

Tilburg University

Hergebruik van (open) data

Balvert, Annemarie; Kits, Peter; Niessen, Nathalie; Wolswinkel, Johan

Published in:
Computerrecht

Publication date:
2021

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Balvert, A., Kits, P., Niessen, N., & Wolswinkel, J. (2021). Hergebruik van (open) data: Herijking van de balans tussen openbaarmaking en IE-bescherming. *Computerrecht*, 2021(6), 517-525. [2021/250].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Hergebruik van (open) data: herijking van de balans tussen openbaarmaking en IE-bescherming

Computerrecht 2021/250

De belangstelling voor toegang tot en hergebruik van overheidsinformatie of onderliggende overheidsdata is het laatste decennium explosief gestegen. Tegelijk kan het belang van openbaarmaking van overheidsinformatie in conflict komen met andere belangen, zoals dat van IE-bescherming van derden. Dit artikel analyseert hoe de balans tussen beide belangen kan worden gevonden in een datatijdperk en stelt in dat verband een minder binaire benadering voor waarbij recht gedaan kan worden aan zowel openbaarmaking als IE-bescherming.

1. Inleiding

Het spanningsveld tussen bescherming van intellectuele-eigendomsrechten (hierna: IE-bescherming) enerzijds en openbaarmaking van overheidsinformatie anderzijds is niet nieuw.² Toch bestaat voortdurend aanleiding om die verhouding te herijken in het licht van nieuwe technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.³ In dat verband lijkt de balans de laatste tijd steeds meer uit te slaan in de richting van meer openbaarmaking (en facilitering van hergebruik) van overheidsinformatie ('open data').⁴ Zo is onlangs na een jarenlang proces de Wet open overheid (Woo) aangenomen,⁵ wacht de in 2019 binnen de Europe-

se Unie aangenomen Open-datarichtlijn⁶ op implementatie in de Wet hergebruik overheidsinformatie en is onlangs een Data Governance Verordening voorgesteld door de Europese Commissie.⁷ Die beweging in de richting van meer openbaarheid van overheidsinformatie beperkt zich niet tot informatie die de overheid zelf heeft vervaardigd, maar strekt zich ook uit tot informatie die private partijen (derden) aan overheden hebben geleverd. Dit kan een veelheid aan situaties omvatten. Zo zijn ondernemingen verplicht om bepaalde informatie aan de overheid te leveren, bijvoorbeeld in het kader van hun inschrijving in de Kamer van Koophandel of in het kader van toezichthoudende activiteiten van de overheid. Daarnaast komt het spanningsveld naar voren wanneer de overheid in het kader van besluitvorming gebruik wil maken van diensten van derde partijen, bijvoorbeeld software voor de vaststelling van de WOZ-waarde van woningen, maar deze partijen die software niet zonder meer willen openbaren.⁸ Daarom wordt in aanbestedingen van overheidsopdrachten betreffende zogeheten 'datadiensten' regelmatig de eis gesteld dat de contractspartij volledig afstand doet van haar auteursrechten (en eventuele databankrechten) die rusten op de producten die zij levert, zodat de overheidsinstelling deze vervolgens als "open data", dat wil zeggen zonder enige restricties, aan het publiek of marktpartijen voor (her)gebruik ter beschikking kan stellen.⁹ In dergelijke situaties weegt het (toekomstige) belang van openbaarheid dus zwaarder dan het belang van IE-bescherming, dat ter stimulering van innovatie en creativiteit juist partijen in staat stelt hun investeringen in de ontwikkeling van producten te beschermen en terug te verdienen.¹⁰ Wanneer ondernemingen R&D-investeringen hebben gedaan om innovatieve (datagedreven) producten en diensten te ontwikkelen en zij door een verplichte overdracht van IE-rechten (i) deze investeringen niet meer kunnen beschermen op basis van een exclusief recht en (ii) deze rechten niet meer kunnen exploiteren, komen terugver-

1 Mr. A.L. (Annemarie) Balvert en prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel zijn als promovenda respectievelijk hoogleraar Bestuursrecht, markt & data verbonden aan Tilburg University. Mr. P.M. (Peter) Kits was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage als Partner verbonden aan Deloitte Legal en is momenteel als Partner Digital Law verbonden aan KPMG. Mr. N. (Nathalie) Niessen is als Legal Consultant IP/IT verbonden aan Deloitte Legal. Deze bijdrage is geschreven in het kader van het NWO-MVI project Burgervriendelijke datacommunicatie (nr. 313-99-330).

2 Zie bijvoorbeeld reeds D.W.F. Verkade, 'WOB en auteursrecht', *Mediaforum* 1993-1, p. 2-6, en M.M.M. van Eechoud, 'Openbaarheid van bestuur en auteursrecht, never the twain shall meet?', in: Nico van Eijk & Bernt Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel. Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 89-99. Zie recent ook P. Kreijger, 'Openbaarheid en auteursrecht anno 2021', *Mediaforum* 2021-1, p. 8-14.

3 Zie in dit verband reeds eerder C.E.M.C. Bakermans & P.M. Kits &, 'Open data', *Computerrecht* 2012/76.

4 Zie ook M. Oswald, 'Freedom of information in cyberspace: What now for copyright?', *International Review of Law, Computers & Technology* 2012, p. 245-255.

5 Wet van 25 oktober 2021, houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Stb.* 2021, 499 in combinatie met de Wet van 25 oktober 2021 tot wijziging van het voorstel van wet van de leden Snels en Sneller houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid) (Wijzigingswet Woo), *Stb.* 2021, 500. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de Wet open overheid onder meer A. Drahmman, 'De Wet open overheid: een verbetering van de digitale informatiehuishouding van de overheid?', *Computerrecht* 2021/156.

6 Richtlijn (EU) 2019/1024 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 inzake open data en hergebruik van overheidsinformatie (her-schikking), *PbEU* 2019, L 172/56.

7 COM (2020) 767. Zie nader hierover E. Valgaeren & J. Joos, 'New kids in town – de nieuwe actoren voorgesteld in de Data governance verordening', *Computerrecht* 2021/249.

8 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

9 Zie bijvoorbeeld art. 24 Algemene rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten (ARVODI-2018). Concreet kan die afstand gestalte krijgen in de ondertekening van een zogeheten "CC0 publieke domein-verklaring", waarmee de contractspartij erkent dat zij haar auteursrechten, naburige rechten of databankenrechten op geen enkele wijze zal uitoefenen en hiermee afstand doet van deze intellectuele eigendomsrechten voor zover dit wettelijk is toegestaan.

10 Wanneer in dit artikel wordt gesproken over IE-bescherming, wordt daarmee bedoeld op zowel het auteursrecht als het databankenrecht, alsmede – voor zover relevant – de zogeheten 'naburige rechten'.

dien capaciteit, innovatiebudget en kwaliteitswaarborging van deze ondernemingen onder druk te staan.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag hoe met deze botsing van belangen moet worden omgegaan in een 'data-tijdperk'. Daarbij richten we ons specifiek op de situatie waarin een marktpartij een datadienst aan de overheid heeft geleverd of levert én deze partij een commercieel belang heeft bij de valorisatie van die data, terwijl de overheid die data niet direct nodig heeft in het kader van specifieke besluitvorming maar enkel voor hergebruik onbeperkt aan het publiek of marktpartijen beschikbaar wil stellen als 'open data'. Daarmee veronderstelt deze vraag dat de botsing tussen de belangen van openbaarheid en eerbiediging van IE-rechten op zich niet iets nieuws is, maar dat die botsing wel een eigen invulling krijgt zodra zich een beweging voordoet van informatie naar 'ruwe' data. Om die reden staan we eerst kort stil bij het onderscheid tussen 'informatie' en 'data' en de wijze waarop relevante wetgeving aansluit bij deze terminologie (§ 2). Vervolgens gaan we specifiek in op de verschillende wijzen waarop de belangen van openbaarmaking en IE-bescherming met elkaar kunnen botsen (§ 3). Daarna laten we zien dat bij een dergelijke botsing geen 'one size fits all'-benadering gewenst is, maar differentiatie mogelijk en uit juridisch oogpunt soms zelfs noodzakelijk is waarbij recht kan worden gedaan aan de specifieke context waarbinnen die botsing zich voordoet (§ 4). Afgesloten wordt met een korte conclusie (§ 5).

2. Van informatie naar data

2.1 Algemeen

Waar een decennium geleden nog werd gesproken over een informatiesamenleving,¹¹ heeft zich inmiddels een verschuiving voltrokken naar een datasamenleving.¹² Hoewel het laatste woord in deze semantische discussie zeker nog niet is gezegd, wordt die verhouding doorgaans als volgt getypeerd: data¹³ zijn de ruwe bouwstenen voor informatie. Waar data dus een noodzakelijke voorwaarde voor informatie vormen,¹⁴ kan 'informatie' op haar beurt worden opgevat als data die zijn voorzien van betekenis.¹⁵

Ondanks dit semantische onderscheid blijkt de scheidingslijn in wetgeving tussen beide begrippen lang niet altijd scherp te hanteren. Het hangt af van de specifieke wetgevingscontext waarin beide begrippen voorkomen of over-

lap bestaat tussen beide begrippen of niet.¹⁶ Daarom is het belangrijk om het begrip 'data' te positioneren ten opzichte van aanverwante begrippen, zoals 'informatie', 'document' en 'werk' (in de zin van de Auteurswet).

2.2 Het IE-perspectief

2.2.1 Auteurswet

Al meer dan honderd jaar vormt het begrip 'werk' het aanknopingspunt voor auteursrechtelijke bescherming onder de Auteurswet. Dit wettelijke begrip is in de jurisprudentie nader uitgewerkt: een 'werk' moet allereerst een eigen, oorspronkelijk karakter hebben in de zin dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk. Daarnaast moet een 'werk' het persoonlijk stempel van de maker dragen, hetgeen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest.¹⁷ Voorbeelden hiervan zijn naast de 'klassieke' werken van letterkunde, wetenschap en kunst ook fotografische werken, computerprogramma's en – onder bepaalde voorwaarden – databanken.¹⁸

Op grond van de Auteurswet bezit de maker van een 'werk' van letterkunde, wetenschap of kunst (of diens rechtverkrijgende) het uitsluitende recht om dit werk openbaar te maken en te verveelvoudigen¹⁹ (tot 70 jaar na de dood van de maker).²⁰ Achtergrond van dit exclusieve recht is dat de maker van een werk een 'incentive' heeft om zijn auteursrechten te gebruiken, te exploiteren (middels een licentie aan een derde partij) en te beschermen. Als het gaat om (her)gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk, zijn zowel het maken van een kopie als het bieden van toegang tot het werk te bestempelen als handelingen die voorbehouden zijn aan de maker. Dit geldt ook voor hergebruik van het werk door de ontvanger.

De bescherming van het auteursrecht is niet onbegrensd. Allereerst kunnen 'bij de wet' beperkingen zijn gesteld aan het auteursrecht.²¹ De Auteurswet zelf bevat een aantal van dergelijke beperkingen. Daarnaast kunnen partijen in een specifiek geval ook (afwijkende) contractuele afspraken vastleggen in een licentieovereenkomst over de uitoefening van het recht tot openbaarmaking en verveelvoudiging. Zo kan de houder van een auteursrecht in beginsel als enige bepalen welk (her)gebruik van haar auteursrechtelijk beschermde werk is toegestaan en onder

11 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 31-32.

12 Vgl. L. Kool, J. Timmer & R. van Est, *De datagedreven samenleving - Achtergrondstudie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2015.

13 Data kunnen letterlijk worden opgevat als 'gegevens' (vgl. R. Kitchin 2014, *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, Londen: SAGE Publishing 2014).

14 Zie ook L.A. Bygrave, 'Information Concepts in Law: Generic Dreams and Definitional Daylight', *Oxford Journal of Legal Studies* (2014) 35(1), p. 26.

15 F. Floridi, *Information: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 12: "information equals data plus meaning".

16 Zie uitbreider R. Gellert, 'Comparing definitions of data and information in data protection law and machine learning: A useful way forward to meaningfully regulate algorithms?', *Regulation & Governance* 2020, doi:10.1111/rego.12349.

17 Zie onder meer HR 4 januari 1991, NJ 1991/608; HR 24 februari 2006, NJ 2007/37; HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, en ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302.

18 Art. 10 Auteurswet.

19 Art. 1 Auteurswet.

20 Art. 37 lid 1 Auteurswet.

21 Zie art. 1 Auteurswet. Zie nader paragraaf 3.1 van dit artikel.

welke voorwaarden, op basis van het verstrekken van een geclausuleerd gebruiksrecht. Specifiek ten aanzien van overheidsinformatie is van belang dat op door de openbare macht uitgevaardigde wetten, besluiten en verordeningen noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen auteursrecht berust.²² Verdere openbaarmaking of verveelvoudiging van een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk, waarvan de openbare macht de maker of rechtverkrijgende is, wordt niet beschouwd als een inbreuk op het auteursrecht, tenzij het auteursrecht daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden (dus nog bij een derde berust).²³

2.2.2 Databankenwet

Binnen de IE-wetgeving lijkt de terminologie van 'data' met name haar intrede te hebben gedaan als gevolg van Europese regelgeving, in het bijzonder de Databankenrichtlijn.²⁴ Databanken zijn systematisch of methodisch geordende verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, die afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn.²⁵ Specifiek voor databanken geldt dat naast het auteursrecht op grond van de Auteurswet, uiteraard slechts voor zover de databank kwalificeert als 'werk' in de hierboven besproken zin, ook een zelfstandig databankenrecht (*sui generis*) bescherming kan bieden op grond van de Databankenwet. Dit databankenrecht leidt tot een exclusief recht voor een periode van vijftien jaar en beschermt de producent van de databank tegen het opvragen of hergebruiken van het geheel of een substantieel deel van de databank en het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van een databank.²⁶ Dit databankenrecht is complementair aan het auteursrecht: wanneer een databank niet kwalificeert als een auteursrechtelijk 'werk', biedt het databankenrecht *sui generis* niettemin bescherming aan de producent hiervan voor de gedane substantiële en aantoonbare investeringen bij het tot stand komen van de databank. Dit *sui generis* recht moet los gezien worden van elementen binnen een databank die auteursrechtelijk kunnen worden beschermd. Om in aanmerking te komen voor bescherming op grond van het databankenrecht dient de substantiële investering uitdrukkelijk niet te zien op de kosten die gemaakt zijn om de gegevens te creëren die in de databank zijn opgenomen, maar bijvoorbeeld op de ontsluiting van de informatie, het aanwenden van middelen om bestaande zelfstandige elementen te verkrijgen en in de databank te

verzamelen of de systematische of methodische ordening van de zelfstandige gegevens in de databank.²⁷

Uit de definitie van een databank blijkt nadrukkelijk dat een databank niet alleen uit auteursrechtelijk beschermde 'werken' kan bestaan, maar ook uit gegevens (data) of andere zelfstandige elementen. Bij 'gegevens' kan bijvoorbeeld worden gedacht aan cijfers en feiten, terwijl bij 'andere elementen' is gedacht aan informatie die niet is aan te merken als 'werken' of 'gegevens', zoals geluid of beeld.²⁸ Met andere woorden: de bescherming van het databankenrecht strekt zich tot op zekere hoogte uit tot gegevens in de databank die niet auteursrechtelijk worden beschermd. Tegelijk wordt de investering om deze gegevens (data) te creëren, niet zelfstandig beschermd, tenzij sprake is van een 'werk'. In dat laatste geval is immers het beschermingsregime van het auteursrecht van toepassing.

2.3 Het openbaarmakingsperspectief

2.3.1 Wet openbaarheid van bestuur/Wet open overheid

Binnen de openbaarheidswetgeving is een subtiele verschuiving van informatie naar data zichtbaar. Onder de huidige Wet openbaarheid van bestuur (Wob) staat ten behoeve van een goede en democratische bestuursvoering het algemeen belang van openbaarheid van overheidsinformatie voorop.²⁹ De centrale begrippen zijn in dit kader 'document' en 'informatie': een ieder kan een verzoek richten om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid.³⁰ Een document wordt in dit verband ruim omschreven als een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens (lees: data) bevat.³¹ De begrippen 'informatie' en 'data' ontlopen elkaar dus weinig in de Wob. Die insteek wordt gecontinueerd in de Wet open overheid, waarin een 'document' wordt gedefinieerd als een 'schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens'.³² Ondanks de maatschappelijke populariteit van het begrip 'open data',³³ vormen de begrippen 'gegevens' of 'data' als zodanig dus nog geen belangrijke rol als aanknopingspunt voor de regulering.³⁴

2.3.2 Wet hergebruik van overheidsinformatie

De Wet hergebruik van overheidsinformatie (Who), die een implementatie vormt van Richtlijn 2003/98/EG,³⁵ heeft tot doel om reeds openbare overheidsinformatie breder beschikbaar te maken voor hergebruik. Hergebruik

22 Art. 11 Auteurswet.

23 Art. 15b Auteurswet. Voorheen was niet vereist dat de openbare macht de maker of rechtverkrijgende was, als gevolg waarvan door derden gemaakte werken die door de overheid openbaar waren gemaakt, evenmin auteursrechtelijk werden beschermd.

24 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996, L 77/20.

25 Art. 1 lid 1 sub a Databankenwet.

26 Zie art. 2 lid 1 Databankenwet.

27 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:856 (*Pearson/Benelux*), r.o. 3.4.5.

28 *Kamerstukken II* 1997/98, 26108, nr. 3, p. 7.

29 Zie art. 2 Wob.

30 Art. 3 Wob.

31 Art. 1 sub a Wob.

32 Art. 2.1 Woo.

33 Zie bijvoorbeeld het open data-portaal van de overheid (data.overheid.nl).

34 Art. 2.4 Woo.

35 Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie, zoals nadien gewijzigd.

wordt in dit verband opgevat als het gebruik van informatie, neergelegd in documenten berustend bij een met een publieke taak belaste instelling voor andere doeleinden dan het oorspronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd (en daarmee door andere partijen dan de betreffende instelling zelf). In het verlengde van de Wob wordt een document in de Who gedefinieerd als een bij een met een publieke taak belaste instelling berustend 'schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat'.³⁶ Wanneer de overheid informatie beschikbaar stelt met het oog op hergebruik, wordt deze informatie zo veel mogelijk verstrekt in een machineleesbaar formaat. Omdat van dit laatste nog geen sprake hoeft te zijn wanneer informatie enkel openbaar wordt gemaakt (bijvoorbeeld op grond van de Wob), gaat verstrekking van overheidsinformatie ter facilitering van hergebruik een stap verder dan verstrekking als zodanig van overheidsinformatie. Omgekeerd kan een beslissing op grond van de Who omtrent het beschikbaar stellen van informatie ten behoeve van hergebruik niet zonder een voorafgaande beslissing over openbaarmaking (op grond van de Wob) gaan: de Who is niet van toepassing op informatie die niet openbaar is op grond van de wet (zoals de Wob).³⁷

Richtlijn 2003/98/EG is per 2019 vervangen door de Open-datarichtlijn.³⁸ Opvallend aan deze nieuwe richtlijn is dat 'open data' in de titel van de richtlijn een prominente rol naast hergebruik van overheidsinformatie krijgt. Weliswaar worden 'open data' in de considerans van de Open-datarichtlijn nader getypeerd als 'gegevens in een open formaat die door iedereen voor alle doeleinden vrij gebruikt, hergebruikt en gedeeld kunnen worden',³⁹ maar verder krijgt dit begrip (nog) geen betekenis voor de regulering van hergebruik in deze richtlijn. In plaats daarvan richt de Open-datarichtlijn zich nog steeds op het beschikbaar stellen van 'documenten' voor hergebruik, waarbij een 'document' wordt gedefinieerd als 'eender welke inhoud, ongeacht het medium (op papier of in elektronische vorm of als geluids-, beeld- of audiovisuele opname)' of 'eender welk deel van een dergelijke inhoud'.⁴⁰

In vergelijking met de Open-datarichtlijn lijkt aan het begrip 'gegevens' meer zelfstandige betekenis toe te komen in het recente voorstel van de Commissie voor een Data Governance Verordening (*Data Governance Act*),⁴¹ die het complement moet vormen van de Open-datarichtlijn. Het begrip 'gegevens' wordt hier omschreven als elke digitale weergave van handelingen, feiten of informatie en elke compilatie van dergelijke handelingen, feiten of informatie, onder meer ook in de vorm van geluidsoptnames of

suele of audiovisuele opnames. Daarmee lijkt voor de eerste keer het begrip 'data' niet langer ondergeschikt aan het begrip 'informatie', maar een zelfstandig rol in de regulering te vervullen. Tegelijk wijst de omschrijving van gegevens (data) als 'weergave van informatie' erop dat het onderscheid tussen informatie en data nog steeds niet al te strikt wordt gehanteerd.

3. Botsingen tussen openbaarmaking en IE-bescherming

3.1 Op wettelijk niveau (I): Wob en Woo

De Wet open overheid zet sterker dan haar voorganger (Wob) in op actieve openbaarmaking van overheidsinformatie. Voor sommige categorieën van overheidsinformatie wordt zelfs actieve openbaarmaking op eigen initiatief dwingend voorgeschreven, maar deze categorieën hebben veelal betrekking op informatie geproduceerd door de overheid zelf.⁴² Niettemin zal de onderliggende inspanningsverplichting in de richting van meer actieve openbaarmaking⁴³ ertoe kunnen leiden dat de overheid ook ten aanzien van door derden (zoals dataleveranciers) geproduceerde informatie eerder (dus zonder voorafgaand Wob-verzoek) tot openbaarmaking zal willen overgaan. Overigens hoeft deze verschuiving voor de uitkomst van de beslissing omtrent openbaarmaking niet uit te maken, omdat bij zowel actieve als passieve openbaarmaking het belang van openbaarmaking moet worden verhouden tot andere rechtens beschermde belangen.⁴⁴ Zogeheten 'absolute' weigeringsgronden, zoals de veiligheid van de Staat en vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens, bieden in dit verband geen ruimte voor een belangenafweging: zodra één van die gronden zich voordoet, moet openbaarmaking achterwege blijven.⁴⁵ Daarentegen noodzaken zogeheten 'relatieve' weigeringsgronden tot een belangenafweging tussen enerzijds het belang van openbaarmaking en anderzijds het belang dat de betreffende weigeringsgrond beschermt.⁴⁶

Openbaarmakingswetgeving strekt zich uit tot alle 'documenten' die bij een bestuursorgaan berusten, dus ongeacht de oorsprong van die informatie. Dat betekent dat ook derden, waaronder dataleveranciers, kunnen worden 'meegeleppt' in de wettelijke verplichting tot openbaarmaking. In *Medice* heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) onlangs overwogen dat de Wob een van de 'bij de wet' gestelde beperkingen aan het auteursrecht vormt.⁴⁷ Overigens is in reactie hierop erop gewezen dat de Auteursrechtlijn wettelijke openbaarmaking niet expliciet erkent als gerechtvaardigde beperking van het auteursrecht, zodat de

36 Art. 1 aanhef en onder d Who.

37 Art. 2 lid 1 aanhef en onder a Who.

38 Richtlijn (EU) 2019/1024.

39 Overweging 16 Open-datarichtlijn.

40 Art. 2(6) Open-datarichtlijn.

41 Art. 2(1) Data Governance Verordening, zoals voorgesteld in COM (2020) 767 def.

42 Zie art. 3.3 Woo.

43 Art. 3.1 Woo.

44 Zie art. 3.1 en 4.1 lid 7 Woo.

45 Art. 10 lid 1 Wob.

46 Art. 10 lid 2 Wob.

47 ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302, r.o. 4.1.

discussie hierover nog niet is beslecht.⁴⁸ Hoe dan ook worden zelfs indien de Wob een toelaatbare beperking van het auteursrecht zou kunnen inhouden, informatie en geleverde datadiensten door derden enigszins beschermd onder de Wob tegen openbaarmaking, hoewel geen algemeen verbod op openbaarmaking geldt vanwege de bescherming van IE-rechten van derden. Wel wordt onder de absolute weigeringsgronden enige bescherming aan derden geboden in die zin dat bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk zijn medegedeeld aan de overheid, niet worden geopenbaard.⁴⁹ Niet alleen het belang van de marktpartij, maar ook het belang van de overheid als verkrijger van bepaalde data kan in die gevallen aan openbaarmaking van door IE-rechten beschermde informatie in de weg staan. Van groter belang in het kader van de bescherming van IE-rechten blijkt echter de relatieve weigeringsgrond van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.⁵⁰

In haar recente uitspraak *Medice*⁵¹ heeft de Afdeling verder bevestigd dat de enkele omstandigheid dat een werk auteursrechtelijk wordt beschermd, niet zonder meer meebrengt dat bij openbaarmaking sprake is van onevenredige bevoordeling (van ontvangers van de auteursrechtelijk beschermde werken) of benadeling (van auteursrechthebbers). Wel erkent de Afdeling dat in het algemeen bij een auteursrechtelijk beschermd werk aan het belang van voorkoming van onevenredige bevoordeling of benadeling 'een zwaarder gewicht' toekomt dan indien die IE-rechtelijke bescherming ontbreekt. Niettemin zal een bestuursorgaan bij toepassing van die relatieve weigeringsgrond steeds moeten motiveren waarom openbaarmaking van een auteursrechtelijk beschermd werk zou leiden tot een onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.⁵²

Een beroep op het auteursrecht ter voorkoming van openbaarmaking van informatie door een ander dan de maker, kan de Wob niet terzijde stellen, maar wel een rol spelen in de relatieve afweging om te bezien of een Wob-verzoek gehonoreerd dient te worden en dus of een document openbaar kan worden gemaakt. De vraag is dan dus of openbaarmaking zou leiden tot onevenredige benadeling van de IE-rechthebbende dan wel onevenredige bevoordeling van de ontvanger van die informatie.

De Wet open overheid lijkt geen verandering in deze systematiek te beogen. Ook in de Woo is niet voorzien in een afzonderlijke weigeringsgrond voor openbaarmaking ter bescherming van IE-rechten. Wel is van belang dat de Woo beoogt om het gebruik van de vangnetbepaling van onevenredige bevoordeling of benadeling, waarop overheden zich veelvuldig beroepen om verzochte informatie niet (volledig) te hoeven openbaren,⁵³ terug te dringen. Om die reden bevat de Woo naast de absolute weigeringsgrond voor vertrouwelijk medegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens⁵⁴ een afzonderlijke relatieve weigeringsgrond voor bedrijfs- en fabricagegegevens die weliswaar *niet vertrouwelijk* zijn meegedeeld aan de overheid, maar die wel concurrentiegevoelig zijn.⁵⁵ Als gevolg van deze toevoeging zou de vangnetbepaling van onevenredige bevoordeling of benadeling slechts in zeer uitzonderlijke gevallen soelaas hoeven te bieden.⁵⁶ Jurisprudentie onder de Woo zal moeten uitwijzen in hoeverre deze beoogde vernauwing inderdaad wordt gerealiseerd⁵⁷ en of een beroep op de bescherming van IE-rechten onder deze vangnetbepaling in dezelfde mate zal plaatsvinden als voorheen dan wel gestalte zal krijgen via de nieuwe relatieve weigeringsgrond betreffende concurrentiegevoelige bedrijfs- en fabricagegegevens.

3.2 Op wettelijk niveau (II): Open-datarichtlijn (en Who)

De *Medice*-uitspraak maakt niet duidelijk of de ontvanger van door de overheid geopenbaarde overheidsinformatie bij *hergebruik* van deze informatie wel gebonden is aan de beperkingen van het auteursrecht, namelijk dat de maker van het werk het exclusieve recht heeft tot openbaarmaking en verveelvoudiging. Evenmin volgt een duidelijk antwoord op deze vraag uit de Auteurswet of de Wob.⁵⁸ In elk geval stelt de Open-datarichtlijn (die tot doel heeft reeds openbare overheidsinformatie breder beschikbaar

48 In het arrest *Funke Medien* heeft het Hof van Justitie bovendien overwogen dat de in art. 11 van het Handvest neergelegde informatievrijheid en persvrijheid geen rechtvaardiging kunnen bieden voor niet onder de in art. 5 lid 2 en 3 van de Auteursrechtlijn bedoelde beperkingen en restricties vallende afwijkingen (zoals openbaarmaking op grond van een Wob-verzoek) (HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:623). Zie nader hierover Thom Snijders & Stijn van Deursen, 'The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions', *IIC* (2019) 50, p. 1176-1190. P. Kreijger, 'Openbaarheid en auteursrecht anno 2021', *Mediaforum* 2021-1, p. 12-14, ziet met verwijzing naar HvJ EU 28 oktober 2020, C-637/19, ECLI:EU:C:2020:863 (*BY/CX*), een mogelijke uitweg in art. 9 Auteursrechtlijn, op grond waarvan deze richtlijn geen afbreuk doet aan bepalingen inzake de toegang tot overheidsdocumenten, zodat van een beperking in de zin van art. 5 Auteursrechtlijn dan geen sprake zou zijn.

49 E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Bju 2015, p. 356.

50 Art. 10 lid 2 sub g Wob.

51 ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302. Zie uitgebreider over deze uitspraak in het kader van de verhouding tussen openbaarmaking en IE-bescherming: P. Kreijger, 'Openbaarheid en auteursrecht anno 2021', *Mediaforum* 2021-1, p. 9-11.

52 ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302, r.o. 4.1.

53 K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.D. Tolsma, 'Transparency and Access to Government Information in the Netherlands', in: D.C. Dragos e.a. (red.), *The Laws of Transparency in Action*, Londen: Palgrave MacMillan 2019, p. 164-170.

54 Art. 5.2 lid 1 onder c Woo.

55 Art. 5.2 lid 2 onder f Woo.

56 Art. 5.2 lid 5 Woo.

57 C.N. Van der Sluis, 'De Wet open overheid in de gemeentelijke praktijk: wat brengt de novelle? (deel III)', *Gst.* 2021/77, p. 446.

58 Zie in dit verband ook P. Kreijger, 'Openbaarheid en auteursrecht anno 2021', *Mediaforum* 2021-1, p. 10.

te maken voor hergebruik) dat deze richtlijn niet van toepassing is op documenten waartoe de toegang is uitgesloten op basis van de toegangsregelingen van de lidstaat (onder meer wegens handelsgeheimen, waaronder bedrijfs- of beroepsgeheimen) noch op documenten waarvan de IE-rechten bij derden berusten.⁵⁹ Zelfs wanneer een document op grond van de Wob openbaar is gemaakt, impliceert dit dus niet zonder meer een recht op hergebruik. Hoewel de Open-datarichtlijn een dergelijke situatie niet uitsluit,⁶⁰ is ze wel bijzonder in de zin dat de data weliswaar 'open' zijn, maar een verplichting tot beschikbaarstelling van 'open data' ten behoeve van hergebruik in een machineleesbaar formaat niet bestaat indien IE-rechten van derden op de documenten rusten. Dit biedt dus bescherming aan de auteursrechtelijke in het kader van openbaarmaking en verveelvoudiging van het werk.

Ten aanzien van databanken bepaalt de Open-datarichtlijn specifiek dat openbare lichamen het *sui generis* databankenrecht (om de door de producent van de databank gedane substantiële investering te beschermen) niet mogen uitoefenen om het hergebruik van documenten tegen te gaan of om het hergebruik buiten de bij deze richtlijn bepaalde grenzen te beperken.⁶¹ Wanneer openbare lichamen beschikken over dit databankenrecht, komt beschikbaarstelling van deze databank ten behoeve van hergebruik dus ook in beeld. Wanneer daarentegen derden nog steeds beschikken over dit databankenrecht, biedt de Open-datarichtlijn geen uitkomst om informatie breder beschikbaar te maken voor hergebruik.

3.3 Op contractueel niveau

Het voorgaande maakt duidelijk dat auteursrechtelijken zich in bepaalde omstandigheden kunnen verzetten tegen openbaarmaking (verstrekking) of facilitering van hergebruik van informatie die bij een overheidsorgaan berust middels een beroep op het auteursrecht of een ander IE-recht. Zelfs indien openbaarmaking van dergelijke informatie op zich is toegestaan, kan de overheid daarmee niet zonder meer hergebruik van die informatie toestaan. Om een dergelijke situatie te voorkomen, kan een overheidsinstantie er belang bij hebben om zelf rechtzeggende te worden van de 'data' die ze ontvangt van derden. Om dit te bereiken bepaalt bijvoorbeeld art. 24 van de ARVODI⁶² dat – tenzij anders overeengekomen – alle auteursrechten en databankrechten die kunnen wor-

den uitgeoefend ten aanzien van de resultaten van de verrichte diensten toekomen aan de opdrachtgever (ofwel de overheidsinstantie), in welk verband de op de resultaten berustende IE-rechten op het moment van het ontstaan daarvan moeten worden overgedragen. Hoewel deze Nederlandse praktijk van het sluiten van overheidscontracten internationaal is geïdentificeerd als een 'best practice' in het kader van open data,⁶³ rijst de vraag of met een dergelijke bepaling daadwerkelijk een balans wordt gevonden tussen het belang van de overheid om openbaarheid en hergebruik van data te faciliteren en het belang van marktpartijen bij bescherming van hun IE-rechten. Daarom bespreken wij in het vervolg van deze bijdrage mogelijke (bestaande) oplossingsrichtingen voor marktpartijen én overheid om de belangen van de verschillende betrokkenen beter te faciliteren.

4. Oplossingsrichtingen

4.1 Mededingingsrecht

Het beschikbaar stellen van overheidsinformatie voor hergebruik kan onder omstandigheden worden beschouwd als een economische activiteit van de overheid.⁶⁴ Dergelijke economische activiteiten moeten worden onderscheiden van de uitoefening van (publiekrechtelijke) bevoegdheden van openbaar gezag.⁶⁵ Op grond van de Wet markt en overheid, die als afzonderlijk hoofdstuk in de Mededingingswet is geïmplementeerd, zijn economische activiteiten van de overheid aan bepaalde gedragsregels onderworpen. Zo is het bestuursorgaan verplicht om minstens de integrale kosten van die economische activiteit in rekening te brengen bij de afnemers.⁶⁶ Langs deze weg zou dus de bevoordeling die derden kunnen genieten als aan de overheid geleverde data openbaar worden gemaakt, alsnog kunnen worden gematigd.

De wetgever heeft op deze verplichting tot doorberekening van integrale kosten echter een uitzondering gemaakt voor zover de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden of het verstrekken van gegevensbestanden die uit de genoemde gegevens zijn samengesteld.⁶⁷ Blijkens de memorie van toelichting is deze uitzondering toegevoegd om te voorkomen dat de verplichting tot doorberekening van integrale kosten een belemmering zou vormen voor de verdere ontwikkeling van het beleid met betrekking tot de beschikbaarheid van

59 Art. 1 lid 2 sub c en d Open-datarichtlijn.

60 Art. 2 Open-datarichtlijn noemt in het kader van de reikwijdte van de richtlijn documenten waarvan de intellectuele eigendomsrechten bij derden berusten (onderdeel c) en documenten waartoe de toegang is uitgesloten op basis van de toegangsregelingen van de lidstaat (onderdeel d) naast elkaar. Het is dus mogelijk dat documenten weliswaar openbaar zijn (omdat de toegang hiertoe niet is uitgesloten in een nationale toegangsregeling), maar dat hierop IE-rechten van derden rusten.

61 Art. 1 lid 6 Open-datarichtlijn. Zie hierover ook Mireille van Eechoud, 'A Serpent Eating Its Tail: The Database Directive Meets the Open Data Directive', *IIC* (2021) 52, p. 375-378.

62 Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten 2018.

63 C. Sappa e.a., 'Legal aspects of public sector information: best practices in intellectual property', *Masaryk University Journal of Law and Technology* 2014, p. 242.

64 M. Paapst & P. van der Wees, 'Hergebruik van overheidssoftware', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2020-4, p. 185.

65 Uit Cbb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204 (*KLIC-viewer*), r.o. 4.6, blijkt dat niet altijd een expliciete wettelijke bepaling vereist is om dataverstrekking aan te merken als uitoefening van openbaar gezag.

66 Art. 25i Mededingingswet.

67 Art. 25i lid 2 aanhef en sub b Mededingingswet.

overheidsinformatie.⁶⁸ Overigens zou sowieso de vraag rijzen welke kosten daadwerkelijk gepaard gaan met de beschikbaarstelling van data (dus niet met het creëren of verkrijgen van die data). Die kosten van beschikbaarstelling lijken laag te zijn, tenzij de data vooraf moeten worden bewerkt.⁶⁹ Al met al lijkt de Mededingingswet dus weinig bescherming te bieden voor houders van IE-rechten, tenzij een overheidsorgaan de verkregen gegevens voorafgaand aan de verstrekking bewerkt en die bewerking niet noodzakelijk is in het kader van diens publiekrechtelijke taak. In dat geval geldt niet langer de uitzondering van de Mededingingswet, zodat de integrale kosten van deze activiteit moeten worden doorberekend aan afnemers.⁷⁰ Interessant is in dit verband dat onder de Wet open overheid het overheidsorgaan verplicht is om overheidsinformatie zo veel mogelijk machineleesbaar beschikbaar te stellen voor hergebruik.⁷¹ De handeling van het machineleesbaar maken van documenten lijkt een aanvullende handeling te zijn die neerkomt op een economische activiteit, maar deze handeling vindt plaats in het kader van de uitoefening van – aan de Wet open overheid ontleende – publiekrechtelijke bevoegdheden.

4.2 Aanbestedingsrecht

Wanneer in het kader van de aanbesteding van een overheidsopdracht de voorwaarde wordt gehanteerd om alle IE-rechten over te dragen aan de overheid, zou een marktpartij ervoor kunnen kiezen om niet in te schrijven op de betreffende aanbesteding. Ook is het mogelijk voor een marktpartij om weliswaar in te schrijven op een aanbesteding, maar tegen een hogere prijs om het verlies aan IE-bescherming te compenseren. De vraag rijst echter of een marktpartij zich ook op juridische gronden kan verzetten tegen het hanteren van een dergelijke contractuele voorwaarde. Hoewel de Aanbestedingsrichtlijn⁷² en de Aanbestedingswet 2012 op zich niets bepalen over eventuele restricties ten aanzien van het opleggen van een inschrijvingsvereiste specifiek gericht op overdracht van IE-rechten, geldt als algemene regel van aanbestedingsrecht dat eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht en dat aanbestedende diensten bij de toepassing van deze regel in elk geval acht moeten slaan op de voorwaarden van de overeenkomst.⁷³ Bovendien moeten aanbestedende diensten de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in acht nemen.⁷⁴

68 Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 38.

69 Vgl. M. Paapst & P. van der Wees, 'Hergebruik van overheidssoftware', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2020-4, p. 184.

70 Zie ook Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, *Handreiking Wet Markt en Overheid*, Den Haag 2012, p. 36.

71 Art. 2.4 Woo.

72 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* 2014, L 94/65.

73 Art. 1.10 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

74 Art. 1.10 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

De Nederlandse wetgever heeft dit vereiste van proportionaliteit laten uitwerken in de zogeheten Gids Proportionaliteit, een nationaal richtsnoer dat voor aanbestedende diensten een 'comply or explain' karakter heeft.⁷⁵ Specifiek ten aanzien van IE-rechten bepaalt de Gids Proportionaliteit het volgende:

“Conform de Auteurswet ligt het intellectuele eigendom bij de maker ervan. In veel sectoren is het intellectueel eigendom op een product het enige dat echt waarde heeft en/of cruciaal is voor de reguliere bedrijfsvoering van inschrijvers. Het is voor aanbestedende diensten vaak van belang te voorkomen dat ze bij voor hen gemaakte producten afhankelijk worden van een onderneming. Om die reden willen ze graag het intellectuele eigendom verkrijgen. Om dit probleem te voorkomen is niet per se het intellectueel eigendom nodig, maar volstaat veelal een uitgebreid gebruiksrecht. Als men uitgaat van dat laatste, wordt recht gedaan aan de positie van zowel de inschrijver als de aanbestedende dienst.”⁷⁶

Aan het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel zou derhalve een argument kunnen worden ontleend waarom een inschrijvingsvereiste op grond waarvan een IE-recht overkort dient te worden overgedragen aan de overheid onder omstandigheden juridisch ontoelaatbaar is. Het hanteren van dit argument hoeft vervolgens niet beperkt te blijven tot de context van overheidsaanbestedingen, omdat het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is⁷⁷ dat elk handelen van bestuursorganen normeert.⁷⁸ Een voorbeeld van die bredere strekking zou de situatie kunnen zijn waarin een bestuursorgaan in het kader van subsidieverstrekking aan de subsidieontvanger de verplichting oplegt om de IE-rechten die zijn ontstaan in het kader van de gesubsidieerde activiteit over te dragen aan het subsidiërende bestuursorgaan. De benadering van IE-rechten in de Gids Proportionaliteit met het geboden alternatief van het verstrekken van een (uitgebreid) gebruiksrecht aan overheden kan dus als inspiratiebron dienen voor de uitleg van het proportionaliteitsbeginsel in het kader van de bescherming van IE-rechten buiten de context van overheidsaanbestedingen.

4.3 Data Governance Act

Een laatste oplossingsrichting kan mogelijk worden gevonden in het recente voorstel van de Europese Commissie voor een Data Governance Verordening. Vertrekpunt in dit voorstel is dat de overheid in bepaalde gevallen niet kan overgaan tot openbaarmaking van 'gegevens' omdat

75 Zie art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet 2012.

76 Gids Proportionaliteit 2020, p. 66.

77 Art. 3:4 Awb.

78 Zie art. 3:1 lid 2 Awb en art. 3:14 BW.

IE-rechten van derden zich daartegen verzetten, maar toch hergebruik wil faciliteren.⁷⁹

De voorgestelde verordening beoogt nadrukkelijk geen afbreuk te doen aan bestaande IE-rechten van derden.⁸⁰ Overheden worden dus niet verplicht om hergebruik van gegevens toe te staan wanneer een auteursrecht of een databankenrecht van een derde in het geding is.⁸¹ Wel bepaalt de verordening ten aanzien van dergelijke 'beschermde gegevens' dat exclusiviteitsregelingen waarbij het hergebruik van data wordt voorbehouden aan één partij (zoals kleine marktpartijen), in beginsel verboden zijn: als hergebruik van data wordt toegestaan, moeten alle partijen op dezelfde wijze toegang krijgen tot die data.⁸² Een exclusief recht op hergebruik van 'beschermde gegevens' kan enkel worden toegekend in de mate dat dit nodig is voor de levering van een dienst of een product in het algemeen belang, waarbij als voorwaarde geldt dat die toekenning in overeenstemming is met de regels van aanbestedingsrecht of de algemene beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit.⁸³ Voor hergebruik van dergelijke 'beschermde gegevens' mogen openbare lichamen een vergoeding vragen, mits deze niet-discriminerend, evenredig en objectief gerechtvaardigd is en de mededinging niet beperkt.⁸⁴

Hoewel de Data Governance Verordening niet direct ingrijpt in de verhouding tussen dataleverancier en overheid, maakt zij wel duidelijk dat voor de overheid geen algemene verplichting bestaat om onder haar berustende informatie vrij van IE-rechten van derden ter beschikking te stellen. Tegelijk begrenst de verordening de mogelijkheden om slechts beperkt hergebruik (dus enkel voor bepaalde partijen) toe te staan, omdat de verordening juist inzet op onbeperkt hergebruik.⁸⁵ Overigens heeft het Nederlandse kabinet in zijn eerste reactie op dit voorstel met name benadrukt dat het positief is dat de keuze aan de openbare lichamen blijft voorbehouden om deze data wel of niet voor hergebruik aan te bieden.⁸⁶ De positie van de dataleverancier en zijn relatie tot de overheid blijft daar-

mee onderbelicht, maar zou zeker een aandachtspunt bij de beoordeling van het Commissievoorstel moeten zijn.

5. Conclusies

Ook in het hedendaagse datatijdperk zullen zich botsingen blijven voordoen tussen de belangen van openbaarmaking van overheidsinformatie en de bescherming van IE-rechten van derden, in het bijzonder wanneer de overheid door derden aan de overheid geleverde data beschikbaar wil stellen voor hergebruik. Ten dele leidt de gerichtheid op 'data' tot een herpositionering van de toepasselijke rechtsregimes (Auteurswet, Databankenwet, Wet open overheid), aangezien data niet zonder meer worden beschermd als auteursrechtelijk 'werk' en evenmin als zodanig worden beschermd door het 'databankenrecht'. Waar de bescherming van IE-rechten wegvalt, zal openbaarmaking en het van overheidswege faciliteren van hergebruik van die data eerder aan de orde kunnen zijn.

Tegelijk is het fenomeen 'data' zodanig divers dat bepaalde 'data', al dan niet als onderdeel van een databank, ook in de toekomst zeker nog IE-bescherming zullen genieten. De huidige openbaarmakingswetgeving, waarbinnen 'informatie' en 'data' als uitwisselbare termen worden gehanteerd, versterkt die verwachting: weliswaar is langzaamaan een verschuiving in terminologie zichtbaar van 'informatie' naar 'data', maar die verschuiving brengt op zich nog niet een ander rechtsregime ten opzichte van de bescherming van IE-rechten met zich. Overheden staan derhalve in hun verhouding tot 'dataleveranciers' nog steeds voor de vraag hoe ze zowel het belang van openbaarmaking als het belang van bescherming van IE-rechten kunnen dienen.

Hoewel IE-rechten van derden zich niet zonder meer blijken te verzetten tegen openbaarmaking van data, kunnen aan het hergebruik van die 'open' data nog wel beperkingen kleven. Er zal dus steeds een balans moeten worden gevonden tussen het belang van openbaarmaking en het belang van IE-bescherming. Deze bijdrage laat zien dat het recht niet ertoe verplicht om in alle omstandigheden volledig in te zetten op 'open data' waarbij de IE-rechten van derden volledig worden beperkt of – via contractuele weg – semi-dwingend worden overgedragen aan de overheid. Het onverkort vasthouden aan de verplichting tot volledige overdracht van IE-rechten kan niet alleen indruisen tegen het beginsel van proportionaliteit, maar ook miskennen dat het huidige (en toekomstige) recht mogelijkheden biedt om te kiezen voor andere arrangementen die hergebruik faciliteren en tegelijk IE-rechten eerbiedigen. Zelfs waar die mogelijkheden beperkt zijn (zoals onder de voorgestelde Data Governance Verordening), bestaat er in elk geval ruimte om dergelijke alternatieven te overwegen.

79 Overigens is hergebruik van informatie die in het bezit is van openbare lichamen slechts een van de vier pijlers van de Data Governance Verordening (zie uitgebreider E. Valgaeren & J. Joos, 'New kids in town – de nieuwe actoren voorgesteld in de Data Governance Verordening', *Computerrecht* 2021/249).

80 Overweging 12 Data Governance Verordening.

81 Art. 3 lid 3 Data Governance Verordening. Aanvullend bepaalt de Data Governance Verordening in navolging van de Open-datarichtlijn dat openbare lichamen het *sui generis* databankenrecht niet mogen uitoefenen om het hergebruik van gegevens tegen te gaan of om het hergebruik buiten de bij deze verordening bepaalde grenzen te beperken (art. 5 lid 7 Data Governance Verordening).

82 Art. 4 lid 1 Data Governance Verordening.

83 Art. 4 lid 3 en 4 Data Governance Verordening.

84 Art. 6 Data Governance Verordening.

85 Zie reeds kritisch over de beweging in de richting van open data zonder enige vorm van licentie: Mashaël Khayyat & Frank Bannister, 'Open data licensing: More than meets the eye', *Information Polity* 2015, p. 231-252.

86 *Kamerstukken II 2020/21*, 22112, nr. 3016, p. 6.

Naar onze mening is van belang dat overheden zich niet alleen bewust zijn van het spanningsveld tussen openbaarmaking en IE-bescherming, maar ook van de verschillende juridische mogelijkheden om de balans hiertussen in een specifiek geval na te streven. In het kader van marktbevraging voorafgaand aan een aanbesteding zouden overheden het vraagstuk naar de wenselijkheid van overdracht van IE-rechten expliciet kunnen benoemen, bijvoorbeeld door aan te kondigen waarom zij een “open data” eis willen opleggen, op basis van welke standaarden zij de informatie voor bredere beschikbaarheid en hergebruik ter beschikking zullen stellen en of zij de dataleverancier eventueel zullen compenseren. Ook zouden zij in een aanbesteding inschrijvende partijen de mogelijkheid kunnen bieden om in hun inschrijvingen te variëren met de inzet van IE-rechten (volledige overdracht, geclausuleerd gebruiksrecht, differentiatie in licenties gericht op onder welke omstandigheden en voor welke partijen hergebruik is toegestaan en welke verplichtingen de overheid en afnemers van de informatie in acht moeten nemen richting de IE-rechthebbende). In elk geval biedt de verstrekking van een gebruiksrecht aan de overheid, zoals voorgesteld in de Gids Proportionaliteit, de mogelijkheid aan dataleveranciers om aan te geven onder welke condities hergebruik door partijen is toegestaan, bijvoorbeeld beperkt tot niet-commercieel gebruik. Zo wordt het business model van de dataleverancier die geïnvesteerd heeft in het creëren van de data niet direct geschaad, anders dan bij het toestaan van commercieel hergebruik door andere partijen (directe concurrenten).

Juist omdat dergelijke keuzes mede bepalend zijn voor het juridische kader waarbinnen het spanningsveld tussen openbaarmaking en IE-bescherming vervolgens moet worden beoordeeld, is expliciete aandacht voor deze keuzes noodzakelijk om te voorkomen dat overheden en marktpartijen achteraf voor ongewenste verrassingen komen te staan. In die zin kan de voorgestelde Data Governance Verordening een goede aanleiding zijn voor de nationale wetgever om het spanningsveld tussen openbaarmaking en hergebruik van overheidsdata en bescherming van IE-rechten van derden opnieuw onder ogen te zien.