

betreft: Schriftelijke inbreng Rondetafelgesprek wijziging Handelsregisterwet 11.04.2019
aan: Vaste Commissie voor Economische Zaken en Klimaat, Tweede Kamer
van: prof. mr. Mireille van Eechoud (IVIR)*

1. Het dossier dat op tafel ligt laat goed zien hoe **complex toegangsvraagstukken** rond overheidsinformatie kunnen zijn **vanwege de publieke en private belangen** die daarbij spelen. De focus van deze bijeenkomst ligt op het databankenrecht in de context van open data beleid zoals dat vanuit de EU wordt gestimuleerd met de binnenkort aangescherpte ‘Richtlijn open data en hergebruik van overheidsinformatie’ (hierna: Hergebruikrichtlijn). De vier gestelde vragen gaan over **wat juridisch gezien kan** (kan de KvK databankrechten hebben, zich deze voorbehouden, ook in het licht van de aangescherpte Hergebruikrichtlijn?) en **wat wenselijk is** (is zo’n recht niet nadelig voor private partijen?). Bij die laatste vraag gaat het niet alleen om de mogelijke functie van intellectuele eigendomsrechten ter bescherming van de eigen (markt)positie, maar ook om de vraag of het databankenrecht een middel is waarmee (andere) publieke belangen kunnen worden gediend.

2. Onder A1 en A2 schets ik kort de Europeesrechtelijke (A1) en nationale context (A2) ter beantwoording van de ‘kan’ vragen. B2 en B3 gaan nader in op de rol van databankenrecht in open data beleid (B2), en de relatie tussen open data en privacy/gegevensbescherming (B3).

A. Databankrechten voor publieke organisaties

A1. Europeesrechtelijke context

3. Databankenrecht is Europees recht. De EU is al bijna 30 jaar bezig met het beetje bij beetje harmoniseren van het intellectuele eigendomsrecht, een verzamelterm voor auteursrecht, zgn. naburige rechten en databankenrecht. De ‘**status**’ van **overheidsinformatie**, d.w.z. informatie geproduceerd in het kader van publieke taken is een tot op heden in essentie **ongeregeld onderwerp**. Dit ondanks het feit dat lidstaten van oudsher verschillend met dit vraagstuk omgaan, en de Hergebruikrichtlijn in aanzienlijke mate gaat over de uitoefening van auteurs- en databankrechten.

4. De **Databankrichtlijn** (Richtlijn 96/9/EG) regelt zowel de **auteursrechtelijke** als de ‘**sui generis**’ **bescherming** van gegevensverzamelingen. Wat de eisen zijn voor het ontstaan van bescherming, wat de omvang van bescherming is, hoe lang die bescherming duurt, is geharmoniseerd recht. **Lidstaten moeten die normen volgen**. Ze mogen geen andere nationale intellectuele eigendomsrechten hebben voor databanken. De tekst van de Databankrichtlijn zelf zwijgt over de vraag of ook publieke organisaties ‘fabrikant’ (eerste rechthebbende) van databank- en auteursrechten kunnen zijn. Bij de totstandkoming is er wel discussie geweest over de vraag of overheidsdata speciale behandeling verdient, maar de uiteindelijke **richtlijn zondert publieke data** en publieke partijen **niet uit** van bescherming.

5. Er moet wel aan de **vereiste voor bescherming** voldaan zijn: voor auteursrecht moet er sprake zijn van oorspronkelijkheid van de selectie en ordening van de gegevens. Zeker bij databanken die sterk gereguleerd zijn is aan dat vereiste over het algemeen niet voldaan. Het sui generis databankenrecht ontstaat alleen als er sprake is van een **substantiële investering** in —kort gezegd— het bij elkaar brengen en ontsluiten van data. Kosten gemaakt voor het creëren van data tellen daarbij niet mee. Denk aan kosten gemoeid met het genereren van KvK-nummers.

6. Voor de bepaling van de vraag aan **wie de rechten** toekomen, kijkt de Richtlijn naar de **partij die de investeringen doet** en die het risico draagt (de ‘fabrikant’ ofwel ‘producent’, dus niet naar bijv. de partij die de feitelijke productie doet). Bij databanken die (voornamelijk) uit algemene middelen worden gefinancierd is er geen of een beperkt commercieel risico. Wil dat zeggen dat investeringen gedaan met publieke middelen niet meetellen, of tot de uitkomst leiden dat er wél een beschermde databank is, maar geen rechthebbende?¹ Het HvJEU heeft zich over die vragen niet expliciet uit hoeven laten tot nu toe, maar heeft wel impliciet aangenomen dat met publieke middelen geproduceerde databanken beschermd kunnen zijn.² Al met al meen ik dat **publieke organisaties databankrechten kunnen toekomen**.

A2. Status van overheidsdata in Nederlands databankenrecht

7. Analooq aan de al lang bestaande regeling in de Auteurswet, bepaalt de Databankenwet dat er geen sui generis databankenrecht rust op verzamelingen van ‘wetten, besluiten en verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen’ (art. 8 lid 1 Dw), en dat er op overige door de ‘openbare macht’ geproduceerde databanken **geen sui generis recht heerst tenzij een voorbehoud** is gemaakt (art. 8 lid 2 Dw). Zo’n voorbehoud kan op verschillende manieren gemaakt worden: in een wet of andere regeling, of bij openbaarmaking van de data. Traditioneel maakt de KvK zo’n voorbehoud ten aanzien van handelsregisterdata.

8. De Databankrichtlijn voorziet zoals gezegd niet in een ‘status aparte’ voor overheidsdatabanken. Of de Nederlandse implementatie wel geheel **richtlijnconform** is, is **voer voor discussie**.³ Als de Databankrichtlijn lidstaten geen implementatieruimte laat, betekent dit dat het de Nederlandse wetgever niet vrijstaat om bepaalde data van bescherming uit te sluiten of die bescherming voorwaardelijk te maken (door een voorbehoud verplicht te stellen).

9. In het kader van de **handelsregisterproblematiek** is dit een meer theoretisch dan **praktisch** punt: er **wordt immers al een voorbehoud gemaakt**, alleen de **wijze waarop** dat gebeurt **verandert** volgens het wetsvoorstel. Ook is duidelijk dat de **Hergebruikrichtlijn** wil **bevorderen** dat data geproduceerd in het kader van publieke taken zoveel mogelijk voor (commercieel) **hergebruik** ter beschikking komt. Vanuit die optiek lijkt het logisch om overheidsdata van databankenrechten uit te zonderen, maar dat zou de EU dan moeten regelen. Echter, auteurs- en **databankrechten** juist ook gebruikt worden als **instrument** om **hergebruik** te bevorderen. Daarmee komen we op het volgende punt.

B1. Databankenrecht in open data beleid

10. Vooraf is het goed om even in herinngering te brengen wat de Hergebruikrichtlijn wel en niet regelt. **Open data** beleid heeft **twee dimensies**:

- 1) de status van informatie als openbaar (**toegang**), en
- 2) de beperkingen zowel technisch als juridisch aan het gebruik van openbare informatie (**gebruik**).

¹ Tot deze opmerkelijke conclusie kwam ABRvS 29 april 2009, AMI 2009/6, nr. 23 m.nt. M.M.M. van Eechoud (B&W Amsterdam/Landmark).

² Zaak C-138/11 (Compass/Oostenrijk), ECLI:EU:C:2012:449 m.b.t. databank met handelsregisterdata; zaak C-490/14 (Deelstaat Beieren / Esterbauer), ECLI:EU:C:2015:735, m.b.t. door deelstaat geproduceerde geografische kaarten.

³ Mogelijk biedt Richtlijn 96/9 wel ruimte voor analoge toepassing van art. 11 en 15b Auteurswet, aangezien die bepalingen ook golden voor niet-oorspronkelijke dataverzamelingen. Deze waren voor invoering van de Richtlijn beschermd op grond van de zgn. geschriftenbescherming (art. 10 Aw). De betreffende overweging van Richtlijn 96/6 luidt: (52) Overwegende dat de Lid-Staten waar een specifieke wet reeds voorziet in een recht dat verwant is met het bij deze richtlijn vastgestelde recht sui generis, de traditioneel volgens die wetgeving vastgestelde uitzonderingen met betrekking tot het nieuwe recht moeten kunnen handhaven.

11. De **Hergebruikrichtlijn** zelf **regelt niet de toegang**. In beginsel is het aan Lidstaten om te bepalen welke informatie openbaar is,⁴ d.w.z. voor algemeen gebruik beschikbaar komt. De Richtlijn gaat **slechts** over de **fase daarna**: voor informatie die openbaar is, is het uitgangspunt dat die beschikbaar komt voor hergebruik buiten publieke taken, en wel op zodanige wijze dat hergebruik makkelijk wordt gemaakt. In technisch opzicht (machineleesbaar, in open formaten etc.) en in juridisch opzicht.

12. Wat betreft het **juridische** ligt de **nadruk** van de Richtlijn op het **inperken** van contractuele **voorwaarden** en de **uitoefening** van auteurs- en **databankrechten**. Zo moeten gebruiksvoorwaarden o.a. gelijk zijn voor gelijksoortige afnemers, zoveel mogelijk gestandaardiseerd zijn en vooraf bekendgemaakt, niet verder gaan dan noodzakelijk is om publieke belangen te waarborgen en mogen ze hergebruik niet nodeloos beperken. Er mag geen vergoeding voor gebruik (licentievergoeding) gevraagd worden, tenzij het publieke orgaan verplicht is om de financiering van de publieke taak voor een aanzienlijk deel te dekken uit tarieven. Worden kosten in rekening gebracht, dan ligt er een zware verantwoordingsplicht ten aanzien van de berekening daarvan.

13. Het **gebruik** van zogenaamde **open licenties** heeft volgens de Hergebruikrichtlijn de **voorkeur**. Het hele **concept** van open licenties zoals we die kennen voor open source software, en de door Nederlandse overheid veel gebruikte Creative Commons licenties berusten op een **'copyleft' uitoefening** van **intellectuele eigendomsrechten**. Er zijn verschillende soorten open licenties, maar wat ze gemeenschappelijk hebben is: beschikbaar voor iedereen, wereldwijde werking, onbeperkt in de tijd, geen licentievergoeding verschuldigd. De meest vergaande, **pure 'open' licenties** staan **elk soort (her)gebruik** toe. Maar er bestaan ook varianten die bijvoorbeeld alleen niet-commercieel gebruik toestaan, juist wel of geen bewerkingen toestaan, of de licentienemer verplichten om ook zelf bewerkte informatie onder dezelfde open licentie beschikbaar te stellen aan anderen ('share alike'). Uw kamer gebruikt voor teksten op haar website bijvoorbeeld Creative Commons BY-ND. Dat betekent dat met bronvermelding het kopiëren en verspreiden is toegestaan, maar dat zonder toestemming geen bewerkingen mogen worden gemaakt en verspreid.

14. Open licenties leggen ook **verplichtingen** op aan de **wederpartij**. Zo is een veelvoorkomende bepaling dat de licentienemer niet mag doen alsof de licentiegever het product of de dienst van de licentienemer certificeert of steunt (**non-endorsement**). Houdt de wederpartij zich niet aan de voorwaarden, dan vervalt de licentie. De licentiegever kan dan intellectuele eigendomsrechten inzetten als **'achtervang'**. Ten opzichte van licenties / contracten hebben auteurs- en databankrechten het voordeel dat ze tegenover iedereen te handhaven zijn, niet alleen ten opzichte van de licentienemer. Met een beroep op databankenrechten kan de rechthebbende vanzelfsprekend alleen gebruik tegengaan waarvoor volgens het databankenrecht toestemming nodig is.

B2. Open data en privacy/gegevensbescherming

15. **Open data** in de reguliere betekenis van: data die voor iedereen, voor onbepaalde tijd, wereldwijd, vrij is te gebruiken voor elk doel, is **fundamenteel onverenigbaar** met **grondbeginselen** van gegevensbescherming zoals neergelegd in de **AVG**.⁵ Eén zo'n grondbeginsel is **doelbinding**: persoonsgegevens mogen alleen verwerkt worden voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden. Een ander grondbeginsel is **dataminimalisatie**: niet meer

⁴ Openbaarheidsplichten kunnen wel voortvloeien uit Europees recht, zoals bijv. het geval is t.a.v. landbouwsubsidies, en bepaalde geografische en milieu-informatie.

⁵ Voor een uitgebreidere analyse zie F. Zuiderveen Borgesius, J. Gray, M. van Eechoud, 'Open data, privacy, and Fair Information Principles: towards a balancing framework', 3 Berkeley Technology Law Journal (30) 2016.

persoonsgegevens verzamelen en verwerken dan noodzakelijk. **Toestemming** van datasubjecten biedt **geen oplossing**. Ten eerste zijn vrijwel alle persoonsgegevens (zoals die in het Handelsregister) met ‘het zwaard’ verzameld: mensen moeten ze laten registreren omdat dat wettelijk verplicht is of omdat het onontbeerlijk is om van publieke dienstverlening gebruik te maken. Ten tweede, al zou de toestemming werkelijk vrij zijn gegeven, dan is deze voor gebruik van persoonsgegevens als open data nooit specifiek genoeg. De gebruiksdoelen bij open data zijn immers zó ruim dat ze te onbepaald zijn. Ten derde, toestemming kan elk moment weer ingetrokken worden, hetgeen betekent dat wat de overheid als ‘open data’ vrijgeeft, ook weer teruggehaald moet kunnen worden. Maar voor data die onder open licentie is vrijgegeven geldt: eens gegeven altijd gegeven.

16. Publieke organen hebben dus de plicht om hergebruik zo frictieloos mogelijk te maken waar het openbare informatie betreft die binnen het domein valt van de Hergebruikrichtlijn. Tegelijkertijd rust op overheden ook de verantwoordelijkheid om andere publieke belangen, waaronder privacy, goed te dienen. Dit levert natuurlijk spanning op. De **overheid** neemt ook een **bijzondere positie** in. Onze huidige **openbaarheidswetten** en **privacywetten** zijn **ingericht** op het beoordelen van **individuele gevallen**: zijn er belangen die zich openbaarmaking van deze concrete informatie, in dit specifieke geval verzetten? Gaat het om in deze concrete vorm tot personen herleidbare gegevens? De overheid heeft m.i. echter **ook** een **verantwoordelijkheid** om negatieve **systemeffecten** te voorkomen die kunnen optreden als optelsom van al die individuele beslissingen.

17. Ontsluiting van **data op internet**, in machine leesbare vorm en open formaten, zonder enige gebruiksbeperking, maakt snelle verspreiding over grote groepen gebruikers (ook buitenlandse) mogelijk en makkelijk, evenals het aan elkaar koppelen van data uit verschillende bronnen. Daarmee **kan** het de **verwerking** van gegevens **in strijd met de AVG ongewild bevorderen**. De Hergebruikrichtlijn zoals aangenomen door het EP signaleert ook uitdrukkelijk dat het breder beschikbaar komen van overheidsdata als open data, meer mogelijkheden schept om gegevens te de-anonimiseren of tot personen herleidbaar te maken (ov. 16, doc. A8-0438/2018). Maar een **oplossing** biedt de **Hergebruikrichtlijn niet**, behalve bepalen dat het gegevensbeschermingsrecht voor gaat.

18. Iedere afnemer van overheidsdata is uiteindelijk zelf verantwoordelijk voor naleving van de AVG. Maar de overheid kan het beschikbaar stellen van (geanonimiseerde) data wel afhankelijk stellen van naleving door de afnemer, als extra middel. **Licentievoorwaarden** hebben daarbij het voordeel van **flexibiliteit**. In ons rechtssysteem **mag** de **overheid** **privaatrechtelijke middelen inzetten** om **publieke doelen te bereiken**, zolang met die inzet de specifieke publiekrechtelijke bevoegdheden die voor die taakuitoefening zijn toegekend niet doorkruist worden (‘tweewegenleer’). Databankrechten kunnen dus op zich uitgeoefend worden om zowel hergebruik als naleving van privacyregulering (of andere publieke doelen) te realiseren.⁶

* Prof. mr. M.M.M. (Mireille) van Eechoud is hoogleraar informatierecht aan de UvA, en gespecialiseerd in onder meer het Europese en Nederlandse recht van intellectuele eigendom, toegang tot informatie en openbaarheid. Zie www.ivir.nl voor meer informatie.

⁶ Vgl. R. de Beer, A. de Leeuw, M. van Eechoud, [Kruisende wegen: Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid](#) AMI, 2015 (3), pp. 75-83.