribution International Public License ('CC by 4.0') voor dat de licentie onder meer vervalt als een gebruiker de toegang tot gelicentieerde content afschermt met technische beschermingsmaatregelen, de bron niet vermeldt, of als de licentie-informatie niet bij elke reproductie wordt meegezonden.

Moeten we uit het feit dat alleen het sui generis databankrecht expliciet aan banden wordt gelegd afleiden dat met een beroep op het auteursrecht of naburige rechten van overheidsorganen wél hergebruik mag worden beperkt? Er

zijn geen aanwijzingen dat de Commissie zo'n a contrario-scenario voor ogen heeft. Als het voorgestelde artikel 1 lid 5 getypeerd moet worden als een beperking op het databankrecht, is dat wellicht een (extra) reden dat het verbod niet is voorgesteld voor auteursrechten en naburige rechten. Want zodra die worden beperkt verschijnt de driestappentoets van art. 9(2) BC en art. 13 TRIPS²² in beeld. Ook de EU-wetgever is gebonden aan de grenzen die de driestappentoets aan beperkingen stelt. De Hergebruikrichtlijn refereert er ook uitdrukkelijk aan dat de verplichtingen van de richtlijn alleen van toepassing zijn voor zover verenigbaar met intellectuele eigendomsverdragen (r.o. 22, r.o. 48 voorstel). Ik houd het er maar op dat de Commissie liever eventuele onduidelijkheden over de IE-positie van overheidsinstanties laat voortbestaan dan zich in het wespennest van internationale verdragen te wagen. Bij het sui generis databankrecht heeft men de handen internationaal gezien vrijer.

Verplichting om hergebruik van onderzoeksdata toe te staan

Voor het domein van onderwijs en onderzoek stelt de Commissie voor dat in beginsel alle onderzoeksdata van hogeronderwijsinstellingen en onderzoeksinstellingen (en hun publieke financiers) onderworpen worden aan het hergebruikregime. Want, voor het geval u het nog niet wist, 'Open toegang draagt bij tot een betere kwaliteit, tot het beperken van de behoefte aan duplicatie van onderzoek, tot snellere wetenschappelijke vooruitgang, tot de strijd tegen wetenschappelijk bedrog en komt in het algemeen de economische groei en innovatie te goede.' (r.o. 23 nieuw). De nieuwe verplichting moeten we plaatsen in het bredere zogeheten opensciencebeleid van de Europese Unie. Dat ziet deels op betere samenwerking tussen bedrijfsleven en academische onderzoeksinstellingen, en ook op het meer betrekken van burgers bij onderzoek. Maar het meest concreet zijn de initiatieven om wetenschappers en universiteiten 'zo open als mogelijk, zo gesloten als nodig' als uitgangspunt van publicatiebeleid te laten omarmen. Zo stellen bijvoorbeeld de Europese Commissie en de NWO (naast de universiteiten zelf de belangrijkste publieke financiers van onderzoek in Nederland) in beginsel als voorwaarde voor subsidieverlening dat zowel publicaties als andere resultaten van research (tools etc.) als de data die als bronmateriaal hebben gediend worden gepubliceerd voor vrij gebruik door derden. Het opensciencebeleid wordt tot nu toe primair gestuurd via financiële en bestuurlijke instrumenten zoals aanbevelingen en subsidievoorwaarden. Met het nieuwe voorstel wordt open access ook een wettelijke verplichting: lidstaten moeten op grond van het nieuwe artikel 10 lid 1 namelijk openaccessbeleid gaan voeren. Wat daarvoor nodig is, werkt de herziene openscienceaanbeveling verder vrij gedetailleerd uit. Eén aspect is dat onderzoekers het recht

21 Dat lijkt een helder onderscheid, maar is het zeker niet altijd. Dat komt omdat het toepassingsbereik van de Hergebruikrichtlijn afgeleid moet worden uit een complexe mix van factoren: soorten organisaties,

soorten documenten, openbare of gesloten status van de documenten; zie het moeilijk te doorgronden artikel 1 Hergebruikrichtlijn.

22 De driestappentoets van TRIPS geldt niet voor de naburige rechten van filmproducenten.

moeten houden om open access te publiceren,²³ vergelijk ons artikel 25fa Auteurswet.

Waar het aankomt op concrete juridische verplichtingen om hergebruik van data en publicaties toe te staan gaat de tekst van het voorstel veel minder ver. Want volgens het nieuwe artikel 10 lid 2 geldt die verplichting alleen 'voor zover die gegevens met overheidsmiddelen gefinancierd zijn en de toegang tot die gegevens wordt verleend via een institutionele of thematische databank'. Het gaat dus om onderzoeksdata en publicaties die al in (openbare) repositories beschikbaar zijn. Verder is – me dunkt om commerciële wetenschappelijke uitgevers gerust te stellen – expliciet bepaald: 'In dit verband moet echter terdege rekening worden gehouden met rechtmatige handelsbelangen en reeds bestaande intellectuele-eigendomsrechten.'

Data van nutsbedrijven en high value datasets

De reikwijdte van de Hergebruikrichtlijn wordt verder uitgebreid tot 'bestaande documenten van overheidsbedrijven' voor zover die actief zijn in kort gezegd, nutssectoren en openbaar vervoer. Het gaat daarbij alleen om data die betrekking hebben op hun 'publieke taak': de levering van diensten van algemeen belang. Een belangrijke beperking is dat overheidsbedrijven zelf mogen beslissen of ze hergebruik al dan niet willen toestaan, voor hen dus geen plicht (nieuwe r.o. 20; art. 1b jo 1(2)). Bovendien hebben ze meer vrijheid met hoe ze met verzoeken om hergebruik omgaan, in tegenstelling tot andere organisaties waarvoor de richtlijn nu al regels geeft over onder meer beantwoordingstermijn, motiveringsplicht en doorzendplicht in geval informatie bij een andere organisatie berust.

Een vergaande nieuwe bepaling delegeert aan de Europese Commissie de bevoegdheid om zogenoemde 'high value datasets' aan te wijzen die tegen uniforme (door de Commissie te bepalen) voorwaarden en gratis voor hergebruik ter beschikking moeten komen (art. 13 voorstel). Om te bepalen welke datasets 'high value' zijn, moet de Commissie onder meer kijken naar de datasets die volgens het G8 Open Data Charter belangrijk zijn (r.o. 59 voorstel).²⁴ Het Open Data Charter is een internationale juridisch onverbindende verklaring die vanuit Europa door het VK, Frankrijk, en Italië is getekend (de G8-leden) en ook door Canada, de VS, Australië en een aantal overwegend Midden- en Zuid-Amerikaanse landen. Wat dat betreft is de verwijzing ernaar in de richtlijntekst opmerkelijk. Het Charter werkt beginsele uit voor het beschikbaar maken van overheidsdata. Belangrijkste principe is dat overheidsdata 'open by default' moeten zijn, dat wil zeggen vindbaar, voor iedereen openbaar

toegankelijk en beschikbaar zonder (juridische) gebruiksrestricties of technische restricties. Een bijlage bij het Charter noemt onder meer regelgeving, geografische kaarten, postcodegegevens, gegevens over prestaties van scholen, meteorologische data, misdaadstatistieken, handelsregisterdata, ziekenhuisstatistieken en openbaar vervoer-reisinformatie als 'high value' datasets.²⁵ Op nationaal niveau lopen ook initiatieven om 'high value datasets' te identificeren, daarbij wordt ook naar de G8-lijst gekeken. Maar die leveren niet per se vergelijkbare resultaten op: zo worden ook datasets met hondenuitlaatplaatsen en openbare toiletten aange-merkt als 'high value'.²⁶

Belangrijk is dat 'high value datasets' niet noodzakelijkerwijs in iedere lidstaat door of voor de overheid geproduceerd worden. Ook als dat wel zo is, vallen ze niet per se onder (nationale) openbaarheidsregelingen en dus niet onder de Hergebruikrichtlijn. De vraag is of de Europese Commissie door een type dataset aan te wijzen als 'high value', kan afdwingen dat alle lidstaten die datasets als openbaar aanmerken, of dat de Commissie alleen datasets kan aanwijzen die reeds openbaar zijn in alle landen. Het uitbreiden van de Hergebruikrichtlijn tot openbare nutsbedrijven geeft de Europese Commissie weliswaar meer armslag bij het selecteren van high value datasets, maar aangezien die openbare bedrijven volgens de voorstellen zelf mogen beslissen of ze hergebruik überhaupt toestaan, ligt het voor de hand dat een aanwijzingsbesluit van de Commissie alleen betrekking kan hebben op data waarvan die bedrijven hergebruik *willen* toestaan. Er blijven in de nieuwe opzet gevallen waarin makkelijk conflicten ontstaan tussen (geprivatiseerde) bedrijven en overheden. In Nederland gebeurde dat bijvoorbeeld bij postcodebestanden. Via de nieuwe basisregistratie gebouwen en adressen (BAG) worden ook postcodegegevens verstrekt voor (commercieel) gebruik, terwijl PostNL claimt de databankrechten op de verzameling postcodegegevens te hebben en die ook exploiteert.²⁷ Op het gebied van weer en verkeer is een complex van publieke en private partijen actief, en de voorstellen maken het voor hen een stuk complexer om hun (rechts)positie te bepalen. De bovenbeschreven onduidelijkheid over de relatie tussen IE-wetgeving en hergebruikwetgeving draagt daar aan bij.

Er komt als het aan de Commissie ligt ook een verplichting voor overheidsinstanties om zogenoemde dynamische gegevens 'onmiddellijk nadat ze zijn verzameld [curs. mve] via passende API's' beschikbaar te stellen voor hergebruik (nieuw art. 5 lid 4). Het gaat daarbij om data die vooral waardevol hebben als ze 'real-time' toegankelijk zijn, informatie over wegwerkzaamheden, files, parkeerdrukke bijvoorbeeld, of meteorologische satellietdata die wordt gebruikt voor kor-

23 Zie recent Aanbeveling (EU) 2018/790 van de Commissie van 25 april 2018 betreffende de toegang tot en de bewaring van wetenschappelijke informatie, *PbEG* 2018, L 134/12.

24 <https://opendatacharter.net/principles/>.

25 Deze 'Annex' is niet meer raadpleegbaar op <https://opendatacharter.net/>, maar wel op de Franse overheidssite <https://www.diplomatie.gouv.fr/>

IMG/pdf/Open_Data_Charter_Annex_FINAL_13_June_2013_cle0ff8a3.pdf [geraadpleegd 10 juli 2018].

26 Zie <https://data.overheid.nl/high-value-datasets-gemeenten> [geraadpleegd 10.7.2018].

tetermijnweervoorspellingen (zoals Buienradar doet). Men mag aannemen dat ook hier geldt dat er dan op grond van nationaal recht wel regeling moet zijn op grond waarvan die gegevens überhaupt openbaar zijn. Er verandert immers niets aan het uitgangspunt dat de Hergebruikrichtlijn geen toegang regelt, maar daarvoor aansluit bij nationale regels. De verplichting gaat voor overheidsbedrijven pas in als ze besloten hebben dat ze hergebruik toestaan, die beslissing is immers aan hen.

Al met al leiden de voorstellen tot meer plichten maar ook tot de nodige onduidelijkheid. De Hergebruikrichtlijn was altijd al een instrument dat over sectoren en juridische domeinen heen impact heeft. Maar het wordt zo wel steeds meer een vergaarbak aan maatregelen waarvan bij nadere inspectie niet helder is hoe ze zich tot elkaar verhouden, en tot andere wetgeving.

Tot slot

Vergeleken met de verhitte debatten op het lopende dossier van auteursrechthervorming – in dit blad reeds diverse malen aan de orde geweest – worden de beraadslagingen over dit voorstel waarschijnlijk een kalm gesprek. Een eerste bespreking in de Raad afgelopen juni vond plaats aan de hand van een ‘Background note’ waarin aspecten van intellectuele eigendom niet eens aan de orde werden gesteld.²⁸ De notitie stelt maar twee vragen, beide van een zeker retorisch gehalte, namelijk (1) of lidstaten ook vinden dat overheidsdata een belangrijke bron zijn voor data-economie, en (2) of

er betere toegang tot real-time data moet komen. Ik heb nog wel twee alternatieve vragen: Is het langzaamaan niet tijd om de koe bij de horens te vatten en een plan te maken voor harmonisatie van het intellectuele eigendomsrecht waar het rechten in door of voor de publieke sector gemaakte materialen betreft? En wordt het niet eens tijd dat er ook op het gebied van *toegang* een zekere mate van harmonisatie komt? Anders wordt de Hergebruikrichtlijn een steeds zwaarder gebouw dat blijft rusten op drijfzand. Een startpunt voor zo’n regeling is er al: het Verdrag van Tromsø (Council of Europe Convention on Access to Official Documents)²⁹ dat sinds 2009 in de la ligt te wachten.

En Nederland tot slot, wat moet onze wetgever straks op auteurs- en databankrechtgebied gaan doen als de Hergebruikrichtlijn er ligt? Op basis van dit voorstel zou mijn voorlopig advies zijn: niets. Het verbod om databankrechten uit te oefenen hoeft niet uitdrukkelijk geregeld, dat laat zich wel afleiden uit bestaande wetgeving. Geen slapende honden wakker maken. Anders dreigt nog het gevaar dat artikel 11 en 15b Auteurswet, artikel 8 Databankenwet en artikel 9c Wet op de naburige rechten gaan sneuvelen omdat ze strijdig met Europese IE-wetgeving worden bevonden voordat er een werkbaar Europees alternatief ligt. Wat dat betreft is het ook een geluk bij een ongeluk dat in het initiatief wetsvoorstel Open overheid (bedoeld om de Wet openbaarheid van bestuur te vervangen) niet langer een verbod staat voor overheidsorganen om auteursrechten, naburige rechten en databankrechten uit te oefenen (art. 6.5 voorstel WOO 2012).³⁰ Alles kan nog.

27 Rb. 's-Gravenhage 21 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU9147 (PostNL & Cendris/Staat).

28 Presidency note to COREPER, Data as an enabler of socio-economic development, Brussels, 25 May 2018 (OR. en) 9090/18.

29 Ook nog niet door Nederland getekend, zie <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205>

30 Zie over dit voorstel uitgebreid A. de Leew, R. de Beer & M. van Eechoud, 'Kruisende wegen: Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid,' AMI 2015, afl.3, p. 75-83. De bepaling luidde: 'Artikel 6.5 Voorwaarden. 1. Een overheidsorgaan kan aan de toestemming voor hergebruik van informatie de voorwaarde van bronvermelding verbinden.

2. Het oefent bij de toestemming voor hergebruik van informatie geen andere rechten uit op grond van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten of de Databankenwet dan wel verbindt daaraan geen andere voorwaarden.' Voorstel van wet van het lid Peters houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur), *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nr. 2. Het voorstel ligt al tijden stil bij de Eerste Kamer wegens zorgen over de uitvoeringskosten, maar wordt weer nieuw leven ingeblazen: Brief van de Tweede Kamerleden Snels en Van Weyenberg over de voortgang van het overleg met het kabinet inzake het wetsvoorstel (5 juli 2018), *Kamerstukken I* 2017/18, 33 328, K.